

Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos

*Estudios en homenaje
a Sonia Rodríguez Jiménez*

JUAN VEGA
Gómez

Coordinador

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



TEMAS SELECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO Y DE DERECHOS HUMANOS

Estudios en homenaje a Sonia Rodríguez Jiménez

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 686

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez

Cuidado de la edición y formación en computadora: Karla Beatriz Templos Núñez

Elaboración de forro: Jessica Quiterio Padilla

TEMAS SELECTOS DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO
Y DE DERECHOS HUMANOS

*Estudios en homenaje a
Sonia Rodríguez Jiménez*

Juan VEGA GÓMEZ
Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2014

Primera edición: 23 de junio de 2014

DR © 2014, Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-5410-9

A José Sánchez Mota

A la Madrina Angelines



Santa Mónica, California, Marzo de 2012

CONTENIDO

Presentación	XIII
Juan VEGA GÓMEZ	
<i>Cartas a Sonia</i>	
Irene Gabriela GARCÍA CORONA	XVII
Mónica GONZÁLEZ SOTO	XIX
Eva Carolina SOTO TINOCO	XXI
María Antonia MENDIETA BELLO	XXIII
Capítulo I. El derrotero del matrimonio igualitario en México.	1
José Luis CABALLERO OCHOA	
Capítulo II. El acceso a Internet como derecho humano.	19
José CARBONELL	
Miguel CARBONELL	
Capítulo III. El olvidado y no respetado derecho a la información.	41
Jaime CÁRDENAS GRACIA	

X	CONTENIDO	
Capítulo IV. Jurisdicción en Internet: la experiencia en Estados Unidos de América y los posibles escenarios para el futuro		67
Gabriel CAVAZOS VILLANUEVA		
Capítulo V. Influencias de la codificación napoleónica en México		85
Óscar CRUZ BARNEY		
Capítulo VI. El libre desarrollo de la personalidad en la legislación mexicana entendiendo su significado más allá de ser el bien protegible en delitos contra la trata humana		127
Miguel ERAÑA		
Capítulo VII. Claroscursos de la jurisprudencia constitucional sobre derechos humanos: a propósito de un caso de (des)igualdad y proporcionalidad en México		151
Imer B. FLORES		
Capítulo VIII. Disputas en franquicias: utilidad e idoneidad del arbitraje		185
Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO		
Capítulo IX. El ABC de la mediación en México		203
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN		
Capítulo X. Familia y minoridad: adopción internacional por personas del mismo sexo		247
Mónica GONZÁLEZ SOTO		
Capítulo XI. Algunas cuestiones del Código Penal español relacionadas con la protección de los derechos de las menores de edad .		277
María Concepción GORJÓN BARRANCO		

CONTENIDO	XI
Capítulo XII. Arbitraje comercial internacional	299
María Elena MANSILLA Y MEJÍA	
Capítulo XIII. Aspectos penales y civiles del tráfico internacional de menores	317
Eileen MATUS CALLEROS	
Capítulo XIV. Constitución y finanzas públicas, análisis de la pro- blemática existente	331
Orlando MONTELONGO VALENCIA	
Capítulo XV. Mercado Común del Sur (Mercosur): una visión ge- neral a más de dos décadas de su firma	347
Arturo OROPEZA GARCÍA	
Capítulo XVI. El uso de <i>Soft Law</i> en la interpretación de convenios para evitar la doble imposición en México	373
Gabriela RÍOS GRANADOS	
Capítulo XVII. Breves anotaciones sobre los problemas de derecho internacional privado respecto a los contratos internacionales so- bre maternidad sustitutiva	391
Elí RODRÍGUEZ MARTÍNEZ	
Capítulo XVIII. Profesionalismo. Principio básico de la ética judi- cial	415
Javier SALDAÑA SERRANO	
Capítulo XIX. Análisis de la OMC desde una perspectiva constitu- cional	447
José María SERNA DE LA GARZA	

XII	CONTENIDO	
Capítulo XX. Juicio de amparo electrónico en México		471
Julio Alejandro TÉLLEZ VALDÉS		
Carlos Alejandro PAZ MENDOZA		
Capítulo XXI. La reforma al artículo 102 constitucional y su im- pacto en las comisiones estatales de derechos humanos. Algunas reflexiones para su rediseño		489
Pedro R. TORRES ESTRADA		
Capítulo XXII. La lengua oficial y las lenguas nacionales en Méxi- co y en derecho comparado		515
Diego VALADÉS		
Sonia Rodríguez Jiménez. <i>Curriculum Vitae</i>		537

PRESENTACIÓN

A los pocos días del fallecimiento de Sonia y estando todavía en España me llegaron varios correos electrónicos con la idea de editar un libro en su memoria, comunicaciones por parte de algunos de sus colegas, amigos y amigas más cercanas como: Mónica González Soto, Miguel Eraña, José Luis Caballero, Nuria González Martín y Gabriela Ríos. Menciono lo anterior porque debo reconocer que me sentí orgulloso de que la idea se generara tan rápido y que tuviera una aceptación casi unánime entre la comunidad académica. Al platicar el tema con varios colegas y con el director del Instituto, se me encargó la tarea de coordinar estos esfuerzos. Así, emprendí la labor de comunicarme con la gente cercana a Sonia y con la gente que admiraba su trabajo intelectual y, de nuevo, la respuesta fue inmediata y solidaria.

Lo más común en casos de obras en homenaje es que la publicación tenga como eje central los temas que atendía e investigaba el profesor reconocido, este sigue siendo el caso del libro que el lector tiene en sus manos. Sonia le dedicó gran parte de su trabajo intelectual al derecho internacional privado, pero en una etapa posterior se inclinó hacia los temas más abstractos de los derechos humanos y sobre todo a su preocupación constante por los niños en el derecho mexicano y en el mundo. Por lo anterior, decidí ampliar los temas, más allá del *derecho internacional privado*, hacia los derechos humanos. Con esta apertura temática, muchos otros amigos y colegas de Sonia se animaron a presentar sus trabajos. Adicionalmente, decidí incluir varias cartas personales de gente que prefirió expresar sus sentimientos hacia Sonia de esta manera.

Debo reconocer que mi convocatoria no fue exhaustiva y seguramente olvidé a muchas personas que admiraban y querían a Sonia, o que Sonia admiraba y quería, pero gracias a otros colegas y a la difusión de la organización de este libro, poco a poco me llegaron más peticiones para poder participar en el mismo, otra razón para sentirme orgulloso al saber que era aún más la gente que le tenía cariño y respeto académico.

Si algo une las diferentes muestras de cariño que muchos colegas y amigos nos mostraron al conocer del fallecimiento de Sonia, fue reconocer la virtud en Sonia del respeto y dedicación a su trabajo académico, una virtud que es digna de elogio importante dadas las condiciones físicas y anímicas tan adversas que le aquejaban desde hace tiempo. Mucha gente no sabe que Sonia batalló contra el cáncer desde 2006, y curiosamente, desde este año hasta el 22 de febrero de 2013 no dejó de trabajar *ni un solo instante*, sin duda ésta fue su etapa más productiva como podrán testificar con su *curriculum vitae* que he decidido actualizar y adjuntar al final de esta obra. Incluso resalta el que la productividad de Sonia, en estos años, no se haya limitado a publicaciones científicas importantes, sino también a labores docentes, una actividad que amaba con pasión.

Incluso hasta dos meses antes de su fallecimiento, Sonia trabajaba en un libro intitulado: *La protección de los menores en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, trabajo que espero poder leer y organizar en este año próximo para ver, junto con la ayuda de los especialistas, si resulta algo terminado para su publicación.

Sonia tenía muy claro a quién le dedicaría este libro que trabajaba antes de su muerte y en estos momentos recuerdo las pláticas que tuve con ella al respecto. Esa dedicatoria se pasa a esta obra en homenaje y es para José Sánchez Mota, por ser un ejemplo de generosidad con la familia y por estar al pendiente en todo momento de la salud de Sonia a pesar de sus múltiples ocupaciones; también para su (y mi) madrina Angelines: *gracias madrina* por tu amor incondicional y por tu solidaridad.

De mi parte, quiero agradecer a mi familia: a mis papás, hermana y hermanos las llamadas constantes a Madrid para saber sobre la salud de Sonia y todo el apoyo que recibí en una de las etapas más difíciles de mi vida. Asimismo, a Pedro, Mari y Carlos por estar siempre al pendiente para ver qué se ofrecía, pero sobre todo a Pedro y Mari por animarnos con reuniones en su casa alrededor de una *fideuá* que tanto nos gustaba a Sonia y a mí.

Por último, un agradecimiento enorme a todos y cada uno de los participantes de este libro en homenaje. Cuando emprendí la coordinación de la obra pensaba llegar a reunir unos diez trabajos, pero la respuesta ha sido increíble como ya se han dado cuenta. Esto demuestra, una vez más, el cariño, la admiración y respeto que tenía Sonia en la comunidad académica. Estoy en deuda, una vez más, con Sandra Gómora, por su ayuda en la revisión final del libro.

PRESENTACIÓN

XV

Finalmente, este libro es para mi Sonia, para Bea, Emeterio, Javi y Lucas. Sonia, te extrañamos mucho en México, y España te echa muchísimo de menos, sigues siendo nuestro ejemplo a seguir: la hija, hermana, tía y amiga perfecta. Para mí, la mujer ideal, es una lástima que no te lo dije todos y cada uno de los días que estuvimos juntos. Este libro es una pequeña muestra de lo tanto que nos dejaste en lo personal y profesional.

Sonia Rodríguez Jiménez: 4 de diciembre de 1974 a 22 de febrero de 2013.

Juan VEGA GÓMEZ
Coyoacán, Distrito Federal, México
4 de diciembre de 2013

Mi querida gran amiga, mi Sonia preciosa

Amiga, sé que no leerás este mail en esta vida, pero no quise dejar de enviarte estas palabras. Quizá donde te encuentras ahora también tienen acceso a Internet y puedes leer mi carta.

Quiero que sepas que te quiero muchísimo. Desde que te conocí me deslumbraste con esa energía positiva que te caracteriza.

Me acogiste desde el primer instante, primero como mi directora de tesis, después como amiga. Sabes que te tengo un gran cariño y recuerdo siempre los momentos que pasamos juntas. Fueron muy a menudo mientras estuve en México. Quiero que sepas que eres brillante, bella y carismática como una estrella. Tuviste un *aura especial* que siempre brillaba a tu alrededor.

También quiero que sepas que yo sabía de tu padecer. Por supuesto nunca dije nada, pero yo siempre lo supe. Y créeme que muchas veces quise abrazarte y acogerte para que te apoyaras en mí.

Creo que tuvimos una amistad linda. Hubiera querido que conocieras nuestra casa aquí en Alemania, pero todavía sigue en construcción, por eso no te propuse fecha alguna para que vinieran (tú y Juan) a visitarnos.

En tu último *e-mail* sospeché que se trataba de una despedida, pero preferí pensar que no era así. Tu siempre fuiste muy fuerte, tan fuerte como un volcán. Tan brillante como una estrella, tan cálida como el sol de primavera. En fin amiga, todo lo que te escribo, sin exagerar, es cierto.

Eso sin tocar el tema académico, que por supuesto pienso que eres brillante. Agradezco haberte tenido como directora de tesis. Siempre me apoyaste, hasta el último instante, y eso créeme que jamás lo olvidaré.

Es una pena que no envíe este *e-mail* antes, pero así somos los seres humanos. Muchas veces hacemos las cosas demasiado tarde. Aunque prefiero pensar que tu energía está volando por el cielo y seguro vendrás a darte una vuelta por tierras germanas y me acompañarás por la noche, sentada en mi cocina, en silencio, mientras yo tomo una taza de café. Te prepararé un té porque a ti no te gusta mucho el café y menos de noche.

Amiga mía. Quizá no pueda tomar el avión mañana para ir a tu crematorio. Lo siento mucho, pero fue todo tan intempestivo que no puedo organizar que alguien se quede con mis niñas hasta el lunes. Pero ¿sabes qué? Se

XVIII

CARTAS A SONIA

me ocurrió que iré a nuestra iglesia local, que es muy bonita, y te haré dedicar una misa, imprimiré una linda foto tuya y la pondré en el altar. Igual, imprimiré otra foto para tenerte en mi casa. Ya lo tenía planeado, pero estoy esperando a terminar con la remodelación y hacerlo en nuestra casa grande.

Mi Sonia preciosa te voy a extrañar como no te imaginas. El Instituto te va a extrañar, tus alumnos te van a extrañar, tus amigos te vamos a extrañar, tus papás y Juan ni mencionarlo cuánto lo harán. ¿Sabes qué? hablé con tu mamá, está inconsolable y lo entiendo. Eres su bebé, pero lo que me consuela es que ahora estás tranquila, sin dolor. Te mando muchos abrazos y de verdad te los mando porque yo sí creo en las energías. Sé que vas a leer mi *e-mail*, lo sé porque siempre estuviste llena de energía, de energía muy positiva y así te vas a quedar aquí, llena de energía, y si ahora eres un angelito, debes volar a toda velocidad porque tienes mucha, mucha energía.

Moni ya va en camino, mi Moni, a ella también la quiero mucho; Sonia, ve en paz que fuiste una gran persona, gran amiga, gran académica, gran profesora.

Te quiero y sé que algún día nos volveremos a encontrar y seguiremos platicando, riendo y soñando como lo hicimos antes.

Con mucho cariño de tu amiga para la eternidad.

Gaby

Con amor a mi Sonia querida

Esta carta es para expresar lo que no te pude decir de frente y en vida.

Desafortunadamente el tiempo y la distancia no me permitió acompañarte físicamente en tus últimos días, y no sabes lo que me dolió no alcanzarte a ver por última vez con vida. De hecho todavía no lo supero...

Lo que son las cosas, fue muy frustrante tener que adelantar el viaje sorpresa que ya tenía planeado para el día que partiste al cielo.

Cuando me subí al avión estaba desesperada por llegar, no pude dormir en todo el viaje recordando el trayecto de vida que recorrimos juntas, luchadoras incansables, cómplices, hermanas...

Antes que nada te quiero dar las gracias porque me dejaste un gran legado, para mi Sonia Rodríguez Jiménez marcó mi vida de una manera muy especial, eres un gran ejemplo de lucha, amor por la vida y por tu familia.

Contigo aprendí a vivir intensamente día a día sin necesidad de postergar nada, también aprendí a enfrentar mis miedos y luchar hasta el último momento con coraje y garra. Encontrarle un sentido a la vida, hacer el bien y no rendirme.

En ti vi el amor que se puede tener a tu pareja, la simplicidad de las cosas que te pueden llenar el alma. Era tan simple hacerte feliz. Recuerdo esas tardes en casa de Gaby, nuestro comité de guerra, en el que platicábamos de todo, soñábamos con cambiar el mundo, tu cumpleaños en mi casa, que me motivaste a cocinarte, ay Sonia querida! De verdad, cuánto te extraño...

Te fuiste físicamente de este mundo pero cada vez que tengo dudas y temores por lo que yo estoy viviendo en ese momento, te recuerdo y me levanto con coraje, porque con tu ejemplo me enseñaste a no rendirme ni dejar caer a mis seres queridos.

No llegaste a mi vida ni a mi familia por casualidad, desde que te adoptamos como parte de ella siempre nos diste una gran lección que hoy desafortunadamente estoy poniendo en práctica.

Pero sé que contigo en el cielo tengo a la mejor abogada y consejera de Dios y vas a ayudarnos.

Rezo y pido por tu descanso, y tengo la convicción de que eres plenamente feliz, como siempre lo fuiste, a pesar de todo lo que estabas pasando. Hoy trato, por más triste y enojada que esté, siempre de sonreír a la vida, como lo hacías y de verdad que el pensar en ti me levanta.

Valoro tu gratitud y amor por México, valoro el que en tierras lejanas pusiste en alto el nombre de nuestro país, que como tu decías te dio tantas satisfacciones y tú a nosotros.

Me quedo con la gran responsabilidad de difundir tu legado jurídico, de no dejar perder tu trabajo que con tanta pasión realizabas. Me quedo con la gran satisfacción de haber tenido el honor de conocerte, de que me hayas considerado tu amiga y que nuestra amistad haya trascendido a llamarme hermana y que tu familia me adoptara también.

Extraño verte, platicar contigo, escuchar tus consejos, llorar de tristeza y también de risa, extraño tus bobadas y sabiduría. Pero sé que te adelantaste a un lugar al que algún día te alcanzaré y ahí estás mejor que aquí en la última etapa. Nunca voy a dejar de sentirte en mi corazón ni de pensarte, y al hacerlo siempre vivirás.

¡Besos cariño mío!
M

Sonia,

Hace ya un rato que nos vimos por última vez y sin embargo aún me cuesta trabajo creer que no volverás, que tu viaje esta vez se extendió hasta el infinito y que ahora estás en un lugar donde aún no podemos entrar nosotros. Me quedo con las ganas de decirte muchas cosas, de darte las gracias, de darte un abrazo.

Creo que nunca hubiera podido despedirme de ti. Aún no lo hago y no quiero hacerlo. No quiero despedirme de una de las personas que más han significado en mi vida desde que me mudé a esta ciudad. Tú, Juan, el Chon, se volvieron mi familia y así los veré siempre. Siento cada día como si siguieras en España de sabático, que regresarás, entraré un día al departamento y te encontraré sentada en el sillón, con la bolsita de agua caliente.

Te quedaste en todos los espacios de nuestra vida, en las Torres de Chimalistac, en la bicicleta estacionaria, en los chocolates, en el arándano, el Chilli's, el Johnny Rocket's, hasta en la comida china de Mexicali y su centro histórico (siento tu decepción al respecto).

Te quedaste en las situaciones más extrañas también, porque todavía nos debes la boda con Peña Nieto para ser la presidenta honoraria del DIF y para que tuvieras dinero para Juan y para mi laboratorio.

Pero sobre todo te quedaste en nosotros por siempre y quisiera explicar cómo, pero no es posible. ¿Cómo se ponen en palabras tantas emociones? Ahora veo en retrospectiva muchas cosas, tus ganas de reír, tu fortaleza, tenacidad y valor y me hacen ver que la vida es una lucha eterna. Tú luchaste siempre y quisiera haber estado ahí en los momentos más complicados, pero creo que te vi en los mejores momentos porque eso quisiste dejarnos a todos, un hermoso recuerdo de ti.

Tú me has dado una gran lección de vida y si ahora me encuentro fuerte, es porque tú fuiste fuerte y necesitas que los demás lo seamos también. Perderte ha sido duro, pero sólo tú sabes qué tan duro fue. Dejas ahora muchos espacios vacíos y corazones destrozados, pero quiero decirte que tú llenaste mi vida y la de muchos de momentos inolvidables y dejas en mi corazón marcas que ni la vida ni la muerte van a borrar nunca.

XXII

CARTAS A SONIA

Le doy gracias a Dios y a la vida por haberme puesto en tu camino aunque fuera por poco tiempo, fue un honor. Me queda solamente intentar ser una excelente investigadora y así, en un futuro, todas esas curas mágicas que soñamos puedan ser reales, para que gente en tu situación ya no tenga que dejarnos.

Te extraño mucho Sonia, ¡pero nos volveremos a ver!

Eva

A mi queridísima amiga Sonia Rodríguez Jiménez

En estas líneas deseo expresar mi más profundo sentir a un gran ser humano que Dios puso en mi camino y a quien muchas veces le expresé mi gratitud, admiración y respeto, estoy segura que en el lugar donde te encuentres las recibirás.

Es inevitable llenarme de nostalgia al recordar las charlas que compartimos, los momentos alegres, tristes y también de reflexión, aun cuando cuestas trabajo crearlo jamás tuvimos alguna diferencia que nos distanciara, pues nuestra amistad fue en todo momento leal y sincera.

Deseo agradecerte el tiempo compartido, tu sonrisa, tu comprensión y tus palabras de apoyo ante mis momentos de desaliento.

Aunque tuviera cerrado el privado conocía perfectamente esos *taconeos* y decía ya llegó mi amiga Sonia, te recuerdo con esa gran luz que reflejaste siempre, esa sonrisa pegajosa, ese porte de elegancia que llevabas, el saludo cordial para todos, el empeño y dedicación que demostraste en el trabajo, son tantas cosas que recuerdo y que nunca olvidaré.

Por eso siento un gran pesar cuando camino por el pasillo de este Instituto que guarda momentos imborrables con una de mis mejores amigas.

Quiero que sepas que aprendí mucho de ti y siempre estaré agradecida con Dios por haberte encontrado. Lamento mucho saber que ya no te veré más como antes, pero la vida es así, el tiempo pasa y no se detiene. Siempre te voy a querer mucho y siempre tendrás mi amistad, te mando miles de abrazos con mucho cariño y respeto.

Las personas solemos decir cosas buenas de alguien cuando ya no está con nosotros, pero esto que te reitero te lo dije muchas veces; algún día volveremos a charlar, a tener esos momentos agradables en donde compartimos tantas cosas y ponernos al tanto de lo que no hemos platicado en estos meses. No es fácil olvidar a las personas que queremos, y para mi tu ausencia es como la de una amiga que se fue de viaje y que algún día volveré a ver.

Sé que fueron duros los últimos momentos de tu vida, pero jamás te venciste, luchaste hasta el final, nunca fuiste frágil ni débil, al contrario, fuiste una mujer con una gran fortaleza y amor a la vida, y sobre todo luchar por

XXIV

CARTAS A SONIA

esa gran persona que tenías a tu lado y que amaste hasta el final, siempre sonriéndole a la vida e ir con ese gran humor que te caracterizaba.

Dios te bendiga por que fuiste una mujer muy valiosa, buena, generosa, humilde, alegre y de un gran corazón.

Por último, deseo compartir contigo este pensamiento:

“La vida es como un viaje en barco, subes y bajas según las olas. Gracias a tus seres queridos no pierdes el horizonte y cuando sufres naufragios, el amor y la amistad sincera son las anclas que te apoyan mientras buscas el nuevo rumbo”.

*Con gran cariño de tu amiga María Antonia Mendieta Bello,
o como siempre me llamaste “Mi Toñis”*

CAPÍTULO I EL DERROTERO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO

José Luis CABALLERO OCHOA*

*En el recuerdo de Sonia Rodríguez Jiménez, amiga
entrañable*

Para Bea y Emeterio

SUMARIO: I. *Proemio*. II. *El sistema interpretativo sobre derechos humanos y la prohibición de discriminar por orientación sexual*. III. *El contenido constitucional de la protección a las familias*. IV. *El matrimonio como garantía institucional a la protección legal de las familias*. V. *El caso del matrimonio y los derechos en juego: lo que ha definido el Poder Judicial de la Federación*. VI. *Conclusiones. Avances en el reconocimiento del matrimonio igualitario en México*.

I. PROEMIO

Sonia Rodríguez Jiménez se caracterizó, entre otras cosas, por su alegría y la capacidad para comunicarla a los demás; por una enorme entereza frente a la vida y por una gran inteligencia que, aunada a una dedicación extraordinaria al trabajo, redundó en una fructífera, aunque muy corta, trayectoria académica.

En los últimos años tuvo una importante producción, especialmente en materia de derecho internacional privado, con un acento particular en los temas de familia, que abordó de forma profusa. Un ejemplo, en el que ade-

* Académico-investigador en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Este trabajo se realizó con la colaboración del maestro Daniel Antonio García Huerta.

más hizo una defensa del reconocimiento de familias diversas y homoparentales —materia del presente texto—, es un comentario al *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*,¹ resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana).

En el texto, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,² afirmó:

Resta señalar que no podemos estar a merced de los criterios que cada Estado tenga del concepto de familia, pues ello genera una relatividad de soluciones que resulta inadmisibles ante la posibilidad de que casos parecidos puedan ser solucionados de manera diametralmente opuesta. Entendemos que el reto no está en justificar la posición (más o menos tradicional) de cada Estado a la hora de definir el concepto de familia, sino que el reto está en el deber estatal de coadyuvar, desde la tolerancia y el respeto, a que todos los menores tengan una familia, y que en el seno de la misma se ofrezca un ambiente de estabilidad, cariño y protección, cualquiera que sea la conformación de ésta, alejados de prejuicios o decisiones tomadas en función de un riesgo futuro o de presiones sociales. En este caso, era evidente que estábamos ante una familia la cual se desestructura en nombre de miedos y conjeturas.³

Y como una de sus conclusiones:

Las concepciones estereotipadas de la homosexualidad de una persona, las hipótesis y posibles consecuencias sociales (eje central para determinar los derechos de custodia) deben necesariamente superarse. Entendemos que las menores fueron discriminadas como consecuencia de la orientación sexual de su madre.⁴

Ojalá que su deseo de superar determinados patrones culturales, o la exigencia al Estado para que proteja a los distintos modelos de familia, se hagan realidad. Que efectivamente, ante la diversidad, se destierren los prejuicios, los temores y las concepciones estereotipadas y se le favorezca como una condición indispensable para la viabilidad de una sociedad democrática.

¹ Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239.

² La referencia es “El Caso Karen Atala: la conjugación de la orientación sexual y el principio del interés superior del menor”, González Martín, Nuria, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012.

³ *Ibidem*, p. 1314.

⁴ *Ibidem*, p. 1322.

Yo agradezco de corazón al doctor Juan Vega Gómez la invitación a participar en este importante libro, que dice mucho del trabajo de Sonia, pero más aún del cariño que sembró entre todos nosotros.

II. EL SISTEMA INTERPRETATIVO SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR POR ORIENTACIÓN SEXUAL

La reforma constitucional de derechos humanos de 2011, y en especial el sistema de interpretación instaurado en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o la Constitución), conforma una poderosa herramienta para interpretar y aplicar de manera más amplia los derechos. Estamos ante un mecanismo democrático al servicio de todas las personas que encuentran en ella la posibilidad de asegurar un auténtico reconocimiento jurídico a sus derechos humanos y a las condiciones particulares que les caracterizan.

A partir de las nuevas posibilidades de su aplicación mediante la interpretación conforme se expresa uno de sus cometidos principales: dotar de contenido a este material normativo, a partir del catálogo ampliado de la Constitución en los tratados internacionales. Lo anterior implica que a través del ejercicio interpretativo se reconoce a los derechos humanos contenidos en tratados, “como elementos normativos que integran el contenido mismo de las normas constitucionales en la materia”.⁵

Este contenido debe modificar la forma en que las personas con preferencias u orientaciones sexuales distintas a la heterosexual, o aquellas que cuentan con una identidad o expresión de género diversa, han sido tratadas por el Estado, mediante el reconocimiento de cuatro derechos independientes en su conformación, que reconoce esta Constitución interpretada de conformidad con los tratados internacionales:

- La identidad sexo-genérica.
- El ejercicio de la sexualidad.
- Los derechos reproductivos.
- El derecho a la protección legal de los lazos afectivos y de la familia, como establece el artículo 4o., primer párrafo, de la CPEUM.

⁵ Véase Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, prólogo del ministro Juan Silva Meza, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 49.

Las condiciones sociales y jurídicas actuales a la luz de las posibilidades que el artículo 1o. de la CPEUM ofrece para contrarrestar condiciones de discriminación, que durante años han afectado el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas con orientaciones o preferencia sexuales distintas a la heterosexual, están ahora permitiendo trazar un avance importante en el reconocimiento del matrimonio igualitario en México.

El goce y ejercicio de los derechos encuentra una de sus mayores bases en el principio de igualdad y no discriminación establecido tanto en la Constitución como en diversos instrumentos internacionales de los cuales México es Estado parte,⁶ y que constituyen orden jurídico constitucional. Dicho principio establece la prohibición dirigida a los Estados y a sus autoridades de realizar cualquier clase de distinción o diferenciación que carezca de criterios objetivos y razonables⁷ sobre la base de condiciones o características de las personas que puedan ser consideradas como sospechosas.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, diversos tribunales y organismos internacionales han coincidido en señalar que las denominadas “categorías sospechosas” constituyen todas aquellas posiciones o condiciones sobre las cuales existe una presunción de ilegitimidad en caso de que sean utilizadas para justificar alguna diferenciación de trato entre las personas, particularmente a través de la legislación.⁸ Por ello, cuando las autoridades del Estado deciden realizar alguna distinción basada en criterios como el sexo, la nacionalidad, la religión, la raza, la condición económica, social o política, la orientación sexual o el género; dicha medida debe estar sujeta a un escrutinio estricto que permita determinar su va-

⁶ OEA, Carta de la Organización de los Estados Americanos, 30 de abril de 1948, *artículos 3.1 y 17*; OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, *artículos 1o. y 24*; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, *artículo 14*; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948, *artículo II*; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966, *artículos 2.2 y 3o.*; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, *artículos 2.1 y 26*; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965, *artículo 2o.*; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 18 de diciembre de 1979, *artículos 2o., 3o., 5o., 7o. a 16*; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de noviembre de 1988, *artículo 3o.*

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párrs. 82-110.

⁸ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párr. 54.

lidez en el marco de un auténtico Estado constitucional y democrático de derecho.

La discriminación tiene por resultado el menoscabo o anulación del goce y ejercicio de los derechos humanos, y puede generarse de manera directa a través de la aplicación de una norma expresa; de manera indirecta o encubierta mediante la aplicación de normas o disposiciones aparentemente neutras que tengan efectos contrarios al goce efectivo de los derechos, o bien de manera estructural a través de la existencia de patrones y estereotipos —muchas veces sustentados en elementos morales— que se adhieren a las estructuras políticas y sociales de la comunidad.⁹

El caso de la discriminación en contra de personas homosexuales o con identidades de género diversas resulta de especial consideración si se toma en cuenta que gran parte de los actos que vulneran el goce y ejercicio de sus derechos humanos se encuentran basados en condiciones estructurales de discriminación. Por ejemplo, desde la perspectiva jurídica la construcción de las normas y de las instituciones que éstas pretenden proteger han estado sustentadas en visiones heteronormativas y androcéntricas, cuya implementación y reproducción han contribuido a establecer estereotipos y preconcepciones que limitan o restringen la participación y el acceso de personas homosexuales en la vida jurídica, política y social de la comunidad.

Así, la regulación por medio del derecho de figuras asociadas a la familia como el matrimonio, el concubinato o la filiación encuentra su sustento en posiciones comunes sobre las cuales se cree que poco o nada cabe cuestionarse. Cuando eso sucede, el derecho se convierte en una herramienta, más que de avance, de limitación para el reconocimiento de formas de convivencia que se alejan de los cánones de normalidad y naturalidad impuestos por la comunidad, llegando a utilizar su poder normativo para mantener un *status quo* diferenciador que excluye a grupos y personas que merecen el mismo reconocimiento y protección por parte del Estado.

Hablar acerca de la prohibición o permisión del matrimonio igualitario es comprender que lo que subyace en el fondo es la materialización y aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación. El único argumento utilizado para restringir su acceso a personas homosexuales es que la mayor parte de las legislaciones en la materia regulan dicha figura como la unión entre un hombre y una mujer, así que el criterio diferenciador que determina el acceso o la restricción al matrimonio entre las personas es úni-

⁹ Añón, María José, *Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio*, Valencia, Universidad de Valencia, p. 38. Asimismo, véase Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 24, julio de 2010, p. 111.

camente la orientación sexual, la cual se encuentra entre aquellas categorías sospechosas sobre las que existe una prohibición expresa de discriminar.¹⁰

III. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS

Los principios sobre derechos humanos presentes ahora en la Constitución permiten ampliar las posibilidades de interpretación y el catálogo de los derechos humanos susceptibles de ser aplicados por parte de los operadores jurídicos mexicanos. De la mano de la cláusula de interpretación conforme y del principio *pro persona*, el reconocimiento de un bloque de constitucionalidad constituye otro de los pilares esenciales de esta reforma, y permite asegurar una protección más amplia de los derechos humanos de las personas y grupos comúnmente excluidos.

Lo que permite el bloque de constitucionalidad es reconocer la existencia y obligatoriedad de normas constitucionales de fuente internacional, como las que se ubican en tratados internacionales en materia de derechos humanos celebrados y ratificados por el Estado mexicano. A partir del reconocimiento de dicho bloque, la Constitución se integra tanto por normas de carácter nacional e internacional, las cuales deben ser interpretadas armónicamente y de manera integral a fin de definir el canon constitucional que debe guiar el alcance de las disposiciones jurídicas y la actuación de las autoridades.

Tratándose de la protección a la familia, el contenido constitucional de este derecho ya no puede analizarse desde la sola perspectiva que puede ofrecer el artículo 4o. de la CPEUM, que además es de configuración legal, sino que comprende los tratados internacionales en la materia que vinculan a México.

De esta manera, además de lo señalado por esta disposición, son principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención Americana); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención sobre los Derechos del Niño —en relación con la interpretación que los órganos autorizados hayan hecho de ellos—, los instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad en México en torno a la protección a la familia. Al respecto, la mayor parte de las in-

¹⁰ Corte IDH, *Caso Atala Ríffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 84. Asimismo, véase ONU, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *Observación General núm. 20 La No Discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2o., párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, aprobada por dicho Comité mediante su resolución E/C.12/GC/20 durante su XLII periodo de sesiones, Ginebra, Suiza, 2 de julio de 2009, párrs. 27 y 32.

interpretaciones realizadas a dichos instrumentos normativos parecen coincidir en que la “familia” no responde a las características de un concepto o institución inmutable, sino que, por el contrario, es susceptible de analizarse de acuerdo a las transformaciones y características políticas, sociales y culturales que se presenten en una determinada comunidad.

El Comité de los Derechos del Niño ha especificado que resultaría complicado hablar de un único concepto de familia, pues a través de la influencia de factores económicos, políticos, culturales y religiosos, ésta ha sido moldeada de diversas maneras, por lo que es común que pueda enfrentarse a nuevos retos asociados con distintas condiciones y estructuras de vida. Si bien el Comité coincide en señalar que la familia es la institución básica para la protección de niñas y niños, también afirma, que a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante tomar en consideración la existencia de nuevos conceptos de familia como la familia nuclear, o aquella compuesta por padres y madres separados, madres y padres solteras, las familias adoptivas e incluso las uniones consensuales.¹¹

Por su parte, la Corte IDH ha establecido que el artículo 17 de la CADH consagra el derecho de toda persona a la protección de la familia, por lo que el Estado, además de contar con la obligación de establecer medidas de protección para niñas, niños y adolescentes, debe adoptar todas las acciones necesarias para favorecer, de manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar.¹² Con el objetivo de clarificar lo anterior y retomando algunos criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha agregado que “la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar”.¹³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o Suprema Corte), al interpretar el artículo 4o. de la CPEUM, ha señalado que la familia:

...lejos de ser una creación jurídica, nace o se origina con las relaciones humanas, correspondiendo más bien a un diseño social que, por ende, se presenta de

¹¹ ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Role of the Family in the Promotion of the Rights of the Child*, aprobada por el Comité en su resolución C/CRC/24 durante su VII Sesión, 10 de octubre de 1994, pp. 1 a 3.

¹² CorteIDH, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A, núm. 17, párr. 157.

¹³ Corte IDH, *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 84.

forma distinta en cada cultura; así, los cambios y transformaciones sociales que se van dando a lo largo del tiempo, de manera necesaria, impactan sustancialmente en la estructura organizativa de la familia en cada época.¹⁴

De esta manera, es posible advertir que el artículo 4o. de la CPEUM, en lo referente a la protección de la familia, interpretado de conformidad con los tratados internacionales y los criterios emitidos por los intérpretes autorizados de cada uno de ellos, reconoce la existencia de modelos de familia diversos que no necesariamente responden a concepciones tradicionales o a parámetros heteronormativos. Esta interpretación ha sido consistente con la que ha hecho la SCJN al dotar de contenido al propio bloque de constitucionalidad integrado que considera las disposiciones constitucionales y convencionales.

Este mismo contenido ha sido reconocido por diversos tribunales nacionales y organismos internacionales que han comenzado a delinear el significado de familia como una institución permeada a la realidad social, y que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, la cual se caracteriza principalmente por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos.¹⁵

IV. EL MATRIMONIO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN LEGAL DE LAS FAMILIAS

Hablar del matrimonio como garantía institucional para la protección de la familia no significa que haya sido efectivo del todo en su cometido tradi-

¹⁴ *Acción de Inconstitucionalidad 02/2010*, 16 de agosto de 2010, párr. 238.

¹⁵ Entre los referentes nacionales, véanse: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 de 2011 sobre Matrimonio Igualitario, p. 132; Tribunal Constitucional Español, Sentencia del recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010; Corte Constitucional de Sudáfrica, *J. Sachs J, Minister of Home Affairs and Another vs. Fourie and Another Case CCT 60/04 & Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others vs. Minister of Home Affairs and Others CCT 10/05*, 1o. de diciembre de 2005. Respecto a jurisprudencia y resoluciones de organismos internacionales véase: TEDH, *Caso EB vs. Francia* (no. 43546/02), *Caso Schalk y Kopf vs. Austria* (demanda núm. 30141/04), *Caso X y otros vs. Austria* (Núm. 19010/07), *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (n 33290/96), *Caso, JM vs. el Reino Unido* (no. 37060/06), *Caso X, Y y Z vs. Reino Unido* (No. 21830/93); ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Leyes y Prácticas Discriminatorias y Actos de Violencia Cometidos contra Personas por su Orientación Sexual e Identidad de Género*, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su resolución A/HRC/19/41 durante su XIX periodo de sesiones, Ginebra, 17 de noviembre de 2011, p. 7.

cional de proteger un modelo familiar único; el hecho de que históricamente el matrimonio haya sido la vía jurídica exclusiva para la conformación y reconocimiento de la vida familiar, paradójicamente, también se tradujo en que el Estado ignoró e invisibilizó durante mucho tiempo la existencia de otros derechos implicados, incluso en detrimento de la mujer, como una de las partes del contrato matrimonial. La consideración de la premisa anterior resulta fundamental para el análisis y comprensión del matrimonio realmente igualitario, pues permite comprender que éste debe asegurar diversos elementos entre los que se inscribe la vida familiar.

La garantía institucional del matrimonio recae en la posibilidad que el derecho ofrece de reconocer entre las personas la existencia de:

...una comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico.¹⁶

Bajo esta perspectiva, valdría la pena señalar entonces que la primera razón de ser de la figura del matrimonio como garantía institucional reside en el conjunto de posibilidades y efectos jurídicos y sociales que permiten el reconocimiento de una “comunidad de vida” a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad con vocación de estabilidad y permanencia¹⁷ que garantiza a las personas la oportunidad de reconocerse como cónyuges y desarrollar su vida de acuerdo a su propia identidad y proyecto de vida, tanto en lo individual como en el ámbito de pareja.¹⁸ A partir de ello es que la existencia del matrimonio y el acceso a éste también permiten asegurar un adecuado goce y ejercicio de diversos derechos fundamentales como la

¹⁶ Tribunal Constitucional Español, Sentencia al recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005 contra la Ley 13/2005, del 1o. de julio, por la que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, Madrid, 6 de noviembre de 2012, pp. 41 y 42.

¹⁷ Corte Constitucional de Sudáfrica, *J. Sacks J, Minister of Home Affairs and Another vs. Fourie and Another* Case CCT 60/04, Corte Constitucional de Sudáfrica, *Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others vs. Minister of Home Affairs and Others* CCT 10/05, 1o. de diciembre de 2005, párr 51. Asimismo, véase Massachusetts Supreme Judicial Court, *Hillary Goodridge & Others vs. Department of Public Health & Others*, 18 de Noviembre de 2003, p. 10.

¹⁸ Douglas Nejaime, “Marriage Inequality: Same-Sex Relationships, Religious Exceptions and the Productions of Sexual Orientation Discrimination”, *California Law Review*, vol. 100:1169, p. 1196.

vida privada, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad, los derechos reproductivos, entre otros.¹⁹

El matrimonio es una de las vías que permite garantizar la protección de modelos diversos de familia que no se agotan en las concepciones tradicionales construidas con el paso del tiempo, y que se asocia además a beneficios como los fiscales, los de solidaridad, de propiedad, de toma subrogada de decisiones médicas, migratorios, etcétera.²⁰

Así, partiendo de la idea de que el matrimonio es una garantía institucional que permite salvaguardar un conjunto diverso de relaciones personales que tienen por objetivo la conformación de una vida familiar, sería válido sostener entonces que dicha figura debería encontrarse al alcance de todas las personas en la medida en que deseen mantener ese tipo de relaciones.

V. EL CASO DEL MATRIMONIO Y LOS DERECHOS EN JUEGO: LO QUE HA DEFINIDO EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

El Poder Judicial de la Federación ha tenido la oportunidad de pronunciarse ya en diversas ocasiones acerca de la constitucionalidad del reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque seguramente han sido la Acción de Inconstitucionalidad 02/2010 y el Amparo en Revisión 581/2012, resueltos por la SCJN, los casos que más aportaciones han hecho al tema.

La Acción de Inconstitucionalidad 02/2010 fue promovida por el procurador general de República en contra de las modificaciones realizadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al artículo 146 del Código Civil. Lo que se impugnó fue que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal atentaba contra los ideales de familia y matrimonio previstos por el Constituyente, así como la violación a algunos otros elementos procedimentales y de libre configuración normativa.

Al analizar las cuestiones de constitucionalidad asociadas a la protección de la familia, la Suprema Corte determinó que, en el marco de una sociedad respetuosa con la pluralidad, lo que debe entenderse como protegido por la Constitución es la familia como realidad social y en las múltiples for-

¹⁹ Corte IDH, *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 167 y TEDH, *Caso Von Hannover vs. Germany*, Sentencia del 7 de febrero de 2012, núm. IPPT20120207 (Application núm. 59320/00), párr. 95.

²⁰ Amparo en Revisión, 581/2012, resuelto por la Primera Sala de la SCJN, el 5 de diciembre de 2012, p. 42.

mas en que ésta pueda conformarse. Así, reafirmó que la familia “no se trata de un concepto inmutable o «petrificado» y, por tanto, no es concebible que su conceptualización tradicional no pueda ser modificada por el legislador ordinario”.²¹

Aunado a ello, el máximo tribunal de nuestro país utilizó un concepto importante para el análisis de la figura del matrimonio, señalando que, en la actualidad, dicha figura ha comenzado a separarse de los fines de procreación que la caracterizaron durante mucho tiempo, para acercarse más a la existencia de lazos sexuales afectivos y de solidaridad entre las personas. Con ello fue posible dejar de lado el argumento asociado a la reproducción que impidió el acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo.²²

La utilización del concepto “libre desarrollo de la personalidad” sirvió de base para que las SCJN abriera la puerta a la posibilidad de considerar al matrimonio como una institución capaz de ser ejercida por todas las personas, independientemente de su orientación o preferencia sexual, al determinar que esta institución, más allá de constituir una figura de corte tradicional, supone el ejercicio de una decisión basada en los planes y proyecciones de vida de cada persona; es decir, un ámbito que queda fuera de cualquier injerencia por parte del Estado.

La SCJN decidió reconocer la constitucionalidad de las reformas promovidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal bajo el argumento de que no resulta legítimo sostener que sea la orientación o preferencia sexual de una persona el único elemento para sostener una restricción de acceso al matrimonio o de adopción de niñas, niños y adolescentes, si independientemente de ello se ha cumplido con los requisitos generales establecidos por la normativa aplicable.²³

La sentencia emitida por la Suprema Corte a la Acción de Inconstitucionalidad 02/2010 y la interpretación realizada al artículo 4o. de la CPEUM constituyeron elementos indispensables que abrieron un camino de posibilidades para el reconocimiento, en sede judicial, del matrimonio igualitario. La conformación jurídica del matrimonio homosexual todavía constituye un reto importante en las entidades federativas, sobre todo si pretende alcanzarse por la vía legislativa, por lo que la protección de los derechos humanos a través del acceso a mecanismos de defensa constitucional comenzó a configurarse como la principal vía para el avance jurisprudencial en la materia.

²¹ Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 242.

²² *Ibidem*, párr. 250.

²³ *Ibidem*, párr. 324.

Dos años después de la resolución a la Acción de Inconstitucionalidad 02/2010, la SJCN tuvo en la posibilidad de interpretar de nueva cuenta los alcances del concepto de matrimonio y su restricción para personas del mismo sexo, esta vez en la legislación del estado de Oaxaca. A través de la revisión de tres amparos promovidos en contra de la negativa del Registro Civil de Oaxaca de celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo, la Suprema Corte emitió tres sentencias similares que reconocían la inconstitucionalidad de la norma que consideraba al matrimonio exclusivamente como la unión entre un hombre y una mujer.

El Juicio de Amparo de Revisión 581/2012, resuelto por la Primera Sala,²⁴ es el que retoma y amplía el análisis hasta ahora realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el tema. En dicha resolución, el enfoque se centró principalmente en el análisis del principio de igualdad como parámetro para determinar el goce y ejercicio de los derechos humanos, así como para establecer la legitimidad de sus restricciones.

En la resolución bajo análisis, la restricción de acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo estuvo centrada, de manera preponderante, en la discriminación estructural e histórica que ha caracterizado a las personas con orientaciones o preferencias sexuales distintas a la heterosexual; llegando a afirmar que “la exclusión de éstas de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas”.²⁵

De la misma manera, para demostrar que la restricción de acceso al matrimonio entre personas de mismo sexo constituye una medida discriminatoria, la Suprema Corte sometió dicha limitación a un test de escrutinio estricto que permitiera determinar su legitimidad y, por tanto, constitucionalidad al tenor del bloque de constitucionalidad, y al efectuar una interpretación conforme de la legislación —concretamente el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca— con respecto a ese bloque integrado.

En el segundo escaño del test de escrutinio estricto, asociado a la conexión entre la restricción y la consecución del fin legítimo, la Suprema Corte determinó que la restricción para contraer matrimonio sobre la base de la orientación sexual, es decir, de una categoría sospechosa, no tiene relación directa con el aseguramiento del fin legítimo señalado anteriormente. Lo anterior a partir del entendimiento de que nuestra Constitución, ampliada

²⁴ Véase nota 20 de este trabajo.

²⁵ *Ibidem*, p. 42.

por los tratados internacionales, protege diversos tipos de familia, entre las que se ubican aquéllas conformadas por padres y madres homosexuales.

La argumentación planteada por la Primera Sala de la Suprema Corte en la resolución del Amparo en Revisión 581/2012 tuvo como efecto principal el establecer los alcances del matrimonio a partir del enfoque asociado al principio de igualdad y no discriminación. De manera puntual, dicho tribunal consideró que:

...la exclusión de las parejas homosexuales del régimen matrimonial se traduce en una doble discriminación: no sólo se priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos del matrimonio, sino también se les excluye de los beneficios materiales. Por lo demás, esta exclusión no sólo afecta a las parejas homosexuales, sino también a los hijos de esas personas que hacen vida familiar con la pareja.²⁶

Tanto la resolución a la Acción de Inconstitucionalidad 02/2012 como la que hace referencia al Amparo en Revisión 581/2012 constituyen ejemplos trascendentales para la defensa y aseguramiento de los derechos humanos de las personas con orientaciones o preferencias sexuales distintas a la heterosexual, que exigen del derecho y del Estado un trato igualitario basado en la dignidad de todas las personas y libre de cualquier estereotipo. Dichas resoluciones han sido la punta de lanza y el referente para que el sistema judicial mexicano, a través del litigio estratégico, comience a reconocer el matrimonio igualitario a lo largo de nuestro país.

VI. CONCLUSIONES. AVANCES EN EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO

El matrimonio igualitario en México comienza a dibujarse como una realidad cada vez más próxima, que orienta a nuestra sociedad hacia los ideales de respeto a la diversidad que caracterizan a las democracias. En los últimos años, en nuestro país se han emprendido distintos esfuerzos que han abierto el camino para el reconocimiento nacional del matrimonio igualitario. Las siguientes tablas intentan mostrar un esbozo —no total ni exhaustivo— del avance logrado por distintos medios, lo que también ejemplifica el derrotero del derecho a la protección de las familias, ya por vía legislativa, y también mediante el avance que se realiza en sede jurisdiccional, al contras-

²⁶ *Ibidem*, p. 33. Asimismo, véase *Baker vs. State of Vermont*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999), sentencia de la Corte Suprema de Vermont.

tar la libre configuración legislativa con el bloque de constitucionalidad que dota de contenido al artículo 4o. de la CPEUM en lo relativo a la protección de la familia.

Tabla 1. AVANCE DEL MATRIMONIO IGUALITARIO
POR VÍA JURISDICCIONAL

<i>No.</i>	<i>Estado</i>	<i>Tipo de juicio</i>	<i>Órgano</i>	<i>Si implicó reconocimiento del matrimonio igualitario</i>
1	Distrito Federal	Acción de Inconstitucionalidad 02/2010	Suprema Corte de Justicia de la Nación	+
2	Yucatán	Amparo Indirecto 497/2013-I	Juzgado Tercero de Distrito en Yucatán	+
3	Oaxaca	Amparo Indirecto 1072/2011	Juzgado Cuarto de Distrito en Oaxaca	x
4	Oaxaca	Amparo en Revisión 457/2012	Suprema Corte de Justicia de la Nación	+
5	Oaxaca	Amparo Indirecto 24/2012	Juzgado Primero de Distrito en Oaxaca	x
6	Oaxaca	Amparo en Revisión 567/2012	Suprema Corte de Justicia de la Nación	+
7	Oaxaca	Amparo Indirecto 1143/2011	Juzgado Segundo de Distrito en Oaxaca	x
8	Oaxaca	Amparo en Revisión 581/2012	Suprema Corte de Justicia de la Nación	+
9	Colima	Amparo Indirecto 380/2013	Juzgado Segundo de Distrito en Colima	+
10	Chihuahua	Amparo Indirecto 691/2013	Juzgado Décimo de Distrito en Chihuahua	+
11	Sinaloa	Amparo Indirecto 262/2013	Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Sinaloa	+

EL DERROTERO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO

15

<i>No.</i>	<i>Estado</i>	<i>Tipo de juicio</i>	<i>Órgano</i>	<i>Si implicó reconocimiento del matrimonio igualitario</i>
12	Jalisco	Amparo Indirecto 370/2013	Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Civil en Guadalajara	+
13	Estado de México	Amparo Indirecto 446/2013	Primer Juzgado de Distrito en Materia de Amparo y Procesos Civiles en Toluca	Pendiente
14	Estado de México	Amparo en Revisión 162/2013	Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Toluca	Pendiente
15	Baja California	Amparo Indirecto 418/2013	Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Baja California	Pendiente
16	Yucatán	Amparo Indirecto 1252/2013-IIB	Juzgado Segundo de Distrito en Yucatán	Pendiente
17	Yucatán	Amparo Indirecto 1254/2013-IV	Juzgado Tercero de Distrito en Yucatán	Pendiente
18	Yucatán	Amparo Indirecto 1256/2013-V	Juzgado Primero de Distrito en Yucatán	Pendiente
19	Yucatán	Amparo Indirecto 1251/2013-IB	Juzgado Segundo de Distrito en Yucatán	Pendiente
20	Yucatán	Amparo Indirecto 1257/2013-VI	Juzgado Primero de Distrito en Yucatán	Pendiente
21	Yucatán	1250/2013-V	Juzgado Cuarto de Distrito en Yucatán	Pendiente
22	Yucatán	Jurisdicción Voluntaria de Reconocimiento de Concubinato 448/2013	Juzgado Tercer Mixto de lo Civil y Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado de Yucatán	Pendiente

Fuente: elaboración propia.

TABLA 2. AVANCE DEL MATRIMONIO IGUALITARIO
O RECONOCIMIENTO DE PAREJAS DEL MISMO
SEXO MEDIANTE REFORMAS LEGALES

<i>No.</i>	<i>Estado</i>	<i>Concepto</i>	<i>Legislación</i>	<i>Artículo</i>	<i>Definición</i>
1	Distrito Federal	Sociedades en Convivencia	Ley de Sociedad en Convivencia para el Distrito Federal (2006)	Artículos 1o. a 25	La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.
2	Distrito Federal	Matrimonio	Código Civil para el Distrito Federal (2010)	Artículo 146	Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.
3	Coahuila	Pacto Civil de Solidaridad	Código Civil para el Estado de Coahuila (2007)	Artículo 385-1	El Pacto Civil de Solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común. Quienes lo celebran se considerarán compañeros civiles. Los compañeros civiles, se deben ayuda y asistencia mutua, consideración y respeto, así como deber de gratitud recíprocos y tendrán obligación de actuar en interés común; de igual manera tendrán derecho a alimentos entre sí.

EL DERROTERO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO

17

4	Colima	Enlaces Conyugales	Constitución Política del Estado de Colima (2013)	Artículo 147	<p>Las relaciones conyugales se establecen por medio de un contrato civil celebrado entre dos personas, con la finalidad de formar una familia, establecer un hogar común, con voluntad de permanencia, para procurarse y ayudarse mutuamente en su vida.</p> <p>En el Estado existen dos tipos de relaciones conyugales:</p> <p>I. Matrimonio: Es aquel que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer; y</p> <p>II. Enlace Conyugal: Es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo.</p> <p>A quienes celebren una relación conyugal se les denominará indistintamente, cónyuges, consortes, esposos o casados. La ley reglamentará las relaciones conyugales.</p>
---	--------	--------------------	---	--------------	---

Fuente: elaboración propia.

El tema de la legislación es interesante porque va abriéndose camino en varios frentes que ameritarían un análisis específico. No sólo tenemos el modelo específico de matrimonio del Distrito Federal, sino uno que abre la posibilidad de manera tácita en estados como Coahuila o Quintana Roo, al no especificar el sexo de los contrayentes.

También se encuentran las alternativas para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, como la unión de hecho que se ha legislado en Coahuila bajo la denominación “Pacto Civil de Solidaridad” o las sociedades de convivencia en el Distrito Federal, que acogen cualquier relación afectiva por la que se establezca “un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”, como establece el artículo 2o. de la Ley de Sociedades de Convivencia.

Soy consciente de la crítica que se ha hecho puntualmente a la modalidad de “enlace conyugal” establecida en el estado de Colima, (no así Pacto Civil de Solidaridad de Coahuila, que se diseñó más en sintonía con la sociedad de convivencia del Distrito Federal, y cuando todavía no se legislaba el matrimonio igualitario) en el sentido de que, parafraseando la campaña de apoyo al matrimonio igualitario en Argentina, deben ser “los mismos derechos con el mismo nombre”. Pero creo que vamos por el camino correcto en un sentido de progresividad de estas figuras; porque el contenido constitucional/convencional del modelo de familia diversa que debe ser tutelado por la ley mediante garantías institucionales incluyentes, es ya muy claro. Tiempo al tiempo.

En el ámbito jurisdiccional, el litigio estratégico de la mano de una interpretación acorde con las coordenadas constitucionales que incorporamos en junio de 2011, también están trazando una vía importante para el reconocimiento del matrimonio igualitario. La constancia en estas acciones ha abierto la puerta para que las restricciones se interpreten y analicen de manera distinta, como ha sido el caso del Amparo Indirecto 262/2013, en donde el Juez Séptimo de Distrito en el estado de Sinaloa, entendió que no se requiere de un acto de aplicación para determinar la inconstitucionalidad de una norma que restringe el matrimonio para personas del mismo sexo, sino que su sola existencia en la legislación se traduce en una medida discriminatoria en contra de personas homosexuales.

Nos encontramos así frente a un proceso emancipatorio que va por diferentes caminos. No sólo por vía legislativa, sino también por medio del juicio de amparo, lo que es muy saludable para un país legicentrista como el nuestro, en donde todo parece iniciar y terminar con la reforma constitucional o legal; para demostrar que, aun y cuando haya una especie de inamovilidad o incluso retracción de las legislaturas locales o del Congreso en algunas materias, es posible llevar adelante cambios sociales a golpes de defensa de los derechos humanos.

CAPÍTULO II EL ACCESO A INTERNET COMO DERECHO HUMANO

José CARBONELL*
Miguel CARBONELL**

En recuerdo de nuestra amiga y colega Sonia Rodríguez Jiménez, cuyas ganas de vivir la vida constituirán por siempre un ejemplo inolvidable de valor y de entereza

SUMARIO: I. *La importancia de Internet.* II. *El impacto económico de Internet.* III. *La brecha digital y las nuevas desigualdades.* IV. *La adopción de Internet en México.* V. *Internet y las TIC en los planes y programas del gobierno federal.* VI. *El acceso a Internet en la esfera internacional.* VII. *La Organización de Naciones Unidas y el acceso a Internet como derecho fundamental.* VIII. *El acceso a Internet como derecho: una encuesta a nivel mundial.*

I. LA IMPORTANCIA DE INTERNET

Para poder insertarnos plenamente en la *sociedad del conocimiento* resultan fundamentales las *tecnologías de la información y comunicación* (TIC). Una de esas tecnologías es Internet. La llamada red de redes no es una simple tecnología novedosa, sino que representa una poderosa palanca de transformación económica y social que hoy en día resulta indispensable para el desarrollo de México.

En la actualidad, Internet no solo incide en el desarrollo de las comunicaciones, sino que también lo hace en la forma en que se organizan y producen los servicios, la actividad de los diferentes gobiernos y afecta activida-

* Facultad de Derecho, UNAM.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

des tan importantes como la educación, el cuidado del medio ambiente o la salud. Desde hace ya algunos años —con el advenimiento de la sociedad posindustrial— el conocimiento se ha convertido en el principal motor de crecimiento y desarrollo tanto económico como social.

La apuesta abierta y decidida por las TIC, en general, y de Internet, en particular, puede representar para nuestro país la gran diferencia que permita alcanzar mayores niveles de educación, desarrollo, transparencia y democratización.

En este sentido,

Internet es el tejido de nuestras vidas. Si la tecnología de información es el equivalente histórico de lo que supuso la electricidad en la era industrial, en nuestra era podríamos comparar Internet con la red eléctrica y el motor eléctrico, dada su capacidad para distribuir el poder de la información por todos los ámbitos de la actividad humana. Es más, al igual que las nuevas tecnologías de generación y distribución de energía permitieron que la fábrica y la gran empresa se establecieran como las bases organizativas de la sociedad industrial, Internet constituye actualmente la base tecnológica de la forma organizativa que caracteriza a la era de la información.¹

De hecho, el acceso a Internet permite el ejercicio de las libertades de forma mucho más asequible. A través de los múltiples sistemas de comunicación que coexisten en su seno —como podrían ser las redes sociales, los blogs, los foros virtuales de discusión—, facilita la libertad de expresión y de asociación; permite compartir el conocimiento y el aprendizaje; potencia la colaboración entre personas, universidades o empresas de todo el mundo, e impulsa el desarrollo social y económico. “La nueva tecnología de la libertad” es como llama el sociólogo Manuel Castells a Internet, ya que aumenta de forma exponencial la capacidad de la gente para comunicarse e interactuar en relación a temas e intereses que les son comunes.

En el caso de los medios de comunicación y las alternativas para los consumidores, por ejemplo, con Internet

...el consumo audiovisual se especializa y diversifica, evolucionando hacia un universo que es *multimodal, multicanal y multiplataforma*. Las nuevas tecnologías ofrecen mayor flexibilidad y movilidad, por lo que permiten la gestión de cualquier actividad en cualquier lugar. Con la difusión de las herramientas que hacen posible la participación en los procesos de producción, edición y distribución de información y contenidos, el consumidor se convierte, al mis-

¹ Castells, Manuel, *La galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Barcelona, Editorial DeBolsillo, 2003, p. 15.

mo tiempo, en creador activo con capacidad para contribuir y compartir múltiples visiones del mundo en el que vive.²

El uso de Internet además implica que se facilite notablemente el ejercicio de diversos derechos reconocidos en la propia Constitución política de nuestro país, entre ellos el de la educación, la cultura, el acceso a la información pública o a la ya citada libertad de expresión.³

II. EL IMPACTO ECONÓMICO DE INTERNET

La adopción y uso generalizado de Internet tiene importantes efectos sobre la economía de un país o región.

La experiencia internacional muestra la relevancia que tiene para la globalización y la competitividad la incorporación de las TIC en general y de Internet en particular a la economía en su conjunto, al interior de las empresas, o en ámbitos como la educación, los servicios de salud, de seguridad y de gobierno.

El dinamismo que internet imprime a estas actividades permite que la productividad se incremente de forma notable.

Con su adopción, las sociedades disponen de “instrumentos para modernizar el Estado, incrementar la productividad y acortar las diferencias entre grandes y pequeñas empresas, mejorar la eficiencia de las políticas sociales, disminuir las disparidades regionales y aumentar la equidad”.⁴

Por ejemplo, en Francia se hizo un cálculo del impacto económico de internet, según el cual se estimó que el desarrollo de la red iba a permitir la creación de al menos 450 mil nuevos empleos, directos e indirectos. Para 2015, el sector de Internet en sentido amplio (incluyendo a proveedores de acceso, materiales y servicios vinculados con la red) iba a contribuir con un incremento de la riqueza nacional de 129 mil millones de euros (5.5% del PIB). Ya en 2009 el sector contribuía con 60 mil millones de euros al PIB de Francia, que se incrementaron hasta superar los 72 mil millones en 2010.⁵ No es difícil imaginar lo mucho que impactaría un crecimiento

² Castells, Manuel, *Comunicación y poder*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 187.

³ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2012.

⁴ “Resumen Ejecutivo”, *Agenda Digital Chile 2004-2006*, p. 5. Posteriormente se convirtió en “Estrategia Digital Chile 2007-2012”. Disponible en <http://www.estrategiadigital.gob.cl/norde/121>.

⁵ Carbonell, Miguel, “Crecimiento económico e Internet”, en http://www.miguelcarbonell.com/escritos_divulgacion/e_Internet.shtml.

similar en el caso mexicano, cuya economía está tan urgida precisamente de crecimiento.

Los efectos de la adopción y aplicación de Internet también han comenzado a ser estudiados en América Latina:

- De acuerdo a un estudio de la CEPAL, la adopción de TIC es un importante determinante en el mejoramiento de la productividad total de los factores en países de América Latina entre 1960 y 2005.
- En otro estudio se ha estimado que la inversión de capital TIC contribuyó al crecimiento de Brasil en un 0.21% entre 1995 y 2004 y en un 0.62% para Chile entre 1990 y 2004.
- En los casos de Argentina y Chile, la creación de empleo está directamente relacionada con la penetración de banda ancha entre otras variables.
- Los estudios a nivel agregado han sido validados por una cantidad creciente de estudios locales, por ejemplo en el sector industrial colombiano, el sector rural en el Perú, y en los oficios y profesiones independientes de México.⁶

En la actualidad, las TIC —y particularmente Internet— se han convertido en una necesidad básica para todos los agentes económicos. Permiten que se adquieran mayores conocimientos e información, facilitan los canales para comunicarse, para realizar trámites y pagar servicios, para poder acceder a la información y actividad gubernamentales, así como llevar a cabo transacciones financieras y comerciales.

Como ha dicho Hamadoun Touré, el secretario general de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, Internet “es el próximo punto de inflexión, la próxima tecnología verdaderamente transformadora. Puede generar empleos, impulsar el crecimiento y la productividad, y reforzar la competitividad económica a largo plazo”.

Así pues, dejar atrás a México de la sociedad de la información implicaría “relegar su economía a servicios básicos y de baja capacitación. Una economía del conocimiento necesariamente depende de un buen acceso a Internet, por lo que reconocer a los servicios de telecomunicaciones, como Internet —actualmente un servicio de valor agregado de acuerdo con la ley—, como

⁶ Katz, Raúl, *El papel de las TIC en el desarrollo. Propuesta de América Latina a los retos económicos actuales*, Barcelona, Editorial Ariel-Fundación Telefónica, 2009, p. X.

un derecho, no se trata de un dogma sino de una necesidad para alcanzar un mayor desarrollo social y económico”.⁷

III. LA BRECHA DIGITAL Y LAS NUEVAS DESIGUALDADES

El número de usuarios de Internet ha venido creciendo de forma exponencial en los últimos años. Este proceso podría llevar a pensar que todo el mundo disfrutaría de los beneficios que acompañan a la aparición de esta tecnología; sin embargo, la realidad nos ofrece una situación muy diferente.

Existe una clara división entre los que acceden a Internet y los que no pueden hacerlo: es lo que se conoce como brecha digital.

El término “brecha digital” se refiere —según la OCDE— a la

distancia existente entre áreas individuales, residenciales, de negocios y geográficas en los diferentes niveles socio-económicos en relación a sus oportunidades para acceder a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como al uso de Internet, lo que acaba reflejando diferencias tanto entre países como dentro de los mismos.⁸

Como atinadamente lo describe el sociólogo Manuel Castells, las sociedades modernas corren el peligro de generar nuevas desigualdades y exclusión social con la adopción de tecnologías novedosas:

La centralidad de Internet en muchas áreas de la actividad social, económica y política se convierte en marginalidad para aquellos que no tienen o que tienen un acceso limitado a la red, así como para los que no son capaces de sacarle partido. Por tanto, no debe extrañarnos en absoluto que el augurio del potencial de Internet como medio para conseguir la libertad, la productividad y la comunicación venga acompañado de una denuncia de la divisoria digital, inducida por la desigualdad en Internet. La disparidad entre los que tienen y los que no tienen Internet amplía aún más la brecha de la desigualdad y la exclusión social, en una compleja interacción que parece incrementar la distancia entre la promesa de la era de la información y la cruda realidad en la que está inmersa una gran parte de la población del mundo.⁹

Este fenómeno ya está presente en México.

⁷ Pérez-Alonso, Rodrigo, “Internet como derecho”, en <http://www.rodriperezalonso.com/2011/02/Internet-como-derecho/>.

⁸ Citado por Del Álamo, Óscar, “El desafío de la brecha digital”, en <http://www.sp.upcomillas.es/sites/ginvinterfacultativo/Biblioteca%20de%20documentos/1/el%20desafio%20brecha%20digital.pdf>.

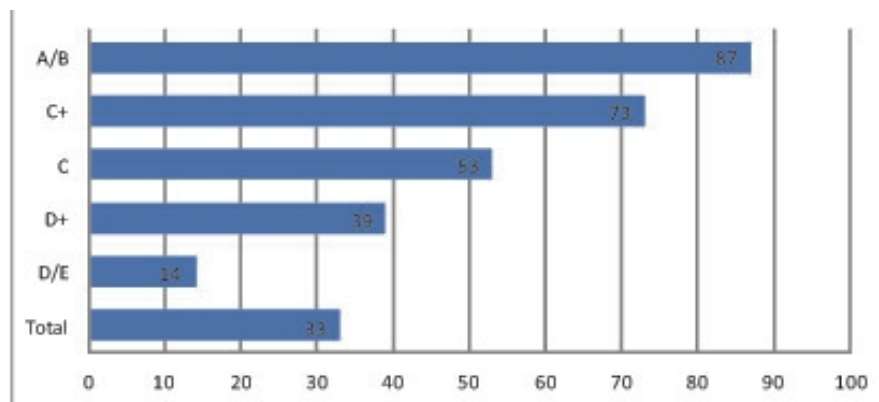
⁹ Castells, Manuel, *La galaxia Internet*, cit., p. 311.

Según datos recogidos por el Censo de Población y Vivienda 2010 —presentados por la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI)—, existe una clara brecha digital según el lugar en donde se viva. En las comunidades de más de 100 mil habitantes el 33% de la población contaba con acceso a Internet; sin embargo, este número se veía reducido al 20% para localidades de menos de 5 mil habitantes. En el caso de los centros con menos de 2500 pobladores solo el 3% tenían acceso a dicho servicio.

En el mismo sentido, cabe destacar que las entidades federativas con mayor penetración del servicio de Internet son también las más desarrolladas y con menor población rural. En dicha lista se incluye al Distrito Federal, el Estado de México, Jalisco, Nuevo León, Veracruz, Chihuahua, Tamaulipas y Baja California.¹⁰

En el 2010 únicamente 32.8 millones de mexicanos usaban computadora; sin embargo, su distribución era muy desigual. Como se aprecia en la siguiente tabla, casi nueve de cada diez personas de la población con más recursos (A y B) usaba computadora (el 87% para ser precisos) frente a un 39 y 14% de las personas con menos recursos. La diferencia es notable: significa que seis veces más personas del segmento A/B tiene acceso a una computadora que sus conciudadanos más desaventajados.

POBLACIÓN QUE UTILIZA COMPUTADORAS SEGÚN
NIVEL DE INGRESOS (%)

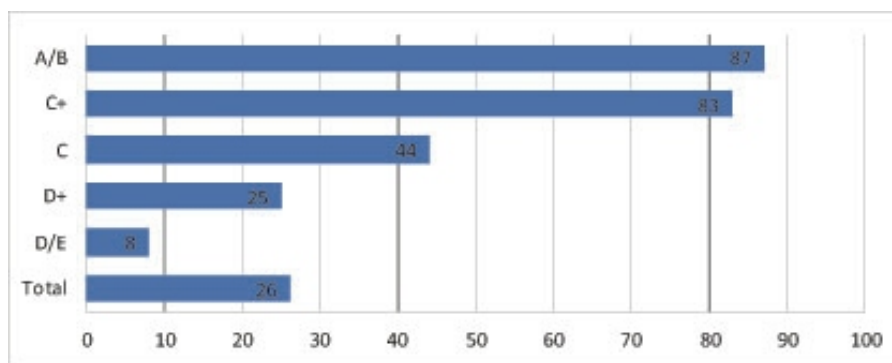


Fuente: AMEPCI. Estudio de Infraestructura y Adopción de las TIC's por la Población en México. Marzo de 2010.

¹⁰ AMIPCI, *Hábitos de los usuarios de Internet en México*. Mayo de 2011. Disponible en <http://www.amipci.org.mx/temp/Habitos2011AMIPCI-VersionEjecutiva-00083430013067943410B.pdf>.

Por su parte, la brecha que separa a los hogares que tienen acceso a Internet de los que no tienen es igualmente significativa. Según la propia AMEPCI, mientras que un 87% de los hogares con más recursos accedían a Internet, únicamente 1 de cada 12 lo hacían en el segmento con menos recursos.

HOGARES CON ACCESO A INTERNET SEGÚN NIVEL DE INGRESOS (%)



Fuente: AMEPCI. Estudio de Infraestructura y Adopción de las TIC's por la Población en México. Marzo de 2010.

La necesidad de que México se inserte plenamente en la *sociedad de la información y el conocimiento* debe ser una prioridad para todos los actores políticos, económicos y sociales nacionales. No obstante, la innovación y los desarrollos tecnológicos no deberían crear nuevas franjas de desigualdad. Todo lo contrario.

Internet es un espacio público que debería caracterizarse por ser abierto, asequible y accesible para todas las personas.

Pero, como apunta la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones,

...la expansión del acceso a Internet sucede en forma desequilibrada y suele exacerbar las desigualdades sociales y económicas. Sin embargo, tanto Internet como otras tecnologías de la información y la comunicación (TIC) pueden ser una poderosa herramienta de movilización social y desarrollo, resistencia a la injusticia, y expresión de diferencias y creatividad. Un acceso asequible, rápido y fácil a Internet puede ayudar a generar sociedades más igualitarias. Puede servir para fortalecer los servicios de educación y salud, el

desarrollo económico local, la participación pública, el acceso a la información, la buena gobernanza y la erradicación de la pobreza.¹¹

En este sentido, garantizar el derecho universal a acceder a Internet podría reducir —si no es que eliminar totalmente— la profunda brecha digital que ya se observa entre los diferentes segmentos de la población mexicana.

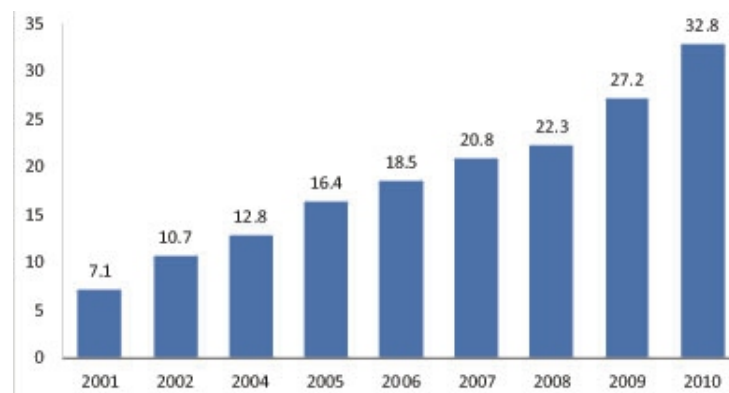
IV. LA ADOPCIÓN DE INTERNET EN MÉXICO

Según datos del INEGI —a través de los resultados del Censo General de Población y Vivienda 2010 (CGPV 2010)—, en 2010, a nivel nacional, prácticamente dos de cada 10 viviendas tenían acceso a Internet.

Asimismo —con base en la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de las Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) del propio INEGI— se registraron 32.8 millones de personas (mayores de seis años) que eran usuarias de Internet. Ello representa poco más de una tercera parte del conjunto de esta muestra poblacional (33.8%).

No obstante el crecimiento en el número de usuarios de Internet en México está siendo muy rápido. En la siguiente gráfica se puede apreciar. Mientras que en el 2001 únicamente había 7.1 millones de usuarios, para 2010 ya rondaban los 33 millones.

USUARIOS DE INTERNET 2001-2010 (MILLONES)

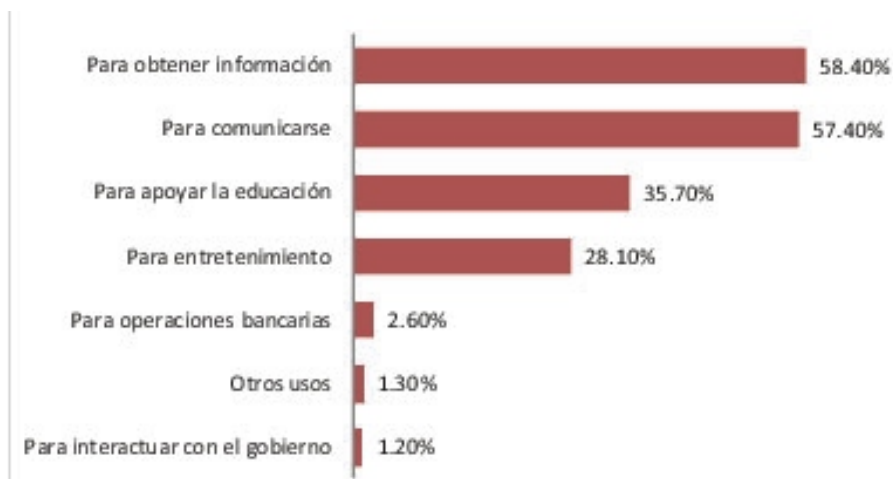


Fuente: Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de las Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH), 2001-2010.

¹¹ Carta de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC) sobre derechos en Internet, <http://www.apc.org/es/node/5795/>.

Por su parte, de la propia encuesta se puede observar los usos que los mexicanos le dan a Internet. Destaca en primer lugar la búsqueda de información, seguido muy de cerca por la necesidad de comunicarse (correo electrónico, redes sociales, etcétera). En tercer lugar, Internet es utilizado como una herramienta para apoyar la educación y el aprendizaje.

USUARIOS DE INTERNET POR TIPO DE USO 2010



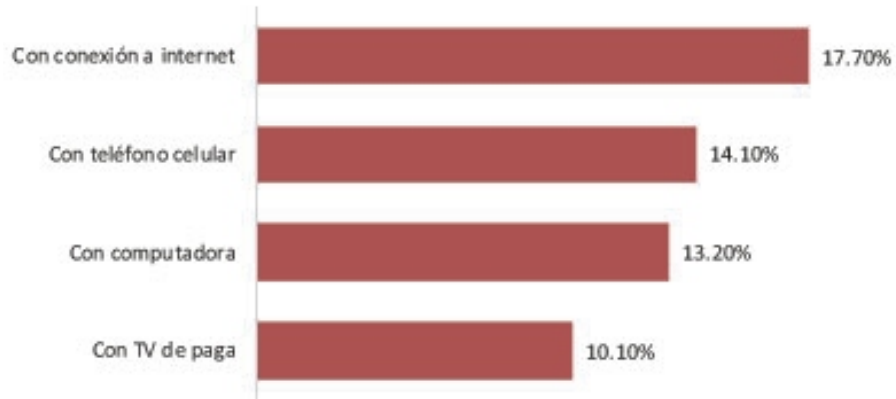
La respuesta es de opción múltiple, por lo que la suma de las proporciones es mayor al 100%.

Fuente: ENDUTIH, 2010.

Marginalmente es utilizado para interactuar con las diferentes administraciones gubernamentales (únicamente lo hace el 1.2%) y para realizar operaciones bancarias (lo que muestra que apenas es un instrumento incipiente para fines económicos y comerciales). El comercio electrónico es poco recurrente entre los internautas mexicanos. El porcentaje que realiza transacciones en línea es únicamente del 5%.

De la ENDUTIH se desprende también que existen alrededor de 6.3 millones de hogares con conexión a Internet, lo cual representa un 22.2%. Lo que es de llamar la atención es su rápido crecimiento: 17.7% anual durante el periodo 2001-2010, por encima de cualquier otra herramienta tecnológica, como se puede apreciar en la siguiente tabla.

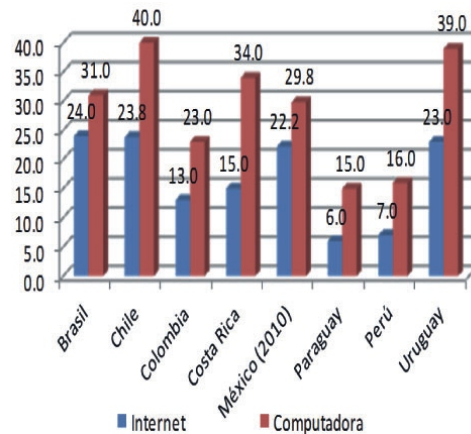
CRECIMIENTO DE HOGARES CON TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES (2001-2010)



Tasas Media de Crecimiento Anual (TMCA) para el periodo indicado
Fuente: ENDUTIH, 2010.

Si se hace un comparativo con otros países de la región se puede observar que México está dentro del grupo más aventajado, aunque detrás de naciones como Chile, Brasil o Uruguay, que son las punteras dentro del ámbito latinoamericano.

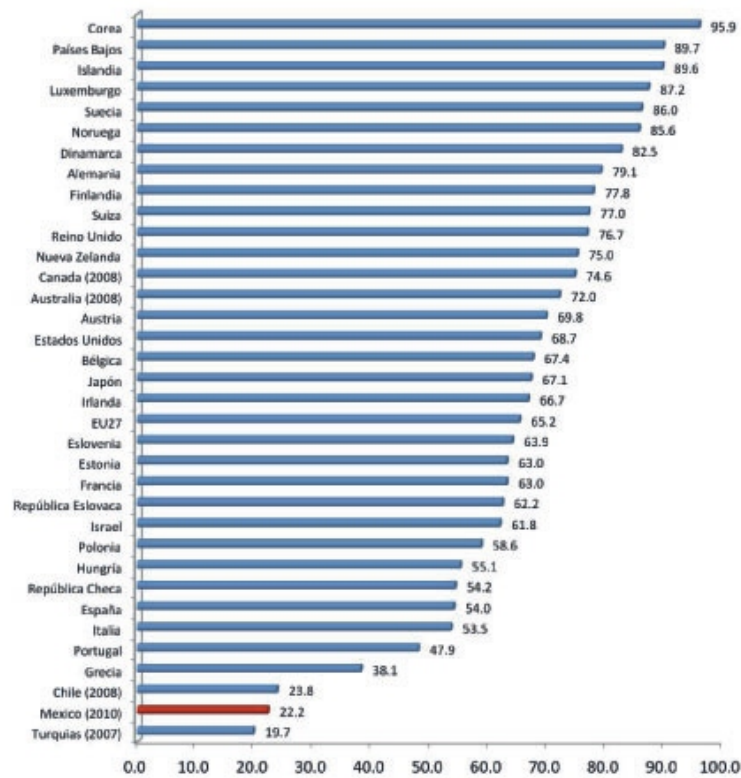
PORCENTAJE DE HOGARES CON INTERNET Y COMPUTADORA DE ALGUNOS PAÍSES LATINOAMERICANOS, 2008



Fuente: CEPAL, Sistema de Información Estadístico de TIC.

Sin embargo, si la comparación se hace más extensa México no sale tan bien parado. Si se analizan los países miembros de la OCDE, estamos en el penúltimo lugar, únicamente por adelante de Turquía. Mientras que en promedio el 66.8% de los hogares de la OCDE cuentan con conexión a Internet, en el caso mexicano solo alcanzaba el 22.2% en 2010.

PORCENTAJE DE HOGARES CON ACCESO A INTERNET
DE LOS PAÍSES DE LA OCDE, 2009



Fuente: OCDE. *OCDE Key Indicators*, mayo 2009.
Para México. INEGI. ENDUTIH, 2010.

La distancia frente a las naciones más adelantadas en la adopción de las TIC —como es el caso de Corea, Holanda o Islandia— es abismal. La brecha digital entre México y el resto de países de la OCDE es muy profunda y

nos pone en inferioridad de condiciones para poder competir desde el punto de vista económico.

Hay una evidente necesidad de estimular la adopción de Internet por parte de más mexicanos y terminar con el rezago frente a otras naciones.

V. INTERNET Y LAS TIC EN LOS PLANES Y PROGRAMAS DEL GOBIERNO FEDERAL

Desde la administración del presidente Fox se reconoció la importancia y relevancia de Internet para el desarrollo económico y social del país. De hecho, en el Programa Sectorial de Comunicaciones y Transportes (2001-2006) se instauraba el “Sistema Nacional E-México”.

En dicho programa se reconocía que:

En términos de la infraestructura de la nueva economía, el gobierno desempeña un papel importante en la adopción generalizada de tecnología digital del país. Para ello, desarrollará el Sistema Nacional e-México para que la mayor parte de la población pueda tener acceso a las nuevas tecnologías de la informática, y que éstas sean el vehículo natural que intercomunique a los ciudadanos entre sí, con el gobierno y con el resto del mundo. Este Sistema incluye servicios de educación, salud, economía, ciencia, tecnología e industria, gobierno y otros servicios a la comunidad.

De entre los muchos factores que determinan el desarrollo de un país —a saber, la educación, la disponibilidad de servicios de salud, el mejoramiento constante de las oportunidades y condiciones de trabajo, la producción y el consumo ordenados de bienes y servicios, sin deterioro del medio ambiente— podemos destacar el acceso a la información y la posibilidad de estar comunicados con el resto de la sociedad, tanto a nivel nacional como internacional.

Por eso, el Sistema Nacional e-México tiene como objetivo principal ofrecer a la comunidad el acceso a una serie de contenidos en materia de educación, salud, comercio, turismo, servicios gubernamentales y de otros tipos, para contribuir a mejorar la calidad de vida de las personas y las familias, abrir oportunidades para las empresas basadas en su incorporación a la nueva economía y, sobre todo, a promover un desarrollo más acelerado y equitativo entre las distintas comunidades y regiones de nuestro país, con especial atención a las zonas más marginadas.

De hecho, los sistemas de comunicación, en sus diversas manifestaciones, han sido siempre un factor determinante en la evolución de la sociedad y en el mejoramiento de las condiciones de vida de sus miembros. Es por eso que uno de los proyectos fundamentales de todo gobierno democrático debe ser el poner los medios para que las mujeres y hombres que integran la sociedad a la cual gobierna, tengan mayor acceso a la información y estén ampliamente

interconectados. El alcance de una empresa de tal magnitud está determinado por el análisis comparativo entre la realidad actual y los objetivos a alcanzar.¹²

Más adelante, el propio Programa Sectorial trata de la problemática de la brecha digital. Sostiene que:

...al proporcionar conectividad a todas las regiones del país, se podrá utilizar el Internet en todas las escuelas públicas, clínicas y hospitales, cerrando la brecha digital que hoy es característica de una gran parte del territorio mexicano. Hay que recalcar el hecho que será de gran trascendencia la variedad y calidad de contenidos que se pondrán al alcance de toda la población, logrando con ello una mejora en el nivel de vida de la sociedad mexicana.¹³

Plan Nacional de Desarrollo, 2007-2012

Por su parte, el Plan Nacional de Desarrollo (2007-2012) estipula que:

...el acceso a la tecnología de la información e Internet ha permitido, a los países que lo han aprovechado de manera integral, acceso a fuentes de información, a nuevos mercados, a la realización de operaciones de compra-venta y financieras y, en general, a la reducción de los costos de transacción de tal forma que se han traducido en ganancias significativas en productividad. (...) es imperativo proceder con una agenda activa que aumente el acceso a estos servicios.¹⁴

En particular, la estrategia 14.3 del Plan, refiriéndose al punto de telecomunicaciones y transportes, plantea la necesidad de promover la “infraestructura tecnológica de conectividad que permita alcanzar una penetración superior a 60 por ciento de la población, consolidando el uso de la tecnología de los servicios en cualquier lugar, desarrollando contenidos de interés y de alto impacto para la población”.

La estrategia 14.4, por su parte, enuncia la exigencia de “modernizar el marco normativo que permita el crecimiento de las telecomunicaciones, el uso y desarrollo de nuevas tecnologías y la seguridad sobre el uso de la información, los servicios y las transacciones electrónicas”.

¹² *Programa Sectorial de Comunicaciones y Transportes, 2001-2006*, p. 255. Disponible en <http://www.sct.gob.mx/estadistica-y-cartografia/documentos-del-sector-comunicaciones-y-transportes-2001-2006/programas/programa-sectorial-2001-2006/>.

¹³ *Ibidem*, p. 313.

¹⁴ *Plan Nacional de Desarrollo, 2007-2012*, p. 125. Disponible en <http://pnd.presidencia.gob.mx/>.

Adicionalmente, dentro del propio Plan Nacional, el objetivo 11 —referido a la igualdad de oportunidades— establece como propósito “Impulsar el desarrollo y utilización de nuevas tecnologías en el sistema educativo para apoyar la inserción de los estudiantes en la sociedad del conocimiento y ampliar sus capacidades para la vida”.

A mayor abundamiento, el Programa Sectorial de Comunicaciones y Transportes (2007-2012), en la Estrategia 8.2.4, habla de “Coordinar, promover, apoyar e integrar los esfuerzos del Sistema Nacional e-México para llevar al país a la Sociedad de la Información y el Conocimiento”, y como líneas de acción específicas propone:

- Promover el desarrollo de contenidos y servicios digitales, orientados a fortalecer y apoyar los programas de bienestar social relativos a la educación, la salud, la economía y el gobierno además de aquéllos que hagan atractivo el uso de las tecnologías de la información.
- Facilitar el aprovechamiento y uso de las tecnologías disponibles con la finalidad de incorporar al país a la *sociedad de la información y el conocimiento*.¹⁵

VI. EL ACCESO A INTERNET EN LA ESFERA INTERNACIONAL

En la actualidad existen instrumentos jurídicos —y declaraciones u observaciones— de carácter internacional que contemplan, bien directa o indirectamente, la cuestión del acceso a Internet.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 27, primer apartado, dispone que: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece (en su artículo 15) que:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

¹⁵ Programa Sectorial de Comunicaciones y Transportes (2007-2012), p. 40. Disponible en http://www.sct.gob.mx/uploads/media/SCT_PS_2007-2012.pdf.

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General núm. 21 —que trata sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— incluye varios puntos muy relevantes para la materia de la que se está tratando. En particular, establece que:

La plena realización del derecho de toda persona a participar en la vida cultural requiere de la existencia de los siguientes elementos, sobre la base de la igualdad y de la no discriminación ...

b) La *accesibilidad* consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, en las zonas urbanas y en las rurales, sin discriminación. Es fundamental a este respecto dar y facilitar a las personas mayores, a las personas con discapacidad y a quienes viven en la pobreza acceso a esa cultura. Comprende también el derecho de toda persona a buscar, recibir y compartir información sobre todas las manifestaciones de la cultura en el idioma de su elección, así como el acceso de las comunidades a los medios de expresión y difusión (parágrafo 16). ...

Nadie quedará excluido del acceso a las prácticas, los bienes y los servicios culturales (parágrafo 23) ...

El Pacto impone a los Estados partes la obligación inmediata de garantizar que el derecho conferido en el párrafo 1 a) del artículo 15 sea ejercido sin discriminación, de reconocer las prácticas culturales y de abstenerse de injerirse en su disfrute y realización (parágrafo 44).

A su vez, el artículo 6o. de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (adoptada el 2 de noviembre de 2001) señala:

al tiempo que se garantiza la libre circulación de las ideas mediante la palabra y la imagen, hay que procurar que todas las culturas puedan expresarse y darse a conocer. La libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación, el multilingüismo, la igualdad de acceso a las expresiones artísticas, al saber científico y tecnológico —comprendida su forma electrónica— y la posibilidad, para todas las culturas, de estar presentes en los medios de expresión y de difusión, son los garantes de la diversidad cultural.

Por otro lado, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), un organismo de Naciones Unidas, en su Declaración de Principios de Ginebra, de 2003, reconoce que

...la educación, el conocimiento, la información y la comunicación son esenciales para el progreso, la iniciativa y el bienestar de los seres humanos. Es más, las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) tienen inmensas repercusiones en prácticamente todos los aspectos de nuestras vidas. El rápido progreso de estas tecnologías brinda oportunidades sin precedentes para alcanzar niveles más elevados de desarrollo. La capacidad de las TIC para reducir muchos obstáculos tradicionales, especialmente el tiempo y la distancia, posibilitan, por primera vez en la historia, el uso del potencial de estas tecnologías en beneficio de millones de personas en todo el mundo (principio 8).

Más aún, según esta institución “la capacidad universal de acceder y contribuir a la información, las ideas y el conocimiento es un elemento indispensable en una Sociedad de la Información integradora”. En consecuencia:

...es posible promover el intercambio y el fortalecimiento de los conocimientos mundiales en favor del desarrollo si se eliminan los obstáculos que impiden un acceso equitativo a la información para actividades económicas, sociales, políticas, sanitarias, culturales, educativas y científicas, y si se facilita el acceso a la información que está en el dominio público, lo que incluye el diseño universal y la utilización de tecnologías auxiliares (principios 24 y 25).

Además, la UIT sostiene que en la utilización y despliegue de las TIC se debe tratar de generar beneficios en todos los ámbitos de nuestra vida cotidiana:

Las aplicaciones TIC son potencialmente importantes para las actividades y servicios gubernamentales, la atención y la información sanitaria, la educación y la capacitación, el empleo, la creación de empleos, la actividad económica, la agricultura, el transporte, la protección del medio ambiente y la gestión de los recursos naturales, la prevención de catástrofes y la vida cultural, así como para

fomentar la erradicación de la pobreza y otros objetivos de desarrollo acordados. Las TIC también deben contribuir al establecimiento de pautas de producción y consumo sostenibles y a reducir los obstáculos tradicionales, ofreciendo a todos la oportunidad de acceder a los mercados nacionales y mundiales de manera más equitativa. Las aplicaciones deben ser fáciles de utilizar, accesibles para todos, asequibles, adaptadas a las necesidades locales en materia de idioma y cultura, y favorables al desarrollo sostenible. A dicho efecto, las autoridades locales deben desempeñar una importante función en el suministro de servicios TIC en beneficio de sus poblaciones (principio 51).¹⁶

Además reconoce claramente que “Internet, elemento capital de la infraestructura de la Sociedad de la Información, ha pasado de ser un recurso de investigación y académico para convertirse en un recurso mundial disponible para el público”.¹⁷

Recientemente el secretario general de la UIT dio un paso más allá, e instó a los líderes y autoridades políticas de todo el orbe a asegurar el acceso a redes de banda ancha para el año 2015. Asimismo, propuso que el acceso a redes de alta velocidad sea “un derecho civil básico”.

Los debates sobre la necesidad de convertir el acceso a Internet en un derecho fundamental se empiezan a extender por varios países; aunque destacan algunos que se encuentran claramente a la vanguardia.

A partir de julio de 2010, por ejemplo, todos los finlandeses tienen derecho a una conexión a Internet de, como mínimo, 1 Mb/s, como paso intermedio para lograr que, en 2015, dicha cifra aumente hasta los 100 Mb/s. Con esta iniciativa Finlandia se convirtió en el primer país en tomar una medida de este calado.

Así, la banda ancha deberá alcanzar a toda Finlandia. No obstante, esta medida no significa que el acceso vaya a ser gratuito, sino que simplemente deberá ser posible. Según datos oficiales, en la actualidad cerca del 80% de los finlandeses usa Internet habitualmente y en torno al 30% tiene acceso a una conexión de banda ancha.

Hasta ahora sólo Suiza había dado un paso similar. En 2006 aprobó que a partir de enero de 2008 quedaba garantizada una conexión a Internet con una velocidad de por lo menos 600 kbit/s de descarga y 100 kbit/s de subida, a un precio de 69 francos suizos (es decir, a un precio equivalente de aproximadamente mil pesos).

¹⁶ Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), *Declaración de Principios de Ginebra*, 2003, en <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>.

¹⁷ *Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información*, parágrafo 30. Disponible en <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-es.html>.

En otros países —como Estonia, Francia o Grecia— el acceso a Internet se considera un derecho pero sin especificarse la velocidad mínima ni el tipo de conexión.

VII. LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS Y EL ACCESO A INTERNET COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Recientemente el relator especial en la Promoción y Protección del Derecho a la libertad de Opinión y Expresión de Naciones Unidas, Frank La Rue, presentó un informe sobre las tendencias claves y los desafíos que enfrentaba el acceso a Internet como derecho universal.¹⁸

En dicho informe se subraya que “Internet es un instrumento insustituible en la realización de una serie de derechos humanos y en la lucha contra la desigualdad”. Se señala que los gobiernos deben esforzarse “para hacer a Internet ampliamente disponible, accesible y costeable para todos... Asegurar el acceso universal del Internet debe ser una prioridad de todos los Estados”.

“La única y cambiante naturaleza de Internet no sólo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el progreso de la sociedad en su conjunto”, indicó el relator.

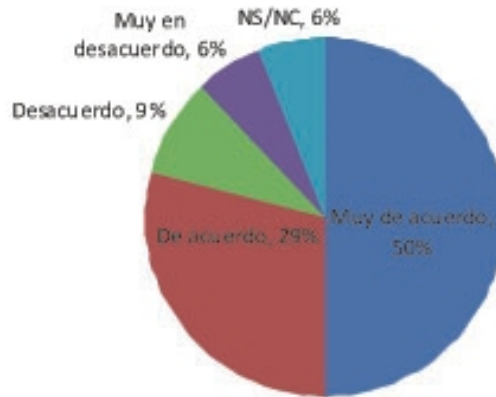
Recogiendo los argumentos contenidos en dicho informe, posteriormente la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el acceso a Internet como un derecho humano inalienable. Consideró que en la actualidad Internet es una herramienta indispensable, que favorece el crecimiento y el progreso de la sociedad en su conjunto.

VIII. EL ACCESO A INTERNET COMO DERECHO: UNA ENCUESTA A NIVEL MUNDIAL

En una encuesta publicada en 2010 —realizada por la BBC World Service a cerca de 27 mil personas en 26 países—, cuatro de cada cinco personas contestaron que Internet debería ser un derecho fundamental. De hecho, como se puede observar en la siguiente grafica, la mitad de los entrevistados estaba “muy de acuerdo” y 29% estaba “de acuerdo” en que el acceso a Internet fuera un derecho básico para todas las personas.

¹⁸ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf.

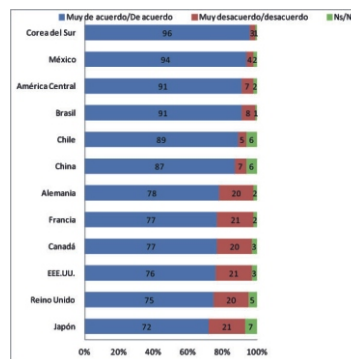
¿EL ACCESO A INTERNET DEBE SER UN DERECHO FUNDAMENTAL PARA
TODAS LAS PERSONAS?
(Encuesta BBC en 26 países)



Fuente: Internet access is 'a fundamental right', en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8548190.stm>.

Ahora bien, si lo desglosamos por países, resulta que México es la nación en donde la adopción de dicho derecho tiene más apoyo por parte de su población, únicamente por detrás de Corea del Sur. En nuestro país, 94% de los encuestados consideran que Internet debe ser un derecho.

¿EL ACCESO A INTERNET DEBE SER UN DERECHO FUNDAMENTAL
PARA TODAS LAS PERSONAS? (por país)



Fuente: Internet Access is 'a Fundamental Right', <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8548190.stm>

Así pues, a manera de conclusión se puede afirmar que en la actualidad se reconoce de forma general el poder y, sobre todo, las amplias oportunidades que brindan las nuevas TIC —e Internet en particular— en el crecimiento económico y la inclusión social de cualquier sociedad.

A partir del uso corriente y generalizado de estas herramientas se puede contribuir de manera importante al desarrollo económico y social del país. El potencial que ofrecen en campos como la mejora de la calidad de la educación, el incremento de la productividad y competitividad de nuestra economía, en las posibilidades de ampliar la transparencia y hacer un gobierno más eficaz, o en aumentar la participación ciudadana, es prácticamente ilimitado.

Si bien algunos municipios, entidades federativas y universidades ya prestan este servicio de forma universal (o están muy cerca de hacerlo), resulta fundamental que desde la Constitución se garantice su acceso. Actualmente Internet tiene tal importancia para la población y para la economía que es primordial que todos los mexicanos tengan acceso de forma permanente, sin importar los cambios de administración o las políticas que decida implementar el partido político en el poder.

Sin duda, así como:

...el agua potable o la energía eléctrica se convirtieron en servicios sociales básicos, el desafío actual es permitir el acceso de todos a los servicios avanzados de telecomunicaciones. Acceder a Internet es también igualdad de oportunidades, para que nuestros niños se eduquen en el mundo de hoy, para que nuestras Micro, Pequeñas y Medianas Empresas encuentren nuevos mercados y posibilidades de intercambio.¹⁹

No hay que olvidar pues que un amplio acceso a Internet supone en términos prácticos educación de mejor calidad, mayor acceso a la información y a la cultura, mayor crecimiento económico, un potencial incremento en la igualdad de oportunidades y una muy benéfica apertura al resto del mundo.

El reconocimiento del derecho fundamental de toda persona al acceso a Internet puede convertirse en el instrumento que haga realidad todo lo anterior.

En México, el derecho a la cultura se encuentra reconocido constitucionalmente desde hace unos años en el artículo 4o. de nuestra carta magna. La regulación del acceso a internet como derecho humano (incluyendo el acceso a la banda ancha) apenas se está abriendo camino. Sin duda se trata

¹⁹ *Estrategia Digital*, Chile 2007-2012, p. 31. Disponible en http://www.observatoriotic.gob.cl/sites/default/files/documents/Libro_Estrategia_2007%202012.pdf.

de un derecho novedoso, derivado del advenimiento de la sociedad de la información.

Su inclusión en la Constitución política sería el incentivo más poderoso para que los diferentes poderes y gobiernos de México impulsaran en verdad políticas públicas encaminadas a hacer realidad el acceso a Internet para el conjunto de la población y no solamente para una minoría como sucede en la actualidad.

CAPÍTULO III
EL OLVIDADO Y NO RESPETADO DERECHO
A LA INFORMACIÓN

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

*En memoria de nuestra inolvidable colega y amiga
doctora Sonia Rodríguez*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las últimas reformas constitucionales.* III. *La ausente democratización de los medios.* IV. *La ausencia de regulación en materia de publicidad gubernamental.* V. *La olvidada regulación del derecho de réplica.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

No existe un concepto definido universalmente sobre lo qué es el derecho a la información. Ernesto Villanueva, a partir de lo establecido en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, indica que se trata de un derecho que comprende al menos tres garantías: 1) el derecho a atraerse información; 2) el derecho a informar, y 3) el derecho a ser informado.¹

El derecho a atraerse información incluye los derechos para acceder a los archivos, registros y documentos públicos, y el derecho de las personas a informarse o no, o a determinar libremente a qué medio de comunicación atienden. El derecho a informar incluye las libertades de expresión y de imprenta y el derecho a constituir sociedades y empresas informativas. Por su parte, el derecho a ser informado entraña los derechos de recibir información objetiva y oportuna; el derecho a que la información sea completa, es decir, que atienda a todos los enfoques, opiniones, puntos de vista e ideas

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

¹ Villanueva, Ernesto, "Derecho a la información", *Diccionario de derecho de la información*, México, 2010, t. I, pp. 399-407.

relevantes, y el derecho a que la información se difunda universalmente, sin exclusión alguna de personas, sectores y grupos.

En México, desde las reformas de 2002, se ha desarrollado paulatinamente, aunque de manera deficiente, el derecho de acceso a los archivos, registros y documentos públicos. Sin embargo, en cuanto a los derechos a recibir información objetiva, oportuna y completa, respecto a que los medios de comunicación, principalmente los electrónicos, expongan todas las posiciones relevantes de la sociedad, y a que no existan sectores excluidos de la información, nuestro sistema jurídico y la práctica cotidiana deja mucho que desear.

Como se ha establecido en el derecho comparado, el derecho a la información es de doble vía, no cobija únicamente a quien informa, sino que principalmente protege a los receptores de la información, los que tienen el derecho a exigir que la información sea objetiva, oportuna, completa y sin exclusiones a personas, sectores y grupos. También el derecho comparado insiste y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país lo ha reconocido, que una cosa es el derecho de acceso a la información y otra muy importante es el derecho a la información que engloba al primero.²

La Suprema Corte de Justicia de la Nación —tesis LXXXIX/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, junio 1996, p. 513— ha extendido con timidez los alcances del derecho a la información y ha señalado que este derecho está vinculado con el derecho a conocer la verdad, lo que exige que las autoridades se abstengan de dar a conocer a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa.

Aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ampliado las fronteras del derecho a la información y lo ha entendido como derecho individual y social, también ha incorporado limitantes a su ejercicio, entre ellos los que establece el artículo 6o. de la Constitución (derechos de terceros provoquen algún delito o perturben el orden público). Igualmente ha asumido las limitaciones, en su vertiente de acceso a la información, las que contempla la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en cuanto a la información reservada y confidencial, así como respecto a la información relativa a la protección de los datos personales que se deriva del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución.

En las páginas que siguen daremos cuenta de las insuficiencias de las últimas reformas constitucionales relacionadas con el derecho a la información. Desde nuestro punto de vista, la ausencia de una regulación adecuada y democrática y de las garantías efectivas para proteger y hacer

² Tesis: P. LXI/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, p. 71.

cumplir este derecho, explican el escaso desarrollo democrático del país y la no conformación de un auténtico Estado constitucional y democrático de derecho.

II. LAS ÚLTIMAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Como se sabe, la reforma constitucional en materia electoral de 2007 implicó reformas en materia de derecho a la información. Las modificaciones constitucionales publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2007 apuntaron hacia tres ejes fundamentales que no se realizaron del todo durante el proceso electoral de 2012. Éstos fueron: 1) la limitación de los medios de comunicación electrónica privados en los procesos electorales, los que ya constituían el fiel de la balanza de la vida política nacional, rompían la equidad electoral y degradaban el debate político sin que hubiese sujeción a ningún control democrático; 2) la contención del dinero privado y de los empresarios en las campañas para evitar la corrupción pública y que la vida nacional gravite en función de los grandes intereses económicos y no en razón a voluntad ciudadana, y 3) la disminución del dinero público en los procesos electorales para que esos recursos se ocupen en otros objetivos sociales.

El primer eje que aquí nos interesa, el relacionado con los medios, se desdobló en distintas modificaciones, entre ellas las siguientes:

1. Los partidos políticos, los candidatos o particulares en ningún momento podrán contratar tiempos en radio y televisión. Se prohíbe la transmisión de mensajes contratados desde el extranjero.

2. Se eleva a nivel constitucional el derecho de réplica, el que permitirá a cualquier ciudadano ejercer su derecho a aclarar sobre informaciones y noticias difundidas por los medios de comunicación, tanto electrónicos como impresos.

3. Se determina que el Instituto Federal Electoral es la autoridad única para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión desde el inicio de las precampañas y hasta el día de la jornada electoral. Esta atribución otorgada al IFE deroga las competencias del Ejecutivo vía la Secretaría de Gobernación en la materia durante los procesos político-electorales.

4. Se señala que a partir del inicio de las precampañas y hasta el día de la jornada electoral quedarán a disposición del IFE cuarenta y ocho minutos diarios, que serán distribuidos en dos y hasta tres minutos por cada hora de transmisión en cada estación de radio y canal de televisión.

5. Se estatuye que durante sus precampañas, los partidos políticos dispondrán en conjunto de un minuto por cada hora de transmisión en cada estación de radio y canal de televisión.

6. Se establece que durante las campañas deberá destinarse el 85% del tiempo del Estado a los partidos y que las transmisiones se verificarán entre las seis de la mañana y las doce de la noche.

7. El tiempo del Estado se distribuye entre los partidos conforme a la regla 70% y 30%, tomando en cuenta los resultados de la elección para diputados federales inmediata anterior.

8. A los partidos sin representación en el Congreso se le asigna del tiempo igualitario del 30%.

9. Al IFE se le asignará, fuera de los periodos de precampaña y campaña, hasta el 12% del tiempo total del Estado. De ese total, el Instituto distribuirá entre los partidos en forma igualitaria un 50% y el tiempo restante lo utilizará para fines propios o de otras autoridades electorales.

10. Se indica que para los procesos electorales locales coincidentes con el proceso electoral federal, el tiempo asignado en cada entidad estará comprendido dentro del total disponible.

11. Se expresa que cuando el tiempo de radio y televisión sea insuficiente para los fines del IFE y de las autoridades electorales locales, la autoridad electoral federal determinará lo conducente.

12. En la propaganda electoral no se podrán utilizar expresiones que denigren.

13. Durante las campañas no se transmitirá propaganda gubernamental, salvo la relativa a servicios educativos, de salud o de protección civil.

14. Las infracciones en esta materia serán sancionadas por el IFE. La autoridad electoral podrá cancelar las transmisiones en medios electrónicos.

Durante 2013 se aprobó la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radio y televisión. Entre otras cuestiones: 1) se establecieron de manera expresa en la Constitución —artículo 73— las competencias del Congreso de la Unión para legislar en la materia, pues respecto a radio y televisión no había claridad en la materia; 2) se abrió la inversión extranjera en el sector, y 3) se concedió autonomía constitucional, desde nuestro punto de vista limitada, al órgano regulador y garante en radio, televisión y telecomunicaciones.

El primer aspecto, relativo a si el Congreso de la Unión tenía o no facultades en la materia, había generado diversas polémicas. Había quien sostenía con razón que el artículo 73 de la Constitución —que establece las competencias del Congreso de la Unión— no determina competencia expresa a

favor del Poder Legislativo para legislar en la materia y, que de los artículos 6o., 7o. y 27 de la Constitución, tampoco se derivaba una facultad implícita. El punto no era menor, porque la ausencia de facultades del Congreso para legislar en la materia entrañaba que eran las entidades federativas las que deben legislar al respecto.

Respecto al segundo aspecto, estimamos que si se sostiene que el espacio radioeléctrico es parte integrante de la nación, es un recurso de ella, resulta muy difícil asumir la inversión extranjera en el ramo. No se puede sustituir una dependencia por otra, siendo la extranjera más perniciosa y grave porque puede implicar la pérdida de la soberanía nacional y la entrega de un ámbito fundamental de la economía, la política, la educación y la cultura a intereses foráneos.

El tercer tema tampoco es de menor tamaño, pues el órgano regulador y garante en la materia debía contar con autonomía constitucional para de esta manera gozar de plena independencia interna y externa y poder ser impermeable ante los intereses de los medios y de las empresas.

De lo anterior concluyo que la reforma a los medios de comunicación electrónica y a las telecomunicaciones, aunque partió de la Constitución y pretendió ser ambiciosa, no limita con seriedad la influencia indebida y muchas veces contraria al interés general de los medios electrónicos, ahora internos y foráneos, en la vida nacional. Mientras nos quedemos en el gradualismo y con propuestas mal fundadas constitucionalmente no enfrentaremos adecuadamente a ese poder fáctico.

La ONU y la OEA se han preocupado por la concentración mediática en México. Frank La Rue, relator especial de la ONU en materia de libertad de expresión, indicó en 2011 en relación con la libertad, pluralismo y diversidad en el debate democrático, que:

...sigue existiendo en México una alta concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación a los que se les ha asignado frecuencias radioeléctricas. El Relator Especial insta al Congreso de la Unión y al Ejecutivo Federal a adoptar una legislación conforme con los organismos internacionales para desconcentrar dicho sector, y que contribuya a generar un espacio mediático plural y accesible a todos los sectores de la población.³

En la parte conducente del informe de Frank La Rue se recomienda al Estado mexicano lo siguiente:

³ Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Asamblea General de Naciones Unidas, 19 de mayo de 2011 (A/HRC/17/27/ Add.3).

a) Adoptar un marco normativo que brinde certeza jurídica; promueva la desconcentración de la radio y la televisión y contribuya a generar un espacio mediático plural y accesible a todos los sectores de la población; b) Asegurar la existencia de medios públicos verdaderamente independientes del Gobierno, con el objetivo de fomentar la diversidad y garantizar a la sociedad, entre otros, ciertos servicios educativos y culturales; c) Crear un marco legal claro, preestablecido, preciso y razonable que reconozca las características especiales de la radio comunicación comunitaria y que contenga procedimientos sencillos y accesibles para la obtención de las frecuencias; d) Crear un órgano independiente del gobierno que regule la radio y la televisión; e) Establecer criterios objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios en la asignación de publicidad oficial para todos los niveles y órdenes de gobierno.

Por su parte, la doctora Catalina Botero, relatora especial para la libertad de expresión de la OEA, en su informe final hecho público el 7 de marzo de 2011 señala:

La Relatoría observa que en México sigue existiendo una alta concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación a los que se ha asignado frecuencias radioeléctricas. La información entregada a la Relatoría por el Presidente de la Comisión de Radio, Televisión y Cinematografía del Senado de la República indica que más del 90% de las frecuencias de televisión se encuentran en manos de sólo dos empresas. La información proporcionada por organizaciones de la sociedad civil coincide en señalar este alto grado de concentración. El Presidente de la Comisión de Radio y Televisión y Cinematografía del Senado también informó a la Relatoría que con relación a la radio comercial, el 76% del sector se encuentra en manos de 14 familias, y que 47.8% de las emisoras pertenecen a cuatro grandes cadenas.⁴

Las preocupaciones de los dos relatores especiales de la ONU y la OEA son más que fundadas y las recomendaciones de sendos informes debieron ser adoptados por el Estado mexicano desde hace mucho tiempo. Sin embargo, a pesar de la reforma electoral de 2007-2008 y la reciente en telecomunicaciones, los medios de comunicación siguen estando por encima de las autoridades constituidas, por las siguientes razones: 1) el Congreso de la Unión no ha aprobado las leyes secundarias en materia de derecho de réplica y publicidad gubernamental; 2) no existe en México, a pesar de la reforma constitucional en telecomunicaciones, radio y televisión, una autoridad independiente que regule a los medios de comunicación electrónica de ca-

⁴ Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 7 de marzo de 2011.

rácter privado y público; 3) hay un duopolio televisivo en donde dos empresas, Televisa y Televisión Azteca, concentran más del 90% del espectro radioeléctrico; 4) en la radio, unas pocas empresas concentran casi el 50% del espacio radioeléctrico; 5) los 48 minutos diarios de que disponen los partidos en las campañas para transmitir propaganda electoral, no impiden que los grandes medios de comunicación electrónica en México, vía entrevistas, programas especiales, infomerciales o noticieros, otorguen tiempo extra a sus candidatos favoritos en detrimento de la equidad en la contienda con lo que la reforma electoral ya citada queda burlada; 6) las autoridades electorales federales —IFE y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación— se han visto tibias y tímidas a la hora de imponer sanciones a los medios de comunicación electrónica, de esta suerte y hasta el momento, ningún medio de comunicación ha perdido la concesión o se le ha suspendido su programación por violaciones a la legislación electoral; 7) las multas que han fijado las autoridades electorales federales a los medios privados en un gran porcentaje no se han podido cobrar porque éstas no tienen competencias directas y suficientes para cobrarlas; 8) los medios de comunicación electrónica han intentado impedir la mínima regulación administrativa de las autoridades electorales, y 9) las voces críticas al gobierno no tienen presencia equitativa en los medios de comunicación electrónica.

Antes de la reforma constitucional en telecomunicaciones, la que derivó del Pacto por México,⁵ el 11 de marzo de 2013, se presentó por parte del ti-

⁵ El Pacto por México que se firmó al inicio del sexenio de Peña Nieto —los primeros días de diciembre de 2012— pensamos que fracasará por razones políticas, jurídicas, de política exterior, económicas, y sociales. Las razones políticas de este fracaso anunciado son: 1) los calendarios electorales y elecciones locales pondrán a prueba muchas veces la cohesión del pacto. Las posibles alianzas estatales y municipales entre el PAN y el PRD obligarán al PRI a recurrir a todas las prácticas inimaginables para ganar las elecciones municipales y estatales. Lo anterior distanciará a las fuerzas políticas. 2) Las movilizaciones sociales en contra de las reformas petrolera y fiscal —acordadas en el Pacto— provocaran divisiones al interior de los partidos, principalmente en el PRD pero también en el PRI. 3) El Pacto por México integra con el gobierno federal a las tres fuerzas políticas más importantes del país (PRI, PRD, PAN) pero no comprendió al resto de los partidos (Partido del Trabajo, Movimiento Ciudadano, Nueva Alianza). El Pacto por México no sumó a las organizaciones sociales ni a las organizaciones empresariales. No existe en él representación estatal ni municipal. No se incluyó en el Pacto a los pueblos indígenas ni están formalmente en él los poderes fácticos. Es un acuerdo político poco representativo, débilmente incluyente, que no respeta los derechos de las minorías y la pluralidad existente en el país. Fue elaborado y diseñado de espaldas a la sociedad y, en su implementación, a través del Consejo rector del Pacto, se repiten las deficiencias aquí apuntadas. 4) Las cúpulas de los tres partidos mayoritarios negociaron el Pacto y las militancias de esos partidos estuvieron ausentes. Los temas y el alcance o profundidad de cada uno de ellos fueron decididos por esas dirigencias y no se ha justificado aún

tular del Ejecutivo Federal la iniciativa de reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y para limitar los monopolios en el país. La reforma modifica los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78 y 94 de la Constitución, y tuvo como propósito facultar al Congreso de la Unión para legislar en materia de radio, televisión, telecomunicaciones, comunicación satelital, banda ancha y propone medidas antimonopolio. Establece que ninguna empresa puede concentrar más del 50% del mercado respectivo, constituye un orga-

ante la sociedad el por qué de esos temas y por qué con ese alcance. No se dio oportunidad para que los discursos alternativos a la hegemonía política —como el de los zapatistas o los miembros del Movimiento Regeneración Nacional (Morena)— expusieran sus preocupaciones, sus temáticas y la profundidad con que debieran tratarse los asuntos. Se trata de un Pacto acordado sin luz ni taquígrafos, en lo oscuro. Se desconocen los motivos particulares que tuvieron los partidos o el gobierno para firmarlo. ¿Por qué lo firmó Peña? ¿Por qué el PAN? ¿Por qué el PRD? Los motivos particulares que existen en cada caso son fundamentales para comprender los propósitos y los fines de cada una de las partes. Jurídicamente el Pacto por México fracasará porque no se compromete en serio con la transformación del país. Éstas son algunas razones: 1) Se ha dicho que el Pacto por México equivale a los pactos que produjeron la transición a la democracia en España. Aseveración totalmente falsa. Los acuerdos españoles fueron para convocar a elecciones democráticas y a partir de ahí aprobar una nueva Constitución. Las temáticas del Pacto por México son disímbolas —contienen políticas públicas, medidas presupuestales, reformas legales y reformas constitucionales— y no tienen por objetivo la convocatoria a un Congreso Constituyente destinado a aprobar una nueva Constitución. Los temas responden a los intereses particulares de los partidos signatarios y no son consecuencia de un diagnóstico previo sobre los grandes problemas nacionales. Es un Pacto elaborado sin estudios o análisis sobre lo que demandan y reivindican los ciudadanos. 2) Jurídicamente el Pacto por México tiende a centralizar decisiones y es poco federalista (los municipios y los estados no están en igualdad de circunstancias con los poderes federales). Se proponen así un Código Penal único, un Código de Procedimientos Penales único, un sistema nacional anticorrupción, esquemas nacionales de seguridad pública, entre otras medidas, que fortalecerán a las autoridades federales sobre las locales y las municipales. En algunas materias, como la de medios de comunicación o la de telecomunicaciones, no se va al fondo del problema, que es el de la concentración monopólica en el sector, lo que obligaría a establecer porcentajes límite a las empresas y corporaciones para acceder al espacio radioeléctrico y a los servicios de telefonía —no existe una seria voluntad anti monopólica—. En los asuntos energéticos se trata de abrir la industria petrolera a la inversión privada y eso equivale a la privatización del petróleo en contra de lo que establece el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución. Sobre la reforma hacendaria y fiscal se perciben ambigüedades que en la implementación del Pacto pueden implicar, por ejemplo, el cobro de IVA en medicinas y alimentos. Desde el punto de vista del sector externo, el Pacto fracasará porque no existe en él una definición sobre el papel preponderante de los Estados Unidos en la política económica, comercial y de seguridad de nuestro país. El Pacto no reconoce expresamente el intervencionismo del FMI o del Banco Mundial en nuestra economía. El pacto no aborda la relación y la posición que México debe tener respecto a la política de seguridad nacional de los Estados Unidos que nos considera dentro de su área de influencia. Ni siquiera busca incorporar a los ciudadanos en la aprobación de los tratados internacionales para que esas relaciones tengan algún tipo de legitimidad democrática. Económicamente, el Pacto fracasará porque se inscri-

nismo para regular los medios públicos, reconoce un limitado derecho fundamental para acceder a la banda ancha, limita la propaganda gubernamental, indica que el servicio de radiodifusión es de carácter social, dota de débil autonomía constitucional al organismo para las telecomunicaciones y también proporciona una reducida autonomía constitucional de la Comisión Federal de Competencia.

La reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia económica que ha sido en general bien recibida por muchos sectores sociales, académicos y aún por los que se podrían considerar como afectados (entre otros, el duopolio televisivo y los responsables de Telmex), desde nuestro punto de vista no es la reforma constitucional que en estas materias se requiere. Conviene preguntarse si realmente la reforma constitucional de Peña Nieto merece tantos aplausos. ¿Por qué la reciben con beneplácito los afectados? Será acaso porque nunca les gusta perder y hasta cuando pierden muestran una postura triunfalista o habrá alguna otra respuesta.

Como sabemos, la iniciativa se preparó tras bambalinas, no se negoció públicamente y, por eso, desconocemos los diversos borradores que de la misma se prepararon, las presiones que existieron y las discusiones sobre los aspectos concretos. Hemos conocido sólo el texto definitivo de esas negociaciones, las que se realizaron en la opacidad. En principio, nuestro material de análisis está en la reforma constitucional, a reserva de incorporar a cualquier estudio posterior, los elementos que se vayan conociendo de esas negociaciones secretas. Desde luego, los proyectos de legislación secundaria también serán muy importantes para comprender a cabalidad los objetivos de la reforma propuesta y sus verdaderas intenciones.

A partir de un análisis de la reforma constitucional en telecomunicaciones y de las declaraciones de los actores que participaron en ella, encuentro cuatro motivos de crítica, que no deberíamos pasar de alto. Éstos son: 1) se permite que una empresa concentre el 50% del mercado en telecomunicaciones y radiodifusión (fracción III del artículo octavo transitorio); 2) en telecomunicaciones y comunicación satelital la inversión extranjera puede ser

be en el canon neoliberal cuando este modelo está en crisis en el mundo entero. No existe ni un solo renglón en el Pacto que reclame una modificación a este modelo para poner coto a sus consecuencias económicas, sociales y políticas negativas. Se trata de un Pacto neoliberal que representa el pensamiento único hegemónico de carácter mundial. No se apuesta en él por un modelo alternativo de desarrollo. Socialmente fracasará porque el Pacto procura atender los derechos económicos, sociales y culturales de los mexicanos dentro del modelo neoliberal. A los derechos sociales se pretende satisfacerlos mediante programas sociales pero no son tratados en el Pacto como derechos humanos universales e indisponibles, directamente exigibles ante los tribunales. Los programas sociales, ya se sabe, son mecanismos de clientelismo político y electoral que no toman en serio los derechos de los seres humanos.

hasta del 100% y en radiodifusión hasta el 49% (artículo quinto transitorio); 3) la Comisión Federal de Electricidad cederá a Telecomunicaciones de México su concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones para favorecer a los inversionistas privados, y 4) los órganos reguladores propuestos, el Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Federal de Competencia, serán entidades sujetas al reparto de cuotas entre los tres grandes partidos y el Ejecutivo.

La concentración hasta del 50% de una empresa en alguno de los sectores no resuelve el problema de los monopolios en México. Una empresa que posea el 50% del mercado —Televisa o Telmex— seguirá siendo preponderante y podrá imponer a la autoridad reguladora muchas decisiones en su ámbito de actuación. ¿Por qué no se reduce ese porcentaje de concentración al 20% o al 30%? Mi respuesta es porque no se quiere efectivamente combatir la concentración empresarial. En los Estados Unidos, paradigma del modelo capitalista, ninguna empresa de televisión puede tener más del 30% del mercado. La impresión que tenemos algunos es que a Telmex o a Televisa se les quita parte de su influencia monopólica en telecomunicaciones o en televisión para compensarlos en otra actividad. A Telmex se le compensará en televisión y a Televisa en telecomunicaciones.

Los porcentajes de inversión extranjera que se permitieron hasta del 100% en telecomunicaciones y 49% en radiodifusión responden a la presión de las transnacionales. El Estado mexicano legislará en beneficio de esos intereses. Los beneficios de la reforma no sólo se repartirán entre la oligarquía nacional sino entre la oligarquía internacional. Peña busca apoyos y respaldos en la comunidad internacional como lo ha anunciado ya en la reforma petrolera y, sin que le importe la soberanía de México sobre sus recursos nacionales.

El artículo decimoquinto transitorio de la reforma priva a la Comisión Federal de Electricidad de su red de transmisión con el propósito de compartirla con los inversionistas privados, nacionales y extranjeros. Esto constituye un despojo a la nación. Nuevamente los recursos públicos se emplearán para beneficiar a intereses privados o, en otras palabras, esa reforma favorece que inversionistas privados obtengan beneficios económicos y que para ello compartan la infraestructura pública de una red que debiera ser estratégica para el desarrollo de la nación y para el logro de los intereses generales. Es evidente que en este punto, como en otros de la reforma, existe una privatización de lo público.

En cuanto a los órganos reguladores, a los que se dota de insuficiente autonomía constitucional, expresamos que como respecto a todos los órganos constitucionales del país, que carecen de legitimidad democrática. Son ór-

ganos elitistas, cuyos titulares responden a un esquema de reparto de cuotas entre los partidos y el Ejecutivo Federal. Sus comisionados, por el origen de sus nombramientos, no se deberán a los intereses de la sociedad sino a los intereses de los que los designen. El tema de la legitimidad democrática de los órganos constitucionales autónomos no es asunto menor, pues como órganos cúspide del Estado mexicano, sus titulares debieran provenir de la soberanía popular para que a ésta se deban.

III. LA AUSENTE DEMOCRATIZACIÓN DE LOS MEDIOS

No cabe duda que entre los aspectos fundamentales de una reforma para la democratización de los medios de comunicación en México está el entendimiento integral del derecho a la información. Éste no consiste sólo en el acceso a la información y en la transparencia. El derecho a la información⁶ tiene entre otras vertientes: el pluralismo de los medios y en los medios, el acceso a las concesiones sobre el espacio radioeléctrico, el derecho a recibir información veraz,⁷ el derecho a participar en la discusión de los asuntos públicos, el derecho a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad, y el derecho a que existan órganos constitucionales independientes que garanticen la eficacia de los anteriores derechos. En México no contamos con pluralismo de medios y en los medios —al menos no en los medios electrónicos—; no hay acceso libre para todos los habitantes de la República a las concesiones de radio, televisión y las telecomunicaciones; el espacio radioeléctrico se encuentra dominado por unas cuantas empresas claramente monopólicas porque concentran en el caso de las dos televisoras privadas más del 90% del espacio radioeléctrico; no existen garantías para recibir información veraz ni para evitar que se simule información cuando en realidad se brinda propaganda o publicidad; no hay acceso universal y gratuito a la banda ancha —al internet— y desde luego no hay órganos independientes que posibiliten el ejercicio de un derecho a la información plural. Mucho menos existe la posibilidad de que en los medios electrónicos participemos los gobernados en la discusión o en la deliberación de los asuntos públicos en condiciones de pluralismo, en donde todas las voces y puntos de vista sean expuestos y escuchados.

⁶ De Carreras Serra, Lluís, *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Barcelona, Ariel, 1996.

⁷ Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 205.

Los medios electrónicos en México no actúan ni ejercen su función bajo condiciones democráticas, tal como lo señalaron los relatores para la libertad de expresión de la ONU y de la OEA.⁸ La relación entre los medios de comunicación electrónica, el poder formal-institucional y los ciudadanos no constituye un vínculo propio de los sistemas democráticos porque no existe pluralidad de medios y al interior de ellos. Los medios electrónicos en México, sobre todo las dos grandes televisoras, actúan como poder fáctico afectando e influyendo de manera contraria a la de un Estado de derecho y al de una democracia en el desarrollo político del país. Los medios electrónicos ejercen un papel más que significativo durante los procesos electorales y, aunque la reforma constitucional-electoral de 2007-2008 y la reciente en materia de telecomunicaciones los limitó, esa regulación no implica que los medios electrónicos —la televisión— se hayan subordinado al derecho. Mantienen una posición de preeminencia e impiden reformas constitucionales y secundarias que contribuyan a pluralizar el acceso al espacio radioeléctrico. Han imposibilitado la legislación en materia de réplica que debió entrar en vigor desde hace algunos años. También han obstaculizado la aprobación de la ley reglamentaria del artículo 134 de la Constitución sobre publicidad gubernamental y del Estado, lo que por cierto favoreció a Peña Nieto durante el pasado proceso electoral federal porque fue posicionado de manera más que relevante sobre cualquier otro posible candidato y político del país. Los medios electrónicos —la televisión privada— controlan las bancadas en el Senado y en la Cámara de Diputados y utilizan a los legisladores de estos grupos parlamentarios y de otros grupos parlamentarios como correas de transmisión de sus intereses.

En materia electoral es fundamental restringir el mercado negro en la compra y/o adquisición de tiempos en radio y televisión. Lo anterior era necesario, pues aunque la reforma constitucional y legal de 2007-2008 en materia electoral prohibió a los partidos y a los terceros la compra de tiempos en radio y televisión para influir en las preferencias electorales, lo cierto es que las reformas constitucionales y legales han sido defraudadas continuamente, pues al margen de los tiempos del Estado que corresponden a los partidos se ha producido un mercado negro entre medios y clase política, en donde las empresas de radio y televisión comercian sus espacios con los partidos y dirigentes políticos, para transmitir información que pasa a ser pro-

⁸ Informe del relator especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión 2010, Frank La Rue (A/HRC/17/27/Add.3, 10 de mayo de 2011) y, el Informe Especial sobre la libertad de expresión en México 2010 de la Relatora Especial de la OEA, Dra. Catalina Botero (OEA/Ser.L/V/II.Doc.5, 7 marzo de 2011).

paganda, cuando se realiza sistemática y generalizadamente, en los noticieros, en los programas de opinión, de espectáculos o a través de infomerciales, etcétera.⁹ Esa propaganda derivada de un mercado negro afecta los principios y reglas electorales porque los subvierte y constituye fraude a la Constitución y a la ley. Además, 1) produce inequidad porque los candidatos y partidos con mayores recursos pueden adquirir más fácilmente esa propaganda; 2) es una propaganda que no es monitoreada obligatoriamente por el IFE en los términos de lo dispuesto en el artículo 76, párrafo octavo, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales porque éste sólo monitorea obligatoriamente noticieros y no programas que difunden espectáculos o barras de opinión; 3) es propaganda que no se reporta al IFE y que no se fiscaliza por éste; 4) es propaganda que no suele dejar huellas fiscales o contables porque las operaciones se realizan en efectivo —constituye defraudación fiscal— lo que dificulta la obtención de pruebas directas; 5) es propaganda que es pagada con recursos muchas veces de procedencia desconocida y que, por tanto, viola los principios y reglas en materia de financiamiento y fiscalización electoral, y 6) es propaganda que puede constituir lavado de dinero y otras faltas administrativas y delitos.

El indebido posicionamiento de Peña Nieto antes y durante el proceso electoral de 2012 en el escenario político fue consecuencia del mercado negro de la propaganda política y electoral existente en nuestro país. Por eso, en materia electoral urge una reforma para que la autoridad electoral monitoree de manera obligatoria todo tipo de programas y no sólo los relativos a los noticieros y los referentes a las pautas de tiempos del Estado que aprueba el IFE para los partidos. Además, esa reforma debe establecer las reglas que permitan, por un lado, garantizar el libre ejercicio periodístico en los programas de radio y televisión pero por otro salvaguarden la equidad y el pluralismo en la contienda electoral. Para ello deben establecerse conductas típicas de responsabilidad con sus correspondientes sanciones cuando los comunicadores y los medios violenten la equidad electoral, entre otras, la cancelación de las concesiones, facultad que debe estar en manos de la autoridad electoral. También deben existir responsabilidades y sanciones más graves para las personas que pretendan adquirir y/o comprar tiempos en radio y televisión en fraude a la Constitución y a la ley electoral, incluso prever la cancelación de las precandidaturas y candidaturas y la pérdida de registro para los partidos que incurran de manera sistemática en esas futu-

⁹ Ugalde, Luis Carlos, *Por una democracia eficaz. Radiografía de un sistema político estancado, 1977-2012*, México, Editorial Aguilar, 2012, p. 173.

ras faltas, sin olvidar establecer que es causa de nulidad de una elección violentar la equidad mediática durante los procesos electorales.

IV. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN EN MATERIA DE PUBLICIDAD GUBERNAMENTAL

Parte de la reforma en medios tiene relación con la regulación de la publicidad gubernamental y del Estado. En nuestro país, desde hace mucho tiempo, se necesita una ley reglamentaria que regule la publicidad del Estado para evitar abusos de los gobiernos federales, locales y municipales que limitan la equidad política y la imparcialidad, no sólo en los procesos electorales, sino también en el ejercicio cotidiano de los derechos a la libertad de expresión, al derecho a la información, en el quehacer de los gobiernos y en las relaciones entre gobierno y oposición. Se trata de un viejo propósito que ha sido materia de distintas iniciativas de ley y que ha obligado a la Secretaría de Gobernación a emitir lineamientos generales para la orientación, planeación, autorización, coordinación, supervisión y evaluación de las estrategias, los programas y las campañas de comunicación social de las dependencias y entidades de la administración pública federal que, hay que decirlo, son del todo insuficientes.

La reforma constitucional electoral de 2007 estableció en sus párrafos sexto, séptimo y octavo del artículo 134 de la carta magna lo siguiente:

Los servidores públicos de la federación, los estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos. La propaganda bajo cualquier modalidad de comunicación social que difundan como tales los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público. Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar.

Las anteriores disposiciones constitucionales significan que existen deberes para todos los servidores públicos del Estado, que los obligan a la imparcialidad y a la salvaguarda de la equidad en la competencia entre los partidos políticos. A partir de este principio, los recursos públicos, tanto

federales, estatales o municipales, jamás pueden usarse en la publicidad gubernamental para trastocar esos principios. Los gobiernos deben ser respetuosos, en términos de equidad y de imparcialidad, en las relaciones con los ciudadanos, con la oposición y con los medios de comunicación. Es decir, no es posible romper por ningún motivo esos principios, y no sólo en época de procesos electorales y de campaña sino permanentemente, en todo tiempo, para que exista una relación simétrica entre ciudadanos y gobernantes, entre medios y gobernantes, y entre los que tienen el poder y los que aspiran a obtenerlo.

Además, la propaganda estatal y gubernamental debe tener carácter institucional; es decir, debe referirse a los fines de cada institución y a la manera en que las instituciones se aproximan a ellos. No están permitidos mecanismos mediáticos de manipulación, simulación u ocultamiento. Los instrumentos de comunicación social deben darse a partir de elementos documentales o electrónicos, que expresen objetivamente a los ciudadanos el cumplimiento de las competencias constitucionales y legales, con el propósito de dar cuenta de información confiable, técnica y verificable, que garantice los principios de rendición de cuentas y el derecho a la información. No se trata de cualquier información institucional sino de una circunscrita a informar y transparentar las tareas y objetivos de la función pública, sin exageraciones, falsedades u ocultamientos, pues esa información debe responder a los criterios del artículo 6o. constitucional en materia de derecho de acceso a la información (por ejemplo, dando cuenta a través de documentos, de la información completa y actualizada de los indicadores de gestión y del ejercicio de los recursos públicos).

La propaganda que difundan las instituciones públicas debe tener fines informativos. Es decir, su propósito no es el de promocionar a los gobiernos o la de cantar loas a los logros del gobierno. Tampoco la finalidad es la de fortalecer o apuntalar una opción ideológica. El objetivo es simplemente informar en un tono de neutralidad y de objetividad, como se señaló en el párrafo anterior. La evaluación de la información corresponde a los ciudadanos y no a los gobiernos. El simple hecho de decir, por parte de las instituciones públicas, que lo han hecho muy bien o que se han conseguido los objetivos puede entrañar una violación de este principio constitucional.¹⁰

¹⁰ Ríos Vega, Luis Efrén, “La regla de la propaganda fraudulenta. Libertad, equidad y neutralidad de medios”, *Tópicos electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, Madrid, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 191 y ss.

También la propaganda de las instituciones públicas puede tener fines educativos y de orientación social. En el primer caso, los contenidos son de carácter pedagógico, cuidando que en esa enseñanza no se violenten los principios de imparcialidad ni los de equidad. Esto es, sin favorecer a ninguna de las opciones ideológicas del país o, en su defecto, presentando todos los puntos de vista sobre un mismo hecho, fenómeno o acontecimiento histórico, político o científico. En cuanto a la orientación social, se trata de recomendaciones, exhortaciones o consejos a los ciudadanos para que adopten determinadas conductas referentes a su salud, alimentación, a sus hábitos de consumo o a las medidas de protección civil. Esto último debe hacerse sin infringir los principios de equidad y de imparcialidad.

Lo anterior implica que, constitucionalmente, la publicidad institucional está acotada, en todo tiempo y no sólo en los momentos electorales, por los dos principios multicitados: el de imparcialidad y el de equidad. No se puede, en pocas palabras, usar la publicidad del Estado con finalidades político-electorales. Por eso, la norma constitucional señala que en ningún caso la propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Los principios contenidos en el artículo 134 de la Constitución han sido una y otra vez violentados, tanto en los procesos electorales como fuera de ellos. Los gobiernos de los distintos órdenes usan la publicidad del Estado con una clara intencionalidad política para exagerar logros, para promocionar opciones ideológicas, sin exponer información neutral, objetiva, confiable y mensurable. Se hace un puro uso político de ella y, lo que es peor, se cometen fraudes a la Constitución y a las disposiciones legales electorales, así se compran entrevistas a través de terceros, se da a conocer información por los medios de comunicación electrónica, aparentemente con valor informativo, pero que en realidad constituyen formas directas e indirectas de promoción política a ciertos servidores públicos o a determinadas opciones ideológicas o partidarias. Los párrafos sexto, séptimo y octavo del artículo 134 de la Constitución son hoy día letra muerta.

La regulación del Cofipe tiene su parte de responsabilidad en esta cascada de violaciones constitucionales. El artículo 347 de la legislación electoral federal circunscribe la prohibición de la difusión de propaganda gubernamental desde el inicio de las campañas hasta el día de la jornada electoral, y no en cualquier tiempo, como se desprende de las prohibiciones del artículo 134 de la carta magna. Igualmente, el Cofipe sólo prohíbe la difusión de propaganda gubernamental en los procesos electorales, que contraviene los párrafos sexto y séptimo del artículo 134 de la ley fundamental.

Es también necesario derogar el actual párrafo quinto del artículo 228 del Cofipe que permite difundir en radio, televisión y por otras vías de comunicación el informe anual de labores o de gestión de los servidores públicos, siempre y cuando no se exceda de los siete días anteriores y cinco posteriores a la fecha en que se rinda el informe. Esa permisión violenta el artículo 134 de la Constitución porque constituye una excepción a la carta magna y entraña una forma de propaganda político-electoral que se emplea durante los procesos electorales. En todo caso el informe anual y de gestión de los servidores públicos puede difundirse en internet para que éstos cumplan con el derecho a informar.

Las deficiencias normativas en la legislación secundaria exigen contar con una ley reglamentaria de los párrafos sexto, séptimo y octavo del artículo 134 de la Constitución, que permita el cumplimiento cabal de los principios establecidos por esa norma constitucional. Las normas del Cofipe son insuficientes y permisivas con las conductas de los gobiernos y de los medios de comunicación electrónica. Por eso, la ley reglamentaria debe determinar que la publicidad del Estado en radio y televisión sólo se transmita en los tiempos del Estado y fiscales. Es la solución más adecuada y la óptima porque evita las malas prácticas que hoy se presentan. En cuanto a la publicidad en medios impresos, ésta debe sujetarse a criterios muy estrictos para salvaguardar también los principios de imparcialidad y de equidad, además de los de objetividad y transparencia.

Es necesario evitar que la publicidad oficial sea utilizada a capricho del gobernante en turno. Es también imprescindible que la publicidad del Estado no responda a mecanismos de persecución, ataque u hostigamiento contra medios críticos de los gobiernos y de las instituciones. Asimismo, que la publicidad oficial esté en plena consonancia con los principios constitucionales.

En una iniciativa que presenté como diputado a la LXI Legislatura sostuve que los objetivos específicos de la ley reglamentaria del artículo 134 de la Constitución deben ser:¹¹

I. Establecer que en materia de publicidad del Estado en radio y televisión no se contratarán tiempos. Toda la publicidad del Estado en radio y televisión se transmitirá en tiempos del Estado;

¹¹ La iniciativa consistió en proponer la reforma al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para facultar al Congreso de la Unión a legislar en materia de publicidad del Estado y que al mismo tiempo expide la Ley Reglamentaria de los artículos 6o. y 134 constitucionales para regular la publicidad del Estado. *Gaceta Parlamentaria*, núm. 2902-II, martes 1o. de diciembre de 2009 (294).

II. Obligar a distribuir los tiempos del Estado y fiscales en radio y televisión que no son competencia de la autoridad electoral federal entre todas las instituciones federales, estatales y municipales, conforme a criterios de equidad, objetividad, imparcialidad y transparencia;

III. Permitir en medios impresos y de Internet contratar publicidad del Estado conforme a criterios de equidad, objetividad, imparcialidad y transparencia, a fin de impedir su uso como censura o premio a medios de comunicación;

IV. Determinar el contenido de la publicidad del Estado a fin de que comunique, efectivamente y sin sesgos, a las instituciones con la población y se cumpla el derecho a la información;

V. Realizar la contratación eficiente, transparente y unitaria de la publicidad del Estado en medios impresos e Internet, estableciendo procedimientos sencillos de distribución, asignación, contratación e información sobre la publicidad contratada;

VI. Que el órgano constitucional en materia de radio y televisión y telecomunicación —sobre tiempos del Estado no electorales— tenga las competencias en la materia; y

VII. Establecer como principal medio de control del cumplimiento de la Ley de Responsabilidades y sanciones a quienes la incumplan.

En la publicidad oficial, según la iniciativa que propuse, queda prohibido cualquier contenido:

I. Con sesgo informativo que se aparte de la objetividad e imparcialidad en la comunicación;

II. Orientado a promover los logros de las autoridades e instituciones;

III. Destinado a cuestionar o criticar a cualquier sector de la sociedad mexicana en el ámbito político, social, económico o cultural;

IV. Tendente a criticar o cuestionar a cualquier persona;

V. Influir en las preferencias electorales y políticas de los ciudadanos para apoyar directa o indirectamente a algún servidor público, precandidato, candidato o partido;

VI. Dirigido a polemizar con o a desprestigiar a las personas;

VII. Que incluya nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público;

VIII. En los medios impresos o en Internet, la que no contenga el logotipo y nombre de la institución del Estado que paga el mensaje publicitario; es decir, cualquier texto en forma de “gacetilla”, reportaje, nota periodística u otros que no indique claramente que se trata de publicidad oficial;

IX. Que haga proselitismo directo o indirecto en favor de algún partido político, precandidato, candidato a puesto de elección popular o servidor público, y

X. Distinto de los señalados anteriormente que viole de cualquier forma los principios constitucionales en la materia.

La iniciativa de ley reglamentaria expuesta buscaba asignar equitativa y transparentemente los tiempos del Estado y fiscales en radio y televisión para publicidad oficial, que no corresponde asignar a la autoridad electoral federal. También establece el sistema de distribución de recursos en medios impresos y en Internet. Señala las competencias de la autoridad competente. Determina las sanciones, los procedimientos y las autoridades que deben aplicarlas.

V. LA OLVIDADA REGULACIÓN DEL DERECHO DE RÉPLICA

El derecho de réplica es un derecho fundamental previsto en el primer párrafo del artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tratados internacionales celebrados y ratificados por nuestro Estado, en diversos preceptos de la legislación secundaria y hasta en disposiciones administrativas dispersas y sin orientación. El legislador nacional hasta el momento no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el poder revisor de la Constitución, mismo que le ordenó legislar en la materia para garantizar plenamente el derecho de réplica. En efecto, nuestro país requiere de una ley reglamentaria del primer párrafo del artículo 6o. de la Constitución que dé vigencia a ese derecho para hacer posible y real el derecho a la información. Toda persona física, moral o grupo social, tienen derecho a dar su propia versión de los hechos cuando son aludidos negativamente por los medios de comunicación o agencias, pues de otra manera sólo rige y prevalece el punto de vista de los medios de comunicación y de las agencias hegemónicas y/o dominantes. Requerimos de una opinión pública libre y plural, que proteja los derechos de las minorías, así como los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen de las personas.

El avance en esta materia constituiría un paso adelante en la construcción de la democracia mexicana. La diversidad de puntos de vista sobre la información es lo que caracteriza a una sociedad libre y bien informada, en donde el derecho a saber debe ser una realidad tangible y no una aspiración incumplida.

En una iniciativa que como diputado presenté ante la LXI legislatura propuse en esta materia lo siguiente:¹²

a) Que la interpretación y aplicación de la ley reglamentaria se hará conforme a lo establecido en los principios constitucionales, en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, celebrados y ratificados por nuestro país, así como en otras leyes o disposiciones que maximicen el ejercicio del derecho de réplica;

b) Que el derecho de réplica puede ser ejercido tanto por personas físicas, morales o grupos sociales. Es decir, establece una acción colectiva a favor de los grupos sociales para proteger su derecho de réplica cuando son discriminados o afectados en sus derechos;

c) La iniciativa señala que se debe acreditar un interés legítimo y no un interés jurídico. De esta manera, no es preciso demostrar un agravio personal y directo en la esfera de derechos para que el tribunal pueda conocer el fondo del asunto. Bastará acreditar un interés legítimo.

d) La propuesta precisa que es responsabilidad de los medios, al igual que de las autoridades competentes previstas en esta ley, garantizar el derecho de réplica.

e) Determina que se aplicarán de manera supletoria a la ley reglamentaria, las disposiciones conducentes contenidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

f) Establece que el derecho de réplica podrá hacerse valer ante el medio de comunicación o la agencia, en un plazo no mayor al de 30 días naturales, a partir de que tenga conocimiento el afectado de la información.

g) Precisa que la persona física, moral o grupo social legitimado para ejercer el derecho de réplica, podrá presentar, en caso de que los medios o las agencias no acuerden favorablemente la solicitud de rectificación, aclaración o respuesta, la demanda ante el Tribunal Colegiado que corresponda al Circuito en donde se hayan difundido o publicado las informaciones motivo del derecho de réplica. Serán competentes los Tribunales Colegiados de Circuito en materia civil o los Tribunales Colegiados de Circuito de competencia genérica, ahí donde no exista uno especializado en la materia administrativa. Si se publicaron o difundieron las informaciones en toda la república o en distintas entidades federativas que comprendan a más de un Circuito, quedará a la elección del interesado determinar el Tribunal Colegiado de Circuito civil o genérico competente.

¹² La iniciativa se presentó al pleno de la Cámara de Diputados de la LXI Legislatura el 23 de septiembre de 2009.

h) Contempla un procedimiento oral y sumario, y durante el desahogo del mismo no cabe recurso alguno. El procedimiento consiste en lo siguiente: 1) la persona física, moral o grupo social legitimado para ejercer el derecho de réplica, podrá presentar la demanda ante el Tribunal Colegiado que corresponda al Circuito en donde se hayan difundido o publicado las informaciones motivo del derecho de réplica; 2) la demanda se presentará por escrito dentro de un plazo de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente en el que se haya negado la réplica; 3) recibida y admitida la demanda, el Tribunal Colegiado de Circuito competente, notificará al medio de comunicación o a la agencia y le correrá traslado de la demanda para que dentro del plazo de tres días hábiles contados a partir de la fecha de notificación conteste; 4) el Tribunal competente, como medida cautelar al admitir la demanda, ordenará al medio de comunicación o a la agencia que difundan públicamente el nombre de la persona que ha promovido en su contra demanda para exigir el derecho de réplica, así como la información que sea motivo de la reclamación; 5) recibida la contestación, el Tribunal Colegiado de Circuito competente citará, a través del magistrado que haya sido designado ponente, a una audiencia de pruebas y alegatos, que se desahogará en forma oral y sumaria, dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles contados a partir de la recepción de la contestación. Concluida la audiencia, el Tribunal dictará en un plazo no mayor de cinco días hábiles la sentencia; 6) durante el procedimiento ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente no cabe recurso alguno; 7) si la sentencia es estimatoria, el Tribunal ordenará la publicación o difusión de la aclaración, rectificación o respuesta motivo de la réplica, señalándole al medio de comunicación o a la agencia el plazo perentorio para ese fin. Además impondrá, de acuerdo a la gravedad de la falta, las sanciones que determine la ley, y 8) las sentencias de los Tribunales de Circuito competentes, podrán ser recurridas ante el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando se impugne por las partes la inconstitucionalidad de la ley, de un tratado o, cuando las acciones, excepciones y defensas hayan planteado la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se limitará al análisis de las cuestiones constitucionales pero no sobre el fondo de la resolución dictada por el Tribunal Colegiado de Circuito.

i) Considera que de acuerdo al artículo 104, fracción I, de la Constitución y al artículo 37, fracción IX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, es conforme a derecho que los Tribunales Colegiados de Circuito en materia civil o genérica, sean competentes para conocer de las de-

mandas en contra de los medios o agencias que infringen el derecho de réplica.

La iniciativa que presenté buscaba superar los inconvenientes, tanto los de un procedimiento administrativo para garantizar el derecho de réplica en manos de la Secretaría de Gobernación o de cualquier otra dependencia, como los de un procedimiento judicial tortuoso, poco ágil y práctico, que haría en los hechos nugatorio el derecho de réplica. La propuesta que hice rechaza el procedimiento administrativo porque el solicitante de rectificación, aclaración o respuesta, promueve un litigio en contra de los medios y no un procedimiento administrativo dado que los medios de comunicación y las agencias no son parte de la administración pública federal. Además, la autoridad administrativa no es la más indicada en México para proteger los derechos fundamentales, en tanto que su finalidad es realizar acciones dirigidas al bienestar común de la sociedad.

Proteger los derechos individuales y colectivos es competencia de los tribunales. Sin embargo, nos opusimos a la aplicación íntegra del juicio de amparo porque sus reglas e instituciones anularían al derecho de réplica, tanto por el transcurso del tiempo que se requiere en este tipo de procesos como por los laberintos procesales existentes en el amparo. En este sentido, es preferible, más allá de que en México sea una realidad próxima la tesis de la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales, que el conocimiento de las demandas en contra de los medios o de las agencias para reclamar el derecho de réplica esté a cargo de un tribunal de alzada federal de carácter colegiado y que, en lo fundamental durante el procedimiento, se prescinda de la aplicación de la Ley de Amparo por su obsolescencia y su carácter excesivamente técnico.

VI. CONCLUSIONES

En México es necesario desarrollar y hacer cumplir con fundamento en el artículo 6o. de la Constitución y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos una doctrina sobre el derecho a la información. Éste no consiste sólo en el acceso a la información y en la transparencia. El derecho a la información tiene entre otras vertientes: el pluralismo de los medios y en los medios, el acceso a las concesiones sobre el espacio radioeléctrico, el derecho a recibir información veraz,¹³ el derecho a participar de todos los sectores relevantes de la sociedad y de la vida política en la discusión de los

¹³ Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios*, cit., p. 205.

asuntos públicos, el derecho a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad, y el derecho a que existan órganos constitucionales independientes, no derivados de las cuotas de partidos, que garanticen la eficacia de los anteriores derechos.

En México no contamos con pluralismo de medios y en los medios —al menos no en los medios electrónicos—; no hay acceso libre y para todos los habitantes de la República a las concesiones de radio, televisión y las telecomunicaciones; el espacio radioeléctrico se encuentra dominado por unas cuantas empresas claramente monopólicas porque concentran en el caso de las dos televisoras privadas más del 90% del espacio radioeléctrico; no existen garantías para recibir información veraz ni para evitar que se simule información cuando en realidad se brinda propaganda o publicidad; no hay acceso universal ni gratuito a la banda ancha —a Internet— y desde luego no hay órganos independientes que posibiliten el ejercicio de un derecho a la información plural. Mucho menos existe la posibilidad de que en los medios electrónicos participemos en la discusión o en la deliberación de los asuntos públicos en condiciones de pluralismo.

En México se requiere de una nueva reforma a los medios de comunicación electrónica y a las telecomunicaciones para limitar la influencia indebida de los medios electrónicos en la vida nacional y muchas veces contraria al interés general.¹⁴ Mientras nos quedemos en el gradualismo de reformas constitucionales insatisfactorias no enfrentaremos adecuadamente a ese poder fáctico.

No cabe duda que entre los aspectos fundamentales de una reforma para la democratización de los medios de comunicación en México está el entendimiento integral del derecho a la información, tal como aquí hemos enunciado.

En materia electoral es fundamental restringir el mercado negro en la compra y/o adquisición de tiempos en radio y televisión. Lo anterior era necesario, pues aunque la reforma constitucional y legal de 2007-2008 en materia electoral prohibió a los partidos y a los terceros la compra de tiempos en radio y televisión para influir en las preferencias electorales, lo cierto es que las reformas constitucionales y legales han sido defraudadas continuamente, pues al margen de los tiempos del Estado que corresponden a los partidos, se ha producido un mercado negro entre medios y clase política, en donde las empresas de radio y televisión comercian sus espacios con los

¹⁴ Una visión empresarial diversa a la que aquí se expone y consecuente con los intereses de los medios de comunicación y las empresas de telecomunicaciones se encuentra en González Luna Bueno, Federico *et al.* (comps.), *La regulación de las telecomunicaciones*, México, Porrúa, 2007.

partidos y dirigentes políticos, para transmitir información que pasa a ser propaganda, cuando se realiza sistemática y generalizadamente, en los noticieros, en los programas de opinión, de espectáculos o a través de infomerciales, etcétera.¹⁵ Esa propaganda derivada de un mercado negro afecta los principios y reglas electorales, porque los subvierte y, constituye fraude a la Constitución y a la ley y, además: 1) produce inequidad porque los candidatos y partidos con mayores recursos pueden adquirir más fácilmente esa propaganda; 2) es una propaganda que no es monitoreada obligatoriamente por el IFE en los términos de los dispuesto en el artículo 76 párrafo octavo del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales porque éste sólo monitorea obligatoriamente noticieros y no programas que difunden espectáculos o barras de opinión; 3) es propaganda que no se reporta al IFE y que no se fiscaliza por éste; 4) es propaganda que no suele dejar huellas fiscales o contables porque las operaciones se realizan en efectivo —constituye defraudación fiscal—, lo que dificulta la obtención de pruebas directas; 5) es propaganda que es pagada con recursos muchas veces de procedencia desconocida y, que por tanto, viola los principios y reglas en materia de financiamiento y fiscalización electoral, y 6) es propaganda que puede constituir lavado de dinero y otras faltas administrativas y delitos.

En materia electoral urge una reforma para que la autoridad electoral monitoree de manera obligatoria todo tipo de programas y no sólo los relativos a los noticieros y los referentes a las pautas de tiempos del Estado que aprueba el IFE para los partidos. Además, esa reforma debe establecer las reglas que permitan, por un lado, garantizar el libre ejercicio periodístico en los programas de radio y televisión pero por otro, salvaguarden la equidad y el pluralismo en la contienda electoral. Para ello deben establecerse conductas típicas de responsabilidad con sus correspondientes sanciones cuando los comunicadores y los medios violenten la equidad electoral, entre otras, la cancelación de las concesiones, facultad que debe estar en manos de la autoridad electoral. También deben existir responsabilidades y sanciones más graves para las personas que pretendan adquirir y/o comprar tiempos en radio y televisión en fraude a la Constitución y la ley electoral, incluso prever la cancelación de las precandidaturas y candidaturas y la pérdida de registro para los partidos que incurran de manera sistemática en esas futuras faltas, sin olvidar establecer que es causa de nulidad de una elección violentar la equidad mediática durante los procesos electorales.

¹⁵ Ugalde, Luis Carlos, *Por una democracia eficaz. Radiografía de un sistema político estancado, 1977-2012*, cit., p. 173.

En la reciente discusión pública sobre la reforma constitucional energética, los medios de comunicación electrónica no han respetado el derecho a la información en los términos del artículo 6o. de la Constitución. En particular no han cumplido con el pluralismo de los medios y en los medios, el derecho a recibir información veraz, el derecho a participar en la discusión de los asuntos públicos, el derecho a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad y el derecho a que todos los puntos de vista relevantes se manifiesten en igualdad de circunstancias en ellos.

CAPÍTULO IV
JURISDICCIÓN EN INTERNET: LA EXPERIENCIA
EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS POSIBLES
ESCENARIOS PARA EL FUTURO

Gabriel CAVAZOS VILLANUEVA

SUMARIO: I *Introducción*. II. *Jurisdicción personal en los Estados Unidos de América: de Pennoyer a International Shoe y más allá*. III. *El ciberespacio como una nueva frontera jurisdiccional*. IV. *Un nuevo enfoque jurisdiccional: ¿es el estándar de contactos mínimos aplicable al ciberespacio?* V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El amplio uso de Internet¹ ha tenido en los últimos años un impacto enorme en la arena internacional. El número de usuarios de Internet en el mundo se ha incrementado exponencialmente en una década.² También, el número de transacciones a través del ciberespacio involucra el incremento de personas que participan de diferentes estados y países. Esto se lleva especialmente entre países que han incrementado sus relaciones económicas.

¹ Para propósitos de este artículo uso los términos “Internet” y “Ciberespacio” de manera intercambiable, para hacer referencia a un sistema de redes de varios tipos. Véase “Cyberspace Regulation and the Discourse of State Sovereignty”, *Developments in the Law-The Law of Cyberspace*, Harv. L. Rev. 1680, fn 1 at 1703, citando Linda M. Harasim, *Global Networks: An Introduction*, in *Global Networks* 3,6 (Linda M. Harasim ed., 1993).

² Véase Boland, Beth I. y Gwin, Diane, *The Internet and Personal Jurisdiction under the Constitution: In What State, Exactly, is the Internet Located?* 44-Feb B.B.J. 16, discutiendo cómo de acuerdo a un reporte de abril de 1999, 92 millones de usuarios en Estados Unidos de América y Canadá accedieron al Internet. De los cuales, 55 millones han usado el Internet para comprar bienes y servicios. Estas figuras representan números significativamente menores, incluso si sólo tomamos en cuenta el acceso que se tiene ahora a las redes sociales. Sólo en el caso de Facebook el número es considerablemente grande. Véase http://www.facebook.com/note.php?note_id=10150155374563876 (última consulta: noviembre de 2013).

Junto al impacto social, cultural y económico, el Internet ha tenido efectos legales significativos, sin embargo, las leyes del ciberespacio continúan —a pesar de avances significativos en algunos ámbitos— en su infancia. Muchos aspectos del Internet se encuentran todavía sin regulación, tanto en el nivel nacional como en el internacional. Algunos expertos consideran que el ciberespacio, por su naturaleza única, debería mantenerse sin regulación.³ A pesar de ello, desde hace años, un buen número de países restringen el acceso a sitios de Internet, y otros consideran hacerlo.⁴

En el *derecho internacional privado*, una de sus áreas fundamentales se refiere al conflicto de competencias jurisdiccionales. Éstas se pueden dar en un entorno doméstico que, eventualmente, aplique las mismas reglas competenciales tratándose de un problema transnacional. Es por ello que en el tema que nos atañe, y tomando como ejemplo el caso de los Estados Unidos, probablemente una de las cuestiones más importantes es la de jurisdicción⁵ personal en los casos que involucran actividad de Internet. Dentro de un contexto doméstico estadounidense, la pregunta sería si un tribunal local, por decir Luisiana, podría decidir conocer (o ejercer su jurisdicción) sobre un asunto interpuesto por un negocio local que considera que el sitio de Internet de alguien más, operado en California, infringe sus derechos de marca de acuerdo al *Common Law*. Una pregunta más complicada sería determinar si un comerciante minorista en México podría interponer su demanda por la misma cuestión en un tribunal de su localidad. Para contestar estas preguntas, tal y como se analiza en la siguiente sección de este artículo, los tribunales deberán aplicar el derecho de jurisdicción personal de su propio foro y decidir si pueden o no ejercer jurisdicción sobre un demandado de fuera de su estado (o inclusive, fuera de su país). El ejercicio de la competencia es un asunto de soberanía; este concepto ha sido ligado históricamente

³ Véase *Cyberspace Regulation...*, cita n. 1, en pp. 1682-1691, argumentando tres diferentes modelos teóricos en oposición a la regulación de Internet: la filosofía realista, la figura-da y la posmoderna. Todos estos argumentos desafían el concepto de soberanía.

⁴ *Ibidem*, pp. 1691 y 1692.

⁵ Véase en general: Lee, Thomas R., “In Rem Jurisdiction in Cyberspace”, 75 *Washington L. Rev.* 97, discutiendo una solución potencial al problema de los “ciberpiratas”, cuando el dueño de una marca presenta una demanda *in rem*. Para efectos de este trabajo, utilizo los términos jurisdicción y competencia de manera indistinta, ya que aunque son obviamente distintos, la discusión se basa en el sistema jurídico estadounidense en donde el término “jurisdiction” es para todo efecto igual al de competencia. Jurisdicción personal es pues una traducción literal del “Personal Jurisdiction”, un concepto inexistente en los sistemas procesales de los países de tradición romano-germánica, pero que involucra la competencia de los tribunales por razón de la localización (no necesariamente el domicilio) de la parte demandada.

con el de territorio: una soberanía tiene poder sobre una determinada área física y la población dentro de dicha área.⁶

El problema de determinar cuándo un tribunal puede ejercer jurisdicción sobre no-residentes del foro se da porque el Internet no tiene límites físicos. Millones de personas por todo el mundo “navegan” en el ciberespacio creando todo tipo de relaciones que eventualmente podrían tener implicaciones legales. Esta situación se presenta especialmente en los negocios que se llevan a cabo en el contexto del comercio doméstico y global a través del ciberespacio. “[C]ualquier negocio con presencia en Internet debe estar consciente de las implicaciones prácticas de someterse de esta manera a demandas presentadas en tierras lejanas. Las Compañías se encuentran el día de hoy siendo demandadas por diversas cuestiones, por el material que anuncian en sus sitios de Internet, incluyendo infracción de patentes, derechos de autor y de marcas...”.⁷

El propósito de este artículo es analizar cómo los tribunales de los Estados Unidos de América han ejercido jurisdicción personal en casos relacionados con el Internet, y cuál es el posible escenario para el futuro. A pesar de que la jurisprudencia en este campo no es fértil todavía en muchos otros países del mundo, es posible prever un incremento en el número de litigios transnacionales debido al crecimiento de las transacciones comerciales. El desarrollo de la jurisprudencia del ciberespacio en Estados Unidos podría tener un impacto importante en otros sistemas legales; por esta razón, es necesario analizar la experiencia estadounidense y su posible influencia en otros países en donde la jurisprudencia en esta área no se ha desarrollado.

La primera sección de este artículo discute el tradicional enfoque de la jurisdicción personal en los Estados Unidos, desde *Pennoyer vs. Neff*⁸ hasta *International Shoe Co. vs. Washington*,⁹ como “piedra angular constitucional” para la jurisprudencia jurisdiccional moderna.¹⁰ En la Sección II se examina cómo los tribunales han aplicado la jurisdicción personal en casos relacionados con el Internet y bajo qué circunstancias los tribunales no han determinado competencia sobre residentes fuera del foro. La tercera sección de este artículo discute si el tradicional estándar de los “contactos míni-

⁶ Levi, Werner, *Contemporary International Law*, 2a. ed., Westview, Boulder 1991, p. 80.

⁷ Boland, Beth I. and Gwin, Diane, *The Internet and Personal Jurisdiction under the Constitution: In What State Exactly is the Internet Located?*, cit., nota 2, (traducción libre del autor).

⁸ 95 U.S. 714 (1878).

⁹ 326 U.S. 310 (1945).

¹⁰ Véase Rochlin, Richard A., “Cyberspace, International Shoe, and the Changing Context for Personal Jurisdiction”, *32 Conn. L. Rev.* 653, citando *Burger King Corp. vs. Rudzewicz*, 471 U.C. 462, 474 (1985).

mos”, aplicado para ejercer jurisdicción personal en casos que no están relacionados con el Internet, podría incluir contactos hechos a través del ciberespacio. Finalmente, la conclusión de este artículo analiza propuestas más recientes para solucionar el problema competencial en el ciberespacio y sugiere la posibilidad de alcanzar una forma internacional armonizada para ejercer competencia en este tipo de casos. La conveniencia de tener un estándar que funcione y sea útil parece ser importante en un mundo en donde se trata de reconciliar el carácter global del ciberespacio y atender a la voluntad de los países de ejercer su soberanía a través del ejercicio de competencia sobre personas no residentes.

II. JURISDICCIÓN PERSONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: DE *PENNOYER* A *INTERNATIONAL SHOE* Y MÁS ALLÁ

Como se ha señalado, la cuestión principal en el presente artículo es ¿en dónde se puede interponer una demanda que involucra actividad en el Internet? El derecho de Estados Unidos distingue dos tipos de jurisdicción: sobre la materia y sobre la persona.¹¹ La primera se refiere a si un tribunal podría conocer de un tipo de caso en particular. Las cortes federales son tribunales de jurisdicción limitada, la cual está basada fundamentalmente en dos consideraciones: algunos casos podrán ser atraídos a las cortes federales por la naturaleza del reclamo, y otros por la diversidad en la ciudadanía de las partes involucradas en la demanda.¹²

En contraste, el concepto de jurisdicción personal se refiere al poder que tiene un tribunal para ejercer su autoridad sobre las partes en una demanda, sobre los residentes del foro o sobre un demandado no residente. Para un demandado que no vive en el territorio sobre el cual el tribunal tiene jurisdicción, o para una corporación que no fue constituida y que no se encuentra haciendo negocios de manera regular en tal territorio, podría constituir una carga tener que viajar de su estado o país al lugar en donde se encuentra ubicado este tribunal. Por esta razón, para que una corte pueda ejercer jurisdicción sobre un demandado de otro estado, se deberá satisfacer la cláusula del Debido Proceso de la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América.¹³ El debido proceso requiere que el segui-

¹¹ Véase en general, Yeazell, Stephen C., *Civil Procedure*, 5a. ed., Nueva York, Aspen Law & Bus., 2000; part A, discutiendo el marco constitucional del litigio en los Estados Unidos.

¹² El concepto de jurisdicción limitada proviene del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos.

¹³ *International Shoe vs. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945).

miento de una demanda no trasgreda las “nociones tradicionales del acto justo y de la esencia de la justicia”.¹⁴

El derecho aplicable a la jurisdicción personal ha evolucionado significativamente desde la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en *Pennoyer vs. Neff*,¹⁵ en donde la misma determinó que la jurisdicción personal podría ser ejercida a través de notificación personal en el Estado del foro o por la comparecencia voluntaria del demandado en tal Estado. En este caso, la corte declaró:

La autoridad de cada tribunal está necesariamente restringida por los límites territoriales del Estado en el cual se encuentra establecida. Cualquier intento de ejercer autoridad más allá de estos límites sería considerado en cualquier otro foro, como se ha dicho por esta Corte, como una asunción ilegítima de autoridad, y sería resistido como un mero abuso.¹⁶

El lenguaje de la decisión de la corte en *Pennoyer*, “reflejó una visión formalista y rígida de la jurisprudencia jurisdiccional”.¹⁷ Por otro lado, el requisito de presencia física “que generalmente favorecía a demandados no residentes, haciendo que sea más difícil demandarlos”.¹⁸ Es importante tomar en consideración el desarrollo tecnológico de Estados Unidos de América a finales del siglo XIX. Los requisitos estrictos para ejercer jurisdicción personal son señal de una sociedad en la cual las transacciones entre estados no eran tan frecuentes como en la actualidad. Además, *Pennoyer* muestra una postura formalista en cuanto al aspecto normativo de la soberanía del estado.¹⁹

Estados Unidos sufrió dramáticos cambios sociales, económicos y tecnológicos en las décadas posteriores a *Pennoyer*. Consecuentemente, los requisitos para la jurisdicción personal se simplificaron considerablemente, como se observa en la decisión de la Suprema Corte en el caso *International Shoe vs. Washington*,²⁰ en el cual la Corte hizo a un lado la postura formalista y terri-

¹⁴ Véase Beth I. Boland, *cit.*, nota 2, p. 16, citando *Helicopteros Nacionales de Colombia vs. Hall*, 466 U.S. 408, 414 (1984), haciendo referencia a *International Shoe vs. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945).

¹⁵ 95 U. S. 714 (1877).

¹⁶ *Ibidem*, p. 720 (nota al pie omitida, traducción libre del autor).

¹⁷ Rochlin, Richard A., *op. cit.*, nota 10, p. 656.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 656 y 657, citando *Shaffer vs. Heitner*, 433 U.S. 186, 200 (1977).

¹⁹ Véase “Cyberspace Regulation and the Discourse of State Sovereignty”, *cit.*, nota 1, 1697, discutiendo las perspectivas “realistas” (en contraste con las “formalistas”) inherentes a la doctrina contemporánea sobre jurisdicción personal.

²⁰ 326 U.S. 310 (1945).

torial previa a favor de un examen de “contactos mínimos”²¹ más flexible. En este caso, *International Shoe Corporation* (ISC) argumentó que un impuesto establecido por el Estado de Washington era una carga inconstitucional en el comercio entre estados y que los contactos de ISC con el estado no eran una manifestación suficiente de “presencia” de la compañía. Asimismo, ISC también argumentó que hubo una negación del debido proceso cuando el Estado somete a la empresa a una demanda.²² La Corte no abandonó explícitamente el examen territorial de *Pennoyer*. Sin embargo, articuló un estándar por el cual es constitucional someter a un demandado a un juicio de manera personal, cuando a pesar de que no se encuentra físicamente en el territorio del foro, tiene ciertos “contactos mínimos” con el mismo. Bajo estas circunstancias, el seguimiento del juicio no trasgrede las nociones tradicionales del actuar justo y la justicia esencial.²³

Doce años después de la decisión de *International Shoe*, la Suprema Corte reconoció en *McGee vs. International Life Insurance Co.*,²⁴ que la “progresiva expansión de la jurisdicción de la corte era justificada en parte por el cambiante contexto de la transportación, comunicación y comercio interestatal en la sociedad estadounidense”.²⁵

Un comercio interestatal más dinámico, respaldado por nuevas tecnologías es uno de los aspectos más importantes que consideró la Suprema Corte para lograr un enfoque más simple de la jurisdicción personal. No obstante, la Corte no ha abandonado completamente la perspectiva territorial para ejercer jurisdicción personal sobre no residentes del foro. En *Worldwide Volkswagen Corp. vs. Woodson*,²⁶ la Corte estableció que la introducción de bienes en el comercio, con acciones recurrentes hacia un estado en particular, podría satisfacer los requisitos de ese foro para determinar jurisdicción personal.²⁷

Hay dos formas para alcanzar los estándares de contactos mínimos. La primera, un tribunal podrá otorgar jurisdicción específica sobre un demandado no residente “si el demandado ha dirigido intencionalmente sus actividades a los residentes del foro, y el litigio es resultado de daños provocados

²¹ Véase “Cyberspace Regulation...”, *op. cit.*, nota 1, p. 1697, nota 103, citando a Terry S. Kogan, “A Neo-Federalist Tale of Personal Jurisdiction”, *63 S. Cal. L. Rev.* 257, 1990, 257-259.

²² Véase 326 U.S. 310, 315.

²³ Véase *idem*, p. 316 (citando a *Milliken vs. Meyer*, 311 U.S. 457, 463 (1940)).

²⁴ 355 U.S. 220, 222-23 (1957).

²⁵ Rochlin, Richard A., *cit.*, nota 10, p. 660 (traducción libre del autor).

²⁶ 444 U.S. 286 (1980).

²⁷ *Idem*.

por tales actividades”.²⁸ La segunda, “[C]uando la causa de acción del demandante no proviene directamente de las actividades del demandado en relación al foro, el tribunal podrá, a pesar de ello, mantener la jurisdicción personal general sobre el demandado con base en sus contactos de negocio con el estado foro”.²⁹

Además de los contactos mínimos que un demandado debe tener con un estado en particular, los efectos de sus actividades en tal estado también podrán ser relevantes para la determinación de jurisdicción personal. Este examen fue realizado por un tribunal en el caso de *Cadler v. Jones*.³⁰ En este caso, Shirley Jones, una animadora de televisión quien vivía y trabajaba en California, demandó a la revista *National Enquirer* por difamación en California. El artículo publicado por *National Enquirer* que provocó esta demanda, fue escrito y editado en Florida. Sin embargo, el tribunal consideró que la jurisdicción se otorgó propiamente por los efectos de tal publicación en California, especialmente porque la publicación de la revista tenía distribución nacional.³¹

Las leyes llamadas de “brazo-largo” de un Estado son esenciales para determinar la jurisdicción sobre no residentes. Un tribunal primero debe examinar si la jurisdicción es aplicable bajo la ley de brazo-largo del Estado y luego determinar si al otorgar la jurisdicción se satisfacen los requisitos constitucionales del debido proceso.³²

En suma, el estándar de los “contactos mínimos” realizado en *International Shoe* es un enfoque flexible que representó un gran avance en la jurisprudencia jurisdiccional, por lo menos al compararlo con el enfoque formalista en *Pennoyer*. No obstante, “[l]a Suprema Corte todavía tiene que pronunciarse sobre la jurisdicción personal en el comercio en Internet, en donde las fronteras del estado (e inclusive las del país) han sido difuminadas por la *World Wide Web*”.³³ Los tribunales federales, especialmente en casos relacionados a la infracción de marcas, han dado el primer paso. La siguiente sección atiende algunas decisiones de los tribunales de distrito y de circuito que señalan los limitantes de la jurisdicción personal en el ciberespacio.

²⁸ Véase *Intercon, Inc. vs. Bell Atlantic Internet Solutions, Inc.*, 205 F. 3d 1244, 1247 (2000), citando *Burger King, Corp. vs. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 472 (1985).

²⁹ Véase *idem*, citando *Helicopteros Nacionales de Colombia, cit.*, nota 14, 466 U.S. 408, 414-16.

³⁰ 465 U.S. 783 (1984).

³¹ *Ibidem*, p. 789.

³² Véase *e.g.* Logan, Rita H., *Reaching into Cyberspace with Maine’s Long-Arm Statute*, 14 Me. B.J. 306, 309.

³³ Falcon, Jr., David, *A Nice Place to Visit, but I wouldn’t Want to Litigate there: The Effects of Cybersell vs. Cybersell on the Law of Personal Jurisdiction*, 5 Rich. J. L. & Tech 11, 3.

III. EL CIBERESPACIO COMO UNA NUEVA FRONTERA JURISDICCIONAL

El Internet es probablemente el signo más visible de la globalización. La *World Wide Web* es un conjunto de conexiones de computadoras a través de las cuales cualquier tipo de información puede navegar internacionalmente en cuestión de segundos. Debido a que los sitios de Internet son visibles en todo el mundo, numerosos asuntos legales pueden surgir con respecto al contenido de tales sitios. Probablemente la mayoría de los problemas legales que se han experimentado hasta ahora están relacionados con la infracción de la propiedad intelectual, especialmente en el área de marcas y derechos de autor.³⁴ Estos asuntos frecuentemente involucran problemas de jurisdicción personal. En este contexto, la pregunta es si los estándares actuales para la jurisdicción personal, como es aplicado por la Suprema Corte en *International Shoe* y otros casos, pueden ser aplicables a las controversias relacionadas con el ciberespacio.

En *Zippo Manufacturing Co. vs. Zippo Dot Com, Inc.*,³⁵ un tribunal de distrito en Pennsylvania claramente estableció una gama de casos de Internet en los cuales la jurisdicción personal puede ser confirmada. Por un lado, en esta gama de situaciones se encuentran los casos en que el demandado claramente hace negocios en internet. El demandado hace contratos con residentes de una jurisdicción extranjera en bases regulares. En tal caso, la jurisdicción personal es adecuada. Por el otro lado, hay casos en los que el demandado solamente ha publicado información en un sitio de Internet, accesible a usuarios de jurisdicciones extranjeras. Los sitios de Internet interactivos ocupan la posición intermedia en la gama de casos en los que se establece la jurisdicción personal, la cual es determinada al examinar el nivel de interactividad y naturaleza comercial del intercambio de información que ocurre en el sitio de Internet.³⁶

Dos casos que ilustran la aplicación de esta gama de casos con dos resultados diferentes: *CompuServe, Inc. vs. Patterson*,³⁷ y *Bensusan Restaurant Corp. vs. King*.³⁸ En *CompuServe*, el demandado Richard Patterson firmó un acuerdo de “Shareware Registration” por el cual CompuServe, un proveedor de servicios informáticos, haría publicidad de su software en su red. Gracias a este acuerdo, otros subscriptores podrían comprar y bajar el software de Patter-

³⁴ *Ibidem*, p. 2.

³⁵ 952 F. Supp. 1119 (W. D. Pa. 1997).

³⁶ *Ibidem*, p. 1124 (se omiten las citas).

³⁷ 89 F. 3d 1257 (6th Cir. 1996).

³⁸ 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996).

son a sus propias computadoras.³⁹ Cerca de dos años después de que se firmó el acuerdo, Patterson notificó a *CompuServe* que uno de los productos de software de *CompuServe* infringía derechos de marca de su propia empresa.⁴⁰ A pesar de que *CompuServe* cambió el nombre del producto, Patterson alegó infracción sobre su marca.⁴¹ *CompuServe* interpuso una acción de sentencia declarativa en Ohio mediante la cual se asentara que no había violado los derechos de marca de Patterson, pero este último pidió se desestimara la acción por falta de jurisdicción personal. El tribunal resolvió a favor del incidente presentado por Patterson para desestimar el caso y *CompuServe* apeló.⁴²

En revisión, el Tribunal del Sexto Circuito decidió que “hoy hay una menor percepción de necesidad de protección por la Constitución Federal a los demandados de un ‘litigio inconveniente’ porque todos, a excepción de los foros más remotos, son accesibles tanto para propósitos de negocio como para el litigio”.⁴³ El tribunal aplicó una perspectiva territorial bajo el razonamiento de que Patterson intencionalmente “se hizo disponible” (en el lenguaje de *International Shoe*) para hacer negocios en Ohio cuando transfirió archivos de software de su computadora en Texas a la red de *CompuServ* en Ohio.⁴⁴ Consecuentemente, el tribunal del Sexto Circuito determinó que la corte de distrito tuvo jurisdicción personal sobre Patterson en Ohio.⁴⁵

En *Bensusan*, la parte actora, el Club *Blue Note* de Nueva York, alegó ante una corte federal de distrito en Nueva York, que el dueño de un Club de Missouri con el mismo nombre, había infringido su derecho de marca al publicitarse en un sitio de Internet con base en Missouri.⁴⁶ King, el dueño del Club de Missouri, buscó desestimar el caso por falta de jurisdicción personal. La corte de distrito otorgó la petición de King y el tribunal del Segundo Circuito confirmó la resolución.⁴⁷ En contraste con la decisión del tribunal de Sexto Circuito en *CompuServe*, el tribunal en *Bensusan* no consideró que el demandado satisfizo el requisito de “hacerse disponible” intencionalmente en una jurisdicción. El tribunal consideró que a pesar de que la publicidad de *Bensusan* en Internet se mandaba a toda la nación (y con cer-

³⁹ *CompuServe, Inc. v. Patterson*, 89 F.3d 1257, 1260 (6th Cir. 1996).

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*.

⁴³ Stephen Maher, *Nothing Personal? Personal Jurisdiction and the Internet* <http://www.usual.com/article8.htm> (citando *CompuServe* p. 1262) citado por Falcon, Jr., David, *op. cit.*, nota 33, p. 9.

⁴⁴ *CompuServe, cit.*, nota 39, 1264.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 1265.

⁴⁶ Véase 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996) p. 297.

⁴⁷ *Ibidem* y 126 F.3d 25 (2d, Cir. 1997).

teza a todo el mundo), noventa y nueve por ciento de la clientela del club consistía en residentes de Columbia, Missouri.⁴⁸ El tribunal también consideró que “la mera previsión de una consecuencia dentro del estado y la falla para evitar tal consecuencia no es suficiente para establecer jurisdicción personal”.⁴⁹ En suma, el tribunal consideró que el sostener la jurisdicción personal sobre King en Nueva York violaría la cláusula del debido proceso porque los requisitos de los contactos mínimos no se satisfacían por la mera creación de un sitio de internet para publicitar un club.⁵⁰

En los años recientes, un caso muy importante ha sido el de *Cybersell, Inc. vs. Cybersell, Inc.*⁵¹ En su momento, para algunos comentaristas, la decisión del Noveno Circuito en este caso “podría constituir alguna vez la base del derecho del ciberespacio”.⁵² *Cybersell* refleja un consenso moderado que ha emergido entre los tribunales que analizan el ejercicio de la jurisdicción personal. Los tribunales “examinan el nivel de ‘interactividad’ en un sitio de Internet en particular y la presencia de cualquier actividad relacionada con un foro adicional”.⁵³ En este contexto, “[e]l mero uso «pasivo» de un sitio de Internet no es suficiente para probar que el demandado ‘intencionalmente se puso a disposición por sí mismo en el Estado del foro’”.⁵⁴

Cybersell involucra un conflicto de infracción de marca entre dos compañías de consultoría de Internet con el mismo nombre, una de ellas localizada en Arizona y la otra en Florida. *Cybersell* de Arizona demandó en el tribunal de distrito de Arizona y *Cybersell* de Florida solicitó la desestimación de la acción por falta de jurisdicción.⁵⁵

El tribunal del Noveno Circuito empleó un análisis de tres partes para determinar si otorgaba jurisdicción personal. Primero, “el demandado no residente debe realizar algún acto o consumir alguna transacción con el foro o desempeñar algún acto por el cual intencionalmente se haga disponible para realizar actividades dentro del foro, y por lo tanto, invoque sus beneficios y protecciones”.⁵⁶ Segundo, el reclamo debe ser resultado de las activi-

⁴⁸ Véase *Bensusan*, 937 F. Supp. p. 300 (S.D.N.Y.) 1996.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ 130 F. 3d 414 (9th Cir. 1997).

⁵² Falcon, Jr., *op. cit.*, nota 33, p 4.

⁵³ Cyberspace Regulation..., *cit.*, nota 1, p. 1699.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Cybersell*, *supra* n. 51, p. 416.

⁵⁶ *Idem*.

dades del demandado relacionadas con el foro.⁵⁷ La tercera parte del examen establece que el ejercicio de la jurisdicción debe ser razonable.⁵⁸

El tribunal negó la determinación de jurisdicción personal. Concluyó que “no había duda de que cualquiera, en cualquier lugar pudiera tener acceso a la página y por lo tanto, se enterara sobre los servicios ofrecidos”.⁵⁹ De tal hecho, sin embargo, el tribunal no pudo inferir que el demandado deliberadamente haya dirigido sus esfuerzos de comercialización hacia los residentes de Arizona.⁶⁰ El tribunal señaló también que no había una disposición intencional. De hecho, el demandado no alentaba a la gente de Arizona a tener acceso a sus sitios de Internet, y no había evidencia de que cualquier parte de los negocios del demandado fueran solicitados o realizados en Arizona. En realidad, ningún residente de Arizona además del actor había accedido al sitio del demandado.⁶¹

En suma, el tribunal en *Cybersell* se negó a ejercer jurisdicción personal después de considerar la naturaleza pasiva del sitio de Internet y la inaplicabilidad de los efectos del examen de *Calder* que fue discutido en la sección I del presente artículo.⁶² De hecho el tribunal distinguió el caso *Cybersell* del caso *CompuServe* y de alguna manera aplicó el razonamiento legal de *Bensusan*.

En contraste, en *Panavision International v. Toeppen*,⁶³ el tribunal del Noveno Circuito se enfrentó a una cuestión de jurisdicción similar a la de *Cybersell* pero llegó a una conclusión distinta, ya que las acciones de los demandados satisficieron el examen de los efectos de *Calder*. En *Toeppen*, el tribunal sostuvo jurisdicción personal en un caso relacionado a un “ciber-pirata”, es decir, alguien que roba marcas, establece nombres de dominio en el Internet usándolas, y luego las ofrece en venta de nuevo a los legítimos dueños de tales marcas. Esta actividad es también comúnmente conocida como “*cyber-squatting*”. El tribunal empleó la “doctrina de efectos”, la cual sostiene que “la jurisdicción podría ejercerse si la conducta del demandado está destinada o ha tenido algún efecto en el Estado del foro”.⁶⁴ El tribunal también señaló que “[l]a peor parte de los daños de Panavision tuvieron lugar en

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 419.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

⁶² 11 F.3d 1482 (9th Cir.1993) p. 1486.

⁶³ 141 F. 3d 1316 (9th Cir. 1998).

⁶⁴ *Ibidem*, p. 1321.

California,” porque su principal lugar de negocios era California y “el corazón de la película teatral y la industria televisora está ubicada ahí”.⁶⁵

Algunos comentaristas han criticado la decisión en *Toeppen* porque, a pesar de que el caso es sustancialmente similar al de *Cybersell*, el resultado es muy diferente y de alguna manera debilita la decisión en *Cybersell*. “A pesar de que las acciones de *Toeppen* fueron claramente realizadas con el objetivo de obtener dinero de Panavision, no resulta lógico que también sus acciones contemplaran un eventual daño a Panavision en California”.⁶⁶ Es muy difícil partiendo de los hechos determinar qué tan diferentes son los efectos del pasivo sitio de Internet en *Cybersell*, de un registro “pasivo” de una marca en el Internet y la publicación de un sitio de Internet usando esa marca. En ambos casos, los sitios de Internet pueden ser accedidos, no sólo en todos los Estados Unidos, sino también en todo el mundo. En este contexto, “[a] pesar de que el tribunal en *Cybersell* reconoció el riesgo de un análisis jurisdiccional amplio, el cual podría ultimadamente someter a los demandados de Internet a la jurisdicción de cualquier foro, el tribunal en *Toeppen* convirtió este riesgo en realidad”.⁶⁷ Por otro lado, las implicaciones de *Toeppen* respecto al desarrollo tecnológico son considerables. Por ejemplo, el sitio de Internet a cargo del registro y seguimiento de millones de dominios individuales y de negocios (NSI),⁶⁸ permitía que el registro de un nombre que ya estaba inscrito, por decir, “.org”, cambiarlo de dominio a “.com” o viceversa. Bajo la aplicación amplia de *Toeppen*, los usuarios que inadvertidamente infringen marcas, se someterían potencialmente a la jurisdicción del Estado del titular de la marca.⁶⁹

Debido a que la Suprema Corte no ha anulado el estándar de los “contactos mínimos” o la “doctrina de efectos” para casos relacionados con la jurisdicción personal en el ciberespacio, los tribunales inferiores en Estados Unidos siguen aplicando estos exámenes. En *GTE New Media Services Inc. v. Bellsouth Corp.*,⁷⁰ el tribunal del Circuito del Distrito Columbia rechazó la idea de que la jurisdicción personal en casos relacionados con el Internet no debería ser otorgada en cada estado del país sólo por el acceso al sitio de Internet. El Tribunal señaló:

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Falcon, Jr., David, *op. cit.*, nota 33 p. 39.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁸ <http://www.networksolutions.com>.

⁶⁹ Falcon, Jr., David, *op. cit.*, nota 33, p. 49.

⁷⁰ 199 F. 3d 1343 (2000).

[n]o creemos que la llegada de tecnología avanzada, por decir, como el Internet, debería viciar principios sostenidos por largo tiempo e inviolables de jurisdicción del tribunal federal. La Cláusula del Debido Proceso existe, en parte, para dar un grado de predictibilidad al sistema legal que permite a posibles demandados estructurar su conducta primaria con un mínimo de certeza respecto a en dónde su conducta los llevará o no a ser sujetos de una demanda.⁷¹

Esta opinión refleja una tendencia hacia el incremento de la protección de los derechos del debido proceso en el Internet. Pero, ¿cómo se van a adaptar los estándares tradicionales a los cambios tecnológicos?

IV. UN NUEVO ENFOQUE JURISDICCIONAL: ¿ES EL ESTÁNDAR DE CONTACTOS MÍNIMOS APLICABLE AL CIBERESPACIO?

Como se ha señalado en las secciones previas, a la hora de decidir los retos jurisdiccionales que surgen de las actividades relacionadas con el Internet, los tribunales han aplicado los razonamientos de “los contactos mínimos” el “actuar justo y justicia esencial” articulados en *International Shoe*. Este examen ha sido obviamente refinado por jurisprudencia posterior, pero como indica un autor, “[e]n la aplicación de este examen de 1945 a corporaciones e individuos de la era del Internet, los tribunales han alterado permanentemente, sin suficiente consideración, los elementos de justicia elemental implícitos en la decisión de *Shoe*”.⁷² En este contexto, es claro para algunos comentaristas que la nueva jurisprudencia debe señalar la realidad económica y los retos generados por el ciberespacio. Por lo tanto, se ha sugerido que para actuar conforme a las realidades económicas de hoy, los tribunales tendrían la necesidad de aplicar el estándar de *International Shoe* en diferentes formas.

El examen de jurisdicción alterno propuesto para los casos relacionados con el Internet surge de por lo menos dos enfoques diferentes: uno del análisis económico del derecho, y el otro de un enfoque más teórico “liberal-constructivista” que atienda la jurisdicción personal en el Ciberespacio y la soberanía de los estados. Bajo el primer enfoque, una manera de reformular el análisis de *International Shoe* para distinguir deficiencias percibidas, es el análisis de “ciber-ganancias/contactos”.⁷³ Este análisis incluye conside-

⁷¹ *Idem* at 1349, citando *World-Wide Volkswagen Corp.*, 444 U.S. p. 297.

⁷² Rochlin, Richard A., *op. cit.*, nota 10, 32 *Conn. L. Rev.* 653, 654.

⁷³ *Ibidem*, pp. 671-672.

raciones económicas tanto de pequeñas como de grandes compañías. De acuerdo a este análisis, el tribunal evaluará la cantidad de ganancias obtenidas del negocio en el estado en donde el demandado esté impugnando la jurisdicción. En este contexto, la jurisdicción sobre un demandado de fuera del Estado será adecuada solamente si él o ella obtuvieron un mínimo de ganancias en ese Estado de tal manera que el seguimiento de la demanda sea proporcional a las mismas.⁷⁴

A pesar de que el análisis de ciber-ganancias/contactos puede ser sólido desde una perspectiva económica, parece difícil para un tribunal establecer la proporción adecuada entre el tamaño de la compañía y las ganancias obtenidas en ese estado. Sin embargo, hasta ahora los tribunales han aplicado principalmente el examen de *International Shoe* bajo la “escala” del caso *Zip-ko*, en el cual no se señala la realidad económica del Internet y, en la definición de “contactos mínimos”, no se toma en consideración el tamaño del demandante, la presencia comercial, y otras consideraciones económicas importantes. En este contexto, parece ser necesaria una redefinición del examen para brindar la “noción del actuar justo y justicia esencial” a las partes involucradas en un conflicto de jurisdicción por un caso relacionado con el Internet como hizo la Suprema Corte a la Compañía *International Shoe* en 1945.⁷⁵

Otra solución propuesta para los casos relacionados con la actividad de Internet es la creación de un Tribunal-virtual (*Cyber-court*).⁷⁶ Esta alternativa también está relacionada con un enfoque del análisis económico del derecho y busca incrementar la justicia y la certeza en esta área de acuerdo a la realidad económica del Internet. Bajo esta propuesta alternativa, el examen de “contactos mínimos” por el cual un demandado “intencionalmente se hace disponible al privilegio de realizar actividades dentro del estado foro, y por ello a invocar los beneficios y protección de sus leyes”⁷⁷ parece irrelevante. Un Tribunal-virtual sería un juez virtual y, por lo menos en toda la nación, todos los casos relacionados con el Internet serían sometidos a su jurisdicción en línea, independientemente de los estados de origen de las partes involucradas.

La idea de un Tribunal-virtual en línea surge de la concepción del ciberespacio como algo “sin fronteras”.⁷⁸ Ciertamente, este tipo de tribunal resolvería los problemas de jurisdicción personal, pero no es claro si resuelve-

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 668.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 672.

⁷⁷ *International Shoe*, 326 U.S. p. 319.

⁷⁸ Véase “Cyberspace Regulation...”, *op. cit.*, nota 1, p. 1680.

ría conflictos de derecho aplicable, es decir, el derecho que aplicaría este tribunal a los casos que se le presentaran. Por otro lado, esta alternativa no distingue el hecho de que el Internet es “sin fronteras” no solo dentro de los Estados Unidos de América, sino en todo el mundo. En este contexto, ¿debería haber un tribunal-virtual global? Esto parece ser una utopía por ahora.

Bajo una perspectiva más teórica, un enfoque “liberal-constructivista” ha sido propuesto para resolver los problemas de jurisdicción en casos relacionados con el Internet. Este enfoque parte del principio que los estados en su búsqueda de regular el Internet generalmente se basan en posturas realistas que informan los dos principios más comunes para otorgar jurisdicción: el principio de territorialidad y el principio de los efectos.⁷⁹ Estos principios son frágiles porque el Internet no tiene un territorio “tangibile” y los efectos de sus actividades pueden llevarse a cabo en diferentes localidades geográficas. Sin embargo, de acuerdo a este análisis, aun en el Internet, la actividad generalmente se centra alrededor de intereses geográficos, y hay una conexión inherente entre la geografía y los valores culturales.⁸⁰ En este contexto, en la reconstrucción de la jurisdicción personal en casos relacionados con el Internet, la perspectiva liberal-constructivista no se enfocaría en los “contactos mínimos”, sino en los efectos de la determinación de la jurisdicción personal sobre la distribución de autoridad. Como consecuencia, este enfoque buscaría una valoración más transparente de las perspectivas normativas que compiten en un caso,⁸¹ es decir, un balance entre los intereses de los negocios y de los consumidores, entre los dueños de marcas y los infractores.

Un buen ejemplo de intereses que compiten es el que se presenta en *McGee vs. International Life Insurance Co.*⁸² En este caso, la Suprema Corte favoreció los intereses del consumidor al confirmar la decisión de un tribunal de California que otorgó jurisdicción personal sobre una compañía aseguradora no residente. La Corte señaló que “los residentes estarían en una gran desventaja si tuvieran que verse forzados a seguir a la compañía aseguradora a un estado distante con el fin de declararla legalmente responsable”.⁸³ Además, el análisis liberal-constructivista también examinaría la manera en que la determinación basada en distribución de poder afecta la habilidad de la comunidad para definirse a sí misma. Por ejemplo, “[c]uál fue la impor-

⁷⁹ *Ibidem*, p. 1684.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 1694.

⁸¹ *Ibidem*, p. 1701.

⁸² 355 U.S. 220 (1957).

⁸³ *Ibidem*, p. 223.

tancia de permitir que la comunidad local del tribunal se definiera a sí misma a través del caso en cuestión comparado con la importancia de permitir esta oportunidad a otra comunidad?”⁸⁴

En contraste con el análisis de ciber-ganancias/contactos, el cual es *prima facie* solamente orientado a negocios, el enfoque liberal-constructivista tiende a hacer balance entre los intereses normativos que compiten en el asunto, en cual no solo involucra a las compañías de Internet, sino también a los consumidores, en cualquier circunstancia, la aplicación práctica de estos enfoques alternativos requiere un poder judicial sensible, con la capacidad legal de interpretar las disposiciones legales vigentes y con un profundo análisis de política pública.

Las alternativas descritas tienden a reformular el estado actual de la jurisprudencia del Internet en los Estados Unidos. Sin embargo, desde una perspectiva más práctica e inclusive desde las circunstancias actuales, el dueño de un sitio de Internet puede evitar ser demandado en cualquier Estado en donde su sitio pueda accederse. Por ejemplo, de cualquier actividad en un sitio de Internet que resulte en un contrato, debería señalarse que el contrato será ejecutado en el estado de origen; también se podría incluir una cláusula de selección de foro, estableciendo que cualquier disputa será regulada por el derecho del estado de origen del dueño del sitio de Internet, así como que el litigio deberá llevarse a cabo ahí.⁸⁵ Estas alternativas podrían no evitar una demanda en jurisdicciones diferentes, pero tomará mucho tiempo demostrar la existencia de “contactos mínimos”. Sin embargo, estas sugerencias muestran una perspectiva territorial, la cual parece ser muy injusta para cualquier actor potencial de fuera del estado, y definitivamente para cualquier actor potencial de fuera del país.

V. CONCLUSIÓN

El Internet representa un serio reto en los Estados Unidos y a nivel internacional. El problema de jurisdicción personal en el ciberespacio es definitivamente uno de los problemas más importantes porque los enfoques tradicionales que se basan en los contactos territoriales y en los efectos ahora están en juego. De hecho, el Ciberespacio ha sido concebido como una entidad “sin fronteras” y todas las actividades que se llevan a cabo en el Internet podrían ser sujetas a la jurisdicción y el derecho de diferentes estados y países.

⁸⁴ *Cyberspace Regulation... op. cit.*, nota 1, p. 1703.

⁸⁵ Boland, Beth I., *op. cit.*, nota 2, p. 32.

Los tribunales en los Estados Unidos han aplicado el estándar tradicional de *International Shoe* de “contactos mínimos”, “razonabilidad y equidad” y “posibilidad de invocar los privilegios de hacer negocios en un estado extranjero”. Sin embargo, las circunstancias que generan estos principios han experimentado un cambio dramático en los últimos años y las realidades sociales y económicas son diferentes en el contexto actual.

Por estas razones, algunos autores y comentaristas han sugerido enfoques alternativos al problema de la jurisdicción personal en el ciberespacio. Estos enfoques son formulados desde una perspectiva económica y social. La propuesta de creación de un tribunal-virtual refleja el deseo de uniformidad en esta área de actividad económica, la cual está creciendo enormemente. Sin embargo, aún con la implementación de los enfoques alternativos a la actual jurisprudencia en los Estados Unidos, todavía hay un problema que resolver: problemas de jurisdicción personal que surgen de las actividades relacionadas con el Internet en un nivel internacional.

Debido a que Estados Unidos es, en muchas formas, el país líder en la jurisprudencia en ciberespacio, se espera que otros países (especialmente sus socios comerciales) adapten la experiencia estadounidense en esta área a su propio sistema legal. Como se ha observado en los casos analizados en este artículo, muchas de las alternativas propuestas a la jurisprudencia actual en los Estados Unidos involucran una actividad judicial muy activa; en contraste, en la mayoría de los países de Latinoamérica, por ejemplo, no es el poder judicial sino el legislativo el que juega un papel crucial en la implementación de las reformas legales necesarias. En este contexto, se espera que el problema de la jurisdicción personal en el ciberespacio sea tratado en muchos países por actos del poder legislativo y no por tribunales que construyan la legislación actual.

De hecho, es interesante observar que las propuestas que se han planteado involucran criterios de política pública. De algún modo similar a la solución liberal-constructivista, se ha propuesto un análisis jurisdiccional de categoría específica para casos que involucren la determinación de competencia en el Internet. Bajo este criterio se atiende más a la categoría de la disputa que a la naturaleza del reclamo. Así, en una controversia comercial relacionada con el Internet que pueda afectar derechos de consumidores, los Estados deberían ejercer jurisdicción personal. No así en una disputa no comercial o meramente informativa, ya que esto iría en contra de una política pública que favorece la libertad de expresión. De esta forma, en disputas sobre difamación, los estados no deberían ejercer jurisdicción personal con base en

contactos mínimos.⁸⁶ Un caso de esta naturaleza se ha presentado en el plano transnacional en *Dow Jones & Co. vs. Gutnick*.⁸⁷ En este caso, la Corte Superior de Australia determinó que una publicación basada en Nueva York estaba sujeta a la competencia de los tribunales australianos en una demanda de difamación, ya que el artículo que presuntamente causaba la ofensa había sido bajado de Internet en Australia. Bajo un estándar como el que se propone, un tribunal no debería ejercer competencia sobre un demandado fuera de su jurisdicción en estas circunstancias. La propuesta, como hemos dicho, es definitivamente de política pública y es precisamente el poder legislativo el facultado para hacer las leyes adecuadas, más que el judicial para aplicar criterios de esta naturaleza.⁸⁸

En el caso de los Estados Unidos tal parece que la Suprema Corte no ha dado una guía clara sobre el tema de jurisdicción personal en Internet. Dos casos de 2011: *Goodyear Dunlop Tires vs. Brown*⁸⁹ y *J. McIntyre vs. Nicastro*⁹⁰ han ofrecido estándares complementarios que podrían ser seguidos por tribunales inferiores en casos relacionados con jurisdicción personal en Internet, pero su análisis aparentemente se queda corto y su discusión en este momento iría más allá del ámbito de este trabajo.

En el plano del litigio transnacional, una convención que regule este tema parece ser la solución más apropiada, por lo menos el problema internacional de jurisdicción personal en el ciberespacio.⁹¹ Para poder definir el alcance de esta Convención o de cualquier otro intento de cooperación internacional, es crucial el análisis de la experiencia en los Estados Unidos y la consideración de los enfoques alternos propuestos por algunos comentaristas que se han comentado en este artículo.

⁸⁶ Véase “A Category-Specific Legislative Approach to the Internet Personal Jurisdiction Problem in U.S. Law”, 117 *Harv. L. Rev.* 1617.

⁸⁷ (2002) 194 A.L.R. 433 (Austl.).

⁸⁸ “A Category – Specific...”, *op. cit.*, nota 86, p. 1638.

⁸⁹ 131 S.Ct. 2846 (2011).

⁹⁰ 131 S.Ct. 2780 (2011).

⁹¹ Véase en general Larrondo, Manuel Ernesto, *Internet: Dilemas sobre jurisdicción, derecho aplicable y libertad de expresión*. Disponible en: <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero4/Articulo-4.pdf> (última consulta: noviembre de 2013).

CAPÍTULO V INFLUENCIAS DE LA CODIFICACIÓN NAPOLEÓNICA EN MÉXICO

Óscar CRUZ BARNEY*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El Código Civil francés de 1804.* III. *El Código de Comercio francés de 1807.* IV. *El Código Penal francés de 1810.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía, hemerografía y fuentes.*

I. INTRODUCCIÓN

Con el surgimiento del nuevo concepto de ley como producto de la voluntad general, las leyes formarán un todo coherente al proceder de un mismo grupo social, también coherente y articulado en sí mismo.¹ Se debe tener presente que el Estado moderno se erige como el titular de las funciones del *imperium* y de las capacidades normativas y a partir de ahí se define a las libertades desde una perspectiva más o menos autoritaria o más o menos revolucionaria.² El Estado no se contenta con avalar las codificaciones privadas sino que toma la tarea codificadora en su provecho político.³

Los Estados europeos en el siglo XVIII empezaron a desarrollar sus codificaciones particulares, resultado en gran medida del trabajo de juristas cercanos al poder político, no de juristas que formaran parte del ámbito universitario o judicial.⁴ “Se trataba más bien, de funcionarios de gobierno o

* Senador de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados UIBA; investigador nacional nivel III; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 21.

² Véase en este sentido a Maurizio Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli Editore, 1995, p. 18. Existe una traducción al castellano del trabajo de Fioravanti, publicado por la editorial Trotta, 1996.

³ Cabrillac, Remy, *Les Codifications*, París, Presses Universitaires de France, 2002, p. 79.

⁴ Sobre los códigos francés, prusiano y austriaco véase el conocido trabajo de F. K. von Savigny “Los tres códigos modernos”, en Savigny, Friedrich Karl von, *Textos clásicos*, estudio

parlamentarios premunidos de la confianza y el respaldo de un soberano ilustrado”.⁵

Señala Franz Wieacker que el supuesto íntimo de las codificaciones ius-naturalistas era la convicción ilustrada de que la actividad libre, conforme a razón y ética del gobernante o la común voluntad nacional podían construir una sociedad mejor.⁶

Las primeras se producen en Baviera el *Codex juris Bavarici criminalis* de 1751, el *Codex juris Baravarici judicialis* de 1753 y el *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* de 1756, cuyo autor y comentarista fue Wiguläus Aloysius Frh. von Kreittmayr. Este Código mantiene como subsidiario al *ius commune*, de ahí que se le considere precursor de las codificaciones del derecho natural.⁷

En Prusia, en 1794 entra en vigor la *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR), obra de Samuel von Cocceji en un primer término, terminada por Johann Heinrich Casimir von Carmer y Carl Gottlieb Svarez, misma que permaneció vigente hasta su derogación por el BGB el 1o. de enero de 1900. La ALR es una “compilación de prácticamente todo el derecho vigente: civil, mercantil (terrestre y marítimo), constitucional, eclesiástico, penal y administrativo”. Se trata del primer gran código de la época moderna.⁸

En Austria, la codificación del derecho civil se produce paralelamente a la del ALR prusiano, si bien concluye posteriormente a la elaboración del *Code Civil* francés. Los trabajos se iniciaron tempranamente en 1709 sin éxito, obteniéndose el primer resultado concreto por María Teresa que buscó unificar el derecho de los territorios austriacos. Encargó a una comisión en 1753 elaborar un *Codex Theresianus juris civilis*, basado en el *usus modernus*, completado y corregido por el derecho de la razón. Una segunda comisión asumió los trabajos presidida por Joseph Ritter von Azzoni, quien sustituyó el latín por el alemán como idioma de trabajo, dando a luz un proyecto en ocho volúmenes en 1766. Se designó una nueva comisión en 1772 que debía velar por la precisión, brevedad y simplicidad del código, privilegiando a la equidad natural frente a la complicación de la tradición romanista, prefiriendo los principios y eliminando el casuismo de los proyectos anteriores.

preliminar de Agustín Squella, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 63-89.

⁵ Ramos Núñez, Carlos, *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1997, p. 53.

⁶ Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Granada, Comares, 2000, p. 303.

⁷ Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de José Javier de los Mozos Touya, Valladolid, Lex Nova, 1998, p. 251.

⁸ Cannata, Claudio Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. de Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996, p. 182.

Una primera parte del código se publicó como ley el 1o. de noviembre de 1786 bajo el título de *Josephinisches Gesetzbuch* (con el nombre del emperador reinante Jose II). Un nuevo proyecto de inspiración romanista se preparó por K. A. von Martini, mismo que fue publicado experimentalmente en 1797 como *Westgalizisches Gesetzbuch* y sometido al mismo tiempo a revisión por los organismos públicos y facultades de derecho.

El ponente de las conclusiones del análisis fue un alumno de von Martini, Franz von Zeiller, para que finalmente el 1o. de junio de 1811 se publicase el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblände* (ABGB),⁹ calificado por Hemut Coing como modelo de un código civil puro, concebido como el derecho civil de una sociedad de ciudadanos libres e iguales.

Todos los códigos mencionados, sostiene Ramos Núñez, “no obstante haber sido dados bajo la inspiración parcial del humanismo del setecientos, no acogieron las ideas de libertad ni auspiciaron una firme voluntad de reforma burguesa, como luego acontecerá en Francia”,¹⁰ en donde se produce la codificación más influyente en Europa y América, el *Code Civil* de 1804 o *Código Napoleón*.¹¹

II. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804

Desde el siglo XVI se habían hecho en Francia intentos de una legislación general sin éxito. Será la Revolución Francesa la que asuma la tarea codificadora, que se desarrollará en un espacio de veinte años durante los cuales Francia conocerá sucesivamente de diversos regímenes: Monarquía constitucional, convención, directorio, consulado e imperio. La inestabilidad política se vio acompañada de una inseguridad jurídica, ya que la desaparición del derecho del antiguo régimen tuvo que ser compensada con la aparición de un nuevo derecho.¹² En 1790 se promovió una codificación ante la Asamblea Constituyente y en 1791 se incluyó como objetivo dentro del texto constitucional, si bien el derecho privado emanado de la revolución se estaba publicando en forma de leyes particulares, conocido como derecho intermedio, mismo que preparó de alguna manera el camino para

⁹ *Ibidem*, p. 186.

¹⁰ Ramos Núñez, Carlos, *El Código Napoleónico...*, cit., p. 55.

¹¹ Coing, Helmut, *Derecho privado europeo. I: Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, España, Fundación Cultural del Notariado, 1996, t. I, p. 114. Los antecedentes remotos de la codificación en Francia pueden verse en Gazzaniga, Jean Louis, “Le code avant le code”, en Beignier, Bernard (coord.), *La Codification*, París, Dalloz, Institute d’études judiciaires, Faculté de Droit de Toulouse, 1996.

¹² Robaye, Rene, *Une histoire du droit civil*, 2a. ed., Belgique, Bruylant-Academia, 2000, p. 36.

la codificación, al suprimir las cargas feudales, restringió el derecho de primogenitura, introdujo el matrimonio civil y el divorcio, así como un inicio del derecho de patentes.¹³

El proyecto de Código Civil le fue encargado por la Convención a un Comité de Legislación. Jean Jackes Régis de Cambacérés, “jurista de indiscutible pericia”, estableció tres comisiones en 1793, 1794 y 1796 respectivamente sin éxito. Si bien se obtuvieron diversos proyectos en esos años.¹⁴

Fue con Napoleón Bonaparte, después del golpe de Estado del 18 brumario (9 de noviembre de 1799) quien primero como cónsul y posteriormente como Emperador le atribuía gran importancia a la redacción de un Código civil. Se designaron a cuatro juristas para la tarea: Francois-Denis Tronchet, Félix-Bigot de Préameneu, Jacques de Maleville y Jean-Etienne Marie Portalis.¹⁵

El proyecto fue sometido al Tribunal Supremo y a los tribunales de apelación cuyas observaciones se remitieron al Consejo de Estado, que en ciento dos sesiones, presididas cincuenta y siete por Napoleón Bonaparte, puso a punto el texto, para que el 21 de marzo de 1804 fuera publicado el Código Civil de los franceses en 2281 artículos, seguido en 1806 por el de procedimientos respectivo, en 1807 por el de Comercio,¹⁶ el Penal en 1810 y el de Enjuiciamiento Criminal en 1811.

El Código Napoleón se ha interpretado como el resultado del compromiso entre el derecho romano y el derecho natural, así como del derecho consuetudinario francés.¹⁷

Sin duda el Código Napoleón ha sido el código más influyente de todos,¹⁸ “primer y verdadero Código” según Paolo Grossi,¹⁹ fue recibido am-

¹³ Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho privado...*, cit., p. 252.

¹⁴ Véase Dezza, Ettore, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Algemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli Editore, 2000, pp. 21-33.

¹⁵ Cannata, Claudio Augusto, *Historia de la ciencia jurídica...*, cit., p. 184.

¹⁶ Sobre este véase Loche, J. G., *Esprit du Code de Commerce, ou commentaire puisé dans les procès-verbaux du Conseil d'état, les exposés de motifs et Discours, les observations du tribunal, celles des Cours d'appel, tribunaux et chambres de commerce, etc.*, París, Garnery, 1811.

¹⁷ En este sentido Sacco, Rodolfo, “Diritto romano e Code Napoléon”, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, Nápoles, núm. 14, 1986, p. 101.

¹⁸ Sobre este aspecto Cabanis, André, “Le Code hors la France”, en Gazzaniga Jean Louis, “Le code avant le code”, en Beignier, Bernard (coord.), *La Codification*, París, Dalloz, Institute d'études judiciaires, Faculté de Droit de Toulouse, 1996.

¹⁹ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 70.

pliamente en Europa y América.²⁰ Bélgica,²¹ Luxemburgo, Holanda, parte de Alemania, Polonia, Italia, España y Rumania; en Haití, México (Oaxaca), Bolivia, República Dominicana, Perú, Costa Rica y Venezuela.

El Código Napoleón se divide en 3 libros y 2281 artículos que son:²²

Libro Primero: De las personas.

Libro Segundo: De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad.

Libro Tercero: De las diferentes formas de adquisición de la propiedad (sucesión, donación inter-vivos, testamentaria y por el efecto de las obligaciones).

Si bien el *Code Napoleon* tuvo una influencia decisiva en la codificación de muchos países latinoamericanos,²³ cabe destacar lo señalado por Víctor Tau Anzoategui al señalar que “Si el legislador francés parecía haber usado una buena dosis de prudencia en la elaboración del *Code*, en cambio no se puede decir lo mismo de quienes, entusiasmados por el modelo, pretendían borrar el pasado, considerarlo como el texto perfecto y completo, y aplicarlo tal cual en otros pueblos del mundo”.²⁴

Constitucionalismo y Codificación son dos conceptos que se relacionan entre sí,²⁵ inclusive se concibe al constitucionalismo como un capítulo del proceso de codificación, referido al derecho público,²⁶ así, se habla del proceso de la codificación constitucional entendiendo por tal “quello per cui la costituzionalizzazione si realizza con la produzione di un documento giuridico sistematico, di solito chiamato costituzione, o dichiarazione, o carta”.²⁷ De cual-

²⁰ Ettore Dezza, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, cit., pp. 85-90.

²¹ Para su recepción en Bélgica véase Robaye, René, *Une histoire du droit civil*, 2a. ed., Bélgica, Bruylant-Academia, 2000.

²² Véase *Code Napoleon*, en *Les cinq codes de L'Empire Français*, París, Chez Amable Costes, Libraire, 1812.

²³ Arce Espinoza, Mario Rommel, “Valoración del Código Napoleónico”, *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho*, Perú, nueva era, año 6, núm. 6, noviembre de 2004, p. 48.

²⁴ Tau Anzoategui, Víctor, *La codificación en la Argentina, 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Librería-Editorial Emilio J. Perrot, 2008, p. 37.

²⁵ Sobre el tema véase Bartolomé Clavero, “Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Florencia, núm. 18, 1989.

²⁶ Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino (Castellano-Indiano/Nacional)*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, t. I, p. 192, núm. 61.

²⁷ Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2000, p. 24. Para una evolución del constitucionalismo véase el traba-

quier manera se debe tener presente que constitucionalismo y codificación no van necesariamente juntos en términos de evolución histórica, de ahí que se tengan ejemplos de codificación del derecho previas al constitucionalismo y regímenes constitucionales que no han visto su derecho codificarse.

Si bien fue rápidamente desechada la tentación de acudir al expediente de tomar sin más el texto del *Code Napoleon* para “con ligeros retoques, injertarlo en la vida jurídica del país...”,²⁸ en el caso de México, el Código Napoleón tuvo una influencia importante. El primer *Código Civil* mexicano, y si excluimos a Haití (1825) y a Luisiana (1808 y 1824), primero en Latinoamérica, creado dentro del sistema federal, fue el *Código Civil de Oaxaca*, y se promulgó entre 1827 y 1829.²⁹ El título preliminar y el libro primero fueron promulgados por decreto núm. 29 del 2 de noviembre de 1827 expedido por el gobernador José Ignacio Morales, dividido en 13 títulos y 389 artículos.³⁰ El 4 de septiembre de 1828, por decreto núm. 16, el gobernador Joaquín Guerrero promulgó el libro segundo con cuatro títulos que abarcaban del artículo 390 al 570³¹ y por decreto núm. 39 del 14 de enero de 1829 el vicegobernador interino Miguel Ignacio de Iturribarria promulgó el libro tercero, con ocho títulos que abarcan del artículos 571 al 1415.³² Estuvo vigente hasta 1837, en virtud de la adopción del centralismo.

El Código Civil de Oaxaca es un claro ejemplo de adopción del Code Napoleon. “Sus autores no hicieron otra cosa que traducir, muy fiel y literalmente, el texto francés, cuyo sistema y distribución, por lo demás, conservaron exactamente, aun cuando eliminaron muchas de las numerosas subdivisiones internas rubricadas que ofrece el original, fundiendo entre sí las respectivas materias que aparecían de ese modo separadas en dicho origi-

jo de Matteucci, Nicola, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Turín, UTET Libreria, 2001.

²⁸ Murillo Rubiera, Fernando, “Codificación y sistema jurídico iberoamericano”, en Levaggi, Abelardo, *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1992, p. 144.

²⁹ Icaza Dufour, Francisco de, “Breve reseña de la legislación civil en México, desde la época pre-cortesiana hasta 1854”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 4, 1972, p. 214.

³⁰ *Código Civil para gobierno del Estado Libre de Oajaca*, Oaxaca, Imprenta del Gobierno, 1828.

³¹ *Código Civil Libro Segundo para gobierno del Estado Libre de Oajaca*, Oaxaca, Imprenta del Superior Gobierno, 1828.

³² *Código Civil Libro Tercero para gobierno del Estado Libre de Oajaca*, Oaxaca, Imprenta del Gobierno, 1829. Véase también Fernando Alejandro Vázquez Pando, “Notas para el estudio de la historia de la codificación del derecho civil en México, de 1810 a 1834”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 4, 1972, p. 393.

nal”.³³ Las modificaciones introducidas por el Código Civil de Oaxaca se reducen entre otros aspectos a modificar el régimen del matrimonio para ajustarlo al canónico, a omitir el tema de la nacionalidad y una presentación resumida de la materia de las inscripciones y actas del estado civil. Se elimina el régimen patrimonial del matrimonio y se omiten las disposiciones en materia de comodato, mutuo, depósito, mandato, fianza, transacción, prenda, privilegios, hipotecas y prescripción.³⁴ En materia familiar y sucesoria, como la mayoría de los códigos latinoamericanos, no sigue las fórmulas del *Code Napoleon*³⁵ sino en fuentes propias del derecho indiano.

Al *Código Civil de Oaxaca de 1827* le siguió el *Proyecto de Código Civil presentado al segundo congreso constitucional del Estado libre de Zacatecas por la comisión encargada de redactarlo*, publicado para su discusión en 1829,³⁶ conforme a lo dispuesto por el artículo 77 de la *Constitución Política del Estado Libre de Zacatecas* de 1825 que facultaba al Congreso local a “Formar los códigos de la legislación particular del Estado bajo un plan sencillo y bien combinado sobre los intereses del mismo Estado”.³⁷ El proyecto nunca entró en vigor, “formado con la aportación de Anastasio García, Juan G. Solana, Julián Rivero, Pedro Vivanco y Luis de la Rosa”.³⁸

El Proyecto zacatecano siguió también el modelo del *Code Napoleon*. Se dividía en un título preliminar y tres libros:

Libro Primero: De las personas.

Libro Segundo: De los bienes y de los derechos que sobre ellos pueden adquirirse.

Libro Tercero: De las diferentes formas con que se adquiere y se transmite la propiedad.

En 1833 se imprimió en Jalisco la primera parte de lo que habría de ser su *Código Civil*, con el título de *Proyecto de la parte primera del Código Civil del*

³³ Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Navarra, Aranzadi, Thomson, Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra, 2006, pp. 152-154.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Ramos Núñez, Carlos, *El Código Napoleónico...*, *op. cit.*, p. 142.

³⁶ *Proyecto de Código Civil presentado al segundo congreso constitucional del Estado libre de Zacatecas por la comisión encargada de redactarlo*, Zacatecas, Impreso en la Oficina del Gobierno, bajo la dirección de Pedro Piña, 1829.

³⁷ Véase el texto de la “Constitución Política del Estado Libre de Zacatecas de 1825”, en Hurtado Trejo, Guillermo (coord.), *Zacatecas y sus Constituciones (1825-1996)*, Zacatecas, Gobierno del Estado de Zacatecas-Universidad Autónoma de Zacatecas, 1997.

³⁸ Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del derecho mexicano*, México, Oxford University Press, 2002, col. Biblioteca de Historia del Derecho Mexicano, t. 3, p. 101.

Estado Libre de Jalisco, o sea trabajos en que se ha ocupado la comisión redactora desde su nombramiento y que presenta al honorable Congreso en cumplimiento del acuerdo del 5 de marzo de 1832, aunque por la escasez de recursos la comisión cesó en su encargo.³⁹

Finalmente, en el estado de Guanajuato se emitió la convocatoria de un concurso para la elaboración del *Código*, en donde se premiaría al mejor, aparentemente sin mayores consecuencias.

El *Code Napoleon* mantuvo alguna influencia en la codificación civil mexicana que se habría de llevar a cabo bajo el sistema federal, si bien lo hizo conjuntamente con otras codificaciones y obras doctrinarias. Con la *Constitución de 1857*, si bien la facultad de expedir códigos correspondía a los estados, fue la federación la que tomó la iniciativa codificadora.⁴⁰

El presidente Benito Juárez, estando el gobierno constitucional en Veracruz, le encargó a don Justo Sierra que llevara a cabo los trabajos para la elaboración de un proyecto de *Código Civil*. Esta obra, integrada por cuatro libros, fue terminada en 1860, y se imprimió y distribuyó para recibir las opiniones por parte del foro. Este proyecto se adoptó como *Código Civil* local por el estado de Veracruz-Llave por decreto del 5 de diciembre de 1861. El proyecto de Justo Sierra, primera codificación de alcance nacional en nuestro país,⁴¹ estaba integrado por disposiciones de la obra *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español* de Florencio García Goyena,⁴² de 1851, del *Código Civil Francés*, de las *Leyes de Reforma*, de la *Constitución de 1857*, del *Código Civil* de Louisiana y de la *Ley de Matrimonio Civil de 1859*.⁴³ Cabe destacar que el sistema adoptado en el proyecto de García Goyena fue el del *Code Napoleon*, “...que sirvió también de telón de fondo para el articulado”.⁴⁴

El proyecto de Justo Sierra adoptó 50 de sus artículos del *Code Napoleon* y fue objeto de una minuciosa revisión que se puede dividir en tres etapas: la

³⁹ González, María del Refugio, “Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México (1821-1928)”, *Libro del cincuentenario del Código Civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978, p. 115.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 127.

⁴¹ Batiza, Rodolfo, “Las fuentes de la codificación civil en la evolución jurídica de México”, en Soberanes Fernández, José Luis (coord.), *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 155.

⁴² Conocido en América gracias en parte a la nueva versión del Febrero en once volúmenes elaborada por el propio García Goyena conjuntamente con D. Joaquín Aguirre. Véase Castán Vázquez, José María, “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, marzo de 1989, p. 224.

⁴³ Batiza, Rodolfo, *Las fuentes del Código Civil de 1928*, México, Porrúa, 1979, pp. 13-16 y 28. Asimismo, Macedo, Pablo, *El Código Civil de 1870. Su importancia en el derecho mexicano*, México, Porrúa, 1971, pp. 18 y 19.

⁴⁴ Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 254.

primera de 1861 a 1863, en que se turnó, siendo ministro de Justicia don Jesús Terán, a una comisión revisora presidida por él e integrada por los señores Sebastián Lerdo de Tejada, Fernando Ramírez, José M. Lacunza, Pedro Escudero y Echánove y Luis Méndez, misma que no pudo concluir sus trabajos debido a la intervención francesa, si bien sus reuniones fueron diarias y estuvieron cerca de concluir con sus trabajos.⁴⁵ Una segunda etapa, de carácter privado se inició tiempo después de haberse constituido la Regencia, en julio de 1863, hasta noviembre de 1864.⁴⁶

La tercera etapa se produjo durante el periodo del emperador Maximiliano de Habsburgo, quien le solicitó a esa misma comisión, cuyos integrantes habían permanecido en su mayoría en la Ciudad de México,⁴⁷ que continuara con su tarea, cosa que hicieron.

El 28 de noviembre de 1864, con la idea de terminar con las dudas sobre las leyes de sucesiones por testamento y *ab-intestato*, aunado a la necesidad de uniformar la legislación de la materia en el Imperio, se decretó que en tanto se publicaba el Código Civil del Imperio, se observase la ley del 10 de agosto de 1857 sobre sucesiones ex-testamento y *ab-intestato*.⁴⁸

En una carta del emperador Maximiliano fechada el 21 de diciembre de 1865 y dirigida al ministro de Justicia del Imperio, Pedro Escudero y Echánove, se fijó el mecanismo de revisión del proyecto de Código⁴⁹ y que culminó con la promulgación de los dos primeros libros del *Código Civil del Imperio Mexicano de 1866*, el primer libro el día 6 y el segundo el día 20 de julio de ese año. El tercer libro estaba ya listo para darse a la imprenta y al cuarto le faltaban las correcciones de estilo, sin que alcanzaran a publicarse dado que poco después cayó la capital mexicana en poder de las fuerzas re-

⁴⁵ Véase “Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en Marzo de 1868”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 263.

⁴⁶ Batiza, Rodolfo, “Las fuentes de la codificación...”, *cit.*, p. 156.

⁴⁷ “Reseña histórica de la codificación en México.- Discusión de los códigos”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, sábado 23 de abril de 1870, t. IV, núm. 17, p. 336.

⁴⁸ *Sucesiones. Entretanto se promulga el Código Civil del Imperio, se observará la ley de 10 de Agosto de 1857 de sucesiones ex-testamento y ab-intestato*, en Segura, José Sebastián, *Boletín de las Leyes del Imperio Mexicano, ó sea Código de la restauración. Colección completa de las leyes y demas disposiciones dictadas por la intervención francesa, por el Supremo Poder Ejecutivo Provisional, y por el Imperio Mexicano, con un apéndice de los documentos oficiales mas notables y curiosos de la época, publicado por...*, México, Imprenta Literaria, 1865, t. III, núm. 215.

⁴⁹ Véase “Carta del Emperador sobre la formacion y promulgacion del Código Civil”, *Boletín de las Leyes*, núm. 11, enero-julio de 1866.

publicanas.⁵⁰ Las fuentes utilizadas por la comisión redactora fueron el *Código Civil Francés*, el *Proyecto español de Código* de García Goyena, de 1851, con sus concordancias, motivos y comentarios; la *Ley Orgánica del Registro Civil de 1859*, la *Ley de Sucesiones de 1857*, la *Ley Orgánica del Registro Civil de 1857*, el *Reglamento de Jueces del Estado Civil de 1861*, las obras doctrinarias como el *Diccionario* de Escriche, el *Sala* y el *Febrero Mexicanos*, las *Leyes de Reforma*, la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino, así como las obras de Elizondo, Antonio Gómez, Juan de Hevia Bolaños,⁵¹ Covarrubias, Azevedo, Troplong, Alciato, Cuyacio, Grocio, Bártolo, Heinecio, Pufendorf, Vinnio, y otros.⁵²

La influencia del Código Napoleón en el Código Civil del Imperio Mexicano se hace evidente en las definiciones relativas al registro civil, matrimonio y propiedad, que son idénticas.⁵³

En la *Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en Marzo de 1868* se hace hincapié en la necesidad de contar con los códigos civiles, de comercio, penales y de procedimientos que requería el país. En el caso de la codificación civil, se señalaba que era más urgente aún la reforma de las leyes de procedimientos que la de contar con un Código Civil.

Con el gobierno republicano se adoptó nuevamente una estructura federal.

En algunos de los estados de la República se llevaron a cabo codificaciones civiles particulares; tal es el caso de Veracruz, en donde se adoptó el proyecto elaborado por Fernando Corona, con el título de *Código Civil del Estado de Veracruz-Llave, presentado en proyecto a la honorable legislatura por el presidente del Tribunal Superior de Justicia, C. Lic. Fernando de Jesús Corona, y mandado observar por decreto 127 de 17 de diciembre de 1868*.⁵⁴

En cuanto al *Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California*, se reiniciaron los trabajos cuando, Antonio Martínez de Castro, secretario de Justicia, obtuvo los documentos entregados por la comisión revisora del proyecto de Justo Sierra y que estaban en manos del licenciado Luis Méndez, encarcelado en la Prisión de la Enseñanza y que fue entregado tras diversas comunicaciones a D. Rafael Dondé el 4 de septiembre de 1867.⁵⁵

⁵⁰ Soberanes Fernández, José Luis, "Las codificaciones del derecho privado mexicano en el siglo XIX", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 10, núm. 10, 1986, p. 380.

⁵¹ Con su *Curia Philipica*, Madrid, Josef Doblado, 1783.

⁵² Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 13-16 y 28.

⁵³ Ramos Núñez, Carlos, *El Código Napoleónico...*, *cit.*, p. 147.

⁵⁴ González, María del Refugio, "Notas para el estudio...", *cit.*, p. 130.

⁵⁵ Sobre el proceso de solicitud y entrega del proyecto véase el artículo del propio Luis Méndez, "La verdad histórica sobre la formación del Código Civil", *El Foro, periódico de juris-*

Se integró una nueva comisión formada por Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Duarte, Rafael Dondé y Joaquín Eguía Liz,⁵⁶ quienes finalizaron el libro y lo redactaron aprovechando el trabajo de Sierra y el *Código Civil del Imperio Mexicano*. Así nació el proyecto definitivo del *Código Civil de 1870*, que fue aprobado por el Congreso de la Unión el día 8 de diciembre de ese año, y que inició su vigencia a partir del día 1o. de marzo de 1871 en el Distrito Federal y territorio de Baja California.⁵⁷ Este *Código* coincidió, según María del Refugio González, con el triunfo del modelo político liberal, que se consolidó con el de 1884.⁵⁸ La exposición de motivos del Código Civil de 1870 se imprimió en 1871, en donde sostuvo que:

Ni el proyecto ni las exposiciones son obras perfectas. No el primero, porque como otra vez se ha dicho, no es posible un código completo; lo cual debe considerarse como un mal de todo punto irremediable. No las segundas, porque habría sido necesario escribir un comentario de todo el proyecto. Este, por lo mismo, debe considerarse como un ensayo de legislación civil, que los jurisconsultos venideros perfeccionarán, cuando la experiencia haya demostrado los muchos defectos que sin duda contiene.⁵⁹

En 1882 el presidente Manuel González nombró una comisión revisora de los *Códigos Civil* y de *Procedimientos Civiles del Distrito Federal*, cuyos trabajos fueron aprobados por una segunda comisión.

En el dictamen de la mayoría de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, relativo a la reforma del Código Civil se señalaba, respecto del Código de 1870 que se trataba de “una obra que honra á sus autores y á la nacion Redactado en su origen por el inteligente jurisconsulto Dr. D. Justo Sierra, reformado después lentamente y aprovechando el material precioso de la legislación española, los avanzados principios de la legislación francesa

prudencia y de legislación, México, redactores Pablo Macedo y Justo Sierra, 26, 27 y 28 de junio, 1873, en Cabrera Acevedo, Lucio, *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial. 1810-1917*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Poder Judicial de la Federación, 1998, t. II, pp. 192-199.

⁵⁶ Este último integrante según D. Agustín Verdugo en su intervención sobre derecho internacional privado en la sesión extraordinaria del día 27 de abril de 1894 en la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. Véase Verdugo, Agustín, “Derecho internacional privado”, *Sesiones de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la Real de Madrid*, 1894, México, Talleres de la Librería Religiosa, 1897, t. I, p. 51.

⁵⁷ Macedo, Pablo, “El Código de 1870. Su importancia en el derecho mexicano”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 3, 1971, p. 247.

⁵⁸ González, María del Refugio, “Notas para el estudio...”, *cit.*, p. 136.

⁵⁹ *Exposición de los cuatro libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja-California. Que hizo la comisión al presentar el proyecto al Gobierno de la Unión*, México, Imprenta de E. Anconca y M. Peniche, 1871, p. 191.

y las correcciones prácticas que á esta última legislación hicieron los Códigos de Portugal y de Italia...”, lo cual no quería decir que estuviese exento de los defectos que siempre tienen las obras humanas.⁶⁰

Por ello, y “siendo frecuentes las consultas que se hacían á la Secretaría de Justicia sobre diversos puntos de aplicación, se determinó hacer un nuevo estudio del Código y reformarlo en todas aquellas partes que fuere preciso, para que sus disposiciones se hallaran en armonía con las necesidades que hoy tiene la sociedad mexicana”.⁶¹

Finalmente, el 14 de diciembre de 1883 el Congreso facultó al Poder Ejecutivo para que llevara a cabo las reformas correspondientes, el 31 de marzo de 1884 se expidió y el 24 de mayo de 1884 se aprobó un nuevo *Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California*,⁶² que estuvo vigente hasta 1932.⁶³ El *Código Civil de 1884* una reproducción casi literal del anterior de 1870,⁶⁴ salvo algunas modificaciones como la libertad de testar⁶⁵

⁶⁰ “Parte expositiva del dictamen de la mayoría de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, relativo á la reforma del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 56, martes 25 de marzo de 1884, p. 219.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California reformado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por decreto de 14 de diciembre de 1883*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.

⁶³ Soberanes Fernández, José Luis, “Las codificaciones...”, *cit.*, p. 380.

⁶⁴ Aguilar Gutiérrez, Antonio y Derbez Muro, Julio, *Panorama de la legislación civil de México*, México, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, 1960, p. 5. Un panorama de los cambios introducidos en “Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 89, viernes 16 de mayo de 1884; “Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado II”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 89, viernes 16 de mayo de 1884; “Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado III”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 93, jueves 22 de mayo de 1884; “Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado IV”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 98, viernes 30 de mayo de 1884; “Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado V”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 110, miércoles 18 de junio de 1884; “Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado VI”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 113, sábado 21 de junio de 1884.

⁶⁵ Sobre ésta véase Arce y Cervantes, José, “La libre testamentifacción en el *Código Civil* y sus antecedentes históricos”, *Libro del cincuentenario del Código Civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978, p. 20. También Brena Sesma, Ingrid, “La legítima testamentifacción forzosa y libre en los códigos de 1870 y 1884”, en Soberanes Fernández, José Luis (coord.), *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto

la desaparición de la interdicción por prodigalidad,⁶⁶ el divorcio por mutuo consentimiento sin disolución del vínculo, esto con el Código Civil de Chile como fuente,⁶⁷ y la supresión de la revocación de donaciones por herederos forzosos.⁶⁸ El propio Miguel S. Macedo publicó unos *Datos para el estudio del nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Promulgado el 31 de marzo de 1884. Documentos oficiales relativos a la reforma del Código Civil y Notas Comparativas del nuevo Código con el Código de 1870*.⁶⁹

La influencia del Código Napoleón se desvanece claramente en el Código Civil de 1928. El *Código Civil* de 1928 fue elaborado por una comisión redactora integrada por los abogados Ángel García Peña, Ignacio García Téllez, Fernando Moreno y Francisco H. Ruiz. Fue promulgado el 30 de agosto de 1928 con el título de *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal*.⁷⁰

Las fuentes del *Código Civil de 1928* fueron los códigos suizo, español, alemán, francés, ruso, chileno, argentino, brasileño, guatemalteco y uruguayo.⁷¹ El *Código Civil del Imperio Mexicano*, el *Código Civil de 1870* por medio del *Código Civil de 1884* y la *Ley sobre Relaciones Familiares de 1917*. “Un gran número de artículos del *Código* de 1870 están incorporados en el vigente. Más de la mitad de aquél, 2 578 artículos de los 4,126 que lo integran, están re-

de Investigaciones Jurídicas, p. 200. Una explicación del porqué de la reforma en “Parte expositiva del dictámen de la mayoría de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, relativo á la reforma del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 58, viernes 28 de marzo de 1884, pp. 227y 228.

⁶⁶ Sobre esta modificación véase Villarello, Juan de Dios, “Estudios sobre las reformas del Código Civil”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 65, martes 8 de abril de 1884.

⁶⁷ “Parte expositiva del dictámen de la mayoría de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, relativo á la reforma del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 57, jueves 27 de marzo de 1884, p. 223.

⁶⁸ Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, p. 13. Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, p. 200.

⁶⁹ Véase Macedo, Miguel S., *Datos para el estudio del nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Promulgado el 31 de marzo de 1884. Documentos oficiales relativos a la reforma del Código Civil y Notas Comparativas del nuevo Código con el Código de 1870*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.

⁷⁰ *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal*, México, Talleres Gráficos de la Nación, 1928. Esta denominación perdió sentido, según afirma Batiza, al desaparecer como territorios los de Baja California y el de Quintana Roo para convertirse en estados por decretos del 31 de diciembre de 1951 y 7 de octubre de 1974. Véase Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, p. 30.

⁷¹ Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, p. 13.

producidos en forma literal o casi literal, en la mayoría de los casos, en unos 2,300 del *Código* de 1928, 2297 para ser exactos”.⁷²

III. EL CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS DE 1807

Después de consumada la independencia de México, las *Ordenanzas del Consulado de Bilbao*, conjuntamente con las de los consulados de Guadalajara y Veracruz se constituyeron en el cuerpo de leyes de comercio que rigió en el país,⁷³ y entre 1821 y 1824 continuó la actuación de los Consulados de Comercio indianos, conjuntamente con el de Puebla hasta el decreto de supresión del 16 de octubre de 1824.

La codificación mercantil en México se inicia a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

El *Code de Commerce* de 1807,⁷⁴ antecedente claro, había robustecido la autonomía del derecho mercantil dentro del derecho privado.⁷⁵ El *Código de Comercio* napoleónico tuvo como antecedentes las dos Ordenanzas de Luis XIV, una relativa al comercio terrestre de 1673 y la otra al comercio marítimo de 1681. Del código francés se nutrieron los códigos de Italia, Grecia, Turquía y Egipto.⁷⁶

En España, el *Código de Comercio* de 1829 serviría también como base a nuestra codificación en la materia, si bien ya Carlos IV había ordenado a la Junta General de Comercio, Moneda y Minas en 1797 la formación de un *Código de Comercio*, que derivó en un proyecto general de Ordenanzas de Comercio que sirvieron a la comisión que elaboró el Código español de 1829.⁷⁷ La inspiración fundamental del Código Español de 1829 fue el Código de Comercio francés de 1807.

Una ley sobre bancarrotas y un *Código de Comercio* se hacían cada vez más necesarias en el país. Antonio López de Santa Anna, presidente provisional

⁷² *Ibidem*, pp. 13-16 y 28.

⁷³ Que en el caso de España se ha afirmado que constituyeron el “verdadero código mercantil español, cuyas disposiciones citaban los letrados, y por las que fallaban los tribunales”, véase Ros Biosca, José María, *Código de Comercio reformado según el decreto-ley de 6 de diciembre de 1868; concordado y anotado*, Valencia, Librería de Pascual Aguilar, 1878, p. XXVIII.

⁷⁴ Véase *Code de Commerce*, en *Codes et Lois Usuelles classées par ordre alphabétique, Neuvième Édition Contenant la législation jusqu’à 1875*, París, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, 1875.

⁷⁵ Eizaguirre, José María de, *El derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1987, pp. 45-47.

⁷⁶ Padoa Schioppa, Antonio, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milán, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1992, cap. III.

⁷⁷ Rubio, Jesús, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, p. 110.

de la República Mexicana en uso de facultades extraordinarias expidió en 1841 el *Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles*⁷⁸ que fue complementado por el *Decreto de Primero de Julio de 1842*⁷⁹ que reformó la organización de dichos Tribunales para facilitar el despacho de los asuntos relativos a los negocios mercantiles. Se trata del primer texto legislativo mexicano que ofrece un catálogo de lo que consideraba negocios mercantiles.⁸⁰

Es precisamente en el tema de la jurisdicción mercantil que el *Code de Commerce* de 1807⁸¹ tiene una notable influencia en el derecho mexicano. El *Code de Commerce* dedica su libro cuarto a la jurisdicción comercial, dividido en cuatro títulos y 33 artículos.

Los títulos en cuestión son:

Título I. De la Organización de los Tribunales de Comercio.

Título II. De la Competencia de los Tribunales de Comercio.

Título III. De la forma de proceder ante los Tribunales de Comercio.

Título IV. De la forma de proceder ante las Cortes imperiales.

Conforme al Código francés un reglamento de la administración pública determinaría que villas tendrían un Tribunal de Comercio para resolver los asuntos mercantiles e industriales.⁸² La jurisdicción de cada Tribunal de Comercio sería la misma que la del correspondiente tribunal civil de la localidad. Si hubiere más tribunales de comercio que civiles, se les asignarían los barrios correspondientes.⁸³

Se estableció que los Tribunales de Comercio quedaban bajo la supervisión del Ministerio de Justicia.⁸⁴

⁷⁸ Véase *Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de jurisprudencia teórico-práctica, dividida en cuatro tomos: en el primero y segundo se trata de la parte teórica; en el tercero de las sustanciaciones de todos los juicios y de todos los tribunales establecidos en la República; y en el cuarto del derecho administrativo*, México, publicada por Mariano Galván Rivera, Impreso por Santiago Pérez, 1851, t. Segundo, p. 506; asimismo, en Dublan, Manuel y Lozano, José María, *op. cit.*, t. IV, núm. 2221. Citaremos como *Decreto de Organización*.

⁷⁹ *Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles*, Oaxaca, Reimpresa por Fernando Ortega, 1841.

⁸⁰ Sobre la justicia mercantil en México véase Cruz Barney, Óscar, *Historia de la jurisdicción mercantil en México*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

⁸¹ Antecedentes de la codificación en M.P. Pradier-Fodéré, *Compendio de derecho mercantil*, trad. de Emilio Pardo (Jr.), México, Imprenta e Flores y Monsalve, 1875, pp. 17-21.

⁸² Artículo 615.

⁸³ Artículo 616.

⁸⁴ Artículo 630.

En cuanto a su integración, cada Tribunal de Comercio se debía conformar por un presidente, jueces (no menos de dos ni más de catorce) y suplentes, todos cargos honoríficos⁸⁵ (el carácter honorífico del cargo pasa al artículo 1193 del *Código de Comercio Español* de 1829, mas no al Decreto de 1841), nombrados mediante escrutinio en el local del Tribunal⁸⁶ por una asamblea de electores integrada por comerciantes recomendables por su probidad, espíritu de orden y de economía. Los electores serían los directores de las compañías anónimas de comercio, de finanzas y de industria, los agentes de cambio, los capitanes de altura y de cabotaje.⁸⁷

La lista de electores se nombraría por una comisión integrada por:⁸⁸

1. El presidente del Tribunal de Comercio, que presidirá la comisión y por un juez del mismo Tribunal. Cuando se tratase de la primera elección para la instalación del Tribunal, presidiría el presidente del Tribunal Civil junto con un juez del mismo tribunal.
2. El presidente y un miembro de la Cámara de Comercio. Cuando el Presidente de la Cámara de Comercio lo fuese también del Tribunal de Comercio, se nombraría a otro miembro de la Cámara.
3. De tres consejeros generales escogidos de entre el regimiento de los cantones jurisdicción del Tribunal.
4. Del presidente del Consejo de Hombres Prudentes.
5. Del alcalde de la villa en donde estuviere establecido el Tribunal, en el caso de París lo sería el presidente del Consejo Municipal.

El artículo 620 establece que todo comerciante, director de compañía anónima, agente de cambio, capitán de altura o cabotaje que esté en la lista de electores o no estándolo que cumpla con los requisitos y esté inscrito podrá ser nombrado juez suplente si tiene más de 30 años. Nadie podrá ser nombrado juez si no tiene ya el carácter de juez suplente.

Los electos ejercerán sus cargos por dos años pudiendo ser reelectos por dos años más.⁸⁹

Las sentencias dictadas por los Tribunales de Comercio debían serlo por tres jueces.

Respecto a la competencia de los tribunales de comercio franceses, el artículo 631 establece que dichos tribunales conocerían de:

⁸⁵ Artículo 628.

⁸⁶ Artículo 621.

⁸⁷ Artículos 617 y 618.

⁸⁸ Artículo 619.

⁸⁹ Artículos 622 y 623.

1. Las controversias relativas a los contratos y transacciones entre comerciantes, negociantes y banqueros.
2. Las controversias entre socios por razón de una sociedad mercantil.
3. Las controversias relativas a los actos de comercio entre toda clase de personas.
4. Las acciones ejercidas en contra de factores o comisionistas.
5. Fallidos y bancarrotas.⁹⁰

Se excluyó expresamente de la competencia de los Tribunales de Comercio las acciones que se intentaren contra los propietarios, viticultores y vitivinicultores por las ventas provenientes de sus viñedos.⁹¹

Señala M. P. Pradier-Fodéré que contra lo que exigía el orden ideológico, el legislador dejó la enumeración de los actos que se reputan mercantiles a los artículos 632 y 633 del Código, sin dar una definición que permitiera reconocerlos con toda claridad. “Al redactarse el Código se intentó la justificación de ese sistema diciendo que para fijar mejor los principios de la jurisdicción mercantil, era necesario reservar para el título que se ocupase de esa jurisdicción la enumeración de los actos mercantiles, y que, procediendo así, quedaría más seguramente determinada la competencia de los tribunales de excepción”.⁹²

El Código divide a los actos de comercio en dos categorías: los que tienen ese carácter por sí mismos haciendo abstracción de la situación de las partes y aquellos que se reputan mercantiles en virtud de la calidad de los contratantes o de la de uno de ellos. Así, se reputan actos de comercio por sí mismos los siguientes:⁹³

1. Las compras y ventas.
2. Las operaciones de cambio.
3. Las operaciones bancarias.
4. Los alquileres de cosas.
5. El alquiler de servicios.
6. Compras para revender.

⁹⁰ Artículo 634.

⁹¹ Artículo 638.

⁹² Pradier-Fodéré, M. P., *op. cit.*, p. 23. Véase también Dalloz Ainé, M. D., *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, 9a, ed., París, Au Bureau de la Jurisprudence Générale, 1847, t. 8, *sub voce* Commercant.

⁹³ Artículo 632.

7. Compras para alquilar.
8. Empresas de abastecimiento.
9. Las letras de cambio entre cualquier persona y los envíos de dinero de plaza a plaza.
10. Todo lo relativo al comercio marítimo.⁹⁴
11. Los préstamos a la gruesa ventura, seguros marítimos.

Se reputan actos de comercio también los actos que emanan de personas dedicadas al comercio cuando le hacen contraer una deuda que no tenga una causa puramente civil.

Los tribunales conocerían en segunda instancia de aquellos casos en que las partes en uso de sus derechos declarasen su voluntad de ser juzgados definitivamente y sin derecho a apelar, de las demandas en donde el principal no exceda de quince centavos de franco y de las reconveniciones que conjuntamente con la demanda principal excedan de quince centavos de franco.⁹⁵

El procedimiento ante los tribunales de comercio se regía por el título XXV del libro II de la primera parte del Código de Procedimientos Civiles. Las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales de comercio se conocerían por las cortes imperiales.⁹⁶

Como señalamos líneas arriba, en México, Antonio López de Santa Anna, presidente provisional de la República Mexicana en uso de facultades extraordinarias expidió el *Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles* que fue complementado por el *Decreto de Primero de Julio de 1842* que reformó la organización de dichos tribunales para facilitar el despacho de los asuntos relativos a los negocios mercantiles.

A partir de ese momento, tocaba a cada Tribunal de Comercio conocer en el lugar de su residencia, de todos los pleitos que en él se suscitaren sobre negocios mercantiles y siempre que el interés en litigio excediera de cien pesos. En el caso de las demandas que no pasaban de esa cantidad, seguían conociendo los alcaldes y jueces de paz respectivos.⁹⁷

⁹⁴ Artículo 633.

⁹⁵ Artículo 639.

⁹⁶ Artículos 645-648.

⁹⁷ *Decreto de Organización*, artículo 33. Además, una vez que se instalaron los Tribunales de Comercio, cesaron todos los demás en el conocimiento de los negocios mercantiles, debiendo turnarlos al de comercio para su sustanciación y determinación.

Por negocios mercantiles del conocimiento de los tribunales, con una clara influencia del artículo 632 del *Code de Commerce* se entendían los siguientes:⁹⁸

a) Las compras y permutas de frutos, efectos y mercancías que se hacen con el determinado objeto de lucrar luego el comprador o permutante, en lo mismo que ha comprado o permutado. Siendo ajenos a la jurisdicción mercantil las compras y permutas que no se hicieren con este objeto así como los contratos concernientes a bienes raíces.

b) Todo el giro de letras de cambio, pagarés y libranzas, aunque fueren giradas a cargo de personas residentes en la misma plaza. Cabe destacar que la *Reforma de 1842* estableció en su artículo 12 que las demandas sobre cumplimientos de pagarés, solamente serían de la competencia de la jurisdicción de comercio, cuando procedieran de algún negocio mercantil, el cual debía explicarse y detallarse en el pagaré mismo, para que surtiera el fuero de comercio.

c) Toda compañía de comercio, aun cuando tuviere participación en ella alguna persona que no fuere comerciante de profesión.

d) Los negocios emanados directamente de la mercadería, o bien que se refieran inmediatamente a ella, como son:

1. El fletamento de embarcaciones, carruajes o bestias de carga para el transporte de mercancías por tierra o agua.
2. Los contratos de seguro.
3. Los negocios con factores, dependientes, comisionistas y corredores, y
4. Las fianzas o prendas en garantía de responsabilidades mercantiles, siempre que fueren otorgadas sin hipoteca y demás solemnidades, ajenas del comercio y propias del derecho civil.

Además, siempre que en un juicio universal de concurso de acreedores, en el de esperas y el de quitas, se acumulaban negocios que la ley considera mercantiles, con negocios no mercantiles, correspondía el conocimiento del juicio al Tribunal de Comercio, siempre que concurrieran las dos circunstancias de ser el deudor común comerciante de profesión, y de que la mayor parte de los créditos, según el primer aspecto, procediera de negocios mercantiles.⁹⁹

⁹⁸ Cuando en un negocio mercantil aparecía alguna incidencia criminal, el Tribunal de Comercio debía pasar el conocimiento de ella a la jurisdicción respectiva, haciendo la remisión de los documentos o constancias concernientes. En casos urgentes en que se temiera la fuga u ocultación del culpado, podía el Tribunal de Comercio asegurar de pronto su persona, poniéndola en el acto a disposición del juez competente. *Decreto de Organización*, artículo 36.

⁹⁹ *Decreto de Organización*, artículos 34 y 35.

Con la *Reforma de 1842*, se estableció que por regla general, tanto para el Tribunal Mercantil de México, como para los Departamentos, la jurisdicción de cada Tribunal se extendía únicamente al territorio todo en que la ejercen los jueces civiles de primera instancia que residen en el mismo lugar.

Señala Pablo Macedo acertadamente que los Tribunales Mercantiles subsistieron conforme al *Código Lares* y funcionaron hasta el triunfo de la revolución de Ayutla.¹⁰⁰

Los Tribunales Mercantiles se arreglaban en la decisión de los negocios de su competencia a las *Ordenanzas de Bilbao* en lo que no estuviesen derogadas, mientras se formaba el *Código de Comercio* de la República, encargo que habría de hacerse a la Junta de Fomento de la Ciudad de México.¹⁰¹

Es de gran importancia destacar que, sobre la naturaleza de estos tribunales, sostenía Juan N. Rodríguez de San Miguel que en realidad se trataba de los antiguos Consulados, restablecidos bajo la denominación de Tribunales Mercantiles, conjuntamente con las Juntas de Fomento.¹⁰² Jacinto Pallares sostenía por su parte que el *Decreto de Organización de 1841* había restablecido a los Consulados con el nombre de Tribunales Mercantiles.¹⁰³ Las apreciaciones de ambos juristas son correctas, pues con el establecimiento de los Tribunales Mercantiles y las Juntas de Fomento se restablecieron dos funciones propias de los Consulados de Comercio sobre todo de los de la nueva generación consular del siglo XVIII: la justicia mercantil y el fomento a la industria, el comercio y la agricultura.

¹⁰⁰ Macedo, Pablo, “La evolución mercantil”, *La evolución mercantil; Comunicaciones y Obras Públicas; La Hacienda Pública. Tres monografías que dan una idea de una parte de la evolución económica de México*, México, J. Ballezá y Cía., Sucesores, Editores, 1905, p. 77.

¹⁰¹ Disposición que se fue confirmada por los artículos 45 y 77 de la llamada Ley Juárez o *Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación* del 23 de noviembre de 1855. Véase Mercado, Florentino, *Libro de los Códigos, ó prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana, por...*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857, p. 567 (de esta obra existe una edición facsimilar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal). Se puede consultar en Fairén Guillén, Víctor y Soberanes Fernández, José Luis, *La administración de justicia en México en el siglo XIX*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1993, pp. 251-255.

¹⁰² Véase Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Curia Filípica Mexicana. Obra completa de práctica forense. En la que se trata de los procedimientos de todos los juicios, ya ordinarios, ya extraordinarios y sumarios, y de todos los tribunales existentes en la República, tanto comunes como privativos y privilegiados. Conteniendo además un tratado integro de la Jurisprudencia Mercantil, México, obra publicada por Mariano Galván Rivera, 1850, p. 815.*

¹⁰³ Pallares, Jacinto, *Derecho mercantil mexicano*, México, Tip. y Lit. de Joaquín Guerra y Valle, 1891, pp. 260 y 261. Del texto de Pallares existen varias ediciones facsimilares, la más reciente es la preparada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2002, reimpresso en 2003.

Por negocios mercantiles, del conocimiento de los tribunales, se entendían los siguientes:¹⁰⁴

a) Las compras y permutas de frutos, efectos y mercancías que se hacen con el determinado objeto de lucrar luego el comprador o permutante, en lo mismo que ha comprado o permutado. Siendo ajenos a la jurisdicción mercantil las compras y permutas que no se hicieren con este objeto así como los contratos concernientes a bienes raíces.

b) Todo el giro de letras de cambio, pagarés y libranzas, aunque fueren giradas a cargo de personas residentes en la misma plaza. Cabe destacar que la *Reforma de 1842* estableció en su artículo 12 que las demandas sobre cumplimientos de pagarés, solamente serían de la competencia de la jurisdicción de comercio, cuando procedieran de algún negocio mercantil, el cual debía explicarse y detallarse en el pagaré mismo, para que surtiera el fuero de comercio.

c) Toda compañía de comercio, aun cuando tuviere participación en ella alguna persona que no fuere comerciante de profesión.

d) Los negocios emanados directamente de la mercadería, o bien que se refieran inmediatamente a ella, como son:

5. El fletamento de embarcaciones, carruajes o bestias de carga para el transporte de mercancías por tierra o agua.

6. Los contratos de seguro.

7. Los negocios con factores, dependientes, comisionistas y corredores, y

8. Las fianzas o prendas en garantía de responsabilidades mercantiles, siempre que fueren otorgadas sin hipoteca y demás solemnidades, ajenas del comercio y propias del derecho civil.

Además, siempre que en un juicio universal de concurso de acreedores, en el de esperas y el de quitas, se acumulaban negocios que la ley considera mercantiles, con negocios no mercantiles, correspondía el conocimiento del juicio al Tribunal de Comercio, siempre que concurrieran las dos circunstancias de ser el deudor común comerciante de profesión, y de que la mayor parte de los créditos, según el primer aspecto, procediera de negocios mercantiles.¹⁰⁵

Con la *Reforma de 1842*, se estableció que por regla general, tanto para el Tribunal Mercantil de México, como para los Departamentos, la jurisdicción de cada Tribunal se extendía únicamente al territorio todo en que la

¹⁰⁴ Véase nota 99.

¹⁰⁵ *Decreto de Organización*, artículos 34 y 35.

ejercen los jueces civiles de primera instancia que residen en el mismo lugar. Esto en concordancia con el artículo 616 del *Código de Comercio* francés.

El 16 de mayo de 1854, bajo el gobierno de Antonio López de Santa Anna se publicó el primer *Código de Comercio* mexicano,¹⁰⁶ inspirado fundamentalmente en el *Código de Comercio* francés de 1807,¹⁰⁷ y en el español del 30 de mayo de 1829, de Sáinz de Andino.¹⁰⁸ El *Código de Comercio* del 16 de mayo de 1854, o *Código Lares* fue de vigencia general.¹⁰⁹ Se decía en 1870 que el *Código de Comercio* de 1854 fijó en la historia de la legislación mexicana una época de positivo adelanto que por desgracia hasta 1870 no había podido aprovecharse.¹¹⁰

El Código de Comercio francés de 1807 se divide en 4 libros y 648 artículos:

- Libro Primero: Del comercio en general.
- Libro Segundo: Del comercio marítimo.
- Libro Tercero: De los fallidos y las bancarrotas.
- Libro Cuarto: De la jurisdicción mercantil.

El Código Lares a su vez se divide, al igual que el Código de Sáinz de Andino en 5 libros y en 1091 artículos contra los 1219 del español. Los libros son:

- Libro Primero: De los comerciantes y agentes del comercio.
- Libro Segundo: Del comercio terrestre.
- Libro Tercero: Del comercio marítimo.
- Libro Cuarto: De las quiebras.
- Libro Quinto: De la administración de justicia en los negocios de comercio.

Con el triunfo de la Revolución de Ayutla y la caída de Santa Anna, los liberales desconocieron la legislación expedida durante este periodo. El *Código*

¹⁰⁶ Sobre éste, véase Tornel y Mendivil, José J., *Manual de derecho mercantil mexicano, o sea el Código de Comercio de México puesto en forma de diccionario*, México, Imprenta de Vicente Segura Argüelles, 1854.

¹⁰⁷ Véase la obra de Locrè, J. G., *Esprit du Code de Commerce, ou commentaire puisé dans les procès-verbaux du Conseil d'état, les exposés de motifs et Discours, les observations du tribunal, celles des Cours d'appel, tribunaux et chambres de commerce, etc.*, París, Garnery, t. 3, 1811.

¹⁰⁸ *Código de Comercio Decretado, Sancionado y Promulgado en 30 de mayo de 1829*, Madrid, Edición Oficial, De Real Orden, Oficina de D.L. Amarita, 1829.

¹⁰⁹ *Código de Comercio de México*, México, Imprenta de José Mariano Lara, 1854.

¹¹⁰ "Ortíz de Montellano, M. M., "Derecho mercantil III", *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, t. IV, núm. 22, sábado 28 de mayo de 1870, p. 435.

Lares, fue puesto en vigor durante el Segundo Imperio Mexicano (1863-1867), por decreto del 15 de julio de 1863 y con él los Tribunales Mercantiles.¹¹¹

En la República estuvo vigente en algunos estados como Puebla, con excepción del título primero, libro primero, que trata de los agentes de fomento, del libro quinto que trata de la jurisdicción mercantil y finalmente de todo lo que se oponga a la Constitución tanto general como local (con envidia de los habitantes del Distrito Federal),¹¹² Michoacán¹¹³ y México.¹¹⁴ Posteriormente, el *Código de Comercio de 1854* dejó de estar en vigor y se aplicaron en su lugar nuevamente las *Siete Partidas* y las *Ordenanzas de Bilbao*.

Sobre el *Código Lares* se decía que “tomado de otros varios y especialmente del francés, dejaba mucho que desear; pero su derogación, sin haber sido sustituido oportunamente, ha perjudicado el comercio”.¹¹⁵ Ortiz de Montellano consideraba en 1869 que con todos sus defectos “... y á vueltas de los odios de partido, que anatematizaron todos los actos de la administración que las promulgó, esas leyes y ese Código daban forma y manera de ser al derecho mercantil que hoy no tienen”.¹¹⁶

En 1868 se nombró una Comisión revisora del *Código Lares*, integrada por D. Rafael Martínez de la Torre, D. Cornelio Prado y D. Manuel Inda.¹¹⁷

¹¹¹ Véase el número 61 del *Boletín de las Leyes del Imperio Mexicano, ó sea Código de la Restauración. Colección completa de las leyes y demás disposiciones dictadas por la intervención francesa, por el Supremo Poder Ejecutivo Provisional, y por el Imperio Mexicano, con un apéndice de los documentos oficiales mas notables y curiosos de la época, publicado por José Sebastián Segura*, México, Imprenta Literaria, 1863, t. I.

¹¹² Linares, José, “Legislación de los estados. Puebla. Durango. Conveniencia de que la legislación se uniforme”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, segunda época, t. I, núm. 4, sábado 28 de enero de 1871, p. 50.

¹¹³ Por decreto del 3 de diciembre de 1855, si bien para 1871 ya no estaba en vigor en dicho Estado. Segura, Luis. G., “Legislación de los estados. Michoacán”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, segunda época, t. I, núm. 28, sábado 15 de julio de 1871.

¹¹⁴ Fernando Arilla y Graciela Jaimes sostienen que el *Código Lares* se hallaba en vigor en el Estado en 1868 y la *Ley Orgánica de los Tribunales del Estado* de 11 de julio de ese año confirmó su vigencia. Véase Arilla Baz, Fernando y Macedo Jaimes, Graciela, “Supervivencia de los Tribunales de Minería y Mercantiles en el Derecho del Estado de México entre la Constitución Federal de 1824 y la Ley sobre Administración de Justicia de 23 de noviembre de 1855”, *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 530.

¹¹⁵ Gómez Parada, Vicente, “Historia del comercio y de su legislación”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. V, núm. 101, p. 402, domingo 31 de octubre de 1875.

¹¹⁶ Ortiz de Montellano, M. M., “Derecho mercantil II”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, t. II, núm. 7, sábado 19 de febrero de 1869, pp. 111 y 112.

¹¹⁷ “Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en Marzo de 1868”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 277.

En 1869 estuvo listo un *Proyecto de Código Mercantil para el Distrito Federal*, que constaba de 1875 artículos, en contraste con los 422 del *Código Lares*, de 1854.¹¹⁸ Este proyecto formulado por los señores Rodríguez y Castro fue analizado por la Comisión integrada por Martínez de la Torre, Prado e Inda.¹¹⁹ En octubre de 1874 estaba pendiente todavía la corrección de estilo del mismo¹²⁰ y fue concluido hasta el mes de diciembre. El gobierno dispuso se enviase el proyecto a la Cámara de Comercio de la Ciudad de México para su examen. La Cámara nombró como revisores a los señores Angeles Lascurain y Pedro Martín.¹²¹

Otro proyecto se preparó en 1880.¹²² por una comisión integrada por D. Manuel Inda y D. Alfredo Chavero se dividía en cinco libros y 1800 artículos. En cuanto a sus fuentes, “para formar el presente proyecto de *Código de Comercio*, ha tenido la Comisión á la vista todas las leyes mercantiles y Códigos extranjeros, hasta los más modernos, como son los de Alemania, Buenos Aires y Bélgica”, además a efecto de aprovechar la experiencia como fuente del proyecto, se preocuparon de contar con “las luces de los miembros de la Cámara de Comercio de México”.¹²³ Dicho proyecto dedicaba su libro sexto a los juicios mercantiles. Su artículo 1572 remitía al Código de Procedimientos Civiles para el seguimiento de los juicios mercantiles pero con las modificaciones introducidas en el Proyecto.

El 31 de marzo de 1881 el licenciado Protasio Tagle ofrecía en su informe a la Secretaría de Justicia el pronto envío al Congreso de la Unión de un proyecto de *Código de Comercio*, tan pronto estuviere concluido por la comisión que lo estaba elaborando.¹²⁴ El proyecto se envió al Congreso en 1883

¹¹⁸ Un análisis comparativo entre el proyecto y el *Código Lares* en Ortíz de Montellano, M. M., “Derecho Mercantil III”..., *op. cit.*

¹¹⁹ *Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión el 15 de Noviembre de 1869*, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 277.

¹²⁰ “Hechos Diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 100, miércoles 28 de octubre de 1874, p. 399.

¹²¹ “Hechos Diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 147, viernes 25 de diciembre de 1874, p. 596.

¹²² *Proyecto de Código de Comercio del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Con las bases generales de la legislación mercantil que han de regir en toda la República, conforme á la fracción décima del artículo 72 De la Constitución Federal*, México, Tipografía de Gonzalo A. Esteva, 1880.

¹²³ *Ibidem*, p. III.

¹²⁴ “Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión y Comprende del 1 de enero de 1878 al 15 de septiembre de 1881”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 352.

y fue revisado por una comisión integrada por D. Manuel Inda, D. Alfredo Chavero y D. Luis Pombo, conjuntamente con D. Joaquín Baranda, Secretario de Justicia e Instrucción Pública.¹²⁵

El 14 de diciembre de 1883 se reformó el artículo 72, fracción X, de la *Constitución* en el sentido de reservar a la Federación la facultad legislativa en materia de comercio,¹²⁶ con ello, el procedimiento debió ser también de carácter federal conforme al artículo 97, fracción I, que otorga el conocimiento a los Tribunales de la Federación de todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales. Nace así de hecho la denominada jurisdicción concurrente en materia mercantil que habría de ser delineada con mayor precisión en la Constitución de 1917, artículo 104, fracción I.

Al día siguiente, el 15 de diciembre de 1883 el Congreso otorgó facultades al presidente Manuel González para expedir un nuevo *Código de Comercio*, que hizo el 15 de abril de 1884 y se aprobó el 31 de mayo siguiente. Se denominó *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, y entró en vigor el 20 de julio de ese año. Se elaboró tomando como base los dos proyectos previos de 1869 y 1880.

El Código recibió críticas en lo relativo a su definición de “comercio”, por considerarla innecesaria y en su versión del Código, incompleta.¹²⁷

El *Código de Comercio* de 1884 fue sustituido por el actual, promulgado el 15 de septiembre de 1889 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* entre el 7 y el 13 de octubre siguientes; entró en vigor el 1.º de enero de 1890. La fuente fundamental de este nuevo *Código* fue el *Código de Comercio español*, de 1885, reforma del de 1829 y en vigor en España desde el 1.º de enero de 1886.

¹²⁵ “Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en cumplimiento del precepto constitucional, Comprende desde el 16 de septiembre de 1881 hasta el 15 de septiembre de 1883”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 367.

¹²⁶ Artículo 72, fracción X de la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, adicionada por el 7.º Congreso Constitucional el 25 de septiembre y 4 de octubre de 1873 y el 6 de noviembre de 1874, juntamente con las Leyes Orgánicas expedidas hasta hoy*, México, Imprenta del Gobierno, 1883.

¹²⁷ “Editorial. Estudios sobre el *Código de Comercio*”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 89, viernes 16 de mayo de 1884, p. 359 y “Editorial. Estudios sobre el *Código de Comercio*”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 117, sábado 28 de junio de 1884.

IV. EL CÓDIGO PENAL FRANCÉS DE 1810

El 12 de febrero de 1810 se decretó el *Code Penal* francés, mismo que fue promulgado el 22 siguiente.¹²⁸

Dividido en 484 artículos y libros que son:

Libro Primero: De las penas en materia criminal y correccional y sus efectos.

Libro Segundo: De las personas punibles, excusables o excusables por crimen o por delitos.

Libro Tercero: De los crímenes, de los delitos y de su castigo.

Libro Cuarto: Contravenciones de policía y sus penas.

El primer *Código Penal* español, del 9 de julio de 1822, fue la base para los códigos posteriores en dicha materia, aunque en México no se logró tener un *Código Penal* completo sino hasta 1871. El Código Penal español de 1822, primer código español, inspirado en el *Code Penal* de 1810,¹²⁹ tuvo una “notoria influencia de Beccaria, de Filangieri y del francés Bexon, pero por encima de todos estos autores quien más influjo operó sobre su contenido fue Jeremías Bentham”.¹³⁰ Intervinieron en su elaboración Calatrava, Martínez Marina y Flores Estrada, entre otros.

De manera temprana, incluso antes que el estado de Veracruz, cuyo Código Penal del 28 de abril de 1835 se consideraba el primer código de la materia en nuestro país,¹³¹ el Estado de Chihuahua adoptó, promulgó y publicó como propio el 11 de agosto de 1827 el *Código Penal Español* del 9 de julio de 1822. He ahí una primera influencia indirecta de la codificación penal francesa en nuestro país.

Se trata del *Código penal presentado por las Cortes de España en 8 de junio de 1822, y mandado observar provisionalmente por el Congreso Constitucional del Estado de Chihuahua en 11 de agosto de 1827*, en 132 páginas.¹³²

¹²⁸ Véase *Code Pénal*, en *Les cinq codes de L'Empire Français*, París, Chez Amable Costes, Libraire, 1812.

¹²⁹ Coronas González, Santos, *Manual de historia del derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 464.

¹³⁰ Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1987, p. 497.

¹³¹ Véase Cruz Barney, Óscar, *La codificación en México: 1821-1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

¹³² *Código penal presentado por las Cortes de España en 8 de junio de 1822, y mandado observar provisionalmente por el Congreso Constitucional del Estado de Chihuahua en 11 de agosto de 1827*, México, Imprenta á cargo de Mariano Arévalo, 1827. La descripción bibliográfica del mismo es la si-

Se aclara por el gobierno del estado que la adopción se hacía, en todo lo que no se opusiera al sistema de gobierno, *Acta Constitutiva de la Federación*, Constitución general de 1824, la particular del estado de Chihuahua, y a las leyes y decretos dados después de la publicación del Código Penal.

Durante el periodo que va de 1823 a 1857 el problema más importante en materia penal es el del derecho procesal, ya que la mayor parte de las disposiciones se referían a jurisdicción y a hacer más efectiva la represión de los delitos,¹³³ si bien la necesidad de un “código ilustrado criminal” se hizo patente por D. Juan José Espinoza de los Monteros, secretario de Estado y del Despacho Universal de Justicia y Negocios Eclesiásticos en la Cámara de Diputados el 19 de enero de 1829¹³⁴ al señalar que habría de procurar que dicho código:

...consiga moigerar los pueblos del Distrito y Territorios, alejarlos de aquellas especies de delitos á que se entregan con mas frecuencia y repetición, redimirlos de las prolongadas dilaciones de los procesos y de las penas desiguales inconmensurables é inadaptables á los principios de nuestro sistema, en que abunda la ingesta antigua legislacion que pasa por vigente... sería una superior conveniencia que se encomendase á una comisión de tres ó cuatro personas decorosamente indemnizadas preparar los trabajos, por ahora y como mas urgente del código criminal.¹³⁵

guiente: CODIGO PENAL/PRESENTADO POR LAS CORTES DE ESPAÑA/EN 8 DE JUNIO DE 1822;/Y MANDADO OBSERVAR PROVISIONALMENTE/POR EL CONGRESO CONSTITUCIONAL/DEL ESTADO/DE CHIHUAHUA/EN 11 DE AGOSTO DE 1827/VIÑETAHORIZONTAL/MEXICO: 1827./LINEA/Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arevalo/Calle de/Cadena núm. 2 (en cuarto, 132 páginas).

¹³³ Ceniceros, José Ángel, “Historia...”, *op. cit.*, pp. 28 y 29. Un panorama de la legislación aplicable en materia penal antes de la codificación en Rafael Roa Bárcena, *Manual razonado de práctica criminal y médico-legal forense mexicana*, 2a. ed., México, Eugenio Maillefert, Editor, 1869, pp. 11-15.

¹³⁴ “Memoria que en cumplimiento del Artículo 120 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos leyó el Secretario de Estado y del Despacho Universal de Justicia y Negocios Eclesiásticos en la Cámara de Diputados el día 19, y en la de Senadores el día 20 de enero de 1829, sobre los ramos del Ministerio de su cargo”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia, cit.*, pp. 54 y 55.

¹³⁵ *Idem.* Según se lee en la “Memoria que en cumplimiento del Artículo 120 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos leyó el Secretario de Estado y del Despacho Universal de Justicia y Negocios Eclesiásticos en la Cámara de Diputados el día 18, y en la de Senadores el día 22 de marzo de 1830, sobre los ramos del Ministerio de su cargo”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia, cit.*, p. 74, se estableció “una junta de sujetos ilustrados y prácticos á quienes se encomendó este precioso, útil, delicado y afanoso trabajo” de la codificación.

Benito Juárez ordenó en Veracruz que se nombrara una comisión para elaborar un *Proyecto de Código Penal*. La elaboración del Código Penal y de Procedimientos se encargó en un inicio a D. Juan Antonio de la Fuente, sin éxito.¹³⁶ Más adelante, el ministro de Justicia, Jesús Terán, formó, el 6 de octubre de 1862,¹³⁷ una comisión integrada por los licenciados Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacón y Antonio Martínez de Castro. Tiempo después Carlos Ma. Saavedra sustituyó a Ezequiel Montes. La comisión trabajó hasta 1863, y tuvo que interrumpir sus labores por la invasión francesa.

Durante el Segundo Imperio Mexicano, el emperador Maximiliano de Habsburgo nombró una comisión formada por Teodosio Lares, Urbano Fonseca y Juan B. Herrera, para que redactaran un *Código Penal* y de *Procedimientos Penales*. Los trabajos realizados no llegaron a la luz debido a la caída del Imperio y restablecimiento de la República. Se dictaron igualmente disposiciones en materia penal y penitenciaria como las *Bases para la Organización y arreglo de las Cárceles* de 24 de diciembre de 1865,¹³⁸ la *Ley para la Organización del Ministerio Público* de 19 de diciembre de 1865,¹³⁹ y la *Ley para la concesión de indultos y amnistías* de 25 de diciembre de 1865.¹⁴⁰

Sin embargo, debemos destacar que los *Códigos de Instrucción Criminal* y el *Code Penal* franceses de 1808 y 1810 respectivamente (cuya traducción al castellano, ordenada por Maximiliano, realizaron el general Manuel Zavala, el coronel José Ignacio Serrano y el teniente coronel Prudencio Mesquia), que también conformaron la comisión nombrada al efecto, se aplicaron en México.¹⁴¹

Una vez restablecida la República, Juárez por intermedio del ministro de Justicia, Ignacio Mariscal, mandó el 28 de septiembre de 1868, que se integrase y reorganizase la comisión redactora del futuro *Código Penal*, también

¹³⁶ “Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión, en marzo de 1868”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, cit., pp. 262 y 263.

¹³⁷ Véase *Proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorio de la Baja-California sobre Delitos del Fuero Común; y para toda la República sobre Delitos contra la Federación*, México, Imprenta del Gobierno, En Palacio, 1871, p. I.

¹³⁸ “Bases para la Organización y arreglo de las Cárceles” de 24 de diciembre de 1865, en *Boletín de las Leyes*, núm. 10, diciembre de 1865.

¹³⁹ Véase la “Ley para la Organización del Ministerio Público”, del 19 de diciembre de 1865, *Boletín de las Leyes*, núm. 10, diciembre de 1865.

¹⁴⁰ “Ley para la concesión de indultos y amnistías”, del 25 de diciembre de 1865, *Boletín de las Leyes*, núm. 10, diciembre de 1865.

¹⁴¹ Ledesma Uribe, José de Jesús, “Panorama del derecho mexicano en el siglo XIX”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 13, t. II, 1981, p. 644.

con influencia francesa, con objeto de continuar los trabajos que se habían interrumpido. Los nombramientos recayeron en las personas de Antonio Martínez de Castro como presidente, y Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio María Ortega como miembros de la misma y de Indalecio Sánchez Gavito, como secretario.¹⁴²

Para el mes de noviembre de 1869 estaba ya concluido el libro primero del Código Penal y había sido enviado a la Cámara de Diputados para su examen, ya que “de las reformas ó modificaciones que á dicho libro se hagan, depende la continuación de los trabajos de la parte que falta del proyecto...”¹⁴³ El Libro segundo se concluyó en diciembre. Según Medina y Ormaechea, dos años y cinco meses empleó la Comisión en formar el proyecto de código.¹⁴⁴

Las fuentes del Código Penal fueron a decir del propio Martínez de Castro, los códigos penales de Francia, de Bélgica de 1867, el Proyecto de Código de Portugal de 1864, el Código Penal Portugués de 1852, el Código de la Luisiana, el Código de Baviera de 1813, el de Prusia de 1851, el Código Penal Español de 1848¹⁴⁵, la *Novísima Recopilación* de 1805, el Código Civil de Veracruz, el Civil Español, las ideas de Mittermaier (en su artículo sobre el duelo, inserto bajo el número XVIII de la obra *Revue des revues de droits*, 1838), Renazzi (*Elementa iuris criminalis*), Julio Claro (*Praxis*), Ortolan, Rossi, Chaveau y Hélie, Bentham, Laboulaye, Tocqueville y Beaumont, Leon Vidal, Boneville, Merlin, y Sourdat.¹⁴⁶

En marzo de 1871 se dio a la imprenta el *Proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorio de la Baja-California sobre Delitos del Fuero Común; y para toda la República sobre Delitos contra la Federación* (México, Imprenta del Gobierno, En

¹⁴² Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal I*, 20a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 43-46.

¹⁴³ “Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión, en marzo de 1868”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, cit., p. 280.

¹⁴⁴ Medina y Ormaechea, Antonio A., *Código Penal Mexicano. Sus motivos, concordancias y leyes complementarias*, México, Imprenta del Gobierno, 1880, t. I, p. V.

¹⁴⁵ Véase sobre esta fuente en particular el trabajo de Emilia Iñesta Pastor, “La proyección hispanoamericana del Código Penal español de 1848”, en González Vale, Luis E. (coord.), *Actas de Derecho Indiano. XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del derecho Indiano*, San Juan, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, Historiador Oficial de Puerto Rico, 2003, t. II.

¹⁴⁶ Véase Martínez de Castro, Antonio, *Exposición de motivos del Código Penal vigente en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California dirigida al Supremo Gobierno por el Ciudadano Antonio Martínez de Castro, Presidente de la Comisión encarada de formar el Código expresado*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1876, pp. 3-66.

Palacio, 1871)¹⁴⁷ y el 7 de diciembre de 1871 se promulgó el *Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación*,¹⁴⁸ e inició su publicación en el *Diario Oficial* el 14 de diciembre siguiente y fue remitido a los gobernadores de los Estados de la República para su posible adopción.¹⁴⁹

El Código, en virtud de su artículo transitorio, empezó a regir el 1.º de abril de 1872. Se le conoce como *Código Martínez de Castro*, por haber sido él uno de los más destacados integrantes de la comisión redactora del *Código*. Se componía de 1152 artículos divididos en cuatro libros y, éstos a su vez, en títulos. Al final llevaba añadida una *Ley Transitoria* sobre procedimiento penal en 28 artículos. En su momento se dieron discusiones sobre la conveniencia de que en ciertos delitos el Código rigiese en toda la República.¹⁵⁰

Según José Diego Fernández, la obra de Martínez de Castro “considerada en sus ideas capitales, encierra los progresos de la ciencia, la idea constante de regenerar á la sociedad y al delincuente; á éste con el castigo, á aquella con el ejemplo...”¹⁵¹

Este *Código* sufrió reformas en 1884 en materia de robo, lesiones, homicidio, adulterio, y otros.¹⁵²

V. CONCLUSIÓN

La influencia de la codificación napoleónica en México se reflejó no solamente en materia civil sino en la materia penal y mercantil ya sea por la

¹⁴⁷ Las Actas de la comisión se publicaron facsimilarmente. Véase *Actas de la comisión del Código Penal de 1871*. Reproducción del ejemplar de la biblioteca privada del licenciado Indalecio Sánchez Gavito, México, s/f.

¹⁴⁸ *Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación*, México, Imprenta del Gobierno, 1871.

¹⁴⁹ “Hechos Diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, núm. 125, viernes 27 de noviembre de 1874, t. III, p. 499.

¹⁵⁰ Véase “Hechos diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, núm. 126, sábado 28 de noviembre de 1874, t. III, pp. 503-504. Para el caso de Nuevo León véase “Responsabilidad criminal por detención arbitraria ¿Con arreglo á qué ley debe castigarse?—¿Está vigente para esa clase de delitos el Código Penal, en toda la República?”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, núm. 126, sábado 28 de noviembre de 1874, t. III, pp. 501-502.

¹⁵¹ Diego Fernández, José, “Estudio sobre el Código Penal”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, núm. 50, jueves 16 de marzo de 1876, t. VI, p. 197.

¹⁵² *Decreto que reforma los arts. 46, 199, 376, 380, 407, 527, 528, 552, 553, 816, 819 y 912 del Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.

adopción directa de la legislación francesa o bien por su utilización como fuente de la codificación mexicana.

En materia civil la influencia fue tanto directa como a través de la obra de Florencio García Goyena, tendiendo a reducirse en la codificación del siglo XX.

En materia mercantil se puede observar la influencia francesa en la legislación emitida en la materia por Santa Anna en 1841 y en 1854 con el Código Lares.

En materia penal la influencia se produce tanto directamente como a través del Código Penal Español, adoptado en Chihuahua tempranamente.

La vigencia del Código Penal francés durante el Segundo Imperio es una muestra de la presencia francesa en el derecho mexicano.

VI. BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA Y FUENTES

Bibliografía

AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio y DERBEZ MURO, Julio, *Panorama de la legislación civil de México*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1960.

ARCE ESPINOZA, Mario Rommel, “Valoración del Código Napoleónico”, *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho*, Perú, Nueva Era, año 6, núm. 6, noviembre de 2004.

ARCE Y CERVANTES, José, “La libre testamentifacción en el *Código Civil* y sus antecedentes históricos”, *Libro del cincuentenario del Código Civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978.

ARILLA BAZ, Fernando y MACEDO JAIMES, Graciela, “Supervivencia de los Tribunales de Minería y Mercantiles en el Derecho del Estado de México entre la Constitución Federal de 1824 y la Ley sobre Administración de Justicia de 23 de noviembre de 1855”, *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.

BATIZA, Rodolfo, “Las fuentes de la codificación civil en la evolución jurídica de México”, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coord.), *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

———, *Las fuentes del Código Civil de 1928*, México, Porrúa, 1979.

- BRENA SESMA, Ingrid, “La legítima testamentifacción forzosa y libre en los códigos de 1870 y 1884”, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coord.), *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CABANIS, André, “Le Code hors la France”, en GAZZANIGA, Jean Louis, “Le code avant le code”, en BEIGNIER, Bernard (coord.), *La Codification*, París, Dalloz, Institute d’études judiciaires, Faculté de Droit de Toulouse, 1996.
- CABO MARTÍN, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.
- CABRILLAC, Remy, *Les Codifications*, París, Presses Universitaires de France, 2002.
- CANNATA, Claudio Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. de Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María, “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, marzo de 1989.
- CENICEROS, José Ángel, “Un panorama de la legislación aplicable en materia penal antes de la codificación”, en ROA BÁRCENA, Rafael, *Manual Razonado de Práctica Criminal y Médico-Legal Forense Mexicana*, 2a. ed., México, Eugenio Maillefert Editor, 1869.
- CLAVERO, Bartolomé, “Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Florencia, núm. 18, 1989.
- CORONAS GONZÁLEZ, Santos, *Manual de historia del derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- CRUZ BARNEY, Óscar, *Historia de la jurisdicción mercantil en México*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- , *La codificación en México: 1821-1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- DEZZA, Ettore, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli Editore, 2000.
- DIEGO FERNÁNDEZ, José, “Estudio sobre el Código Penal”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, núm. 50, jueves 16 de marzo de 1876, t. VI.

- EIZAGUIRRE, José María de, *El derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1987.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *La administración de justicia en México en el siglo XIX*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1993.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli Editore, 1995.
- GAZZANIGA, Jean Louis, “Le code avant le code”, en BEIGNIER, Bernard (coord.), *La Codification*, París, Dalloz, Institute d’études judiciaires, Faculté de Droit de Toulouse, 1996.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, “Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México (1821-1928)”, *Libro del cincuentenario del Código Civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978.
- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Navarra, Aranzadi, Thomson-Garrigues Cátedra-Universidad de Navarra, 2006.
- HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Philipica*, Madrid, Josef Doblado, 1783.
- ICAZA DUFOUR, Francisco de, “Breve reseña de la legislación civil en México, desde la época pre-cortesiana hasta 1854”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 4, 1972.
- IÑESTA PASTOR, Emilia, “La proyección hispanoamericana del Código Penal español de 1848”, en GONZÁLEZ VALE, Luis E. (coord.), *Actas de Derecho Indiano. XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del derecho Indiano*, San Juan, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, Historiador Oficial de Puerto Rico, 2003, t. II.
- LEDESMA URIBE, José de Jesús, “Panorama del derecho mexicano en el siglo XIX”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 13, t. II, 1981.
- LEVAGGI, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino (Castellano-Indiano/Nacional)*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, t. I, 1998.
- LOCRÈ, J. G., *Esprit du Code de Commerce, ou commentaire puisé dans les procès-verbaux du Conseil d’état, les exposés de motifs et Discours, les observations du tribunal, celles des Cours d’appel, tribunaux et chambres de commerce, etc.*, París, Garnery, 1811, t. 3.

- MACEDO, Pablo, “La evolución mercantil”, *La evolución mercantil; Comunicaciones y Obras Públicas; La Hacienda Pública. Tres monografías que dan una idea de una parte de la evolución económica de México*, México, J. Ballezá y Cía., Sucesores, Editores, 1905.
- MACEDO, Pablo, *El Código Civil de 1870. Su importancia en el derecho mexicano*, México, Porrúa, 1971.
- MARTÍNEZ, Víctor José, *Tratado filosófico-legal sobre letras de cambio*, México, 1872, t. III.
- MATTEUCCI, Nicola, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Turín, UTET Libreria, 2001.
- MEDINA y ORMAECHEA, Antonio A., *Código Penal Mexicano. Sus motivos, concordancias y leyes complementarias*, México, Imprenta del Gobierno, 1880, t. I.
- MERCADO, Florentino, *Libro de los Códigos, ó prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana, por...*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857.
- MURILLO RUBIERA, Fernando, “Codificación y sistema jurídico iberoamericano”, en LEVAGGI, Abelardo, *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1992.
- PADOA SCHIOPPA, Antonio, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milán, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1992.
- PALLARES, Jacinto, *Derecho mercantil mexicano*, México, Tip. y Lit. de Joaquín Guerra y Valle, 1891.
- PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Historia del derecho mexicano*, México, Oxford University Press, col. Biblioteca de Historia del Derecho Mexicano, 2002, t. 3.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal I*, 20a. ed., México, Porrúa, 1989.
- PRADIER-FODÉRÉ, M. P., *Compendio de derecho mercantil*, trad. de Emilio Pardo (Jr.), México, Imprenta e Flores y Monsalve, 1875.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- ROBAYE, René, *Une histoire du droit civil*, 2a. ed., Bélgica, Bruylant-Academia, 2000.

- RODRÍGUEZ de SAN MIGUEL, Juan N., *Curia Filípica Mexicana. Obra completa de práctica forense. En la que se trata de los procedimientos de todos los juicios, ya ordinarios, ya extraordinarios y sumarios, y de todos los tribunales existentes en la República, tanto comunes como privativos y privilegiados. Conteniendo además un tratado íntegro de la Jurisprudencia Mercantil*, México, obra publicada por Mariano Galván Rivera, 1850.
- ROS BIOSCA, José María, *Código de Comercio reformado según el decreto-ley de 6 de diciembre de 1868; concordado y anotado*, Valencia, Librería de Pascual Aguilar, 1878.
- RUBIO, JESÚS, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950.
- SACCO, Rodolfo, “Diritto romano e Code Napoléon”, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, Napoles, núm. 14, 1986.
- SAVIGNY, F. K. von, “Los tres códigos modernos”, en SAVIGNY, F. K. von, *Textos clásicos*, Estudio Preliminar de Agustín Squella, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- SEGURA, Luis. G., “Legislación de los estados. Michoacán”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, segunda época, núm. 28, sábado 15 de julio de 1871, t. I.
- TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2000.
- TAU ANZOATEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina, 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Librería-Editorial Emilio J. Perrot, 2008.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1987.
- TORNEL y MENDÍVIL, José J., *Manual de derecho mercantil mexicano, o sea el Código de Comercio de México puesto en forma de diccionario*, México, Imprenta de Vicente Segura Argüelles, 1854.
- VERDUGO, Agustín, “Derecho internacional privado”, *Sesiones de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la Real de Madrid*, 1894, México, Talleres de la Librería Religiosa, 1897, t. I.
- WESENER, Gerhard y WESENER, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de José Javier de los Mozos Touya, Lex Nova, Valladolid, 1998.

WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Granada, Comares, 2000.

Hemerografía

“Editorial. Estudios sobre el *Código de Comercio*”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 89, viernes 16 de mayo de 1884.

“Editorial. Estudios sobre el *Código de Comercio*”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, año XII, núm. 117, sábado 28 de junio de 1884, t. XXII.

“Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 89, viernes 16 de mayo de 1884.

“Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado II”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 89, viernes 16 de mayo de 1884.

“Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado III”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 93, jueves 22 de mayo de 1884.

“Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado IV”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 98, viernes 30 de mayo de 1884.

“Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado V”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 110, miércoles 18 de junio de 1884.

“Editorial. Ligera ojeada a las nuevas disposiciones del Código Civil reformado VI”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 113, sábado 21 de junio de 1884.

“Hechos Diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 100, miércoles 28 de octubre de 1874.

“Hechos Diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 147, viernes 25 de diciembre de 1874.

“Hechos Diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 125, viernes 27 de noviembre de 1874.

- “Hechos Diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 126, sábado 28 de noviembre de 1874.
- “Parte expositiva del dictamen de la mayoría de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, relativo á la reforma del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 56, martes 25 de marzo de 1884.
- “Parte expositiva del dictámen de la mayoría de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, relativo á la reforma del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 58, viernes 28 de marzo de 1884.
- “Parte expositiva del dictámen de la mayoría de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, relativo á la reforma del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 57, jueves 27 de marzo de 1884.
- “Reseña histórica de la codificación en México.- Discusión de los códigos”, en *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, sábado 23 de abril de 1870, t. IV, núm. 17.
- “Responsabilidad Criminal por detención arbitraria ¿Con arreglo á qué ley debe castigarse?-¿Está vigente para esa clase de delitos el Código Penal, en toda la República?”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 126, sábado 28 de noviembre de 1874.
- GÓMEZ PARADA, Vicente, “Historia del Comercio y de su Legislación”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. V, núm. 101, domingo 31 de octubre de 1875.
- LINARES, José, “Legislación de los Estados. Puebla.- Durango.- Conveniencia de que la legislación se uniforme”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, segunda época, sábado 28 de enero de 1871, t. I, núm. 4.
- MACEDO, Pablo, “El Código de 1870. Su importancia en el derecho mexicano”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 3, 1971.
- MÉNDEZ, Luis, “La verdad histórica sobre la formación del Código Civil”, *El Foro, periódico de jurisprudencia y de legislación*, México, redactores Pablo Macedo y Justo Sierra, 26, 27 y 28 de junio, 1873, en Cabrera Acevedo,

Lucio, *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial. 1810-1917*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, t. II, 1998.

ORTÍZ DE MONTELLANO, M. M., “Derecho Mercantil II”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, t. II, núm. 7, sábado 19 de febrero de 1869.

———, “Derecho Mercantil III”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, t. IV, núm. 22, sábado 28 de mayo de 1870.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Las codificaciones del derecho privado mexicano en el siglo XIX”, *Revista de investigaciones jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, año 10, núm. 10, 1986.

VÁZQUEZ PANDO, Alejandro, “Notas para el estudio de la historia de la codificación del derecho civil en México, de 1810 a 1834”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 4, 1972.

VILLARELLO, Juan de Dios, “Estudios sobre las reformas del Código Civil”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 65, martes 8 de abril de 1884.

Fuentes

Actas de la comisión del Código Penal de 1871. Reproducción del ejemplar de la biblioteca privada del Lic. Indalecio Sánchez Gavito, México, s/f.

“Bases para la Organización y arreglo de las Cárceles” del 24 de diciembre de 1865, *Boletín de las Leyes*, núm. 10, diciembre de 1865.

Boletín de las Leyes del Imperio Mexicano, ó sea Código de la Restauración. Colección completa de las leyes y demás disposiciones dictadas por la intervención francesa, por el Supremo Poder Ejecutivo Provisional, y por el Imperio Mexicano, con un apéndice de los documentos oficiales mas notables y curiosos de la epoca, publicado por José Sebastián Segura, México, Imprenta Literaria, t. I, núm. 61, 1863.

“Carta del Emperador sobre la formacion y promulgacion del Código Civil”, *Boletín de las Leyes*, núm. 11, enero-julio de 1866.

Code de Commerce, en *Codes et Lois Usuelles classées pars ordre alphabetique, Neuvième Édition Contenant la législation jusqu'a 1875*, París, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, 1875.

- Code Napoleon*, en *Les cinq codes de L'Empire Français*, París, Chez Amable Costes, Libraire, 1812.
- Code Pénal*, en *Les cinq codes de L'Empire Français*, París, Chez Amable Costes, Libraire, 1812.
- Código Civil Libro Segundo para gobierno del Estado Libre de Oajaca*, Oajaca, Imprenta del Superior Gobierno, 1828.
- Código Civil Libro Tercero para gobierno del Estado Libre de Oajaca*, Oajaca, Imprenta del Gobierno, 1829.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California reformado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por decreto de 14 de diciembre de 1883*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.
- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal*, México, Talleres Gráficos de la Nación, 1928.
- Código Civil para gobierno del Estado Libre de Oajaca*, Oajaca, Imprenta del Gobierno, 1828.
- Código de Comercio de México*, México, Imprenta de José Mariano Lara, 1854.
- Código de Comercio Decretado, Sancionado y Promulgado en 30 de mayo de 1829*, Edición Oficial, De Real Orden, Madrid, Oficina de D.L. Amarita, 1829.
- Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación*, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1871.
- Código penal presentado por las Cortes de España en 8 de junio de 1822, y mandado observar provisionalmente por el Congreso Constitucional del Estado de Chihuahua en 11 de agosto de 1827*, México, Imprenta á cargo de Mariano Arévalo, 1827.
- COING, Helmut, *Derecho privado europeo. I: Derecho común más antiguo (1500-1800)*, traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín, España, Fundación Cultural del Notariado, t. I, 1996.
- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, adicionada por el 7o. Congreso Constitucional el 25 de septiembre y 4 de octubre de 1873 y el 6 de noviembre de 1874, juntamente con las Leyes Orgánicas expedidas hasta hoy*, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1883.
- “Constitución Política del Estado Libre de Zacatecas de 1825”, en HURTA-DO TREJO, Guillermo (coord.), *Zacatecas y sus Constituciones (1825-1996)*, Zacatecas, Gobierno del Estado de Zacatecas-Universidad Autónoma de Zacatecas, 1997.

DALLOZ AINÉ, M. D., *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Nouvelle Édition, París, Au Bureau de la Jurisprudence Générale, 1847.

Decreto que reforma los arts. 46, 199, 376, 380, 407, 527, 528, 552, 553, 816, 819 y 912 del Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.

Exposición de los cuatro libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja-California. Que hizo la comisión al presentar el proyecto al Gobierno de la Unión, México, Imprenta de E. Anconca y M. Peniche, 1871.

Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación del 23 de noviembre de 1855.

“Ley para la concesión de indultos y amnistías” del 25 de diciembre de 1865, *Boletín de las Leyes*, núm. 10, diciembre de 1865.

“Ley para la Organización del Ministerio Público” del 19 de diciembre de 1865, *Boletín de las Leyes*, núm. 10, diciembre de 1865.

MACEDO, Miguel S., *Datos para el estudio del nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Promulgado el 31 de marzo de 1884. Documentos oficiales relativos a la reforma del Código Civil y Notas Comparativas del nuevo Código con el Código de 1870*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.

MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio, *Exposición de motivos del Código Penal vigente en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California dirigida al Supremo Gobierno por el Ciudadano Antonio Martínez de Castro, Presidente de la Comisión encarada de formar el Código expresado*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1876.

“Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en Marzo de 1868”, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

“Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión el 15 de Noviembre de 1869”, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

“Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión y Comprende del 1 de enero de 1878 al 15 de sep-

tiembre de 1881”, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

“Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en cumplimiento del precepto constitucional, Comprende desde el 16 de septiembre de 1881 hasta el 15 de septiembre de 1883”, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

“Memoria que en cumplimiento del Artículo 120 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos leyó el Secretario de Estado y del Despacho Universal de Justicia y Negocios Eclesiásticos en la Cámara de Diputados el día 19, y en la de Senadores el día 20 de enero de 1829, sobre los ramos del Ministerio de su cargo”, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

“Memoria que en cumplimiento del Artículo 120 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos leyó el Secretario de Estado y del Despacho Universal de Justicia y Negocios Eclesiásticos en la Cámara de Diputados el día 18, y en la de Senadores el día 22 de marzo de 1830, sobre los ramos del Ministerio de su cargo”, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de jurisprudencia teórico-práctica, dividida en cuatro tomos: en el primero y segundo se trata de la parte teórica; en el tercero de las sustanciaciones de todos los juicios y de todos los tribunales establecidos en la República; y en el cuarto del derecho administrativo, México, publicada por Mariano Galván Rivera, Impreso por Santiago Pérez, t. Segundo, 1851.

Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles, Oaxaca, reimpresa por Fernando Ortega, 1841.

Proyecto de Código Civil presentado al segundo congreso constitucional del Estado libre de Zacatecas por la comisión encargada de redactarlo, Zacatecas, Impreso en la Oficina del Gobierno, bajo la dirección de Pedro Piña, 1829.

Proyecto de Código de Comercio del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Con las bases generales de la legislación mercantil que han de regir en toda la República, conforme á la fracción décima del artículo 72 De la Constitución Federal, México, Tipografía de Gonzalo A. Esteva, 1880.

Proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorio de la Baja-California sobre Delitos del Fuero Común; y para toda la República sobre Delitos contra la Federación, México, Imprenta del Gobierno, 1871.

“Sucesiones. Entretanto se promulga el Código Civil del Imperio, se observará la ley de 10 de Agosto de 1857 de sucesiones *ex-testamento* y *ab-intestato*”, en SEGURA, José Sebastián, *Boletín de las Leyes del Imperio Mexicano, ó sea Código de la restauración. Colección completa de las leyes y demas disposiciones dictadas por la intervención francesa, por el Supremo Poder Ejecutivo Provisional, y por el Imperio Mexicano, con un apéndice de los documentos oficiales mas notables y curiosos de la época, publicado por...*, México, Imprenta Literaria, núm. 215, 1865, t. III.

CAPÍTULO VI
EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD
EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA
ENTENDIENDO SU SIGNIFICADO MÁS ALLÁ DE SER EL BIEN
PROTEGIBLE EN DELITOS CONTRA LA TRATA HUMANA

Miguel ERAÑA

*A mi muy querida amiga Sonia,
por haber sido torrente de vida
y paradigma de lucha por ella;
por sus sonrisas diarias;
por su amistad tan inacabable como señera;
por su afabilidad y entereza;
por su incansable dedicación a la academia;
por dividir el corazón entre su Madrid querido y
la insoportable separación de México;
Amiga por siempre*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La legislación mexicana contra la trata.* III. *El libre desarrollo de la personalidad. Nociones desde el constitucionalismo comparado.* IV. *El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia mexicana.* V. *La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, con o sin semántica reconocible, en la Constitución originaria de 1917 y en sus reformas.* VI. *Trascendiendo a la polisemia de los términos: dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. Claves para su interpretación garantista en el ordenamiento nacional.*

I. INTRODUCCIÓN

El trasiego ilegal de seres humanos con fines enteramente lucrativos como la explotación sexual o laboral y el tráfico de órganos o la experimentación biomédica ilícita, no es una fenomenología tan novedosa en la historia de la humanidad. Ya se ha visto que tal cuestión es más bien propia de sociedades fundamentalmente preindustriales e industriales, aun cuando se ha acrecentado en sociedades contemporáneas adoptando formas elusivas de límites y controles racionales.

A esto contribuye el hecho de que la globalización de fin del siglo XX y comienzos del XXI ha detonado una gran porosidad de las fronteras en los Estados-Nación y, en consecuencia, la proliferación de individuos y bienes circulantes en todo el orbe atrae desafíos antes desconocidos para la seguridad internacional.

La denominada *esclavitud del siglo XXI* subyacente en fenomenologías como la explotación sexual o laboral y el tráfico de órganos provenientes de la inmigración ilegal, ya encierra junto con el terrorismo a dos problemáticas de las más importantes que amenazan la convivencia y la estabilidad de las sociedades actuales.

Un lamentable resultado es que las libertades civiles y otros derechos como el de convivencia segura de los ciudadanos se han ido menoscabando dentro de los países desarrollados y, aún más, en naciones con formas democráticas incipientes.

En buena medida, puede afirmarse que detrás de ello se sitúan fenómenos de la criminalidad organizada (en donde destacan modalidades diversas de la trata de personas), en tanto que sus consecuencias lesionan de forma directa los esfuerzos realizados desde la última posguerra para impulsar la cultura y el respeto a los Derechos Humanos, lo cual está en la base de los sistemas democráticos de nueva generación.

Sin duda, las organizaciones de criminales que están en permanente expansión representan un desafío directo del contemporáneo Estado Constitucional y, por ende, para la seguridad de toda población.

De ahí que es de llamar la atención que la trata de personas sea ya el tercer negocio criminal más lucrativo del orbe, después del tráfico de drogas y de armas, cuyos volúmenes gananciales superan los millones de dólares. Lo cual supone también un gran riesgo para países desarrollados y emergentes, que aun siguen cavilando la implementación de estrategias de prevención y combate a mediano y largo plazo.

Entre los últimos, infortunadamente México destaca como país de origen, tránsito y destino, lo que le hace campo fértil de las redes del crimen organizado nacional e internacional dedicadas a la trata de personas.

A nivel planetario, se han realizado esfuerzos extraordinarios para encarar la problemática, tal como aconteció en la Conferencia Mundial convocada por la Organización de las Naciones Unidas, en la ciudad de Palermo, Italia (de los días 12 al 15 de diciembre del año 2000) en la que 147 países firmaron la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, y sus Protocolos Complementarios, uno contra la Trata de Personas, en especial Mujeres y Niños, otro contra el Tráfico Ilícito de

Migrantes por Tierra, Mar y Aire, y el de contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, que entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, reunió entonces a 147 países firmantes, de los cuales 40 le han ratificado. Por su parte, el Protocolo complementario que sanciona la trata de personas “*El Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños*”, (*Protocolo de Palermo*), insta a los Estados a crear mecanismos para su prevención, legislar internamente, para combatirla y capacitar a sus funcionarios para aplicar las legislaciones. Con 117 Estados signatarios, 97 de ellos lo han ratificado, en tanto que el Protocolo de Palermo entró en vigor el 25 de diciembre de 2003.

“Este Protocolo ofrece herramientas para agentes del orden público, control fronterizo y poder judicial, obligando a los Estados a penalizar la trata, apoya la responsabilidad de los Estados a penalizar la trata, apoya la responsabilidad de los estados a investigar, sancionar y juzgar a tratantes y establece sanciones apropiadas para acusados de trata de personas”.¹ Instrumento que está diseñado para fortalecer y mejorar la cooperación internacional con el propósito de prevenir y combatir la trata de personas y mejorar la protección y asistencia a las víctimas.

El Protocolo de Palermo, por su parte, establece en su artículo 3o., inciso a, que:

Por trata de personas se entenderá a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo al uso de la fuerza u otras fronteras de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra para propósitos de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.²

Además, dicho instrumento, en su artículo 5o., inciso 1, no sólo prevé el combate al delito de trata, y sus castigos, sino que otorga protección a la víctima, y proporciona asistencia en la reintegración a la sociedad. En el inciso 2, considera que “*cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra*

¹ Mayordomo Rodrigo, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Madrid, Editorial Iustel, 2008, p. 35.

² http://www.gendarmeria.gov.ar/pro_web/Trata_de_Personas.htm.

índole necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas...”. Dicho apartado encierra la principal justificación jurídica que da sostén a los trabajos realizados por cada uno de los países firmantes del Protocolo de Palermo.

Al igual que la Convención, la ratificación del Protocolo obliga a los Estados a fortalecer su legislación nacional y apoyar internacionalmente la coordinación del orden público para combatir la trata de personas.

En ese orden, se ha seguido insistiendo en que para lograr una aplicación efectiva de la legislación internacional en contra de la trata de personas se requiere que “Las normas nacionales (incluyendo la Constitución, si es preciso), las políticas, procedimientos y prácticas estén armonizadas con los estándares internacionales y que éstos sean incluidos en los planes y programas nacionales”.³

En consecuencia, recomendaciones como éstas orillan a que la legislación penal deba incluir aquellos delitos relacionados con la trata de personas (ejemplo: secuestro, violación, abuso de poder, abuso sexual, privación ilegal de libertad), mas no como sustitutos del delito de trata sino separados del mismo.

También, se resaltan cuestiones de máxima importancia como ésta: el hecho de contar con la posibilidad de que la norma sea realmente aplicada, ya que “por muy bien que esté redactada, sino genera mecanismos necesarios para ser cumplida (infraestructura institucional, presupuesto, personal capacitado, coordinación con otras instancias, cultura de respeto a los derechos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes) quedará como letra muerta”.⁴

II. LA LEGISLACIÓN MEXICANA CONTRA LA TRATA

Como Estado firmante tanto de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, así como de sus Protocolos complementarios, a México desde entonces le vinculan obligaciones internacionales como las antes citadas.

Esto llevó a que el gobierno federal de nuestro país encabezase el proyecto de “Combate a la trata de mujeres, adolescentes, niñas y niños en Méxi-

³ Página 249 de Documento de OIM/UNICEF: Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes en México y América Central (Guía normativa). Véase www.unicef.org/lac/Guia-trata.

⁴ *Ibidem*, p. 249.

co”, cuya presentación pública se realizó en el Salón Juárez de la Secretaría de Gobernación, el 14 de octubre de 2004, en la Ciudad de México⁵.

En aquel foro participaron, entre otros, el Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), el Instituto Nacional de Migración (INM), diversas entidades federales y estatales, así como organizaciones civiles nacionales e internacionales. A partir de dicho evento y a través de múltiples foros celebrados en meses y años venideros, se polemizó acerca de la relevancia jurídica del tema de la “trata de personas” y sus consecuencias.

Un logro muy importante se produjo tras de que el Congreso de la Unión discutió y aprobó la *Ley para prevenir y Sancionar la Trata de Personas* (en adelante, Ley originaria) la cual fue promulgada por el Ejecutivo y publicada en el DOF el 27 de noviembre de 2007, con mandato de entrada en vigor para el día siguiente.

Con dicha *Ley para prevenir y Sancionar la Trata de Personas* se modificaron o abrogaron diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el Código Federal de Procedimientos Penal y el Código Penal Federal, además de que se emitió su Reglamento el 27 de febrero de 2009.

Sin embargo, ambas normativas (la Ley y Reglamento), fueron abrogadas por la promulgación y publicación de la nueva *Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de éstos Delitos* (en adelante, *Ley vigente*),⁶ a lo que se siguió la expedición del nuevo Reglamento, publicados en los DOF de 14 de junio de 2012 y de 23 de septiembre de 2013, respectivamente.

Esta Ley vigente, por su naturaleza de ley general, contempla competencias para todo orden de gobierno del país y tiene como objeto principal la prevención y sanción de la trata de personas, así como la protección, atención y asistencia a las víctimas de estas conductas. Y en cuyo objeto sobresale la voluntad del legislador para “Establecer mecanismos efectivos para tutelar la vida, la dignidad, la libertad, la integridad, la seguridad de las personas, así como el libre desarrollo de la personalidad de niñas, niños y adolescentes, cuando sean amenazados o lesionados por la comisión de delitos objeto de esta Ley” (artículo 2, V párrafo).

⁵ Casillas, R., *La trata de mujeres, adolescentes, niñas y niños en México*, México, Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de Estados Americanos. Organización Internacional para las Migraciones, Instituto Nacional de las Mujeres e Instituto Nacional de Migración, 2006, p. 8.

⁶ La renaturalización de la ley en mención, derivó de la reforma constitucional al artículo 73, fracción XXI, publicada en el *DOF* de 14 de julio 2011, a través de la cual se confirió al Congreso la facultad exprefesa.

A diferencia de la legislación de 2007, en la mencionada Ley se mejora de forma sustancial la técnica legislativa a la que se recurrió tanto para su taxonomía como para su articulado.

En general, se ofrece una mayor sincronización con estipulados y recomendaciones internacionales que vinculan a México, en especial para atender en la normativa la problemática de la trata de manera integral a través de una política criminal específica.

Asimismo destaca desde el inicio la decisión del legislador de ir más allá de la mera represión punitiva de los sujetos activos del delito, en tanto que delinea objetivos específicos de prevención y sanción del delito, mas igualmente de protección, atención y asistencia a las víctimas.

1. *La legislación de las entidades*

A partir de la expedición de la abrogada Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas de 2007 y de la nueva *Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de éstos Delitos* de 2012, la mayoría de las legislaturas de los estados y la Asamblea del DF se han ocupado en expedir los ordenamientos jurídicos *ad hoc*.

A la fecha, cuentan con una Ley estatal en la materia las entidades de Baja California, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Chiapas, Distrito Federal, Sinaloa, San Luis Potosí y Yucatán, en cuyas leyes destaca en la mayoría de los casos la mención al *libre desarrollo de la personalidad* como bien jurídico protegible en los delitos de trata de personas. Pero sólo las últimas cinco entidades han expedido la normativa reglamentaria de su respectiva Ley estatal.

Sin embargo, merece destacar el hecho que todavía no cuentan con Ley ni reglamento ninguno en la materia los estados de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Estado de México, Guanajuato, Morelos y Zacatecas.⁷

También, no debe pasarse por alto el hecho que sólo los estados de Coahuila, Durango, Jalisco, Oaxaca y Querétaro tienen de forma parcial o completamente asumidas en sus legislaciones particulares sobre los delitos

⁷ Véase Documento: Leyes y Reglamentos de las Entidades Federativas para Combatir, Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, elaborado por la Cuarta Visitaduría General de la CNDH, actualizado al mes de septiembre de 2013. www.cndh.org.mx.

de trata, el marco competencial y de obligaciones que derivan de la *Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de éstos Delitos* de 2012.

2. *El libre desarrollo de la personalidad en la legislación nacional*

En algo más de un lustro que la legislación nacional ha abrigado una normativa especializada en delitos de trata (Ley originaria y Ley vigente), el concepto de *libre desarrollo de la personalidad* ha tenido una regulación deficitaria y algo diferenciada.

No se tratará aquí de revisar definiciones sobre el contenido esencial o el alcance conceptual de ese *libre desarrollo de la personalidad* porque a la fecha no hay clarificación adecuada de este tema ni en la legislación secundaria, ni en programas o en políticas públicas. Sino de cuestionar desde estas líneas el por qué el legislador nacional ha sido errático o, al menos, descuidado en dotar de una topografía definitiva a esta categoría que ha incluido y todavía mantiene en la normativa de trata.

Además, resalta el hecho que ese mismo legislador sigue adeudando las implicaciones puntuales de dicho concepto dentro del régimen normativo mexicano, con lo cual operadores jurídicos y gobernados podrían ampararse en su eventual tutela, pero que a la fecha carecen de un marco conceptual enriquecedor de la cultura de los derechos humanos que podría devenir de una interpretación de ese *libre desarrollo de la personalidad*. Tal como veremos en la segunda parte de este trabajo.

Sin embargo, ahora sólo me ocuparé en contrastar como la *Ley originaria* de 2007, en su artículo de apertura, configuró *el respeto al libre desarrollo de la personalidad* como una finalidad principalísima y fundante de la legislación especializada de trata que entonces se inauguraba en estos términos:

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto la prevención y sanción de la trata de personas, así como la protección, atención y asistencia a las víctimas de estas conductas *con la finalidad de garantizar el respeto al libre desarrollo de la personalidad de las víctimas y posibles víctimas, residentes o trasladadas al territorio nacional, así como a las personas mexicanas en el exterior.* Esta Ley se aplicará en todo el territorio nacional en materia del Fuero Federal (destacado nuestro).

Con dicha definición normativa se dejó en claro el carácter teleológico y generalizante del *libre desarrollo de la personalidad* en tanto que bien jurídico protegible por la nueva legislación. Destacando que el respeto a ése *libre desarrollo* aplicaría universalmente a toda víctima sin diferenciación ninguna de edad, lugar de residencia o de oriundez.

Otra cuestión es que, como ya se ha dicho, se dejó en suspenso la definición sobre si éste también implicaba un principio, un derecho fundamental u otra categoría institucional (y cuáles elementos conceptuales tendría para alcanzar su justiciabilidad), situación que tampoco se clarifica con exactitud en la Ley vigente.

Pero antes de enfocarnos en otras observaciones, transcribo el segundo precepto de la *Ley vigente* para que veamos la resituación normativa del concepto en cuestión:

Artículo 2o. Esta Ley tiene por objeto:

- I. Establecer competencias y formas de coordinación para la prevención, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas entre los Gobiernos Federal, Estatales, del Distrito Federal y Municipales;
- II. Establecer los tipos penales en materia de trata de personas y sus sanciones;
- III. Determinar los procedimientos penales aplicables a estos delitos;
- IV. La distribución de competencias y formas de coordinación en materia de protección y asistencia a las víctimas de los delitos objeto de esta Ley;
- V. Establecer mecanismos efectivos para tutelar la vida, la dignidad, la libertad, la integridad y la seguridad de las personas, *así como el libre desarrollo de niñas, niños y adolescentes*, cuando sean amenazados o lesionados por la comisión de los delitos objeto de esta Ley; y
- VI. Reparar el daño a las víctimas de trata de personas de manera integral, adecuada, eficaz y efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida (*cursivas nuestras*).

De la vista panorámica de esta nueva ordenación, se infiere que el *libre desarrollo de la personalidad* logró mantenerse en la *Ley vigente* como bien jurídico protegible (junto con la tutela de la *vida, dignidad, libertad, seguridad, demás derechos humanos de las víctimas y ofendidos*).

Pero con dicha redefinición, su importancia se desplaza a la periferia -bajo una aparente gradación de bienes jurídicos protegibles de mayor a menor valía- hecho que contrasta con la centralidad conceptual de la *Ley originaria*.

A esto se aúna cierta postura confusa del legislador, expresada en que a pesar de retomar el concepto de *libre desarrollo de la personalidad* en la *Ley vigente*, erróneamente ahora sólo se le vincula a un único sector poblacional (las niñas, niños y adolescentes). Si a nadie escapa que éste es un sector altamente vulnerable, el legislador ha errado al desestimar que *la protección de libre desarrollo de la personalidad* no abarca a todo tipo de víctimas, tal y como sí lo comprendió el precepto de apertura de la *Ley originaria* recién transcrito.

Por otra parte, conviene dejar aquí hecha la precisión con respecto a que desde el 18 de noviembre de 2005, fecha en que el estado de Baja California sustituyó el título de “delitos contra la moral y las buenas costumbres” de su Código penal para retitularle: “Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad”, se ha mantenido cierta tendencia conservadora pero consistente en asumir cambios semánticos de dicho tipo en el país.

Aunque todavía está pendiente una serie de definiciones puntuales para saber en qué consiste el *libre desarrollo de la personalidad* como nuevo bien jurídico protegible, sobre todo en aquellos delitos en donde el sujeto activo ejerce una conducta penalmente reprochable en contra de “personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo (Código Penal Federal reformado *dixit*)”.⁸

Por consiguiente, será necesario reflexionar en las siguientes páginas sobre el contenido esencial, la utilidad operativa y los límites que subyacen al *libre desarrollo de la personalidad* como una institución del derecho público multicitada en los últimos tiempos,⁹ pero bastante deficitaria en el tratamiento y comprensión por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional.¹⁰

⁸ Es el caso de la reforma al Código Penal Federal, publicada en *DOF* del 27 de marzo de 2008, cuyo título octavo se retituló bajo el nombre de “Delitos en contra del libre desarrollo de la personalidad”, entre los cuales se sitúan: Corrupción de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo; Pornografía de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo; Turismo Sexual en contra de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo; Lenocinio de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo; Trata de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo; y Provocación de un Delito y Apología de éste o de algún Vicio y de la Omisión de impedir un Delito que atente contra el Libre Desarrollo de la Personalidad, la Dignidad Humana o la Integridad Física o Mental.

⁹ Otro ejemplo de la *filia* por dicho concepto dentro del ordenamiento mexicano se tiene en la novedad normativa de su *constitucionalización* a través de la adición al artículo 19, que devino de la reforma publicada en *DOF* del 14 de julio 2011. Y que en la parte correlativa de las garantías procesal-penales reformadas, se expresa: “...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada... así como delitos graves en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

¹⁰ No el caso del excepcional trabajo doctrinal que logra un cometido pedagógico muy importante. Véase López Sánchez, Rogelio: “El tardío desarrollo de la dignidad humana y el

III. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. NOCIONES DESDE EL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

Comienzo por referir aquí a tres de los momentos constitucionales clave, presentados con posterioridad a la segunda guerra, en que se adoptan definiciones muy similares con respecto a una imbricación indisoluble entre conceptos como la *dignidad* y el *libre desarrollo de la personalidad*, dentro de la letra expresa de estas normas supremas:

— Ley Fundamental de Bonn de 1949, artículos 1 y 2

Artículo 1 (Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos humanos).

1. La dignidad del hombre es inalienable. Es deber de todas las autoridades del Estado, su respeto y protección.

2. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

Artículo 2 (libertad de acción, libertad de la persona)

1. Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

— Constitución española de 1978, artículo 10

Artículo 10

La dignidad de la persona, los derechos humanos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.

— Constitución de Colombia de 1991, artículo 16

Artículo 16

Todas las personas tienen el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Por lo que al sistema alemán respecta, ha sido la doctrina judicial quien tempranamente precisó esos elementos identitarios del *libre desarrollo de la per-*

libre desarrollo de la personalidad en el Estado constitucional mexicano”, *Revista Derecho en Libertad*, núm. 3, 2009, pp. 127 y ss.

sonalidad, a través de sentencias señeras del Tribunal Constitucional como la siguiente:

La Ley Fundamental quiso significar con el “libre desarrollo de la personalidad, no sólo el desarrollo al interior de cada área de la personalidad, que distingue la naturaleza del ser humano como persona de costumbres espirituales, ya que no sería comprensible cómo el desarrollo interior de ése ámbito pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del ordenamiento constitucional de una democracia libre.

... en tanto que con el libre desarrollo de la personalidad se garantiza la libertad general de actuar —en la medida que no viole los derechos de los otros o no vaya en contra de las buenas costumbres— el ordenamiento legal general que acata las normas formales y materiales de la Constitución, y que, por tanto, también tendrá que ser un orden legal constitucional.¹¹

En ese sentido, puede verse cómo la jurisprudencia de ese país ha dado una polivalencia argumentativa al *libre desarrollo de la personalidad*, en tanto que principio intrínsecamente relacionado con el principio de la dignidad humana. De ahí que haya extendido su comprensión hacia otros derechos fundamentales como el derecho a la propia imagen, o la autonomía para decidir la “divulgación y empleo de los datos personales”, o inclusive, para “ampliar o crear nuevos derechos, tal es el caso del derecho a la intimidad personal y familia, o el caso de los derechos difusos o colectivos”.¹²

Siguiendo la impronta interpretativa de Alemania, la doctrina y criterios del Tribunal Constitucional español se han fijado en distintas sentencias de forma bastante clarificadora, especialmente cuando se imputa una relación axiológica y material entre los conceptos de dignidad y libre desarrollo de la personalidad humana que derivan del artículo 10 del texto supremo ibérico antes citado.

De forma panorámica, atraigo del profesor López Sánchez una lista que sintetiza las decisiones del TC español en momentos distintos en que éste recurre a la fórmula alemana de *no instrumentalización* (*objektformel*), dentro de sus criterios de interpretación:

- a. La persona no puede ser patrimonializada; es sujeto, no objeto de contratos patrimoniales (STC 212/1996).

¹¹ Sentencia BVerfGE 253/256, Véase Schwabe, J. (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del TC Alemán*, trad. de Marcela Anzola Gil, Bogotá, Fundación KA, 2003, p. 20.

¹² Véase López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

b. El trabajador no puede ver subordinada su libertad mediante su consideración como “mero factor de producción” o “mera fuerza de trabajo” (STC 192/2003).

c. La persona no puede ser, en cuanto tal, mero instrumento de diversión y entretenimiento (STC 231/1988).

d. En el mismo sentido, la persona es convertida en mero objeto en los casos de agresión o acoso sexual (SSTC 53/19985 y 224/1999).

e. La dignidad impone que la asunción de compromisos u obligaciones tenga en cuenta la voluntad del sujeto, al menos cuando son de peculiar trascendencia, como la maternidad (STC 53/1985).

f. La dignidad impone que sea reconocida al sujeto la posibilidad de participar en procesos judiciales en los que atribuyen al sujeto graves responsabilidades penales, sin que pueda aparecer como mero objeto de dichos procedimientos (STC 91/2000).¹³

Por último, viene muy bien una breve alusión a lo acontecido con la misma materia en el constitucionalismo colombiano, en tanto que su Corte Constitucional ha mostrado preocupación constante por asentar de forma garantista tanto los componentes axiológicos como las reglas de interpretación conforme, estando de por medio la cuestión de la dignidad humana y del *libre desarrollo de la personalidad*.

Sin duda, además de la originalidad constructiva de su argumentación la Corte de este hermano país ha sido receptiva del andamiaje interpretativo avanzado por la doctrina europea (especialmente la del TC alemán), como se vislumbra en la breve consideración aquí citada de una de sus sentencias-paradigma:

El núcleo del libre desarrollo de la personalidad, se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuya a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana.¹⁴

En ese contexto, tiene relevancia que en las reiteradas veces que la Corte colombiana ha dictado criterios sobre el tema lo hecho de manera libertaria, ya que si bien la Constitución asume el *libre desarrollo de la personalidad* como derecho fundamental, el juez constitucional ha ido más allá al erigirle

¹³ *Ibidem*, p. 143.

¹⁴ Sentencia C- 481/1998.

también “como principio axiológico de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto que irradia su influencia en todos los derechos contenidos en la Constitución (...) De ahí que la propia Corte no pueda obviarlo cuando el asunto que se someta a su conocimiento toque la libertad en cualquiera de sus manifestaciones”.¹⁵

Lo anterior lleva a que los criterios de interpretación impacten con este concepto en distintas materias, tal como se ha visto en otra interesante Sentencia (C-221/1994), que relaciona el *libre desarrollo de la personalidad* con el principio de autonomía, además de vincular el fallo a otros derechos fundamentales como la intimidad en aspectos de la vida que sólo atañen al sujeto.

En esta resolución (que debatía la constitucionalidad de la dosis personal de estupefacientes introducida por la ley penal), como una primera consecuencia se expresa que será la propia persona, y nadie más por ella, quien debe darle sentido a su existencia y en consonancia con ello fijar un rumbo, un plan de vida. Lo cual ha sido útil para concluir que esto “equivale a que los asuntos que le atañen sólo pueden ser decididos por ella, pues cuando las decisiones o actuaciones de un individuo son controladas por otro al punto de que tales acciones o resoluciones no reflejen lo realmente querido por aquella, se estaría produciendo una injerencia o vulneración de su esfera de libertad individual, se lo estaría considerando un objeto. Una decisión por otra persona y sin su consentimiento (cuando ello es posible) no puede ser válida”.¹⁶

De la misma jurisprudencia de esa Corte sudamericana se ha polemizado en torno a si los niños, adolescentes o personas con *psique* disminuida, pueden o no ser tutelados por *el libre desarrollo de la personalidad*.¹⁷

Considero ocioso atizar dicha polémica, más cuando es indiscutida la conciencia contemporánea sobre las bases de un Estado social y democrático de derecho, que precisamente *ordinariza* principios como la dignidad e igualdad de todos, con prohibición de cualquier tipo de discriminación. De ahí que la internalización creciente del derecho convencional (el cual compele a la protección y tutela de los habitantes más desvaídos), junto con la

¹⁵ Del Moral Ferrer, Anabella, “El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Cuestiones Jurídicas*, vol. VI, núm. 2, julio-diciembre de 2012, p. 74.

¹⁶ Suárez Berrío, Andrés F., “Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana entre los años 1992 y 1997”, *Revista Dikaion*, núm. 8, 1999, p. 82.

¹⁷ A propósito de sentencias como la C-176/93 o C-221/94, que exigen la justiciabilidad con base en este derecho y principio superior del sistema colombiano sólo cuando “la persona tenga capacidad psíquica”, esto es, plena aptitud mental para “decidir sobre sus propios actos y elegir su destino”. Véase Del Moral Ferrer, Anabella, *op. cit.*, p. 79.

axiología rectora que atrae obligaciones de velar todos por el interés superior de las niñas y niños, nos reafirman en lo siguiente: éstos son titulares plenos de garantías para su *libre desarrollo de la personalidad*.

Por ello bien se ha dicho que:

Si alguna característica hace particulares y específicos a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos es precisamente el estar cobijados por unos derechos de acompañamiento y cuidado por parte de los adultos, ya que al considerarlos como sujetos en formación, la ley exige a todos los estamentos familiares, educativos, sociales y estatales unas acciones de responsabilidad tendiente a su protección y educación.¹⁸

Más que oportuno resulta atraer aquí una aportación de las múltiples dejadas por la querida profesora Rodríguez Jiménez en la doctrina (y qué mejor en este libro-homenaje muy merecido). Cuando en su pedagógico tratamiento del *interés superior del menor* (hecho en conjunción amistosa con la profesora González Martín),¹⁹ ella remarca que atrás quedó la época en que derechos de niños y niñas sufrieron menoscabo ante un incomprensible trato de incapacidad jurídica. Y que, siendo completamente protegibles por el marco ensanchado de normativas de orden nacional e internacional vigentes, hoy necesariamente se abre paso a que: “Una masa extensa de derechos inviolables, personales e irrenunciables que deben ser proclamados indubitablemente de todo menor”.

IV. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

AMPARO DIRECTO CIVIL 6/2008, RELACIONADO CON LA FACULTAD DE ATRACCIÓN 3/2008-PS.

Se trató de un conflicto de derechos de una persona transexual (que había cambiado su sexo masculino de nacimiento al femenino). Como bien se ha explicado ya el asunto,²⁰ el acto impugnado era una anotación marginal en su acta de nacimiento (por mandato del Código Civil del DF) a través del cual se establecía que había cambiado de identidad.

¹⁸ López Betancourt, Manuel E., El libre desarrollo de la personalidad, Documento consultable: <https://docs.google.com/document/d/>, 2010, pp. 2 y ss.

¹⁹ Me refiero a la obra de González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia (2011), *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 3 y ss.

²⁰ López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, pp. 148 y ss.

Entre otros derechos, la persona impetrante alegó que se vulneraron sus derechos a la intimidad, a la vida privada y a la propia imagen, así como su dignidad humana, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la salud, de acuerdo también con los propios ministros.

Por unanimidad de once votos, el pleno sostuvo con relación al libre desarrollo de la personalidad que:

Es en la *psique* donde reside el libre desarrollo de la personalidad jurídica, por referirse a las decisiones que proyectan la autonomía y la dignidad de la persona. La libertad protegida por el orden jurídico para garantizar el desarrollo digno de la persona, se vulnera cuando a ésta se le impide irrazonablemente alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida y escoger aquellas opciones que den sentido a su existencia. Del respeto al pluralismo, se desprende el libre desarrollo de la personalidad, reflejado en el marco de protección constitucional que permite la coexistencia de las formas más diversas de vida”.

En otra parte, el propio Tribunal admitió que:

Es cierto que, tratándose de la reasignación sexual, se producen diversos efectos, no sólo en el ámbito de la persona transexual, sino, como ser social, en sus relaciones con los demás, puesto que es indudable que existe una diversidad de consecuencias, en las que están en juego los derechos de terceros, así como el orden público, tales como las que se refieren al matrimonio, sucesiones, relaciones de trabajo, servicio militar, filiación, actos contractuales, antecedentes penales, etcétera, que requieren certeza. Sin embargo, tales derechos de terceros o el orden público, encuentran su protección y mantenimiento en diversos mecanismos legales que no importen el sacrificio o el riesgo de lesión de los derechos fundamentales del quejoso que, incluso, habiéndose sometido a una intervención quirúrgica, no podría alcanzar un bienestar general (equilibrio en todos los aspectos de su vida) y, por ende, el libre desarrollo de su personalidad, si no se le permite el cambio en los asientos registrales del dato referente a su sexo, a través del cual, logre concluir su nuevo aspecto con la realidad registral, lo que sólo puede lograrse con la expedición de nuevos documentos de identidad, así como con la protección de esa información frente a terceros, salvo los casos que expresa y limitativamente establezca el legislador, como ocurre, por ejemplo, en relación con el matrimonio, la adopción o los actos que hubiere realizado con anterioridad a la rectificación registral y de los que se desprendan obligaciones, deberes o responsabilidades de su parte.

Máxime que, en el caso concreto, sostener que debe permitirse la lesión a sus derechos fundamentales o que éstos deben sacrificarse ante los derechos

de terceros o del interés público, afectaría, de manera total, el núcleo esencial de estos derechos, privándolos de toda eficacia, en tanto no se trata de una molestia “menor”, sino de su completa anulación”.

En suma, estos criterios libertarios de la SCJN destacan al constituirse en la primera sentencia en que este tribunal ha abordado de forma expresa el *libre desarrollo de la personalidad*, además de vincularlo con una serie de derechos fundamentales. Y que felizmente ahí se coincidió en protegerles.

V. LA *DIGNIDAD HUMANA* Y EL *LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD*,
CON O SIN SEMÁNTICA RECONOCIBLE, EN LA CONSTITUCIÓN
ORIGINARIA DE 1917 Y EN SUS REFORMAS

Nada de exótico tiene referir aquí contenidos materiales muy claros sobre el *libre desarrollo de la personalidad* (en tanto que semántica de uso contemporáneo), y que aun sin *auto categorizarse*, subyacen como tal en el constitucionalismo mexicano desde inicios del siglo XX y que asimismo se han adoptado en el vigente. A saber, estos son:

Artículo 2 (DOF de 5 de febrero 1917)

Está prohibida la esclavitud en los EUM. Los esclavos del extranjero que entren a territorio nacional, alcanzarán, por ese sólo hecho, su libertad y protección de las leyes.

Artículo 5o.

Nadie puede ser obligado a prestar servicios personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto por la autoridad judicial (...)

...

El Estado no puede permitir que se lleve a cabo ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. (...)

Tampoco puede admitirse convenio en que el hombre pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

Artículo 20

En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

...

II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.

Con mínimas variantes de redacción o topografía, estas dimensiones de la libertad y dignidad humanas prácticamente se mantienen en términos parecidos en la Constitución mexicana vigente.

En momentos constitucionales más recientes, se han ido incorporando al Texto supremo otras definiciones directamente relacionadas con el objeto de nuestro estudio. Por ejemplo:

Adición al artículo 1o. (DOF de 04 de diciembre de 2006)

Párrafo cuarto

...

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

Modificación al artículo 103 (DOF de 06 de junio de 2011).

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación, resolverán toda controversia que se suscite.

I. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades que *violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales* de los que el Estado mexicano sea parte; (destacado nuestro)

II. ...

Adición al artículo 3o. (DOF de 10 de junio 2011).

...

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todos las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la

patria, *el respeto a los derechos humanos*, la conciencia de la solidaridad internacional... (destacado nuestro)

...

Modificación al artículo 3o. (*DOF* de 30 de diciembre de 1946).

II. a)...

b) ...

c) “Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y el respeto a la diversidad cultural, *la dignidad de la persona*, la integralidad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos”. (destacado nuestro)

Adición al artículo 4o. (*DOF* de 12 de octubre de 2011).

...

Párrafo 8°

En todas las actuaciones y decisiones del Estado se velará y cumplirá con el principio del *interés superior de la niñez*, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su *desarrollo integral*. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. (destacado nuestro)

Por último, como ya se ha visto en la nota marginal número 9, el artículo 19 constitucional tuvo una adición reciente para incorporar el *libre desarrollo de la personalidad* en el ámbito penal.

VI. TRASCENDIENDO A LA POLISEMIA DE LOS TÉRMINOS:
DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.
CLAVES PARA SU INTERPRETACIÓN GARANTISTA
EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

Si bien el objeto de este trabajo no es desentrañar la polisemia del término *dignidad*, queda claro que de él se ha ocupado históricamente variedad de estudios en los ámbitos ético, político, esotérico (ideologías de lo *íntimo*) o jurídico. De ahí la dificultad de pacificar la doctrina con terminologías tan plásticas.

Sin embargo, más allá de discusiones teóricas merece la pena destacar cómo la invocación práctica de términos y/o definiciones como *dignidad*

humana, libertades, derechos fundamentales, derechos humanos, garantías, libre desarrollo de la personalidad, autonomía, persona, etcétera, ya forman parte indisociable del constitucionalismo de última generación.

De esto da cuenta el amplio catálogo de invocaciones a dichos términos que se da tanto en el constitucionalismo comparado como en el doméstico que se encuentra vigente. También en el derecho convencional, en la doctrina de tribunales de órdenes distintos y en la propia academia, amén de que en aquellas voces se soporta la jerga cultural sobre los derechos cada vez diseminada en la sociedad.

Por ello supone una complicación menor coincidir con quienes afirman que la concepción moderna de la dignidad humana en el ámbito jurídico tiene en débito al pensamiento del filósofo europeo Inmanuel Kant “expresada en el sentido de ser ésta *un atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da*. Lo que quedaría sintetizado más tarde en la famosa máxima de “ninguna persona puede ser tratada como un medio, sino que tiene que ser en todo momento utilizada como un fin”. El aporte quizá más significativo de la filosofía kantiana, es el carácter de universalidad que le otorga a los derechos naturales. El concepto mismo del derecho *como la obligación universal de todos según las leyes universales* resume el imperativo categórico formulado en sus obras: *Fundamentos de la metafísica de las costumbres* y *Crítica de la razón práctica*.²¹

Sea que se sigan cláusulas y principios del derecho convencional, sea que se haga lo propio con el derecho nacional que igualmente vincula, siempre subsistirá la posibilidad para cualquier gobernado u operador jurídico en México de oponer el significado y las implicaciones garantistas de la dignidad humana. Dadas sus características de núcleo esencial y de identidad de toda libertad pública.

También, porque ésta se sitúa entre las principalísimas definiciones constitucionales (artículo 1 de la Constitución); y por tanto, es indistinto que la dignidad humana esté constitucionalizada en el último párrafo de dicho precepto, sino que lo destacable es su protección y tutela completa a partir de oponérsele a cualquier forma discriminatoria. Bondad clarificatoria que puede ser muy útil para guarecer derechos y libertades dentro del sistema constitucional mexicano, el cual adopta teóricamente un régimen bastante garantista de los derechos humanos.

Por tal razón, el listado de formas discriminatorias aludidas en la letra constitucional no pueden conformar *numerus clausus* alguno (siendo sólo criterio de orientación), sino que puede encontrarse en cualesquier otra que se

²¹ Véase López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, p. 139.

haya sometido y en el caso repruebe un *test* de constitucionalidad/legitimidad, bastando que se acredite una lesión o desvirtuación de la dignidad humana.

Precisamente, ésta es la utilidad del *libre desarrollo de la personalidad* que entra como principio y valor fundante y subsidiario de cualquier libertad o derecho fundamental en cuestión, en tanto que se compruebe que una autoridad, cualquier ciudadano o agente social con tolerancia o anuencia de aquélla, produjo interferencias o lesiones ilegítimas en la libertad de acción de otro. Con afectaciones directas o indirectas a su dignidad humana.

Dependerá de qué tipo de medios o formas se haya valido la autoridad o el agente interfiriente (violentos, fraudulentos, abusivos, omisivos, de aprovechamiento, de dominación, etcétera), para que el operador jurídico realice el testeo de legitimidad conductual y la correspondiente valoración del tipo de sanciones o formas indemnizatorias que sobrevendrán a la afectación de derechos y libertades fundamentales en el caso concreto.

De la adecuada articulación normativa y material del Estado social y democrático de Derecho dependerá, a su vez, la eficiencia y coherencia de las respuestas.

Para los casos concretos, la autoridad administrativa, el juzgador, el fiscal, el ombudsman (en sus variadas versiones) o las instancias de protección de víctimas y ofendidos, poseen entramados normativos y operacionales que teóricamente les facilita esa tarea protectora de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad humana.

Al legislador de cualquier orden competaría, en su caso, que el ordenamiento en abstracto cuente con garantías de aseguramiento de libertades y derechos fundamentales, así como los recursos concretos y útiles para el control de interferencias ilegítimas en la dignidad y el *libre desarrollo de la personalidad humana*.

También, al orden normativo (y sus intérpretes) tocaría fijar bien los límites para el ejercicio legítimo de esos derechos y libertades humanas que, de forma repetida se ha dicho, tienen de frontera tanto el ejercicio de los derechos de los terceros como el no quebrantamiento del orden y la convivencia públicos.

Por ello parece irrefutable la afirmación de que *la libertad no puede ser entendida como un permiso de actuación sin contenido, se es libre para hacer algo o no hacerlo*. Por tanto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad “garantizado según la propia Corte (colombiana) es la libertad general de actuar y, evidentemente, que esa facultad pueda ejercerla el individuo en cualquier ámbito, pues el hombre actúa en diferentes espacios: social, político, económico,

afectivo. De ahí que el núcleo esencial de este derecho proteja la libertad de acción”.²²

1. *Ideas para optimizar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad en ámbitos distintos del sistema constitucional mexicano*

De forma breve, haré ahora un repaso de ámbitos en los que los operadores jurídicos de nuestro país (principalmente justiciables y jueces) pueden fundar pretensiones, conceptos de validez o invalidez, o resolutivos con criterios garantistas. En otras palabras, que saquen provecho interpretativo de ambos conceptos (*dignidad y libre desarrollo de la personalidad*).

Los planteamientos se enunciarán sólo con fines expositivos, pero se sugiere ponerles a discusión reiterada para aumentar la creatividad doctrinal. A saber:.

a) *En los ámbitos del derecho civil y laboral*

Si bien ya hemos visto que la SCJN ha dado su mayor luz interpretativa en el ámbito civil, hay otras modalidades del ejercicio de derechos en el ámbito de la personalidad que aún aguardan una resignificación libertaria. Es el caso de la armonización de la igualdad material y de la equidad entre géneros para desterrar causales de divorcio decimonónicas (que reproducen roles androcéntricos, clasistas o discriminatorios); eliminar desventajas patrimoniales o contractuales; proscribir sobrecargas en obligaciones de maternidad/paternidad, etcétera. Además de anular interferencias en la dignidad humana, en aquellas legislaciones que legitiman la imposición de nombres degradantes, orden de apellidos sin libre albedrío, u otras disposiciones estigmatizantes en requisitos, trámites o gestión de datos personales.

Agréguese, además, que aun cuando existe una legislación constitucional garantista y añeja (que ya vimos, prohíbe las contrataciones laborales leoninas para salvar la dignidad humana y las libertades sociales desde 1917), en el mundo del trabajo persiste la tendencia de escatimar derechos de los más básicos. Claro está que el sometimiento a cláusulas depredadoras, inciertas, de renuncia de derechos, y precariedad en las percepciones o en la duración del empleo, como la permisividad de abusos entre quienes gestionan prestaciones sociales de trabajadores vulnerables (Afores, sindicatos, autoridades, corporaciones privadas), son netamente lesivas del Estado constitu-

²² Véase Del Moral Ferrer, Anabella, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

cional; por lo tanto, cabe expulsarlas desde cualquier ámbito de autoridad (administrativa, judicial, no jurisdiccional).

b) *En el ámbito del derecho penal*

Si bien ya reconocimos antes el esfuerzo del legislador para recategorizar el bien jurídico protegible en viejos “delitos contra la moral y buenas costumbres”, por “delitos contra el libre desarrollo de la personalidad” en el Código Penal Federal, así como también la alusión a la protección de este mismo desarrollo pero sólo de los niños, niñas y adolescentes tal como se prevé en la Ley general vigente en contra de los delitos de trata, considero necesario retomar a la definición de la legislación precedente (*Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas de 2007*).

Esto es, que siendo el bien jurídico protegible de este tipo de delitos *el libre desarrollo de la personalidad*, no se recomienda que la ley distinga edad, condición, origen u oriundez porque esto impide la universalización de su tutela y protección.

Por consiguiente, se propone aquí reformar el artículo 2 de la *Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de éstos Delitos*, así como cualquier legislación local (que haya seguido la ruta de esta Ley general) para volver a la forma garantista anterior.

Sin embargo, un cambio semántico de este orden tendrá mínimo impacto de no alcanzarse una revisión integral de códigos y leyes especiales del país (y de las entidades). Esto con el fin de eliminar instituciones distorsionadas, tipos penales, y disposiciones legales que colisionan con el sistema integral de derechos humanos.

En primer lugar, despedirse de figuras como el arraigo y los elementos del indebido proceso penal que están previstos en las legislaciones contra delitos graves y de delincuencia organizada, seguido de modificar esa política criminológica inservible como es el incremento constante de sanciones en los tipos penales, sin previamente medir su correlato en el desastre del sistema de ejecución de penas. Que se evidencia en la cruda realidad.

De la misma manera, es muy importante que el legislador nacional y local (o los jueces de control) se deshagan de esa diversidad de tipos penales que llevan un dejo o contenidos asimétricos de responsabilidad penal entre un género y otro; o de irracionalidad en causas excluyentes (caso de legislaciones que habilitan éstas cuando el cónyuge varón asesina a la mujer sorprendida en adulterio); o discrecionalidades abusivas para que la autoridad prosecutora o juzgadora infrinja violaciones a los derechos humanos, sin sanción ninguna.

En el ámbito local, se precisa igualmente que más de dos decenas de legislaturas abroguen ya sus delitos de difamación, calumnias e injurias para incardinarles únicamente como faltas de responsabilidad civil, tal y como ocurre desde el año 2007 a nivel nacional y en una parte de ordenamientos del país y, desde el remoto año de 1838, en países como Gran Bretaña. Lo cual supone la maximización de la esfera de libertades como las de expresión, seguido de *discriminalizar* excesos punitivos.

Precisamente, para que no haya más dudas de la configuración tardía del Estado democrático en nuestro país, igualmente parece indispensable reformular los tipos de delitos políticos como la *traición a la patria* y otros (artículos 123 al 138 CPF) o directamente desconfigurar aquellos tipos que sancionan *ultrajes de palabra, obra y (casi) omisión al respeto a símbolos patrios* (escudo, bandera e himno nacionales, protegidos con exceso en previsiones de los artículos 191 y 192 CPF). Bastaría con revisar la genética autoritaria de las épocas en que se concibió o reconcibió dicha legislación *patriotera* de los símbolos patrios: DOF 4 de mayo de 1943, preguerra mundial; DOF 17 agosto 1968; y DOF 24 de febrero de 1984, para que el legislador democrático pueda enorgullecerse de abrogarlas.

En un sano juicio de ponderación y de equilibrio con el principio de proporcionalidad, nadie podría defender hoy una normativa de corte fascista negadora del pluralismo político, social y cultural. Otra cuestión es su regulación como faltas administrativas leves.

c) *En el ámbito de la ciudadanía*

Con apoyo en la interpretación más garantista de las libertades políticas —que estime la valía de instituciones que son objeto del presente trabajo— es hora de revisar la pertinencia de mantener, en sus términos, regulaciones o comportamientos obsoletos como estos:

- Criterios xenofóbicos o discriminadores en los requisitos de elegibilidad del titular del Poder Ejecutivo Federal o de representación popular en el Congreso u otros cargos públicos. Que infortunadamente están en la propia Constitución o en normativas inferiores (caso de concursos endógenos de acceso a la carrera judicial federal, que son ilegítimos).
- Disposiciones de contenido discriminatorio y lesivas de la dignidad humana para la suspensión de derechos ciudadanos “por vagancia y ebriedad consuetudinaria”, como las previstas en el art. 38 fracción IV constitucional.

- Criterios de ordenación interna de oficinas públicas o privadas que exigen determinada forma de vestimenta a empleados o visitantes. En tanto que flagrantemente violan el principio de *libre desarrollo de la personalidad*.
- Exigencias irracionales dentro de establecimientos educativos (públicos o privados) para uniformar grupos de estudio por género, cortes de pelo, apariencia estética, formas textiles, etcétera y que acaban en amenazas o cumplimiento de expulsiones.

Para finalizar sostengo solamente que, en cada uno de los ámbitos vistos con anterioridad, con mayor o menor intensidad laten intrusiones en la dignidad y *libre desarrollo de la personalidad*.

Entonces, queda mucho quehacer a la espera.

CAPÍTULO VII
CLAROSCUROS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
SOBRE DERECHOS HUMANOS: A PROPÓSITO
DE UN CASO DE (DES)IGUALDAD
Y PROPORCIONALIDAD EN MÉXICO

Imer B. FLORES*

SUMARIO: I. *Prólogo*. II. *Igualdad y discriminación*. III. *Amparo en revisión 543/2003*. IV. *Análisis crítico de la resolución y del principio de proporcionalidad*. V. *Epílogo*.

I. PRÓLOGO

Aportar un granito de arena a este merecido homenaje a la querida colega y amiga me ofrece la ocasión propicia para revisar —y hasta actualizar— un texto¹ cuyo argumento central fue enriquecido por sus comentarios de “primera mano” y en “primera persona”. Lo anterior dada sus calidades y capacidades no solamente como experta en los temas de derecho internacional “privado” y de derechos humanos sino además como extranjera casada con un nacional.

Cabe advertir que la jurisprudencia constitucional en materia de derechos humanos en México está llena de claroscuros. Como dicen que para muestra basta un botón, me permito apuntar al hecho de que hasta hace muy pocos años el debate sustantivo sobre la constitucionalidad, en general, y los derechos humanos, en particular, había sido prácticamente inexistente.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; profesor de la Facultad de Derecho, UNAM; Tutor del Posgrado en Derecho, UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Correo electrónico: *imer@unam.mx*. Twitter: *@imerbflores*.

¹ Véase Flores, Imer B., “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas): a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población”, en Torre Martínez, Carlos de la (coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, UNAM, 2006, pp. 263-306.

La cuestión era que los artículos 14 y 16 de la Constitución general de la República, mismos que encarnan los principios de legalidad y de audiencia, y que como tales representan aspectos más de forma que de fondo, funcionaban —conforme a una afortunada metáfora de Héctor Fix-Fierro— como una especie de “hoyos negros” que atrapaban todo y no dejaban escapar ni salir nada o casi nada. En palabras del mismo Fix-Fierro: “Seguramente muchas cuestiones de constitucionalidad no fueron planteadas por los litigantes, ni resueltas por los jueces, porque existía siempre la posibilidad de plantearlas y examinarlas en términos de los artículos 14 y 16 constitucionales, es decir de las garantías de audiencia y legalidad”.²

Así, a nadie le debe sorprender que la jurisprudencia constitucional en materia de derechos humanos en México esté todavía en procesos de construcción y que tenga tanto debilidades como fortalezas. Al grado tal que un mismo asunto —aunque pueda parecer contradictorio y hasta paradójico— sirva para ilustrar unas y otras, tal y como sucede con el caso de comento, *i.e.* el amparo en revisión 543/2003.³ En este caso, una mayoría de tan solo cinco ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los nueve que participaron en la sesión, al encontrarse un ministro de licencia y otro ausente, se pronunciaron por la constitucionalidad del entonces artículo 68 de la Ley General de Población, mismo que especificaba que los jueces u oficiales del Registro Civil deberían exigir la “autorización” de la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración, para que los extranjeros puedan contraer matrimonio con nacionales.

Es conveniente destacar que dicho artículo, entre muchos otros más, fue derogado por el Decreto por el que se expidió la Ley de Migración y se reformó, derogó y adicionó diversas disposiciones de la Ley General de Población, entre otros ordenamientos, publicado en el *Diario Oficial de la Federa-*

² Véase Fix-Fierro, Héctor, “Capítulo V. Poder Judicial”, en González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio, *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 2000, p. 178. Véase también su ponencia intitulada “¿Intereses o derechos? Interpretación constitucional y activismo judicial en México” presentada en el Congreso Internacional de Derecho Constitucional y IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en la ciudad de México, el miércoles 8 de febrero de 2006.

³ Véase, por ejemplo, Courtis, Christian, “Legislación y políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino”, en Torre Martínez (coord.), *loc. cit.* en la nota 1, México, UNAM, 2006, pp. 231-262 (en especial, pp. 249-262), y Flores, “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas...)”, *cit.* en la nota 1, pp. 263-306 (en especial, pp. 281-305).

ción del 25 de mayo de 2011.⁴ Al respecto, la derogación de este artículo, con o sin razón, viene a zanjar la discusión a favor de quienes les “Parece obvio que el establecimiento del requisito de pedir permiso a la Secretaría de Gobernación para casarse cuando uno de los contrayentes es extranjero significa un menoscabo de la libertad de casarse establecida sobre la base de su origen nacional”.⁵

En mi opinión, el hecho de requerir tal autorización, permiso o como se le quiera categorizar, no es inconstitucional por sí misma, pero sí lo sería si la autoridad lo llega a negar fundado exclusivamente en la nacionalidad del extranjero en cuestión, como veremos más adelante. No obsta lo anterior para sugerir que ese artículo —en otra porción normativa— y otros de la misma Ley General de Población, así como de otros ordenamientos, son —o eran— de dudosa constitucionalidad pues parecen suponer que los extranjeros están ilegalmente en el país o bien que su presencia podía ser considerada como inconveniente —y hasta pernicioso— para el país, al grado de que podrían ser expulsados sin necesidad de respetar los principios de garantía de audiencia y de legalidad.

II. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN

Es ya un lugar común afirmar que la igualdad es una fórmula tan vacía (y por eso mismo celebrada), como la que concibe a la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”, al definirla a partir de la noción aristotélica de justicia como “el deber de tratar igualmente a los iguales” y “desigualmente a los desiguales”.⁶ Para reforzar este punto baste recordar que la palabra ‘igualdad’ anota “calidad de igual” e ‘igual’ “que no difiere de otro o que tiene la misma clase, condición, etcétera”. De igual forma, el término ‘desigualdad’ connota “calidad de desigual” y ‘desigual’ “que no es igual, sino diferente”.

Por su parte, Amartya Sen afirma que la cuestión central en el análisis y valoración de la igualdad es preguntar: ¿igualdad de *qué*? Así, advierte que

⁴ El Decreto está disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5190774&fecha=25/05/2011 (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

⁵ Courtis, “Legislación y políticas antidiscriminatorias en México...”, *cit.* en la nota 2, p. 254.

⁶ Véase Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1983, libro V, capítulo III, p. 110. Véase también Guibourg, Ricardo A., “Igualdad y discriminación”, *Doxa*, núm. 19, 1996, p. 89; Westen, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, enero de 1982, pp. 537-596, y *Speaking Equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

no hay un concepto unívoco de igualdad porque de una u otra forma todas las corrientes filosóficas-teóricas o posturas ético-normativas postulan igualdad de *algo*: ‘igualdad de x ’.⁷ De esta manera, si bien todas las corrientes son igualitarias en algún sentido, el problema es que por el mismo hecho el ser igualitario al demandar igualdad de una de las variables, implica forzosamente el ser no-igualitario con respecto a otra. Con lo cual cada concepción al buscar alguna *igualdad central* acepta algún tipo de *desigualdad periférica*. En otras palabras, admite algún tipo de igualitarismo al mismo tiempo que rechaza otro.⁸

En este orden de ideas, claro está como lo sentenció Douglas Rae que no hay una igualdad sino muchas igualdades y que, en consecuencia, no hay una desigualdad sino muchas desigualdades.⁹ En este mismo sentido, está claro como lo señaló Michael Walzer que no se trata de una “igualdad simple” sino de una “igualdad compleja” que involucra una pluralidad de criterios distributivos, a saber: libre intercambio, mérito y necesidad, los cuales han dado lugar a lo que conocemos como las esferas de la justicia.¹⁰

Por su parte, Sen recuerda que —a pesar de la diversidad y/o pluralidad de variables a partir de las cuales se pueda dar respuesta a la pregunta igualdad de qué— los seres humanos son bastante heterogéneos entre sí. Al respecto, baste aludir al hecho de que cada uno tiene infinidad de características externas e internas o personales;¹¹ y traer a colación el *Discurso sobre el origen de la desigualdad* de Jean Jacques Rousseau:¹²

Concibo en la especie humana dos clases de desigualdades: la una que considero natural o física, porque es establecida por la naturaleza y que consiste en la diferencia de edades, de salud, de fuerzas corporales y de las cualidades del espíritu o del alma, y la otra que puede llamarse desigualdad moral o política, porque depende de una especie de convención y porque está establecida o al

⁷ Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992, pp. xi y 12.

⁸ *Ibidem*, pp. ix-x, y 19.

⁹ Véase Douglas Rae, *Equalities*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981.

¹⁰ Véase Walzer, Michael, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, Basic Books, 1983, pp. 17 y 21 (hay versión en español: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.) Véase también Miller, David y Walzer, Michael (eds.), *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

¹¹ Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, cit. en la nota 7, pp. ix-x, y 19.

¹² Rousseau, Jean Jacques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Bogotá, Ediciones Universales, s.f., p. 26 (publicación original: 1755)

menos autorizada, por el consentimiento de los hombres. Esta consiste en los diferentes privilegios de que gozan algunos en perjuicio de otros, como el de ser más ricos, más respetados, más poderosos o de hacerse obedecer.

Para responder a estas desigualdades, pero sobre todo a las del segundo tipo, *i.e.* a las morales o políticas, se ha tratado de garantizar diferentes tipos de igualdad desde la económica, la política, e inclusive la social hasta la jurídica. Ahora bien, ante la imposibilidad de que la igualdad sea absoluta en *todo* y para *todos*, en un Estado constitucional y democrático de derecho la igualdad que es y debe ser garantizada para todos por igual es esta última, la cual puede adoptar dos formas distintas: 1) igualdad *ante* la ley y 2) igualdad *en* la ley.

La primera como —*igualdad formal*— garantiza que todos serán tratados de la misma manera con imparcialidad como destinatarios de las normas jurídicas (*isonomía*); y la segunda como —*igualdad material*— autoriza que el contenido de la ley sea ajustado para que todos puedan gozar de ella en igualdad de condiciones, *i.e.* igualdad de oportunidades y/o de respeto (*isotimia*). Ahora bien, en un Estado constitucional y democrático de derecho es importante garantizar además la igualdad, en general, en los derechos políticos o libertades públicas (*isopoliteia*) y, en particular, en el derecho o libertad de expresión (*isegoria*).

Ahora bien, es innegable que los conceptos de “igualdad” y de “discriminación” están estrechamente entrelazados entre sí. De hecho, como hemos visto, afirmar la igualdad en un sentido implica negarla en otro al admitir algún tipo de desigualdad. En este sentido, aquellas desigualdades que derivan de una diferenciación o distinción justificada son y deben ser admitidas y aquellas que deriven de una diferenciación o distinción injustificada son y deben ser rechazadas. Para estas últimas reservamos el uso de la palabra “discriminación”.

El problema es que la noción aristotélica de justicia, *i.e.* “Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, ha dado lugar a una paradójica concepción de la igualdad desigual que ciertamente no es igualitaria y que acaba por justificar todo tipo de discriminaciones subjetivas, desproporcionadas e irrazonables, mismas que resultan ser injustificadas. Este claroscuro es correctamente diagnosticado por Eric Arthur Blair, bajo el pseudónimo de George Orwell, en su fábula anti-utópica *Rebelión en la Granja*: donde denuncia con su celeberrima antilogía o endiádis que la gran idealidad “Todos los animales son iguales” ha dado lugar a una cruda realidad: “... pero algunos animales son más iguales que otros”.

De igual forma, el vocablo “discriminación” está afectado por la ambigüedad proceso-resultado y como tal denota “acción y efecto de discrimi-

nar” y “discriminar” tiene dos acepciones: 1) “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra” y 2) “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad, generalmente por motivos raciales, religiosos, políticos o económicos”. En este orden de ideas, hay al menos dos sentidos de la palabra ‘discriminación’, uno positivo y justificado que implica “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra” y otro negativo e injustificado que indica “dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad...”. Así que la discriminación no es buena ni mala por sí sola. En pocas palabras, lo que se prohíbe no es la diferenciación o distinción *per se* sino aquella discriminación que da un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, económicos o cualesquiera otros fundados en meros prejuicios.

Lo que está en el fondo de la discusión es una cuestión —válgase la expresión— de discriminar, *i.e.* cuando la discriminación es objetiva, razonable y proporcional, es decir relevante, y cuando no lo es al ser subjetiva, irrazonable y desproporcional, esto es irrelevante. O bien, cuando es positiva y justificada y cuando es negativa e injustificada. De hecho, parece ser que una de las mejores formas de combatir la discriminación en su sentido negativo e injustificado al tratar de revertir sus efectos perniciosos requiere de alguna forma de discriminación en su sentido positivo y justificado, *i.e.* diferenciación o distinción, como lo propuso John Rawls con su “principio de la diferencia”:¹³

Dando por establecido el marco de las instituciones requeridas por la libertad igual y la justa igualdad de oportunidades, las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas si y solo si funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad. La idea intuitiva es que el orden social no ha de establecer y asegurar las perspectivas más atractivas de los mejor situados a menos que el hacerlo sea en beneficio de aquellos menos afortunados.

De este modo, a la discriminación negativa e injustificada podemos contraponer la positiva y justificada, como lo es la llamada “discriminación inversa” a través de los programas de acción afirmativa o positiva.¹⁴ Es más,

¹³ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971 (hay edición revisada: 1999, y versión en español: *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979), § 13, p. 75 (pp. 65 y 97).

¹⁴ Véase Dworkin, Ronald, “Reverse Discrimination”, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1978, pp. 223-239 (hay versión en español: *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona Ariel, 1984.) *A Matter of Principle*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 291-331. Véase también Gonzá-

en la doctrina y en los foros internacionales muchas veces se utiliza la palabra ‘discriminación’ para referirse al sentido negativo e injustificado y los vocablos ‘diferenciación’ o ‘distinción’ para referirse al sentido positivo y justificado. Baste aludir a la Opinión Consultiva 83/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en su párrafo 84 dice a la letra:¹⁵

84. En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos *distinción* y *discriminación*. El término *distinción* se empleará para lo *admisible*, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La *discriminación* se utilizará para hacer referencia a lo *inadmisible*, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

En este sentido podemos afirmar sin temor a equivocarnos que hoy por hoy, los Estados constitucionales y democráticos de derecho, por un lado, prohíben —o tratan de prohibir— las formas negativas e injustificadas de discriminación y, por el otro, permiten las formas positivas y justificadas de discriminación, a las que llamamos diferenciación o distinción, e inclusive requieren a veces de éstas para nivelar el terreno al tratar de corregir desigualdades existentes.

En el caso de México no fue sino hasta que en el marco del Decreto de reforma a la Constitución en materia indígena, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto del 2001, en la cual se incluyó expresamente la prohibición a la discriminación.¹⁶ Al respecto habría que decir que a partir de dicha reforma el artículo 1o. de la Constitución general de la República contó con una mejor sistematización al incluir junto a su original párrafo único referido al *principio de igualdad* con dos cláusulas formales de igualdad: una vieja —el otrora único párrafo del artículo 2o. constitucional— referente al *principio de prohibición de la esclavitud* y otra nueva relativa al *principio de prohibición de la discriminación*.

De esta forma, en aquel entonces en un mismo artículo quedaron incluidos tres principios igualitarios: uno en el párrafo primero, a partir de la prescripción de que “*todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución*”, *i.e.* igualdad de garantías y de derechos, y los otros dos *contra-*

lez Martín, Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en Torre Martínez (coord.), *loc. cit.* en la nota 1, pp. 307-367.

¹⁵ OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Serie A, No. 18 (el énfasis es original).

¹⁶ El Decreto está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/rc151.pdf> (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

rio sensu de la prohibición tanto de la esclavitud en el párrafo segundo como de la discriminación en el tercero. Ahora bien, esta última proscripción estableció:

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

Sin duda alguna, la adopción expresa de esta cláusula formal de igualdad —contenida típicamente en las convenciones, declaraciones o tratados en materia de derechos humanos— al prohibir toda discriminación representa por sí sola un gran avance al beneficiar no solamente a las etnias o pueblos indígenas sino a todos por igual: ateos y religiosos, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, menores y mayores, nacionales y extranjeros, pobres y ricos... Ahora bien, dicha cláusula fue modificada con posterioridad en dos ocasiones por sendos decretos de reformas a la Constitución, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de diciembre de 2006, para evitar *ex profeso* la expresión equívoca de “capacidades diferentes” al reemplazarla por la de “discapacidades”,¹⁷ y del 10 de junio de 2011 —en el marco de la reforma a la Constitución en materia de derechos humanos— para explicitar con todas sus letras que las “preferencias” eran las “preferencias sexuales”.¹⁸ Por cierto, en el marco de esta última reforma, la cual además de modificar los párrafos primeros y tercero, al añadir dos párrafos, ahora segundo y tercero, recorrió el orden de los ya existentes. Con lo cual el párrafo en cuestión pasó a ser el quinto párrafo:

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

¹⁷ El Decreto está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/04122006B.pdf> (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

¹⁸ El Decreto está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/10062011r.pdf> (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

III. AMPARO EN REVISIÓN 543/2003

1. *Antecedentes*

Un nacional y una extranjera —a los que llamamos *Patrius* y *Peregrina*— interpusieron una demanda de amparo el 24 de julio de 2002 en contra de las *autoridades responsables* de la aprobación, sanción, promulgación, publicación y refrendo de la Ley General de Población y más concretamente de los artículos 67 y 68, así como de la resolución fechada el 3 de julio de ese mismo año, la cual constituyó el primer acto de aplicación de la misma en su perjuicio como *leyes o actos reclamados*. De igual forma, invocaron como garantía violada la consagrada en el otrora tercer párrafo —ahora quinto— del artículo 1o. de la Constitución, porque el juez del Registro Civil se negó a celebrar el matrimonio porque los solicitantes no exhibieron la “autorización” que para tal efecto debía otorgar la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración, de acuerdo con lo previsto en aquel entonces por la Ley General de Población.

Antes de continuar es conveniente reproducir los artículos impugnados tal y como estaban en vigor:

Artículo 67. Las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces y los corredores de comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, y que en los casos que establezca el Reglamento, acrediten que su condición y calidad migratoria les permiten realizar el acto o contrato de que se trate, o en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. En los casos que señale el Reglamento, darán aviso a la expresada Secretaría en un plazo no mayor de quince días, a partir del acto o contrato celebrado ante ellas.

Artículo 68.- Los jueces u oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto en que intervenga algún extranjero, sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país, excepto los registros de nacimiento en tiempo, y de defunción, en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley. Tratándose de matrimonios de extranjeros con mexicanos, deberán exigir además la autorización de la Secretaría de Gobernación.

En todos los casos deberán asentarse las comprobaciones a que se refiere este artículo y darse aviso a la Secretaría de Gobernación del acto celebrado.

Los matrimonios y divorcios entre mexicanos y extranjeros se inscribirán en el Registro Nacional de Extranjeros, dentro de los treinta días siguientes a su realización.

2. Argumentos del juez cuarto de distrito en materia administrativa

El juez cuarto de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, a quien por razón de turno le tocó conocer el asunto, concluyó en un punto resolutivo único que lo conducente era negar el amparo y la protección de la justicia federal a *Patrius* y *Peregrina* por lo expuesto en su considerando cuarto. En sus consideraciones comenzó por recordar que los solicitantes del amparo aducían básicamente que los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población eran inconstitucionales al violar el principio de igualdad consagrado en el artículo 1o. de la Constitución general de la República al establecer que los extranjeros para contraer matrimonio deberían contar con “autorización” de la Secretaría de Gobernación, lo cual no sucedía en el caso de los nacionales, y en consecuencia violentaba el principio de no discriminación.

Después de transcribir los artículos impugnados, así como el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, el juez advirtió que para poder atender el concepto de inconstitucionalidad era necesario aludir a una tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte:¹⁹

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares *que se encuentren en la misma situación* deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello *no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo*, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un bene-

¹⁹ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 1a. C./2001, México, diciembre, 2001, Novena Época t. XIV, 192 (el énfasis es original).

ficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S. A. de C. V. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

Así, el juez cuarto, con base en este criterio, afirmó que la finalidad del concepto de igualdad jurídica es que todos aquellos sujetos que se encuentren en circunstancias idénticas ante la norma no tengan que soportar un perjuicio desigual e injustificado. De lo anterior resulta, que todos aquellos gobernados que satisfacen con absoluta igualdad las condiciones que la propia ley señala, serán iguales ante ésta, lo que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que quienes se ubican en similar situación de hecho.

A continuación aludió al hecho de que los quejosos aducían como inconstitucional la condición establecida en los artículos impugnados, la cual exigía a los extranjeros que pretendían contraer matrimonio con un nacional obtener la “autorización” que al efecto debería otorgar la Secretaría de Gobernación, a fin de corroborar que el extranjero podía celebrar tal acto, toda vez que la consideraban como violatoria de la garantía de igualdad prevista en la Constitución general, al no requerir la misma condición a los nacionales que pretendían contraer matrimonio entre sí.

Un poco más adelante alegó que la condición no es violatoria de la garantía de igualdad porque el extranjero que quiere contraer matrimonio con un nacional no se encontraba en una circunstancia idéntica a la de los nacionales que pretenden hacerlo entre sí y para ello citó en primerísima instancia el artículo 33 constitucional en sus términos originales:²⁰

²⁰ Como es sabido este artículo fue modificado por primera y única vez en el marco de la reforma a la Constitución en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011, ya citada, para reconocer de manera explícita el principio de garantía de audiencia de los extranjeros y de modo implícito el principio de legalidad:

“Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”.

Artículo 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Después el artículo 30:

Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización; y,

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B). Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Al punto que el juez de Distrito argumentó que no existía igualdad de condiciones entre los dos nacionales que pretenden contraer matrimonio y el extranjero que pretende hacerlo con un nacional, pues la misma condición de extranjería de aquél lo sujeta a reglas que implican:

El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

[E]l sometimiento al control y vigilancia por parte del Estado, la cual aceptaron al introducirse en el territorio nacional, situación que de ninguna forma implica una violación al derecho que dicha persona tienen de gozar de las garantías individuales que goza un nacional, sino que constituye el sometimiento a una regulación distinta, pero con respeto a dichas garantías.

De lo anterior resulta que existe una diferencia entre el matrimonio que se pretende celebrar por los quejosos y aquel que se celebra entre nacionales, dada la calidad migratoria de los primeros, por lo que la condición que se establece en la ley reclamada para la celebración del matrimonio con un extranjero no es transgresora del principio de igualdad, en comparación con los nacionales, en mérito de que se trata de situaciones distintas.

Es más, aseguró que al celebrar el matrimonio no solamente se cambia el estado civil de una persona sino que en el caso de un extranjero además se puede provocar un cambio en su calidad migratoria. Por esta razón consideró que si el “Estado tienen la facultad de conceder o negar la entrada al país de los extranjeros y por ende es quien otorga las calidades migratorias de que éstos gozan”, para que se pueda alterar dicha calidad migratoria —con motivo de un matrimonio— es necesario tener la “avenencia de la autoridad migratoria, ya que fue ella la misma quien permitió su internación al territorio nacional y otorgó [al extranjero] la calidad de inmigrante”.

Por ello, concluyó: “no se estima contraria al Pacto Federal, la condición que establecen los artículos que se impugnan”. No obstante, para reforzar el punto aseveró: “la referida autorización de ninguna forma constituye una prohibición para realizar el acto jurídico que se pretende, en este caso el matrimonio, sino es una medida de control en materia migratoria, específicamente relacionada con la estancia de los extranjeros”. Así, apuntó:

[N]o existe transgresión a la garantía de igualdad a que alude el quejoso, en cuanto a que los artículos impugnados establecen que para contraer matrimonio un extranjero con nacional se deba recabar la constancia de la autoridad correspondiente, lo que no sucede en caso de nacionales, pues evidentemente se esta (*sic*) ante supuestos distintos y además porque la celebración del matrimonio puede influir en un cambio en la calidad migratoria del gobernado, situación que constitucionalmente le compete determinar a la propia autoridad.

Asimismo, asentó: “tampoco existe transgresión a la garantía de igualdad... en cuanto a que al no establecer la propia Constitución que los extranjeros para contraer matrimonio con nacional deben contar con la autorización” a que se refieren los artículos impugnados de la Ley General de Población, puesto que la misma Constitución, en su artículo 30, estipula

que mediante el matrimonio de un extranjero con un nacional, aquél puede adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización al cumplir “con los demás requisitos que al efecto señale la ley”.

En consecuencia, el juez Cuarto de Distrito resolvió: “al ser infundados los conceptos de violación aducidos por la parte quejosa, procede negar el amparo y protección de la Justicia Federal solicitados, respecto de los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población, mismo que se hace extensivo a los actos de aplicación, al no impugnarse por vicios propios”.

3. *Contraargumentos de los recurrentes: Patrius y Peregrina*

Los quejosos —*Patrius* y *Peregrina*— inconformes con la sentencia dictada interpusieron el recurso de revisión, en el cual básicamente contra-argumentaron dos cosas:

a) Aplicación indebida de los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población, a partir de una incorrecta interpretación del artículo 33 constitucional, por parte del juez de Distrito y, con anterioridad, del juez del Registro Civil, la cual no sólo conculca en su perjuicio la garantía genérica de igualdad contenida en el artículo 1o. de la Constitución general sino también es discriminatoria, al requerir que los extranjeros para contraer matrimonio con los nacionales deban contar con la “autorización” previa de la Secretaría de Gobernación, lo cual no sucedía en el caso de los matrimonios entre nacionales o entre extranjeros; y

b) Regulación excesiva de la vida privada hasta el extremo de que sea la autoridad la que determine si hay “autorización” o no para celebrar un negocio jurídico de la naturaleza del matrimonio, con lo cual se podría llegar al absurdo de que la voluntad de los contrayentes se viera frustrada por una negativa de la autoridad migratoria, para realizar un acto de naturaleza eminentemente personal y privada.

4. *Considerandos y resolutivos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*²¹

El Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al cual por turno le tocó conocer el caso, admitió el recurso de revi-

²¹ Hay un extracto de los Considerandos cuarto y quinto en *Los Derechos Humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, t. I, pp. 153-156, y está disponible en: http://hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2010/DH%20en%20actividad%20de%20la%20SCJN_1.pdf (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

sión y lo registró como R.A. 409/2002; ordenó correr traslado al Ministerio Público Federal y resolvió el 5 de marzo de 2003: primero, sobreseer el juicio de garantías por lo que hace al presidente de la República, y segundo, dejar a salvo la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y remitir los autos a ésta.

Así, la Suprema Corte de Justicia, primero, asumió el 19 de marzo de 2003 la competencia originaria para conocer del recurso interpuesto, el cual fue registrado como amparo en revisión 543/2003 y, finalmente, en la sesión del 20 de abril de 2004, por una mayoría de cinco votos contra cuatro, resolvió: primero, modificar la sentencia recurrida; segundo, sobreseer el juicio respecto del artículo 67 de la Ley General de Población y, tercero, negar el amparo y la protección de la justicia federal en contra del artículo 68 de la ley citada.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Considerando cuarto precisó, después de citar los dos artículos impugnados, que en realidad solamente se impugna la constitucionalidad del segundo, a saber el 68 de la Ley General de Población y, en su Considerando quinto, procedió a analizar la constitucionalidad del mismo.

Por una parte, en el Considerando cuarto la Suprema Corte anotó que el artículo 67 impugnado establece el *requisito genérico* de contar con el *permiso especial* de la Secretaría de Gobernación para realizar algún acto o contrato ante cualquier autoridad del país, cuando los extranjeros no acrediten que su condición y calidad migratoria les permite celebrar el acto o contrato de que se trate. En cambio, el artículo 68 reclamado estipula el *requisito específico* de contar con la *autorización* de la Secretaría de Gobernación para el caso de matrimonio de extranjeros con mexicanos.

En el caso concreto, lo que fue tildado de inconstitucional era el requisito específico, es decir la “autorización” para celebrar un matrimonio, y no el requisito genérico, esto es el permiso especial para realizar algún acto o contrato. En consecuencia, se actualizó la causa de improcedencia prevista en ese momento por la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo, respecto al artículo 67 de la Ley General de Población, ya que tal precepto aunque fue citado en la resolución del juez del Registro Civil que contienen la negativa a celebrar el matrimonio no fue aplicado ni afecta el interés jurídico de los quejosos. Por lo cual, sobre este punto, procedió sobreseer con fundamento en la fracción III del artículo 74 de la Ley de Amparo, y en apoyo a lo anterior cita la tesis: “LEYES HETEROAPLICATIVAS, AMPARO CONTRA. PARA QUE SE DEMUESTRE QUE SE APLICARON NO BASTA QUE

SE CITEN LAS NORMAS RECLAMADAS, SINO QUE ES NECESARIO QUE SE ACTUALICEN LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN ELLAS”.²²

Por otra parte, en el Considerando quinto la Corte apuntó, al analizar la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley General de Población, que los jueces u oficiales del Registro Civil para poder celebrar actos en los que intervengan extranjeros deberían exigir de éstos:

- 1) La *comprobación* previa de su legal estancia en el país, con excepción de los registros de nacimiento en tiempo y de defunción; y
- 2) La *autorización* de la Secretaría de Gobernación, en el caso de matrimonios con mexicanos.

Es este último requisito el que los quejosos impugnan de inconstitucional por estimar que violaba el principio de igualdad consagrado en el artículo 1o. de la Constitución general. Al respecto argumentaron que la disposición reclamada no trata igual a los iguales y exige requisitos mayores de los previstos en el Código Civil para el Distrito Federal, que establece como únicos requisitos el consentimiento y la edad núbil.

Por un lado, después de invocar el artículo 1o. de la Constitución general y la tesis, ya citada “IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO”, en la cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó el alcance de la garantía de igualdad contenida en dicho precepto constitucional, la Corte señaló que se debe poner de manifiesto que:

[E]l principio de igualdad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico mexicano, que sirve de criterio básico para la producción normativa a cargo del legislador y de la posterior interpretación y aplicación de las disposiciones legales, para que con base en dicho principio, los poderes públicos tengan en cuenta que los particulares que se encuentren en igual situación de hecho, deben ser tratados de la misma manera, lo que a su vez implica que quienes se encuentren en una situación jurídica distinta, no pueden ser tratados de igual modo.

Por lo tanto, debe entenderse que el principio de igualdad busca colocar a los particulares en condiciones de tener acceso a los derechos constitucionalmente protegidos, pero ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución Federal protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, al mismo tiempo está reconociendo la existencia de desigualdades económicas, materiales o de otra índole, que conducen a aceptar que no puede ser absoluta e ilimitada.

²² *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P. LXVII/96, México, mayo de 1996, Novena Época, t. III, 113.

En pocas palabras, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que debe entenderse que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, la cual “debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio, sin una justificación objetiva y razonable”. Al respecto, la Corte explicitó:

Por lo tanto, debe concluirse que no toda desigualdad de trato ante la ley, implica vulnerar la garantía de igualdad, ya que ésta exige que a iguales supuestos de hecho se asignen iguales consecuencias jurídicas, pero no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas.

Por otro lado, respecto a lo que debemos entender por la “autorización”, a la que alude el precepto reclamado, la Corte consideró que se trataba de un acto de autoridad que tiene por objeto levantar o remover un “obstáculo jurídico” establecido por el legislador en la norma legal, por razones de interés público, para poder ejercer el derecho correspondiente.²³ No obstante, los quejosos aducen que dicha “autorización” viola la garantía de igualdad al establecer un requisito más para el extranjero que pretende contraer matrimonio con un nacional. En pocas palabras:

[E]l principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio, sin una justificación razonable y objetiva; por lo que no toda desigualdad de trato ante la ley, implica vulnerar la garantía de igualdad, ya que ésta exige que a iguales supuestos de hecho se asignen iguales consecuencias jurídicas, pero no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas que resulten artificiosas e injustificadas, es decir, que a situaciones jurídicas diversas deberá corresponder un tratamiento diferente.

Después de transcribir los artículos 30 y 33 constitucionales, concluyó que el propio constituyente estableció el *distingo* al determinar de un lado la calidad de mexicano y del otro la de extranjero: “Por lo tanto, si la igualdad consiste en que a igual situación de hecho debe corresponder igual tra-

²³ Sobre la naturaleza jurídica de la “autorización”, nos pronunciaremos un poco más adelante. Véase *infra* IV.1.

to, y viceversa, a situaciones dispares debe corresponder un trato diferente, se concluye que en el caso a estudio no existe violación a la garantía de igualdad”. Al respecto, en sus propias palabras:

Aunque es cierto que el artículo reclamado introduce un trato diferenciado para los extranjeros, ello obedece a que la norma está llamada a proyectarse sobre situaciones jurídicas desiguales de hecho, pues desde el punto de vista jurídico existe diferencia entre un nacional y un extranjero, por ende es lógico que ante una diversa situación jurídica corresponda un diferente tratamiento; es decir, si uno de los sujetos a quien está dirigida la norma no cuenta con la calidad de mexicano, no es jurídicamente factible que se le trate como tal.

Lo anterior es así pues si se colocara en pie de absoluta igualdad a los extranjeros y a los nacionales, la distinción prevista en los artículos 30 y 33 no tendría razón de ser, de donde se sigue que la desigualdad de trato establecida por el artículo 68 de la Ley General de Población, no es artificiosa ni arbitraria, pues esa diferencia proviene directamente del texto constitucional.

Una vez realizadas todas estas consideraciones, la Suprema Corte como ya adelantamos por una mayoría de cinco votos contra cuatro resolvió que dicho artículo no vulneraba la garantía de igualdad y que consecuentemente resultan infundados los agravios de los recurrentes. Así, en sus resolutivos: primero, modificó la sentencia recurrida; segundo, sobreseyó el juicio respecto del artículo 67 de la Ley General de Población, y tercero, no amparó ni protegió a los recurrentes respecto de los actos y autoridades, consistentes en la expedición y aplicación del artículo 68 de la Ley General de Población.

5. *Voto de la minoría*²⁴

El voto de la minoría de los cuatro ministros contó con un párrafo, el cual sirvió de preámbulo para adelantar que discrepaban con el “sentido de la sentencia aprobada con los votos de la mayoría, y de los argumentos en los que se fundamenta” porque en su opinión al Pleno “le correspondía... conceder el amparo a los quejosos contra la aplicación del artículo 68 de la

²⁴ El voto de la minoría apareció publicado como: Aguirre Anguiano, Sergio Salvador *et al.*, “Igualdad y discriminación en México. Un análisis constitucional”, *Este país*, núm. 163, octubre de 2004, pp. 36-44, y está disponible en: http://estepais.com/inicio/historicos/163/3_ensayo_1_igualdad%20y%20discriminacion_aguirre.pdf (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

Ley General de Población”,²⁵ y seis apartados donde expusieron sus consideraciones.

En el primero insistieron que “el principio de igualdad se configura en nuestra Constitución Federal como uno de los principios estructurales del orden jurídico”. Después de mencionar algunas de las referencias al principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, así como de aclarar que la enumeración no es exhaustiva sino ejemplificativa, concluyeron:²⁶

[L]a igualdad es un principio complejo que otorga a las personas no solamente la garantía de que serán iguales *ante* la ley —esto es, en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia— sino también *en* la ley —esto es, en relación con el *contenido* de la ley—, la cual tendrá que ajustarse a las disposiciones constitucionales sobre igualdad para ser constitucional.

Aun cuando caen en el error de entender el principio de igualdad como el “principio que exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, el cual corresponde como ya vimos más bien al principio aristotélico de justicia, afirmaron que a pesar de estar prohibida la discriminación, no toda diferenciación o distinción es negativa e injustificada. De hecho, “en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, pero en otras estará permitido, o incluso constitucionalmente exigido”.²⁷

En el segundo asentaron que es necesario explicitar con base en qué criterios y con qué fines debe considerarse iguales o desiguales dos o más situaciones, para precisar la diferencia entre las distinciones que son constitucionalmente legítimas y las ilegítimas que caen dentro de la prohibición de discriminación. Para ello, es necesario analizar si la distinción descansaba en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituía una discriminación. Por ende, debemos examinar: en primera instancia, “si la distinción introducida por el legislador obedece a una *finalidad objetiva y constitucionalmente válida*”; en segundo lugar, “la *racionalidad o adecuación* de la distinción introducida por el legislador”, es decir que la distinción “constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar”; y, en tercer término, “debe cumplirse el requisito de la *proporcionalidad* de la medida legislativa”, esto es que el legislador “debe cuidar que exista un adecuado balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad persegui-

²⁵ *Ibidem*, p. 36.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*.

da”.²⁸ En otras palabras, el hecho de que esté prohibida la discriminación no implica que al legislador le esté vedado formular distinciones, siempre y cuando cuente con una justificación objetiva y razonable.

En el tercero aseveraron que la pregunta a resolver era: “¿tiene o no un fundamento objetivo y razonable que la Ley General de Población exija la autorización previa de la Secretaría de Gobernación en el caso de los matrimonios entre un ciudadano mexicano y una persona extranjera, misma que no se exige cuando los contrayentes gozan los dos de nacionalidad mexicana o de nacionalidad extranjera?”.²⁹ Cabe adelantar que para ellos la respuesta es negativa y, en consecuencia, que el artículo en cuestión era inconstitucional y que se debería amparar a los dolientes: *Patrius y Peregrina*.

En el cuarto alegaron que el artículo 68 establece una distinción entre dos grupos de matrimonios: aquéllos en los cuales los contrayentes son ambos mexicanos o ambos extranjeros, por un lado, y los matrimonios en los que uno de los contrayentes es mexicano y el otro extranjero, por el otro. Es más, los funcionarios del Registro Civil tienen el deber de exigir, al último grupo de matrimonios, la “autorización” de la Secretaría de Gobernación como requisito previo a la celebración del matrimonio: “requisito que no se exige cuando los contrayentes son ambos mexicanos o ambos extranjeros, y que se adiciona a la obligación de dichos funcionarios de comprobar la legal estancia en el país de las personas extranjeras”.³⁰ Aunado a lo anterior, argumentaron que si bien la Constitución no reconoce de manera explícita el derecho a casarse como un derecho fundamental, si lo hace de modo implícito al afirmar en el artículo 4o.: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. En pocas palabras, además de que la diferenciación legislativa está basada en uno de los motivos prohibidos de la discriminación, a saber el origen nacional, violenta un ámbito estrechamente vinculado con la dignidad humana al afectar la esfera de la más íntima individualidad de las personas.

En el quinto analizaron si la distinción está justificada al examinar uno a uno los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad:

a) Para contestar cuál era la finalidad objetiva recurrieron a la exposición de motivos para concluir que la “autorización” tiene por objeto: “impedir que personas de mala voluntad o, simplemente, personas no movidas por el deseo de contribuir al esfuerzo por el desarrollo del país y deseosos de compartir experiencias, instituciones y propósitos con los mexicanos, utilicen el

²⁸ *Ibidem*, p. 37 (el énfasis es original).

²⁹ *Ibidem*, p. 38.

³⁰ *Ibidem*, p. 39.

matrimonio con un mexicano como medio para adquirir la nacionalidad mexicana”.³¹ No convencidos se cuestionaron si éste era un objetivo constitucionalmente importante al grado de permitir la restricción de un derecho fundamental, pero al final de cuentas admitieron:³²

[E]l interés del Estado por monitorear de algún modo a las personas que adquieran la nacionalidad mexicana, la cual les permitirá, entre otras cosas, ejercer derechos políticos, ocupar ciertos cargos reservados por la Constitución y las leyes a los mexicanos y salir del ámbito de aplicación de las medidas que pueden adoptarse contra los extranjeros perniciosos, es constitucionalmente válido. Las medidas gubernamentales encaminadas a impedir que personas no movidas por el deseo de contribuir al desarrollo del país y de compartir experiencias y propósitos con los mexicanos, adquieran la nacionalidad mexicana por la vía del matrimonio es, a la luz de lo dispuesto en los artículos citados, un objetivo que goza de apoyo constitucional.

b) Al responder a la pregunta de si la distinción está racionalmente vinculada con los fines constitucionalmente válidos, consideraron que tal conexión no se produce. En primerísimo lugar advirtieron que el matrimonio con mexicano no es una condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana, pues ésta puede adquirirse por otros medios que no tienen nada que ver con el matrimonio con un ciudadano mexicano. Además, sostuvieron que la introducción de este requisito no garantiza que se cumpla con tales fines, al grado que su efectividad es muy dudosa, sobre todo si se toma en consideración que la distinción es sospechosa de por sí y aún más al incidir “en el ejercicio de derechos vitales para las personas”.³³

c) Si de por sí la falta de adecuación o eficacia les parece suficiente, estudiaron la proporcionalidad y concluyeron que ésta también falta: en primera instancia, se impone una limitación muy grave a un derecho fundamental pero dicha restricción es irrelevante para el fin apetecido, porque “muchas personas se casan con mexicanos, pero no solicitan en ningún momento la nacionalidad mexicana”; en segundo lugar, existen otras “alternativas menos gravosas” como sería aplicar todo tipo de controles en el momento de procesar las solicitudes de naturalización y, finalmente, en tercer término, porque no se incluye ningún tipo de provisiones que podrían suavi-

³¹ *Ibidem*, p. 40.

³² *Ibidem*, p. 42.

³³ *Ibidem*, p. 43.

zar la limitación, porque la ley guarda silencio al respecto y deja la “autorización” a la entera discreción de la autoridad competente.³⁴

En el sexto, para concluir, solamente precisaron que al declarar la inconstitucionalidad el artículo 68 de la Ley General de Población, no se tendría porque declarar “inconstitucionales todos aquellos preceptos que prevén autorizaciones de la Secretaría de Gobernación” o de cualquier otra institución pública cuando los extranjeros desean realizar cierto tipo de actos o actividades.³⁵

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA RESOLUCIÓN Y DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Estamos de acuerdo con el razonamiento de la mayoría, como mencionamos antes, no solamente en el sentido de que no se impugnaba el requisito *genérico* establecido en el artículo 67 sino el *específico* estipulado en el numeral 68 de la Ley General de Población, en la parte que requiere de la “autorización” de la Secretaría de Gobernación, sino que además —al no vulnerar éste la garantía de igualdad prevista en el artículo 1o. de la Constitución— los agravios de los recurrentes resultan ser infundados.

Así, coincidimos por completo con la técnica jurídica reflejada en los tres puntos resolutivos: primero, modificar la sentencia recurrida, porque no se niega el amparo y la protección de la justicia federal contra los dos artículos sino sólo contra el último por ser el aplicable al caso concreto; segundo, sobreseer el juicio respecto del artículo 67, por no ser aplicable al caso concreto y, tercero, no amparar ni proteger a los recurrentes —*Patrius y Peregrina*— respecto de los actos y autoridades consistentes en la expedición y aplicación del artículo 68 de la Ley General de Población, en la parte relativa a requerir la “autorización” de la Secretaría de Gobernación, para poder celebrar un matrimonio entre un nacional y un extranjero.

1. *Naturaleza jurídica de la “autorización”*

Huelga decir que la palabra ‘autorización’ no es del todo afortunada —además de estar afectada por la ambigüedad proceso-resultado— parece sugerir que la autoridad puede aprobar o no la celebración del matrimonio. Al grado tal que para la Corte:

³⁴ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

³⁵ *Ibidem*, p. 44.

La autorización administrativa a que alude el precepto reclamado es un acto de autoridad que tiene por objeto levantar o remover un obstáculo jurídico establecido por el legislador en la norma legal, por razones de interés público, a fin de que el particular pueda ejercer su derecho sin restricciones.

De esta suerte, el objeto de la autorización es remover el obstáculo jurídico que impide el ejercicio de un derecho preexistente, que se encontraba limitado o condicionado, por razones de interés público, pero que una vez cubiertos los requisitos marcados en la propia ley, el particular obtiene la autorización para realizar el acto jurídico de mérito, ya sin ninguna restricción.

Sin embargo, consideramos que no se trataba de levantar o remover un “obstáculo jurídico”, porque en ningún lado se hace referencia al mismo ni mucho menos se trata de una prohibición expresa, como sería en el caso de los títulos nobiliarios, los cuales según lo previsto por el artículo 12 de la Constitución general están en principio prohibidos:

Artículo 12. En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.

No obstante, estos últimos, *i.e.* los otorgados por otro país, podrán ser aceptados previa *autorización* del Senado de la República, siempre y cuando no impliquen ningún tipo de subordinación al otro país. Más bien, en el caso de la antedicha “autorización”, se trata de reconocer el derecho que tienen por cumplir con ciertas condiciones o reunir determinadas características y no caer en ninguna de las prohibiciones establecidas.

Entonces la pregunta obligada es cuál sería la naturaleza jurídica de la “autorización” en este caso. Por sus posibles consecuencias o efectos está clarísimo que no se trata de un *aviso*, como sería el caso del aviso de cambio de domicilio, sino más bien de un *permiso*, como sería el caso del permiso para portar armas o para cazar, mismo que la autoridad debe conceder a quienes lo soliciten y cumplan con ciertas condiciones o reúnan determinadas características y no caigan en alguna de las prohibiciones establecidas.

Para reforzar lo dicho, aunque la Ley General de Población, en su artículo 68, y su Reglamento, en el numeral 157, se referían a la “autorización”, ésta estaba enlistada en la página del Instituto Nacional de Migración —entre los servicios migratorios ordinarios por los cuales se debían pagar derechos— primero como “Permiso para contraer matrimonio con

un nacional”³⁶ y luego dentro de los “Permisos y certificaciones” como “Autorización para que un extranjero pueda contraer matrimonio con mexicano”.³⁷ Al respecto, consideramos más que oportuno reproducir el texto entonces vigente del artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población:³⁸

Artículo 157. La autorización para que los extranjeros y extranjeras puedan contraer matrimonio con mexicana o mexicano, a que se refiere el artículo 68 de la Ley, quedará sujeta a las siguientes disposiciones:

I. Deberán solicitarla a las autoridades migratorias por escrito, el extranjero o su representante, debiendo presentar la documentación migratoria para acreditar su legal estancia en el país. Los matrimonios que se realicen por poder, estarán sujetos a la expedición del permiso previo de la Secretaría;

II. La petición deberá ser apoyada por el presunto contrayente mexicano o mexicana, quien deberá acreditar su nacionalidad, y

III. La autorización se otorgará por una validez hasta de treinta días a partir de su expedición, pero no podrá rebasar la temporalidad indicada en el documento migratorio, para permanecer en el país.

³⁶ Véase Flores, “Igualdad, no discriminación y políticas públicas...”, *cit.* en la nota 1, p. 297 y, en especial, np. 61.

Si bien es entendible que bajo el concepto de derechos por estudio y trámite el Estado mexicano pueda cobrar una cierta cantidad: \$2,980.00 pesos por la “Autorización para que un extranjero pueda contraer matrimonio con mexicano”, y \$5,889.00 pesos por el “Certificado para tramitar ante autoridad judicial o administrativa el divorcio o nulidad de matrimonio”. No es explicable ni se justifica cobrar más y hasta casi el doble por los derechos relacionados por el certificado previo a la tramitación judicial o administrativa de un divorcio o de la nulidad de matrimonio, en comparación con los del matrimonio mismo. Fuente: http://www.inm.gob.mx/static/tramites/Estancia/Permisos_y_Certificaciones/AutorizacionparacontraerMatrimonio.pdf http://www.inm.gob.mx/static/tramites/Estancia/Permisos_y_Certificaciones/CertificacionDivorcioNulidadMatrimonio.pdf (páginas consultadas 13/11/13). Por supuesto que la diferencia entre ambos da lugar a sospechas, habría que cuestionar si no es inconstitucional y como tal violatoria del artículo 1o. de la Constitución, así como del numeral 17 al condicionar el acceso a la justicia a la adquisición de esta certificación, pero eso ya es harina de otro costal.

³⁷ Véase http://www.inm.gob.mx/static/tramites/Estancia/Permisos_y_Certificaciones/AutorizacionparacontraerMatrimonio.pdf (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

³⁸ Cabe enfatizar que este artículo, entre muchos otros más, fue derogado por el Decreto que expide el Reglamento de la Ley de Migración y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Reglamento de la Ley General de Población y del Reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de septiembre de 2012. Véase http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5270615&fecha=28/09/2012 y http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGP.pdf (páginas consultadas el 13 de noviembre de 2013).

Consideramos que como actos de aplicación la negativa de dicha “autorización” por parte de la Secretaría de Gobernación sí podría dar lugar a una discriminación. Supongamos que se les concede a los extranjeros que son nacionales de unos países y se les niega a los de otros, sin apelar a ningún criterio más allá de su origen nacional, lo cual no sería ciertamente un criterio objetivo y razonable sino un mero prejuicio subjetivo e irrazonable. Cosa muy diferente sería negar dicha “autorización” a un extranjero —sin importar su nacionalidad— cuando éste, por ejemplo, fuera considerado como un delincuente en su país y haya una solicitud de extradición en su contra, o bien ya estuviera casado.

De igual forma la “autorización” se debía otorgar por treinta días, salvo que en el ínterin se cumpliera la temporalidad indicada en el documento migratorio para permanecer legalmente en el país, de lo contrario podría dar lugar también a un trato discriminatorio. Asimismo, tanto la no respuesta como la demora o tardanza en la formulación de la misma sería violatoria del derecho de petición consagrado en el artículo 8o. de la Constitución. Al respecto, cabe traer a colación un criterio del Primer Tribunal Colegiado en materias penal y administrativa del Vigésimo Primer Circuito, con número de registro 177,628 derivado del Amparo en revisión 225/2005, donde sistematiza varias tesis aisladas en la materia:³⁹

DERECHO DE PETICIÓN, SUS ELEMENTOS. El denominado “derecho de petición”, acorde con los criterios de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, es la garantía individual consagrada en el artículo 8o. constitucional, en función de la cual cualquier gobernado que presente una petición ante una autoridad, tiene derecho a recibir una respuesta. Su ejercicio por el particular y la correlativa obligación de la autoridad de producir una respuesta, se caracterizan por los elementos que enseguida se enlistan: A. La petición: debe formularse de manera pacífica y respetuosa; ser dirigida a una autoridad, y recabarse la constancia de que fue entregada; además de que el peticionario ha de proporcionar el domicilio para recibir la respuesta. B. La respuesta: la autoridad debe emitir un acuerdo en breve término, entendiéndose por éste el que racionalmente se requiera para estudiar la petición y acordarla; tendrá que ser congruente con la petición; la autoridad debe notificar el acuerdo recaído a la petición en forma personal al gobernado en el domicilio que señaló para tales efectos; no existe obligación de resolver en determinado sentido, esto es, el ejercicio del derecho de petición no constriñe a la autoridad ante quien se formuló, a que provea necesariamente de confor-

³⁹ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI.1o.P.A.36 A, México, agosto de 2005, Novena Época, t. XXII, 1897.

midad lo solicitado por el promovente, sino que está en libertad de resolver de conformidad con los ordenamientos legales que resulten aplicables al caso; y, la respuesta o trámite que se dé a la petición debe ser comunicado precisamente por la autoridad ante quien se ejerció el derecho, y no por autoridad diversa, sin que sea jurídicamente válido considerar que la notificación de la respuesta a que se refiere el segundo párrafo del artículo 8o. constitucional se tenga por hecha a partir de las notificaciones o de la vista que se practiquen con motivo del juicio de amparo.

En relación con la expresión “breve término” y su interpretación, es menester destacar que a pesar de adoptar una estrategia casuística, no para cada caso concreto sino para cada tipo de petición específica, al entender “por éste [*i.e.* breve término] el que racionalmente se requiera para estudiar la petición y acordarla”, hay un plazo genérico de cuatro meses que en ninguna circunstancia podría excederse:⁴⁰

PETICIÓN. TÉRMINO PARA EMITIR EL ACUERDO. La tesis jurisprudencial número 767 del Apéndice de 1965 al Semanario Judicial de la Federación, expresa: “Atento lo dispuesto en el artículo 8o. de la Constitución, que ordena que a toda petición debe recaer el acuerdo respectivo, es indudable que si pasan más de cuatro meses desde que una persona presenta un ocurso y ningún acuerdo recae a él, se viola la garantía que consagra el citado artículo constitucional”. De los términos de esta tesis no se desprende que deban pasar más de cuatro meses sin contestación a una petición para que se considere transgredido el artículo 8o. de la Constitución Federal, y sobre la observancia del derecho de petición debe estarse siempre a los términos en que está concebido el repetido precepto.

En pocas palabras —respecto al tema que nos ocupa— en tanto que no haya un criterio *específico* para saber cuál es el “breve término” aplicable a la “autorización”, bastaría con apelar al *genérico* de cuatro meses como límite.

⁴⁰ *Apéndice 1917-1995*, Tesis 132, 2a. Sala, T. III, Primera Parte, 90 (esta misma tesis aparece también bajo el rubro “DERECHO DE PETICIÓN”). *Cfr.* ““BREVE TÉRMINO” A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL, QUE DEBE ENTENDERSE POR”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, julio, 1993, 8^a, T. XII, 167; “PETICIÓN, DERECHO DE TÉRMINO”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, marzo, 1993, 8a., t. XI, 331, y “DERECHO DE PETICIÓN. QUE DEBE ENTENDERSE POR BREVE TERMINO Y CUAL ES AQUEL EN QUE LA AUTORIDAD DEBE DICTAR EL ACUERDO RESPECTIVO Y DARLO A CONOCER AL PETICIONARIO”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, octubre, 1992, 8a., t. X, 318.

2. Inconstitucionalidad de la comprobación previa de la legal estancia en el país

En otro orden de ideas, estimamos que el artículo 68 —al igual que el 67— podría ser discriminatorio, pero en una parte diferente a la impugnada, a saber: al requerir además la *comprobación* previa de la legal estancia del extranjero en el país, en general, y para poder celebrar algún acto ante los jueces del Registro Civil, con excepción de los registros de nacimiento en tiempo y de defunción, en particular. El problema es que la ley parece presumir que los extranjeros, a diferencia de los nacionales, están ilegalmente en el país, lo cual ciertamente constituiría *prima facie* un trato discriminatorio. Lo único que faltaría sería confirmar que ese trato no está justificado al cumplir con los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad.

De tal suerte, se podría alegar que el juez del Registro Civil al pretender comprobar la estancia legal en el país también violentaría la libertad de tránsito consagrada en el artículo 11 de la Constitución, para “viajar por su territorio... sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes”. No obstante, ese mismo numeral contempla que el ejercicio de dicha libertad “estará subordinado a las facultades... de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.

Al respecto habría al menos dos posibilidades: por un lado, saber si requerir la comprobación de la legal estancia es violatorio —o no— de la libertad de tránsito y, por el otro, saber si ésta sería una limitación legítima cuando la realiza ya no la autoridad migratoria sino el juez del Registro Civil. Independientemente de cual(es)quiera que sea(n) la(s) respuesta(s) a la(s) pregunta(s) y sin prejuzgar sobre si este último es —o no— una autoridad administrativa, consideramos que el trato por sí sólo resulta ser discriminatorio y como tal injustificado, al no cumplir cabalmente —como veremos un poco más adelante— con los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad.

En lo referente al voto de minoría, estamos de acuerdo con casi todo lo que dice en las dos primeras partes. No sólo acerca del principio de igualdad y la prohibición de la discriminación, así como que no toda diferenciación o distinción está prohibida *per se* sino que algunas están permitidas e inclusive algunas requeridas sino también sobre la metodología aplicada para poder identificar una diferenciación o distinción legítima de una discriminación ilegítima, a partir de tres criterios: *objetividad*, al configurar una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; *racionalidad*, al constituir un medio adecuado para conseguir el fin u objetivo perseguido, y *proporcionalidad*,

al cuidar que exista un balance adecuado entre el trato desigual, de un lado, y el fin y sus medios, del otro.

Sin embargo, diferimos respecto a que la diferenciación o distinción introducida por el artículo 68 al requerir la “autorización” sí tiene un fundamento objetivo, racional y proporcional, cuando para la minoría de los ministros solamente cumple con el primero de los requisitos pero no con los otros dos. Antes de proseguir conviene recalcar el hecho de que la diferenciación o distinción entre matrimonios celebrados por nacionales entre sí o por extranjeros entre sí y por nacionales y extranjeros, deriva lógicamente de la diferenciación o distinción entre nacionales, *i.e.* mexicanos y extranjeros. Por lo anterior, resulta que no es artificiosa ni injustificada porque además ésta está consagrada en el propio texto constitucional, en sus artículos 30 y 33.

Si bien la Constitución en aquel momento afirmaba en su artículo 1o.: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo —sin hacer distinción entre nacionales y extranjeros— gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. En su artículo 30 define quienes son mexicanos, ya sea por nacimiento o por naturalización, en tanto que en la primera línea del artículo 33 precisa “Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30”. A la sazón: la de ser mexicanos por nacimiento o por naturalización.

A continuación explícitamente reconocía: “Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución”. No obstante, también expresamente señalaba: “el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”.

Con independencia de que esta medida y las demás relacionadas con los extranjeros pueden resultar ser bastante iliberales y hasta aplicadas de forma arbitraria o hasta autoritaria, al estar consagradas en nuestra carta magna y manifestadas las reservas correspondientes a los tratados internacionales celebrados por México, resulta que estas medidas son un ejercicio legítimo del imperio del Estado mexicano en aras del interés público, en general, y de la defensa de la seguridad nacional, en particular, al menos en tanto que no fuera reformada la Constitución o retirada la reserva.

Aun cuando los extranjeros tienen derecho a las garantías que reconoce la Constitución, ella misma instituía en qué casos y bajo qué condiciones éstas podrían restringirse, tales como el no requerir juicio previo para hacer abandonar del país a un extranjero cuya presencia se considerara inconve-

niente. O bien, la restricción genérica contemplada en el otrora segundo párrafo ahora tercero del artículo 33 constitucional: “Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”. Esta restricción explica —aunque no justifica— por qué solamente los ciudadanos de la república pueden ejercer el derecho de petición y el derecho de asociación o reunión para asuntos políticos del país, tal como lo consagran los artículos 8o. y 9o. constitucionales, respectivamente.

Ahora bien, habíamos adelantado que la minoría concede a) la *objetividad* de la diferenciación o distinción para monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana y para impedir que personas no movidas por el deseo de contribuir al desarrollo del país y de compartir experiencias y propósitos con los mexicanos, adquieran la nacionalidad mexicana a la larga por la vía del matrimonio.⁴¹

No obsta lo anterior, en su opinión, para negar b) la *racionalidad* de la misma. Al advertir que el matrimonio con mexicano no es una condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana, pues ésta no es la única forma de adquirirla. Asimismo, al sostener que la introducción de este requisito no garantiza que se cumpla con los fines de monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana ni de impedir que algunas personas la adquieran, en especial, toda vez que la diferenciación o distinción incide en el ejercicio de un derecho fundamental.⁴²

Por otra parte, rechaza que se cumpla con c) la *proporcionalidad*, al concluir que se impone una limitación muy grave a un derecho fundamental y que dicha restricción es irrelevante para el fin apetecido, porque muchas personas que se casan con mexicanos no solicitan en ningún momento la nacionalidad mexicana. Asimismo, porque existen otras alternativas “menos gravosas” como sería aplicar todo tipo de controles pero en el momento de procesar las solicitudes de naturalización y porque no se incluye ningún tipo de previsiones para suavizar la limitación, al dejar la “autorización” a la entera discreción de la autoridad competente.⁴³

Al respecto, ofrecemos dos comentarios como contra-argumentos de lo sostenido en el voto de minoría:

Primero, el hecho de que el matrimonio con un mexicano no sea condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana ni mucho menos la única vía para hacerlo no quiere decir que sea irracional re-

⁴¹ Aguirre Anguiano *et al.*, “Igualdad y discriminación en México...”, *cit.* en la nota 24, pp. 40-42.

⁴² *Ibidem*, pp. 42-43.

⁴³ *Ibidem*, pp. 43-44

querir dicha “autorización” para aquellos casos en que el matrimonio con un nacional pueda abrir la puerta para que un extranjero adquiriera la nacionalidad mexicana por naturalización, sobre todo porque los fines de monitorear a las personas que podrían adquirirla y, en su caso, impedir que algunas la adquieran son considerados como objetivamente justificados. Además, el hecho de que la “autorización” incida en el ejercicio de un derecho fundamental —al conceder que el varón y la mujer tienen un derecho a fundar una familia y, en consecuencia, a casarse— no implica que dicho derecho sea anulado o cancelado, como tampoco sucede al tener que cumplir con los demás requisitos.

Segundo, el hecho de que se introduzca una limitación y que ésta sea aparentemente irrelevante para impedir que algunos extranjeros adquieran la nacionalidad mexicana, porque el matrimonio con nacional no es la única vía para adquirirla, no quiere decir que la restricción no sea del todo relevante. Baste recordar que la propia minoría concedió el interés legítimo del Estado para monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana como constitucionalmente objetivo, no por la adquisición en sí sino porque ésta les permitirá... “ejercer derechos políticos, ocupar ciertos cargos reservados por la Constitución y las leyes a los mexicanos y *salir del ámbito de aplicación de las medidas que pueden adoptarse contra los extranjeros perniciosos*”.⁴⁴

Es más, la idea de aplicar todo tipo de controles al momento de procesar las solicitudes de naturalización podría ser violatoria de la garantía de igualdad porque se podría dar el mismo trato a dos casos diferentes, al de un extranjero y al de un extranjero casado con un nacional, cuando la distinción entre ambos supuestos está consagrada en la propia Constitución, en el artículo 30, en el inciso B, fracciones I y II, respectivamente.

De igual forma, el hecho de que la “autorización” parezca quedar a la discreción de la autoridad administrativa no quiere decir que ésta pueda actuar de forma arbitraria, porque su resolución en cualquier caso debe obedecer a criterios objetivos y razonables, no a meros prejuicios subjetivos e irrazonables para no ser discriminatoria como ya referimos. Asimismo, debe resolverse, en tanto que no se establezca un criterio específico, en un plazo no mayor de cuatro meses conforme al precedente genérico para no ser violatoria del derecho de petición consagrado en el artículo 8o. constitucional.

Por lo tanto, resulta que la “autorización” requerida por el artículo 68 de la Ley General de Población es constitucional al constituir una diferencia-

⁴⁴ *Ibidem*, p. 42 (el énfasis es nuestro.)

ción o distinción justificada —y no una discriminación injustificada— al cumplir con los criterios de objetividad, racionalidad, y proporcionalidad. Así, la diferenciación o distinción es:

a) *Objetiva* para monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana y, en su caso, impedir que algunas puedan adquirir la nacionalidad a la larga por la vía del matrimonio;

b) *Racional* para cumplir con tales fines a pesar de que el matrimonio con un nacional no es la única forma de adquirir la nacionalidad mexicana y que la “autorización” incide en el ejercicio de un derecho pero ciertamente no lo anula ni cancela, ni mucho menos deja en estado de indefensión a los ciudadanos en espera indefinidamente de la misma, y

c) *Proporcional* para mantener un balance entre el trato desigual y la finalidad perseguida y sus medios, en especial, puesto que no está en juego nada más la adquisición de la nacionalidad mexicana sino que el hecho de adquirirla le permitirá al extranjero ejercer derechos políticos reservados a los ciudadanos mexicanos, pero sobre todo sustraerse de la aplicación de las medidas que pueden adoptarse contra los extranjeros perniciosos.

Por último, en lo referente a exigir la *comprobación* previa de la legal estancia del extranjero en el país para los casos que requieren la “autorización”, ya habíamos adelantado que constituye no una mera redundancia sino un verdadero trato discriminatorio injustificado por sí mismo, porque no cumple con los tres criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad, al no observar cabalmente los dos últimos.

En el supuesto sin conceder que la diferenciación o distinción de trato que exige tal comprobación sea *objetiva*, al configurar una finalidad válida, *i.e.* requerir que los extranjeros comprueben previamente estar legalmente en el país para que puedan celebrar algún acto ante los jueces u oficiales del Registro Civil, con excepción de los registros de nacimiento en tiempo y de defunción, habría que preguntarse si está diferenciación o distinción es racional y proporcional para los casos en que se requiere la “autorización” de la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración.

De un lado, es *irracional* al no constituir un medio adecuado para conseguir el fin u objetivo perseguido: ¿serán los jueces u oficiales del Registro Civil los indicados para comprobar la legal estancia del extranjero en el país? ¿No sería mejor que fueran las autoridades migratorias las que lo hicieran: en especial, cuando en el caso de la “autorización” para contraer matrimonio se requiere de la participación de éstas, ante las cuales el ex-

tranjero o su representante debe acreditar su legal estancia en el país? Baste recordar que la fracción I, del ya citado artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población, contemplaba que para solicitar la “autorización” se debía “presentar la documentación migratoria para acreditar su legal estancia en el país”.

Del otro, es *desproporcional* al no existir un balance adecuado entre el trato desigual, y el fin y sus medios, sobre todo porque la misma ley establece dos excepciones: para los registros de nacimiento en tiempo y de defunción. Claro está que las dos excepciones al ser consecuencia de hechos jurídicos —nacimiento y muerte— no implican la celebración de ningún acto jurídico y como tales no requieren de la comprobación de la legal estancia en el país del extranjero para poder celebrarse. De tal suerte que la comprobación tiene la función de verificar no tanto la legal estancia en el país como la capacidad jurídica para realizar ciertos actos. De lo contrario, si comprobar la legal estancia fuera una razón por sí sola no habría ninguna excepción.

Lo anterior sugiere que la objetividad de la diferenciación o distinción está en comprobar si los extranjeros, al igual que los nacionales, pueden celebrar el acto en cuestión más que si están legalmente en el país o no. Con lo cual el requerir la comprobación previa de la legal estancia pasa a un segundo término y, por ello, resulta desproporcional. Especialmente, cuando bastaría con requerir la comprobación previa de su capacidad para realizar el acto en cuestión, requisito genérico que tendrían que cumplir tanto nacionales como extranjeros, e incluso la “autorización”, misma que presupone —como vimos— la acreditación de la legal estancia en el país conforme a lo disponía la fracción I del artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población.

V. EPÍLOGO

Para concluir solamente me gustaría advertir que no bastaba con consagrar el principio de la prohibición de la discriminación a nivel constitucional sino que además era imperativo hacer una revisión exhaustiva de todo el ordenamiento jurídico, incluida la materia migratoria, para cumplir con las obligaciones de no introducir regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio y combatir las prácticas discriminatorias. Asimismo, era indispensable desarrollar criterios interpretativos que permitan identificar cuándo estamos ante una discriminación injustificada y cuándo ante una diferenciación o distinción justificada, así como ponerlos a prueba constantemente.

En este orden de ideas, a partir del amparo en revisión 543/2003, en el cual la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el artículo 68 de la Ley General de Población era constitucional, recordamos que la minoría procedió a desarrollar un triple criterio que deben reunir las diferenciaciones o distinciones para no ser violatorias de la garantía genérica de igualdad ni de la prohibición específica de no discriminar: 1) objetividad; 2) racionalidad y 3) proporcionalidad. Si bien la minoría consideraba que en el caso concreto no se cumplía con los dos últimos criterios, estimamos que la parte impugnada no era discriminatoria y por ende era constitucional. No obstante, había otra parte de ese mismo artículo, una que no fue impugnada y que por lo mismo no fue analizada que cuando es requerida, al menos para los casos de la “autorización”, no cumplía cabalmente con los tres criterios establecidos por el voto de la minoría. Con independencia del resultado, lo relevante del caso fue el reconocimiento del principio de proporcionalidad y la utilidad de su prueba, misma que permite el balanceo entre dos derechos y principios, así como entre un derecho o principio y una limitación o restricción.

CAPÍTULO VIII
DISPUTAS EN FRANQUICIAS:
UTILIDAD E IDONEIDAD DEL ARBITRAJE

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO*

*A mi amiga, la doctora Sonia Rodríguez Jiménez,
un ejemplo de intelectualidad en materia arbitral
In memoriam*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La franquicia.* III. *Peculiaridades.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Sonia Rodríguez no sólo fue una intelectual destacada e influyente. Fue una amiga. En honor a su memoria, deseo dedicarle un ensayo sobre un tema que seguramente habría atraído su (exigente) paladar intelectual: los dilemas que suscitan las disputas en materia de propiedad industrial en general, y franquicias en particular.¹

* González de Cossío Abogados, SC (www.gdca.com.mx). Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

¹ El contenido de este ensayo se nutre de experiencias representando a partes en casos sobre franquicias, el haber actuado como árbitro en varios casos de propiedad industrial en general, y franquicias en particular y una plática ante la Comisión de Propiedad Industrial de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C. el 21 de mayo de 2013 (titulada igual que este ensayo). Repetiré la misma advertencia que hice en la conferencia citada: no aludo a ejemplos ni casos particulares. Ello por respeto al canon de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., acatamiento de mis obligaciones de confidencialidad, tanto como abogado de parte y muy en especial como árbitro. Finalmente por ética y cortesía profesional. Mi único objetivo con este ensayo es examinar temas interesantes.

II. LA FRANQUICIA

La franquicia es una institución jurídica interesante. No repetiré todo lo que la doctrina mexicana ha dicho sobre la figura. Me ceñiré a enfatizar algunas cuestiones menos exploradas y que encuentro interesantes.

La franquicia es un recipiente jurídico para verter creatividad. Un vehículo para confeccionar modelos de negocio. Una forma de crear, encausar y explotar una idea. Un “concepto”.

Esta forma de entender a la franquicia explica su éxito: es plastilina jurídica. Permite moldearse para adaptarse a la creatividad de comerciante deseoso de dar valor. De satisfacer las necesidades del consumidor y deseos del empresario creativo: una forma de crear y explotar.

Pero ello no es todo lo que explica el interés en, y éxito de, la franquicia tanto a nivel nacional como internacional.² Existen consideraciones adicionales que explicaré dividiéndolas por el lado del mercado.

1. *Oferta*

Existen motivos económicos estratégicos del lado del franquiciante que hacen de la franquicia un modelo interesante. Primero, sirve para vencer el obstáculo de acceso a capital. Si se desea difundir la franquicia pero se tiene —como siempre se tiene— limitantes de capitalización, la franquicia permite apalancarse en el capital de terceros para difundirla. Para obtener un retorno sobre capital ajeno.

Segundo, el *know how*. No es ninguna noticia que la franquicia incluye la transmisión de conocimientos y/o asistencia técnica. Gracias a ello se accede a procesos y métodos que garantizan la calidad y que han probado ser exitosos.

Tercero, el *know who*. El acceso a mercados ajenos genera retos particulares. Siendo mercados desconocidos, el éxito en ellos no sólo depende de factores objetivos, sino con frecuencia subjetivos: culturales, formas de hacer negocio, relaciones con actores económicos locales relevantes. Mediante la franquicia se permite capitalizar el capital *social* del franquiciatario: su conocimiento sobre cómo hacer negocios en diversos mercados. Visto así, el franquiciante y franquiciatario forman un binomio de éxito que permite mantener constante el nú-

² Según la Asociación Mexicana de Franquicias, en México, de 2007 a 2012, se desarrollaron 811 nuevas franquicias con más de 2,300 puntos de venta, creando 12,400 empleos, con ventas de 941 mil millones de pesos. Mundialmente existen más de tres millones de unidades franquicias, más de veinte mil franquiciantes, generando un negocio de tres trillones de dólares. El crecimiento reportado en los últimos años es entre 10 y 12% anual (<http://franquiciasdemexico.org/estadisticas.html>, página consultada en mayo de 2013).

cleo duro del modelo de negocio, acoplándolo a las necesidades y peculiaridades del mercado local, lo que algunos llaman “tropicalización”. Un escenario ganar-ganar, la esencia del mundo de los negocios.

2. *Demanda*

Del lado de la demanda, del franquiciatario, existen motivos diversos que explican lo atractivo de la figura. Primero, permiten acceder a un modelo de negocio que ha probado ser exitoso, evitando así el riesgo de fracaso implícito en toda empresa nueva. Es decir, reducen (a veces eliminan) el riesgo inicial de todo negocio. Esto merece ponderación. Un número importante de negocios fracasa durante el primer año de vida. Dicho porcentaje crece aún más durante los primeros tres a cinco años del negocio. Luego entonces, el agente económico que desea hacer un uso prudente —además de sensato— de su capital puede encontrar en la figura de la franquicia una forma de diversificar su portafolio de inversión en forma conservadora.³ Si se consideran las estadísticas sobre el fracaso de negocios nuevos, este factor tiende a ser importante.⁴

Segundo, el acceso a un modelo de negocio cuyas operaciones, imagen y calidad han probado ser exitosas. Aunque relacionado con el primer motivo, éste es diverso en que quien desee ingresar al mundo de los negocios por primera ocasión, pero desconozca cómo hacerlo, encontrará en la franquicia una forma no sólo de canalizar su capital sino de aprender cómo hacer negocios. Una disciplina.

Tercero, siendo que muchas franquicias son cadenas nacionales o internacionales prestigiadas, el emprendedor puede encontrar en la franquicia una forma de hacerse de prestigio empresarial y de “una familia”. De ser parte de un esquema mundial. Como dice el refrán: la unión hace la fuerza.

3. *Éxito*

Todo lo anterior explica el éxito de las franquicias. Se trata de ingeniería jurídica inteligentemente lograda y sensible a las necesidades del mundo de los negocios.

³ La apreciación genérica puede merecer matices casuistas. Por ejemplo, aunque exitosa en un mercado determinado, puede no serlo en otro. Ello impactará el riesgo de la inversión y uso de capital; sin embargo, ello no cambia la validez de la apreciación genérica.

⁴ En la experiencia de un experimentado experto (licenciado Juan Manuel Gallastegui), aproximadamente el 65% de los negocios nuevos fracasan en los primeros años de vida. Compárese ello con el dato que el 95% de las franquicias siguen vivas después de los cinco años.

La aseveración de éxito no es mía ni es gratuita. Según la Asociación Mexicana de Franquicias en 2012 las franquicias en México generaron ventas de 85 mil millones de pesos anuales, emplearon a más de 700,000 personas y son responsables del 6.2 a 6.5% del producto interno bruto de México.⁵ Por si ello fuera insuficiente, 2012 mostró una tendencia a la alza del 12%.

Pero además de los números fríos, el fenómeno genérico merece comentarse y entenderse a efecto de comprender su deseabilidad.

Las franquicias son detonadores de desarrollo no sólo macroeconómico, sino regional. El que áreas menos desarrolladas del país generen demanda por la misma es altamente positivo pues propician actividad que detona una derrama económica que *inter alia* incluye generación de empleos.⁶ No es exagerado pensar que propicien lo que el estratega de negocios más reconocido del mundo (Michael Porter) llama *clusters*: concentraciones geográficas de empresas que se anidan y efervescen como resultado de sinergias, economías de escala, ámbito y otros motivos. El efecto multiplicador que ello genera es deseable para todos, no sólo el franquiciante y franquiciatario.

En el caso mexicano, no hay un solo estado de la república que no haya generado una franquicia. Si se considera que la primer franquicia en México data de 1985 (McDonalds), que la primer franquicia mexicana fue creada en 1987 (Helados Bing), y que al día de hoy existen más de 1,500 redes de franquicias de las cuales el 70% son mexicanas, el crecimiento no merece adjetivo distinto a vertiginoso.

III. PECULIARIDADES

De las diversas peculiaridades vistas en controversias de franquicias, me enfocaré en algunas que cortan transversalmente a varios casos, y cuyo manejo arroja lecciones que militan a favor de contar con arbitraje como medio de solución de controversias para mejor encausarlas.

1. *Estándares*

Uno de los aspectos más importantes de una franquicia es no sólo intangible, sino sutil —y puede pasar desapercibido al ojo no entrenado: *los están-*

⁵ <http://franquiciasdemexico.org/estadisticas.html> (página consultada en mayo de 2013).

⁶ Ello a su vez tiene otras consecuencias deseables, como incremento agregado del nivel de salarios y segmentación de mercados —todos fenómenos conducentes a desarrollo económico.

dares— que generalmente incluyen imagen, operación y servicio. Las peculiaridades del modelo de negocio que lo hacen atractivo. Que lo diferencian. Esto merece ponderación. El éxito de un modelo de negocio con frecuencia no es atribuible a un solo factor, sino a muchos. Aquel conjunto de elementos que hace que un modelo sea —a los ojos del consumidor— diverso de otro. Distinguible, y por ende preferible. Y de entre estos la atención a los pequeños detalles tiende a ser crucial. Ejemplos de ello pueden ser el tono de un color que transmite la imagen deseada, el mantenimiento y conservación del aspecto del local, la calidad de los insumos, la limpieza, el trato y apariencia del personal, el tiempo de respuesta. Todos estos factores redundan seriamente en calidad (del producto y/o servicio), y con frecuencia hacen *la* diferencia.

En la experiencia de este autor, esto ha demostrado ser de difícil demostración. Ello obedece a dos motivos. Primero, la dificultad de demostrar el umbral de calidad deseado y los incumplimientos de ello por el franquiciatario.⁷ Segundo, porque demostrado es fácil que el observador no versado en esta sutileza pueda descontar la importancia del punto. La falta de sensibilidad sobre la importancia de este intangible puede ser crucial, tanto para el asunto mismo como la franquicia en general. Ante ello, hago tres recomendaciones:

a) *Al redactor de contratos*: hacer énfasis en el contrato sobre la importancia de los estándares en el cumplimiento del contrato. Dejar claro que se trata, no sólo de algo importante, sino que constituye parte del motivo fundamental que lleva al franquiciante a *confiar*⁸ al franquiciatario la franquicia.

b) *Al abogado postulante*: debe tenerse cuidado cómo se confeccionan los tribunales arbitrales para estar seguros que son profesionales sensibles a esta sutileza. A personajes que hablan el idioma y están en sintonía con estas disciplinas. Con la importancia de un estándar, y sus implicaciones en el modelo de negocio (de no observarse).

⁷ Invito a que el lector pondere sobre ello. ¿Cómo demostrar calidad a un tercero imparcial y por definición ajeno al negocio? La dificultad inicial se complica por factores diversos. Uno es que los instrumentos para demostrar calidad con frecuencia involucran esquemas de monitoreo *del franquiciante*. Ante ello, el franquiciatario seguramente aseverará que, estando bajo su control, dichas formas de medir calidad son cuestionables (*inter alia* por «maquillables»). Se pregunta al lector: ¿qué otra manera de demostrar calidad? No existe un barómetro mundial diverso que pueda ser usado para ello. Y el franquiciante no sólo es el único posibilitado para ello, *es el ideal*: después de todo, es el autor de la idea, incluyendo el nivel de calidad. Nadie mejor situado que él para evaluar si algo reúne el nivel de calidad deseado.

⁸ Esta palabra es importante y con frecuencia descuidada por franquiciatarios. Se trata de una relación de fiducia. El franquiciatario es depositario, custodio y explotador de algo que no le pertenece.

c) *Al árbitro*: darle a esto la importancia que merece. Si una parte se queja de la calidad o del cumplimiento de estándares, se sugiere no descontar la importancia del punto por el hecho que (*inter alia*) la cuestión puede parecer *de minimis*, o que el árbitro es más tolerante. Si por ejemplo el árbitro no es sensible a un cambio en la calidad del alcohol utilizado,⁹ o el mantenimiento del local,¹⁰ ello no quiere decir que deba descontar el que ello sea importante para el franquiciante y mucho menos para el segmento de mercado al que va dirigido, *que sí reconocerá la diferencia*. Se trata de una pieza clave del modelo de negocio.

En este contexto un análisis de incentivos es no sólo conveniente, sino útil.

Del lado del franquiciante, la calidad y observación de los estándares son parte de los deberes de reinversión del franquiciatario, los cuales el franquiciante deseará incrementar lo más posible. Después de todo, entre más invierta en calidad el franquiciatario, más aprovechará a la cadena (a veces internacional) de franquicias. La inversión *individual* es ganancia *plural*. La demanda agregada incrementará; como lo harán las ventas y ganancias *de todos*. Como lo hace ver una obra interesante sobre este tema:¹¹

The value that each constituency finds in the brand partly depends on the other constituencies.

[el valor que cada persona involucrada le otorga a una marca en parte depende de los otros involucrados]

La franquicia es una cadena conformada por eslabones —los franquiciatarios. Un *todo* compuesto por *partes*. Si *uno* falla, *todos* sufren.

⁹ En un caso, una de las quejas que hacía un franquiciante era la calidad del alcohol servido en noches de barra libre. El franquiciatario ofrecía barra libre *internacional*, prometiendo licores de primera, para luego servir licores *nacionales* y de mala calidad. Esto puede parecer banal al abstemio o neófito (admito que a mí me tomó tiempo entenderlo). Pero al mercado sí le importa —y mucho. Lo distingue de inmediato. Se trata de una promesa de calidad incumplida que incide inmediata y seriamente en la imagen. Y la sanción reputacional es enorme.

¹⁰ En un caso, la queja del franquiciante consistía en (a) la ubicación de la basura con respecto a la cocina, (b) la existencia de humedades y termitas en los adornos del local, (c) la suciedad de las cocinas, y (d) el deplorable estado de mantenimiento del aspecto físico del local, que incluía rayones en la pared a veces con groserías y frases obscenas, toleradas durante periodos largos. El común denominador era mantenimiento por debajo de los estándares internacionales. El observador no entrenado podría descontar la seriedad de ello por el hecho que a él no le parece tan grave. Ello descuidaría que el punto de comparación no son *sus* preferencias individuales si no las del mercado —incluyendo los estándares de calidad del franquiciante. Es decir, la apreciación no debe ser subjetiva sino objetiva.

¹¹ Holt, Douglas B., *How Brands Become Icons. The Principles of Cultural Branding*, Boston, Massachusetts, Harvard Business School Press, 2004, p. 151.

Del lado del franquiciatario, todo lo anterior se refleja en costo que reduce su beneficio (ganancia) *individual*. Y es aquí donde surge lo que los economistas llaman un problema de *free riding*: siendo la inversión en calidad un costo que el franquiciatario local siente (y resiente) inmediatamente, y el beneficio es futuro, pulverizado y agregado, una estrategia natural —que puede ser individualmente sensata, pero colectivamente destructiva— es reducir esfuerzos de calidad. Al fin, la demanda agregada está dada. Sus ventas individuales poco sufrirán,¹² particularmente si se cotejan con el costo de inversión en calidad y consecuente reducción del margen de utilidad. Ante ello, es “sensato” invertir poco en calidad y ampliar *su* margen de utilidad. El beneficio será inmediato y el costo (reducción de demanda agregada y posibles represalias) mediato. Y de no contar con un mecanismo eficaz (como el arbitraje), poco probables.

Existe un último incentivo que invito a que se tome en cuenta. La única constante (casi) incuestionable en disputas de franquicias es daño a la marca. Sea por que se cierre un local, se suspendan servicios, se obligue a remodelar o se tomen otros pasos intermedios,¹³ el consumidor final percibirá un servicio distinto al que el creador del modelo de negocio desea. *Esto es un costo —y puede ser muy alto*. Debe tenerse en mente pues, si, conociendo este daño, se ha decidido proceder legalmente, ello obedece a algo —a menos que el lector esté dispuesto a suponer que los comerciantes gustan de actuar en contra de sus intereses. Que están peleados con su cartera.

En suma, mientras que el franquiciante tiene incentivos para insistir en incrementar inversión, el franquiciatario tiene incentivos perfectamente contrarios: gastar lo menos posible y “colgarse” de los esfuerzos de los demás miembros de la cadena (local o mundial). Ello debe ser tomado en cuenta al momento de analizar el caudal probatorio que, dados los retos de esta materia, siempre estará lejos del ideal.

2. Adaptación del modelo de negocio y sus implicaciones

En el mundo de los negocios, lo único constante es el cambio. Si un modelo de negocio quiere sobrevivir la prueba del tiempo tiene que adaptarse.

¹² O de sufrir, pueden parecer inferiores a su costo *individual* —mas no inferiores al costo *total* (sobre el resto de los franquiciantes), si se mide la reducción de ventas mundial—. Algo difícil de demostrar y aún más sensibilizar al franquiciatario local, quien naturalmente se preocupa más de *sus* costos e ingresos que los de los demás miembros de la cadena mundial.

¹³ Ello sin tomar en cuenta la utilización de medios. En esta materia es frecuente observar que los medios son usados —y con frecuencia para denostar, dando al público una visión *parcial*, con frecuencia sesgada o abiertamente falsa, de lo acontecido.

Este reto, que todo negocio vive, muestra una peculiaridad en materia de franquicias y es doble. Por un lado, la existencia de diversos eslabones o unidades de negocio bajo control distinto. Por otro, siendo que hay muchas maneras de adaptarse, ¿quién decide cuál es la que debe prevalecer: franquiciante o franquiciatario?

La pregunta es más profunda de lo que a primera impresión parece. Si bien el franquiciante es el titular de la marca (incluyendo modelo de negocio), el franquiciatario tiene derechos con respecto a la misma. No solo por que pagó por ella, sino por que contrató bajo un *statu quo* que constituye el origen del régimen económico y contractual, punto de partida de sus derechos, y su expectativa merece ser protegida. No faltará quien diga inclusive que bien pudo haber sido el motivo determinante que lo llevó a contratar.

Luego entonces, ¿quién decide? ¿Franquiciante? ¿Franquiciatario? ¿Ambos?

La respuesta a la interrogante exige una postura sobre la naturaleza de la relación franquiciante-franquiciatario, y ésta es caracterizable y defendible de muchas maneras. Tanto como “socios”, cuya voz merece igual peso, como entes ubicados en una situación muy distinta: uno manda y el otro debe seguir. O como una especie de “copropietarios”, de tal forma que el deseo *de ambos* tiene que tomarse en cuenta al decidir cuestiones que atañen *a ambos*.

Aunque no hay una posición clara y terminante, postulo que en la embarcación de la franquicia no puede haber más que un capitán, y tiene que ser el franquiciante. El postulado es defendible tanto en la lógica marcario como de negocio. Desde el ángulo marcario, para que la marca sea *una*, las decisiones sobre la misma tienen que permanecer en un mismo centro. De lo contrario, el modelo de negocio no será uno, sino tantos como franquiciantes existan.¹⁴

Desde la perspectiva de negocio, siendo el franquiciante el dueño original, quien desarrolló la idea, es éste quien debe tener la decisión final sobre cuestiones relacionadas con el modelo de negocio. El franquiciatario debe ser entendido como parte de una relación de fiducia. Depositario y custodio

¹⁴ Por ejemplo, si existen cien franquicias en diferentes partes del mundo, adoptar una postura distinta a la expresada implicaría que habría cien marcas distintas, no una. Una por cada franquiciante que tenga una postura diversa sobre cómo manejar un problema o reto que aqueja a la franquicia, al modelo de negocio. Un ejemplo reciente del mundo de negocios es el cambio del logo de Starbucks. Si los franquiciatarios no respetaran la voluntad del franquiciante (lo cual puede obedecer a motivos defendibles) no se lograría el cometido de *una* imagen —una necesidad importante en esta materia. Imagínese por ejemplo que el franquiciante mexicano tiene motivos sólidos para pensar que el logo viejo es más atractivo al consumidor mexicano. De aceptarse, no habría *una* marca Starbucks mundial, sino varias. En el ejemplo citado, un Starbucks *mexicano* distinto al Starbucks *mundial*.

de un valor *que no le pertenece*, que puede explotar siempre que siga los cánones contractuales.

Aunque las nuevas generaciones de contratos de franquicia abordan y regulan esta cuestión, las primeras generaciones son omisas o lacónicas.¹⁵ E inclusive bajo los contratos detallados, esta cuestión puede ser importante ante lagunas contractuales. Después de todo, todos los contratos son de alguna manera u otra “incompletos”:¹⁶ distan de incluir un régimen y respuesta a todas las contingencias posibles.

3. *Uso marcario*

La noción y alcance de “uso” de una marca ha propiciado diferencias. Si bien una franquicia incluye la licencia para la utilización de una marca, las franquicias suelen contener cánones de utilización —incluyendo límites y prohibiciones—. Los objetivos no sólo son los evidentes (asegurar uniformidad marcaria), sino también establecer formas de asegurar calidad y monitorear ventas;¹⁷ así como formas adicionales de explotación del modelo.¹⁸

Lo anterior ha generado posiciones encontradas. Una frecuentemente observada es la aseveración que la autorización del “uso” de marca incluye cualquier actividad no expresamente prohibida. Es decir, siempre que no se incurra en las prohibiciones, el franquiciatario puede usarla como quiera. Ello es parte de lo que adquirió con la regalía inicial pagada.

Otra postura frecuentemente escuchada es que, mientras el *uso* no sea *marcario*, no existe violación a la franquicia. Este postulado cobra importancia en los casos en que existen prohibiciones (especialmente cuando ambiguas) y cuando en presencia de pactos sobre la obligación de adquirir insumos. Éste argumento conlleva otro: de existir un uso marcario, cualquier queja sobre el mismo no puede ventilarse en arbitraje, pues existe un órga-

¹⁵ La mayoría de las disputas que se han vivido recientemente versan sobre contratos redactados hace algunas décadas.

¹⁶ El adjetivo deviene de la teoría de *contratos incompletos* que le mereció a Oliver Williamson el Premio Nobel de Economía de 2009.

¹⁷ Algo que puede ser importante. Al estar en manos de un tercero bajo control diverso, en un país distante o Estado diferente, es natural que el franquiciante desee implementar un barómetro propio de ventas que permita arquear y verificar que las cantidades reportadas son fieles a la realidad (recuérdese que las regalías con frecuencia se pagan sobre ventas brutas. Ante ello, el incentivo para reportar menos ventas es tan poderoso como fácil de lograr.)

¹⁸ Por ejemplo, no es inusual observar que se pacta la obligación que productos (*vgr.* playeras, tazas, imanes, juguetes) sean comprados del franquiciante o antes preaprobados por el franquiciante.

no con jurisdicción exclusiva para ventilar las consecuencias de ello (infracción o caducidad).

Tomemos cada tema por su complejidad *in crescendo*, de general a particular. Comencemos con distinguir uso marcario de uso común y corriente y sus implicaciones en franquicias. Postulo que “uso”, en el sentido marcario, únicamente puede entenderse como la utilización de la marca *para identificar un producto o servicio ante terceros*. Si el logo o frase protegida marcariamente es dibujado en una playera por el franquiciatario, dicho uso se convierte en “marcario” cuando se hace con miras a vender la playera *al público*. Mientras el “uso” no busque asociar a dicho producto o servicio con la marca *vis-à-vis* terceros, no hay “uso marcario”. Ello puede parecer obvio, banal inclusive. Sin embargo, tiene una implicación importante: en ausencia de pacto expreso, el franquiciatario puede —*motu proprio* o a través de terceros— hacer “uso” (en su acepción común y corriente) de la marca sin incurrir en ilícito alguno. De quererse regular el uso *no marcario* de la marca, será necesario hacerlo *expressis verbis*, so pena de ver que es usada en formas diversas a las previstas o deseadas.

Siendo que algunos esquemas de franquicia incluyen formas diversas de ceder y explotar el concepto y modelo de negocio, la cuestión del uso marcario es caldo de cultivo de diferencias. Es para ello que el punto de partida descrito en el párrafo que antecede es útil: para discernir *ex contractu* qué tipo de uso es el vedado y cuál no —una determinación eminentemente casuista—.

Finalmente, con respecto a la arbitrabilidad de la disputa, la aseveración genérica que el uso marcario no es arbitrable es, en mi opinión, un malentendido. Si el contrato de franquicia contempla que la marca no puede usarse más que de cierta manera, el que dicha obligación se incumpla no resta su arbitrabilidad con motivo de que puede además ser una infracción. A cada quien lo suyo: la violación al artículo 213 de la Ley de Propiedad Industrial se ventilará ante el IMPI; la violación al pacto de la franquicia de usar la marca de cierta manera se ventila ante el tribunal arbitral. Y no existe contradicción alguna.

Ello sigue siendo cierto inclusive llevado al extremo: el pacto de no incurrir en una infracción. Piénsese por ejemplo en una franquicia para usar la marca en un segmento (clase) determinado. Si el franquiciatario lo usa para otro segmento de mercado, ello constituirá una violación a la franquicia —*además de una infracción*.¹⁹ Pero lo que se ventilaría en el arbitraje no sería la violación a la Ley de Propiedad Industrial, sino a la cláusula *x* del contrato

¹⁹ Por ejemplo, las infracciones descritas en las fracciones V y XVIII del artículo 213 de la Ley de Propiedad Industrial.

de franquicia (que bajo el derecho de las obligaciones sería una obligación de no-hacer que ha sido incumplida). Y la jurisdicción del tribunal arbitral no se vería mermada: las partes habrán hecho *contractual* lo otrora *legal*.

Otra manera de entender lo explicado es por capas: además de la protección *marcaria* —exigible ante las autoridades marcarias—, existirá la *contractual*— exigible ante el tribunal arbitral.

4. Daño marcario

La demostración de daños siempre es difícil. En esta materia un daño ostenta una dificultad particular: el daño marcario.

Comencemos por su significado: ¿qué significa “daño marcario”? Existe diferencia de opinión sobre ello. Desde quien niega que sea un daño indemnizable, hasta quien asevera que no es más que un caso particular de daño financiero, y por ende claramente recuperable. Otros consideran que es un daño *sui generis*. Y dentro de dichos extremos, existen posturas con matices diversos. Por ejemplo: daño reputacional, lesión al *goodwill*, inclusive un caso particular del género daño moral: la afectación a la consideración que de sí misma tienen los demás.²⁰

La dificultad del tema no se ciñe a su significado, sino también a la demostración. ¿Cómo acreditar que existe el “daño marcario”? Siendo que la marca es la manera en que se identifica a un comerciante con terceros (clientes, el consumidor), ¿cuántos terceros son necesarios para demostrar que existe una merma generalizada sobre la concepción de dicho intangible? Además de la *cantidad*, la *calidad* también genera retos: las pruebas que sobre esto se obtengan sin duda estarán sujetas a sospechas (¿cómo se procuraron?) y por más que se obtengan, siempre permanecerá la duda de cuántas son (¿estadísticamente?) suficientes para justificar la determinación que, a los ojos de cierto consumidor, de un mercado geográfico, existe un daño a la marca.

Al suponer que se logra *demostrar*, ¿cómo *medirlo*? Esto es posiblemente la cúspide del reto. ¿Cómo ponerle un número que no parezca especulativo a la merma de la imagen de una marca? No faltará quien aluda a resultados financieros. Pero si se desea medir con base en un hipo en ventas, ¿cómo

²⁰ Lo cual encontraría apoyo en el texto resaltado de la siguiente porción del primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil Federal: “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en *la consideración que de sí misma tienen los demás*. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”.

despejarlo de otras variables económicas a efecto de generar convicción en la mente del juzgador que el cincelazo en ventas obedece a la lesión a la imagen y no a otros motivos. Será muy raro no encontrar otro evento económico coetáneo al que el incumplidor desee atribuirle la culpa.

¿Cómo establecer causalidad? De sí, esto propicia otro sin número de dudas.

Deseo postular que, para aquilatar si un incumplimiento a una obligación relacionada con la franquicia detona un ‘daño marcario’, es indispensable voltear a ver el efecto que ello tiene en el mercado. Cualquiera que sea el significado exacto y la forma de demostrarlo —y cuantificarlo— debe incluir que, como resultado de un incumplimiento, *el producto no ataque el segmento de mercado al cual va dirigido*. Que las ventas no provengan del nicho de mercado para el cual fueron diseñadas (a través de las características —incluyendo precio— del producto y lineamientos de la franquicia).²¹

Siendo que el producto puede estar siendo consumido, no faltará quien diga que no hay daño. La contestación sería miope. No sólo eso, ejemplificaría la falta de sensibilidad que advertía arriba.²² Perdería de vista que, para ciertas franquicias, lo que importa no sólo es el *qué*, sino el *quién*. Las ventas brutas no son el alfa y el omega del éxito del modelo, sino quién las genera. Quién consume. Si por ejemplo una bolsa Louis Vuitton acaba en manos de una persona que la compra en la calle a un precio ínfimo,²³ no puede alegarse que no existe daño marcario puesto que “alguien la compro”.²⁴ El producto no habrá acabado en manos del segmento de mercado deseado. *Ello es daño marcario* —y puede ser importante. Es más, al margen de ser aditivo a otras especies de daño, puede ser el prelude de otros daños serios: piénsese por ejemplo en los productos Veblen: aquéllos en que una reducción en su precio implica (paradójicamente)²⁵ una reducción de demanda.²⁶

El argumento no se apoya en una elucubración, o una excepción a una regla general (la ley de la oferta y la demanda), sino en la noción que el

²¹ Por ejemplo, la ubicación, colores, prohibiciones y los estándares en general. Una franquicia que desea cerciorarse que se mantiene en un segmento determinado puede exigir que la ubicación del local siempre sea en la avenida principal de cada ciudad, y nunca en zonas de bajo ingreso.

²² Sección III.A de este ensayo.

²³ Piénsese por ejemplo en el caso de mercados grises —y no se diga negros.

²⁴ Además del patrimonial. Se trata de un daño por encima del financiero.

²⁵ Pues por lo general, bajo nociones elementales de oferta y demanda, la reducción de precio implica un *incremento* —no *reducción*— de demanda.

²⁶ Medida desde el punto de vista del segmento de mercado deseado.

creador de un modelo de negocio —mediante la marca, estandarización, cuidado de calidad y demás elementos del modelo de negocio— lo que busca es atacar un segmento de mercado *específico*. Y cada segmento de mercado ostenta características distintas. De querer ganarse el voto económico del mismo, éstas deben ser consideradas y saciadas.²⁷ Si alguien incumple con los lineamientos de calidad o de imagen del producto o servicio y, como resultado, el producto acaba en manos de un consumidor de un segmento diverso, existirá un daño a la marca. Y el efecto puede ser importante: la demanda del segmento de mercado deseado se irá de picada.²⁸

5. *Derechos de terceros y arbitrabilidad*

Siendo que la marca es la forma en que un comerciante se ostenta hacia terceros, ha surgido la duda sobre si ello afecta su arbitrabilidad. Después de todo, el arbitraje es íntimo: obliga exclusivamente a las partes vinculadas por el acuerdo arbitral.

La postura es un malentendido. Lleva un concepto a extremos injustificados. Ciertamente, los derechos de terceros son un límite del alcance del acuerdo arbitral. También cierto, la marca identifica un producto o servicio *vis-à-vis* terceros. Pero concluir de ello que las disputas contractuales derivadas de la misma son inarbitrables es falaz. Para ser un límite, lo que debe ventilarse no es un *hecho* que atañe a un tercero, sino un *derecho del* tercero. Tomar la postura contraria sería injustificado tanto lógicamente como jurídicamente.

6. *Esquemas contractuales complejos*

La complejidad en la contratación crece en la medida en que la complejidad del negocio crece. Si por ejemplo la franquicia involucra proveedores diversos para esquemas diversos para explotar el modelo de negocio o pluralidad de formas de asegurar la calidad del mismo, puede ser necesario (y es frecuentemente observado) que exista pluralidad en la forma que ello se documenta y regula. Si el redactor del contrato no tiene dos precauciones,

²⁷ Por ejemplo, el mercado de productos de lujo es descuidado cuando el producto es ofrecido mediante canales de distribución que no son de lujo. La consecuencia inevitable será pérdida de las ventas *del segmento deseado*.

²⁸ Si el lector duda de lo explicado, le invito a que considere, si es una dama, si continuaría comprando (o pagando lo mismo) por bolsas Louis Vuitton si son ampliamente vendidas a precios bajos en la calle.

la experiencia enseña que ello generará problemas, uno frecuente siendo que ello será aprovechado por la parte que desea accidentar la disputa:

- a) Pactar una cláusula arbitral *idéntica* en todos los contratos relevantes; o
- b) Cuidar que exista un contrato marco (o “maestro”, como con frecuencia se tilda) que rijan todos los contratos de la relación, y que el mismo incluya *una* cláusula arbitral.

Por ejemplo, no es inusual observar que el franquiciante pacta con el franquiciatario que éste debe adquirir de aquél insumos o productos a ser ofrecidos como parte de la franquicia. El motivo tiende a ser múltiple: desde una forma de cuidar calidad e imagen, hasta formas diversas de explotar la franquicia por parte del franquiciante. Si no existe claridad contractual en la jerarquía o régimen aplicable al contrato y la aplicabilidad de la cláusula arbitral, es probable que la ambigüedad genere diferencias o sea explotada por la parte que desea complicar el proceso.

Otro ejemplo lo constituyen las relaciones contractuales de múltiples niveles: cuando por ejemplo un franquiciante internacional contrata con un franquiciatario local y le asigna un territorio exclusivo, permitiéndole que éste subfranquicie. Esto fácilmente puede provocar tres o más eslabones contractuales, lo cual necesariamente significa que el explotador final —*el que le da la cara al consumidor*— tenga un régimen diverso al originalmente planeado por el franquiciante. Ello ha sido previsto a veces, y a veces no. En ocasiones sucede que la prohibición de cesiones o de subfranquiciamiento es porosa o ambigua, y el resultado es que el eslabón más importante de la cadena (desde la perspectiva de calidad) no está sujeto al régimen que el modelo de negocio exige. Ello complica el resguardo de calidad, cuidado de la imagen y la ejecución coactiva del contrato.

En ocasiones sucede que esta posibilidad es prevista por el franquiciante internacional, pactando (por ejemplo) que el franquiciatario local no puede subfranquiciar,²⁹ o que de hacerlo el contenido del contrato de subfranquicia tiene que ser idéntico al contrato entre el franquiciante internacional y el local. Ello, aunque *ex ante* buena idea, genera un problema *ex post*: el franquiciatario local y el subfranquiciatario son entes diversos que *pueden* —aunque no *deban*— modificar su relación contractual. Ello complica el monitoreo por el primer franquiciante (el original, que con frecuencia es internacional) e invita todo tipo de argumentos y tácticas dilatorias.³⁰

²⁹ O puede subfranquiciarse solo a sí mismo; es decir, a entes que formen parte de su grupo económico. Si bien no jurídicamente, *económicamente* es lo mismo.

³⁰ Por ejemplo, intentar tildar al subfranquiciatario local de “tercero” no vinculado por el acuerdo arbitral contenido en el contrato entre el franquiciante internacional y el local.

7. *Procesos paralelos*

La existencia de procesos paralelos no es noticia. Ello puede involucrar pluralidad de procesos arbitrales, o procesos paralelos arbitrales y judiciales. En esta materia existe aún otro caso particular: procesos paralelos administrativos.

Los motivos detrás del fenómeno pueden ser diversos. Por ejemplo, pueden derivar del diseño contractual: ante pluralidad contractual, multiplicidad de partes, la coexistencia de cláusulas arbitrales y de foro, o cláusulas arbitrales diversas.³¹ A su vez, puede ocurrir que una de las partes no honra su pacto de encausar al arbitraje *todas* las disputas que surjan de una relación, abriendo varios frentes legales.³² Finalmente, y más relacionado con nuestro tema, puede ocurrir que la disputa verse sobre una relación que tiene tanto hebras contractuales como regulatorias. Que versen sobre una materia con una *lex specialis* que incluye un órgano administrativo con jurisdicción exclusiva sobre ciertos aspectos de la materia. Por ejemplo, el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial o el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Cualquiera que sea el motivo, la constante es un problema que tiene implicaciones tanto procesales como sustantivas. Las *procesales* consisten genéricamente en la duplicidad, onerosidad magnificada y medidas que pueden ser desde inconsistentes hasta contradictorias —inclusive antagónicas—. Las *sustantivas* incluyen (*inter alia*) la discusión de un mismo hecho ante tribu-

Ello se ha visto inclusive en casos en que las partes tuvieron el cuidado de pactar un contrato “marco” o “maestro” y establecer la obligación de contenido contractual espejo (si de algo sirve saber, aunque con algunos tropiezos, el Poder Judicial mexicano que analizó la estrategia repudió la táctica dilatoria. Moraleja: si existe una relación contractual de muchos eslabones con un contrato maestro, éste rige *todo* —incluyendo su acuerdo arbitral.)

³¹ En un caso reciente que tuve, había siete cláusulas arbitrales distintas (dos de la misma institución, pero incompatibles al designar sedes distintas) y dos cláusulas de foro. Todos versaban sobre el mismo negocio —y problema.

³² Observo que esta situación es frecuente y a veces consentida por árbitros y practicantes. Bajo el argumento que no puede reprocharse el ejercicio de un derecho, algunos toleran que una parte vinculada por un acuerdo arbitral prosiga procesos paralelos judiciales, negando inclusive peticiones de la contraparte a que las disputas se sigan ante el foro arbitral escogido. Postulo que ello constituye un entendimiento lacónico del efecto positivo del acuerdo arbitral: si *A* y *B* pactaron arbitraje, *tienen* que canalizar mediante el mismo *todas* las disputas que versen sobre su relación jurídica (admito que el alcance de la apreciación puede depender de la redacción de la cláusula arbitral. Sin embargo, en los casos que he vivido, no ha sido con base en ello que se ha decidido tolerar, sino el argumento citado: permitir que las partes ejerzan sus derechos. Dicha manera de pensar merece la crítica esgrimida).

nales diversos, tener que (artificialmente) dividir lo que en verdad es un todo: la misma controversia.³³

Las disputas de franquicia pueden involucrar procesos paralelos administrativos ante los órganos administrativos indicados, u otros. Por ejemplo, pueden involucrar procesos de infracción, nulidad o caducidad de marca. De existir un acuerdo arbitral que ampare la relación, han existido tanto dudas como malos entendidos sobre cómo manejar el problema. Ello tiene, de nuevo, implicaciones procesales y sustantivas. Por ejemplo, en caso de existir un proceso de nulidad de marca, ¿debe ello impactar la jurisdicción o determinaciones del tribunal arbitral? ¿Debe el tribunal arbitral esperar a que el órgano administrativo emita su fallo?

En términos generales, se postula que la respuesta es negativa. El tribunal arbitral es un órgano de contrato. Su misión es resolver sobre la legalidad *contractual* de la disputa. No versa sobre legalidad bajo la lupa de leyes sujetas a jurisdicción exclusiva de tribunales u órganos estatales. Pero existe otro lado de dicha moneda: de la misma manera en que el tribunal arbitral no puede resolver disputas cuyo *petitum* verse sobre derechos derivados de leyes sujetas a órganos con jurisdicción exclusiva, lo mismo puede decirse de los órganos cuya jurisdicción —si bien exclusiva— es limitada. No puede amparar disputas amparadas por un acuerdo arbitral. La simetría es tan lógica como perfecta. Además, es fácil de entender. Si las partes pactaron que *cualquier* disputa derivada de, por ejemplo, su contrato de licencia será encausada al arbitraje, la voluntad debe ser cumplida.³⁴

Con respecto a la duda consistente en si debe detenerse el proceso arbitral para esperar un fallo del órgano administrativo que está en vías de ven-

³³ Ocurre que cuestiones que se relacionan con la disputa en su totalidad son regidas por contratos diversos —con mecanismos de solución de controversias diversos. Como resultado, se invita una discusión de qué se puede discutir en un foro determinado y si es admisible en otro, siendo que en estricto sentido deriva de una relación distinta, o se rige por un contrato diverso a aquel del cual deriva jurisdicción el tribunal relevante.

³⁴ Y de ello se cerciora el derecho arbitral (artículos 1424 y 1464-1465 del Código de Comercio) y criterios del Poder Judicial. Por ejemplo: “ARBITRAJE. CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES O A LOS ÁRBITROS ANALIZAR LA EXISTENCIA Y EFICACIA DEL ACUERDO DE LA TRANSMISIÓN A TERCEROS. En términos de los artículos 1416, fracción I y 1424 del Código de Comercio, *los efectos del convenio arbitral o acuerdo de arbitraje son positivos y negativos*, consistiendo *los primeros* en la facultad y correlativa *obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias*, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas; por el contrario, *los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto. (...)*” (Registro 178813, *SJF*, t. XXI, abril de 2005, p. 1341. Tesis I.3º.C.475 C) (énfasis añadido).

tilarse, tiendo a pensar que la respuesta debe ser negativa, y por tres motivos. Primero, el tribunal arbitral toma la disputa como la recibe. Si, al momento de ventilar la misma, está *pendente lite* un proceso paralelo sobre un tema relacionado, pero sobre el cual tiene jurisdicción un órgano local, no puede ello detener el fallo del tribunal. Hacerlo sería contrario a *compétence*. Segundo, si lo anterior tuviera lugar, se aniquilaría una de las grandes virtudes del arbitraje: su velocidad. Tercero, probablemente ello premiaría tácticas dilatorias (la procedencia de esto último es casuista, es de admitirse).

IV. CONCLUSIÓN

Explicadas las peculiaridades que se observan en controversias de franquicias, la conclusión es obligada: evidencian una complejidad adicional. *Inter alia*, ésta reside en que es una materia en la cual confluye pericia jurídica, económica y mercadológica. Por ende, su correcta solución exige un mecanismo que permita atender tanto a sus peculiaridades sustantivas como procesales. El arbitraje reúne dicho requisito dada su:

1. *Especialidad*: porque uno puede cerciorarse que el tribunal esté compuesto por expertos sensibles a los dilemas explicados en este ensayo;
2. *Maleabilidad*: porque la ductibilidad del arbitraje lo hace propicio para ser usado para armar sistemas —algo frecuentemente necesario en cadenas internacionales (y nacionales) exitosas de franquicias; y
3. *Velocidad*: porque es veloz —y mucho más que las opciones. Aunque algunos casos complejos han tomado tiempo, siempre son más veloces (y con menos instancias) que la opción.

Aunque nunca platiqué este tema con Sonia Rodríguez, conociendo su fina inteligencia, no es aventurado suponer que estaría de acuerdo que el arbitraje es no sólo *útil*, sino *idóneo*, para ventilar y mejor encausar los dilemas descritos.

CAPÍTULO IX EL ABC DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN*

Desde Paraguay, hoy noviembre de 2013 en ASADIP, para ti amiga Sonia, lugar de primer encuentro académico, desde mi recuerdo y con todo mi corazón

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Marco normativo.* III. *Marco conceptual.* IV. *México y los medios alternativos de solución de conflictos.* V. *Mediación pública y privada.* VI. *El mediador.* VII. *Procedimiento de mediación.* VIII. *Mediación internacional o transfronteriza.* IX. *Justicia.* X. *Anexo. Enlaces legislación mexicana en materia de mediación.*

I. INTRODUCCIÓN

A muchos de los que practicamos la mediación se nos hace inconcebible —sin sentido— la discusión o debate, a estas alturas del siglo XXI, sobre la procedencia/pertinencia de medios alternos, a la justicia tradicional o jurisdiccional, para la solución de controversias.

La proliferación de asuntos y la complejidad que entraña “batallar” una solución en el contexto internacional exige, sin lugar a dudas, que ponga-

* Doctora en derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España; investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; mediadora privada certificada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Este artículo es una versión en español y modificada de la presentada por la autora en “Report: Mediation in Mexico”, XIXth International Congress of Comparative Law (International Academy of Comparative Law, IACL), Vienna, 20-27 de julio de 2014 (en prensa). Agradezco, tal y como lo hice igualmente en el trabajo mencionado, el invaluable apoyo que obtuve por parte del maestro Víctor M. Navarrete Villareal, no solo conocedor de los medios de solución de controversias, sino incondicional del derecho internacional privado y de los amigos, entre los que tengo el honor de encontrarme.

mos sobre la mesa la realidad de un cruce de fronteras constante y la puesta en marcha, seria y coincidente, de la implementación de un buen sistema, de cooperación, que transite hacia la búsqueda de cada cual en la solución de sus diferencias.

Obviamente esta aseveración tiene sus matices porque para ello se necesita instrumentalizar, siempre desde la ya mencionada cooperación, bases para educar hacia la cultura de la paz, bases de divulgación e información y bases de implementación de los medios pacíficos de solución de controversias y todo ello desde la voluntad política, para que desde las instancias de gobierno se marquen pautas educacionales —enseñanza/aprendizaje—, divulgativas, presupuestos con perspectivas de solución pacífica de controversias, entre otros.

Si todas estas pautas y premisas se dieran de la manera correcta, tendríamos que visualizar no solo el cambio social —su velocidad y su profundidad— sino cuestiones que implican, además, armonización y buenas prácticas para que todos los acuerdos transfronterizos voluntarios, y como no podía ser de otra manera, tengan el alcance de reconocimiento y ejecución en el extranjero. Tema nada inócuo que se une no solo a la competencia internacional, el derecho aplicable sino a dicho reconocimiento y ejecución de acuerdos no vinculantes a través siempre del cuarto pilar constitutivo del contenido del derecho internacional privado que es la cooperación, la confianza entre todos los interlocutores que intervienen en un proceso de esta naturaleza.¹

México está en una etapa aún incipiente, embrionaria, pero está ahí y es el camino adecuado en el que sembrar pautas sólidas desde la teoría a la práctica, desde la docencia a la investigación, desde la adaptabilidad que solicitan contextos específicos como la región americana y, más concretamente, desde el enclave territorial en el que se encuentra un país como México en donde las cifras siempre se disparan ante situaciones de crisis en todas y cada una de sus manifestaciones. Cada lector en este momento puede elucubrar cualquier suerte de crisis, la que nosotros en este momento tenemos en mente es la crisis familiar y la encrucijada en la que se encuentran los menores y lo que representa actualmente tener el 10% de las sustracciones internacionales de niños, niñas y adolescentes por parte de uno de sus pro-

¹ Sobre el tema, véase un estudio previo en González Martín, Nuria, “Apuntes sobre la mediación como medio alternativo de solución de conflictos: el contexto español y mexicano”, Operti Badán, Didier *et al.* (coords.), Derecho internacional privado —derecho de la libertad y el respeto mutuo—. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Mackelt, Asunción, Paraguay, CEDEP-ASADIP. Biblioteca de Derecho de la Globalización, 2010, pp. 615-646.

genitores entre los Estados Unidos de América y México.² El papel que cobra la mediación es fundamental, ya sea en el conflicto familiar descrito, ya sea en cualquier otro contexto, con conflictos de naturaleza diversa.

Con esta idea primigenia, el lector encontrará en la siguiente contribución el planteamiento de un recorrido por lo que denominamos el ABC de la mediación en México con el objetivo, puntual, de exponer el estado del arte en este terreno. Para ello partimos de un acotamiento necesario al exponer las mencionadas bases sobre lo que marca la mediación en el Distrito Federal ya que, por cuestiones de tiempo y espacio, difícilmente podríamos incluir el resto de las 31 entidades federativas que componen la república mexicana, no sin antes reforzar la idea de que hay diferencias sustanciales en sus legislaciones, cuestión que el lector puede verificar a través de la legislación actualizada sobre la materia que detallamos en el *Anexo* relativo a los enlaces de la legislación mexicana en materia de mediación.

De esta manera, la estructura que planteamos para abarcar dicho objetivo inicia con el marco normativo y conceptual de la mediación en México para así poder continuar con una exposición en torno a la relación que tiene México con los medios alternativos de solución de controversias, tema que nos parece adecuado introducir para que el lector tenga un panorama más cercano a la actualidad en este terreno. A partir del panorama descrito, incluimos los temas más significativos describiendo la mediación pública y privada en México abordando los acuerdos de mediación desde sus requisitos y responsabilidad, además del costo. Incluimos la figura del mediador atendiendo, asimismo, cuestiones de requisitos, selección, obligaciones, responsabilidad, código de conducta y centros de justicia alternativa. Cobra un lugar de excepción, como no podría ser de otra manera, el rubro dedicado al procedimiento de mediación partiendo de los principios, sus fases, duración, la relación de la mediación judicial y extrajudicial y una valoración de los éxitos y fracasos de la misma en el contexto mexicano. Finalizamos con dos temas de punta y con un pendiente importante en la implementación de la misma en México, nos referimos a la mediación internacional o transfronteriza y a la *ciberjusticia* o (*e*).*justicia*.

² Lowe, Nigel, "A Statistical Analysis of Applications Made in 2008 under The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part I. Global Report", Preliminary Document N. 8 A (update) of November 2011 for the Attention of the Special Commission of June 2011 on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention, <http://www.hcch.net> bajo la sección sustracción internacional. Lowe, Nigel and Stephens, Victoria, *The Timing of 1980 Hague Abduction Convention Applications: the 2011 Findings*, Cardiff Law School, Nuffield Foundation, 2012.

Con esta exposición, con este itinerario por el que nos proponemos transitar, pensamos que podemos sentar las bases del status quo de la mediación en México y de ahí que el lector, lego o no en la materia, pueda continuar con un análisis más profundo sobre la realidad mexicana en torno a la mediación.

II. MARCO NORMATIVO

Si bien es cierto que la proliferación y potencial desarrollo de la mediación en México apenas comienza, no debemos dejar de subrayar que los medios de solución de conflictos en México no son una novedad como tampoco lo es su regulación a nivel constitucional.³ En junio de 2008, la justicia alternativa vuelve a ser un derecho de todo ciudadano por virtud del nuevo texto del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM),⁴ que establece que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias,⁵ así como a través del artículo 18 de la misma carta magna.⁶

De esta manera tenemos que el fundamento legal de la mediación se encuentra en el artículo 17, párrafo cuarto, CPEUM, el cual señala: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que se requerirá supervisión judicial”.

Igualmente, el artículo 18, párrafo sexto, de la CPEUM establece:

³ En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, su Título V “Del Poder Judicial de la Federación” en su Sección VII “Reglas generales a que se sujetará en todos los estados y territorios de la Federación la administración de justicia”, encontramos el antecedente de la justicia alternativa en el derecho constitucional mexicano. En particular en su artículo 155, que estableció no se podrá entablar pleito alguno en lo civil ni en lo criminal sobre injurias sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación. <http://www.juridicas.unam.mx/urffjur/leg/consthist/pdf/1824.pdf>.

⁴ Brena Sesma, Ingrid, Serna de la Garza, José María, González Alcántara Carrancá, Juan Luis y Ovalle Favela, José, Mesa de trabajo “La reforma al artículo 17 constitucional. Los medios alternativos”, Aspectos sociales, psicológicos y económicos de la queja médica; los medios alternativos en el marco constitucional y la rectoría del sector salud en la calidad de la atención médica”, *Memoria del Simposio 2012*, México, Conamed, 2012, pp. 109 y ss., esp p. 125. Véase, asimismo, de reciente aparición el texto de Cabrera Dircio, Julio, *Estado y justicia alternativa. Reforma al artículo 17 constitucional*, México, Editorial Coyoacán, 2012.

⁵ Pesqueira Leal, Jorge, “Elementos para la interpretación auténtica del tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Nexo Jurídico. Locus Regit Actum*, año IV, núm. 11, abril-junio de 2010, pp. 78 y ss.

⁶ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema (el de justicia para adolescentes), siempre que resulte procedente en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes, se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

México es una Federación, dividida en 31 Entidades Federativas más el Distrito Federal, y prácticamente cada una tiene soberanía legislativa en un número importante de materias, entre las que destacamos la materia familiar, por ejemplo.

Por cuestiones prácticas, en esta contribución solo haremos referencia a las leyes que atañen a la mediación en el Distrito Federal, haciendo notorio que hay diferencias, a veces sustanciales, en la legislación del resto de la república mexicana.⁷

De esta manera, en cuanto a las leyes ordinarias del Distrito Federal, la mediación encuentra sustento en: La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal; el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal.⁸

Asimismo, tiene incidencia en la materia el Código Civil para el Distrito Federal, la Ley Registral del Distrito Federal y la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.⁹

⁷ Véase Anexo. Enlaces legislación mexicana en materia de mediación, en donde se detallan todas y cada una de las leyes de justicia alternativa de la república mexicana.

⁸ Véase las últimas reformas en *Gaceta Oficial del Distrito Federal* No. 1629, de 19 de junio de 2013. Decreto emitido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. VI Legislatura y en *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 8 de agosto de 2013, en relación a dichos cuerpos normativos: Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, artículos reformados 1, 2, 9, 14, 15, 18-20, 22-25, 27,28, 32,35, 36, 37 Bis, 37 Ter, 38-60; Código de Procedimientos Civiles, artículos reformados 42, 55, 137Bis, 327, 426, 443, 444, 500 y 941. González Martín, Nuria y Navarrete Villarreal, Víctor M., “Comentarios a las reformas de 2013 en materia de mediación en el Distrito Federal”, TSJDF (en prensa).

⁹ A raíz de las reformas citadas, publicadas en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 19 de junio de 2013 y *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 8 de agosto de 2013, destacamos los artículos reformados de estos cuerpos normativos: Código Civil del Distrito Federal, artículos 287,

Salvo en la Constitución, no está prevista la mediación en el orden federal, aun cuando existe un proyecto de Ley Federal de Justicia Alternativa, mismo que ha sido presentado en el Senado de la República, por la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional. Este proyecto de ley tendría competencia federal en las materias civil, mercantil y agraria.

Tal vez sería más acertado que México contara con una Ley General de Mediación ya que una ley de este tipo regularía tanto al ámbito federal como al local en aquellos casos en que existe competencia concurrente entre la Federación y las entidades federativas.

Una ley general se aplica en todo el país y permite la actuación, y por tanto armonización, tanto de estados como de la Federación sin que ambos órdenes de gobierno entren en contradicción. Por ejemplo, la educación o la salud son de tal importancia que su regulación no está dada sólo a la federación o a los estados sino que se enmarcan dentro de una ley general que ofrece los grandes trazos regulatorios y determina las competencias de los dos niveles de gobierno.

La ley general establece un lenguaje común, así como estándares mínimos de actuación. En la actualidad se puede observar que las diversas leyes estatales regulan, de manera muy *sui generis*, la mediación y la conciliación y que no existen estándares mínimos de capacitación de mediadores o conciliadores, es decir, existe gran disparidad en la regulación.

Igualmente, estimamos que sería muy positivo para elaborar esta ley general, tomar en consideración la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional de la UNCITRAL.¹⁰ Este cuerpo normativo diseñado por la Organización de Naciones Unidas (ONU) está redactado de tal manera que da margen de maniobra a todos los Estados para que acomoden sus preceptos a su realidad jurídica y social. Posee un lenguaje caracterizado por su ambigüedad constructiva.

En este sentido, en México ya hemos logrado introducir leyes modelo con cierto éxito, nos referimos a la Ley Modelo de arbitraje de UNCITRAL que se introdujo al Código de Comercio a principios de la década de los noventa.

3,005, 3,043, 3,044; Ley Registral del Distrito Federal, artículos 49 Bis y 79 y Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, artículos 61, 186 Bis 1, 186 Bis 5. González Martín, Nuria y Navarrete Villarreal, Víctor M., “Comentarios a las reformas de 2013 en materia de mediación en el Distrito Federal”, TSJDF (en prensa).

¹⁰ La Comisión de Derecho Mercantil Internacional de Naciones Unidas (CNUDMI-UNCITRAL) aprobó el 24 de junio de 2002 la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional. Hernández Mergold, Pascual, “Justicia alternativa: la mediación civil y mercantil como servicio público en el Distrito Federal”, *Arbitraje y mediación en México*, México, Secretaría de Gobernación, 2011, pp. 50 y ss.

Una vez más abogamos por la confluencia y complementariedad de técnicas de reglamentación de *hard law* y *soft law*¹¹ que sirven como modelos a la hora de actualizar y poner en práctica una materia como la mediación.

A nuestro juicio, con una ley general se organizaría mejor la “profesión” de mediador, se establecerían estándares mínimos de capacitación, competencia y se permitiría elaborar normas más coherentes que ordenen la mediación a nivel doméstico y que permitan dar cabida a la mediación transfronteriza ante la demanda actual de dar soluciones en el contexto internacional.

Si esta vía de armonización que perfilamos a través de una ley general no llega a término, por razones diversas, una propuesta por demás loable es la implementación de *Guías de Buenas Prácticas* en los países o incluso entre estados, cuando estamos en un sistema federal, con la idea de armonizar criterios. En el caso específico de la mediación familiar internacional daría certeza y seguridad jurídica, por ejemplo, a los casos de sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores conectado con la mediación familiar internacional. El contenido de estas guías deberían abarcar una diversidad de cuestiones como entrenamiento (materias, horas o técnicas, por ejemplo), violencia doméstica y mediación, principios de mediación, resolución de disputas en línea, costos, entre otros.¹²

III. MARCO CONCEPTUAL

En México, la mediación es un procedimiento autocompositivo de solución de conflictos,¹³ es decir, se trata de una negociación asistida por un tercero imparcial que auxilia a las partes para que éstas logren una comunicación constructiva que les permita negociar sus intereses y necesidades de manera satisfactoria y dentro de los límites de la legalidad.

Al tratarse de una negociación asistida se suelen seguir los pilares fundamentales de una negociación colaborativa como la que han planteado Fis-

¹¹ González Martín, Nuria, “Private International Law in Latin America: from Hard to Soft Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XI, 2011, pp. 393-405.

¹² Véase en Estados Unidos, “Guidelines for Mediating International Family Matters”, *Task Force on International Family Mediation*, ABA/SIL, 12 de febrero de 2013.

¹³ Castillo Ambriz, José, “Conclusiones”, XXIX Congreso Nacional de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia y IX Encuentro de Consejos de la Judicatura de la República Mexicana, Memorias, México, 2005, p. 625.

her, Ury y Patton,¹⁴ a saber, el mediador o tercero imparcial debe conducir a las partes para que:

- a) Separen a las personas de los problemas; es decir que se den cuenta de que, por un lado, ambas partes tienen percepciones válidas pero distintas del asunto y por ello han desgastado su relación y que, por el otro, existe una realidad objetiva que es problemática y que les afecta negativamente.
- b) Centren la discusión en los intereses de las partes y no en sus posiciones.
- c) Sean creativos e imaginen distintas situaciones que pueden colmar sus intereses, y
- d) Antes de acordar la mejor solución, para ambas, comparen ésta con criterios objetivos que les permitan tomar una decisión realista.

Por otra parte, el método de mediación creado en Harvard es el más extendido en México; sin embargo, en algunas materias como la familiar, tiende a seguirse el modelo transformativo de Folger. El modelo de Sara Cobb, es decir, el circular narrativo, es menos común y ha tenido mayor éxito entre mediadores cuya formación inicial ha sido como terapeutas.

De esta manera, con la influencia que ha podido marcar los distintos modelos o escuelas de mediación, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal (Ley de Justicia Alternativa del TSJDF) en su artículo 2o., fracción X, define a la mediación como: “Procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador”.

IV. MÉXICO Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En México, la mediación en sede judicial —la cual es la más extendida— se practica desde 1998 cuando el estado de Quintana Roo reformó su Constitución y sus leyes para introducirla.¹⁵ A la fecha, operan Centros de

¹⁴ Fisher, Ury y Patton, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, 2a. ed., Penguin, 1991, así como Goldberg, Sander y Rogers, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 2a. ed., Aspen, 1992.

¹⁵ Aldana Ugarte, Gabriela, “Medios alternativos de solución de controversias: implementación en la administración de justicia local en México”, en Fernández Fernández, Vicente (coord.) *La impartición de justicia en México en el siglo XXI*, México, Porrúa-Tecnológico de Monterrey, 2011, pp. 37 y ss.

mediación o de justicia alternativa en 29 entidades federativas y solo 3 estados no cuentan con centros de mediación: Guerrero, San Luis Potosí y Sinaloa.

En relación a los diversos mecanismos alternativos de solución de controversias, lo más extendidos en la república mexicana son la conciliación y el arbitraje.¹⁶

Con respecto a la conciliación es importante destacar que este procedimiento es una figura regulada en diversos ordenamientos procesales del país, principalmente en las materias civil y familiar.

Este procedimiento de conciliación puede definirse como: "...el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso...".¹⁷

De acuerdo con la doctrina, la conciliación se define como un "... acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya incoado sin correr todos los trámites que, en otro caso, serían precisos para concluirlo."¹⁸ Otros autores conceptualizan este mecanismo de resolución de disputas como el "acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual".¹⁹

La conciliación no sólo resuelve litigios, sino que previene la formación de los mismos. A través de este sistema, el tercero ajeno a la controversia asume un papel activo, consistente en acercar a las partes y proponerles alternativas concretas para que de común acuerdo resuelvan sus diferencias.

¹⁶ Navarrete Villarreal, Víctor Manuel. "La reforma al artículo 17 constitucional en materia de medios alternativos de solución de controversias: una respuesta atinada en la vida político-jurídica del México del siglo XXI", en Uribarri, Gonzalo (coord.), *Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional*, México, Porrúa, 2010.

Aún la aseveración del lugar preponderante del arbitraje y conciliación frente a la mediación, no dejamos de visualizar un avance más que significativo, tal y como lo demuestra la elaboración de un trabajo como el presente que subraya la proyección de la mediación en México. Corroborando la afirmación tenemos a Márquez Algara, María Guadalupe, *Evaluación de la justicia alternativa*, México, Porrúa-Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2012.

¹⁷ *Diccionario Jurídico Mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989. p. 568.

¹⁸ Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de derecho*, 21a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 178.

¹⁹ Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, p. 159. Véase, asimismo, el concepto en Gorjón Gómez, Francisco Javier, "Medios alternativos de solución de controversias, solución a la impetración de la justicia", *Revista de Investigación Científica del Derecho*, núm. 3, México, junio de 2002, p. 58.

En este instrumento resolutorio es importante que el conciliador sea de preferencia un perito en la materia del conflicto, ya que no se debe limitar a mediar entre las partes, sino que tiene la obligación de proponer soluciones específicas.

En el ámbito del fuero común del Distrito Federal, la conciliación está regulada en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Las legislaciones de algunos estados de la República mexicana muestran importantes avances en materia de conciliación dentro del procedimiento judicial, así, por ejemplo, el Código Procesal Civil de Coahuila prevé tres tipos de conciliación: la que es planteada al juzgador por las partes, la que propone el juzgador y la que se realiza a instancia de un tercero elegido por las partes. Se puede observar que el margen de libertad otorgado a los litigantes es más amplio, si lo comparamos con ordenamientos similares de otras entidades federativas.²⁰

Por otro lado, es necesario rescatar la conciliación que se lleva a efecto como parte del procedimiento judicial pero tal vez sea aún de mayor importancia fomentar la conciliación extrajudicial, la cual debe ser llevada a cabo por verdaderos profesionales capacitados en materia de procedimientos alternos de solución de conflictos.

Con respecto al arbitraje, en México, tanto en las Constituciones de Cádiz, la Federal de 1824, la centralista de 1836 y en el Estatuto Orgánico de 1856, se reconocía de manera expresa la posibilidad de que los conflictos litigiosos que sólo afectaran intereses privados fueran resueltos por árbitros.

El Código de Procesal Civil de 1872 da libertad a las partes para pactar el arbitraje. Briceño Sierra refiere que los negocios civiles eran susceptibles de arbitraje, aun la responsabilidad civil proveniente de delito.²¹

El Código procesal vigente, en su título octavo, prevé la figura del *juicio arbitral*; el Código de Comercio contempla también al arbitraje comercial, con una regulación más adelantada debido a que gran parte de su contenido se tomó de la mencionada Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

El procedimiento arbitral es el que se tramita ante personas que no son jueces del Estado, o que siéndolo no actúan como tales, sino como particu-

²⁰ Véase los artículos 844-848 del Código Procesal Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

²¹ Briceño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Cárdenas Editor, 1969. pp. 184 y 185.

lares. En algunas legislaciones se permite a los funcionarios judiciales ser árbitros, pero al serlo no desempeñan una función del Estado.²²

El arbitraje es una especie de la heterocomposición²³ en la que el tercero, al que se denomina árbitro, no se va a limitar a proponer una solución a las partes, sino que va a disponer dicho arreglo a través de un fallo obligatorio al que se conoce como laudo.²⁴

Este procedimiento podría definirse como: "...la institución jurídica por la cual la ley autoriza a las partes, a través de una cláusula compromisoria, o bien de un compromiso arbitral, a someter sus diferencias presentes o futuras a la decisión de una o más personas llamadas árbitros".²⁵

En México, cada día surgen más instituciones privadas especializadas en la prestación de servicios de administración de procedimientos de arbitraje comercial privado.

El arbitraje presenta una doble ventaja frente a la solución jurisdiccional. En primer lugar, porque éste implica la presencia de un tercero ajeno al litigio, quien, por lo general, es un experto en la materia motivo del pleito, e implica también el empleo de la mediación, la amigable composición y la conciliación y de otros recursos alternativos de solución de controversias dentro del mismo procedimiento. Lo anterior se practica en otras latitudes como el procedimiento *med-arb* o *arb-med*, pero esta mixtura de procesos no se ha arraigado en México. En segundo lugar, porque además de la flexibilidad de sus soluciones, en el arbitraje sí se determinan derechos y obligaciones para las partes, de manera similar en que lo hace el órgano jurisdiccional.

A pesar de que en México encontramos cierto grado de avance en materia arbitral, aún falta mucho por lograr. No se debe dejar de mencionar que aun cuando la legislación local prevé esta figura, no existe una adecuada sistematización de las normas que deben regularlo.

²² Sobre la regulación del arbitraje en México, podemos ver obras de Uribarri Carpintero, Gonzalo, *Derecho arbitral mexicano*, México, Porrúa, 2006; Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Porrúa, 2004; Díaz, Luis Miguel, *Arbitraje: privatización de la justicia*, 3a. ed., México, Themis, 2004; Graham, Luis Enrique, *El arbitraje comercial*, México, Themis, 2000; Péreznieto, Leonel (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Fontamara, 2002, entre otros.

²³ Magallón Gómez, Eduardo, "Medios alternos de solución de controversias" en Valle González, Armando y Fernández Varela Mejía, Héctor (coord.), *Arbitraje México. Fundamentos teóricos y análisis de 30 casos representativos*, México, Trillas, 2005, pp. 97 y ss.

²⁴ Ovale Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Harla, 1996. p. 28.

²⁵ Chessal Palau, Jorge, "Arbitraje: una opción a la Justicia", *Revista Lex*, México, núms. 56 y 57, febrero- marzo de 2000.

Los detractores del arbitraje arguyen que se trata de un procedimiento costoso; sin embargo, habría que explorar nuevos esquemas a través de los cuales los servicios de arbitraje puedan ser canalizados por los órganos jurisdiccionales a instituciones con las cuales se hubieren celebrado convenios de colaboración. Estos sistemas de participación podrían incluir incentivos de orden fiscal para que aquellos particulares dedicados a la práctica del arbitraje prestaran sus servicios de manera gratuita o a un costo accesible.

Otro modelo que se podría experimentar es el que se sigue en algunos estados de los Estados Unidos de América. A diferencia del arbitraje tradicional que es voluntario, pero con resolución obligatoria, en Norteamérica se ha instaurado un régimen en el cual se obliga a las partes a recurrir al procedimiento arbitral tratándose de cierta clase de asuntos, pero con la gran diferencia de que el laudo no es obligatorio. Los asuntos que se tramitan por esta vía se presentan ante un árbitro designado por el tribunal, por lo general un abogado ajeno a la causa o un juez retirado. Al final de este procedimiento, el árbitro emite un laudo que adquiere fuerza de cosa juzgada, a menos que alguna de las partes intente una revisión completa del asunto en juicio. En estos casos, la potencial temeridad del inconforme es sancionada económicamente si éste no logra un resultado mejor en juicio del que obtuvo en el recurso arbitral.²⁶

Una vez hecho este breve repaso sobre los principales mecanismos alternativos de solución de controversias en México, conviene hacer una reflexión sobre el debate que en México se ha desatado respecto de la mediación y sus diferencias con la conciliación.²⁷

Como sabemos, el tercero neutral en la mediación debe abstenerse de proponer soluciones al conflicto presentado por las partes, toda vez que el mediador funge solamente como facilitador de la comunicación y la negociación entre los involucrados.²⁸ En este sentido, la mediación se distingue de la conciliación por el hecho de que en la segunda, el tercero neutral propone posibles soluciones a las partes, mientras que en la primera, es necesario que se abstenga de emitir siquiera su opinión sobre la problemática planteada. Algunos autores, como Estavillo Castro, sostienen que realmente

²⁶ A este procedimiento se le conoce como Court-Annexed Arbitration y ha sido adoptado por más de 20 estados en la Unión Americana. Véase Goldberg, Sander y Rogers, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 2a. ed., Aspen, 1992, pp. 199 y 250.

²⁷ Sobre el tema podemos ver Uribarri Carpintero, Gonzalo, "Acceso a la justicia alternativa", *Ars Iuris*, núm. 45, 2011, pp. 258 y ss.

²⁸ Herrera Trejo, Sergio, *La mediación en México*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2001.

no hay consenso en cuanto a las diferencias entre la mediación y la conciliación. Estavillo sostiene que:

Igualmente, por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a desempeñar por el órgano encargado de conducir la conciliación o la mediación, tampoco encontramos una distinción clara y mucho menos consenso en las diversas fuentes consultadas, ya que mientras ciertos autores afirman que el conciliador propone soluciones y el mediador no, otros sostienen exactamente lo contrario. Y lo mismo sucede tratándose de la posibilidad de que el conciliador o el mediador tenga reuniones con las partes, ya que mientras ciertos autores se pronuncian a favor de que el conciliador o el mediador tenga reuniones privadas (“caucuses”) con cada una de las partes, otros las desaconsejan. Algo similar sucede respecto a la postura frente a la celebración de reuniones con ambas partes contendientes simultáneamente, o respecto a la presencia o no, en las mismas, de abogados de las partes.²⁹

Si se revisa con detenimiento la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de UNCITRAL, se puede observar que no se hace distinción alguna entre mediación y conciliación.³⁰ El artículo 1o., párrafo tercero, de la Ley Modelo establece:

A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.³¹

²⁹ Estavillo Castro, Fernando, “Medios alternativos de solución de controversias”, capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C, Jurídica, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 26, 1996, p. 21.

³⁰ Díaz, Luis Miguel, “La mediación en el derecho internacional”, *I Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil. Memorias*, México, Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, 2005, pp. 630-643; Díaz, Luis Miguel, “¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009, pp. 722 y ss.

³¹ Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/57/562 y Corr.1)] 57/18. Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de las Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2002.

Queda claro que el consenso internacional indica que es intrascendente que se le llame conciliación o mediación, toda vez que aun cuando el conciliador pueda proponer soluciones, le está negado imponerlas.

De cierta manera, en México se ha caído en el dogmatismo, al pensar que es más probable que se cumpla un convenio de mediación, que uno emanado de una conciliación, puesto que algunos arguyen que el conciliador, al proponer posibles soluciones, está influyendo a las partes a tomar una determinada decisión, misma que no es resultado de su más auténtica convicción. Esto es discutible y nos parece que seguirá siéndolo. Lo paradójico es que en muchos estados de la república se admite que el mismo tercero neutral funja como mediador y si su función no da resultado, asuma el papel de conciliador.³²

En otro orden de ideas, en México la mediación se diferencia del arbitraje en las metodologías de ambas figuras; así, mientras la mediación respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia, el arbitraje es solemne y estructurado y de alguna manera se asemeja al proceso común, de modo que hay grandes similitudes entre el laudo y la sentencia. De igual manera, el desempeño del árbitro en las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y los alegatos posteriores, nos recuerdan el desempeño de los jueces ordinarios.

La mediación, *a sensu contrario*, tiene un sentido más cooperativo y creativo. El mediador no busca respuestas preestablecidas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libres y voluntariamente concertadas que aligeren sus diferencias previas. La idea es eliminar la noción de que el otro es necesariamente un adversario por derrotar y considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias, pues con él debemos continuar una relación y convivencia social.³³

Tal vez este procedimiento sea el más flexible, creativo y abierto de la justicia alternativa, ya que al igual que en la negociación, lo que se pretende es hacer compatibles los intereses de las partes en conflicto para generar soluciones en las que ambas resulten ganadoras.

Las ventajas de la mediación se pueden resumir en los siguientes puntos: *a)* utiliza un lenguaje sencillo; *b)* es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo que permite adecuarla a las circunstancias y a las personas; *c)* procura preservar la relaciones entre las partes, en vez de destruirlas; *d)* genera

³² Éste es el caso, al menos, de Aguascalientes, Campeche, Durango, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán, por nombrar a los más destacados.

³³ Gozáini, Osvaldo Alfredo. “La mediación, una nueva metodología para la resolución de controversias”, *Ars Iuris*, México, núm. 14, p. 99.

acuerdos creativos; *e*) las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo de la mediación, y *f*) en términos de costos y tiempo, es menos gravosa que un juicio.³⁴

Las materias en las que puede ser de utilidad la mediación son de lo más variadas, y van desde los asuntos corporativos, internacionales, políticos, vecinales, escolares, comerciales, familiares, civiles y hasta penales. Dicho en pocas palabras, en todo conflicto humano, se puede aplicar alguna modalidad de la mediación.

V. MEDIACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

En México se prevé la mediación pública, es decir, aquella que es conducida por servidores públicos y la mediación privada, es decir, individuos que, en el libre ejercicio de su profesión, facilitan la negociación entre las partes en conflicto.

Dentro del grupo de mediadores públicos se cuentan los mediadores de los tribunales locales, de las procuradurías de justicia de los estados y el Distrito Federal, así como los mediadores municipales.³⁵

En el ámbito doméstico o nacional mexicano, dentro de los servicios de la mediación en sede judicial, los ciudadanos pueden acudir a los mediadores públicos o privados. La fuerza legal de los convenios que surgen de la mediación pública o privada es la misma, a saber, son ejecutables por la vía de apremio,³⁶ es decir se asemejan y se equiparan a una sentencia judicial.³⁷

Cuando hablamos de mediadores privados nos referimos, por defecto, a aquellos que son certificados por el Tribunal Superior de Justicia del Estado en donde ejercen su profesión —no existe mediación privada en los estados de Baja California, Puebla, Querétaro y Tabasco—. Con esta aclaración,

³⁴ *Ibidem*, p. 100.

³⁵ Un comentario extenso en torno a la actuación del Centro de Justicia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, véase en Buenrostro Báez, Rosalía, “Perspectivas de los métodos alternativos de resolución de controversias en México”, *Memoria del foro regional: métodos alternativos de resolución de conflictos «tendencias contemporáneas de la mediación en sede judicial»*, Instituto de Especialización Judicial del Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán, México, 2006, *passim*.

³⁶ Las obligaciones de contenido ético u oral no serán susceptibles de ejecución coactiva. Díaz, Luis Miguel, “La mediación en el centro de justicia alternativa en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ¿revolución o aberración?”, *El Foro*, México, t. XVI, núm. 2, 2003, p. 99.

³⁷ Hernández Tirado, Héctor, “Perspectivas de los medios alternativos de resolución de controversias en México”, *Memoria del foro regional: métodos alternativos de resolución de conflictos «tendencias contemporáneas de la mediación en sede judicial»*, *cit.*, *passim*.

hacemos notar que para los mediadores privados no certificados, en relación a la fuerza legal de sus convenios, emiten un documento privado que puede constituir base de la acción; no habría diferencia entre este convenio y un contrato entre particulares.

Para finalizar este rubro, destacamos que en el Distrito Federal, en 2012, con 25 mediadores públicos, incluidas las Subdirectoras, los directores de Mediación y el propio director general, además de los 105 mediadores privados certificados, el Centro de Justicia Alternativa del TSJDF garantizó la capacidad de respuesta para atender la demanda de los servicios de mediación.³⁸

1. *Acuerdos de mediación*

Todas las leyes que regulan la mediación en la República mexicana contemplan la existencia de un acuerdo o convenio. Como acabamos de expresar, algunas leyes les dan una fuerza parecida a la cosa juzgada, *res iudicata*, en tanto que en otras los convenios sirven como base de la acción.

En el Distrito Federal la cuestión es clara. Así, el artículo 38 de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF dispone:

El convenio celebrado entre los mediados ante la fe pública del Director de Área de la materia de que se trate, con las formalidades que señala esta ley, será válido y exigible en sus términos.

El convenio traerá aparejada ejecución para su exigibilidad en vía de apremio ante los juzgados. La negativa del órgano jurisdiccional para su ejecución será causa de responsabilidad administrativa, excepto cuando el convenio adolezca de alguno de los requisitos señalados en el artículo 35 de la presente ley.

En el supuesto de incumplimiento del convenio en materia penal, quedarán a salvo los derechos del afectado para que los haga valer en la vía y forma correspondientes.

Surtirán el mismo efecto los convenios emanados de procedimientos conducidos por secretarios actuarios y mediadores privados certificados por el Tribunal que sean celebrados con las formalidades que señala esta Ley, y sean debidamente registrados ante el Centro en los términos previstos por esta Ley, el Reglamento y las Reglas, según corresponda.

Si el convenio emanado de procedimiento conducido por secretario actuario o mediador privado certificado por el Tribunal no cumple con alguna de las formalidades previstas en esta Ley, y esta es subsanable, se suspenderá el trámite de registro ante el Centro y se devolverá al secretario actuario o me-

³⁸ En torno al Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, véase Hernández Mergoldd, Pascual, “Justicia alternativa: la mediación civil y mercantil como servicio público en el Distrito Federal”, *Arbitraje y Mediación, cit.*, pp. 50 y ss.

diador privado, según corresponda, para que subsane dichas formalidades, en caso contrario se negará el registro y se iniciará el procedimiento de sanción correspondiente.

Por acuerdo de los mediados los convenios podrán ser anotados en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de conformidad con las leyes respectivas.

La fuerza vinculante del convenio de mediación se ha reforzado con las recientes reformas mencionadas en la materia del 19 de junio de 2013 y 8 de agosto de 2013.

De este modo, el nuevo artículo 426 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal estipula que:

Hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria o cuando las partes celebran un convenio emanado del procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Causan ejecutoria por ministerio de ley:...

VII. Los convenios emanados del procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Queda claro que el convenio o acuerdo de mediación es *res iudicata* y que solamente se puede intentar, en contra de su ejecución, la queja administrativa o bien el juicio de amparo. Tanto la primera como el segundo se establecen contra de las determinaciones del juez que ordene la ejecución, pero no contra el convenio ni su contenido.

En relación a las cláusulas de mediación dentro de un contrato, se puede afirmar que en México aún no se desarrolla una cultura de mediación en la cual las partes incluyan una cláusula referente a la mediación, aunque sí es común que se prevean cláusulas de arbitraje. El Centro de Arbitraje Mexicano (CAM) ha desarrollado cláusulas tipo de mediación, pero éstas no han calado en la sociedad aún.

Por lo que se refiere a la “obligación” de someter una controversia a mediación, una vez que ya se ha iniciado la contienda judicial, con las nuevas reformas se prevé que el juez civil o familiar pueda exhortar o recomendar a las partes a que intenten la mediación antes de continuar con el juicio.³⁹

³⁹ En contra véase lo establecido con anterioridad a la reforma de 2013 en Rodríguez Santibáñez, Iliana, “La mediación como medio de resolución de conflictos familiares” en Sosa Morato, Beatriz F. y Rabasa Gamboa, Emilio (coords.), *Problemas actuales del derecho privado mexicano*, México, Porrúa-Tecnológico de Monterrey, 2005, vol. I, p. 33.

Esta posibilidad se prevé en el nuevo artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual establece que:

...

Si en constancia de autos el juez advirtiere que el asunto es susceptible de solucionarse a través de la mediación, el juez exhortará a las partes que acudan al procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, e intenten, a través de dicho procedimiento, llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia. El juez podrá decretar la suspensión del juicio hasta por el término de dos meses con los efectos previstos por la propia Ley de Justicia Alternativa, a partir de que las partes le informen que han iniciado el procedimiento de mediación correspondiente.

En el caso de que las partes logren la construcción de un acuerdo por medio del procedimiento de mediación, lo harán del conocimiento del Juez quien decretará la conclusión del procedimiento y lo archivará como correspondiente. En caso de que las partes una vez recibida la pre-mediación no hubieren aceptado el procedimiento, o habiéndolo iniciado no fuera posible llegar a un acuerdo dentro del plazo señalado, lo harán saber al juez del conocimiento para que dicte el proveído que corresponda y continúe la sustanciación del procedimiento.

Por lo que hace a la materia familiar, exclusivamente y de conformidad con el artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal, si las personas que se van a divorciar no llegan a un acuerdo respecto de los efectos jurídicos del divorcio (alimentos, guarda y custodia de los hijos menores, liquidación de la sociedad conyugal, etcétera), queda abierta la vía incidental para que hagan valer sus derechos, pero el juez, de igual manera, exhortará a las partes para que intenten la mediación antes de iniciar el incidente.

En casos de controversias del orden familiar, el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, expresa que el juez también deberá exhortar a las partes para que intenten zanjar sus diferencias por vía de la mediación antes de seguir litigando.

B. Requisitos de forma y fondo

En cuanto a los requisitos de los convenios de mediación, es importante señalar que éstos varían ligeramente según se trate de convenios emanados de mediaciones públicas o privadas.

Respecto a las mediaciones públicas, el artículo 35 de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF expresa que los acuerdos a los que lleguen los me-

diados podrán adoptar la forma de convenio por escrito, en cuyo caso deberá contener las formalidades y requisitos siguientes:

- I. Lugar y fecha de celebración;
- II. Nombre, edad, nacionalidad, estado civil, profesión u ocupación y domicilio de cada uno de los mediados;
- III. En el caso de las personas morales se acompañará, como anexo, el documento con el que el apoderado o representante legal del mediado de que se trate, acreditó su personalidad;
- IV. Los antecedentes del conflicto entre los mediados que los llevaron a utilizar la mediación;
- V. Un capítulo de declaraciones, si los mediados lo estiman conveniente;
- VI. Una descripción precisa de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que hubieren acordado los mediados; así como el lugar, la forma y el tiempo en que estas deberán cumplirse;
- VII. Las firmas o huellas dactilares, en su caso, de los mediados; y
- VIII. Nombre y firma del Director General, del Director o Subdirector de Mediación actuante o, en su caso, del Secretario Actuario correspondiente, para hacer constar que da fe de la celebración del convenio; así como el sello del Centro, y
- IX. Número o clave de registro en el Centro.

El Convenio se redactará al menos por triplicado, en todo caso se deberá procurar que, con independencia del número de ejemplares, uno sea conservado por el Centro, y cada una de las partes reciba un ejemplar como constancia.

Con respecto a las mediaciones privadas, a tenor del artículo 50 de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF, deberán contener asimismo:

- I. El número de registro que le corresponda de los referidos en el artículo 44 de esta Ley;
- II. Lugar y fecha de celebración;
- III. Nombre completo, número de registro de certificación, sello y firma del mediador privado;
- IV. Nombre completo, en su caso, del especialista o especialistas externos que participaron;
- V. Nombre, edad, nacionalidad, estado civil, profesión u ocupación y domicilio de cada uno de los mediados;
- VI. En el caso de las personas morales, se acompañará como anexo en copia certificada el documento con el que el apoderado o representante legal del mediado de que se trate, acreditó su personalidad;
- VII. Los antecedentes del conflicto entre los mediados que los llevaron a utilizar la mediación;

VIII. Un capítulo de declaraciones, si los mediados lo estiman conveniente;

IX. Una descripción precisa de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que hubieren acordado los mediados; así como el lugar, la forma y el tiempo en que estas deberán cumplirse;

X. Las firmas o huellas dactilares, en su caso, de los mediados;

XI. Una certificación del mediador privado al final del documento donde hará constar:

a) Que se aseguró de la identidad de los mediados, y que a su juicio tienen capacidad para participar en el procedimiento;

b) Que orientó a los mediados acerca del valor, las consecuencias y alcances legales de los acuerdos contenidos en el convenio, y

c) Los hechos que el mediador estime necesarios y que guarden relación con el convenio que autorice, en especial aquellos que comprueben que cumplió a satisfacción de los mediados con las obligaciones que le imponen esta Ley, el Reglamento y las Reglas.

El mediador privado deberá señalar expresamente en la certificación el medio por el cual se aseguró de la identidad de los mediados.

Para que el mediador privado haga constar que los mediados tienen capacidad bastará con que no observe en ellos manifestaciones evidentes de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a interdicción.

3. Responsabilidad

Dentro de la mediación pública y privada certificada, la parte que incumpla el convenio muy probablemente tendrá que enfrentar la ejecución del convenio por la vía de apremio, como si se tratara de una sentencia que se va a hacer cumplir, por la fuerza de ser necesario.

Desde el punto de vista teórico al ser la mediación un medio alternativo de solución pacífica de controversias sigue las pautas y principios del arbitraje, por lo tanto, debe de operar la excepción de litispendencia si está en trámite la mediación aun cuando hay que considerar que en cualquier momento los mediados pueden renunciar al procedimiento y con ello concluiría y asumiría jurisdicción el juzgador.

En México hay una tendencia hacia la suspensión del procedimiento o bien, otra excepción sería la falta de cumplimiento de uno de los requisitos para el ejercicio de la acción.

Por último, si la mediación ya se realizó y se celebró el convenio, en este caso operaría la excepción de cosa juzgada.

El artículo 7o. de la Ley de Justicia Alternativa TSJDF expresa que el término de la prescripción y para la caducidad de la instancia se interrumpen

pirá durante la substanciación de la mediación, hasta por un máximo de dos meses.

4. *Costos*

En el caso de la mediación pública, el procedimiento de mediación es gratuito para las partes. Los mediadores públicos reciben un sueldo por la labor desempeñada y están impedidos legalmente para cobrar por sus servicios como mediadores.

Por otro lado, los mediadores privados deben convenir el pago de sus honorarios con las partes. Cabe mencionar que con las recientes reformas legales, el mediador privado debe realizar trabajo *pro bono* para beneficiar a la población de bajos recursos económicos.

VI. EL MEDIADOR

1. *Requisitos*

No existe regla general para que en México alguna persona se desempeñe como mediador. La mayoría de los estados solamente exigen que estos facilitadores se capaciten para conducir el procedimiento de mediación; sin embargo, en otras entidades federativas, como en el Distrito Federal se exigen algunos requisitos más específicos.⁴⁰ Para ser mediador público del Centro de Justicia Alternativa del TSJDF, el artículo 18 de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF, establece que es necesario:

Para ser mediador público, adscrito al Centro:

⁴⁰ A manera de ejemplo. Aguascalientes: exige que sus mediadores-conciliadores sean licenciados en derecho, sociología, pedagogía, o en cualquier ciencia social afín; también contempla a los mediadores privados. Baja California: los especialistas (mediadores) deben contar con licenciatura sin que se especifique el área de conocimiento. Baja California Sur: cuenta con mediadores públicos y privados. Campeche: los mediadores pueden ser públicos o privados y deben tener título profesional en ciencias sociales o humanidades. Chiapas: existen especialistas públicos e independientes. Deben contar con título profesional en ciencias sociales (los árbitros necesariamente deben contar con licenciatura en derecho). Jalisco, mediadores públicos y privados y solamente se requiere que cuente con título profesional, sin especificar cuál. Tamaulipas: no requiere de grado universitario, sino solamente que acredite su capacitación en mediación. También hay mediación pública y privada. Yucatán: los mediadores deben contar con título profesional, pero no se especifica de qué carrera, existe mediación pública y privada.

- I. ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos y tener cuando menos veinticinco años de edad al día de su designación;
- II contar con título y cédula profesionales de Licenciatura en Derecho,⁴¹ así como dos años de experiencia profesional mínima demostrable, en cualquiera de las materias competencia del Centro;
- III. concursar y aprobar el proceso de selección correspondiente, sometiéndose a los exámenes y cursos de capacitación y entrenamiento (...).

Vale mencionar que el cargo de mediador público es de confianza, es decir, el mediador no pertenece al sindicato del Tribunal. El mediador permanece tres años en su cargo y para ser ratificado por un periodo igual es necesario que apruebe un examen de competencias laborales. El Consejo de la Judicatura del Distrito Federal es el órgano que, en última instancia, decide si el mediador permanece en su cargo o no.

Los directivos del Centro, así como los secretarios actuarios del Tribunal que satisfagan los requisitos legales y que reciban la capacitación adecuada podrán ser registrados como mediadores. Su condición de mediador público también deberá ratificarse cada tres años y se perderá al dejar de formar parte del Centro o deje de ser secretario actuario del Tribunal, según corresponda.

Por otra parte, como ya se ha mencionado, existe la figura del mediador privado, quien es un particular debidamente capacitado para desempeñarse como mediador y que además está dotado de fe pública para la celebración de convenios de mediación. Para ejercer su función debe estar debidamente certificado y registrado por el Centro de Justicia Alternativa de su Estado.⁴²

Básicamente debe reunir los mismos requisitos que el mediador público, pero además, debe cumplir, a tenor del mismo artículo 18 de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF, con los siguientes requisitos:

- III. Gozar de buena reputación profesional y reconocida honorabilidad;
- IV. No haber sido condenado, mediante sentencia ejecutoriada, por delito doloso que merezca pena corporal;

⁴¹ Un tema que venimos cuestionando de manera reiterada, en nuestros escritos, al hacerse inadecuado que ante la globalización y cruce de fronteras apabullante en el que nos vemos inmersos, aún se solicite, en este caso puntual, cédula profesional, un documento que sólo se expide para grados obtenidos en la república mexicana, concretamente para el caso particular para la licenciatura en derecho, y en el que se obliga a solicitudes largas, tediosas e incomprensibles e inalcanzables si no es a través de un amparo.

⁴² Véase el reciente “Acuerdo del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal del 29 de octubre del 2013 que modifica integralmente las reglas del mediador privado” publicado en el *Boletín Judicial*, núm. 199, martes 19 de noviembre de 2013.

- V. Presentar y aprobar el examen de conocimientos de competencias laborales;
- VI. Aprobar los cursos de capacitación para la certificación y registro,
- VII. Realizar las horas de práctica en el Centro que fijen las Reglas.

La certificación y el registro que otorgue el Centro tendrán una vigencia de tres años. Para renovar la certificación y el registro deberá presentarse y aprobar el examen de competencias laborales, y cumplir con las disposiciones que sobre esta materia establezcan el Reglamento y las Reglas.

Existe una innovación encomiable en la reforma legal del 19 de junio de 2013 y así, los mediadores públicos que dejen de ser servidores públicos del Tribunal podrán ser certificados y registrados como mediadores privados.

Lamentamos que no se haya aprovechado la actualización de la mediación en el Distrito Federal, a través de las reformas mencionadas, para suprimir requisitos que quedan desfasados —si no discriminatorios— ante el cruce de fronteras de profesionales, ante la globalización, como son la solicitud de una ciudadanía mexicana y la solicitud de una cédula profesional mexicana.

2. Selección

En el Distrito Federal, los mediadores públicos concursan para desempeñar el cargo. Toman un curso y son examinados tanto por el Instituto de Estudios Judiciales del TSJDF como por el Centro de Justicia Alternativa del TSJDF. La decisión final sobre quién se integra al Centro como mediador corresponde al Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, a propuesta del Director General del Centro.

El mediador público atiende a los usuarios del servicio por turno, es decir, las partes no lo escogen, pero pueden rechazarlo si es que advierten que el facilitador tiene conflictos de interés en el asunto.

En cuanto a los mediadores privados, éstos cursan un diplomado organizado tanto por el Centro de Justicia Alternativa del TSJDF como por el Instituto de Estudios Judiciales del TSJDF, de 147 horas lectivas. No se trata de un concurso, propiamente dicho, ya que si todos los aspirantes logran aprobar el diplomado y los exámenes, entonces pueden ser certificados y registrados por el Centro de Justicia Alternativa del TSJDF. Se les evalúa y además deben cumplir con 40 horas de práctica bajo la supervisión de mediadores públicos.⁴³

⁴³ De 2009-2012, en lugar del diplomado mencionado se realizaba un curso de aproximadamente 120 horas lectivas y 10 horas de prácticas en el Centro de Justicia Alternativa del TSJDF.

De acuerdo al artículo 5o. transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF, publicado el 19 de junio de 2013, los mediadores privados con certificación y registro vigente ante el TSJDF deberán someterse obligatoriamente para conservar el registro a un procedimiento de capacitación y actualización.⁴⁴

La elección del mediador privado es libre. Las partes pueden escoger al que más les convenza a través de una lista oficial que se publica en el *Boletín Judicial* del TSJDF.

3. Obligaciones

Las principales obligaciones del mediador público, artículo 21 de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF, son las siguientes:

I. Efectuar en forma clara, ordenada y transparente las actuaciones que les impone la mediación, a partir de sus principios rectores.

II. Tratar con respeto y diligencia a los mediados, conduciéndose ante ellos sin posturas ni actitudes discriminatorias.

III. Abstenerse de divulgar y utilizar la información que obtengan en el ejercicio de su función y cumplir con el deber del secreto profesional.

IV. Conducir la mediación con flexibilidad, respondiendo a las necesidades de los mediados, de manera que, al propiciar una buena comunicación y comprensión entre ellos, se facilite la negociación.

V. Cuidar que los mediados participen de manera libre y voluntaria, exentos de coacciones o de influencia alguna.

VI. Asegurarse de que los acuerdos a los que lleguen los mediados, estén apegados a la legalidad y sobre la base de la buena fe.

VII. Suscribir el escrito de autonomía.

VIII. Celebrar el convenio de confidencialidad con los mediados, y capacitarse en forma permanente.

El mediador público puede dar por concluida la mediación en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Cuando exista falta de respeto a las reglas para conducirse en la mediación, por parte de uno o ambos mediados.

⁴⁴ Véase la última convocatoria al “Curso de capacitación y actualización para mediadores privados certificados” publicada en *Boletín Judicial. Órgano Oficial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, t. CXCVII, núm. 152, 10 de septiembre de 2013, pp. 9 y 10.

- b) Cuando exista falta de colaboración en uno o ambos mediados.
- c) Cuando uno o ambos mediados falten a dos sesiones consecutivas sin justificación o uno de ellos a tres sesiones sucesivas sin causa justificada.
- d) Cuando la mediación se vuelva inútil o infructuosa para la finalidad perseguida; y
- e) Cuando alguno de los mediados o ambos lo soliciten.

A tenor del artículo 22 de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF:

Los mediadores públicos tendrán la obligación de seguir las normas y procedimientos establecidos en el Reglamento.

Los Secretarios Actuarios, en funciones de mediador público, remitirán por semana al Centro comunicación por escrito de las mediaciones que conduzcan en el que asentarán por numeración progresiva indicación clara y precisa de los nombres de los mediados, el tipo de servicio de mediación, el número de sesiones de mediación y datos de identificación del juicio o procedimiento de que se trate.

Si la mediación concluyó con la celebración de un convenio ante su fe, deberá adjuntarlo para su registro por el Centro en los términos previstos por esta Ley.

Anexo al comunicado deberán adjuntarse las constancias que comprueben que se les orientó debidamente en pre-mediación a los mediados, el escrito de autonomía, el convenio de confidencialidad, y en su caso el ejemplar del convenio y demás documentación que considere pertinente, o deba constar agregado por disposición de esta Ley o el Reglamento.

Cabe recordar que los secretarios actuarios, además de que pueden ser mediadores públicos, son empleados de los juzgados, es decir, orgánicamente dependen del juez y son parte integral del equipo que colabora con el titular del órgano jurisdiccional.

En general y a pesar de que el mediador privado debe cumplir con otras obligaciones en virtud de que no es un servidor público, se puede afirmar que son básicamente las mismas que las establecidas para el mediador público.

Por último, reforzar la idea de que el mediador no debe revelar nada de lo que se ha dicho o discutido en mediación. La confidencialidad es fundamental para generar confianza entre las partes. Por ello, la ley dispone que el mediador no podrá actuar como testigo en procedimiento legal alguno relacionado con los asuntos en los que participe, en términos del principio de confidencialidad que rige a la mediación y al deber del secreto profesional que les asiste. No obstante lo anterior, existe una excepción a dicho

principio de confidencialidad cuando, en el desempeño de sus funciones, tenga indicios de amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de alguno de los mediados o cuando conozca de la concreción de hechos delictivos perseguibles de oficio, tanto para orientarlos y canalizarlos a las instituciones especializadas pertinentes o para, en su caso, hacerlo del conocimiento de las autoridades correspondientes;.

4. *Responsabilidad*

Los mediadores públicos y los secretarios actuarios, en funciones de mediador, son responsables de las faltas y/o delitos que cometan en el ejercicio de sus encargos y quedarán por ello sujetos a los procedimientos y sanciones que determinen la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y demás leyes aplicables.

Sin perjuicio de las responsabilidades legales en que pudiera incurrir el mediador privado en el ejercicio de su función, queda sometido al régimen disciplinario y procedimiento previsto en la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF. Comete infracción el mediador que incumpla las obligaciones previstas en dicha Ley y en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en Reglamento y las Reglas.

Las sanciones administrativas aplicables a los mediadores privados son:

- I. Amonestación escrita con apercibimiento y multa en los supuestos previstos por las Reglas.
- II. Suspensión temporal del registro que podrá ser de uno a tres meses en los supuestos previstos por las Reglas, y
- III. Cancelación del registro en los siguientes casos graves.

5. *Código de Conducta*

En el Distrito Federal aún no se cuenta con un Código de conducta para los mediadores; no obstante, se encuentran en proceso de creación varios documentos. El Centro de Justicia Alternativa del TSJDF ya trabaja en un borrador de Código, al igual que el Colegio Nacional de Mediadores Certificados, S. C., institución que tiene como objetivo reunir a todos los mediadores del país.⁴⁵

⁴⁵ Acta constitutiva: 15 de agosto de 2012, <http://www.conamec.com.mx>.

6. Centros de mediación o centros de justicia alternativa

Hasta hace algunos años, existía una institución conformada por los centros de mediación en sede judicial de todos los estados bajo el paraguas de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de la República Mexicana (Conatrib). Dicha sección de la Conatrib desapareció pero los tribunales locales abordan los temas relacionados con la mediación cada vez que se reúnen en Comisión.

Existen grandes expectativas de que se difunda aún más la mediación, a través del mencionado Colegio Nacional de Mediadores Certificados, toda vez que no solamente toma en consideración a los mediadores públicos, sino también a los privados. Dentro de los trabajos que se pretende realizar, destaca el de impulsar, a través del Poder Legislativo federal, la elaboración de una ley general de mediación, la cual tendería a armonizar la práctica de este procedimiento en toda la República mexicana, una cuestión fundamental, como ya mencionamos.

Si nos referimos, específicamente, a la existencia de los centros de justicia alternativa, tenemos, como ya referimos, un total de 29 Centros en la república mexicana y solamente 3 estados no cuentan con centros de mediación: Guerrero, San Luis Potosí y Sinaloa.

Con respecto al Centro de Justicia Alternativa del TSJDF, su creación se anticipó a la reforma mencionada al artículo 17 de la CPEUM de 2008 que ordena que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias, pues establece la posibilidad de que las personas puedan resolver sus conflictos sin autoridades como un mecanismo complementario al servicio de la justicia ordinaria, tal y como sucede en el Centro de Justicia Alternativa. Éste fue creado en 2003 como órgano del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal⁴⁶ para administrar y desarrollar los métodos alternos de solución de conflictos en el Tribunal, en particular a través de la mediación. Como vemos, fue creado por virtud de una disposición de carácter administrativo del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, esa misma disposición dotó al Centro de sus primeras Reglas de Operación. En mayo de 2005 se aprobaron las Nuevas Reglas de Operación del CJA⁴⁷ estableciendo su funcionamiento y estableciendo los procedimientos de las distintas etapas de la mediación.

⁴⁶ Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, Acuerdo 19-47/2003 mediante el cual se autorizan el inicio de la Mediación en Materia Familiar y las Reglas de Operación del CJA del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 28 de agosto de 2003.

⁴⁷ Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, Acuerdo 19-19/2005 mediante el cual se aprueban las Nuevas Reglas de Operación del CJA, 4 cuatro de mayo de 2005.

En 2008 el Centro de Justicia Alternativa se transformó de dependencia del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal en dependencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, con autonomía técnica y de gestión, por virtud de las reformas a la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia del Distrito Federal⁴⁸ y de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

Finalmente, en enero de 2009 entra en vigor el Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa aprobado por el Consejo de la Judicatura.⁴⁹

VII. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

1. Principios

El procedimiento de mediación se rige bajo ocho principios rectores, artículo 8o. de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF:

I. Voluntariedad: La participación de los particulares en la mediación deberá ser por propia decisión, libre y auténtica;

II. Confidencialidad: La información generada por las partes durante la mediación no podrá ser divulgada;

III. Flexibilidad: La mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados;

IV. Neutralidad: Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta exenta de juicios, opiniones y prejuicios propios respecto de los mediados, que puedan influir en la toma de decisiones;

V. Imparcialidad: Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta libre de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los mediados;

VI. Equidad: Los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio entre los mediados, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios;

VII. Legalidad: La mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres;

VIII. Economía: El procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal.

Es conveniente destacar que los últimos cinco principios no difieren de algunos que necesariamente deben estar presentes en cualquier juicio. Lo

⁴⁸ *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, Décima Séptima Época, No. 248, 8 de enero de 2008.

⁴⁹ *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, Décima Séptima Época, No. 509, 21 de enero de 2009.

interesante es destacar los tres primeros, mismos que son esenciales para el proceso de mediación: voluntariedad, confidencialidad y flexibilidad.⁵⁰

2. *Fases del procedimiento*

Las fases del procedimiento son muy parecidas a las generalmente aceptadas en otros contextos y son las siguientes, tal y como establece el artículo 30 de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF:⁵¹

I. Inicial:

- a) Encuentro entre el mediador y sus mediados.
- b) Recordatorio y firma de las reglas de la mediación y del convenio de confidencialidad.
- c) Indicación de las formas y supuestos de terminación de la mediación.
- d) Firma del convenio de confidencialidad; y
- e) Narración del conflicto.

II. Análisis del caso y construcción de la agenda:

- a) Identificación de los puntos en conflicto.
- b) Reconocimiento de la corresponsabilidad.
- c) Identificación de los intereses controvertidos y de las necesidades reales generadoras del conflicto.
- d) Atención del aspecto emocional de los mediados.
- e) Listado de los temas materia de la mediación; y
- f) Atención de los temas de la agenda.

III. Construcción de soluciones:

- a) Aportación de alternativas.
- b) Evaluación y selección de alternativas de solución; y
- c) Construcción de acuerdos.

IV. Final:

- a) Revisión y consenso de acuerdos; y

⁵⁰ Díaz, Luis Miguel, “La mediación en el centro de justicia alternativa en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ¿revolución o aberración?”, *El Foro*, México, t. XVI, núm. 2, 2003, p. 96.

⁵¹ Independientemente de las fases establecidas en dicho artículo, siempre hay una fase previa, llamada comúnmente de premediación, en donde se da una sesión informativa y se extiende, en su caso, las invitaciones. A partir de este momento, es cuando se inicia, de manera formal, el resto de las sesiones que se relacionan.

b) Elaboración del convenio y, en su caso, firma del que adopte la forma escrita.

El procedimiento de mediación se realiza a través de sesiones grupales y/o individuales; es decir en presencia de todas las partes involucradas y/o en *caucus*.

3. *Duración*

En la mediación pública, en el Distrito Federal, puede durar una mediación hasta cinco sesiones, pero si el mediador considera que se requiere más tiempo este periodo se puede prorrogar, pero no deberá sobrepasar las diez sesiones.

El artículo 7o. de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF expresa que en caso de que las partes se encontraran litigando en un juicio, el término de la prescripción y para la caducidad de la instancia se interrumpirá durante la substanciación de la mediación, hasta por un máximo de dos meses, tal y como ya hicimos mención a través del artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

4. *Relación de la mediación judicial y extrajudicial*

Los jueces civiles y familiares pueden, con las reformas de julio y agosto de 2013, exhortar a las partes a que acudan a mediación. Es responsabilidad de las partes notificar al juez que están intentando arreglar su conflicto a través de la mediación, para que se suspenda el procedimiento judicial. Lo anterior no implica que haya una denegación de justicia, pues todo el procedimiento se suspende y quedan a salvo los derechos para ser litigados posteriormente en juicio, si la mediación no prospera con un acuerdo.

Por otra parte, es destacable que en la actualidad los convenios de mediación pueden ser registrados en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, con lo cual se brinda certeza jurídica no solamente a las partes, sino a terceros que podrían reclamar un mejor derecho respecto de bienes inmuebles.

5. *“Fracasos” en la mediación o mediación no conclusa*

De acuerdo al artículo 34 de la Ley de Justicia Alternativa del TSJDF se puede afirmar que la mediación fracasa o no concluye en los siguientes supuestos:

— Por el comportamiento irrespetuoso o agresivo de alguna de las partes hacia la otra, el mediador o persona autorizada para intervenir en la mediación, cuya gravedad impida cualquier intento de diálogo posterior.

— Por decisión conjunta o separada de las partes.

— Por inasistencia injustificada de ambas partes a dos sesiones consecutivas, o por inasistencia, sin causa justificada, de alguna de las partes a tres sesiones consecutivas.

— Cuando de la conducta de alguna o de ambas partes, se desprenda indudablemente que no hay voluntad para llegar a un acuerdo.

El mediador tiene el deber de recurrir a todas las medidas pertinentes a su alcance, para que ésta concluya exitosamente, siempre que las mismas no violenten la ley, la moral ni las buenas costumbres.

No existen consecuencias jurídicas ni para las partes ni para el mediador cuando no haya acuerdo. Las partes podrán litigar su asunto en los juzgados y el mediador deberá reunirse con sus compañeros para una sesión de retroalimentación.

Como vemos, no está previsto en la ley ninguna consecuencia para los mediados o el mediador, ya que de acuerdo al principio de voluntariedad a nadie se le puede obligar a llegar a un acuerdo ni siquiera cuando es ordenada por el juez. El mediador, salvo que se conduzca negligentemente o de mala fe, no tiene responsabilidad por el hecho de que las partes no lleguen a acuerdos.

En el supuesto mencionado de negligencia, al mediador se le levanta un acta administrativa o, si es más grave, se somete el caso al Consejo de la judicatura para ver si procede una sanción como a cualquier servidor público del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

6. *Éxitos en el procedimiento de mediación*

En principio, una mediación tiene éxito cuando las partes en conflicto han llegado a formalizar sus acuerdos, a través de un convenio en el que se haya resuelto la totalidad o parte de los puntos del conflicto.

Si bien es cierto que lo ideal es que ocurra lo anterior, también se estima que la mediación es exitosa cuando las partes llegan a acuerdos verbales aun cuando no consten por escrito. En algunas ocasiones, las partes acuerdan cuestiones que tienen que ver más con la convivencia entre ellos que con el cumplimiento de obligaciones legales. En estos casos, lo que ha logrado el procedimiento de mediación es mejorar las relaciones entre las partes, lo cual tiene un efecto positivo desde el punto de vista moral y puede prevenir controversias legales en el futuro.

Como expresamos, todas las leyes que regulan la mediación en la República mexicana contemplan la existencia de un acuerdo o convenio. Algunas leyes les dan una fuerza parecida a la cosa juzgada, res judicata, en tanto que en otras, los convenios sirven como base de la acción. En el Distrito Federal la cuestión es clara. En el mencionado artículo 38 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, se dispone la ejecución en vía de apremio

En el caso del Distrito Federal no se requiere de homologación.

VIII. MEDIACIÓN INTERNACIONAL O TRANSFRONTERIZA

La dinámica en las relaciones internacionales, ya sea a nivel familiar, civil, comercial, penal, etcétera, converge en la inercia, o necesidad, del involucramiento en el conocimiento, divulgación y puesta en práctica de la normativa internacional, máxime si es parte del orden jurídico interno de un determinado país.

De esta manera, la mediación está ubicada en un número importante de tratados o convenios internacionales de gran calibre y magnitud. En este sentido, si nos circunscribimos al área familiar, destacamos el artículo 31 del Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en relación con la responsabilidad parental (Convenio de La Haya de 1996), que expresa:

La Autoridad Central de un Estado contratante tomará, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, todas las medidas apropiadas para:

- a) ...;
- b) facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio (..)

Igualmente, en la Unión Europea, el Council Regulation (EC) No. 2201/2003 del 27 de Noviembre de 2003 en torno a la jurisdicción y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial y otras materias en torno a la responsabilidad parental, Regulación (EC) No. 1347/2000 contiene las siguientes provisiones en el artículo 55:⁵²

⁵² Vigers, S., *Note on the development of mediation, conciliation and similar means to facilitate agreed solutions in transfrontier family disputes concerning children especially in the context of the Hague Convention of 1980*, Doc. Prel. No 5.

The central authorities shall, upon request from a central authority of another Member State or from a holder of parental responsibility, cooperate on specific cases to achieve the purposes of this Regulation. To this end, they shall, acting directly or through public authorities or other bodies, take all appropriate steps in accordance with the law of that Member State in matters of personal data protection to: (...) facilitate agreement between holders of parental responsibility through mediation or other means, and facilitate cross-border cooperation to this end.

México, a través de su artículo 133 de la CPEUM, reforzado en su reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, incluye dentro de su ordenamiento jurídico interno todos aquellos instrumentos internacionales que haya firmado y ratificado. A pesar de la tendencia o inercia actual de México hacia la firma de una vasta normativa internacional, no tiene firmada ni ratificada estas dos convenciones, universal y regional, no obstante si es parte de la Convención de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya de 1980), en donde, a través de sus artículos 7o. y 10, tiene prevista el retorno voluntario o amigable resolución y en paralelo surge el uso de medios alternos de solución de conflictos en donde podemos encajar la mediación:⁵³

Artículo 7o. Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

...

c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;

...

Artículo 10: La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Es realmente una verdadera promoción de soluciones voluntarias, amigables, de invocación a la mediación.⁵⁴

⁵³ Véase *www.hch.net* bajo la sección Convenios.

⁵⁴ Aprovechamos la oportunidad de este planteamiento para reforzar que es realmente importante distinguir entre mediación y retorno voluntario o amigable resolución. En el caso

Por lo que se refiere, concretamente, a la importancia de la mediación es tal que incluso la propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, órgano gestor de esta normativa internacional privada de origen universal, prevé instrumentos paralelos de *soft law*, a través de las conclusiones y recomendaciones emitidas tras los trabajos realizados en sus comisiones especiales para el funcionamiento y puesta en práctica de los convenios concretos objeto de análisis. Este es un instrumento de *soft law*, cuyo objetivo es actualizar —con dichos instrumentos no vinculantes pero sí influyentes en el trabajo legislativo y judicial nacionales— aquellas materias que quedan obsoletas ante los cambios por los que transita una sociedad en continuo movimiento y cambio.

Consecuencia de dichas Conclusiones y Recomendaciones son la redacción —y dentro de estos instrumentos de *soft law*— de Guías de Buenas Prácticas y por el tema planteado desde la Convención de La Haya de 1980, tenemos que destacar la Guía de Buenas Prácticas en Mediación.⁵⁵

Documentos tanto los de *hard law* —Convenciones o tratados tradicionales— como de *soft law* —Conclusiones y Recomendaciones, Guías de Buenas Prácticas, Leyes Modelos, Resoluciones Generales— que cobran un relieve de tal magnitud que constituyen la complementariedad justa y necesaria para dar cobertura a figuras jurídicas de realce y en donde la mediación tiene una posición significativa. No queda más que esperar que la comunidad internacional se haga eco de la importancia y magnitud al incorporarlo como parte de su norma interna. Mientras tanto, México es uno más de los países que no se ha incorporado, ni de hecho ni de derecho, en la mediación transfronteriza, a pesar de tener un número elevado de casos que involucran, por ejemplo, a la infancia y la necesidad de implementar acuerdos entre sus padres buscando el mejor interés de sus hijos.

Por otra parte, en México aunque el convenio de mediación realizado a través de mediadores públicos o privados certificados son ejecutables, ante un incumplimiento, por vía de apremio ante los tribunales nacionales mexicanos, el problema real es plantear, en la práctica, el reconocimiento y ejecución del mismo en un contexto internacional.

La mayoría de los convenios gestados en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado derivan hacia la cooperación. La coopera-

puntual que exponemos en sustracción internacional parental de menores, el mecanismo de retorno es considerado como el núcleo o la base de dicha Convención de La Haya de 1980; sin embargo, no es ni la única ni la principal solución ofrecida por dicha normativa convencional, subrayando, de esta manera, el papel de la mediación como medio alternativo de solución de controversias.

⁵⁵ Véase www.hech.net bajo la sección Sustracción internacional de menores.

ción entre autoridades administrativas y judiciales puede ser necesaria para facilitar la ejecutabilidad del acuerdo en todos los estados participantes. Una de las propuestas como parte de las Conclusiones y Recomendaciones de la Parte II (enero de 2012) de la Sexta reunión de la comisión especial para revisar la operación práctica de la Convención de La Haya de 1980 y de la Convención de 1996, es una recomendación a que “se realice más trabajo de fondo en el área específica del reconocimiento y ejecución transfronterizo de acuerdos voluntarios en disputas internacionales sobre menores, posiblemente tomando la forma de un instrumento vinculante no ligado específicamente a las convenciones de 1980 y 1996”.⁵⁶ En este sentido, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, a través de su Consejo de Gobierno sobre Asuntos Generales y Políticas, reconociendo el creciente uso de la mediación y otras formas de resolución amigable en disputas internacionales sobre menores solicitó que un Grupo de Expertos se estableciera para “llevar a cabo una investigación exploratoria adicional respecto al reconocimiento y ejecución transfronterizo de acuerdos alcanzados en el transcurso de disputas internacionales sobre menores...”. Este Grupo de Expertos debe examinar e identificar la naturaleza y alcance de los problemas legales y prácticos, incluyendo cuestiones jurisdiccionales que impliquen el reconocimiento y ejecución transfronterizo de dichos acuerdos voluntarios y evaluar cuál sería el beneficio de un nuevo instrumento en esta área ya sea vinculante o no vinculante. Definitivamente el objetivo del encuentro, que se llevará a cabo primero del 12 al 14 de diciembre 2013, será el de preparar las conclusiones y recomendaciones para que el Consejo evalúe la necesidad, deseabilidad y factibilidad de un futuro instrumento.⁵⁷

Mientras eso ocurre, aun cuando se ha avanzado mucho en el Distrito Federal en la eficacia y ejecución del convenio de mediación como resultado de la mediación nacional, en el caso del mismo medio de solución de conflictos que se emite en el extranjero, deberá armonizarse con los sistemas jurídicos de cada Estado parte y asumir quizás la costumbre internacional.

Una propuesta muy concreta es denominar el Convenio de mediación como “convenio de transacción” y así se permitiría hacer la remisión de contrato que con esta denominación existe en los sistemas jurídicos de los Estados parte.

⁵⁶ “Report of the Further Work Recommended by the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention”, Prel. Doc. No 12, marzo de 2012, p. 4. www.hcch.net.

⁵⁷ *Ibidem*, paras 11-37; 44.

En México, a través de una doctrina muy generalizada, el convenio de mediación ha compartido la naturaleza del contrato de transacción “cuando los mediados, haciéndose recíprocas concesiones, terminaron una controversia o previeron una futura, declarando o reconociendo los derechos que son objeto de sus diferencias...”⁵⁸ y para su cumplimiento, o ante su incumplimiento, la procedencia, ya comentada, de su ejecución forzada por la vía de apremio.

Hemos estado comentando la reforma constitucional de 2008 que dio entrada a la inclusión en México a los mecanismos alternativos, no obstante, se ha afirmado, por un colectivo doctrinal importante, que no era necesario incluir a nivel constitucional tal disposición, ya que el código de comercio, tal y como expusimos, ya tiene incorporada la ley modelo de UNCITRAL y el Código Civil expresamente contempla la transacción otorgándole el rango de cosa juzgada, sin olvidar que el exceso de regulación puede traer consigo confusión innecesaria.⁵⁹

En el supuesto de que no existiera dicho contrato de transacción, a través de la figura de la institución de derecho desconocida y bajo los principios de analogía podemos aplicar los requisitos y elementos de existencia y validez del contrato que más se le parezca.

Esta consideración es válida para cualquier país; sin embargo, para que los “convenios de transacción como resultado de la mediación” celebrados en el extranjero, o dictados por un mediador extranjero, tengan eficacia en México, se permiten dos vías:

a) Atender a las reglas que da el artículo 14 del Código Civil Federal, en cuanto a que podemos acudir ante los tribunales y solicitar al juez del cono-

⁵⁸ Hernández Tirado, Héctor, “Dos pilares de la justicia alternativa en el Estado de México: mediación y conciliación”, *El poder público del Estado de México*, Colección Mayor, Estado de México: patrimonio de un pueblo, 2010, p. 150.

Una puntualidad viene a ser que “lo que hace distinto al arbitraje y la conciliación de la mediación, es que ésta no se genera a partir de un contexto estrictamente legal. Como en el ámbito contractual, la propuesta surge de la iniciativa de las partes... el derecho contractual tampoco es un referente total para la mediación... la transacción, como figura jurídica contractual, se cataloga como un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previene una futura... no obstante, lo anterior, puede tenderse a considerar que son semejantes la mediación y la transacción”. Figueroa Díaz, Luis, “Sistemas alternos de solución de disputas y acuerdo de mediación”, *Alegatos, Universidad Autónoma Metropolitana*, núm. 55, septiembre-diciembre de 2003, pp. 350 y 351.

⁵⁹ Uribarri Carpintero, Gonzalo, “Acceso a la justicia alternativa”, *Ars Iuris*, núm. 45, 2011, p. 256. Ovalle Favela, José, p. 125 en Brena Sesma, Ingrid, Serna de la Garza, José María, González Alcántara Carrancá, Juan Luis y Ovalle Favela, José, Mesa de trabajo “La reforma al artículo 17 constitucional. Los medios alternativos”, *cit.*

cimiento que aplique el derecho extranjero, en los términos del precepto citado.

b) Conforme a las reglas del derecho interno, se pueden promover medios preparatorios para la ratificación de contenido y firma del convenio y atendiendo a la legislación de cada entidad federativa para intentar el cumplimiento del citado convenio en vía ejecutiva.

En otro orden de ideas, pero con el mismo hilo conductor de hacer viable y funcional la mediación y sus convenios, subrayamos que México tiene que asumir sus compromisos internacionales, ya sea a través de la instauración o aplicación de mecanismos de *hard law* o *soft law*. De esta manera, véase a modo de ejemplo la recomendación o inclusión en la mencionada Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre la Aplicación Práctica del Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio de La Haya de 1996, Parte I, junio 2011, de instaurar Puntos de Contacto Central para la ubicación de mediadores familiares internacionales en los casos de sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores; una recomendación loable y pertinente que genera la necesidad de, por una parte, darse a la tarea urgente de instaurar dicho *punto de contacto central* dependiente de la autoridad central mexicana, Dirección de Familia de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana y, por otra parte, atender al único y exclusivo criterio de ubicar en la lista a personas capacitadas y especialmente entrenadas en este campo de la mediación familiar internacional.

Por último, y sin olvidar la idoneidad de instaurar, asimismo, criterios que puedan armonizar la mediación internacional; la publicación de trabajos académicos sin lugar a dudas cumple una función importante al poner de manifiesto la necesidad de dar cobertura a la normativa internacional que deben aplicar aquellos países que firman y ratifican convenios internacionales y que asistieron y comprometieron la respuesta de su país al acudir, por ejemplo, a las reuniones de las mencionadas comisiones especiales.

IX. JUSTICIA

En mediación al hablar de (e)justicia pensamos en (e)mediación. Realmente no hay obstáculos para la (e)mediación en México; habría que explorar si el principio de equivalencia funcional que se utiliza para aceptar documentos en formato electrónico allí donde la ley los exige por escrito, sería también válido para permitir que la presencia virtual sustituya la presencia física de las partes.

Por otro lado, se podría llegar a hablar de un principio general del espíritu de la legislación mexicana según el cual ésta acoge, recibe, en definitiva es amigable con los avances de las tecnologías de la comunicación e información, y que, combinando esto con la clara aceptación de los medios alternativos de solución de controversias (incluso a nivel constitucional, artículos 17 y 18), daría como resultado una apertura hacia el empleo de *resolución de disputas en línea* (las conocidas por sus siglas en inglés, ODR, *Online Dispute Resolution*).

La economía digital debe ir, en paralelo, con la solución de sus conflictos a través de los ODR y en donde en el sector privado ya hay mecanismos de ODR, derivados en su mayoría del comercio electrónico, por ejemplo, EBay,⁶⁰ Amazon.com, ILCE (Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico),⁶¹ etcétera.

Po lo que respecta al contexto mexicano, en el sector público, hay protección al consumidor a través de *concilianet*.⁶² Podríamos decir que México, con *concilianet*, tiene un modelo de referencia para su implementación a nivel internacional. Este proyecto, siguiendo a Domínguez Acosta,⁶³ inicia en 2003 a través de la labor legislativa para reformar integralmente la Ley Federal de Protección al Consumidor. Con la entrada en vigor de dichas reformas en 2004, su artículo 99 introduce la “obligación de Profeco de recibir las quejas o reclamaciones que se presenten en forma escrita, oral, telefónica o electrónica”, además, en su artículo 111 “La audiencia de conciliación se podrá celebrar vía telefónica o por otro medio idóneo (como lo es Internet)” posibilidad de que la conciliación se celebre por medio idóneo”. Por su parte, el artículo 69, inciso *c*, expresa que en los procedimientos administrativos las promociones y solicitudes de los particulares pueden ser presentadas a través de medios de comunicación electrónica.

⁶⁰ A través de Resolution Program.

⁶¹ Es una Organización No Gubernamental regional que promueve la Economía Digital en Latinoamérica, a través de iniciativas conjuntas como por ejemplo eCommerce Days, Awards y Latinoamérica, Difusión, Generación de contenidos educativos, selle Confianza, Programa Red/ODR, Seminarios, Conferencias, networking, etcétera. El ILCE facilita la implementación de métodos de ODR para satisfacer las necesidades tanto de usuarios Online como consumidores Online y se restringe a disputas derivadas de los negocios electrónicos Online y Mobile. La meta o visión es buscar la cooperación entre organizaciones y sistemas a nivel regional, promover buenas prácticas y marcos legales para la implementación de ODR, asistir a los proveedores de ODR para una implementación armónica local y regional, educación, difusión, actividades de entrenamiento y capacitación y todo ello para aumentar la confianza en la Economía Digital.

⁶² <http://concilianet.profeco.gob.mx>.

⁶³ Subprocuradora de Servicios de la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco).

Así las cosas, *Concilianet* inicia su operación el 3 de junio de 2008 como módulo de resolución de controversias a través de Internet y funciona desde la presentación de la queja hasta el fin del procedimiento conciliatorio y es totalmente gratuito. Facilita el acceso y acerca el procedimiento conciliatorio a la ciudadanía mediante el uso de tecnologías *on line* y *off line* y herramientas de comunicación. Los retos son: proteger al consumidor, planear adecuadamente para el éxito del proyecto y conservar la plataforma actualizada y en óptimas condiciones, cuestiones que apoyan la necesidad y viabilidad de la solución de controversias, a través de la resolución en línea, ante las distancias físicas y/o emocionales y como opción de soslayar intrincados y complejas determinaciones de jurisdicción y competencias, propias del derecho internacional privado.

Definitivamente, los organismos internacionales,⁶⁴ asimismo, muestran interés en los ODR y tienen normas que derivan hacia la solución de conflictos cuando derivan de una naturaleza electrónica, y traemos a colación para darle el hilo conductor debido, que el trabajo de la CNUDMI o UNCITRAL cobra un relieve de excepción al centrarse su debate en la creación de un sistema global de ODR para e-Commerce transfronterizo y para ello la propuesta de una Ley Modelo que regule la solución de dichos conflictos en línea⁶⁵ y en donde bases de la discusión se perfilan en torno a

⁶⁴ Por ejemplo, la OEA se encuentra en proceso de desarrollo de un sistema regional en una materia conexa, nos referimos a la tarea pendiente en la CIDIP-VII B, en materia de comercio electrónico y protección al consumidor. Véase González Martín, Nuria, “Private International Law in Latin America: from hard to soft law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Número Conmemorativo*, México, 2010. González Martín, Nuria, “Compatibilidad de las convenciones interamericanas y universales en materia de familia y niñez: evolución y análisis”, Washington, D.C., Estados Unidos de América, OEA, 2011. www.oas.org.

⁶⁵ UNCITRAL (Grupo III) la Comisión acuerda establecer un grupo para trabajos de ODR (julio 2010). Durante el 22º periodo de sesiones se da la 1ª reunión, del 13-17 de diciembre de 2010 en Viena, y se inicia el análisis del tema solicitándole al Secretariado un borrador de reglas de procedimiento para ODR <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V11/813/11/PDF/V1181311.pdf?OpenElement>.

Las siguientes reuniones en el 23 periodo de sesiones (23-27 de mayo de 2011 en Nueva York y 14-18 de noviembre de 2011 en Viena). Los temas a abordados en la Ley Modelo: 1. Etapas del proceso: a) fase 1, negociación directa asistida por la tecnología; fase 2, acuerdo facilitado por un neutral humano y la tecnología; fase 3, decisión final del neutral en caso de falta de acuerdo negociado en la fase 2; 2. Reglas de procedimiento: a) iniciación de casos/notificaciones/forma de contar los plazos; b) prueba documental/carga de la prueba; c) firma electrónica para inicio, contestación y acuerdos; d) tratamiento de las partes en cuanto a igualdad de trato, confidencialidad, imparcialidad, etcétera y e) procedimiento en cada una de las 3 fases; 3. Tipos de disputas excluidas: a) impuestos, b) propiedad intelectual, c) violación de privacidad y d) reclamos por daños y perjuicios incluyendo el deber moral, lucro cesante y deber emergente.

los temas más recurridos, es decir, el establecimiento de un sistema global —de difícil consenso ante las incógnitas de su financiamiento, por ejemplo—, la prevención de varios proveedores ODR interconectados; eficiencia y justicia para el consumidor y proveedor del servicio; la idoneidad o no de incorporar ODR ya existentes entre sí, la ejecución del mismo, el pago del ODR, el papel que deben cumplir tanto los sectores públicos como privados y una cuestión fundamental que es el respeto de las diferencias entre culturas —fundamentalmente por los diferentes patrones de conducta en cuanto a publicidad engañosa/legal o lo que se considerada igualitario o justo—.

Finalmente, habría que tener presente, y no solo para México, que siempre que se permita la mediación electrónica, se debe garantizar que ninguna de las partes se vea perjudicada por el empleo del medio electrónico. Y desde esta perspectiva, habría que pensar si para cierto tipo de casos, sea por su complejidad/viabilidad o bien por la materia específica, sería aconsejable no utilizar la e-Mediación.

X. ANEXO. ENLACES LEGISLACIÓN MEXICANA EN MATERIA DE MEDIACIÓN

Los 32 estados, y por tanto las 32 bases legales que conforman la República mexicana son las siguientes:

Aguascalientes: Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes. Publicación inicial: 27 de diciembre de 2004. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/2/17/default.htm?s=>.

Baja California: Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California. Publicación inicial: 19 de octubre de 2007. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/3/58/default.htm?s=>.

Baja California Sur: no hay ley especial, pero sí cuenta con mediación en sede judicial. <http://www.tribunalbcs.gob.mx/mediacion.htm>.

Campeche: Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Campeche. Publicación inicial: 4 de agosto de 2011. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Campeche/wo65360.pdf>.

Reunión preparatoria de la 45 sesión de la Comisión UNCITRAL, del 25 junio al 6 de julio de 2012 en Nueva York, revisión de la Guía para la Incorporación del Derecho Interno, nueva versión de la Ley Modelo de la CNUDMI-UNCITRAL.

Chiapas: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Chiapas. Publicación inicial: 18 de marzo de 2009. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/8/254/default.htm?s=>.

Chihuahua: Ley de Mediación del Estado de Chihuahua. Publicación Inicial: 7 de junio de 2003; Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua. Publicación inicial: 9 de diciembre de 2006. <http://docs.mexico.justia.com/estatales/chihuahua/ley-de-mediacion-del-estado-de-chihuahua.pdf>.

Coahuila: Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila de Zaragoza. Publicación inicial: 12 de julio de 2005. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/6/178/default.htm?s=>.

Colima: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima. Publicación inicial: 27 de septiembre de 2003. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/7/213/default.htm?s=>.

Distrito Federal: Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal. Publicación inicial: 8 de enero de 2008; Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal. Publicación inicial: 14 de noviembre de 2007; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Publicación inicial: 1o. de septiembre de 1932; Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Publicación inicial: 29 de agosto de 1931. http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Normatividad_Justicia_alternativa. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/322/default.htm?s=>, <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/323/default.htm?s=>.

Durango: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango. Publicación inicial: 14 de julio de 2005. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/11/385/default.htm?s=>.

Estado de México: Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México. Publicación Inicial: 22 de diciembre de 2010. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/16/606/default.htm?s=>.

Guanajuato: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato. Publicación inicial: 27 de mayo de 2003. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/12/431/default.htm?s=>.

Guerrero: No hay regulación en materia de mediación.

Hidalgo: Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo. Publicación inicial: 21 de abril de 2008. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/14/511/default.htm?s=>.

Jalisco: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco. Publicación inicial: 30 de enero de 2007. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/15/555/default.htm?s=>.

Michoacán: No tiene ley, pero sí un Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del estado de Michoacán.

Morelos: Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Morelos. Publicación inicial: 18 de agosto de 2008. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/18/691/default.htm?s=>.

Nayarit: Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Nayarit. Publicación inicial: 23 de abril de 2011. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/19/732/default.htm?s=>.

Nuevo León: Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León. Publicación inicial: 14 de enero de 2005. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/20/775/default.htm?s=>.

Oaxaca: Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca. Publicación inicial: 12 de abril de 2004. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/21/813/default.htm?s=>.

Puebla: Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Puebla. Publicación inicial: 9 de agosto de 2004. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/22/843/default.htm?s=>.

Querétaro: No tiene ley, pero posee el Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro de Arteaga.

Quintana Roo: Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Quintana Roo. Publicación inicial: 16 de diciembre de 2009. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/24/928/default.htm?s=>.

Sinaloa: No hay regulación en materia de mediación.

San Luis Potosí: Ley de Mediación y Conciliación para el Estado de San Luis Potosí. Publicación: 16 de octubre de 2012. <http://www2.scjn.gob.mx/le/Reformas.aspx?idEdo=23&idLey=90048>.

Sonora: Ley de Mecanismos Alternativos para el estado de Sonora. Publicación inicial: 7 de abril de 2008. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/27/1059/default.htm?s=>.

Tabasco: No cuenta con ley, pero sí con un Acuerdo del Consejo de la Judicatura para la Creación del Centro Integral de Medios Alternativos de Solución de Conflictos.

Tamaulipas: Ley de Mediación para el Estado de Tamaulipas. Publicación inicial: 21 de agosto de 2007. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/29/1138/default.htm?s=>.

Tlaxcala: Ley que Regula el Sistema de Mediación y Conciliación en el estado de Tlaxcala. Publicación inicial: 13 de abril de 2007. <http://docs.mexico.justia.com/estatales/tlaxcala/ley-que-regula-el-sistema-de-mediacion-y-conciliacion-en-el-estado-de-tlaxcala.pdf>.

Veracruz: Ley Número 256 de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave. Publicación inicial: 15 de agosto de 2005. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/31/1214/default.htm?s=>.

Yucatán: Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en el Estado de Yucatán. Publicación inicial: 27 de julio de 2009. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/32/1263/default.htm?s=>.

Zacatecas: Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas. Publicación inicial: 31 de diciembre de 2008. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/33/1298/default.htm?s=>.

CAPÍTULO X
FAMILIA Y MINORIDAD:
ADOPCIÓN INTERNACIONAL POR PERSONAS
DEL MISMO SEXO

SUMARIO: I. *Conceptos*. II. *Derecho aplicable*. III. *Conclusión*.

Mónica GONZÁLEZ SOTO

A partir de la década de los noventa la adopción internacional se ha incrementado; por una parte en los países desarrollados o industrializados los cambios sociales y demográficos, tales como la posibilidad de un mayor acceso a los medios anticonceptivos, la legalización del aborto y la postergación de la maternidad, han contribuido significativamente. Por otro lado, en los países en vías de desarrollo se presenta un alto índice de niños abandonados a consecuencia de las crisis económicas, guerras y catástrofes naturales.

Sin calificar de buena o mala, es importante enfrentar una realidad social, que es el incremento de parejas de hecho y matrimonios de personas con el mismo sexo, que por características físicas les es imposible concebir un menor y que por ello ven como alternativa la adopción.

Al ser un novedoso tema y en incremento es de suma importancia contribuir en mejorar el sistema jurídico mexicano, en cuanto a que se desea optimizar la protección al menor que por circunstancia fortuita no está con sus padres.

En nuestro país se está viviendo una etapa de constantes cambios en la forma de llevar las instituciones; por ello, se pretende con este estudio crear una conciencia social y llamar la atención de nuestras autoridades para que se fortalezcan jurídicamente nuestras leyes y tutelen el interés superior del menor.

La disertación propone contribuir a precisar tendencias que pueden observarse en el proceso de adopción. El papel que juega la adopción internacional en nuestro país servirá como base para proponer ajustes que armoni-

cen lo sustantivo y adjetivo en los estados, que las hagan conducentes a satisfacer las necesidades sociales de una manera uniforme, para evitar contradicciones en leyes de diferentes estados o en la misma ley.

I. CONCEPTOS

Para el entendimiento de lo que pretende expresar el presente trabajo, es necesario comenzar con el análisis de los conceptos; A continuación se definirán aquellos conceptos que se consideran importantes en la temática que se desarrolla.

1. *Adopción*¹

Es aquella institución que mediante un acto jurídico, el adoptado adquiere carácter de pariente consanguíneo del adoptante. Es decir, surge a través de este acto, en el mismo vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor en común.² Asimismo, constituye una ficción jurídica socialmente útil, porque en teoría representa por una parte una alternativa para darle al adoptado la protección adecuada dentro de una familia, y por la otra, para matrimonios o personas que por sus circunstancias particulares no pueden concebir o tener descendencia naturalmente. Los tipos de adopción son la plena y la simple.

Con la adopción *plena* se crea entre adoptado, adoptante y parientes del adoptante, un vínculo de parentesco civil del que se derivan las mismas relaciones que resultan de la paternidad y filiación legítima.

Por lo tanto, los efectos jurídicos que tiene la adopción es que confiere al adoptado una filiación irrevocable e inimpugnable que sustituye a la de origen, creando un vínculo de parentesco equiparable al consanguíneo, además la obligación o el derecho de dar alimentos, vocación hereditaria recíproca que se extiende a los parientes del adoptante y a los descendientes del adoptado, patria potestad, representación en juicio y fuera de él, administración de sus bienes, usufructo legal, tutela legítima, guarda y custodia, así como el adoptado deberá llevar los apellidos del adoptante. El adoptado pierde todo vínculo de parentesco respecto a la familia biológica. Es decir,

¹ Para Planiol el matrimonio, la filiación y la adopción son fuentes principales del derecho familiar.

² Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil I, Introducción personas y familia*, 33a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 260-262.

se extingue toda la filiación antigua con todas las consecuencias legales que esto implica.³

Por otro lado, la *adopción simple* implica solo parentesco entre el adoptante y adoptado; así como, sólo genera derechos y obligaciones entre éstos, por lo que el vínculo jurídico se reduce entre adoptante y adoptado. Este tipo de adopción permite la revocación restituyendo todo al estado en que estaban las cosas antes de la adopción.

2. *Adopción internacional y adopción por extranjeros*

La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país con residencia habitual fuera del territorio nacional; es decir, es el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la residencia habitual de adoptantes o adoptados.

Por otro lado, la adopción por extranjeros es aquella en la que la nacionalidad constituye el punto de conexión para determinar la internacionalidad; es decir, es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional.

Así pues, la adopción internacional es la que incorpora elementos de órdenes jurídicos de diferentes Estados, mientras que la adopción por extranjeros puede constituir una adopción nacional en la que el adoptante o adoptantes son extranjeros y que puede llegar a ser internacional por el cambio en su domicilio.⁴

Por lo anterior, es necesario esclarecer los conceptos de nacionalidad⁵ y residencia habitual. La primera es un punto de conexión⁶ que implica la expresión del principio de soberanía del Estado sobre sus nacionales. Como característica de este punto de conexión se encuentra que es más difícil

³ Saldaña Pérez, Jesús, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A., *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 19 y 20.

⁴ En el siguiente capítulo, cuando se desarrolle la normativa internacional, en particular la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, celebrada en la paz Bolivia en vigor desde mayo de 1987, se entenderá este supuesto derivado de la declaración interpretativa que el gobierno mexicano hizo de manera extensiva en cuanto a lo establecido en el artículo 20 de la Convención en comento.

⁵ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa Gonzalez, J., *Derecho de familia internacional*, 4a. ed., España, Editorial Colex, 2008, Colección el Derecho de la Globalización, pp. 265-266.

⁶ O punto de contacto por medio del cual la vinculación se representa por ciertos indicios (nacionalidad, lugar de celebración del acto, lugar del pago, lugar de ejecución del contrato, etcétera) en Pereznieta Castro, Leonel, *Derecho Internacional privado, parte general*, 7a. ed., México, Oxford México, 2003, pp. 15-30.

cambiar la nacionalidad que la residencia habitual, pues la nacionalidad es una conexión estable.

Además, la nacionalidad garantiza la aplicación de una sola ley estatal a las cuestiones relativas al estatus jurídico del individuo. La nacionalidad permite al emigrante mantener sus vínculos culturales con su país de origen, es un punto de conexión cultural; sin embargo, dicho punto de conexión tiene como inconveniente que no garantiza la aplicación de la ley correspondiente al medio social en el que el individuo desarrolla su vida. Asimismo, teóricos del derecho internacional privado afirman que es inadecuado para países que son receptores de emigrantes porque se aumenta injustificadamente la aplicación de leyes extranjeras en ese país y con ello impide que el país realice en su territorio, mediante la aplicación de políticas públicas o su propia regulación, los fines que persigue. Además, constituye un punto de conexión muy complicado ya que hay casos de múltiple nacionalidad y apátrida.

Por otro lado, residencia habitual⁷ es el punto de conexión preferido por muchos Convenios concluidos en el marco de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, que regulan materias relativas a la persona. Que presenta ventajas puesto que conduce a aplicar la ley del país que corresponde al centro social de vida del individuo, que es una ley de aplicación previsible y por ello reduce costos; además, constituye un concepto fáctico, debido a que se determina por datos de hecho. Sin embargo, entre los inconvenientes que presenta, es conexión escasamente multicultural porque somete obligatoriamente a los emigrantes a la ley del país de recepción, provocando así la aplicación de leyes de países que pueden presentar una conexión muy débil con la situación si el sujeto reside habitualmente en un país con el que no tiene vinculación sustancial.

3. *Matrimonio, matrimonio homosexual*

El matrimonio constituye fuente del estado civil, que crea consecuencias jurídicas en cuanto a las obligaciones y derechos subjetivos que se originan entre los consortes.

Dicha institución al igual que el concepto de adopción ha cambiado con el transcurso del tiempo. En el sistema jurídico mexicano en concreto la primera ley que definió y reguló al matrimonio es la Ley de Matrimonio Civil

⁷ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 20.

del 3 de julio de 1859,⁸ dicha ley constituía una ley de reforma; en esta ley se estableció que el matrimonio es un contrato civil y no puede celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer. Asimismo, se determinó que el matrimonio civil es indisoluble, por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo, pero podrán los casados separarse temporalmente; sin embargo, la separación no los deja libres para casarse con otras personas.

Para 1870 se publicó el primer Código Civil para el Distrito Federal, adoptado por 23 estados,⁹ en dicho código se define al matrimonio como “sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con el vínculo indisoluble, para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.¹⁰ En 1873¹¹ se aprobaron una serie de adiciones constitucionales que se integraron a lo que se determinaba en la Ley del Matrimonio Civil de 1859. Se estableció que “el matrimonio es un contrato civil. Por lo que éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas atribuyan”. Asimismo, en la ley orgánica de las adiciones y reformas constitucionales de diciembre de 1874, se definió que la competencia en materia de matrimonio es de las legislaturas locales, pero se establecía un régimen federal al que deberían sujetarse las legislaturas locales y señalaba que el matrimonio era monogámico e indisoluble.

Para 1928 se publicó el nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, que entró en vigor en 1932. Este código sirvió como modelo de los nuevos códigos locales que se publicaron con posterioridad. La novedad importante de dicho código, en palabras de Adame Goddard, es que se afecta la noción de matrimonio porque reconoce el concubinato y por ello puede tener ciertos efectos jurídicos. Aquí inicia la distinción entre matrimonio como unión con plenos efectos legales y concubinato como unión con efectos

⁸ Artículo 1o.-4o. de la Ley de Matrimonio Civil del 3 de julio de 1859.

⁹ Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas. Adame Goddard, Jorge, en González Martín, Nuria (comp.), *Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 3.

¹⁰ Adame Goddard, Jorge, en González Martín, Nuria (comp.), *ibidem*, p. 3.

¹¹ *Ibidem*, p. 4.

limitados.¹² Esta nueva dicotomía es un tema que no debe pasar desapercibido para el tema central de este trabajo.

Una vez hecha esta breve introducción, en cuanto a las modificaciones que ha sufrido esta institución en nuestro país a lo largo del tiempo, resulta imprescindible tratar al matrimonio homosexual o matrimonio entre personas del mismo sexo.

El matrimonio entre personas del mismo sexo o matrimonio homosexual regula la relación y convivencia de dos personas del mismo sexo, con los mismos efectos, derechos y obligaciones de aquellos matrimonios entre personas de diferente sexo. En los países que se aprueba dicha unión¹³ se extiende dicha institución a personas del mismo sexo, con los efectos que el ordenamiento jurídico venía reconociendo previamente a los matrimonios.

El Distrito Federal es la capital del primer país en América Latina que aprueba el matrimonio homosexual; esta modificación tiene como antecedente la figura de sociedad de convivencia.

Es así que a finales de 2008 se hace la propuesta legislativa para la reforma del Código Civil para el Distrito Federal, en la que se plantea la posibilidad de que se permita el matrimonio por personas del mismo sexo.

Finalmente, el 29-12-2009 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, reformándose los artículos: 146,¹⁴ 237,¹⁵ 291 bis,¹⁶ así como

¹² *Ibidem*, p. 5.

¹³ Los países en los cuales el matrimonio homosexual es legal en todo su territorio son: Países Bajos (desde 2001), Bélgica (desde 2003), España (desde 2005), Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Noruega (desde 2009), Suecia (desde 2009), Portugal (desde 2010); Además el matrimonio es legal en seis jurisdicciones de Estados Unidos: Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), New Hampshire (desde 2010), Washington, D. C. (en vigor desde 2010) y en una jurisdicción de México: México, D. F. (desde 2010). Estos datos fueron obtenidos en la página http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo; 1o. de abril de 2010.

¹⁴ Artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal. “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

¹⁵ Artículo 237 del Código Civil para el Distrito Federal. “El matrimonio de una persona menor de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando la persona menor hubiere llegado a los dieciocho años, y ni ésta ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad”.

¹⁶ Artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal. “Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

también los artículos 294,¹⁷ 391¹⁸ y 724.¹⁹ Siendo los artículos 146 y 391 los que abren la pauta para que parejas del mismo sexo puedan celebrar un matrimonio y también adoptar.

Además del matrimonio homosexual existen figuras como parejas de hecho, uniones civiles o sociedad de convivencia, que reconocen la unión entre personas del mismo sexo, pero que tienen efectos limitados. Todo obedeciendo a un contexto de realidad social, histórica, sociológica y por ende jurídica en cada región.

Con relación a lo anterior, debemos tratar las reformas que se han dado en los últimos años en México, Distrito Federal.

En primer lugar, desde el 2001 se presentó la propuesta en cuanto a esta temática, sin embargo es hasta el 26 de octubre de 2006 cuando se sometió en el pleno de la IV Asamblea Legislativa del Distrito Federal la propuesta de iniciativa de ley de sociedades de convivencia. En la exposición de motivos se planteó que:

...La figura de la Sociedad de Convivencia constituye una figura jurídica nueva que no interfiere en absoluto con la institución del matrimonio ni la vulnera. No impide la práctica del concubinato en su estructura actual y no modifica las normas vigentes relativas a la adopción. Implica reconocer consecuencias jurídicas a las diversas formas de convivencia humana, que como formas de integración social, mejoran la calidad de vida de sus habitantes.

En el caso de la Sociedad de Convivencia, los efectos jurídicos del vínculo ocurren una vez que los suscriptores de la sociedad manifiestan su consenti-

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios”.

¹⁷ Artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal. “El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos”.

¹⁸ Artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal. “Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior”.

¹⁹ Artículo 724 del Código Civil para el Distrito Federal. Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, cualquiera de los cónyuges o ambos, cualquiera de los concubinos o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia.

miento por escrito, por lo que éste es el primero de los elementos de la definición al establecer que se trata de un acto jurídico bilateral.

El segundo elemento de definición hace referencia a que dichas personas vivan juntas, no sólo compartiendo una vivienda, sino teniendo un hogar común, esto es, un espacio de interacción en el que se compartan también derechos y obligaciones. El no hacerlo por más de tres meses, sin causa justificada, dará lugar a la terminación de la sociedad.

El tercer elemento se refiere a la permanencia, que se traduce en el ánimo que constituye el motivo determinante de la voluntad de los convivientes de estar juntos de manera constante.

Finalmente, el elemento de ayuda mutua hace alusión a la necesaria solidaridad que debe existir entre los convivientes. La convivencia es el elemento trascendental, al igual que la ayuda mutua, para constituir y conservar el acuerdo. Cada uno de los integrantes, al tomar la decisión de formar parte de una Sociedad de Convivencia, comparte la vida con la otra persona. Por ello, uno de los requisitos para formar parte del acuerdo es estar libre de matrimonio y no formar parte, en ese momento, de otra Sociedad de Convivencia, ya que se requiere la constancia y la interacción cotidiana de sus integrantes.

La decisión de las dos personas convivientes es indispensable para la constitución del acuerdo, razón por la cual los integrantes, al elaborar el documento mediante el que constituyen una Sociedad de Convivencia, deben incluir, entre otras cosas, la manera en que habrán de regirse los bienes patrimoniales. Así, más que crear una nueva institución, se podrá apelar a figuras ya existentes en nuestra legislación. Tal es el caso de la copropiedad, la donación o el usufructo, en cuyo caso su regulación se dará conforme a las disposiciones legales existentes para la figura elegida...

Finalmente se aprobó el 9 de noviembre de 2006 y se publicó el 16 de noviembre de 2006 y entró en vigor el 16 de marzo de 2007.

En la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal se define a la Sociedad de Convivencia como un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.²⁰ Además se equipara al concubinato²¹ porque se establece que para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos la *sociedad de convivencia* se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último se producirán entre los convivientes.

²⁰ Artículo 2o. de la Ley de Sociedad en Convivencia para el Distrito Federal del 16 de noviembre de 2006.

²¹ *Ibidem*, artículo 5o.

Entre los derechos y obligaciones²² de los convivientes está el deber recíproco de dar alimentos, se generan derechos sucesorios (sucesión legítima intestamentaria), a desempeñar tutela en caso de que se declare en estado de interdicción a uno de los convivientes.

Además es importante mencionar que el estado de Coahuila, mediante la reforma de su código civil, constituye la segunda entidad de la república mexicana en la que se reconocen legalmente este tipo de uniones, la figura es denominada pacto civil de solidaridad, que constituye²³ un contrato celebrado por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común; a quienes lo celebren se les considerara compañeros civiles. Es importante notar que tanto parejas heterosexuales como de homosexuales pueden celebrar este pacto de solidaridad.

Una vez adquirido²⁴ el estado de compañeros civiles, se está legitimado para el reclamo de las prestaciones, bajo modalidades de pensiones, disposiciones testamentarias especiales, beneficios o provechos por prestaciones sociales u otros análogos que contemplen las leyes, así como a recibir alimentos.

Cabe mencionar que aquellos compañeros civiles del mismo sexo²⁵ no pueden llevar a cabo adopciones en forma conjunta o individual, ni pueden compartir o encomendar la patria potestad o guardia y custodia de los hijos menores del otro.

4. *Interés superior del menor*

La evolución y cambio del concepto de adopción nos lleva a tratar de entender el concepto primordial para esta temática. A lo largo de la historia la adopción ha cambiado su finalidad de ser un mero mecanismo para conservar la estirpe y el nombre de una familia, hasta nuestros días en el que se ve a la adopción como un mecanismo de protección para el menor. Pero ¿cómo se protege al menor? Y ¿quién determina cual es la mejor protección para éste? La respuesta es poco objetiva, ya que se debe analizar caso por caso para resolverla; sin embargo, lo que debe prevalecer en la adopción es que ésta se base en el interés superior del menor, el cual está dado por las diferentes necesidades del menor, la sociedad en la que se desenvuelve y la cultura en la que se encuentra. Por todo lo anterior, es un concepto muy difícil de definir, ya que es un concepto jurídico indeterminado.

²² *Ibidem*, capítulo III, artículo 13 al 19.

²³ Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza, artículo 385-1.

²⁴ *Ibidem*, artículo 385-4.

²⁵ *Ibidem*, artículo 385-7.

En la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se establece concretamente en el artículo 21 que los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

Siempre buscando el interés superior del menor, en materia internacional hay diferentes e importantes principios que enmarcan la adopción internacional, por su importancia teórica y práctica se comentan; ya que constituyen directrices en el proceso adoptivo y son el principio de subsidiariedad cooperación internacional.

5. *Principio de subsidiariedad*

Este principio consiste en que la adopción internacional procede solo después de haberse estudiado y analizado todas las posibilidades de colocación del menor en su Estado de origen. El Estado mexicano interpreta dicho principio con el criterio de que la edad mínima que deben tener los menores sujetos al proceso de adopción internacional debe ser de tres años.²⁶

6. *Principio de cooperación internacional*

La cooperación²⁷ constituye un medio de reparto de responsabilidades entre los Estados contratantes, con el fin en común de perseguir el respeto a los derechos fundamentales del niño y el interés superior del menor. Asimismo, en este principio general, se encuentran conectados otros principios tales como:

a) Control de las formalidades. Cada Estado señala la forma en que se lleva a cabo una adopción, además de que debe adecuar los procedimientos a lo que se establece en las Convenciones.

²⁶ González Martín, N., *Adopción internacional, la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 63.

²⁷ *Ibidem*, pp. 67-69.

b) Intervención de autoridades competentes. Al fundamentarse en la cooperación recíproca entre los Estados contratantes, la Convención de La Haya de 1993 tiene como finalidad promover la confianza y asegurar la relación efectiva entre el Estado de origen y el Estado de recepción, basándose en el respeto mutuo y el cumplimiento de la normatividad, así como de las reglas profesionales y éticas.

c) Carácter subsidiario de la adopción internacional. Como se explicó en párrafos anteriores.

d) Igualdad en el trato. El niño adoptado en un país distinto al suyo debe gozar de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.

e) Certeza respecto a la situación legal del menor, antes de proceder a la adopción internacional, para ello es necesaria la cooperación internacional.

f) Consentimiento libre e informado. De los titulares de la patria potestad o tutela del niño.

g) Rapidez en los procedimientos, en función del interés superior del menor, además de que se protejan los derechos de los padres biológicos del menor y de los adoptantes.

h) Carácter no lucrativo de la adopción. Las autoridades deben cooperar para vigilar que una adopción internacional no tenga fines de lucro para los participantes.

i) Reconocimiento de la adopción. Es de suma importancia en este punto la cooperación internacional para que los Estados de recepción reconozcan las adopciones otorgadas por los Estados de origen y así se produzcan todos los efectos jurídicos que conlleva una adopción internacional.

j) Seguimiento. Una vez finalizado el procedimiento de adopción en función de que se proteja el interés superior de menor y así se pueda garantizar el bienestar del niño.

II. DERECHO APLICABLE

Con el paso de los años se ha incrementado el interés en cuanto a la protección de los derechos fundamentales o humanos. Con dicha finalidad el consenso internacional ha logrado la concretización de diversos instrumentos que establezcan principios fundamentales para que se obtenga una protección eficaz de estos derechos. Por ello, la interpretación normativa²⁸ de un Estado se expande, no solo al margen de lo establecido en el texto cons-

²⁸ Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales, Interpretación constitucional, La corte y los derechos*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. 15.

titucional o de las leyes secundarias, debido al poder vinculante del compromiso internacional.

Es importante destacar que falta mucho por hacer, todavía la brecha entre el papel y la práctica es muy amplia; sin embargo, hay avance.

En los siguientes párrafos se analizarán, en primer lugar, los instrumentos que establecen los compromisos internacionales que ha adquirido nuestro país al firmar y ratificar convenciones internacionales. Entre estos destaca la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, celebrada en La Paz, Bolivia, en vigor desde mayo de 1987. Asimismo, contamos con la Convención sobre protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, que se firmó en La Haya en 1993. Es importante tener presente que en el sistema jurídico mexicano, tratándose de derechos humanos, los tratados internacionales están por encima de las leyes y debajo de la Constitución. Por ello, es importante analizar Convenciones cuyo objeto material sea la adopción.

1. *Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, celebrada en La Paz, Bolivia, en vigor desde mayo de 1987*

Con sede en La Paz, Bolivia, en la Tercera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-III), promovida por la Organización de los Estados Americanos²⁹, se firmó la Convención el 24³⁰ de mayo de 1984.

²⁹ La OEA es una organización con sede en Washington D. C., que se fundó en 1948, que está integrada por países americanos, cuyos propósitos son afianzar la paz y la seguridad del continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural; erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros. Consulta en <http://www.oas.org/es/acerca/proposito.asp> y http://www.oas.org/es/acerca/estados_miembros.asp el día 15 de mayo de 2013.

³⁰ Datos cronológicos obtenidos en la edición en CD de COMPILA TRATADOS VIII.

A. Ámbitos de aplicación

a. Ámbito personal o material

La presente Convención³¹ se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado parte. Este Convenio se ocupa de aquellos conflictos de leyes en materia de adopción de menores.

b. Ámbito espacial

Al tratarse de un convenio *inter partes*, el domicilio del adoptante o adoptantes debe encontrarse en un Estado parte y la residencia habitual del adoptado en un Estado parte. Por otro lado, ésta es una Convención multilateral firmada y ratificada por:³² Belice, Brasil, Chile, Colombia, Honduras México, Panamá y Uruguay. Solamente firmada con pendiente ratificación por Ecuador, Haití, Paraguay, República Dominicana y Venezuela.

c. Ámbito temporal

Entró en vigor el 26 de mayo de 1988 de conformidad al artículo 26³³ de la Convención, siendo el depositario de instrumento original y ratificaciones la Secretaría General de la OEA. Asimismo, en el artículo 28³⁴ de la Con-

³¹ Artículo 1o. de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

³² Consulta del estado de firmas y ratificaciones del instrumento estudiado en la página <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-48.html> el día 15 de mayo de 2013.

³³ Artículo 26 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

³⁴ Artículo 28 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, con-

vención se determina que regirá indefinidamente. En cuanto a nuestro Estado, México la firmó el día 2³⁵ de diciembre de 1986, posteriormente fue aprobada por el Senado el 27 de diciembre de 1986 y el 6 de febrero de 1987 se publicó la aprobación de la Convención. El 11 de febrero de 1987 se ratificó la Convención y se promulgó el 1o. de julio de 1987, finalmente se publicó el 21 de agosto de 1987. Entró en vigor por ratificación el día de 26 de mayo de 1988.

B. *Contenido del documento*

Declaraciones

Cabe mencionar que en noviembre de 1987 México hizo una declaración interpretativa³⁶ en cuanto al contenido de la Convención y establece lo siguiente: “México declara que hace extensiva la aplicación de la presente Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12³⁷ y 20³⁸ de dicho instrumento interamericano”.

Sin embargo, la Misión Permanente de México ante la OEA, mediante nota No. 01369,³⁹ de fecha 28 de mayo de 1992, informó a la Secretaría General en su calidad de depositaria de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción, la siguiente rectificación a la declaración hecha al ratificar la referida Convención: “El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos declaró hacer extensiva la aplicación de la mencionada Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12 y 20 de dicho instrumento, referencia que es incorrec-

tado a partir de la fecha del depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados.

³⁵ Datos cronológicos obtenidos en la edición en CD de COMPILA TRATADOS VIII.

³⁶ Se puede consultar la página: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-48.html>.

³⁷ Artículo 12 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. Las adopciones referidas en el artículo 1 serán irrevocables. La revocación de las adopciones a que se refiere el artículo 2o. se regirá por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción.

³⁸ Artículo 20 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. Cualquier Estado Parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado Parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción.

³⁹ Véase <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-48.html>.

ta ya que tal declaración se aplica a los artículos 2⁴⁰ y 20 de la citada Convención, suscrita en la Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984”.

C. Aspectos generales

Esta Convención establece reglas que regulan las opciones legales ante los conflictos existentes en materia de adopción de menores.

Asimismo, se establece que los puntos de conexión sean para el adoptante o adoptantes el domicilio y para el adoptado la residencia habitual.

En esta Convención se incluye la adopción plena además de que se contempla la opción de la adopción simple. Además, se establece que la adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida sean irrevocables.

En esta Convención se determina que los requisitos de publicidad y registros se registrarán por la ley del Estado en el que deben ser cumplidos.

Se deben aplicar para ejercer derechos sucesorios del adoptante y adoptado, de conformidad a la Convención, las normas aplicables a las respectivas sucesiones.

Conforme a la Convención, aunque subsiste el vínculo entre el adoptado y su familia de origen en cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio, se disuelve.

Además se expresa en el texto de la Convención la diferencia entre adopción internacional y adopción por extranjeros.⁴¹

Al respecto, como se mencionó en párrafos anteriores, México hizo una declaración interpretativa del artículo 20 de la Convención, por la que acepta que se aplica la Convención a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado parte, cuando de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado parte después de constituida la adopción.

En este sentido se cree que esta adopción es nacional, que puede ser usada para efectuar fraude a la ley y por lo tanto puede ser una herramienta

⁴⁰ Artículo 2o. de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. Cualquier Estado Parte podrá declarar, al momento de firmar o ratificar esta Convención, o de adherirse a ella, que se extiende su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores.

⁴¹ Artículo 20 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

para que se cubran ilícitos. Debido a que se permite que una adopción puramente nacional se convierta en internacional y así se pueda manipular el uso del principio de subsidiariedad.

D. *Competencia judicial*⁴²

En cuanto a la competencia, se da preferencia a favor de las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado. Se prevé la opción de que las autoridades que otorguen la adopción puedan exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite aptitudes (tales como: física, moral, psicológica y económica) a través de instituciones, sean públicas o privadas, que tengan como finalidad específica la protección del menor. Dichas instituciones necesitan estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional que esté facultado para ello. Estas instituciones tienen el compromiso de informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado la adopción, durante el lapso de un año. Para efectuarlo, se establece la obligación a la autoridad otorgante de comunicar a la institución acreditante el otorgamiento de la adopción.

En el otorgamiento de las adopciones es competente la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado. Asimismo, es competente en la revocación o anulación el juez de la residencia habitual del adoptado al momento de que se otorgó la adopción.

Sin embargo, son competentes para decidir la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines, alternativamente y a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante (o adoptantes), o las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión.

Por otro lado, tratándose de la toma de decisiones a cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya domicilio propio.

A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (o adoptantes).

⁴² Artículos 15, 16, 17 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

E. *Derecho aplicable*⁴³

Regirá la ley de la residencia habitual del menor en:

1. Capacidad para ser adoptado.
2. Consentimiento.
3. Requisitos para ser adoptado.
4. Procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo.
5. Al momento de la adopción las relaciones del adoptado con su familia de origen.
6. Del momento de la adopción la revocación de las adopciones que se establecen en el artículo 2o.⁴⁴ de la Convención.
7. Del momento de la adopción, a elección del actor, en los casos que sea posible la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o instituciones afines. Es necesario el consentimiento del adoptado si es mayor de 14 años de edad.
8. La anulación de la adopción cuando ésta se haya regido por la ley de la residencia habitual del adoptado.

Regirá la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) en:

1. Capacidad para ser adoptante
Requisitos para ser adoptante. Por ejemplo el de edad y estado civil del adoptante, así como otros.
Es importante señalar que en el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley del adoptado.
2. Consentimiento del cónyuge del adoptante (si es el caso).
3. Las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes), se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima.

⁴³ Artículos 3o., 4o., 9o., 10, 11, 13, 14 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

⁴⁴ Al respecto se entienden tipos diferentes a la adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines. Como se puede observar en el siguiente texto: Artículo 2o. Cualquier Estado Parte podrá declarar, al momento de firmar o ratificar esta Convención, o de adherirse a ella, que se extiende su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores.

Al respecto de lo anterior, no necesariamente rige la ley del domicilio del adoptante, pero, por regla general, se puede entender que en el domicilio del adoptante se encuentra la familia legítima.

4. Las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, tratándose de adopciones distintas a la adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines.

5. Del momento en que se pide la conversión, a elección del actor, en los casos que sea posible la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o instituciones afines. Es necesario el consentimiento del adoptado si es mayor a 14 años de edad.

6. La anulación de la adopción, cuando ésta se haya regido por la ley del domicilio del adoptante.

Como se puede observar, el instrumento analizado anteriormente es bipartito, porque contiene preceptos que regulan la competencia y también derecho aplicable. Si bien no es el instrumento más completo, ni perfecto, para regular la adopción internacional, es un instrumento que ayuda a unificar criterios de suma importancia y trascendencia. Además, constituye un logro más en la lucha de la protección internacional del menor, y es una base importante para el desarrollo de la Convención de La Haya de 1993, sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional.

2. *Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional suscrita en La Haya, en 1993*

En este Convenio compuesto por 48 artículos, 7 capítulos y 1 preámbulo, se retoman los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño;⁴⁵ es decir, el interés superior del niño, la subsidiariedad de la adopción, la comunicación y cooperación entre las autoridades del país de origen de los niños y las autoridades del país de su recepción. Es una convención que está suscrita por 66 Estados y firmada por representantes de Brasil, Costa Rica, Rumania y México.

Para abril de 2001, los Estados parte del Convenio son 41 países, 23 Estados miembros de la conferencia de La Haya y 18 miembros de la conferencia (adhesiones). Se distinguen 10 países de origen de los menores y 31 países de recepción de menores.

⁴⁵ González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andres, *Estudios sobre adopción internacional*, cit., p 37.

Constituye un Convenio especializado que generó un modelo que se requiere como parámetro mínimo o referencia mínima.

En los siguientes párrafos se analizará la Convención de La Haya.

A. *Ámbitos de aplicación*

a. *Ámbito personal*

Se aplica el Convenio en comentario⁴⁶ cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (Estado de origen), ha sido, es o va a ser desplazado a otro contratante (Estado de recepción), bien después de la adopción en el Estado de origen por los cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o Estado de origen.

Cabe destacar que el Convenio sólo se aplica a las adopciones que establecen vínculo de filiación, es decir, adopción plena.

Asimismo, en el Convenio se establece⁴⁷ que se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si la autoridad central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo; también cuando la autoridad central del Estado de recepción haya aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la autoridad central del Estado de origen; además de que las autoridades centrales de ambos Estados estén de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y, finalmente que se constate, de acuerdo con el artículo 5o.,⁴⁸ que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Con relación a lo anterior, el Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones mencionadas, en el precedente párrafo, antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.

⁴⁶ Artículo 2o. de la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de La Haya de 1993.

⁴⁷ *Ibidem*, artículo 17.

⁴⁸ Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción: *a)* han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar; *b)* se han asegurado que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados, y *c)* han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

b. Ámbito material

Este Convenio se refiere a la protección de menores⁴⁹ y cooperación en materia de adopción internacional. La Convención tiene por objeto establecer garantías para que en las adopciones internacionales se considere el interés superior del menor y el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional; así como establecer un sistema de cooperación que asegure el respeto a dichas garantías y en consecuencia prevengan la sustracción de menores, la venta o el tráfico. Asimismo, tiene por objeto asegurar el reconocimiento de las adopciones realizadas en el marco de lo establecido en la Convención.

c. Ámbito espacial

El Convenio sólo se aplica en aquellos países que lo hayan ratificado. Por el momento los países que lo han hecho son:⁵⁰ Alemania, Albania, Andorra, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Brasil, Bolivia, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovenia, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Guinea, Islandia, Hungría, India, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, México, Moldova, Mónaco, Mongolia, Malta, Mali, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Betaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, San Marino, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uruguay y Venezuela.

d. Ámbito temporal

El Convenio entró en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación de conformidad con el artículo 43⁵¹ de la Convención.

⁴⁹ Artículo 1o. de la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de La Haya de 1993.

⁵⁰ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *Derecho Internacional Privado, parte general*, México, Nostra Ediciones-UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2010, pp. 122 y 123.

⁵¹ 1. El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueren miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado cuando se celebró su Decimo-

Sin embargo, en lo sucesivo para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, o se adhiera al mismo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión; para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 45⁵² de la Convención, el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

Una vez enunciado lo anterior, en el ámbito universal, cabe destacar que México firmó la Convención el día 29 de mayo de 1993,⁵³ se firmó *ad referendum*;⁵⁴ la Convención se suscribió en la ciudad de La Haya, Países Bajos. Se aprobó por el Senado de la República el 22 de junio de 1994, según consta en el decreto que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el día 6 de julio de 1994. Para agosto del mismo año, en concreto el día 26, se ratificó la Convención. Se depositó el 14 de septiembre de 1994. Y finalmente se promulgó el 14 de octubre de 1994 y se publicó el 24 de octubre del mismo año.

B. Contenido del documento

Declaraciones

El gobierno de México, al ratificar la Convención, formuló las siguientes declaraciones:

séptima Sesión y de los demás Estados participantes en dicha Sesión. 2. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario del Convenio.

⁵² 1. Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en lo que se refiere a cuestiones reguladas por el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o varias de ellas y podrá en cualquier momento modificar esta declaración haciendo otra nueva. 2. Toda declaración de esta naturaleza será notificada al depositario del Convenio y en ella se indicarán expresamente las unidades territoriales a las que el Convenio será aplicable. 3. En el caso de que un Estado no formule declaración alguna al amparo del presente Artículo, el Convenio se aplicará a la totalidad del territorio de dicho Estado.

⁵³ Edición Compila Tratados VIII del Poder Judicial de la Federación, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, edición que contiene instrumentos internacionales y su correlación con las tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación.

⁵⁴ Lo que significa a condición de ser aprobado por quien posea poder para ello. Se dice comúnmente de votaciones populares sobre proyectos de ley y de convenios diplomáticos. En nuestro caso por el Senado de la República.

Con relación a los artículos 6o.,⁵⁵ numeral 2 y 22,⁵⁶ numeral 2, únicamente, fungirán como autoridades centrales para la aplicación de la Convención el sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de todas las entidades federativas de la república mexicana, en las que cada una cuenta con exclusiva jurisdicción en el territorio que pertenecen. Asimismo, el Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia tendrá jurisdicción exclusiva en el Distrito Federal y jurisdicción subsidiaria en las 31 entidades federativas. Más adelante en el capítulo tercero se verá con detalle en qué consiste la jurisdicción exclusiva y subsidiaria, así como el procedimiento de adopción.

Por otro lado, en cuanto a la recepción de documentación proveniente del extranjero, la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores fungirá como autoridad central.

Con relación a los artículos 17, 21 y 28, México declaró que sólo los menores que previamente hayan sido adoptados a través de los tribunales familiares nacionales podrán ser trasladados fuera del país.

Con relación a lo establecido en el artículo 23, numeral 2, de Convenio en comento, México declaró que la autoridad facultada para la expedición de las certificaciones de las adopciones que se gestionen conforme a la Convención, es la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

En cuanto al contenido del artículo 34, el gobierno mexicano declaró que debe estar acompañada de una traducción oficial en el idioma español, toda documentación que se remita a México en aplicación de la Convención.

C. Aspectos generales

Como se mencionó en el ámbito material, el objeto⁵⁷ de la Convención en comento es establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que se reconocen en derecho internacional. Mediante la instauración de un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure las garantías de los menores y ayude a prevenir la sus-

⁵⁵ Se refiere a que en el Estado federal hay en vigor diversos sistemas jurídicos o que tiene unidades territoriales autónomas, por ello se pueden designar más de una autoridad central.

⁵⁶ Se refiere a la autoridad central.

⁵⁷ Artículo 1o. de la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de La Haya de 1993.

tracción, venta y tráfico de menores. Además, con la aplicación de este principio toral en la adopción internacional, se pretende dar certeza jurídica al adoptado, adoptante (adoptantes) y a su familia, porque otro objetivo primordial es asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Esta Convención no admite reserva alguna y sólo se refiere a las adopciones plenas. Asimismo, estas adopciones sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen hayan establecido que el niño es adoptable, hayan constatado que la adopción internacional responde al interés superior del menor, que las personas, instituciones y autoridades hayan sido debidamente asesoradas para dar su consentimiento y que éste se haya dado libremente por escrito, así como que no haya mediado pago alguno para ello. Finalmente relacionado a este punto, cuando aplique, se tomen en cuenta los deseos y opiniones del niño, y con ello se dé el consentimiento también por escrito.

Por otro lado, las adopciones plenas que regula el Convenio analizado, sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción hayan constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar, se hayan asegurado que los futuros padres adoptivos se han asesorado convenientemente y finalmente constaten que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en ese Estado.

Elementos fundamentales para cumplir con el sistema garantista que este Convenio pretende otorgar son las autoridades centrales y organismos acreditados.

Se determina en el Convenio que todo Estado contratante debe designar una autoridad central que coopere con las demás, y así se promueva una colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio, que se tomen las medidas adecuadas para proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción y otro tipo de información general, como estadísticas y formularios, además que mutuamente se informen sobre el funcionamiento del Convenio y en la medida de lo posible, se supriman los obstáculos para su aplicación.

Asimismo, deberán tomar todas las medidas necesarias para prevenir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.

Las autoridades centrales, ya sea actuando autónomamente o en coordinación con autoridades públicas u otros organismos acreditados, están facultadas y en cierta manera vinculadas para reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción; facilitar, seguir

y activar el procedimiento de adopción; promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones; intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional; responder a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras autoridades centrales o por autoridades públicas.

Como se mencionó en párrafos precedentes, para el cumplimiento del fin garantista de esta Convención se incorporó la posibilidad de delegar competencias de las autoridades centrales a organismos privados, debidamente acreditados por los Estados. Aunque cabe mencionar que un organismo acreditado solo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados.

D. Competencia judicial y derecho aplicable

El Convenio de La Haya no regula competencia judicial internacional ni derecho aplicable con claridad ni es tan específico como lo regula la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción Internacional.

E. Reconocimiento y ejecución⁵⁸

Una adopción certificada por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, se reconocerá de pleno derecho en los demás Estados contratantes. Cada Estado contratante, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, notificó o notificará al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos qué identidad y qué funciones de la autoridad o autoridades son competentes en dicho Estado para la certificación. Asimismo, dará aviso en caso de cambiar la designación de estas autoridades.

Sólo se podrá denegar el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

El reconocimiento de la adopción implica que se reconozca el vínculo de filiación entre el niño y los padres adoptivos; asimismo, se reconoce la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo. Por otro lado, hay

⁵⁸ Capítulo V que comprende del artículo 23 al 27 de la Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

una ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y sus progenitores, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar. Si la adopción tiene el efecto mencionado anteriormente, el niño gozará de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados, en el Estado de recepción y en todo Estado contratante en que se reconozca la adopción.

Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, si la Ley del Estado de recepción lo permite, y si se cumplen los consentimientos exigidos en el artículo 4o., apartados *c* y *d*, han sido o son otorgados para tal adopción. Es importante tener en cuenta que la decisión sobre la conversión se aplicará conforme el artículo 23 de la Convención.

En resumen, para esta Convención la tarea primordial es proteger el interés superior del menor mediante la aplicación de un principio rector del derecho internacional, y en especial de la materia en comento, que es el de la cooperación internacional. Dicho principio es fundamental para poder hacer que estos buenos deseos plasmados en papel sean concretos y se traduzcan en acciones directas, concretas y, lo más importantes, eficaces.

Además por medio del consenso internacional se plasma en esta Convención el reconocimiento de que el Estado debe garantizar el desarrollo armónico de la personalidad del menor, y que es de suma importancia que éste se desarrolle en un medio familiar, con clima de felicidad, amor y comprensión.

Derecho sustantivo y derecho adjetivo mexicano frente a la adopción internacional por matrimonio homosexual

El Distrito Federal es la entidad federativa que permite expresamente la adopción por matrimonio homosexual. Con la reforma al artículo 146 del Código Civil se redefinió el matrimonio como la unión de dos personas, pudiéndose entender parejas del mismo sexo o parejas heterosexuales; lo anterior trae como consecuencia que los cónyuges del mismo sexo puedan adoptar,⁵⁹ ya sean éstos matrimonios nacionales o internacionales.

Asimismo, se puede observar que en el estado de Coahuila, en el artículo 511 del Código Civil se establece que la adopción internacional se registrará

⁵⁹ Por lo establecido en el artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal y por el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano y en lo conducente por el Código Civil para el Distrito Federal. Por lo que se entiende que reconoce el matrimonio homosexual y sus derechos.

En nuestra Constitución política se determina en los artículos 124⁶⁰ y 73⁶¹ que la Federación, para poder actuar debe tener expresamente la facultad que le otorgue dicha acción, así como se ejemplifica en el contenido del artículo 73. Es decir, lo que se puede entender para el particular como “lo que no está prohibido está permitido”, *contrario sensu*, para la Federación “lo que no está expresamente permitido o facultado, está prohibido”. Así pues, las facultades que no estén expresamente otorgadas a la Federación son otorgadas a los estados, por ello, en lo familiar la jurisdicción es materia local por lo que cada una de las entidades federativas legisla al respecto.

Con base en lo anterior, se determina que la competencia judicial internacional en México se reparte por razón de territorio y es materia estatal. La experiencia permite concluir que hay una regulación dispersa, que presenta ambigüedad en sus disposiciones, con sus excepciones, y esto se debe a que no se determina expresamente ante quién se lleva a cabo la adopción.

Concretamente nos referimos a que en el Código de Procedimientos Civiles de un estado en el artículo que establece las reglas específicas para determinar la competencia de un juez, concurren las opciones de jurisdicción voluntaria,⁶² negocios relativos a la tutela de menores o discapacitados y ejercicio de acción del estado civil pudiendo quedar la adopción internacional en cualquiera de las opciones mencionadas anteriormente. Lo que puede ocasionar la vulnerabilidad de los derechos de las partes y en específico del interés superior del menor porque se puede perder el equilibrio entre el proceso y el derecho aplicable en la relación jurídica además de que se pueden utilizar estas opciones como herramientas para fraude al foro competencial y hasta fraude a la ley. Por ejemplo, tratándose de actos de jurisdicción voluntaria, en la mayoría de los Estados, es juez competente el del domicilio que promueve, por lo que la inclinación de la balanza en el proceso no está a favor del menor, que representa la parte vulnerable y débil de la relación.

La regulación dispersa a la que nos referimos en el párrafo anterior se debe a que en los Estados Unidos Mexicanos hay 31 códigos civiles de los

⁶⁰ Artículo 124 constitucional. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados.

⁶¹ Facultades del Congreso.

⁶² Las adopciones se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria, y las oposiciones se tramitarán como incidentes dentro del expediente de jurisdicción voluntaria. Lo mismo se dispone en revocación de las adopciones.

estados, 1 del Distrito Federal y el Federal; por otro lado, son 31 códigos de procedimientos civiles, uno del Distrito Federal y el federal. Lo anterior genera, de cierta manera, incongruencia legislativa, aunque la mayoría de los códigos se crearon a semejanza del Código del Distrito Federal.

Por otro lado, en cuanto a la determinación del derecho aplicable, existe un criterio general en la legislación mexicana y es el de reconocer las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero. No obstante lo anterior, también existe el criterio de que no se aplicará una disposición extranjera si es contraria a nuestro orden público. De ser así, se aplicará el derecho local. Sin profundizar en la complejidad del tema de orden público surge la siguiente pregunta: ¿es parte del orden público mexicano la regulación de la unión de dos personas del mismo sexo como matrimonio homosexual?

En cuanto a la adopción en los códigos civiles y de procedimientos civiles de las entidades federativas de la república mexicana y Código Federal, en general, se hace la distinción entre adopción por extranjeros y adopción internacional, por lo que sí existe armonía con los criterios internacionales; por otro lado, se determina que la adopción internacional se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados y en lo conducente por lo que cada código establezca. Asimismo, hay armonía en la determinación de que las adopciones internacionales son plenas; sin embargo, existe incompatibilidad y excepción con lo establecido en el estado de Baja California, ya que en el artículo 449 del Código Civil de este estado se determina que las adopciones a favor de extranjeros sólo se concederá en su forma simple,⁶³ pero si dos años después de otorgada. el juez, bajo ciertas condiciones, puede hacer la conversión en plena. Además de que la regulación en esta materia es ambigua y carece de claridad en sus definiciones. Por ejemplo, se interpreta que trata del concepto de adopción internacional al referirse a la “adopción de un menor por extranjeros”.

Es importante mencionar que en algunos estados de la república las disposiciones relativas a la adopción están derogadas en sus códigos civiles, pero están reguladas en sus respectivos códigos familiares, como por ejemplo en el estado de Hidalgo, Michoacán y Morelos.

⁶³ La adopción simple no crea ningún vínculo jurídico entre adoptado y la familia del adoptante, ni entre éste y la familia de aquél, salvo los impedimentos para contraer matrimonio con el adoptante o con sus ascendientes y descendientes, durante y después de disuelta la adopción.

III. CONCLUSIÓN

La conclusión que se obtiene en el presente trabajo está relacionada con el concepto de orden público, y surge la idea a raíz de la declaración de la validez de la reforma al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal. Al ser el *orden público* un concepto indeterminado de imposible definición cuyo contenido solo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que se realice la valoración,⁶⁴ el juzgador al momento de recibir solicitud de iniciar el proceso de adopción por un matrimonio homosexual válidamente constituido en otro Estado, se considera quedará imposibilitado a apelar la no aplicación de una disposición extranjera, por ser incompatible con el orden público, porque en México el orden público no es local por lo que al ser constitucional la reforma del artículo citado ésta forma parte del orden público.

Asimismo, al haber cambiado el paradigma en el tratamiento jurídico de los niños, se aprovecha el foro para invitar a fomentar y fortalecer el reconocimiento como titulares de derechos. Ya que la tendencia por parte de algunas autoridades es ver al niño como un medio y no un fin en sí mismo. En concreto nos referimos a que el menor se ve como medio de realización personal de aquellas parejas que por su condición física (personas del mismo sexo) no los pueden tener. La idea que se quiere transmitir es que nadie tiene derecho a adoptar, sino el niño tiene derecho a una familia que le brinde protección y un desarrollo integral en la sociedad. Por ello la adopción constituye un medio solidario para este sector vulnerable.

Se concluye, del análisis de las normas competenciales de cada entidad federativa, que generalmente hay regulación dispersa y ambigua y esto es porque no se determina expresamente ante quién se lleva a cabo la adopción. Concretamente a que en el Código de Procedimientos Civiles de un estado, en el artículo que establece las reglas específicas para determinar la competencia de un juez, no se enumera dentro de las opciones el caso de adopción.

Lo que nos lleva a proponer que las legislaturas de las entidades federativas hagan las reformas pertinentes para que se incluyan en los artículos que determinan la competencia del juez en caso de adopción.

Un excelente ejemplo de ello es lo establecido en el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato en el que se determina lo siguiente: “En los procedimientos relativos a adopción y tutela de

⁶⁴ Tesis aislada, I.4°.A.63 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, X, febrero de 2005, p. 1956.

los menores incapacitados es juez competente el de la residencia del menor o incapacitado”.

Finalmente, desprendiéndonos de apreciaciones morales, y mucho menos discriminatorias, se requiere *prima facie* la garantía del interés superior del menor por parte del Estado, ya que debemos recordar que de cualquier decisión legislativa se está creando una política pública que va encaminada a una dirección. La pregunta final que se plantea es *¿hacia dónde?*

CAPÍTULO XI
ALGUNAS CUESTIONES DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL
RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE LAS MENORES DE EDAD

María Concepción GORJÓN BARRANCO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El menor víctima como objeto de estudio*.
III. *Objeto*. IV. *Derechos reconocidos a las víctimas*. V. *Naturaleza jurídica*.
VI. *Algunos casos de interés: menores y código penal*. VII. *Conclusiones*.
VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En la esfera internacional, la *Convención sobre los Derechos del Niño* en su artículo 3o. establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Nos centraremos en este trabajo en algunas consideraciones del menor como víctima, concretamente de “la menor” como víctima de determinados delitos, introduciendo así un componente de género.

Cuando además aportamos esa otra característica que es el género (la niña), es obligado traer a colación la aprobación, en 1979 por las Naciones Unidas, de La *Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación de la Mujer*, que en su artículo 1o. se refiere a discriminación contra la mujer como

...toda distinción o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce, o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera.

* Investigadora, Universidad de Salamanca.

Aquel instrumento internacional supuso el inicio de la preocupación por diseñar políticas especializadas con una visión de género. Sin embargo, el diferente trato de lo masculino y lo femenino no es algo nuevo, sino que ha existido en todas las sociedades desde la antigüedad. Ese tratamiento diferenciado trae causa de varios factores: culturales, económicos, legales y políticos,¹ propios de la sociedad patriarcal que ha favorecido los atributos masculinos en detrimento de los femeninos. Por tanto, el distinto trato desplegado hacia lo femenino y lo masculino tiene un marcado carácter estructural. Ahora se pide desde la propia sociedad civil, *lobbies* y determinados legisladores que estas diferencias se regulen desde las políticas públicas.

II. EL MENOR VÍCTIMA COMO OBJETO DE ESTUDIO

En el ámbito europeo, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo² amplía y modifica de manera radical las disposiciones de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de tal forma que la sustituye (artículo 30), renovando el catálogo de derechos del estatuto de la víctima en el ámbito europeo, y teniendo de plazo los Estados para trasladar estos cambios al ámbito interno hasta 2017 (artículo 29).

El Programa de Estocolmo abrió en 2010³ un nuevo marco de derechos dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. En concreto, esta Directiva supone, dentro del proceso penal, un avance respecto de los derechos de las víctimas para, sobre todo, evitar su victimización secundaria en determinados delitos como la trata de seres humanos, terrorismo, delincuencia organizada, violencia en el marco de las relaciones personales, violencia o explotación sexual, violencia de género, delitos por motivos de odio, las víctimas con discapacidad y los menores víctimas de delito.

De esta forma, en la aplicación de la presente Directiva debe ser primordial el interés superior del menor,⁴ por eso, las víctimas menores de edad

¹ La clasificación que hemos contemplado está tomada de un informe de Unicef “La Violencia doméstica contra mujeres y niñas”, *Innocenti Digest*, núm. 6, junio de 2000, fuente HEISE, L.; 1994, en www.unicef-icdc.org, p. 7.

² [DOUE L 315, 14-XI-2012].

³ Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DO C 115/1 4.05.2010).

⁴ De conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989.

deben ser consideradas y tratadas como titulares plenos de los derechos reconocidos en la Directiva, y deben tener la facultad de ejercitar esos derechos de una forma que tenga en cuenta su capacidad de juicio propio.

III. OBJETO

La finalidad de la Directiva (artículo 1o.) es la de garantizar que las víctimas de estos delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en los procesos penales con todas las garantías. Los Estados miembros deberán reconocerles su condición como tales y las autoridades competentes deberán tratarlas con respeto.

IV. DERECHOS RECONOCIDOS A LAS VÍCTIMAS

1. *Información y apoyo*⁵

El derecho a la información se manifiesta en varios aspectos, como es el derecho a entender y ser entendido, el derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente, el derecho de las víctimas cuando interpongan una denuncia o el derecho a recibir información sobre su causa. Así como el derecho a traducción e interpretación.

Resaltar el derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas y el apoyo prestado por servicios de apoyo a las víctimas, que se traducirá en: información y acceso a la indemnización, información sobre apoyo especializado, apoyo emocional, asesoramiento financiero, o sobre el riesgo de victimización secundaria, con una especial consideración cuando se trate de delitos graves. Además de un apoyo especializado cuando se trate de víctimas de violencia sexual, de violencia de género y de víctimas de violencia en las relaciones personales.

2. *Participación en el proceso penal*⁶

También hay varios aspectos a resaltar dentro de la participación, por ejemplo: el derecho a ser oído o los derechos existentes en caso de que se adopte la decisión de no continuar en el procesamiento o el derecho a garantías en el contexto de la justicia reparadora. Así como los derechos a jus-

⁵ Artículos 3o.-9o. de la Directiva.

⁶ Artículos 10-17 de la Directiva.

ticia gratuita, a reembolso de gastos, a la restitución de bienes, a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal, y los derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro.

3. *Protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial*⁷

El derecho a la protección hace referencia sobre todo a la victimización secundaria, así como a evitar el contacto entre víctima e infractor. También a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales, sobre todo durante la toma de declaración.

Insiste la Directiva en el derecho a la protección de la intimidad, a la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, en la protección de las víctimas con necesidades especiales (de protección) durante el proceso penal y una especial referencia a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal.

V. NATURALEZA JURÍDICA

Como hemos mencionado en la lista de delitos a la que hace mención especial esta Directiva, se conceden derechos a las víctimas de determinados delitos que no existían en muchos países hace diez años, como por ejemplo los relativos a la mutilación y a la violencia de género. En la mayor parte de los hechos delictivos, la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo es inexistente. Sin embargo, lo que caracteriza la delincuencia de género (sobre todo cuando se da en el ámbito privado mediante el ataque a la mujer-pareja) es la existencia de una relación personal y de dependencia emocional entre el sujeto activo y pasivo. Esto genera que en muchas ocasiones el comportamiento de las mujeres que acuden a un juzgado o a la policía a interponer la correspondiente denuncia sea incomprendido, no queriendo declarar, o incluso retirándola una vez interpuesta. Al respecto es interesante destacar que un punto fuerte de la Directiva es la formación de los profesionales (artículo 25),⁸ encargados de recibir a las víctimas y este punto es de vital importancia en aras a evitar su victimización secundaria.

⁷ Artículos 18-24 de la Directiva.

⁸ Véase en “Otras Disposiciones” dentro de la Directiva.

VI. ALGUNOS CASOS DE INTERÉS: MENORES Y CÓDIGO PENAL

1. *Mutilación genital femenina y niñas, artículo 149.2 CP*

A. *Qué es la ablación*

Sólo partiendo del respeto a las distintas realidades culturales podremos abordar un tema tan delicado como el de la ablación o mutilación genital femenina. Los condicionantes socioculturales determinan en cada momento histórico qué conductas deben ser tipificadas como delito y cuáles deben quedar fuera de tal definición. Esta diferenciación de lo que es delictivo y lo que no se torna más compleja cuando esos condicionantes socioculturales se convierten en costumbres⁹ que dañan determinados derechos, pues “combinar el respeto a la diversidad cultural y a la diferencia, con el rechazo expreso y claro de prácticas determinadas, no es tarea fácil”.¹⁰ Ciertamente nunca se podrá defender una cultura o un motivo religioso que choque frontalmente con bienes jurídicos determinantes y protegidos por instrumentos internacionales.¹¹

En este marco se circunscribe la ablación o mutilación genital femenina, que se constituye como un rito ancestral que se practica en determinadas comunidades de África, por el cual se introduce a las niñas a la vida adulta.¹² En España se han dado casos sobre todo en Cataluña, migrantes que

⁹ Sobre la diferencia entre cultura y costumbre, Lucas, B., “Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital fememmina”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, p. 1.

¹⁰ Asúa Batarrita, A., “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 18, 2004, p. 87.

¹¹ Varios autores, *Curso de derecho penal, Parte general*, Barcelona, Ediciones Experiencia, p. 4, “no porque un grupo social africano asentado en España estime que es una exigencia moral la ablación del clítoris de sus niñas, debe el Derecho penal aceptar tal orden moral y dejar impunes a quienes lo practiquen. Debe castigarse tal conducta como delito de lesiones, porque merma la integridad física de la mujer, lo que es una cuestión objetiva, y sin que el castigo de la ablación tenga significado alguno como adscripción de la víctima y su grupo social a una moral sexual impuesta por parte del Estado o del legislador”.

¹² Kaplan Marcusan, A., Programa de la Universidad Autónoma de Barcelona, “Iniciación sin mutilación”, <http://cac.drac.com/200902/20090211.html>.

bien realizaron tales prácticas sobre sus hijas antes de viajar a España, o que aprovechan algún viaje a sus países de origen para practicarla.¹³

B. *Ámbito legal*

La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 67/146 del 20 de diciembre de 2012 *sobre la intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina*, reconoce que

...la mutilación genital femenina es un abuso irreparable e irreversible que repercute negativamente en los derechos humanos de las mujeres y las niñas, afectando aproximadamente a entre 100 millones y 140 millones de mujeres y niñas en todo el mundo, y que cada año se estima que otros 3 millones de niñas corren el riesgo de ser sometidas a esta práctica en todo el mundo.¹⁴

Es por eso, que insta a

...los Estados a condenar todas las prácticas nocivas que afecten a las mujeres y las niñas, en particular la mutilación genital femenina, independientemente de que se realicen dentro o fuera de las instituciones médicas, y a tomar todas las medidas necesarias, incluso promulgando y aplicando leyes, para prohibir la mutilación genital femenina y proteger a las niñas y las mujeres contra esa forma de violencia, y a poner fin a la impunidad.¹⁵

De esta manera, algunos países vienen haciéndose cargo de tal tarea legislativa, pero los países más afectados, en ocasiones debido a las turbulencias políticas, no han elaborado esas leyes.¹⁶

Sobradamente conocido es el hecho de que España durante la primera década del siglo XXI vive una época de bonanza económica, motivo por el que se convierte en receptor de migrantes de diversas partes del mundo, cuyas tradiciones en ocasiones chocan con los derechos humanos reconocidos en la Constitución Española de 1978, en cuyo artículo 15 se protege la integridad física de las personas. La protección de un valor tan importante tiene

¹³ Más información Torres Fernández, M. E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, pp. 7 y 8.

¹⁴ A/RES/67/146, *Intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Para más información sobre cuáles son estos países consultar Asúa Batarrita, A., “Criminología y multiculturalismo...”, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

su reflejo en el código penal, que destina el título III del libro II a las lesiones, y que comienza en el artículo 147 cp. Por su parte, el artículo 149 recoge unas lesiones agravadas en función de si las mismas se refieren a un órgano principal, estableciendo que “el que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”.

Su apartado 2, que fue introducido por reforma de *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, tipifica específicamente la mutilación genital de tal forma que “el que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”.

Si comparamos su contenido con el del apartado 1 poco añade, ya que dicho apartado 1 hace referencia a un órgano principal, y el definido en el apartado 2 lo es¹⁷, por lo que pareciera que el legislador ha introducido una especificación en aras a la posibilidad de afrontar la alegación del error de prohibición.

Así parece justificarlo la exposición de motivos de la LO 11/2003, cuando afirma que la introducción obedece a

...que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. ..., se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones”.

¹⁷ Sobre la distinción, véase las reflexiones de Asúa Batarrita. A., “Criminología y multiculturalismo...”, *op. cit.*, p. 97 afirma que “el carácter irreversible de la ablación y sus consecuencias para la salud sexual, afectan seriamente a la salud síquica y física, y a mi juicio debe considerarse como pérdida equiparable a la mutilación de un órgano principal, o al menos debe considerarse conducta equiparable a la impotencia”.

A su vez, y para completar la persecución y castigo de esta práctica, el artículo 23.4 LOPJ, en su reforma de LO 3/2005, del 8 de julio, establece en su exposición de motivos que

la mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. ...,los Estados miembros de la UE. ...se han visto enfrentados a un fenómeno de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor.

De ahí que “la presente Ley Orgánica posibilita la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país”.

Éste es el motivo por el que esta ley, en un artículo único, añade un nuevo epígrafe *g* al apartado 4o. del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, del 1o. de julio, del Poder Judicial, que hace competente a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

C. Análisis jurisprudencial

La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4a.), Sentencia núm. 9/2013 del 4 de abril (ARP/2013/240) marca un antes y un después en la persecución penal del tipo agravado de lesiones tipificado en el artículo 149.2 del Código Penal Español, como es la mutilación genital.

Teniendo las dos variables analizadas (tanto el Código Penal como la LOPJ), podemos entender que en 2013 la AN marque un antes y un después en el enjuiciamiento de estos delitos pues castiga como autora a una madre que practicó la ablación a su hija fuera del territorio español, en su pueblo de origen en Senegal. En la Sentencia se declara probado que: Bárbara procedente de Senegal llegó a Cataluña en 2010 con sus hijos, una vez que su marido, quien llevaba en España desde 1999 lograra la reagrupación familiar. La hija de ambos, Rosana, nacida en 2006 en Senegal, al practicársele una exploración dentro del protocolo de actuación de niños inmi-

grantes le fue apreciada la extirpación del clítoris, que le había sido practicada antes de venir a España como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal.

Son dos cuestiones las que nos interesa contrastar de la sentencia, en primer lugar la autoría y culpabilidad o no de la madre, y en segundo lugar la competencia de los juzgados españoles para conocer de un hecho delictivo (lesiones agravadas tipificadas en el artículo 149.2 CP) cometido en Senegal.

En cuanto al primer aspecto, el enfermero del hospital donde se exploró a la menor afirma una falta de sorpresa por parte de la madre al notificársele la noticia, lo cual indica que la madre sabía de la existencia de la lesión, al igual que el padre, que también se mostró indiferente. Por tanto el Tribunal concluye la autoría de la madre, bien directa, por los artículos 28 y 29 del CP, o en comisión por omisión según lo dispuesto por el artículo 11, CP. Respecto de la culpabilidad, cobra especial importancia en estos casos, como ya hemos apuntado, el actuar o no bajo un error de prohibición, y en tal caso, discernir sobre si es vencible o invencible. A este respecto, el tribunal entiende que

...así como la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2010, su esposo llevaba residiendo en Cataluña, al menos desde hacía 10 años, por lo tanto, es inevitable pensar que así como la acusada no tenía acceso a información alguna sobre el particular, su marido, promotor de la idea de la reagrupación familiar en Cataluña y, por ello, conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia, debería haberla asesorado en este extremo, evitando así los problemas surgidos desde la llegada a España de la acusada y la hija de ambos.

Entendiendo por tanto que el error sufrido por la acusada en vencible, procediendo a aminorar la pena de acuerdo a los cánones del artículo 14.3 CP, en uno o dos grados respecto de la pena prevista para el delito.

Respecto del segundo aspecto, la ya mencionada LOPJ en su artículo 23.4, y desde el año 2005 estima competentes a los tribunales españoles conocedores de tales delitos, y esta sentencia de la AN es la primera que se pronuncia en tales términos, haciendo responder penalmente a la madre de una menor que en el año 2006 llevó a cabo la ablación sobre aquella, quien finalmente es castigada con la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

El problema derivado de este castigo es el efecto que esta sentencia pueda tener sobre la comunidad africana asentada en España. Que los padres no lleven al médico a sus hijas por el temor a ser descubierta la ablación y

que precisamente sean los menores los perjudicados (quedarse sin asistencia sanitaria) ante el miedo de los padres de incurrir en responsabilidad penal. Una vez más el derecho penal llega tarde y mal a la solución de un conflicto social, como apunta Kaplan, resulta imprescindible tener en este caso “ojos africanos”¹⁸ al enfrentar el problema.

2. *La violencia doméstica en niñas, artículo 153.2 y 173.2 CP*

A. *Qué es la violencia doméstica. Ámbito legal*

El legislador penal se aventuró a tipificar un delito de violencia doméstica habitual en 1989,¹⁹ aunque con la intención político criminal última de hacer frente a los abusos que en este ámbito se llevaran a cabo contra las mujeres en especial, en respuesta a unas estadísticas publicadas en 1984 que ponían de manifiesto el número de denuncias de mujeres en contra de sus parejas, aunque el fundamento acabó identificándose no con las mujeres en sí, sino con el lugar que venía siendo escenario de ese ejercicio de violencia, el ámbito doméstico.

Delito que todavía existe, en una doble versión, violencia familiar ocasional recogida en el artículo 153.2²⁰ como delito de lesiones, y violencia do-

¹⁸ Kaplan Marcusan, A., Programa de la Universidad Autónoma de Barcelona, “Iniciación sin mutilación”, <http://cac.drac.com/200902/20090211.html>. Sobre los recursos preventivos previos a la intervención del derecho penal, Kaplan Marcusan, A. *et al.*, “Las mutilaciones genitales femeninas: reflexiones para una intervención desde la atención primaria”, *Revista Atención primaria*, vol. 38, núm. 2, junio de 2006, p. 125, conocer los datos, programas formativos, contacto con las familias, etcétera, http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/MGF_Atencion_Primeria.pdf?iframe=true&width=100%&height=100%.

¹⁹ LO 3/1989 del 21 de junio, en cuya Exposición de motivos se alega que objeto de este delito consistía en la protección de los miembros físicamente más débiles del ámbito familiar.

²⁰ *Artículo 153.2 CP*: “El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

mística habitual como delito contra la integridad moral del artículo 173.2 del CP.²¹

Sin embargo a partir de 2004 el legislador introduce la visión de género, por eso el derecho penal actualmente despliega en el ámbito privado del hogar dos niveles de protección superpuestos que responden a fundamentos diferentes: *a)* en el caso de la violencia doméstica (artículos 153.2 y 173.2 CP) el fundamento estaría en la posición objetiva de vulnerabilidad del sujeto pasivo derivada de la propia relación familiar,²² y *b)* en el caso de la violencia de género (artículo 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2, CP) el fundamento de la punición estaría, no en la especial vulnerabilidad de la víctima, y menos en la voluntad de dominio del autor, sino “en la mayor exposición al riesgo de sufrir violencia derivada del propio sexo de la víctima —de su condición de mujer—”.²³

Nos centraremos ahora en la violencia doméstica llevada a cabo por los padres sobre una menor, cuyo fundamento estaría en esa vulnerabilidad derivada de la relación familiar. Por ejemplo, pongamos el caso de la madre que ve cómo su pareja maltrata a la hija y no hace nada por evitarlo teniendo sobre ella posición de garante, su conducta equivale a la conducta activa de haberla maltratado ella misma, por lo que se le imputa a título de autora

²¹ Artículo 173.2 CP: “2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, *aun sin convivencia*, o sobre los *descendientes*, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*.... 3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

²² Lorenzo Copello, P., “Modificaciones del derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006, pp. 346 y 347.

²³ *Ibidem*, p. 348.

en comisión por omisión, no de partícipe y este caso se corresponde con el mediático caso de la “niña Alba” al que haremos mención.

Hay que comprobar si penalmente esa situación de no intervención activa de la madre en el ejercicio de violencia pero sí en el silencio de la misma influye en el resultado. En estos términos, la responsabilidad que de esa conducta se deriva podría estimarse desde la omisión impropia, aunque también desde la participación, en función de la existencia o no de la posición de garante. Ello a la vez depende del concepto de autoría y participación que estimemos, pues hay quien estipula que con la cláusula concursal dispuesta en el artículo 173.2 del CP la violencia habitual doméstica “se sanciona independientemente del resultado causado, por tanto la participación por comisión quedaría circunscrita a los casos en que se produjera un resultado constitutivo de delito o falta independientemente y, únicamente, respecto a éstos”,²⁴ como es en el caso propuesto. Así Monge Fernández y Navas Córdoba sostienen que conforme a las bases de autoría y participación de los delitos especiales propios, los casos de participación de un particular (*extraneus*) solo puede responder como partícipe del delito especial [por ejemplo, la amante (*extraneus*) del marido (*intraneus*) le induce a maltratar a su esposa] ya que no existe un delito común que se corresponda con el especial.²⁵ Respecto de la autoría y participación en los delitos llevados a cabo en comisión por omisión según Silva Sánchez “cabe ser partícipe en comisión por omisión cuando la evitación del resultado de la parte especial no está siquiera al alcance del sujeto, pero sí lo está la neutralización de la contribución activa de un tercero al mismo, y es a eso a lo que el sujeto se había comprometido”.²⁶ ¿Sería, por ejemplo, ese el caso de la vecina que escucha los episodios de violencia y puede convencer a la madre de que lleve a su hija al médico? Por ahora nos preguntamos si la madre responde como autora en comisión por omisión por un delito del artículo 173.2, CP.

B. *Análisis jurisprudencial*

De algunos de los casos se ha hecho eco la jurisprudencia por lo que los tribunales no han sido ajenos al problema, encargándose de solventar las

²⁴ Ganzenmüller Roig *et al.*, “La violencia doméstica”, *AP*, núm. 16, 19 al 25 de abril de 1999, p. 360.

²⁵ Monge Fernández, A. y Navas Córdoba, J. A., “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer”, *Actualidad Penal*, núm. 9, 28 de febrero a 5 de marzo de 2000, p. 193.

²⁶ Silva Sánchez, J. M., “La regulación de la «comisión por omisión»”, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 76 y 77.

cuestiones *de facto* presentadas. Pongamos el ejemplo más clásico al que hicimos mención *supra*; el que correspondería a aquella madre que ve cómo habitualmente su pareja ejerce violencia sobre el hijo en común y no hace nada para evitarlo; ¿sería el comportamiento de la madre subsumible dentro del marco penal que establece el tipo del artículo 173.2 en su versión de omisión impropia? y ¿por consiguiente, no una mera partícipe sino una autora en comisión por omisión? La respuesta en este caso la encontramos en la jurisprudencia donde se han afrontado estos conflictos interpretativos, de tal manera que nuestro TS se ha pronunciado al respecto condenando a una madre que no evita esos malos tratos de su compañero sentimental a la hija, como si hubiese causado esos resultados de manera activa. Es el caso de la STS (Sala de lo Penal) 20/2001 del 22 de enero, STS (Sala de lo Penal) 320/2005 del 10 de marzo, STS (Sala de lo Penal) 1161/2000 del 26 de junio,²⁷ que condenan a la mujer que en posición de garante no evita los malos tratos del padre a su hija.

Por el contrario, encontramos también casos en los que el tribunal en apelación rechaza el castigo impuesto en primera instancia, y absuelve a la madre de las conductas de malos tratos habituales en comisión por omisión.²⁸ En este caso concreto, la AP de Barcelona hace un estudio interesante del artículo 11, CP, resaltando algunas carencias en su formulación que históricamente fueron superadas en otras legislaciones. Carencias que concurren en la premisa de que la no evitación del resultado equivalga a la equiparación de su causación (identidad estructural entre la acción y la omisión según el sentido de la ley) con base en las tres específicas fuentes descritas del deber especial (ley, contrato y actuar precedente). Los requisitos de

²⁷ Estas sentencias se corresponden con tres casos similares en los que la hija es objeto de malos tratos por el padre o padrastro, situación de la que siendo conscientes las madres no hacen nada por evitar. En el primer caso se recurre una sentencia de la AP de Ciudad Real, pero el TS ratifica el castigo a la mujer alegando que “la condena de la recurrente se fundamenta en su comportamiento omisivo, ocupando omisión de garante al no haber evitado la producción habitual de resultados lesivos a la víctima menor, ocasionados materialmente por su compañero sentimental”. En el segundo caso la niña está tutelada por la Junta de Extremadura a través de uno de sus centros de menores pero en una de las visitas a su casa ocurren episodios de violencia por parte del padrastro sin que la mujer lo evite. La AP de Cáceres y el TS condenan a la madre en comisión por omisión pues la mujer “no puede eximirse de su condición de garante al menos en aquellos periodos de tiempo en los que los menores viven en el domicilio de aquella”. En el tercer supuesto la AP de Castellón de la Plana no condena a la mujer, por lo que es el MF quien recurre y el TS estima que “la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora para la consumación de las lesiones...se convierte a la luz jurisprudencial de esta sala en autora por comisión por comisión dada su posición de garante”.

²⁸ AP Barcelona (Sección 2a.). Sentencia núm. 156/1998 del 20 de febrero.

equivalencia y su relación con alguno de esos deberes no están claras en el caso concreto pues

la presencia de la posición de garante de la madre respecto de su hijo menor al estar obligada por la ley a velar por él, no será sin embargo suficiente para considerarla autora por omisión de las infracciones penales por las que fue acusada, pues para ello sería preciso, tal como se viene argumentando, que la no evitación del resultado equivaliera a su causación *según el sentido de la ley*, requisito que no puede estimarse concurrente en el supuesto analizado.

Entendemos que en este caso, el mayor problema que se planteó el tribunal fue el de aplicar otro tipo de interpretación que no fuese la meramente gramatical del texto punitivo en este punto, pues “ejercer”, con una mera interpretación gramatical, siempre se entenderá de manera activa ya que de esta forma nunca podría traducirse en una omisión.

La propia prensa ha recogido algunos de estos casos, en concreto nos llama la atención el llamado “caso Alba” acontecido en 2006 en Barcelona. En este caso se produjeron unas lesiones a una menor de cinco años que acabó en coma, hechos en los que la madre de la niña alega no haber participado. Sin embargo “según mantiene el escrito del fiscal, los dos procesados, de mutuo acuerdo, maltrataron en varias ocasiones a la niña en su domicilio familiar ya antes de la paliza que la dejó en coma”.²⁹ Por lo que en este caso la mujer según el fiscal es autora activa no en comisión por omisión, aunque en ese episodio en concreto pareciera no haber tomado parte de esas lesiones graves. Este caso se recoge en la SAP de Barcelona 26/2009 del 14 de enero, y en su FJ. 4 se argumenta la autoría en comisión por omisión de la madre de la niña y finalmente se confirma en el fallo condenándola por

...un delito de malos tratos habituales previsto y penado en el artículo 173.2 CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de tres años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cinco años, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre la menor por un período de cinco años en aplicación de lo dispuesto en el artículos 57 y 48 CP, se prohíbe al condenado aproximarse a la víctima, su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1.000 metros, así como comunicarse con ella por

²⁹ *El País*, 11 de diciembre de 2008, “El padrastro de Alba niega haberle pegado y contradice a la madre. Comienza el juicio en Barcelona a Ana María C. y Francisco Javier P. por el supuesto maltrato que sufrió la menor a principios de 2006”.

cualquier medio, por un período de cinco años superior a la pena de prisión impuesta”.³⁰

3. *Violencia de género y noviazgo en adolescentes menores de edad, artículo 153.1, CP*

A. *Qué es la violencia de género. Ámbito legal*

La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género del 28 de diciembre (en adelante la LOMPIVG) introduce la violencia de género en el Código Penal español. Hasta entonces lo que existía, era la violencia doméstica o familiar. La mencionada ley introduce una agravante de género en determinados delitos del código penal.

El objetivo de la ley se define en su artículo 1.1 que establece como premisa del plus punitivo de estos delitos el *actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*. En realidad esta ley no es una ley integral, sino que es una ley de medidas integrales, pues únicamente contiene agravaciones especiales en caso de violencia contra mujeres pareja, pero se olvida de las demás situaciones, ya sea de agresiones sexuales, en el aborto, en el homicidio, etcétera.³¹ O incluso de las mencionadas mutilaciones genitales, que podrían caber como expresión de esas relaciones de poder si la ablación se interpreta no sólo como una costumbre sino como una forma de control de la sexualidad de las mujeres.³² De esta forma, en su artículo 1.3 establece que *la violencia de género a que se establece la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad*.

Comprobamos que el artículo 1.1 (la agravante específica de género), no se traslada a todos los actos descritos en el artículo 1.3, sino sólo a las lesio-

³⁰ SAP Barcelona 26/2009 del 14 de enero que sentencia el “caso Alba”.

³¹ González Cussac, J. L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en Gómez Colomer, J. L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección Estudios Jurídicos, núm. 13, Universidad Jaume I, 2007, p. 421.

³² Sobre las distintas explicaciones Torres Fernández, M. E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, pp. 12 y 13.

nes del artículo 148.4, los malos tratos del artículo 153.1,³³ amenazas leves del 171.4 y coacciones leves del 172.2, CP, pero no a las agresiones a la libertad sexual ni a las privaciones arbitrarias de la libertad. Todo ello viene a completar las contradicciones que emanan de la propia redacción de la ley que dificulta discernir su objetivo y finalidad.

B. *Análisis jurisprudencial sobre noviazgo en menores de edad*

La expresión recogida en el artículo 1.1 de la LOMPIVG, *mujer unida por análoga relación aun sin convivencia* en principio llevaría a incluir las relaciones de noviazgo. Pero ¿cuál es el criterio que habrá que tomar en cuenta para discernir cuáles sí y cuáles no? La inclusión de estas relaciones ha sido criticada fuertemente por la inseguridad jurídica que genera y por eso hay quienes restringen el tipo cuando no existe convivencia.³⁴ Sin embargo, esa inseguridad debe resolverse caso a caso en los tribunales, ya que deberán probar que se dan las características propias de estas relaciones, esto es, el sentimiento de posesión y dominio.³⁵ De manera que la cuestión se complica cuando se trata de noviazgos adolescentes, así nos llama la atención que algunos tribunales no entiendan la posibilidad de violencia de género en los noviazgos adolescentes. La *análoga relación de afectividad aún sin convivencia* se interpreta dentro del tipo, según la Audiencia de Cantabria *sólo si existiera la finalidad de constituir una pareja estable, y esa finalidad puede “presumirse” en las relaciones de este tipo entre adultos que estudian o trabajan, pero no entre menores que están todavía en fase escolar*.³⁶ La ministra de Igualdad lamentaba que la AP de Can-

³³ *Artículo 153.1 CP*: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

³⁴ Fernández Pantoja, P., “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en Morillas Cueva, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, p. 99.

³⁵ Lorenzo Copello, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en Pérez Álvarez, F., *Serta In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 833.

³⁶ El País, 20 de noviembre de 2009, “En un noviazgo adolescente no hay violencia machista según un tribunal”.

tabria no estimase violencia de género en la agresión de un chico de 14 años.³⁷ Según la propia sentencia,

...la relación de noviazgo tendría cabida en este contexto cuando ese noviazgo, más que cualificado por la duración, se encuentra cualificado por la intensidad y la finalidad de construir una pareja estable, con un proyecto compartido. Esta intensidad y esa finalidad pueden presumirse en las relaciones de noviazgo entre personas mayores de edad que estudian o trabajan pero su presunción es menos evidente entre menores de edad que están todavía en fase escolar en colegios o institutos que carecen de otros medios económicos que los que les proporcionan sus padres o tutores, con los que además conviven.³⁸

Por tanto siguiendo tales parámetros, lo importante es dar respuesta a cuándo estamos ante una relación de noviazgo y cuándo no, porque de ello dependerá aplicar un tipo penal (delito del artículo 153.1) u otro (falta del 617, CP). En nuestra opinión lo importante es que existan relaciones amorosas aunque no haya promesa de matrimonio, ni siquiera convivencia aunque de ello derivan dificultades de prueba, porque el agresor tenderá a negar la relación amorosa y a basarse en la de amistad precisamente porque es más beneficioso a efectos de pena, pero para eso está la prueba testifical de las personas allegadas a la pareja.³⁹ En cualquier caso, habrá que estudiar las características propias de cada caso y comprobar que efectivamente se da ese mayor desvalor de la conducta y esa exposición al riesgo.

La especial protección de las mujeres-pareja queda clara atendiendo a la finalidad de la ley dispuesta en el artículo 1.1; sin embargo, la introducción en los denominados delitos de género a *cualquier sujeto especialmente vulnerable que conviva con el autor*, sin especificar los sujetos activo y pasivo, hace que pueda recaer dicha protección sobre hombres especialmente vulnerables que convivan con el autor, aunque esa vulnerabilidad deba probarse en cada caso concreto. Aquella introducción supuso una concesión política de última hora en el Parlamento para que fuera más fácil la aprobación del tex-

³⁷ *El País*, 23 de noviembre de 2009, “Aído: Cuando hay violencia de género no importa si se tienen 50 o 16 años. La ministra de Igualdad se declara desanimada por sentencias como la de la Audiencia Provincial de Cantabria, que no consideró violencia machista una agresión de un chico de catorce años”.

³⁸ SAP de Cantabria, 280/2009 del 5 de noviembre, FJ. 2.

³⁹ Peramato Martín, T., “La violencia de género e intrafamiliar en el derecho penal español” en Iglesias Canle, I. C. y Lameiras Fernández, M. (coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 45 y 46.

to, y también ex-post, para salvar su constitucionalidad.⁴⁰ Lo cierto es que su inclusión resta rigor al fondo que subyace en la creación del propio término violencia de género, pues en *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor* se entiende a menores y a ancianos, que no tiene por qué ser femenino. Como consecuencia tiene razón Maqueda Abreu cuando desestima la existencia de discriminación positiva porque tras la concesión de última hora hecha en términos de *personas especialmente vulnerables que convivan con el autor* acaba la posibilidad de estimar la ley como sexista.⁴¹

La clara imprecisión del término hizo que el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) criticara los términos empleados, pues según afirmaba en su Informe al Anteproyecto de la Ley,

...la violencia contra ancianos y niños es más grave si cabe, precisamente por la nula capacidad de defensa y de denuncia del hecho que se les presupone. La circunstancia de que personas que no son mujeres constituyan una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda su ámbito de protección también a esas personas. Si el derecho debe proteger a las minorías cuando las exigencias de tutela surgen de un mismo fundamento, la ley debería ser integral también en lo subjetivo en situaciones objetivas idénticas.⁴²

Motivo por el que el propio CGPJ concluyera que “no se obtiene mayor protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la proteja tan solo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos, incluso a los hombres”.⁴³ Cuestión a la que parte de la doctrina responde, al aludir que el Consejo

⁴⁰ Es resuelta por STC 59/2008, del 14 de mayo en su FJ. núm. 4 b). Ante lo que parte de la doctrina discrepa, así Acale Sánchez, M., “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en Puente Aba, L. M. (dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, Comares, 2010, p. 70 en la que critica que el TC ignora que “la protección no es la misma, en la medida en que hace falta que concurren más elementos cuando se trata de una y otra víctima”.

⁴¹ Maqueda Abreu “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la Ley Integral”, *Revista Penal*, núm. 18, julio de 2006, pp. 178-180.

⁴² Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial del 21 de junio de 2004, p. 17. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgjp/cgjp/principal.htm>.

⁴³ *Idem*.

niega que esta sociedad sea sexista y dice que es irrelevante que el 90,2% del total de víctimas de violencia intrafamiliar sean mujeres (según los datos del propio consejo).⁴⁴ El Consejo además vacía de contenido el objeto de la Ley: la Ley supone un avance al señalar que la violencia es una manifestación del dominio de los hombres sobre las mujeres y el CGPJ dice que si la violencia es manifestación del dominio, la ley debe proteger a todas las personas en situación de subordinación, pero niega que esa subordinación y esa violencia tengan que ver con el dominio patriarcal.⁴⁵

Campos Cristóbal, por su parte, no ve inconveniente en que dentro de las *personas especialmente vulnerables que convivan con el autor* entren a formar parte los hombres, salvo por el no pequeño inconveniente de ir, de esta manera, contra el espíritu y filosofía de la ley, “con la diferencia de que en estos casos deberá probarse la vulnerabilidad que se presume o da por supuesto en la esposa”.⁴⁶ Es por ello que no negamos la importancia de introducir esas otras minorías, lo único es que no responden a la filosofía de la ley, en el sentido de no estar dentro del contexto de subordinación que responde a los “géneros”, sino que tiene una vez más que ver con el ámbito doméstico y de convivencia.

VII. CONCLUSIONES

Desde el respeto y el conocimiento de los derechos de las víctimas menores de edad, urge poner al día el catálogo de delitos atendiendo al interés superior del niño, y ello implica que debe hacerse evaluando las posibles consecuencias. De la misma forma, aplicar una visión de género en esa puesta al día, así como en la aplicación por parte de los tribunales puede

⁴⁴ “Análisis de las sentencias dictadas por los tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010 relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex-pareja. Conclusiones”. Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CJPJ, septiembre de 2012, p. 9. “Análisis de las sentencias dictadas por los tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010 relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex-pareja. Conclusiones”. Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CJPJ, septiembre de 2012, p. 9.

⁴⁵ Añón Roig, M. J. y Mestre i Mestre, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en Boix Reig, J. y Martínez García, E. (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, del 28 de diciembre)*, Madrid, Iustel, 2005, p. 46.

⁴⁶ Campos Cristóbal, R. “Tratamiento penal de la violencia de género”, en Boix Reig, J. y Martínez García, E. (coords.), *La nueva ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, del 28 de diciembre)*, Madrid, Iustel, 2005, p. 270.

mejorar la calidad de vida de muchas menores y adolescentes, que se relacionan en un contexto patriarcal.

De ahí que hayamos querido traer a colación dos casos en concreto; la violencia de género en una relación adolescente y la práctica de la ablación a niñas de determinadas zonas africanas asentadas en España. Aunque concretamente el Código Penal tipifica esos comportamientos, los tribunales encuentran dificultades en su aplicación. Desde 2005 se permite a los jueces españoles, a través de la LOPJ, juzgar casos relacionados con la mutilación femenina realizada en otro país cuando la víctima se encuentra en España, y no es hasta 2013 cuando existe la primera sentencia. En este caso queda por observar las consecuencias de tal castigo. Si serán las propias menores las perjudicadas por el temor de los padres a incurrir en responsabilidad penal si las llevan al médico.

Así por el contrario, criticamos que algunos juzgados no estimen violencia de género en una relación de pareja de adolescentes. La visión de género está presente desde la más tierna infancia, y no por no haber un vínculo serio de proyecto de vida en una pareja debe desestimarse la posibilidad de la existencia de violencia de género. Solo es aplicable en el caso concreto, por lo que los jueces deben tener esa visión de género, que no se entiende si no partimos de un contexto patriarcal en el que enclavar las relaciones entre lo masculino y lo femenino.

De la misma forma, respecto a la responsabilidad de los padres respecto de los hijos, se puede castigar en comisión por omisión del delito de violencia doméstica a los padres que viendo el maltrato de la pareja sobre la hija de ambos, no haga nada para evitarlo. Atendiendo a los requisitos del artículo 11 del Código Penal puede castigarse tal conducta omisiva con base a la posición de garante de los padres. Lo cual implica castigarle como autor en comisión por omisión, esto es, como si activamente hubiese cometido los hechos.

Sin embargo, la apuesta decidida por la educación en igualdad y en el respeto a los derechos humanos en general traería mejores consecuencias para la vida de los niños y niñas, más que el recurso decidido al uso del derecho penal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

“Análisis de las sentencias dictadas por los tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010 relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex-pareja. Conclu-

- siones”. Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CJPJ. Septiembre 2012.
- ACALE SÁNCHEZ, M., “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en PUENTE ABA, L. M. (dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, Comares, 2010.
- AÑÓN ROIG, M. J. y MESTRE i MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Madrid, Iustel, 2005.
- ASÚA BATARRITA, A.; “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 18, 2004.
- CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Madrid, Iustel, 2005.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.
- GANZENMÜLLER ROIG, C. *et al.*, “La violencia doméstica”, *AP*, núm. 16, 19 al 25 de abril de 1999.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Universidad Jaume I., colección *Estudis jurídics*, núm. 13, 2007.
- Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial de 21 de junio de 2004, consultar en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgkj/cgkj/principal.htm>.
- KAPLAN MARCUSAN, A. *et al.*, “Las mutilaciones genitales femeninas: reflexiones para una intervención desde la atención primaria”, *Revista Atención primaria*, vol. 38, núm. 2, junio de 2006.

- , Programa de la Universidad Autónoma de Barcelona, “Iniciación sin mutilación”, <http://cac.drac.com/200902/20090211.html>
- LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en Pérez Álvarez, F. Serta In memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.
- , “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006.
- LUCAS, B.; “Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital fememnina”, en Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 17, 2008
- MAQUEDA ABREU “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la la Ley Integral”, *Revista Penal*, núm. 18, julio de 2006.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. y NAVAS CÓRDOBA, J. A., “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer”, *Actualidad Penal*, núm. 9, 28 de febrero a 5 de marzo de 2000.
- PERAMATO MARTÍN, T., “La violencia de género e intrafamiliar en el Derecho penal español”, en Iglesias CANLE, I. C. y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La regulación de la «comisión por omisión»”, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1997.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008.
- UNICEF, “La Violencia doméstica contra mujeres y niñas”, *Innocenti Digest*, núm. 6, junio de 2000, fuente HEISE, L., 1994, en www.unicef-icdc.org.
- VARIOS AUTORES, *Curso de derecho penal, Parte general*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.

CAPÍTULO XII ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

María Elena MANSILLA Y MEJÍA*

Si pudiéramos vernos a nosotros mismos, y a otros objetos como realmente son, nos encontraríamos en un mundo de naturalezas espirituales, una comunidad que no empieza cuando nacemos ni termina con la muerte del cuerpo.

Immanuel KANT

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema.* II. *El arbitraje: medio de solución de conflictos.* III. *¿Qué es el arbitraje?* IV. *Clases de arbitraje.* V. *El arbitraje internacional en México.* VI. *Ley Modelo de Arbitraje Internacional.* VII. *Análisis de la ley modelo de arbitraje internacional.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Las instituciones como la materia, no se crean ni se destruyen, únicamente se transforman.

Este símil podrá parecer ajeno al tema en estudio: el arbitraje comercial internacional, sin embargo no lo es. Sin duda el arbitraje como el fuego han existido siempre, sin embargo su manifestación depende de la conjugación de los elementos necesarios para ser percibidos.

En el caso del fuego, es necesaria la frotación de los objetos, en el caso del arbitraje se requiere de personas ante un problema común, con intereses opuestos.

* Doctorado en derecho; actual directora del Seminario de Derecho Internacional e Investigadora Nacional del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

El arbitraje sin duda es posible encontrarlo en las comunidades más antiguas y primitivas, está el arbitraje de París respecto a la mujer más bella, y el que dos mujeres sometieron a Salomón, respecto al hijo de una de ellas.

La historia y la mitología van de la mano, así poco a poco se desarrolló la figura del arbitraje hasta convertirse en una institución del derecho romano, Petit¹ en su obra comenta sobre este tema: "...el árbitro que escogían las partes, después de un acuerdo llamado compromiso, para reglar la controversia fuera de toda instancia.

"El árbitro que aceptaba esta misión debía cumplirla, de negarse el pretor podía obligarlo por medio de una amenaza".

"La sentencia del árbitro no era obligatoria, pero las partes unían al compromiso una doble *Stipulatio poenae*, y se castigaba a quien contravenía la decisión".

Una vez incorporado al derecho, el arbitraje cobra carta de naturalización, su importancia crece al punto de ser considerado una institución que se encuentra en todas las comunidades, las que al unirse o estar en constante interacción van a crear reglas comunes para resolver sus conflictos mediante el arbitraje.

La pregunta es ¿por qué dirimir las controversias ante uno o varios árbitros? ¿Por qué no acudir a la autoridad judicial, con experiencia y dedicada a dirimir conflictos?

¿Qué es el arbitraje, que ha llegado a un nivel universal?

¿Es benéfico? De ser así ¿cuáles son las ventajas que reporta frente a una resolución judicial?

¿Realmente el arbitraje es la privatización de la justicia?, si esto es cierto ¿cómo es posible que la impartición de justicia se delegue a particulares?

Antes de dar respuesta a este cumulo de preguntas es necesario determinar qué es el arbitraje.

II. ARBITRAJE: MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El arbitraje es un medio heterocompositivo para dar solución a controversias.

De este breve enunciado se concluye la existencia de diversos medios de resolver conflictos.

En efecto el desarrollo de las instituciones enseña que la justicia se ha impartido a través del tiempo, en tres formas distintas.

¹ Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, sne, Madrid, Editorial Saturnino Calleja, p. 615, nota al párrafo 712.

- Autotutela.
- Auto composición.
- Heterocomposición.

1. *Autotutela*

La autotutela se presenta cuando la justicia se hace de propia mano, medio rudimentario e injusto ya que la ventaja la tendrá el más fuerte, lo cual significa la absoluta ausencia de justicia. Decir que se impone la ley del más fuerte en forma alguna significa únicamente fuerza física; una fuerza superior también se puede manifestar en mayor inteligencia, mayor capacidad o conocimientos.

Esta primigenia forma de dar solución a los conflictos se basaba definitivamente, en la distinta pero mayor capacidad personal de los contendientes.

Causa sorpresa, que pese al notorio primitivismo de la autotutela, el actual Estado de derecho la reconoce como un medio de defensa dentro del cual el primero es la legítima defensa y el último es la revolución.

2. *Autocomposición*

Este medio de solución de controversias marca un nuevo estado en la evolución de la humanidad.

En la autocomposición, las partes en conflicto adoptan posiciones de buena fe y cordura que se manifiestan en la celebración de un pacto que satisfaga las pretensiones de los contendientes o en la renuncia de uno de los contrincantes, con la consecuente aceptación de las pretensiones del contrario.

Aun cuando la autotutela y la autocomposición son figuras diferentes, tienen como denominador común el que los propios sujetos en conflicto son los que encuentran la solución a la controversia, de ahí el prefijo auto en ambos conceptos, cuyo significado es “por sí mismo”.

Un nuevo hito en el desarrollo de la civilización se manifestó en una nueva forma de solución de controversias: la heterocomposición.

3. *Heterocomposición*

La heterocomposición implicó ya la intervención de un elemento distinto en el conflicto de intereses. Surge aquí un tercero quien participa en la solución como persona ajena a las partes de la controversia.

Este elemento nuevo en realidad no es uno, son dos:

- El juez.
- El árbitro.

El juez es un funcionario del Estado cuya misión es resolver formalmente los conflictos, mediante la instrumentación de un proceso dentro de un aparato judicial. Ambos con fundamento en el derecho.

El árbitro, como el juez, es un sujeto ajeno al conflicto; sin embargo, tiene la ventaja de estar libre de la carga de litigios por resolver que siempre tiene un juez. El árbitro es una tercera persona, designada por las partes para conocer y resolver libremente la controversia mediante un laudo.

El arbitraje, función que corresponde realizar al árbitro, surgió antes que el proceso, medio instituido por el Estado. El proceso fue la institucionalización de la impartición de justicia, aun así el arbitraje no desapareció, continuó como una forma paralela de solución de controversias; paradójicamente en el siglo XX resurgió y su fuerza ha sido tal que se convirtió en un medio de solución de controversias a nivel internacional.

¿Por qué ocurrió esto? y en ¿qué clase de litigios se aplica?

Miaja de la Muela² es muy claro al sostener: “El recelo siempre existente hacia los gastos y dilaciones de un proceso se ha acentuado considerablemente en estos últimos decenios en las gentes de negocios que prefieren someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a un procedimiento arbitral”.

De esto se deduce claramente que el arbitraje se desarrolló por el comercio.

III. ¿QUÉ ES EL ARBITRAJE?

El arbitraje es un procedimiento jurídico dúctil celebrado entre particulares y por lo mismo carente de coacción.

Es una relación jurídica compuesta de tres partes: el árbitro y las dos partes en conflicto.

En el arbitraje la comunicación es directa, los principios fundamentales que lo rigen son la buena fe y la igualdad de las partes. Procesalmente aplica los principios de oralidad, inmediatez y flexibilidad en cuanto al derecho aplicable, el lugar de celebración y la elección de la lengua, estos elementos

² Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado*, 5a. ed., Madrid, Gráficas Yagües, s.l., 1970, p. 479.

los determinan libremente las partes. Formalmente se puede estipular en una cláusula compromisoria incluida en el contrato principal, o bien se celebra un contrato de compromiso en árbitros.

El arbitraje reporta gran utilidad por la celeridad del procedimiento y los árbitros son especialistas en la materia en el conflicto a resolver.

El arbitraje se tramita y resuelve por particulares, de ahí que se diga que consiste en la privatización de la justicia, tal cosa no es verdad, si bien es cierto que lo realizan particulares, también lo es que si no lo hace suyo la autoridad judicial, el laudo es inejecutable. Se puede sostener que los particulares a quienes se somete la controversia dicen el derecho, tienen por tal motivo la jurisdicción; la competencia se la dan las partes, pero la ejecución sólo la puede realizar el juez por el *imperium* que le otorga el derecho del Estado.

El maestro Briseño Sierra³ sostiene como ventajas del arbitraje que cada caso tiene su propio juez, con el cual conviene el procedimiento, los honorarios, el plazo para desahogar el trámite, el lugar, el idioma y los elementos que constituyen el problema.

Esta vía de dar solución a los conflictos es a puerta cerrada, está negada al público, carece de protocolo y lo determinan las partes. El ambiente es de cordialidad, y lo que se pretende es la aplicación de la justicia en el sentido aristotélico, esto es, ambas partes deben obtener el mismo beneficio o el mismo perjuicio.

IV. CLASES DE ARBITRAJE

En los medios industriales y comerciales es donde el arbitraje ha logrado el gran desarrollo que lo ha llevado a proyectarse en diversas áreas y niveles. En su evolución ha manifestado distintas formas, por lo que se le ha clasificado en:

- Especial
- Institucional
- Legal
- Oficial
- Profesional
- Comercial internacional

³ Cfr. Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje comercial, doctrina y legislación*, sne, México, Lima UIA, 1988, pp. 7 y 8.

1. *Arbitraje especial*

Este arbitraje se consideró ilegal por ser *ad-hoc*, pese a ello la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió en 1933 una ejecutoria en la que justifica y funda esta clase de solución de controversias.

ARBITRAJE. El arbitraje es una convención que la ley reconoce y que, por cuanto implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, tiene una importancia procesal negativa. Ese contrato es el llamado de compromiso, y en virtud de él, las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares; de ese modo, se sustituye el proceso con algo que es afín a él, en su figura lógica, supuesto que en uno y otro casos, se define una contienda mediante un juicio ajeno; sin embargo, el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral, no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. El laudo sólo puede convertirse en ejecutivo, por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional, que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido; de suerte que, entonces, el laudo se equipara al acto jurisdiccional. El laudo sólo puede reputarse como una obra de lógica jurídica, que es acogida por el Estado, si se realizó en las materias y formas permitidas por la ley. El laudo es como los considerandos de la sentencia, en la que el elemento lógico, no tiene más valor que el de preparación del acto de voluntad, con el cual el Juez formula la voluntad de la ley, que es en lo que consiste el acto jurisdiccional de la sentencia. Esa preparación lógica no es por sí misma acto jurisdiccional, sino en cuanto se realiza por un órgano del Estado. El árbitro carece de imperium, puesto que no puede examinar coactivamente testigos ni practicar inspecciones oculares, etcétera; y sus laudos son actos privados, puesto que provienen de particulares, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido, a la materia lógica del laudo, la materia jurisdiccional de una sentencia. La función jurisdiccional compete al Estado y no puede ser conferida sino a los órganos del mismo; pero obrar en calidad de órgano del Estado, significa perseguir, con la propia voluntad, intereses públicos, lo que evidentemente no hacen las partes cuando comprometen en árbitros sus cuestiones, puesto que entonces persiguen fines exclusivamente privados; de modo que las relaciones entre las mismas partes y el árbitro son privadas y el laudo es juicio privado y no sentencia, y estando desprovisto, por lo mismo, del elemento jurisdiccional de un fallo judicial, no es ejecutable sino hasta que le preste su autoridad algún órgano del Estado que lo mande cumplir. El laudo y el exequatur, deben ser considerados como complementarios, son dos aspectos de un solo acto jurídico; uno, es el elemento lógico que prepara la declaración de la voluntad de la ley que ha de aplicarse en el

caso concreto, y el otro, consiste precisamente, en esa voluntad, formulada por el funcionario provisto de jurisdicción. Estas teorías han sido aceptadas por nuestra legislación, pues la Ley de Enjuiciamiento Civil del Distrito Federal dispone, en sus artículos 1314 y 1324, que los Jueces tienen la obligación de impartir a los árbitros, cuando así lo soliciten, el auxilio de su jurisdicción, y de ejecutar, en su caso, la decisión que aquéllos pronuncien, y el artículo 1302, coloca al árbitro en la imprescindible necesidad de ocurrir al Juez ordinario, para toda clase de apremios; pero más claramente se advierte el carácter de simples particulares que tienen los árbitros, del contexto del artículo 5o. de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito, de treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiocho, que declara que los árbitros no ejercen autoridad pública; por tanto, desde el punto de vista de nuestra legislación, los laudos arbitrales son actos privados que por sí mismos no constituyen una sentencia, y el mandamiento de ejecución que libra el Juez competente, cuando es requerido para el cumplimiento de un laudo, integra, juntamente con éste, la sentencia. Por otra parte, el citado artículo 5o. de la Ley Orgánica, al declarar que los tribunales (*sic*) cuando éstos estuvieren dentro de la ley, implícitamente reconoce a los tribunales la facultad de hacer un análisis del laudo, a efecto de determinar si está conforme o no con el ordenamiento jurídico, pero no es racional suponer que tales facultades sean absolutas, esto es, que los Jueces estén autorizados para revisar los laudos de una manera completa. Esta resolución no sería posible, porque no se advierte por los términos en que está concebido el repetido artículo 5o., que el legislador haya tenido la intención de que los Jueces pudieran nulificar el juicio arbitral y a esto equivaldría la facultad otorgada a los tribunales para determinar, revisando las cuestiones de fondo, si el árbitro aplicó correctamente el derecho, en el caso sometido a su decisión. Además, para que los Jueces pudieran proceder con completo conocimiento del negocio, y dictar una resolución justa, sería necesario que el pronunciamiento estuviera precedido de un debate habido entre las partes, ante el mismo Juez, lo cual no está autorizado por nuestra Ley de Enjuiciamiento. El sistema generalmente adoptado, se basa en la distinción siguiente: si la violación contenida en el laudo ataca el orden público, el juez debe rehusar el exequatur y, por el contrario, debe decretar la ejecución, si la violación perjudica solamente intereses privados, mas como surge la dificultad sobre lo que debe considerarse intereses de orden público, debe atenderse a lo mandado por el artículo 1329 del Código de Procedimientos Civiles, del que se deduce que la intención del legislador fue que cuando la sentencia arbitral no se arregle a los términos del compromiso, o cuando se niegue a las partes de la audiencia, la prueba o las defensas que pretendieron hacer valer, la impugnación del laudo que se haga, (*sic*) no cuando se trata de ejecutarlo, sino mediante la interposición de un recurso; y aun cuando en el citado precepto se habla del ya suprimido recurso de casación, de todas maneras queda en pie la voluntad de la ley, sobre que éstas in-

fracciones no preocupen al Juez ejecutor, para el efecto de otorgar el exequatur; tanto más, cuanto que los interesados disponen de la vía del amparo para reclamar dichas violaciones; de modo que puede afirmarse que la revisión que del laudo hagan los tribunales, debe tener por objeto exclusivo, determinar si pugna con algún precepto, cuya observancia esté por encima de la voluntad de los compromitentes y que las violaciones que daban lugar a la casación, no deben ser materia de la revisión de que se trate. El laudo, una vez que se decreta su cumplimiento se eleva a la categoría de acto jurisdiccional, y el agraviado puede entonces ocurrir a los tribunales de la Federación, en demanda de amparo, a fin de que se subsanen los vicios de que adolezca, desde el punto de vista constitucional, en la inteligencia de que el término para promover el juicio de garantías, empieza a correr desde la fecha en que se notifica legalmente la resolución que acuerde, en definitiva, la ejecución.

Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXVIII, p. 801.

2. Arbitraje institucional

Esta clase de procedimiento arbitral surgió en la VII Conferencia Internacional de Estados Americanos en la resolución XLI, por la cual se propuso aplicarlo como una vía privada para dar solución a los problemas de empresas privadas. Las ventajas de esta clase de arbitraje son muchas, ya que orienta, explica y da certeza a las partes.

Son varias las instituciones que administran el arbitraje privado, está el Centro de Arbitraje de México, la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial A. C. entre otras.

A nivel internacional están la Cámara Arbitral Nacional e Internacional de Milán y la International Chamber of Commerce, entre otras.

3. Arbitraje legal

Esta clase de arbitraje es ya el producto de la función legislativa.

México en 1992 incluyó en el Código de Comercio los artículos 1415 a 1463 en los que regula el arbitraje nacional e internacional. Por este medio introdujo legalmente la Ley Modelo de Arbitraje Internacional propuesta por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

4. *Arbitraje oficial*⁴

Como ejemplo de esta clase de arbitraje está el que se instituyó en México en la Constitución de 1824 vía de solución llevada a efecto por organismos oficiales.

Los artículos 155 y 156 de la Constitución de 1824 disponían:

Artículo 155. No se podrá entablar pleito alguno en lo civil ni en lo criminal sobre injurias, sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación.

Artículo 156. A nadie podrá privarse del derecho determinar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio.

La Ley Federal de Protección al Consumidor regula el procedimiento arbitral en los artículos 117 a 122.

5. *Arbitraje comercial internacional*

Este arbitraje surgió por la propuesta que la Cámara Nacional de Comercio, de la Ciudad de México, le hizo a la Barra Mexicana Colegio de Abogados.

En 1968 se auspició la II Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial donde se constituyó la Sección Nacional de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

La Comisión comprende todo el Continente, tiene sus propias reglas para administrar el arbitraje, los árbitros son seleccionados de cada país de América. Ha celebrado convenios de cooperación con la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, con la Asociación Japonesa Comercial y con la Comisión de la India para el Arbitraje Comercial. Esta colaboración tiene como finalidad que los procedimientos arbitrales que se realicen en estas regiones se rijan por las reglas de la institución correspondiente.

La Organización de los Estados Americanos adoptó las reglas de la Comisión en la 1a. Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado celebrada en 1975 en Panamá del 14 al 30 de enero, en ella se aprobó

⁴ Cfr. Mansilla y Mejía María Elena, *Glosario jurídico internacional privado*, México, 4a. Serie, vol. I, INEDIC IURE Editores, 2008.

la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional de la que México es parte.

V. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MÉXICO

El 27 de abril de 1978 México publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional y el 4 de enero de 1989 publicó la adición hecha al Código de Comercio, por la que, en 22 artículos, incluía el título IV bajo el rubro: *Del procedimiento arbitral*.

Del 4 de junio de 1887 en que bajo la Presidencia de Porfirio Díaz, entró en vigor el Código de Comercio, al 4 de enero de 1989, esto es, en 102 años la normatividad mercantil no había tenido un cambio tan trascendente como lo fue la introducción del procedimiento arbitral.

La transformación mercantil fue un movimiento iniciado por la Organización de Naciones Unidas a través de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional organismo que presentó a la comunidad internacional en 1985, su Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional.

Una Ley Modelo es un documento cuya finalidad es sugerir a los Estados su estudio, con la libertad de tomarlo en cuenta en su derecho interno en la medida de sus necesidades a efecto de participar en la creación de una homogeneidad legal mercantil. En el caso concreto del arbitraje, la Ley Modelo pretende establecer reglas generales y armónicas que den al comercio, rapidez, flexibilidad y seguridad jurídica.

México, ya en el camino de las reformas, aceptó la Ley Modelo propuesta en 1985. En tal sentido el 22 de julio de 1993 publicó en el *Diario Oficial de la Federación* su inclusión en el Código de Comercio, en el Título Cuarto denominado “Del arbitraje comercial”. Este título comprende 49 artículos que van del 1415 al 1463.

Se sostiene que México adoptó la Ley Modelo tal como fue propuesta; sin embargo, hay una diferencia de trece artículos más en el arbitraje comercial introducido en el Código de Comercio mexicano, lo cual significa que ambos documentos no son totalmente iguales ya que la regulación mexicana contiene aspectos que la Ley Modelo, por su propia naturaleza, no incluye para dejar a los países que la adopten, en plena libertad de adecuarla a su legislación interna.

México, al adoptar la Ley Modelo, decidió regular en ella tanto el arbitraje nacional como el internacional, adaptándola de esta forma a su le-

gislación interna. En este orden de ideas, el artículo 1415 del Código de Comercio dispone:

Artículo 1415. Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.

VI. LEY MODELO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Como claramente lo indica su nombre, este documento sólo es un ejemplo, un modelo de ley dirigido a los Estados con el fin de que lo analicen y consideren la posibilidad de aplicarlo en la medida que su derecho interno lo permita. Pese a ser sólo un modelo, su incorporación a las legislaciones internas de los Estados es muy necesaria, debido a que a través de ella se daría homogeneidad a la solución de las controversias que se suscitaren en el Comercio Internacional. De ser aceptada unánimemente, la Ley modelo pasaría a ser una convención y por lo tanto sería derecho uniforme para todos los Estados que la suscribieran.

VII. ANÁLISIS DE LA LEY MODELO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

La Ley Modelo fue creada en 1985 por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Tiene ocho capítulos conformados por treinta y seis artículos. Su contenido regula con toda precisión cada uno de los elementos del arbitraje internacional. Es un documento muy completo, por lo que para exponerlo se dividirá en los siguientes puntos:

- Definiciones
- Sujetos
- Objeto
- Naturaleza jurídica
- Acuerdo de arbitraje
- Tribunal arbitral
- Intervención de las partes
- Intervención del tribunal arbitral
- Facultades del tribunal arbitral
- Inicio y desarrollo del procedimiento arbitral

- Conclusión del arbitraje
- Laudo
- Denegación, de reconocimiento y ejecución del laudo

Definiciones. Bajo este rubro el artículo 2o. está dedicado a las definiciones y reglas de interpretación en las que determina: “*Arbitraje* significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo”.

El arbitraje consiste en someter un conflicto a personas privadas o a una institución para que lo conozcan, lo estudien, analicen y decidan quién tiene la razón.

En el mismo dispositivo la ley distingue entre tribunal arbitral y tribunal, el primero es el que se integra por los árbitros que conocerán del asunto, el segundo es el tribunal judicial, órgano creado por el Estado para impartir justicia.

Sujetos. Son tres los sujetos que intervienen en un arbitraje:

- Los dos contendientes y
- El o los árbitros
- Ocasionalmente puede intervenir un juez

Objeto. Puede sostenerse que hay dos objetos: el del arbitraje, consistente en dirimir un conflicto de naturaleza comercial. El de la Ley Modelo, consistente en lograr la homogeneidad en la solución de conflictos derivados del comercio internacional.

Naturaleza del arbitraje. El arbitraje que regula la Ley Modelo, materialmente es un juicio y tendrá la naturaleza formal de internacional cuando se presente cualquiera de las siguientes situaciones:

- Los establecimientos de los contendientes estén en diferente Estado en el momento de celebrar el acuerdo.
- El lugar elegido para el arbitraje esté en lugar distinto al del lugar donde las partes tengan su establecimiento.
- Cuando las partes decidan que su arbitraje se relacione con otras personas.
- Ante pluralidad de domicilios se elija el que tenga una relación más estrecha con el acuerdo.
- La residencia habitual de las partes.

Acuerdo de arbitraje. El acuerdo de arbitraje es el que celebran las partes con el fin de someter sus diferencias presentes, pasadas o futuras a un tribunal arbitral.

En este orden de ideas, el arbitraje tiene su origen en el acuerdo que las partes celebran, por lo que para darles seguridad debe ser escrito o por cualquier otro medio que deje constancia y se pueda consultar a fin de recurrir a él en caso de ser necesario.

En cuanto al fondo el acuerdo puede constar sólo en una cláusula compromisoria o bien en un contrato cuya naturaleza es accesoria al contrato principal, aunque es autónomo en varios aspectos.

Tribunal arbitral. La integración del tribunal arbitral queda a la libre decisión de las partes, tanto en la forma como en el número de árbitros. Aun cuando la nacionalidad no es un impedimento, una posición neutral exige que si sólo hay un árbitro éste sea de nacionalidad distinta a la de las partes. En el caso de que sean tres, cada parte designará un árbitro y el tercero será nombrado por los dos primeros.

Ante el supuesto de que por alguna razón uno de los árbitros ya no pueda continuar, será necesario designar un sustituto para lo cual se seguirán las mismas reglas que se aplicaron para elegir a los árbitros originales.

La recusación es admitida en el procedimiento arbitral por lo tanto, los árbitros pueden ser recusados por cualquiera de las partes, sin embargo sólo podrán recusar al árbitro designado cuando la causa que se invoque sea posterior al nombramiento inicial.

Constituido el tribunal arbitral debe distinguirse entre lo que pueden hacer las partes y lo que corresponde al tribunal arbitral.

Intervención de las partes. De acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, las partes tienen libertad para decidir:

- El objeto del litigio
- El número de árbitros
- La lengua a utilizar en el procedimiento
- El derecho aplicable o que el procedimiento se rija por el principio de *ex aequo et bono*
- El lugar y el tiempo de duración del procedimiento
- La solicitud de medidas cautelares
- La determinación de las pruebas y su desahogo
- La exposición de alegatos y
- La celebración de audiencias

Frente a tal libertad de las partes, los árbitros sólo actuarán supletoriamente, esto debido a que las reglas establecidas por la ley modelo claramente determinan que, salvo acuerdo de las partes, los árbitros decidirán cada uno de los puntos mencionados.

Todo lo anterior conduce a la siguiente pregunta. ¿En qué momento se ponen de acuerdo las partes para determinar, lugar, lengua, procedimiento, pruebas, audiencias y si la decisión será conforme a derecho o de acuerdo con el buen saber y entender de los árbitros?

¿Es viable que una vez que surge el conflicto las partes se pongan de acuerdo en puntos tan importantes cuando no se han podido poner de acuerdo en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones?

Existe la presunción de que tal posibilidad de acuerdos se den; sin embargo, la lógica conduce a considerar que tales acuerdos sólo podrán ser previos al surgimiento del conflicto por lo que sólo podrán plasmarse en un contrato de arbitraje y no en una sola cláusula ya que ésta sería insuficiente para contener tantas decisiones.

Ante esto procede considerar las ventajas que implicaría celebrar un contrato y no limitarse a la cláusula compromisoria.

Intervención del tribunal arbitral. La primera regla que rige al arbitraje es que el tribunal arbitral estará sujeto a los acuerdos de las partes.

La segunda regla es que el tribunal arbitral sólo intervendrá en suplencia de los acuerdos de los contendientes.

En este punto también procede plantearse la siguiente pregunta: ¿las partes conocen el procedimiento, al grado de celebrar acuerdos o contratos de arbitraje en todas sus fases?

La respuesta lógica sería negativa, por lo que surge la presunción, respecto a que el tribunal arbitral una vez constituido, deberá dirigirse a las partes en conflicto, y explicarles cada uno de los momentos del arbitraje, a fin de que se pongan de acuerdo en ese momento, o en su defecto deleguen en el tribunal toda la conducción del arbitraje.

Facultades del tribunal arbitral. El artículo 16 de la Ley Modelo determina que el tribunal arbitral tiene facultad para decidir sobre su competencia y sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo, así como las excepciones que se invoquen ante nulidad del contrato o por el exceso en el cumplimiento del mandato conferido a los árbitros por las partes.

Las excepciones y su resolución generalmente se presentan como cuestiones previas o incidentales, aun cuando la ley establece plazos para interponerlas el tribunal podrá aumentarlos si lo considera pertinente.

Es conveniente destacar que la competencia del tribunal está determinada por el objeto del arbitraje y por la fijación de la litis, por lo que de no limitarse a ella procederá la excepción de incompetencia.

Inicio y desarrollo del procedimiento arbitral. El procedimiento se inicia cuando el demandado recibe el requerimiento de someterse al arbitraje.

La demanda debe contener los puntos a resolver y la contestación deberá limitarse a dar respuesta a lo demandado; sin embargo, las partes pueden acordar la posibilidad de ampliar tanto la demanda como la respuesta que la contraparte oponga. Procede la reconvencción y de haberse señalado plazos para estas actuaciones, éstos pueden ser aumentados o disminuidos por las partes, siempre que ambas estén de acuerdo en atención al principio de igualdad que debe regir el procedimiento.

Las actuaciones, el ofrecimiento y desahogo de las pruebas así como la naturaleza de ellas, estarán también sujetos al acuerdo de las partes y en su defecto a lo que disponga el tribunal arbitral.

En cumplimiento de la garantía de audiencia y del principio de legalidad, cada parte deberá ser informada de todo lo que su contraparte realice.

Aun cuando los contendientes pueden decidir la intervención o no de peritos, y sobre cualquier otro medio de prueba, el tribunal tiene la libertad, como juzgador, de solicitar las pruebas que considere pertinentes, las cuales tendrán por objeto proporcionarle mayor conocimiento del conflicto.

Debido a que las partes deciden elegir el arbitraje, la ley considera que habrá rebeldía cuando:

- El actor no ajuste su demanda al objeto en controversia.
- El demandado no responda a los hechos de la controversia.
- Cualquiera de las partes no asista a las audiencias o no presente las pruebas correspondientes.

Pese a que las situaciones anteriores son calificadas por la ley como rebeldía, ésta no tiene los mismos efectos de la rebeldía en un juicio, esto es así, porque el efecto de la rebeldía en el arbitraje no implica la aceptación de lo expuesto por el contrario.

Terminación del arbitraje. Lo normal es que el arbitraje termine con el laudo; sin embargo, puede concluir también por las causas siguientes:

- Transacción
- Extinción del objeto
- Nulidad
- Desistimiento o
- Imposibilidad de continuar

Laudo arbitral. Los árbitros tanto en el desarrollo del procedimiento como al dictar el laudo pueden hacerlo conforme al derecho que determinen las partes, el que siempre deberá ser sustantivo, por lo que en forma alguna podrán designar normas de conflicto.

Es un derecho de las partes decidir que el procedimiento y el laudo sean con fundamento en el derecho, en el principio *ex aequo et bono* o como amigable componedor, tal decisión deberá constar siempre por escrito.

El tribunal arbitral decidirá por mayoría o por unanimidad y deberá cumplir con la garantía de motivación y fundamentación del laudo.

Actuaciones posteriores al laudo. Una vez concluido el procedimiento arbitral pueden presentarse varias situaciones en relación con la resolución emitida:

- Que el laudo esté incompleto u oscuro.
- Que se refiera a objetos distintos de los planteados en la litis.
- Que se haya excedido al resolver aspectos no incluidos o fuera de la litis.

Ante tales circunstancias el tribunal tendrá que subsanar las deficiencias, lo que implicará un retraso en la conclusión definitiva del conflicto, bien por la corrección de las anomalías, o por la impugnación del laudo en la que se invoque nulidad; la que procederá por las razones siguientes:

- Incapacidad de la o las partes.
- Violación a las garantías de audiencia o de legalidad.
- Violación del acuerdo de las partes.
- Improcedencia del arbitraje.

Por ser contrario al orden público o contrariar una norma prohibitiva.

Denegación, de reconocimiento y ejecución del laudo. Aun cuando el principio que rige el arbitraje sostiene que todo laudo debe ser reconocido y ejecutado, el tribunal competente se negará a ello cuando:

- Exista alguna incapacidad.
- El acuerdo de arbitraje no sea válido.
- Lo arbitrado no era objeto de arbitraje.
- No se cumplió con las garantías de audiencia y legalidad.
- Se viole el orden público o una norma prohibitiva.

Nótese que las causas de nulidad son las mismas, que las invocadas en la negativa de reconocimiento y ejecución del laudo aun cuando se trata de situaciones diferentes ya que la negativa al reconocimiento y ejecución del laudo es el efecto de la declaración de nulidad.

Reconocimiento y ejecución del laudo. Dentro de un arbitraje desarrollado normalmente el reconocimiento y la ejecución del laudo deben proceder, para ello será necesario que quien lo solicite presente los siguientes documentos:

- Copia autenticada del acuerdo compromisorio o del contrato de arbitraje.
- El laudo debidamente motivado y fundado.
- Los documentos debidamente traducidos.

Aquí procede preguntarse: ¿ante quién se presenta el laudo para su ejecución?

Recuérdese que el tribunal arbitral sólo tiene facultades para decidir, por lo tanto carece de *imperium* para ejecutar un laudo, en consecuencia corresponde al juez, como autoridad del Estado, primero reconocer y después ejecutar, si comprueba que en el procedimiento arbitral se cumplió con todas las formalidades mencionadas.

El juez al recibir el laudo y revisar que es congruente y está apegado a derecho, debe homologarlo y ordenar su ejecución.

Surge la siguiente pregunta, ¿el juez sólo interviene en la homologación y en la ejecución del laudo?

La respuesta es no, si bien las partes al decidirse por la vía arbitral demuestran no desear la intervención del juez, éste deberá subsanar los problemas que surjan en el arbitraje y no puedan ser resueltos por las partes o el tribunal. La intervención del juez siempre será a petición de parte.

En este orden de ideas, el juez deberá resolver subsidiariamente, los problemas de las partes, de los árbitros y del arbitraje, siempre que así se le solicite.

VIII. CONCLUSIONES

1. El arbitraje es tan antiguo como las relaciones humanas.
2. El mayor desarrollo del arbitraje se encuentra en el derecho comercial.
3. La proyección internacional del arbitraje se alcanzó con la Ley Modelo de Arbitraje Internacional propuesta por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, con el fin de lograr la homogeneidad en la solución de conflictos del comercio internacional.
4. México adoptó la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional y la incluyó en el Código de Comercio.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El arbitraje nacional*, s.n.e., México, Limusa, UIA, 1998.

CONTRERAS VACA, Francisco, *Derecho internacional privado, Parte especial*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2005.

MANSILLA y MEJÍA, María Elena, *Glosario jurídico internacional privado*, colección Glosarios Jurídicos Temáticos, 4a. serie, vol. I, México, IURE Editores, 2008.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho internacional privado*, 5a. ed., Madrid 1957, t. II.

Código de Comercio.

Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio Internacional.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tercera Sala, t. XXXVIII.

CAPÍTULO XIII
ASPECTOS PENALES Y CIVILES DEL TRÁFICO
INTERNACIONAL DE MENORES

Eileen MATUS CALLEROS

*A Sonia Rodríguez Jiménez, mi maestra
en toda la extensión de la palabra*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Análisis de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.* III. *Aspectos penales y civiles.* IV. *Panorama de la regulación mexicana en la materia.* V. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años el tráfico internacional de menores se ha convertido en un grave problema de seguridad, no sólo a nivel nacional sino también a escala internacional. Este delito es una de las actividades criminales más lucrativas, después del tráfico de drogas y de armas.¹

Indudablemente las causas que originan esta actividad son de diversa índole. Cada una de estas causas tienen factores que las favorecen a la vez de que tienen características propias según el medio donde se desarrollan. Entre las más conocidas tenemos la mendicidad (niños de la calle), la explotación sexual (pornografía infantil, turismo sexual, prostitución), el tráfico de órganos, la explotación laboral (en cultivos y en minas), las adopciones internacionales (embarazo prematuro, violaciones, venta de bebés en proceso de gestación), la movilización de poblaciones (conflictos armados, desastres naturales, competencia territorial entre cárteles), el narcotráfico, entre otros.

¹ Informe Global de 2012 sobre la trata de personas emitido por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) en Viena.

La finalidad del presente artículo es proporcionar una reseña más o menos extendida sobre los aspectos civiles y penales del tráfico internacional de menores. Comenzamos por analizar la regulación convencional procedente del foro de codificación de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), específicamente la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. De este instrumento estudiamos sus ámbitos de aplicación, los sectores de competencia judicial internacional y derecho aplicable, así como los criterios de regulación civil y penal de esta figura.

Posteriormente profundizamos en el análisis de la regulación autónoma mexicana; en concreto, el Código Penal Federal, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada,² el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. De esta manera, examinamos el marco legal en que se contiene y con el que se castiga esta figura en nuestro país.

Una vez realizado el análisis convencional y autónomo del tráfico internacional de menores, examinamos el panorama de la regulación mexicana en la materia, en especial ahondamos en los aspectos penales y civiles de esta figura. Si bien encontramos que este delito se encuentra regulado por una serie de cuerpos normativos penales, en materia civil nos encontramos frente a un vacío legislativo, en lo que se refiere, a los procesos de localización y restitución de los menores víctimas de este delito al Estado de su residencia habitual. Por ello en el último apartado proponemos que se redacten —tanto en los códigos civiles como en los de procedimientos civiles— disposiciones destinadas a regular los sectores de competencia judicial internacional y de derecho aplicable.

II. ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES

En marzo de 1994 se llevó a cabo en la Ciudad de México la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado

² Es importante mencionar que a pesar de que en 2000 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto por el cual se reformaban y adicionaban diversas disposiciones del Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, en las cuales se contemplaba al tráfico de menores como un delito de competencia federal, éste aun está contemplado bajo el ámbito del fuero común. Es a partir de este decreto que se establece que el Ejecutivo Federal debe crear la estructura administrativa necesaria dentro de la Procuraduría General de la República (PGR), para la atención de estos delitos. Fue así que la PGR contempló la investigación y sanción de este tipo delictivo dentro de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada.

(CIDIP-V), que abordó el tema relativo a los aspectos penales y civiles del tráfico internacional de menores. De dicha conferencia se aprobaron dos tratados: la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

En el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores se afirma que se pretende asegurar una protección efectiva al menor por medio de la implementación de mecanismos que permitan garantizar el derecho de los menores; que el tráfico internacional de menores constituye una preocupación universal; que se tomó en cuenta el derecho convencional en materia de protección internacional del menor previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, especialmente en los artículos 11 y 35 de la misma; se enfatizó la importancia en regular los aspectos civiles y penales del tráfico, así como el valor que tiene la cooperación internacional a fin de alcanzar una mayor protección del interés superior del menor.³

En cuanto a su ámbito de aplicación material, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, por medio de la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo (artículo 1o.). Los Estados parte de esta convención se obligan a:

- a) Asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior.
- b) Instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito.
- c) Asegurar la pronta restitución del menor víctima de tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

³ A pesar de que el principio del “interés superior del menor” ha sido recogido, explícita o implícitamente, por la mayoría de los convenios que protegen al menor. Ninguno de estos instrumentos ha proporcionado una redacción jurídica determinada que defina claramente este principio. Lejano a los que se podría pensar, esta falta de definición nos parece acertada, ya que intentar definir con detalle una serie de situaciones obstaculizaría la existencia de una interpretación flexible, que permita un mayor margen de acción. Sin embargo, deducimos que existen contenidos mínimos dentro de los cuales se puede mover este concepto. Cfr. Matus Calleros, E., *Derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 7.

De lo anterior, se desprende la importancia que tiene para el éxito de este instrumento la cooperación internacional entre autoridades. Además de que en el artículo 4o. se establece que los Estados parte se deberán comprometer en la medida de sus posibilidades a cooperar con los Estados no parte en la prevención y sanción de este delito.

En lo referente al ámbito de aplicación personal, este Convenio considera menor a todo ser humano cuya edad sea inferior a los 18 años. El hecho de que la Convención fije una edad para su aplicación restringe la competencia de los Estados parte en la fijación de la edad, para lograr el objeto de este instrumento.

Este Convenio define el tráfico internacional de menores como “la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos”. Por propósitos ilícitos se incluye, entre otros, la prostitución, la explotación sexual, la servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor sea localizado. Por otro lado, entendemos por medios ilícitos, entre otros, el secuestro, el consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se encuentra el menor, ya sea en el Estado de residencia habitual o en el Estado parte en donde se encuentre (artículo 2o.).

Cabe resaltar el uso del término “entre otros”, desde nuestra perspectiva es un acierto de este instrumento hacer uso de este término en las definiciones de propósitos y medios ilícitos, ya que de esta manera no se limita su aplicación a lo establecido por el Convenio, sino que abre la puerta a que se pueda incluir cualquier medio o propósito ilícito. Así, se amplía la protección del interés superior del menor.

Respecto al ámbito de aplicación espacial, comenzamos por afirmar que la presente Convención se encuentra firmada por Estados que pueden ser catalogados como países tanto de origen como de destino de tráfico de menores, además de que son parte del sistema interamericano, sin que por ello se limite la adhesión de cualquier otro Estado.

En esta línea de ideas, el artículo 29 del presente señala que “esta Convención está sujeta a ratificación y que los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos”. De lo anterior se desprende que la participación de México como Estado parte de esta Convención no sea obligatoria, pues ésta sólo está firmada y no ratificada por nuestro país.

La Convención establece como requisito que el menor se encuentre o resida habitualmente en un Estado parte al tiempo de la comisión del tráfico internacional contra dicho menor (artículo 2o.). De lo anterior podríamos deducir que estamos frente un tratado *inter partes*;⁴ sin embargo, cuando el artículo 4o. señala que los Estados parte deben cooperar con los Estados no parte, se dota a éste del carácter de *erga omnes*.⁵

En lo que se refiere al ámbito de aplicación temporal, la presente Convención se aplica con carácter irretroactivo, pues sólo se aplica a las solicitudes de tráfico presentadas con posterioridad a la entrada en vigor de este instrumento para cada Estado en particular. El artículo 33 señala que:

Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Bajo este supuesto, la simple firma y no ratificación por México de este instrumento no es suficiente para que éste entre en vigor en el territorio mexicano. Por tal motivo, cualquier solicitud de tráfico hecha por o hacia México no se regirá obligatoriamente por esta Convención.

III. ASPECTOS PENALES Y CIVILES

Tenemos que la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores es de carácter unitario, pues solamente prevé criterios que regulan la competencia judicial internacional, dejando sin respuesta al sector de derecho aplicable. De tal manera que si fuera obligatorio dicho convenio en México, éste tendría que coexistir con la normativa autónoma para dar respuesta global al sector del derecho aplicable.

Ahora bien, aunque el presente instrumento no se encuentra ratificado por nuestro país, nos interesa analizar los criterios que éste establece para regular la competencia judicial internacional tanto en materia civil como en materia penal.

⁴ Santos Belandro, R., “Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 80, núm. 1 al 6, 1994, p. 41.

⁵ Lucas Sosa, G., “La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, México, 1994)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1994.

Respecto a la competencia penal regulada por este instrumento tenemos que el artículo 9o. establece que:

Tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores:

- a) El Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita;
- b) El Estado Parte de residencia habitual del menor;
- c) El Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y
- d) El Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

Tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado Parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

De la lectura de este artículo se desprende que se señalan cuatro foros internacionalmente competentes para conocer sobre el tráfico internacional de un menor, reduciendo así, la posibilidad de una denegación de justicia y ampliando, por otro lado, la protección del interés superior del menor.

Como podemos observar los cuatro foros son igualmente competentes. De ahí que cualquiera de ellos se pueda declarar competente dependiendo de la elección que se haga al presentar la solicitud.⁶

En lo que se refiere a la competencia civil comenzamos por delimitar quiénes pueden promover una solicitud de localización y restitución del menor. El artículo 12 señala que dicha solicitud podrá ser promovida por aquellos titulares que establezca el derecho del Estado de la residencia habitual del menor. De ahí que no se limite el ejercicio de pedido de localización y restitución del menor, sino que se delega al derecho del Estado de residencia habitual el establecer quiénes son los sujetos legitimados para movilizar tal pedido.⁷

El artículo 13 señala que

...serán competentes para conocer de la solicitud de localización y de restitución,⁸ a opción de los reclamantes, las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte de residencia habitual del menor, o las del Estado parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra detenido. Cuando existan razones de urgencia, a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud

⁶ Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones Alimentarias*, Advocatus, Buenos Aires, 1996, p. 128.

⁷ *Ibidem*, p. 129.

⁸ Las solicitudes de localización y restitución del menor se tramitan por medio de las Autoridades Centrales designadas por cada Estado. En el caso mexicano la Autoridad Central competente es la Secretaría de Relaciones Exteriores.

ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito”.

De lo anterior se desprende que el artículo establece tres posibles foros competentes: primero, el de la residencia habitual del menor; segundo, el del Estado parte donde se encuentre o presuma que se tiene detenido, y tercero, el del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

IV. PANORAMA DE LA REGULACIÓN MEXICANA EN LA MATERIA

México es un país organizado como un sistema federal, conforme al cual cada entidad federativa tiene facultades para legislar, salvo en los casos en que esas facultades le competan a los órganos legislativos federales. En este sentido, tenemos que a nivel federal el delito de tráfico de menores se encuentra regulado por el Código Penal Federal y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

El tráfico de menores se encuentra regulado en el Código Penal Federal (CPF) como una modalidad del delito de “privación ilegal de la libertad”. El artículo 366 ter especifica que: “comete el delito de tráfico de menores quien traslade a un menor de dieciséis años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor”.

Dos aspectos que sobresalen en este ilícito se refieren a que en el “tráfico de menores” debe haber forzosamente un cruce de fronteras y que el sujeto activo puede recaer tanto en los ascendientes sin límite de grado como en cualquier tercero que no tenga parentesco con el menor, en otras palabras, cualquier persona.

Por otro lado, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece que cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar de manera permanente ciertas conductas que por sí o unidas a otras, tengan como resultado cometer algunos delitos, entre los cuales se encuentra enumerado el tráfico de menores, serán sancionados además de con las penas que les corresponde por el delito que cometan, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 4o. al miembro de la delincuencia organizada.

De lo anterior se desprenden varios supuestos: *a)* puede haber un sujeto que no pertenezca a la delincuencia organizada y sea sancionado por el delito de tráfico de menores con las penas que se establecen en el CPF; *b)* puede haber un sujeto que pertenezca a la delincuencia organizada y sea sancionado por el delito de tráfico de menores con las penas que se establecen en el CPF y en la Ley de Delincuencia Organizada; *c)* puede haber un sujeto

que no pertenezca al crimen organizado y sea sancionado con las penas que establece el Código Penal de su entidad, y *d*) puede haber un sujeto que pertenezca al crimen organizado y sea sancionado con las penas que establece el Código Penal de su entidad y la Ley sobre Delincuencia Organizada.

Aun cuando es interesante profundizar en el aspecto penal de esta figura, en este escrito estamos enfocadas en hacer un análisis internacional privatista del mismo. En este sentido, lo que tratamos de ejemplificar con los párrafos anteriores es que existen múltiples ordenamientos penales que regulan esta figura, independientemente de que su regulación sea deficiente y se preste a crear una inseguridad jurídica.

Como observamos la regulación penal de la figura de tráfico de menores está cubierta en la mayoría de los Códigos Penales de la República mexicana. Sin embargo, no podemos decir lo mismo de la regulación de esta figura en la esfera civil. Los códigos civiles y de procedimientos civiles carecen de regulación en lo que se refiere a los procesos de localización y restitución del menor al lugar de su residencia habitual.

Desde una perspectiva civil tenemos que los códigos civiles y de procedimientos civiles no contemplan un supuesto de hecho específico para determinar la competencia judicial internacional ni el derecho aplicable de la figura de tráfico de menores. Como señalaron Rodríguez Jiménez y González Martín: los tribunales del Distrito Federal, en concreto, no tienen competencia predeterminada por su normativa competencial autónoma para entrar a conocer sobre el aspecto civil de esta figura jurídica, así como tampoco contemplan un supuesto que determine la normativa competencial, conflictual y material.⁹

Ahora bien, si tuviéramos la posibilidad de cubrir esta carencia legislativa con la aplicación de la Convención Interamericana sobre Tráfico tendríamos, al menos, un referente jurídico convencional que podríamos aplicar al caso concreto. Sin embargo, no es así puesto que México al haber firmado y no ratificado el mismo, no está obligado a aplicar el contenido de dicho instrumento. Lo anterior es muy grave ya que uno de los peores supuestos de hecho no se encuentra regulado civilmente.

Por ello es necesario que exista una regulación civil que identifique en primer lugar las necesidades fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, para que de ahí se puedan seleccionar los bienes jurídicos que deben ser protegidos.

⁹ Rodríguez Jiménez, S. y González Martín, N., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 221 y ss.

Frente a este vacío normativo es que proponemos que tanto los códigos civiles y de procedimientos civiles de las entidades federativas establezcan un supuesto de hecho en el cual podamos encuadrar la figura de tráfico de personas.

Para ejemplificar nuestro dicho, utilizaremos la normativa civil del Distrito Federal para mostrar esta carencia legislativa. Tenemos que en el Distrito Federal la competencia judicial internacional en materia civil se encuentra regulada en el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles. De la misma manera como sucede en la sustracción internacional de menores, este artículo no prevé en ninguna de sus fracciones un supuesto de hecho en el que encaje el tráfico internacional de menores, motivo por el cual debemos acudir a la fracción IX, la cual señala que será juez competente: “En los actos relativos a la tutela de menores e incapacitados, el juez de la residencia habitual de éstos, para la designación de tutor, y en los demás casos el del domicilio de éste” o a la fracción IV que establece que será juez competente: “El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o del estado civil”.

Como podemos observar ambas fracciones ofrecen una respuesta deficiente al sector de la competencia judicial internacional al tráfico internacional de menores, ya que ninguna prevé una respuesta directa y conveniente al supuesto que nos ocupa. Por este motivo es que es necesario que se legisle *ex novo* lo referente a los procesos de localización y restitución del menor al Estado de su residencia habitual.

Es fundamental que la competencia de los tribunales mexicanos para entrar a conocer sobre el aspecto civil de esta figura esté señalada en la norma competencial autónoma. En este sentido, proponemos una redacción modelo que puede ser reproducida en su totalidad en los códigos de procedimientos civiles de la república mexicana. La propuesta sería la siguiente:

Artículo 156. Es juez competente:

I. Para los procesos de localización y restitución internacional de menores, el de la residencia habitual del menor, el del lugar donde se encuentre o se presupone que se encuentre cuando ambos supuestos se cumplan en territorio mexicano.

La finalidad de incluir esta categoría no sólo se centra en regular un vacío legislativo, sino en establecer una disposición específica que atribuya directamente competencia a los tribunales mexicanos en aquellos supuestos que requieren la localización y restitución de los menores a los Estados de

su residencia habitual. En lo que se refiere al establecimiento de la competencia o incompetencia de los tribunales mexicanos, sugerimos tres puntos de conexión para ampliar la protección que se le debe dar a los menores de edad víctima de estos supuestos. Señalamos como primer punto de conexión la residencia habitual del menor, puesto que esta conexión elimina los problemas que se derivan de los domicilios forzosos o legales. En segundo lugar, proponemos otros puntos de conexión como: “el lugar donde se encuentre o se presupone que se encuentre”, para dar respuesta a aquellos casos de urgencia y así evitar una denegación de justicia. Sin embargo, estos últimos puntos de conexión sólo podrán ser utilizados como fuente para los tribunales mexicanos si dichos supuestos se cumplen en México, ya que la normativa autónoma mexicana sólo puede atribuir competencia a sus tribunales y ya no distribuir competencia a los tribunales de otro Estado.

Por otro lado, en cuando a la regulación del sector de derecho aplicable tenemos que el artículo 13 del Código Civil para el Distrito Federal, como “norma conflictual”, tampoco cumple con regular específicamente cuál es el derecho material que rige la figura de tráfico internacional de menores. De ahí que tengamos que encuadrar el tráfico de menores en la fracción II de este artículo. El artículo 13 del CCDF señala:

Artículo 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

- I. En el Distrito Federal serán reconocidas las situaciones jurídicas válidamente creadas en otras entidades de la República;
 - II. El estado y capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal;
- [...]

En este sentido, proponemos que se agregue una fracción dirigida a proteger directamente al menor víctima de este delito. La redacción sería la siguiente:

Artículo 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

- I. Los procesos de localización y restitución internacional de menores se regirán por el derecho aplicable de la residencia habitual del menor.

Sugerimos que se incluya una disposición que establezca que los procesos de localización y restitución internacional de menores se rijan por la leyes de la residencia habitual del menor. La idea de elegir una conexión objetiva

(residencia habitual) permite superar los inconvenientes derivados de la participación de elementos subjetivos presentes en la concepción clásica de domicilio, como por ejemplo que se les adjudique el domicilio de sus representantes legales.¹⁰

En este sentido, podemos observar que ambas redacciones, la del Código Civil y la del Código de Procedimientos Civiles, están escritas de tal manera que se establecen categorías genéricas en las cuales pueden tener cabida otras figuras como por el ejemplo: la restitución internacional de menores, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

Por otro lado, incluir el concepto de “residencia habitual” a nuestras fracciones abre las puertas a que se aplique además de la *lex fori* el derecho de otro Estado. La finalidad de contemplar la aplicación de la normativa de otro Estado va de la mano con la idea de que no siempre la ley del foro es la que ofrece la respuesta más adecuada al fondo de la pretensión, sobre todo cuando se trata de supuestos con tintes de internacionalidad.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El punto central de estas consideraciones finales no es reiterar los elementos críticos expuestos, sino reconocer algunos puntos esenciales para la instauración de un sistema tanto convencional como autónomo para lograr una mayor protección del menor de edad en los supuestos de tráfico internacional.

Como mencionamos en líneas anteriores, México ha firmado y ratificado una serie de instrumentos convencionales destinados a darle una mayor protección a los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, situación que es penosa por el hecho de que México fue el país anfitrión de la CIDIP V, y éste fue uno de los pocos países que no ratificaron este instrumento. Además, no podemos dejar de lado que la falta de regulación autónoma en la materia y nuestra ubicación geográfica ha favorecido a que seamos un país tanto de origen y tránsito, como de destino de menores víctimas de tráfico.

Es en este contexto en que aprovechamos estas líneas para alentar la ratificación de este instrumento, el cual sería implementado de la siguiente manera: la implementación de esta Convención en su arista civil se haría por medio de la Secretaría de Relaciones Exteriores como *autoridad central*, y pos-

¹⁰ Tellechea Bergman, E., *Derecho internacional privado y derecho procesal internacional*, Montevideo, Ediciones Jurídicas, 1982, p. 199.

teriormente por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF-Nacional). Desde un aspecto penal, la Procuraduría General de la República sería la encargada de la persecución, investigación y sanción del delito. Ahora bien, el gobierno mexicano al ser parte de la Organización Internacional de Policía Criminal, la Oficina Central Nacional Interpol-México¹¹ sería la que intervendría como órgano de investigación para iniciar el proceso de localización del menor.

De lo anterior se desprende la necesidad de que como Estado logremos que nuestras autoridades cooperen entre ellas para prevenir, sancionar o en su caso darle respuesta a esta figura. Debe existir una voluntad real que se centre en atacar las causas y origen de este problema, y no sólo en la persecución y sanción del delito como tal. Es primordial que tengamos una normativa autónoma que contemple el tráfico de menores como un supuesto de hecho que debe ser resuelto una vez que haya sido actualizado.

Si el común denominador de nuestra normativa civil es la ausencia de regulación destinada a regular la competencia judicial civil internacional, así como el derecho aplicable. Es necesario que se incluya en las normas de designación de competencia una fracción que regule la competencia de los tribunales mexicanos ante este supuesto. No es posible que una situación tan alarmante como lo es que el tráfico de menores no esté contemplado y que por lo tanto lo tengamos que encuadrar de manera forzada en alguna de las fracciones del artículo 156 del CPCDF. De ahí que concluyamos que esta figura, si es que podemos decir que está regulada, se regula por defecto.

Por otro lado, en el sector del derecho aplicable presentamos una situación similar a la descrita anteriormente. La actual regulación nos obliga a encajar la figura de tráfico bajo un rubro que ni siquiera refleja la realidad de esta figura, el rubro es “el estado y capacidad de las personas”. Además de que el punto de conexión previsto para determinar la norma material que dará respuesta al fondo de la pretensión, no podría estar más alejado de la realidad que pudiera estar viviendo el menor víctima, pues no podemos considerar que la *lex fori* es la más adecuada para resolver un supuesto internacional. La actual redacción impide que apliquemos la norma de un tercer Estado, aun cuando ésta pudiera ser la más atinada en lo que se refiere al contexto del menor de edad y a la protección de su interés superior.

¹¹ Para difundir la búsqueda o localización de menores de edad existen dos vías: una es la difusión “F” que se encuentra regulada en la normatividad de la Organización Internacional de Policía Criminal y que tiene alcance en 178 países, y las solicitudes hechas por medio de un sistema conocido como X-400.

Por otro lado, es necesaria una reforma penal en lo que se refiere a la tipificación de este delito. Si bien el delito de “tráfico de menores” estaba contemplado bajo un ámbito del fuero común y el 12 de junio de 2000 se publicó un decreto en el cual se federalizaba, aun existe este delito en el fuero común. Lo anterior ocasiona que haya una confusión en lo que se refiere a la aplicación de la norma y por lo tanto en la investigación y sanción del delito. Además de esto tenemos que existe otra regulación, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que también regula este delito. Ahora bien, esta última establece penas específicas para este supuesto cuando es cometido por la delincuencia organizada. Sin embargo, si se llega a actualizar dicho delito no se pueden aplicar las dos normas, pues estaríamos frente a la concurrencia de dos normas incompatibles entre sí de conformidad con el principio de especialidad. De ahí que sólo pudiéramos aplicar la Ley Federal. De lo anterior se desprende que sea necesaria una reforma penal en esta materia, pues es evidente la confusión que ocasiona esta multiplicidad de regulaciones.

CONSTITUCIÓN Y FINANZAS PÚBLICAS, ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EXISTENTE*

Orlando MONTELONGO VALENCIA

SUMARIO: I. *Palabras iniciales*. II. *Actividad Financiera del Estado*. III. *Derecho financiero vs. derecho fiscal*. IV. *Planeación*. V. *Facultades impositivas*. VI. *Deuda pública*. VII. *Presupuesto*. VIII. *Cuenta pública*. IX. *A manera de conclusión*.

I. PALABRAS INICIALES

En la encomienda de realizar un ensayo en honor de la Doctora Sonia Rodríguez traté de buscar dentro de los temas que he venido estudiando cuál sería de importancia para honrar a mi estimada amiga, a quien recordar por siempre. Haciendo un análisis constitucional de las materias que se refieren a las *fianzas públicas* encontramos que existen lagunas, esto es incongruencias, que se deben poner al debate público, y entonces proponer reformas para que tengan un verdadero funcionamiento, tomando en cuenta los nuevos tiempos políticos en los que vivimos. En este sentido, en el presente trabajo en honor a la Doctora Rodríguez se estudiará las *fianzas públicas* desde el punto de vista constitucional en los puntos con problemas aparentes.

II. ACTIVIDAD FINANCIERA DEL ESTADO

Para iniciar este estudio debemos saber que es la *actividad financiera* del Estado. Sabemos que somos parte de un Estado, el Estado mexicano, el cual se compone por población, poder (administración) y territorio.

* Las ideas planteadas en este trabajo fueron presentadas en conferencia realizada en Facultad de Derecho, UNAM, 16 de abril 2011.

- El Estado Mexicano nace en 1821 con el Acta Constitutiva.
- Se fortalece en 1824 con la primera Constitución independiente.
- En este sentido lo mexicanos nos comprometemos a aportar parte de nuestro patrimonio al Estado para que cumpla sus fines.

Para satisfacer sus fines, el *Estado* genera una actividad tendiente a obtener recursos para después gastarlos en estos mismos fines.

Con lo anterior surge la *actividad financiera del Estado*. Se define como “la actividad del Estado consistente en determinar el costo de las necesidades estatales y generales de los habitantes de un país, la determinación de los medios dinerarios para atenderlas y su forma de obtención, la obtención misma de tales medios, su administración y la realización dineraria de aquellas necesidades” (Rossy).

Entenderemos que lo que origina la actividad financiera estatal, es aquello que consiste en determinar el costo de las necesidades estatales para el movimiento de su estructura gubernamental (gastos de administración) y generales de los habitantes de esta sociedad (gastos sociales), todo esto para cumplir con el fin del Estado, que es el bienestar económico, con justicia y libertad.

El Estado para realizar lo anterior necesita de acciones para completar esta actividad, así surge lo que son las fases o *momentos de existencia* de la actividad financiera estatal.

Algunos autores, como Sergio Francisco de la Garza, establecen, por lo regular, que son tres los momentos que conoce la actividad financiera estatal, así tenemos a la obtención *de los ingresos, gestión y manejo de su patrimonio, y por último la función de gastarlos* (erogaciones);¹ considero que la actividad financiera no se limita a estos tres momentos o fases, por lo contrario se pueden duplicar, así tenemos las siguientes:

Determinación de necesidades. Tenemos como primera fase a la *determinación de necesidades*, esto se efectúa mediante un proceso de observación de los problemas existentes en una sociedad, los cuales se plasman en los planes y programas, que el ejecutivo tiene la obligación de realizar a principio de su ejercicio (artículo 26, CPEUM).

Determinación de formas de obtención de recursos. La segunda fase es el acto en que el Estado determina de donde obtendrá los recursos para cubrir las necesidades que ya determino, esto lo realiza con la expedición de leyes que contienen la descripción de que tipos de ingresos tendrá. En esta etapa in-

¹ Garza, Sergio Francisco de la, *Derecho financiero mexicano*, México, Porrúa, 1990, p. 6.

tervienen tanto el poder Ejecutivo como el Legislativo, uno propone y el otro aprueba respectivamente.

Obtención de recursos. Como tercera fase se ubica a la obtención de los recursos, esto es, por ejemplo, el acto de cobro de las contribuciones, que es realizado por el Ejecutivo.

Administración de recursos. En la cuarta fase se administran los recursos obtenidos, a través de la distribución de los mismos a los entes que ejercerán el gasto.

Ejecución. La quinta fase se refiere a la ejecución. Los entes que ejercen el gasto realizan materialmente las erogaciones para cubrir los gastos de su estructura, (por ejemplo: el pago de sueldos a los funcionarios públicos), y tratar de satisfacer las necesidades generales de la población (por ejemplo, programas para combatir la pobreza).

Control. Como sexta fase se tiene al control, esta fase se realiza para evitar irregularidades que pudieren cometerse en el ejercicio de la actividad financiera y en su caso buscar castigos para esos ilícitos.

En este sentido, se puede observar que por su contenido y efectos la *actividad financiera* del Estado² tiene varios *aspectos por los que se puede estudiar*, los cuales son:

Aspecto económico “tiene una dimensión económica, por cuanto que ha de ocuparse de la obtención e inversión de recursos de esta índole, necesarios para el cumplimiento de aquellos fines”.³

Aspecto político. Pugliese atinadamente establece “que la actividad financiera tiene naturaleza política porque político es el sujeto agente, político son los poderes de los que éste aparece investido, políticos son también estos mismos fines, para cuya obtención se desarrolla la actividad financiera”.⁴

Aspecto jurídico. De acuerdo al principio básico de legalidad, toda actividad que realice el Estado debe estar sometida a las normas.

Aspecto sociológico. Se estudian las consecuencias que produce en las personas de la sociedad de un Estado.⁵

Las *finanzas públicas*: estudia la actividad financiera estatal en general.

² Rodríguez Lobato, Raúl, *Derecho fiscal*, 2a. ed., México, Harla, 1986, p. 3.

³ Sainz de Bujanda, Fernando, *Hacienda y derecho I*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 13.

⁴ Citado por Sergio Francisco de la Garza, *op. cit.*, p. 7.

⁵ Los estudiosos de las Finanzas Públicas al proponer fuentes de ingresos para el Estado deben de toma en cuenta la parte histórica.

La rama del derecho que estudia la actividad financiera estatal es el *derecho financiero*.

Una definición completa de este derecho es la que señala Pugliese manifestando que el *derecho financiero* es:

La disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático del conjunto de normas que reglamentan la recaudación, la gestión y la erogación de los medios económicos que necesita el Estado y los otros órganos públicos para el desarrollo de sus actividades, y el estudio de las relaciones jurídicas entre los poderes y los órganos del Estado, entre los contribuyentes y el Estado y entre los mismos Contribuyentes, que se derivan de la aplicación de esas normas.⁶

Respecto a la *denominación*, en lo personal prefiero el nombre de *derecho de las finanzas públicas*, puesto que el nombre derecho financiero, como lo menciona Fernando Hegewisch,⁷ “provoca confusión con la actividad financiera no estatal, es decir en la que el Estado únicamente vigila, regula o interviene a través de los intermediarios estatales, pero que su ejercicio y desarrollo está en poder de los intermediarios”.

Ramas del derecho financiero

El derecho financiero, según Mávalo Sánchez Hernández, se integra por tres grupos de normas:

Derecho fiscal: el cual estudia la obtención de los recursos.

Derecho patrimonial: estudia la administración y fomento de los ingresos obtenidos.

Derecho presupuestario: analiza lo que se refiere a las normas que regulan las erogaciones de los recursos.⁸

Algunos otros autores hablan también que son ramas del derecho las finanzas públicas: el derecho *monetario* y el derecho de *crédito*, el primero referente a la emisión de moneda y el segundo respecto de la deuda pública.

Respecto a la denominación de derecho financiero, en lo personal prefiero el nombre de *derecho de las finanzas públicas*, puesto que el nombre derecho financiero, como lo menciona Fernando Hegewisch,

⁶ Pugliese, Mario, *Instituciones de derecho financiero*, 2a. ed., México, Porrúa, 1976, p. 154.

⁷ Hegewisch Díaz Infante, F., *Derecho financiero mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 2.

⁸ Sánchez Hernández, Mávalo, *Derecho tributario*, 2a. ed., México, Cárdenas Editor, 1999, p. 21.

...provoca confusión con la actividad financiera no estatal, es decir en la que el Estado únicamente vigila, regula o interviene a través de los intermediarios estatales, pero que su ejercicio y desarrollo esta en poder de los intermediarios; Al generar confusión la denominación aludida deja de ser en rigor un concepto, desde el punto de vista científico.⁹

III. DERECHO FINANCIERO *vs.* DERECHO FISCAL

¿Por qué no se estudia al derecho financiero y si al derecho fiscal? Lo que he observado es que ha existido una falta de orden, en lo referente al estudio jurídico de las finanzas públicas en las facultades de derecho en nuestro país, es decir, no significa que no haya habido estudios al respecto, lo que sucede es que los grandes doctrinarios mexicanos se han concretado al análisis sólo de una parte del derecho financiero, esto es, a la recaudación de los ingresos (esto es al derecho fiscal) sin estudiar su complemento que son los gastos.

Respecto a la parte el gasto que comentamos, podemos decir que el proceso del presupuesto en México fue ignorado durante muchas décadas tanto por los estudios del derecho como por los propios actores políticos.¹⁰ Este abandono se debió a:

- a) El monopolio del Congreso por parte del partido del presidente.
- b) Considerarla una disciplina absoluta y lealtad a la línea dictada por el Ejecutivo.

Los cambios en la composición del Congreso que concluyeron con la aparición del primer gobierno sin mayoría en 1997, pusieron en manifiesto las deficiencias del marco normativo que regula la negociación y aprobación presupuestal en México y la urgente necesidad de reformarlo.

En estas circunstancias es necesario reformular el estudio de las finanzas públicas en la facultades de derecho, establecer un curso completo de derecho financiero (o de derecho de las finanzas públicas como le queremos decir),¹¹ antes de estudiar al derecho fiscal en particular.

⁹ Hegewisch Díaz Infante, F., *Derecho financiero mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 2.

¹⁰ Cfr. Casar Pérez, María Amparo, "El proceso de negociación presupuestal en el primer gobierno sin mayoría: un estudio de caso, CIDE", en Guerrero Amparán, Juan Pablo (coord.), *Impuestos y gasto público en México desde una perspectiva multidisciplinaria*, México, Miguel Ángel Porrúa.

¹¹ Don Gabino Fraga también opina al respecto.

IV. PLANEACIÓN

El artículo 3o., Ley de Planeación (LP), establece la definición de Planeación Nacional del Desarrollo. Se entiende como la ordenación racional y sistemática de acciones que, sobre la base del ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política y cultural, tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas, principios y objetivos que la propia Constitución y la ley establecen.

El fundamento constitucional en México para la Planeación es el artículo 26. Establece que el Estado organizará un Sistema de Planeación Democrática del Desarrollo Nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación. En estas líneas se observa la pretensión constitucional de organizar todo un sistema que comprenda a todos los niveles de gobierno así como los sectores de toda la sociedad, aquí también se nos plantea el hecho de que la planeación debe de ser democrática. Gerardo Gil Valdivia, al analizar esta circunstancia, argumenta que se ha interpretado en el sentido de establecer canales de participación en la toma de decisiones por parte de la autoridad, y no limitar dicha participación a través de los mecanismos políticos institucionales. Prosigue y menciona que uno de los principales peligros de la planeación consiste en el autoritarismo de la burocracia, por lo que el postulado de que la planeación debe ser democrática se debe de instrumentar para no caer, nuevamente, en un principio puramente declarativo.¹²

El segundo párrafo establece que los fines del proyecto nacional contenidos en la Constitución determinaran los objetivos de la planeación. La planeación será democrática. Mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetaran obligatoriamente los programas de la administración pública federal, este párrafo insiste en el carácter democrático de la planeación.

El tercer párrafo describe que la ley facultara al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el Sistema Nacional de Planeación Democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarro-

¹² Gil Valdivia, Gerardo, *Aspectos jurídicos del financiamiento público*, México, Porrúa-UNAM, 1989, p. 31.

llo. Asimismo determinara los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución.

El último párrafo señala que en el Sistema de Planeación Democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley

El artículo 5o. establece que el presidente de la República remitirá el plan al Congreso de la Unión para su examen y opinión... el Poder Legislativo formulará, asimismo, las observaciones que estime pertinentes durante la ejecución, revisión y adecuaciones del propio plan. Lo que podemos observar de este artículo es el hecho de que la Planeación en México es un proceso que se origina y culmina solo en el Poder Ejecutivo, porque el hablar de observaciones no es sinónimo de cumplir lo que se indica, por lo tanto aquí considero que debe existir una reforma legal, en la que el Congreso de la Unión tenga una verdadera participación.

Sobre lo anterior existen algunas posturas que señalan que el Plan Nacional de Desarrollo sea evaluado y aprobado por el Congreso de la Unión; es el caso del Partido de la Revolución Democrática.¹³

Se debe realizar una reforma Constitucional, en la que el Congreso de la Unión tenga una verdadera participación.

V. FACULTADES IMPOSITIVAS

El artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece las obligaciones de los mexicanos para contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del estado y municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Del artículo anterior se observa que las entidades públicas en nuestro sistema fiscal se compone de 3 niveles: la *Federación*, *entidades federativas* en las que encontramos al Distrito Federal y a los estados y por último al *municipio*.

Lamentablemente la Suprema Corte ha dicho lo siguiente:

Una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales que se refieren a materia impositiva se determina que:

No existe una delimitación radical entre la competencia federal y la estatal, sino que es un sistema complejo.

En donde las reglas principales son las siguientes:

¹³ Véase 30 de mayo de 2001 (Notimex).

- a) Concurrencia contributiva de la Federación y los Estados en la mayoría de las fuentes de ingresos (artículos 73, fracción VII, y 124);
- b) Limitación a la facultad impositiva de los Estados mediante la reserva expresa y concreta de determinada materia a la Federación (artículo 73, fracción XXIX) y
- c) Restricciones expresas a la potestad tributaria de los Estados (artículos 117, fracciones IV, V, VI, y VII, y 118).

La solución a este problema se ha realizado a través de una ley secundaria: Ley de Coordinación Fiscal.

Por lo que se deben establecer mecanismos constitucionales en los que se diga cuales son las facultades impositivas de cada nivel de gobierno.

VI. DEUDA PÚBLICA

Es el artículo 73, fracción VIII, el que nos da los lineamientos de lo que es la deuda pública, al indicar:

VIII...

- A) Para dar bases sobre las cuales el ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación,
- B) Aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional...
- C) Aprobar anualmente los montos de endeudamiento que deberán incluirse en la ley de ingresos, *que en su caso requiera el Gobierno del Distrito Federal* y las entidades de su sector público, conforme a las bases de la ley correspondiente.

Lo anterior implica que el gobierno del Distrito Federal, tenga que solicitar autorización al Congreso de la Unión sobre su deuda.

En estos nuevos tiempos políticos en los que el gobierno del Distrito Federal ya tiene representación propia, se debe dejar que utilice su facultad de endeudamiento como la tienen los demás estados, y no tener que pedir permiso al Congreso.

VII. PRESUPUESTO

1. *Presupuesto*

El presupuesto es la estimación financiera anticipada, generalmente anual, de los egresos e ingresos del sector público federal, necesarios para cumplir con las metas de los programas establecidos.

Mientras que en la mayoría de los países los ingresos y los gastos están en un sólo documento en México se presentan en dos documentos:

Ley de Ingresos de la Federación y Decreto de Presupuesto de Egresos.

Sus procesos de creación son diferentes:

Mientras que la ley de ingresos sigue el proceso legislativo normal, salvo que la cámara de origen siempre será la de los Diputados (artículo 72, inciso H).

El presupuesto se inicia y termina sólo en la Cámara de Diputados.

Los senadores reclaman, “si aprobamos los ingresos por que no aprobamos los gastos”.

Hay que tomar en cuenta que ésta fue una decisión política, y no, una novedosa técnica legislativa, al restablecerse el Senado en 1874.

2. *Plazo de presentación y aprobación*

El Ejecutivo Federal deberá hacer llegar el proyecto de presupuesto, a más tardar el día 8 del mes de septiembre y deberá aprobarse a más tardar el 15 de noviembre, evidentemente existe la necesidad de incrementarlo, porque dos meses y medio no son suficientes para un buen estudio de éste.

En Estados Unidos de América su presidente prepara el presupuesto y lo presenta al Congreso en enero de cada año, este presupuesto cubre el año fiscal venidero, que va desde el 1o. de octubre hasta el 30 de septiembre.

Como se puede observar en este país se tiene un poco más de 9 meses para la discusión y aprobación en el Congreso, a diferencia de nuestro país que reiteramos solo es alrededor de 2 meses y medio. Es importante que se ampliara.

3. *El derecho de “veto” sobre el presupuesto*

Durante mucho tiempo la doctrina¹⁴ interpretaba que el presidente no tenía derecho de veto; sin embargo, se presentó la Controversia Constitucional 109/2004, en la cual la Suprema Corte manifestó que el presidente si lo tiene.

Al respecto es útil analizar la Controversia Constitucional 109/2004, interpuesta por el presidente Vicente Fox en contra de la Cámara de Diputados.

¹⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 21a. ed., México, Porrúa, 1985.

Antecedentes

- 1) El 8 de septiembre de 2004, dentro del plazo que establece el artículo 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Diputados el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2005.
- 2) El 18 de noviembre de 2004, el Pleno de la Cámara de Diputados aprobó el Decreto PEF 2005, incluyendo en el mismo según el Ejecutivo serias injerencias a las atribuciones del Poder Ejecutivo de la Unión.
- 3) El 22 de noviembre de 2004 la Cámara de Diputados, mediante oficio número DGPL 59-II-5-724, del 15 de noviembre de 2004, suscrito por los secretarios de la Mesa Directiva, diputados Graciela Larios Rivas y Marcos Morales Torres, envió al Ejecutivo Federal el Decreto PEF 2005.
- 4) Tomando en consideración las serias violaciones a nuestra carta magna inmersas en el Decreto PEF 2005, el día 30 de noviembre de 2004, el Ejecutivo Federal, en estricto ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, devolvió a la Cámara de Diputados el Decreto PEF 2005, con las observaciones que conforme a derecho corresponden.
- 5) El 14 de diciembre de 2004, respecto a las observaciones remitidas por el Poder Ejecutivo de la Unión, el Pleno de la Cámara de Diputados acordó, mediante el voto favorable de trescientos treinta y dos de sus diputados, lo siguiente:

Primero. No es de admitirse con el carácter de observaciones para trámite en la Cámara de Diputados, el documento enviado por el Presidente de la República a esta Soberanía, mediante oficio No. SEL/300/4599/04, suscrito por el Lic. M. Humberto Aguilar Coronado, Subsecretario de Enlace Legislativo de la Secretaría de Gobernación y fechado el 30 de noviembre de 2004, en relación con el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2005.

Segundo. Devuélvase al Ejecutivo el original del documento suscrito por el Presidente Vicente Fox Quezada en relación con el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2005, que fue remitido a la Cámara de Diputados el 30 de noviembre de este año.

Tercero. Devuélvase al Ejecutivo el original del Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2005, con las firmas autógrafas de los Diputados Manlio Fabio Beltrones Rivera y Marcos Morales

Torres, Presidente y Secretario, respectivamente, de la Mesa Directiva, para que proceda a su publicación. Cuarto. Comuníquese al Ejecutivo para los efectos constitucionales.

- 6) El 15 de diciembre de 2004, mediante oficio número DGPL 59-II-0-1276, del 14 de diciembre de 2004, la Cámara de Diputados, por conducto de los ciudadanos MANLIO FABIO BELTRONES Y MARCOS MORALES TORRES, en su carácter de diputado presidente y diputado secretario, respectivamente, informó al Poder Ejecutivo de la Unión el acuerdo tomado por esa Cámara, obviamente sin haber analizado las observaciones remitidas, sin haber efectuado los cambios que conforme a derecho son procedentes respecto al Decreto PEF 2005 y sin haber superado, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de la Cámara de Diputados, las observaciones formuladas, todo ello en clara y flagrante contravención a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 7) Con motivo de lo anterior, aun y cuando inconstitucionalmente la Cámara de Diputados se negó a analizar las observaciones realizadas por el Ejecutivo Federal e incluso no contó con los votos necesarios para superar dichas observaciones, en estricto cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, y en especial de la contemplada en el artículo 87 de nuestra carta magna, el Ejecutivo Federal publicó el pasado 20 de diciembre de 2004, en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto PEF 2005 enviado por la Cámara de Diputados, sin que ello implique consentimiento alguno de los actos que aquí se impugnan.

La litis fue la siguiente:

- A) Si el presidente de la República, en su carácter de titular del Poder Ejecutivo, se encuentra o no facultado constitucionalmente para realizar observaciones al Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación aprobado por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- B) Si la facultad otorgada a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en términos del artículo 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para modificar el Proyecto de Presupuesto de Egresos que le envía el Ejecutivo Federal, encuentra alguna limitación constitucional, o bien, si es absoluta.
- C) Si las modificaciones realizadas por la Cámara de Diputados al Proyecto de Presupuesto de Egresos, para el ejercicio fiscal de 2005,

transgreden o no los principios de división de poderes y supremacía constitucional, instituidos en los artículos 49, 74, fracción IV, 89, fracción I, 90 y 133 de la Constitución federal.

En este sentido la Corte resolvió lo siguiente:

Primero. Es procedente y fundada la controversia constitucional.

Segundo. Se declara la invalidez del acuerdo del 14 de diciembre de dos mil cuatro reclamado, así como la nulidad parcial del presupuesto de egresos de la federación para el año de 2005, para los efectos que se precisan en el penúltimo considerando de esta resolución.

Tercero. Han quedado sin materia las objeciones de fondo hechas valer en contra del indicado presupuesto.

4. El problema de la no aprobación del presupuesto

En materia constitucional según el artículo 74, fracción IV, establece como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados el “Aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, previo examen, discusión y, en su caso, modificación del Proyecto enviado por el Ejecutivo Federal, una vez aprobadas las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo....”, aquí se destaca la anualidad de este ordenamiento.

Por otro lado, el artículo 126 dice “No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado por ley posterior”.

El artículo 31 establece como obligación de los mexicanos en su fracción IV. “Contribuir para los gastos públicos,... de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”.

De los ordenamientos anteriores se desprende que el presupuesto de egresos tiene vigencia de un año, además el artículo 126 nos explica que el Ejecutivo no puede hacer ningún gasto que no se establezca en dicho presupuesto.

Aquí se plantea el problema, si conocemos que como mexicanos sólo tenemos la obligación de contribuir con impuestos establecidos en las leyes (ley de ingresos), y el Ejecutivo sólo puede hacer gastos que le son permitidos en el presupuesto de egresos, y que dicho presupuesto, deben ser aprobado cada año, la pregunta sería *¿qué pasa si el Presupuesto de Egresos no es aprobado al 1o. de enero de cada año?* Haciendo una búsqueda en nuestra Constitución, sobre la posible respuesta a nuestro problema, claramente no encontramos nada al respecto, es por eso que recurriremos a la doctrina.

Del presupuesto de egresos, dice de la Garza, que “ni la Constitución Federal ni la Ley del Presupuesto prevén el caso de que no esté aprobado el mismo para el 1o. del año por la Cámara de Diputados”, añadiendo que “a falta de disposiciones Constitucionales y legales al respecto, debemos concluir que a falta de Presupuesto de Egresos aprobado oportunamente por el Poder Legislativo, el Ejecutivo no puede realizar ningún desembolso, salvo el que quedare amparado por el artículo 75 constitucional, sin riesgo de incurrir en responsabilidad”.

Respecto a este tema podemos concluir que ni la Constitución ni la doctrina nos dan una respuesta clara y concreta para resolver nuestro problema, sólo nos queda la respuesta por nuestra parte. Interpretando todo lo analizado, podemos manifestar que si el Presupuesto de Egresos no es aprobado al 1o. de enero de cada año, el Ejecutivo, no podrá gastar ni un peso, por lo tanto como dice de la Garza, “debe deplorarse la existencia de esta laguna en nuestra legislación constitucional”, esto quiere decir que esta contrariedad, profunda de nuestras normas, debe solucionarse para evitar futuros problemas a nuestra sociedad.

En el derecho comparado existen principalmente tres mecanismos de solución: la prórroga del presupuesto del ejercicio anterior, sistema denominado de la reconducción del presupuesto, o procedimientos alternativos, como la concesión de créditos provisionales y la positiva ficta. Los estudiaremos ahora:

Reconducción presupuestal.

Consiste en que llegado el inicio del ejercicio fiscal, sino se aprueba, se prorroga el que estuvo vigente en el año anterior. La encontramos en España, en el artículo 134, de su Constitución al señalar que: “Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos”.¹⁵ Esta figura sería atractiva, considero, si le agregamos una correspondiente actualización.

Créditos provisionales.

Este mecanismo consiste en el otorgamiento de partidas especiales en tanto se aprueba el presupuesto general. Es utilizado en Gran Bretaña y Bélgica.

¹⁵ http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_7.htm, agosto de 2003.

*Positiva ficta.*¹⁶

Consiste en que si el presupuesto no es aprobado en los plazos que contempla la Constitución, automáticamente se entiende aprobado el enviado por el Ejecutivo. Lo encontramos en la Constitución de Colombia al mencionar en el artículo 348:

Si el Congreso no expidiere el presupuesto, regirá el presentado por el Gobierno dentro de los términos del artículo precedente;...

Artículo 349. Durante los tres primeros meses de cada legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la Ley Orgánica, el Congreso discutirá y expedirá el Presupuesto General de Rentas y Ley de apropiaciones.¹⁷

Como se observa, si el Congreso no aprueba en una fecha determinada la iniciativa del presidente, regirá esta misma.

En lo personal me inclino por la reconducción presupuestal, pero si le agregamos una correspondiente actualización, como ya se comentó.

VIII. CUENTA PÚBLICA

1. *Nombre del ente encargado de revisarla*

Según el artículo 74, fracción VI, constitucional, es facultad de la Cámara de Diputados

Revisar la Cuenta Pública del año anterior, con el objeto de evaluar los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el Presupuesto y verificar el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas.

La revisión de la Cuenta Pública la realizará la Cámara de Diputados a través de la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación.

Según artículo 2o. de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, se entenderá por: “Auditoría Superior de la Federación: la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación”. Por lo que nos surge confusión en el nombre, aquí sería necesario recomendar a nuestros legisladores que sean más congruentes con las leyes que establecen.

¹⁶ Le denominamos de esta forma porque no encontramos un nombre preciso en la doctrina.

¹⁷ Véase <http://www.georgetown.edu/LatAmerPolitical/Constitutions/Colombia/colombia.html>, agosto de 2003.

2. Plazos de presentación y resultados

El mismo artículo 74, fracción VI, establece que la *cuenta pública* del ejercicio fiscal correspondiente deberá ser presentada a la Cámara de Diputados a más tardar el 30 de abril del año siguiente... (dentro de los diez primeros días del mes de junio, anterior a la reforma).

Artículo 79, fracción II, establece la obligación de entregar el informe del resultado de la revisión de la Cuenta Pública a la Cámara de Diputados a más tardar el 20 de febrero del año siguiente al de su presentación... (31 de marzo, anterior a la reforma).

Cuenta Pública del 2013:

Fecha de entrega: 30 de abril de 2014, fFecha de informe de resultados de la revisión: 20 de febrero de 2015.

En mi opinión deben reducirse más.

3. Aprobación de la cuenta pública

Artículo 79, fracción VI, constitucional. Revisar la Cuenta Pública del año anterior... y aprobarla...

¿Qué pasa si el pleno de la Cámara no aprueba la cuenta pública? Absolutamente nada, es el caso de algunos ejercicios de los presidentes Fox y Calderón. Por lo que se deben establecer mecanismos de sanciones más efectivas.

IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. Se debe incorporar al plan de estudios de las licenciaturas en derecho la asignatura *Derecho de las finanzas públicas* como una materia obligatoria que se imparta antes del derecho fiscal.

2. *Respecto a la planeación* se debe realizar una reforma constitucional, en la que el Congreso de la Unión tenga una verdadera participación.

3. Se deben establecer mecanismos constitucionales en los que se diga cuales son las facultades impositivas de cada nivel de gobierno.

4. En estos nuevos tiempos políticos en los que gobierno del Distrito Federal ya tiene representación propia, se debe dejar que utilice su facultad de endeudamiento como la tienen los demás estados, y no tener que pedir permiso al Congreso.

5. Se debe estudiar la intervención del Senado en la aprobación de presupuesto; se deben de ampliar los plazos de aprobación porque los que es-

tán ahora son muy cortos; se debe fundamentar las observaciones del presidente y establecer una solución a la no aprobación del presupuesto.

6. Establecer el nombre Auditoría Superior de la Federación en la Constitución y quitar el de Entidad de Fiscalización Superior de la Federación, si sigue esta discordancia se seguirá teniendo confusión en el nombre. Asimismo, en mi opinión deben reducirse más los plazos de presentación y de entrega de resultados de la cuenta pública, y establecer mecanismos de sanciones más efectivas en el caso *que el Pleno de la Cámara no aprueba la dicha cuenta pública*.

Espero que este estudio sirva como inicio del debate público, en que se analice las posibles reformas a nuestra Constitución.

CAPÍTULO XV
MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR):
UNA VISIÓN GENERAL A MÁS DE DOS DÉCADAS DE SU FIRMA

Arturo OROPEZA GARCÍA*

Con mi mayor afecto y aprecio para nuestra querida doctora Sonia Rodríguez, a quien una muerte enamorada nos privó de su valiosa compañía

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Marco de referencia.* III. *El Tratado de Asunción (TA).* IV. *El Protocolo de Brasilia.* V. *El Protocolo de Ouro Preto.* VI. *Protocolo de Olivos.* VII. *Marco económico del Mercosur.* VIII. *La relación México-Mercosur.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El Mercado Común del Sur (Mercosur) es una estrategia regional de integración que desde 1991 ha cubierto un espacio relevante en la vida económico-política de América del Sur. Su importancia en el tiempo ha sido sustentada en primer lugar por la participación de Brasil, que al igual que dos décadas atrás, sigue siendo la nación dominante, el elemento de aglutinación de los diferentes países que hoy se integran al Mercosur de pleno derecho como Argentina, Uruguay, Paraguay y de manera reciente Venezuela. Sin embargo, a lo largo de estos más de veinte años su vida institucional no ha sido fácil, por el contrario, ha estado llena de retos que los países que lo integran han tenido que sortear para seguir avanzando en el largo camino

* Doctor en derecho e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Árbitro No-Nacional por parte de Brasil dentro del mecanismo de solución de controversias del Mercosur. Autor de diversas obras sobre derecho económico e integración económica.

de la integración; el cual a pesar de la lógica de su planteamiento, no resulta fácil para ningún país del mundo.

La sociedad global donde se construyó el Mercosur no existe más. En este breve pero intenso tiempo transcurrido, un mundo dominado por el motor de la tecnología y la globalización, ha generado la caída y el surgimiento de viejos y nuevos actores económicos, de igual modo que ha transformado los flujos del comercio mundial.

Occidente ha palidecido económicamente frente al gran milagro de Asia del Este y de China a través de su “socialismo de mercado”, en estas tres últimas décadas han consolidado su papel de potencias económicas y de manera especial su relevancia en materia de exportaciones e importaciones globales, lo cual ha jugado un papel preponderante para los países de América Latina en general y para el Mercosur de manera especial.

En el marco de estas tendencias generales, dar una mirada a la evolución que ha seguido el Mercosur en estas más de dos décadas de vida resulta un ejercicio obligado, dado el peso económico del bloque comercial en conjunto, pero también por la relevancia de cada uno de sus países integrantes. En tal virtud, el presente trabajo tiene como intención realizar un breve análisis de la trayectoria del Mercosur en estos 22 años de vida, para lo cual se llevara a cabo una retrospectiva del esquema de integración a través de sus principales etapas; incluyendo el avance logrado en materia de solución de controversias, para pasar después al análisis de sus principales referencias económicas y comerciales.

II. MARCO DE REFERENCIA

El Mercosur es el resultado de la conciliación de las diferencias políticas e históricas de dos de sus principales integrantes que son Brasil y Argentina. Sin embargo, la idea de una comunidad unida, de crear acuerdos sólidos entre los intereses comunes de Argentina y Brasil se tuvo desde siempre, pero por muy diversas circunstancias jamás se concretó. No obstante, para 1985 ambos gobiernos, teniendo como característica que eran los primeros electos libremente después de largos periodos de dictadura, enfrentaban la necesidad de reorientar y reestructurar sus economías. El enorme peso de la deuda externa contraída en los años anteriores, la falta de nuevos créditos, la necesidad de hacer grandes inversiones para modernizarse y para competir en el mundo, llevó a ambos gobiernos a comprender que el proceso de reconversión y expansión tendría más ventajas si era encarado en forma conjunta. En ese contexto, para fines de 1985 los presidentes Raúl Alfonsín

de Argentina y José Sarney de Brasil ratificaron la voluntad de enfrentar el futuro de manera integrada, creando con ello el marco político para que se exploraran relaciones de complementación entre sus gobiernos.

Bajo este impulso, Argentina desarrolló su idea de una “asociación preferente” con el país carioca y en febrero de 1986 invitó a representantes de esa nación a una reunión privada, sin compromisos, para discutir las características de la misma, la cual se tradujo en dos días de discusiones en un clima de exploración e intercambio de ideas. Semanas después fue Brasil quien invitó a una reunión de similares características, dando su respuesta favorable a la idea argentina, por lo que comenzaron a diseñarse las principales características del acuerdo. Una idea central que fluyó desde el principio fue que la posible integración debía servir no para encerrarse en sí mismos, sino que el esquema debía ser visto como el camino más apropiado para motivar la inserción de otros socios en el contexto regional. Desde luego la idea de un acuerdo económico y político de esta naturaleza creaba escepticismo porque la experiencia de los países comprometidos, al igual que la de otras naciones de América Latina, provenía de una serie de acuerdos no exitosos o de resultados limitados como fueron la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC, 1960) y su sucesora, aún vigente, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI, 1980). De igual modo, porque en 1985, salvo la experiencia de la entonces Comunidad Económica Europea, no había otros casos de éxito en temas de integración de economías desarrolladas o de desarrollo intermedio. En 1986 no existía el acuerdo entre Estados Unidos y Canadá, menos aún por supuesto el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre México, Estados Unidos y Canadá. En Asia Pacífico la integración conocida como la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) apenas daba sus primeros pasos.

La declaración de Foz de Iguazú firmada en noviembre de 1985¹ por los presidentes Alfonsín de Argentina y Sarney de Brasil, comprometió a ambos gobiernos a superar la desconfianza y rivalidad que caracterizó su relación política durante los siglos XIX y XX, comprometiéndolos también para que a mediados de 1986 cada uno de los países presentara un informe con las prioridades para la cooperación mutua. Respecto a este llamado, las expectativas fueron superadas, porque en lugar de un informe, lo que los negociadores presentaron fue un verdadero esquema de integración que el 29 de julio de 1986 dio base para que se firmara en Bueno Aires el Acta pa-

¹ A partir de esta Declaración fue creada una Comisión Mixta de alto nivel para la integración y cooperación económica a nivel bilateral, contando ésta con subcomisiones de energía, transporte, comunicaciones, ciencia y tecnología.

ra la Integración Argentino-Brasileña conocida como “Acta de Buenos Aires”, en la cual los presidentes de ambos gobiernos decidieron establecer el Programa de Integración y Cooperación Económica (PICE)² entre la República Argentina y la República Federal de Brasil. Conforme a este espíritu de asociación, el 10 de diciembre de 1986 se firmó ‘El Acta de la Amistad Argentino-Brasileña, Democracia, Paz y Desarrollo’, en la que se volvió a manifestar la voluntad de ambas partes de lograr el éxito del programa de Integración y Cooperación Económica a través de un esquema de carácter gradual, flexible y equilibrado entre los dos países, y el 29 de noviembre de 1988 se firmó en Buenos Aires el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo en virtud del cual ratificaron el deseo de construir un espacio económico común en un plazo de diez años, a través de la liberación comercial. El tratado consignó, entre otras medidas, la eliminación de todos los obstáculos tarifarios y no tarifarios al comercio de bienes y servicios, así como la armonización de políticas macroeconómicas. Para conseguir los objetivos planteados se acordó el establecimiento de una *zona de libre comercio* en un plazo de diez años y en una segunda etapa el establecimiento de un *mercado común* a través de la armonización de políticas aduaneras, comerciales y sectoriales.

Con las modificaciones introducidas en los programas económicos de los gobiernos de Brasil y Argentina y la adopción de nuevos criterios de modernización y competitividad, el 6 de julio de 1990 los presidentes Carlos Menem de Argentina y Fernando Collor de Mello de Brasil, firmaron el “Acta de Buenos Aires”, por medio de la cual se aceleraron los plazos a fin de poner en marcha el *mercado común* el 1o. de enero de 1995. En agosto de 1990 Paraguay y Uruguay solicitaron unirse al proceso de integración, por lo que el 26 de marzo de 1991 los presidentes de Argentina (Carlos Saúl Menem), Brasil (Fernando Collor de Mello), Uruguay (Luis Alberto Lacalle Herrera) y Paraguay (Andrés Rodríguez), así como los ministros de Relaciones Exteriores de los respectivos países, firmaron en Asunción, Paraguay, el Tratado de Asunción (TA) que se convertiría en el documento fundacional del Mercado Común del Sur (Mercosur). En ese sentido los acuerdos de Argentina-Brasil (que juntos han representado el 95% promedio de la influencia económica dentro de lo que hoy es el Mercosur) fueron los pioneros de un nuevo esquema de integración que durante los últimos 22 años, desde la fecha de su fundación, ha venido jugando un papel relevante en Sudamérica.

² El objetivo del PICE era el de propiciar un espacio económico común, con la apertura selectiva de los respectivos mercados y el estímulo a la complementación progresiva de los sectores empresariales de cada Estado a las nuevas condiciones de competitividad.

Es importante señalar que el Tratado de Asunción (TA)³ no creó un *mercado común*, sino que definió el objetivo de hacerlo, estableciendo plazos, mecanismos e instrumentos tendientes a su conformación, por lo que se firmó con carácter transitorio⁴. En tal virtud, desde el TA se creó una polémica respecto a su naturaleza fundacional y su estructura institucional,⁵ debatién-

³ El Tratado de Asunción (TA), del 26/03/91, tiene los siguientes objetivos y características principales: Se trata de un acuerdo marco que establece mecanismos destinados a la formación de una zona de libre comercio y de una Unión Aduanera en la subregión. El TA tiene como objetivo crear medios para ampliar las actuales dimensiones de los mercados nacionales, condición fundamental para acelerar el proceso de desarrollo económico con justicia social. En los términos del preámbulo del TA, ese objetivo debe ser alcanzado, entre otros medios, mediante el aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente y el mejoramiento de las intercomunicaciones físicas.

⁴ Artículos 9o.-17 del Tratado de Asunción. La organización del Mercosur, prevista en el *Tratado de Asunción*, se fundamentó en una concepción pragmática evitando crear órganos comunitarios en el período de transición, previo a la constitución de las entidades intergubernamentales, cuyas decisiones serían tomadas por consenso en reuniones periódicas entre autoridades homólogas de los Países miembros. De acuerdo con el Tratado de Asunción, el órgano superior del Mercosur es el Consejo del Mercado Común, compuesto por Cancilleres y Ministros de economía de los cuatro países fundadores. El órgano ejecutivo, a su vez, es el Grupo Mercado Común, compuesto por cuatro miembros titulares y cuatro substitutes. Además de esos, fueron creados los órganos técnicos, que son los 11 Subgrupos de Trabajo: SGT-1: Asuntos Comerciales; SGT-2: Asuntos Aduaneros; SGT-3: Normas Técnicas; SGT-4: Políticas Fiscales y Monetarias Relacionadas con el Comercio; SGT-5: Transporte Terrestre; SGT-6: Transporte Marítimo; SGT-7: Política Industrial y Tecnológica; SGT-8: Política Agrícola; SGT-9: Política Energética; SGT-10: Coordinación de Políticas Macroeconómicas; SGT-11: Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social. Cabe resaltar que en esos órganos técnicos, durante el periodo de transición, fue creciente la participación del sector privado, resultado del gran interés del empresariado, de los sindicatos y de los demás segmentos de la sociedad en el proceso de constitución del Mercosur. Además de los encuentros en el ámbito de esos órganos, la estructura institucional del Mercosur incluye, las Reuniones de Ministros de Educación y de Trabajo y las Reuniones Especializadas de Turismo, Ciencia y Tecnología, Medio Ambiente y Cultura. Fue colocada en funcionamiento, también, la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, compuesta por sesenta y cuatro parlamentarios (dieciséis de cada Estado Parte), que acompañó los trabajos desarrollados en el ámbito del proceso de integración. Esa comisión no tuvo como atribución la aprobación de la legislación comunitaria, a la vez que el Mercosur no admitió durante el período de transición el llamado efecto de aplicación directa. El significativo avance institucional del MERCOSUR puede ser constatado por el amplio Cronograma de Las Leñas, que reúne las fechas límite para la ejecución de las tareas necesarias para la integración.

⁵ Artículo 1o. La estructura institucional del Mercosur contará con los siguientes órganos:

- I. El Consejo del Mercado Común (CMC);
- II. El Grupo Mercado Común (GMC);
- III. La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM);
- IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC);
- V. El Foro Consultivo Económico-Social (FCES);

dose por los expertos de la época si se mantenía el texto contenido en el TA o se negociaba uno nuevo; predominando el criterio que estimó que el Tratado de Asunción debía mantenerse como tratado fundacional, y celebrarse un protocolo adicional (Protocolo de Ouro Preto)⁶ respecto a los temas no tratados en su cuerpo jurídico.

Junto con la ampliación del tratado se acortaron los plazos de integración hacia el interior, reduciendo el grueso de los impuestos al comercio entre los países al 0% en cuatro años, con una rebaja gradual y un cronograma automático. La reducción de aranceles pasó así a tener más peso que la combinación de políticas de tipo sectorial.

A la fecha puede señalarse que el Mercado Común del Sur es un proyecto de integración económica; un acuerdo subregional de integración de carácter intergubernamental, celebrado en el marco de la ALADI, tendiente a la configuración de un mercado común, cuyo objetivo se contiene en el artículo 1o. del Tratado de Asunción que establece

Los Estados Parte deciden constituir un Mercado Común que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará Mercado Común del Sur (Mercosur). Especifica también que el mercado implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, el establecimiento de un Arancel Externo Común, coordinación de políticas macroeconómicas en diversos sectores entre los que destaca el fiscal puesto que los Estados se comprometen a armonizar sus legislaciones.⁷

A más de 20 años de su fundación el proyecto no ha podido consolidarse como un mercado común y se le puede seguir considerando como una *unión aduanera imperfecta*, que permite el libre acceso de casi la totalidad de los productos con un arancel externo común. No obstante lo anterior, las aspira-

VI. La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM).

VII. Tribunal permanente de revisión (TPR).

VIII. Tribunal Administrativo Laboral del Mercosur (TAL).

IX. Centro Mercosur de Promoción de Estados de Derecho (CMPED).

Parágrafo único - Podrán ser creados, en los términos del presente Protocolo, los órganos auxiliares que fueren necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración.

Artículo 1o. del Protocolo de Ouro Preto, instrumento jurídico internacional que define la estructura del Mercosur, y que redefine lo planteado por su anterior Tratado de Asunción. En los artículos siguientes del *Protocolo de Ouro Preto* se les fijan sus competencias y atribuciones a los órganos enunciados en el artículo 1o.

⁶ El protocolo adicional celebrado en virtud del Tratado de Asunción, y que fija la estructura institucional del Mercosur es el denominado Protocolo de Ouro Preto.

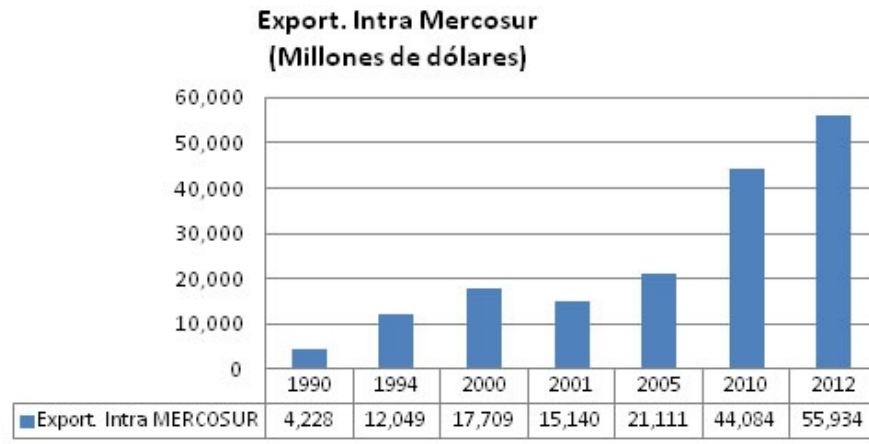
⁷ Artículo 1o. del Tratado de Asunción de 1991.

ciones del Mercosur intentan ir más allá de una zona de libre comercio y de un esquema de rebajas arancelarias, a través de un mercado que dé sentido de futuro a sus integrantes. De esta manera el Mercosur se entiende también como un esquema de integración que persiste en conformar una unidad que satisfaga los intereses y aspiraciones de sus socios y los haga destacar como una sociedad integrada dentro del contexto internacional. Sin embargo, a pesar de sus aspiraciones y de ese carácter conciliador en lo político y en lo social, y de las ventajas que pudieran reportar una mayor identidad y cercanía entre los dos principales socios del Mercosur, en la actualidad aún se habla de un *mercado común en construcción* dado que están ausentes libertades esenciales⁸ que son imprescindibles para ascender a una etapa mayor del proceso de integración. A esto debe agregarse el inconveniente que significa carecer de una normativa jurídica e institucional a la que se le atribuya la categoría de supranacional,⁹ pues en la actualidad la normatividad en el Mercosur se rige meramente por disposiciones del derecho internacional público y no del derecho comunitario.

Cuando el proyecto se comenzó a fraguar en el año de 1986, el comercio entre los países socios era menor a los 2.000 millones de dólares; a fines de 1994 (ocho años y medio después) el comercio era ya de casi 12.000 millones de dólares; al 2012 esta cantidad ha llegado a 55,934 millones de dólares.

⁸ No existe libre circulación de factores y personas; tampoco se ha avanzado demasiado en la armonización de políticas macroeconómicas o en dotar de competencia suficiente a los órganos institucionales del Mercosur.

⁹ La supranacionalidad, por su importancia política y consecuencias de orden jurídico, no puede ser meramente inferida por interpretación amplia o liberal del texto normativo. Debe estar expresa literalmente como reflejo inequívoco de la voluntad política del legislador. En Europa, por ejemplo, el tratado de constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951), uno de los embriones de la actual Unión Europea, en su artículo 9o. preveía el carácter supranacional de las actividades de sus miembros. En el Mercosur, el Tratado de Asunción no previó la creación de órganos supranacionales.



Fuente: CEI con base en INDEC, SECEX, Banco Central de Paraguay, Banco Central del Uruguay y FMI.

III. EL TRATADO DE ASUNCIÓN (TA)

En rubros anteriores ya ha quedado asentada la importancia del Tratado de Asunción para la conformación del bloque, dado su carácter de instrumento fundacional, el que una vez satisfecho el procedimiento de ratificación por los cuatro Estados miembros entró en vigor el 29 de noviembre de 1991. El TA es un instrumento jurídicamente enmarcado por las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la ALADI y los principios de libre comercio establecidos por el GATT-OMC. En su parte introductoria el Tratado establece respecto a los “Estados parte” que la ampliación de las dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye una condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social.¹⁰ Asimismo, la estructura del tratado se conformó con un cuerpo normativo principal y cinco anexos. En el primero se distinguen un preámbulo y seis capítulos: I. “Propósitos, principios e instrumentos”; II. “Estructura orgánica”; III. “Vigencia”; IV. “Adhesión”; V. “Denuncia”; VI. “Disposiciones generales”. En el caso de los anexos tratan de las siguientes materias: I. “Programa de liberalización comercial”; II. “Régimen general de origen”; III. “Solución de

¹⁰ Parte introductoria del Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental de Uruguay.

controversias”; IV. “Cláusulas de salvaguardia” y V. “Subgrupos de trabajo del GMC”.

Con su entrada en vigor el Tratado constituyó una zona de libre comercio, a la vez que programó el establecimiento de una unión aduanera a partir del 1o. de enero de 1995. La zona de libre comercio en esta etapa se perfeccionó de acuerdo al Programa de Liberación Comercial contenido en el Anexo I del Tratado, que fijó rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas. Asimismo, se acordó la eliminación de todas las restricciones no arancelarias al 31 de diciembre de 1994. El Consejo del Mercado Común, órgano de conducción del esquema, estableció con posterioridad un mecanismo de negociación destinado a armonizar las políticas nacionales con vistas al fortalecimiento del grupo. Este mecanismo denominado “Cronograma de Las Leñas”, fue impuesto por la Decisión del Consejo número 1/92 y dio lugar a un complejo proceso de negociaciones que se extendió durante todo el periodo de transición que corrió entre la puesta en vigencia del Tratado de Asunción y el 31 de diciembre de 1994. La actualización de los objetivos planteados por el cronograma permitió avanzar en aquellas negociaciones, si bien los Estados parte, al cabo del periodo de transición, asumieron que no se habían podido cumplir todas las metas contempladas. Dentro de este contexto el tratado se fijó como objetivo el crear un *mercado común*, estableciendo para ello los instrumentos y mecanismos adecuados contenidos en su artículo 5o., señalando también dentro de la evolución del propio esquema la integración de una normativa mediante la cual se prevén los mecanismos viables para la conformación de una unión aduanera en la subregión integrada por cuatro países fundadores.

En materia de ejecución y administración del Tratado, en el artículo 9o. se crean dos organismos para tal efecto: el Consejo del Mercado Común¹¹ y el Grupo Mercado Común.¹² El Tratado de Asunción también previó su mecanismo de relación con los demás países miembros de la ALADI, por lo que el artículo 20 dispone lo siguiente: “El presente Tratado estará abierto a la adhesión, mediante negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados Partes después de cinco años de vigencia de este Tratado”. No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo las solicitudes presentadas por países miembros de la ALADI que no formen-

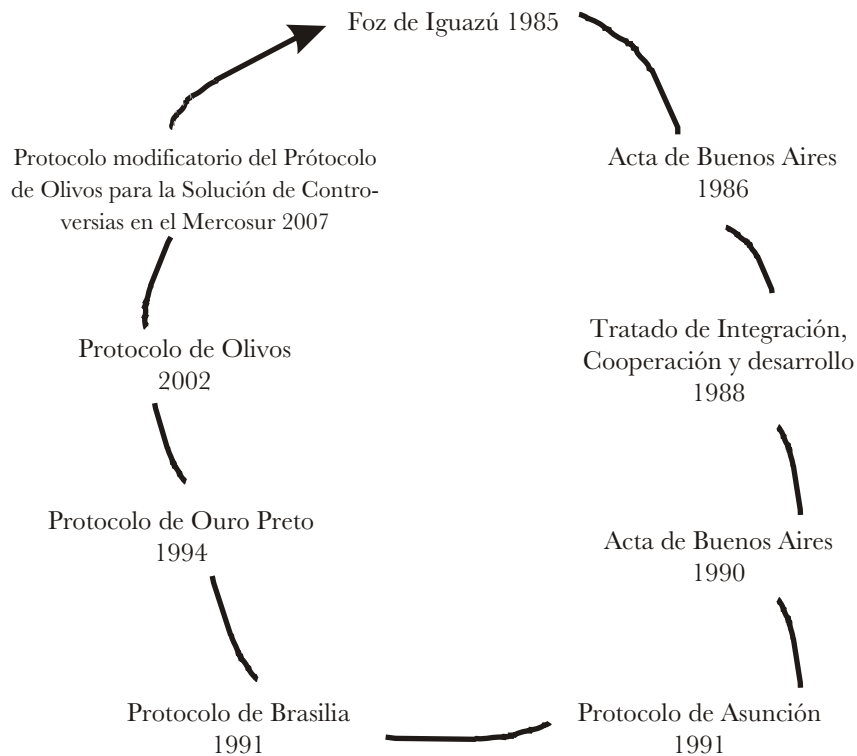
¹¹ Es el órgano superior del Mercosur, integrado por los Ministros de Economía y Relaciones Exteriores de los cuatro Estados partes.

¹² Es el órgano ejecutivo del Mercosur, integrado por los representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Economía o sus equivalentes y bancos centrales.

parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extrarregional. La aprobación de las solicitudes será objeto por decisión unánime de los Estados partes.

De igual modo en su artículo 6o. reconoce la falta de homogeneidad entre algunos de sus integrantes; estableciendo condiciones diferentes de trato para esos países en desventaja: “Los Estados Partes reconocen diferencias puntuales de ritmo para la República del Paraguay y para la República Oriental de Uruguay, las que constan en el programa de Liberación Comercial (Anexo I)”.

A lo largo de su trayectoria, el TA se ha enriquecido a través de protocolos adicionales, dentro de los que destacan el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del 17 de diciembre de 1991; el Protocolo de Ouro Preto, sobre aspectos institucionales, del 17 de diciembre de 1995; el Protocolo de Olivos de 2002, sobre temas de Solución de Controversias y el Protocolo Modificador del Protocolo de Olivos Para la Solución de Controversias en el Mercosur del 19 de enero de 2007.



IV. EL PROTOCOLO DE BRASILIA

El 17 de diciembre de 1991 los cancilleres y ministros de Economía de los cuatro países del Mercosur, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3o. del Tratado de Asunción y su Anexo III, suscribieron el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias (Dec. CMC 1/91), mismo que fue ratificado por todos los Estados partes, entrando en vigencia el 24 de abril de 1993. El sistema contenido en el Protocolo de Brasilia también fue concebido como un esquema “transitorio” en materia de solución de controversias, por lo que su artículo 34 consignó: “El presente Protocolo permanecerá vigente hasta que entre en vigor el sistema permanente de solución de controversias para el mercado común a que se refiere el numeral 3 del anexo III del Tratado de Asunción”. Por otro lado, el artículo 1o. del Protocolo delimita su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

Las controversias que surjan entre los Estados partes, sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo Mercado Común y de las resoluciones del grupo Mercado Común, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el presente Protocolo.

Como una de la principales características del sistema de solución de controversias que estableció el Protocolo de Brasilia, puede resaltarse que en su negociación intervienen de manera previa los organismos institucionales del Mercosur, y de no resolverse la controversia se abre una instancia arbitral *ad hoc*, con plazos perentorios para todos los trámites. Bajo este sistema, de acuerdo al Anexo III del Tratado de Asunción, solamente los Estados partes podían instar el procedimiento. Sin embargo, el Protocolo consideró dos tipos de controversias: *a)* las que surgen entre los Estados partes y *b)* las planteadas como consecuencia de reclamos de particulares. En ambos casos se prevé un procedimiento de tres etapas sucesivas de igual modo que en ambos casos la culminación de las dos primeras etapas no produce efectos jurídicos salvo el de habilitar la instancia siguiente; y en las dos hipótesis, la tercera etapa constituye la etapa de arbitraje; aunque de manera central el protocolo busca (artículo 2o.) que los Estados partes en una controversia procuraren resolverla mediante negociaciones directas. La autocomposición es la figura jurídica que el protocolo adopta como la vía ideal para el arreglo de las controversias. De igual modo el protocolo actualiza y dota de nuevas competencias a los órganos del Mercosur. Por ejemplo, en el caso de la Secretaría Administrativa, el Protocolo le da un rol

nuevo que no se contempló en el TA al asignarle tareas de seguimiento y apoyo logístico a los procedimientos de solución de controversias en todas sus etapas, facilitando con ello su desarrollo y transformándose a la Secretaría en un centro de información de tales gestiones. Asimismo, si fracasan las negociaciones directas o sólo se alcanza un acuerdo parcial, cualquiera de los Estados partes podrá someter la controversia a la instancia del *grupo mercado común*, el cual escucha a las partes, expone sus posiciones, evalúa la situación y formula recomendaciones tendientes a la solución de la controversia. Una característica importante del Protocolo de Brasilia es que preveía la posibilidad de adoptar medidas cautelares para evitar daños irreparables entre las partes.

El Protocolo de Brasilia, como un punto de arranque, significó un avance importante en la solución de los conflictos comerciales que pudieran suscitarse entre los Estados miembros del bloque.

V. EL PROTOCOLO DE OURO PRETO

Con la firma del Protocolo de Ouro Preto en la Cumbre de Presidentes en Brasil celebrada en diciembre de 1994, dio inicio una segunda etapa denominada *de consolidación de la unión aduanera*. En esta segunda etapa, en lugar de requerirse el cumplimiento lineal y progresivo de metas intermedias, como había ocurrido bajo el modelo impuesto por el cronograma de Las Leñas, las negociaciones se desarrollaron sobre la base de objetivos esencialmente fijados por el denominado “Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000”, lineamientos que fueron formalmente establecidos por la Decisión del Consejo número 9/95.

A través del Protocolo de Ouro Preto se avanzó en los siguientes aspectos institucionales: la *naturaleza jurídica de los órganos del Mercosur* fue modificada de acuerdo a la estructura orgánica de naturaleza intergubernamental que se estableció por el TA; de igual modo que *el sistema consensuado de toma de decisiones* utilizado por todos los órganos del Mercosur. De manera importante, fue reconocida la *personalidad jurídica* de derecho internacional del Mercosur, como una entidad distinta a los países que lo integran. Se mantuvo el *sistema de incorporación obligatoria* de las normas del Mercosur en el ordenamiento jurídico de los países partes mediante sus procedimientos previamente establecidos; por lo que las normas del Mercosur carecen de aplicación directa. Se mantuvo el *mecanismo de solución de controversias* establecido por el Protocolo de Brasilia. En este sentido, el Protocolo de Ouro Preto es el documento institucional mediante el cual se establecen y ratifican los principales órganos

decisorios y de ejecución, además de que se instrumentan sus canales de administración. El Protocolo señaló que el Mercosur contaría con los siguientes órganos:

1. Consejo de Mercado Común, 1991 (CMC)	El artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto los define como órganos con capacidad decisoria
2. Grupo Mercado Común, 1991 (GMC)	
3. Comisión de Comercio del Mercosur, 1994 (CCM)	
4. Comisión Parlamentaria Conjunta, 1994 (CPC)	
5. Foro Consultivo Económico- Social, 1994 (FCES)	
6. Secretaría Administrativa del Mercosur, 1994 (SAM)	Órganos sin capacidad decisoria
Órganos incorporados con posterioridad a Ouro Preto	
7. Tribunal permanente de revisión del Mercosur, 2003 (TPR)	
8. Tribunal administrativo laboral del Mercosur, 2003(TAL)	
9. Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho, 2004 (CMPED)	

Con el Protocolo de Ouro Preto se puso fin al periodo de transición y se adoptaron los instrumentos fundamentales de política comercial que normaron la Zona de Libre Comercio y la Unión aduanera del Mercosur, encabezados por el Arancel Externo Común (AEC).¹³ La firma del protocolo de Ouro Preto se justifica en virtud de lo anotado por el artículo 18 del TA que establecía expresamente que “con anterioridad al 31 de diciembre de 1994, los Estados partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas

¹³ arancel externo común o también conocido como tarifa externa común “que constituye un elemento central en la consolidación de la unión aduanera puesto que posibilita la libre circulación de mercaderías”.

de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones”. Con la firma de este instrumento, los Estados partes iniciaron una nueva etapa de consolidación y profundización donde la zona de libre comercio y la unión aduanera han sido los pasos intermedios en su búsqueda de un mercado único.

VI. PROTOCOLO DE OLIVOS

A más de 11 años de distancia del Protocolo de Brasilia de 1991 a la firma del Protocolo de Olivos (PO) de 2002, el esquema de solución de controversias del Mercosur ha seguido una trayectoria que ha estado determinada tanto por los avances del esquema de integración en general como por los resultados que se han ido logrando en su mecanismo de unión aduanera y la aplicación del arancel externo común.

La consolidación de los procesos de asociación comercial en el mundo, históricamente hablando, son de aparición reciente, surgidos a partir de la segunda mitad del siglo XX, han representado desde su inicio un continuo reto de maduración para sus países integrantes al cual no ha podido eximirse los integrantes del Mercosur.

La sensación de no avance que en ocasiones se deriva del proceso Mercosur, en este caso de su esquema de solución de controversias, nace como resultado de la lentitud que han tenido estos mecanismos de integración, como también de la falta de cumplimiento de sus propios compromisos, que desde un inicio se plantearon metas muy ambiciosas de construir en un plazo de apenas cuatro años “...un mercado común, que implicaría libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, un arancel externo común, una política comercial común, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, y el compromiso de armonizar sus legislaciones” (TA, artículo 1o.).

Estas metas tan ambiciosas no se han correspondido con la realidad; sin embargo, la firma del PO en 2002 por los cuatro países fundadores del Mercosur, sí registra una serie de innovaciones importantes respecto al Protocolo de Brasilia, sin llegar a cumplir del todo con las expectativas que se habían forjado tanto los académicos como los empresarios de la región.

Entre sus principales aportaciones pude mencionarse de manera destacada la creación del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), el cual había sido un reclamo permanente de la comunidad de la zona, a fin de dar una mayor certidumbre y coherencia a las resoluciones que están siendo tomadas desde 1991 por los tribunales *ad hoc*; los cuales, en no pocas ocasiones, emitían decisiones contradictorias sobre un mismo tema. De manera especial se les brindaron atribuciones a los Estados involucrados a fin de presen-

tar sus controversias de manera directa al TPR, sin necesidad de pasar por los tribunales *ad hoc*. A lo anterior se suma la oportunidad que se le da a la parte demandada (o por acuerdo de partes) para escoger entre el sistema de solución de controversias del Mercosur u otro sistema en que los países del Mercosur son parte, como por ejemplo el mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio (OMC). También en este rubro, de manera significativa, se retira la obligatoriedad de agotar la etapa previa al conflicto de solicitar la intervención del grupo Mercado Común, aunque queda como alternativa para el estado demandante. Otro avance del PO es la aclaración que realiza en cuanto a las facultades de los tratados ad hoc para ordenar medidas provisionales para impedir daños graves e irreparables. Aclara también el alcance de las medidas compensatorias en el caso de incumplimiento de o cumplimiento parcial del laudo, abrigándolas a ser proporcionales a las consecuencias de su no cumplimiento, etcétera.

Por otro lado, entre los principales pendientes que deja el PO destaca su naturaleza transitoria, la cual le resta solidez y certeza a su proceso de construcción; de igual modo que lo aleja del proyecto de contar con un tribunal supranacional; al propio tiempo que los particulares continúan aun dependiendo de los gobiernos nacionales para presentar sus demandas.

Los avances y retrocesos que presenta hoy en día el esquema de solución de controversias del Mercosur, son un fiel reflejo del estado que guarda el proceso general de integración de sus estados miembros. Mientras no se resuelva de fondo la operación del AEC y con ello el funcionamiento de la etapa aduanal; la instalación de un tribunal permanente y un esquema integral de solución de controversias supranacional seguirá siendo parte de la agenda pendiente del mercado sudamericano.

- Protocolo modificadorio del Protocolo de Olivos

El 19 de enero de 2007 los países miembros del Mercosur aprobaron una serie de modificaciones al PO aprobado en 2002; de manera especial, a fin de adecuarlo a la entrada de nuevos miembros como el caso de Venezuela, y posiblemente en el futuro cercano el de Bolivia. Para lograr lo anterior se realizaron modificaciones a tres de los artículos del Protocolo de Olivos (18, 20 y 43), de igual modo que se realizó un ajuste al Reglamento respectivo (Decisión CMC No. 37/03).

Una de las innovaciones más importantes del Protocolo Modificadorio fue la creación de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (ST), la cual asumirá las funciones que tenía en la materia la Secretaría Adminis-

trativa del Mercosur; profundizando con ello en el avance de la construcción del sistema solución de controversias del proyecto sudamericano de integración (véase gráfica de Estructura institucional del Mercosur (2012) al final de este documento).

- Protocolo de adhesión de la República Bolivariana de Venezuela

La República Bolivariana de Venezuela suscribió su adhesión al Mercosur el 8 de diciembre de 2005, la cual 7 años después fue aceptada formalmente por los Estados partes el 6 de julio de 2012, con lo cual se adhirió de pleno derecho a la normativa Mercosur junto con los otros cuatro países integrantes del pacto. Derivado de su aceptación, Venezuela se comprometió a adoptar el acervo normativo vigente del Mercosur, dentro de un periodo no mayor de cuatro años a partir de la entrada de la vigencia del protocolo;¹⁴ de igual modo que se comprometió a acatar la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM) y el Arancel Externo Común (AEC).¹⁵

El proceso de incorporación de Venezuela al Mercosur no ha sido un tema fácil, ya que por un lado, el protagonismo del entonces presidente Hugo Chávez y su política nacionalista con “características venezolanas” estuvo generando una falta de confianza por parte de algunos miembros del Mercosur, que dudaron de su compromiso para con la normativa del grupo. De igual modo que su incorporación rompía una política de no apertura que se había mantenido por más de 20 años. Una vez alterado este esquema, en el horizonte se dibuja el probable ingreso de Bolivia quien presentó su candidatura de manera oficial el 7 de diciembre de 2012, estando actualmente en espera de su aceptación de pleno derecho.

VII. MARCO ECONÓMICO DEL MERCOSUR

El Mercosur es uno de los bloques económicos importantes del mundo, con un mercado de más de 270 millones de habitantes y un PIB de más de 3,3 billones de dólares; de igual modo que registra uno de los ingresos per cápita más altos dentro de los mercados emergentes con más de 12 mil dólares per cápita promedio (FMI, 2012).

¹⁴ Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, artículo 3o.

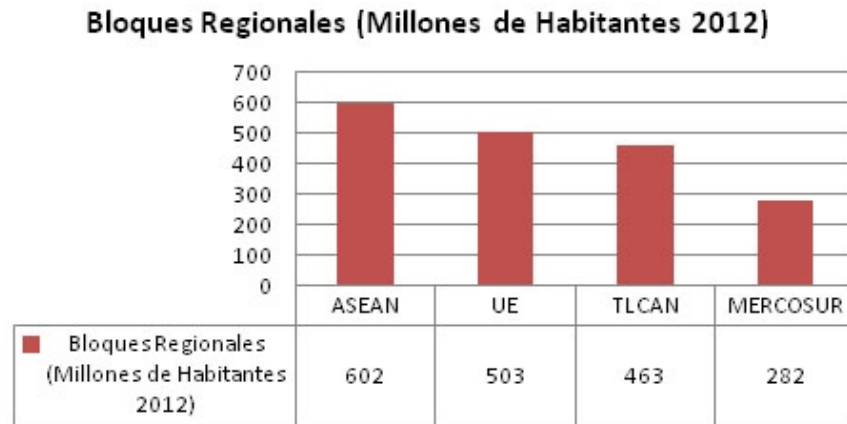
¹⁵ *Ibidem*, artículo 4o.

<i>Indicadores básicos del Mercosur (2012)</i>				
	Área (KM ²)	Habitantes mill.)	PIB per cápita* (dólares)	PIB (billones)
Argentina	2,780,400	41.028	11,576	474.954
Brasil	8,514,770	198.368	12,078	2,395.968
Paraguay	406,752	6.661	3,903	25.999
Uruguay	176,215	3.381	14,614	49.404
Venezuela	912,050	29.517	12,956	382.424
Total/ponderado*	12,790,187	278.948	11,025	3,328.749

Fuente: FMI.

A raíz de la adhesión de Venezuela como Estado miembro, la extensión territorial del Mercosur pasó a representar 12,7 millones de km², constituyendo el 72% del territorio total de Sudamérica y formando la segunda unión territorial del mundo, solo después del TLCAN, el cual cuenta con una extensión territorial de 21 millones de km², superando a la Unión Europea (UE), la cual cuenta con una extensión de poco más de 4 millones de km², así como a la ASEAN que tiene una extensión también de 4 millones de km².

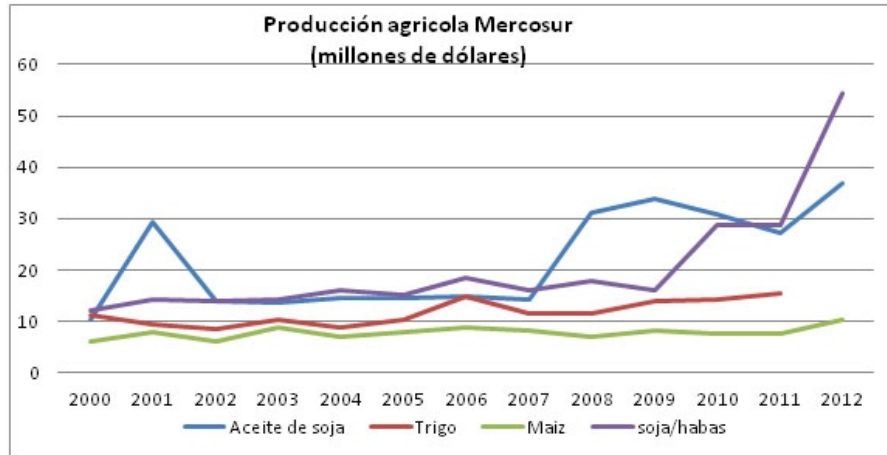
En la actualidad el número de habitantes que componen el Mercosur alcanza los 278 millones de personas; cifra inferior a la de ASEAN que supera los 600 millones de habitantes; de la UE que registra un mercado de más 500 millones de habitantes y del TLCAN, que cuenta con un mercado de 463 millones de consumidores. En el año 2012 el PIB total del Mercosur fue de US\$3.3 mil millones de dólares, situándose muy por debajo de otras uniones económicas como el TLCAN, cuyo PIB total fue de US\$17 mil millones de dólares, constituyendo la primera unión económica del mundo; seguido de la UE, cuyo PIB fue de US\$16 mil millones de dólares; y superando al ASEAN cuyo PIB asciende a US\$2 mil millones de dólares.



Fuente: FMI.

Dentro de los países en vías de desarrollo, el Mercosur se encuentra en un nivel de ingreso per cápita alto, situación que no ha estado exenta de problemas en las últimas décadas. Su situación mejoró a partir de 2000 bajo el efecto del alto consumo de materias primas que se produjo en Asia del Este, de manera especial por parte de China. De igual modo las economías del bloque se transformaron en las principales receptoras de Inversión Extranjera Directa (IED) entre los países emergentes (excluyendo China); destaca en este rubro Brasil, el cual durante 2005-2012 ocupó el primer lugar en captación de divisas entre las economías del área, registrando tan sólo en el último año (2012) la suma de 65 mil millones de dólares, o sea, el 80% aproximadamente del total de flujos que recibió el Mercosur durante ese año. En una perspectiva más amplia, las economías del Mercado Común del Sur fueron receptoras de importantes montos de IED durante el periodo de 2000-2012 con 544 mil millones de dólares, seguidas por ASEAN y México con 1.5 billones de dólares y 291 mil millones de dólares respectivamente.

Dentro de la fortaleza económica de la región aparece de manera estratégica el crecimiento de su producción agrícola, misma que observa las siguientes tendencias.

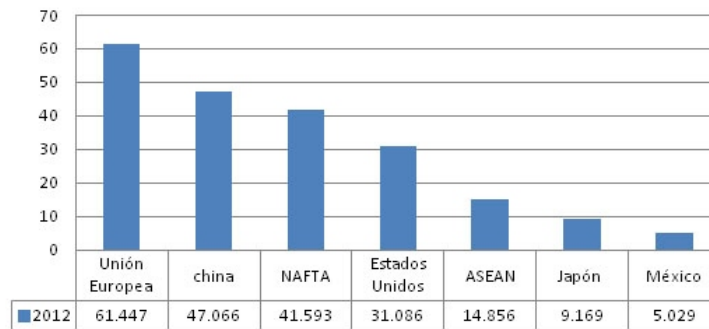


Fuente: UNComtrade.

Como se desprende de la gráfica anterior, a diferencia de la mayoría de las regiones agrícolas en el mundo, la producción de alimentos en el Mercosur continuó siendo una constante a lo largo del siglo XXI, siendo una de sus mayores fortalezas. En el caso de la soja durante el periodo 2000-2012 se elevó de manera importante en 345%; la torta de soja también tuvo un incremento de 285%; mientras que trigo y el maíz registraron una variación positiva de 70% y 39% respectivamente. En un marco de crisis de alimentos y agotamiento de frontera agrícola mundial, estos números representan confianza en el futuro para el desarrollo económico del Mercosur, el cual es considerado como uno de los principales productores mundiales de alimentos. De igual modo, dentro de esta línea estratégica destacan dentro de sus activos una serie de recursos naturales que por su escasez a nivel mundial cobran vital importancia tanto para su desarrollo económico como para la atracción de capitales productivos que busquen insumos como tierra, agua, minerales, petróleo y gas suficientes para los procesos de transformación.

En lo que se refiere a su plataforma exportadora, el Mercosur se ha centrado históricamente en los sectores de alimentos y bebidas, agricultura, combustibles, manufacturas, manufacturas basadas en recursos naturales, minerales, etcétera; contando con un sólido mercado de salida integrado principalmente por la Unión Europea, China, Estados Unidos y Japón.

Exportaciones del Mercosur al resto del mundo 2012
(Miles de millones de dólares)



Fuente: AliceWeb Mercosur.

VIII. LA RELACIÓN MÉXICO-MERCOSUR

En un marco de crisis (la década perdida de los ochenta) y la forma diferente de ver y entender la globalización (la inserción de México al TLCAN en 1994), la relación México-Mercosur ha ido creciendo poco a poco, e incluso se ha ido intensificando más allá de la voluntad de los países partes. En los últimos diez años las inversiones y la interrelación de empresarios han ido creciendo bajo el auspicio de las nuevas tecnologías globales que lo impulsan y lo permiten. La distancia, que durante muchos años fue la razón que se argumentara para no intensificar su intercambio, fue dejada atrás por medio del internet; por los nuevos servicios de transporte y carga, la ampliación de líneas aéreas y de sus frecuencias de vuelo, transporte marítimo, etcétera; los cuales permiten hoy a cualquier emprendedor interesado hacer negocios en ambos extremos de la región latinoamericana. En este sentido la llamada “diplomacia empresarial” se ha estado adelantando a las políticas de integración de los gobiernos, y en cuanto a México son innumerables las empresas que desde el siglo pasado reconocieron que su globalización comenzaba por latinoamérica, pudiendo mencionarse ejemplos en los sectores de alimentos (Bimbo), la actividad bancaria (Banamex), petróleo (Mexpetrol), bebidas (Femsa, Jumex, Jugos del Fuerte), infraestructura (ICA), autobuses (DINA), servicios (Grupo Posadas, Ocesa), minería (Peñoles), autopartes (San Luis), entre otros ejemplos. De igual modo las empresas argentinas y brasileñas cada día aparecen más en producción de tubos de acero (Ternium), telecomunicaciones (IMPISA), construcción y servicios (MIPSA, Roggio, Odebrech), bienes de capital (Prodismo), petróleo (Petro-

bras), aviones (Embraer), Banca (Itaú y Banco do Brasil) y otras que definen su complementación y estrategia en el mercado mexicano. De este modo la relación México-Mercosur en el tema económico se ha intensificado de manera importante, a manera de embajada empresarial, tratando de aprovechar las ventajas que representan sus respectivos mercados ampliados tanto del norte (TLCAN) como del sur (Mercosur). Más allá de la distancia y de la falta incluso al día de hoy de la infraestructura jurídica suficiente en materia de integración comercial, los empresarios siguen reconociendo el futuro y la oportunidad de negocio de los respectivos mercados. No obstante lo anterior, en el terreno político los resultados no han acompañado la expectativa de inversión y comercio, sino que al contrario, con la falta de decisión y de actualización de los acuerdos comerciales se ha estado obstaculizando la maximización de su crecimiento.

En el caso de México, la concentración en otras áreas a través de la firma de los tratados de libre comercio con Estados Unidos y Canadá y con la Unión Europea, entre otros, hicieron que su ampliación comercial no creciera lo suficiente en una región en la que tiene un posicionamiento histórico. En el caso del Mercosur, México solo tiene un tratado de libre comercio con Uruguay, atendiendo su intercambio con Brasil, Argentina y Paraguay a través de Acuerdos de Complementación Económica (ACE). Lo anterior indica que si bien México ha concretado dos acuerdos de la mayor importancia que lo ubicaron como la primera nación en el mundo en haberse integrado con los dos bloques más importantes de la economía mundial; por el otro presenta un déficit con el Mercosur, el cual se presenta como una asignatura pendiente tanto para México como para las naciones del Mercado Común del Sur.

El acuerdo México-Mercosur, por su relevancia, debe ser producto de una clara voluntad política de las partes que evidencie el significado y el mensaje de la firma de un acuerdo de esta naturaleza. La unión comercial de México, Argentina, Paraguay, Uruguay, Brasil y ahora Venezuela, a través de un acuerdo estratégico, por su influencia y dimensión, marcarían una tendencia de asociaciones que lejos de ser una amenaza para los países de la zona, representaría la oportunidad de avanzar en la polémica ruta de la integración, lo cual redundaría en beneficio de todos los participantes y en el avance de los temas pendientes de la zona, la cual en algún momento debe formar sinergias de cara a las nuevas metas del siglo XXI y de manera especial, a la competencia de nuevas regiones que vienen trabajando de manera exitosa como Asia del Este.

La importancia económica de un acuerdo México-Mercosur resulta evidente a la luz de la suma de sus principales indicadores:

<i>Indicadores 2012</i>	<i>México</i>	<i>Mercosur</i>	<i>Total</i>
Población	113 millones	278 millones	391 millones
PIB	1,158 mdd	3,328 mdd	4,486 mdd
PIB/P. capita	10,247 dls.	12,075 dls.	11,161dls.
Exportaciones	370,915 mdd	341,942 ¹⁶ mdd	712,857 mdd

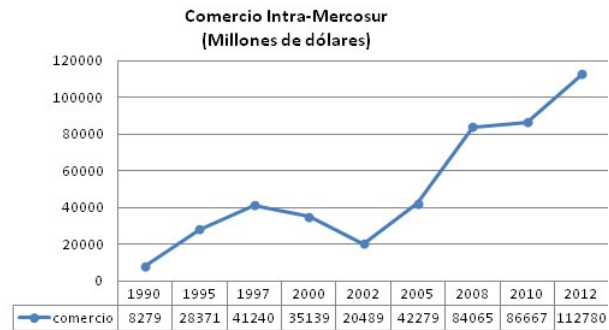
Fuente: CEI, INEGI.

En lo que hace a la población, la sinergia de los mercados llegaría a 391 millones de consumidores. Más allá de la visión simplista de los números, la suma representaría la complementación estratégica en términos de “bono demográfico”, o sea, una población joven y activa que resulta estratégica de cara al inicio del nuevo siglo, comparada con las poblaciones maduras de Europa, Japón y China (la población México-Mercosur representaría el 65% del total latinoamericano). En materia de PIB, el bloque estaría representando más de 3 billones de dólares, lo que le daría un mejor posicionamiento y mayor fortaleza de negociación con los diferentes actores internacionales. El PIB mexicano (1,158 mdd), hoy es el segundo más alto de Latinoamérica y su importante comercio exterior (decima quinta potencia exportadora del mundo), estarían sumándose a la de los países del Mercosur en una sinergia económica que a la fecha no se ha aprovechado por los países de la región. En materia de comercio, la suma de las exportaciones de Mercosur (2012) llega a 341,942 millones de dólares, mientras que México supera los envíos al exterior de todas las mercancías del Mercosur.

El comercio de bienes intra-Mercosur tuvo un crecimiento ininterrumpido de 1990 hasta 1997; partiendo de 4,228 millones de dólares y llegando hasta más de 20,507 millones de dólares; sin embargo, desde 1998 ha venido decreciendo y su dinámica se estancó hasta 2006, período en el cual el comercio experimentó un repunte. Más allá de las diversas crisis que han afectado al Mercosur, resulta evidente que en el terreno comercial y económico la estrategia demanda de una ampliación que lo revitalice y que mejor que esta sea a través de la extensión regional y su vocación latinoamericana.

Fuente: CEI en base a INDEC, SECEX, Banco Central de Paraguay, Banco Central del Uruguay y FMI.

¹⁶ Excluyendo a Venezuela.



Con una óptica que reconozca que la globalización pasa en primer lugar por sus propios países, el negocio latinoamericano, en este caso México-Mercosur, tiene un sin número de posibilidades de aprovechar sectores, cadenas de producción, tramos de manufactura, extensión comercial, etcétera, con una nueva visión global que privilegie a los productores de la zona y aproveche de manera innovadora las nuevas oportunidades que se abren y no se enfrente únicamente con las que se cierran.

IX. CONCLUSIONES

El Mercosur, como los demás esquemas de integración que se han intentado a partir de la segunda mitad del siglo XX, desde 1991 fecha de su fundación, viene batallando por alcanzar una plataforma de comercio sustentable en beneficio de sus países integrantes. Como el resto de las experiencias de asociación, su historia es una larga lista de logros y fracasos que cuestionan los fundamentos de su integración. Sin embargo, los éxitos alcanzados en materia de comercio, suma regional, solución de controversias, etcétera, siguen justificando su operación, de igual modo que lo retan a intentar nuevos paradigmas de integración que le den un nuevo impulso de cara a los retos del siglo XXI y los avances de integración del Asia del Este, en particular en Asia-Pacífico.

En lo que se refiere a su esquema de solución de controversias, el Protocolo de Olivos vino a dotarlo de nuevos instrumentos como el Tribunal Permanente de Revisión, la agilización de sus etapas procesales y la profundización del mecanismo al hacerlo competir con su homólogo de la OMC. Como la propia integración, el esquema de solución de controversias no es una propuesta acabada (sigue teniendo carácter transitorio), pero a la fecha ha resultado una primera respuesta razonable a la solución de los intentos de los Estados Mercosur y de los empresarios de la zona.

A 22 años de su fundación, a pesar de sus logros, el Mercosur está a la espera de que sus países miembros aceleren el camino al Mercado común, si quieren seguir siendo un referente importante en esta primera mitad del siglo XXI, frente a los profundos retos que plantean los países asiáticos, en cuanto a su acelerado proceso de integración e intraindustrialización.

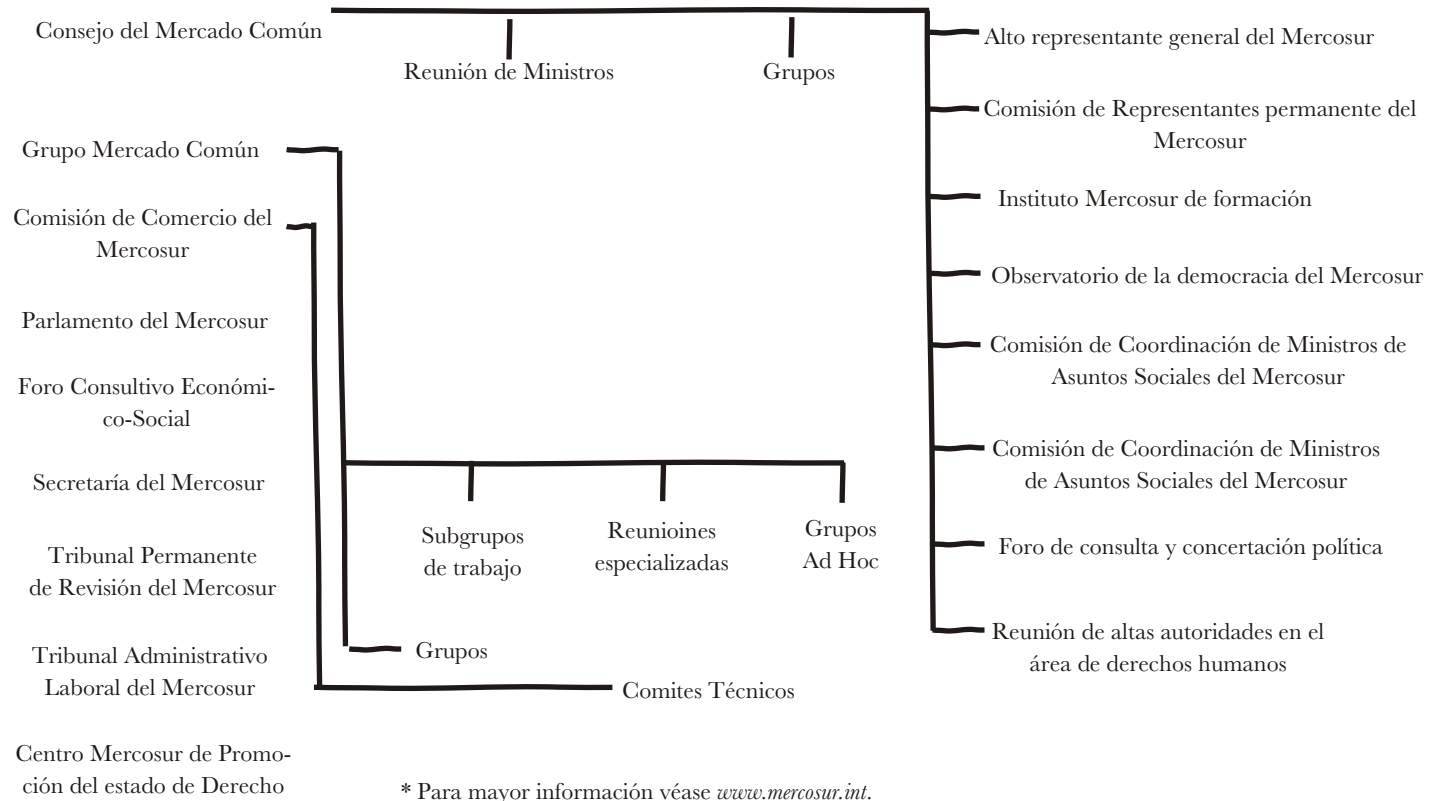
Su importancia individual y regional es relevante, pero de acuerdo al tamaño de sus retos tendrán que buscar la fórmula de acelerar su mercado común, su normativa interna y la apertura con la región, a fin de que de ser un esquema subregional limitado, pueda transformarse en una alternativa de valor agregado para la zona.

X. BIBLIOGRAFÍA

- Acuña, E., *Mercosur: entre el regionalismo y el continentalismo* (vol. 1), Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Instituto de Relaciones Internacionales: ABAPRA, 1997.
- Intercambio Comercial del Mercosur*. Recuperado de Centro de Economía Internacional(CEI): <http://www.cei.gov.ar/es/comercio-exterior-por-socios>
- Información Estadística y Arancelaria*. Obtenido de Secretaría de Economía: <http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/informacion-estadistica-y-arancelaria>.
- Lattuca, A., & Ciuro, M., *Economía Globalizada y Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.
- Menem, C. S., *¿Qué es el Mercosur?* Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Comercio Intra-Mercosur*. Obtenido de AliceWebMersocul: <http://alicewebmersocul.desenvolvimento.gov.br/index/home>.
- Mercosur y Estados Asociados*. Obtenido de Centro de Economía Internacional: <http://www.cei.gov.ar/es/principales-indicadores-econ%C3%B3micos>.
- Protocolo de Ahesión de la República Bolivariana de Venezuela*. (2005). Obtenido de Secretaría del Mercosur: <http://www.mercosur.int/>.
- Protocolo de Brasilia* (1991), obtenido de Secretaría del Mercosur: <http://www.mercosur.int/>.
- Protocolo de Olivos* (2002), obtenido de Secretaría del Mercosur: <http://www.mercosur.int/>.
- Protocolo de Ouro Preto* (1994), obtenido de Secretaría del Mercosur: <http://www.mercosur.int/>.
- Protocolo Modificadorio del protocolo de Olivos* (2007), obtenido de Secretaría del Mercosur: <http://www.mercosur.int/>.

MERCADO COMÚN DEL SUR

ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL MERCOSUR*



CAPÍTULO XVI
EL USO DE *SOFT LAW* EN LA INTERPRETACIÓN
DE CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE
IMPOSICIÓN EN MÉXICO

Gabriela RÍOS GRANADOS*

SUMARIO: I. *Prólogo*. II. *Introducción*. III. *Principio pro personae en materia tributaria internacional*. IV. *El soft law como criterio interpretativo de los CDIs*. V. *Conclusiones*.

I. PRÓLOGO

La doctora Sonia Rodríguez Jiménez además de haber sido una prolífica investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, fue una gran amiga de quien tengo gratos recuerdos. Fue una mujer muy sensible y simpática, de pocas amistades pero sinceras. Casualmente teníamos intereses comunes pero nunca nos gustaron las mismas disciplinas del derecho, es por eso que no escribimos algo en coautoría, aunque en más de una ocasión yo la invitaba a moderar mis mesas sobre derecho tributario o las de internacional tributario. Viajes de trabajo tuvimos muchos, también llegamos a pasar año nuevo juntas en mi casa de Cuernavaca. Mi amistad con Sonia fue entrañable, por eso cuando me enteré de su fallecimiento por una llamada que me hiciera nuestro amigo en común el doctor Miguel Eraña, sentí desvanecerme en el aire. Fue una noticia muy triste y desoladora. Aunque ya teníamos tiempo de no frecuentarnos, yo siempre me acordaba de ella, de hecho, en esa semana que falleció yo había evocado a Sonia en mi clase de Derecho fiscal en la Facultad de Derecho pues comenté una anécdota de ella con mis alumnos. Miguel Eraña cuando me llamó me comentó que Sonia en diciembre estando en casa de sus padres en España se había acorda-

* Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; doctora en derecho por la Universidad de Salamanca, España.

do de nuestras andanzas por el Instituto. Es por eso que escribo este breve trabajo tratando de ceñirme al título de la obra, pero lo redacto con mucho cariño y con entusiasmo, pues el coordinador del libro homenaje, el doctor Juan Vega fue una persona muy importante en la vida de mi amiga.

II. INTRODUCCIÓN

En la actualidad los Convenios para Evitar la Doble Imposición (en adelante CDIs), además de sus objetivos principales de distribuir la potestad y la competencia tributarias entre dos Estados soberanos, y de evitar la evasión de las contribuciones, han adquirido mayor relevancia por el intercambio de información internacional que se da entre los distintos países, pues el manejo de información estratégica¹ es el instrumento fundamental para que las administraciones tributarias de todo el mundo logren sus objetivos: recaudar y gestionar los tributos.² En dicho sentido, en el Modelo de Convenio de la OCDE el artículo 26 regula el intercambio de información internacional entre las diversas Administraciones Tributarias, y ante el incremento del número de los CDIs,³ no queda la menor duda que los Modelos de Convenio elaborados por la OCDE⁴ y la ONU⁵ tienen una fuerte influencia en la confección de dichos convenios.⁶ Es así, que como bien in-

¹ Además, el manejo de información estratégica por parte de la administración tributaria ha reducido sus costos; sin embargo, ha aumentado las obligaciones formales para los contribuyentes.

² Ríos Granados, Gabriela, “Intercambio de información tributaria internacional como instrumento de control de la elusión y evasión fiscal: alcances y perspectivas”, en Ríos Granados, Gabriela (coord.), *Derecho internacional tributario*, México, UNAM-Porrúa, 2010, p. 225.

³ De acuerdo con García Novoa ante su proliferación pueden considerarse como una nueva fuente del derecho tributario. García Novoa, César, *El derecho tributario a las puertas del siglo XXI. Retos del futuro*, p. 21.

⁴ Según García Prats los modelos surgieron como mecanismos complementarios a los Convenios bilaterales. García Prats, Francisco Alfredo, “Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”, *Crónica Tributaria*, núm. 133, 2009, p. 106. Por su parte, Lara Yaffar, indica que los Modelos de Convenio tienen por objetivo ofrecer los medios para resolver, sobre una uniformidad, los problemas que se plantean con mayor frecuencia en el campo de la doble imposición internacional”. Lara Yaffar Armando, “Interpretación de los tratados para evitar la doble tributación”, en Ríos Granados, Gabriela, *Derecho internacional tributario*, México, Porrúa, 2010, pp. 33 y ss.

⁵ Aunque en opinión de García Prats no son en sentido estricto norma jurídica, ni tienen la misión de incorporarse al acervo del derecho internacional. García Prats, Francisco Alfredo, “Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”, *Crónica Tributaria*, cit., p. 106.

⁶ *Ibidem*, p. 101.

dica García Prats, nos encontramos ante un entramado de CDI que moldea de forma terminante el ejercicio de la potestad tributaria de sus Estados contratantes.⁷ Es así que la creación de los CDI precede a su interpretación y su existencia precede a la actividad interpretativa y aplicativa.

Por otra parte, de acuerdo con la página de internet del Servicio de Administración Tributaria, México ha celebrado 78 Convenios Fiscales⁸ entre los que destacan para evitar la doble tributación, para evitar la doble tributación en materia de transporte internacional, en materia de intercambio de información. Ahora bien, dichos convenios internacionales obligan a los Estados firmantes desde su entrada en vigor,⁹ aunque su aplicabilidad no coincida con la fecha de entrada en vigor, pues esto deriva del acuerdo de la efectividad de la norma transitoria, y que en ocasiones se requiere implementar la legislación interna. Otro dato importante a destacar, México es miembro de la OCDE desde 1994 y el Consejo de la OCDE emitió una recomendación en el sentido de que las administraciones tributarias sigan el Modelo de Convenio y también los Comentarios de la OCDE. Bajo este paraguas, la administración tributaria mexicana emitió sendas reglas misceláneas en las que indicaban que se deberán interpretar los CDIs conforme al Modelo de la OCDE.

Por otra parte, al lado de dichos Convenios, encontramos los Comentarios vertidos por la OCDE, que tienen la finalidad de uniformar criterios de interpretación a nivel internacional, pero quizá lo más importante, evitar problemas de interpretación y aplicación de los CDIs y con ello reducir el riesgo de ir al arbitraje internacional en materia tributaria.¹⁰ Es así que en este trabajo analizamos la labor del *soft law* como criterio interpretativo de los CDIs.

⁷ *Ibidem*, p. 102.

⁸ Véase http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/informacion_fiscal/legislacion/52_3558.html.

⁹ De acuerdo con Rosas Amandi, un tratado que ha entrado en vigor obliga a los Estados parte y debe ser cumplido debidamente por cada uno de ellos de acuerdo con los principios de verdad sabida y de buena fe guardada —principio de *pacta sunt servanda*—. Esto se traduce en que los Estados parte no podrán alegar la existencia de normas de derecho interno que se opongan a las disposiciones del tratado para dejar de cumplirlo. Rojas Amandi, Víctor M., *Derecho internacional público*, México, Nostra Ediciones-UNAM, Cultura Jurídica, 2010, p. 25.

¹⁰ En 2008 se publicó la nueva versión del Modelo de Convenio de la OCDE y en el artículo 25 se establece el arbitraje como medio para dirigir controversias en la interpretación y aplicación de los CDI. Véase http://www.fiscus.com.ar/pdfs/modelo_ocde_update_2008.pdf.

III. PRINCIPIO *PRO PERSONAE* EN MATERIA TRIBUTARIA INTERNACIONAL

Es importante mencionar que en México operó en 2011 una reforma constitucional de gran calado y que en materia tributaria adquiere relevancia pues estuvo direccionada a proteger y ensanchar los derechos humanos. Es así que se reformó, entre otros artículos, el contenido del artículo 1o. de la Constitución federal y que señala: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas en la interpretación más amplia”. De tal suerte, que esta norma será la piedra de toque de algunos derechos humanos que no han podido ser justiciables como es el caso de los derechos económicos y sociales engarzándolos con el referido al destino del gasto público. Ahora bien, con esta reforma los operadores jurídicos nacionales deberán nutrirse de normas convencionales en materia de derechos humanos, así como de sus interpretaciones, de normas consuetudinarias internas o internacionales. De esta manera, por ejemplo, la Convención Americana de los Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, de la cual México se adhirió el 24 de marzo de 1981 —publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981— deberá aplicarse cuando se trate de derechos humanos de los contribuyentes.

Bajo el paraguas del principio *pro personae* no importa la prevalencia jerárquica de la norma.¹¹ Mediante dicho principio se aplica la norma más favorable al contribuyente y menos restrictiva del ejercicio de un derecho, no importando su jerarquía normativa, es así, que en nuestro sistema tributario se incorpora un nuevo paradigma el cual obligará a los operadores jurídicos a aplicar en beneficio del contribuyente la norma que otorgue mayor protección no importando si se trata de la norma constitucional o convencional.¹² Por otro lado, es importante apuntar que en materia tributaria la

¹¹ Castilla, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 20, enero-julio de 2009, p. 65.

¹² En la sentencia de la CIDH dictada el 16 de noviembre de 2009 en el caso González y otras (Campo Algodonero), en el que se fincó responsabilidad internacional al Estado mexicano por violaciones a los derechos humanos por el homicidio de once mujeres en Ciudad Juárez, se indicó que: “la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona”, p. 11, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) no ha emitido ningún criterio vinculante a México; sin embargo, será necesario estudiar algunas sentencias emitidas por la CIDH en materia tributaria siguiendo el criterio de la SCJN en el caso de Rosendo Radilla,¹³ pues a la luz de esta resolución son criterios orientadores, tales como la sentencia de 29 de mayo de 1999 (interpretación de la Sentencia de Reparaciones) resuelta en el caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador; la sentencia del 28 de febrero de 2003 (fondo, reparaciones y costas) resuelta en el caso “Cinco Pensionistas” *vs.* Perú. También es cierto que la reforma constitucional no sólo implica la invocación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino también el control difuso que tendrán que ejercer los órganos jurisdiccionales, por lo que concebimos que no se puede banalizar esta reforma, pues implica un cambio radical dentro de nuestro sistema jurídico y, en particular, de nuestro sistema tributario mexicano.

De tal suerte, que cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿será posible que los jueces mexicanos en una controversia para la aplicación e interpretación de los CDIs, podrán hacer una interpretación conforme a tratados internacionales en derechos humanos acorde al principio *pro personae*, esto de acuerdo con el nuevo bloque de constitucionalidad vigente a partir del 2011 en México? Si es afirmativa la respuesta, entonces, deberá hacerse una interconexión entre los conceptos construidos por nuestra doctrina y jurisprudencia, con los confeccionados bajo en ámbito convencional, así como jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, todos relacionados con la materia tributaria.

Por otro lado, en los CDIs también se garantizan derechos humanos, como el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, o a nivel de la Unión Europea está previsto en el Tratado de la Unión Europea¹⁴ en el artículo 9o. con carácter general, y en el 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 12 del Tratado de la Comunidad Europea) prevé que: “En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda *discriminación por razón de la nacionalidad*”.¹⁵

¹³ Sentencia del 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Cuyos hechos se refirieron a la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de abril de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero en México.

¹⁴ *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de marzo de 2010 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0001:0012:ES:PDF>.

¹⁵ Las cursivas son nuestras.

“El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”.¹⁶

Así, en el artículo 19 (antiguo artículo 13, TCE) sanciona:

1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.¹⁷

De acuerdo con Armando Miranda Pérez la discriminación así como la prohibición de la aplicación desigual de la ley y ante la ley, en una situación donde una persona física o jurídica se encuentra en idénticas condiciones (término de comparación) que otra y sea tratada de manera diferente, es decir, con distinto criterio jurídico. Se trata de una situación amparada por la ley y que deja a las personas o grupos de ellas, incluso Estados, sin la posibilidad de ejercer unos derechos que se reconocen al resto de las personas, grupos o Estados.¹⁸

Ahora bien, este principio sancionado en los CDIs y a la luz de la reforma constitucional mexicana, se entrelaza con los artículos 1o. y 31, fracción IV,¹⁹ de la Constitución federal, referentes a la igualdad y a la igualdad tributaria, respectivamente.

¹⁶ *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30.3.2010. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:ES:PDF>.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Miranda Pérez, Armando, *Fiscalidad indirecta, no discriminación y derecho comunitario*, p. 131, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art7.pdf>.

¹⁹ En reiterados criterios jurisprudenciales se ha indicado que este derecho se refiere a que el legislador no dé un trato diferenciado a dos situaciones de hecho o presupuesto de hecho que debieron haberse regulado de la misma manera o con las mismas consecuencias jurídicas. En todo caso, este trato diferenciado siempre debe obedecer a finalidades avaladas por la Constitución, entre las que cabe mencionar las que derivan de la aplicación de fines extrafiscales, los cuales el legislador confecciona como deducciones, exenciones o aminoraciones o reducciones en la tasa para modificar o incentivar el comportamiento del contribuyente, o al contrario, establece sobretasas o crea contribuciones con fines redistributivos. Sin embargo, desafortunadamente en algunas ocasiones el legislador no motiva objetiva ni adecuadamente la extrafiscalidad en el debate parlamentario, lo significa que no hace un correcto juicio de razonabilidad, en lo que deriva en un trato diferenciado arbitrario y ante esta situación los particulares interponen el juicio de garantías.

EQUIDAD TRIBUTARIA. Implica que las normas no den un trato diverso a situaciones análogas o uno igual a personas que están en situaciones dispares. Jurisprudencia 42/97.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana para analizar si es constitucional ese trato diferenciado acude a un control de proporcionalidad para saber si ese trato desigual es idóneo o congruente, necesario y proporcional con el fin que se persigue,²⁰ toda vez de que mediante ésta existe una coli-

TESIS, P. VII/2005 aislada, materia constitucional administrativa, Pleno, SJF y su Gaceta, Novena Época, marzo de 2005, t. XXI, p. 9, Rubro: VALOR AGREGADO. LOS ARTÍCULO 2o. A. FRACCIÓN I, INCISO I) Y 9o., FRACCIÓN III, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, VIGENTE EN 2003, AL DAR UN TRATO DIFERENCIADO A LOS EDITORES DE REVISTAS, LIBROS Y PERIÓDICOS QUE ENAJENAN DICHOS BIENES, VIOLAN EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA. “Los citados preceptos, al generar una desigualdad de trato entre sujetos que realizan el mismo hecho imponible, es decir, la enajenación de las publicaciones que editan, sin que exista un motivo objetivo y razonable que lo justifique violan el principio de equidad tributaria contenido en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que si bien es cierto que el régimen de exención que respecto de la enajenación de revistas prevé el artículo 9o., fracción III, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, vigente en 2003, y el de tasa 0% que en relación con la enajenación de libros y periódicos contempla el inciso i) de la fracción I del artículo 2A del citado ordenamiento legal, tiene como fin común no impactar al consumidor final, también lo es que a sus efectos y consecuencias respecto de los editores de libros, periódicos y revistas son diversos, en tanto que la exención conlleva a la imposibilidad jurídica de acreditar el impuesto al valor agregado que le fue trasladado al producto o distribuidor al adquirir los insumos relaciones con la actividad exenta, con repercusiones directas en los costos de operación y, por ende, es evidente que al excluirse del aludido régimen especial de tasa 0% a los editores de revistas, éstos deberán absorber la respectiva carga impositiva, lo cual no acontece tratándose de editores de libros y periódicos, quienes al tener la obligación de enterar dicho tributo, gozan del beneficio referido, lo que deriva de un trato inequitativo, máxime si se considera que la comercialización de los mencionados productos es similar y que todos ellos comparten el fin de fomentar la actividad cultural por medio de la lectura”.

Debemos recordar que dentro de los fines extrafiscales caben todos los que se fundamentan en cualquier derecho humano o política pública traducida en una ley o decreto presidencial, es así que podemos hablar de beneficios extrafiscales para proteger el medio ambiente, o exenciones extrafiscales para proteger a grupos vulnerables. Para un mayor estudio sobre el tema remítase Ríos Granados, Gabriela, *Control de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2009. Giménez Glück, D., *El juicio de igualdad y el Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 32 y 33.

²⁰ Tesis XXXII/2004, aislada materia constitucional, Primera Sala, SJFG, Novena Época, diciembre de 2004, t. XX, p. 62. RUBRO: IGUALDAD DE CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso constitucionalmente exigido. En este tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos,

sión de derechos humanos. En recientes fechas, nuestra Suprema Corte en el estudio de la constitucionalidad del trato diferenciado ha introducido un elemento del derecho colombiano y se conoce como *la doctrina del escrutinio no estricto*. Las características principales de esta teoría son las siguientes:

1) El escrutinio no estricto se refiere al examen no riguroso por parte del órgano jurisdiccional sobre la igualdad que no derive del artículo 1o. de la Constitución Federal, dicho de otra manera, el órgano jurisdiccional hará un estudio profundo sobre las razones que tuvo el legislador para establecer un trato diferenciado siempre y cuando se refiera a “toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”, pues existe una prohibición expresa para realizar este tipo de discriminaciones, lo que ha interpretado la Suprema Corte es que se refiere a una relevante protección o tutela particular a no ser discriminado por los motivos enunciados en el artículo 1o. constitucional.²¹

debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la norma fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

²¹ Rubro: IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

2) Respecto al escrutinio estricto, el juzgador exigirá al legislador razones fuertes y precisas, es decir, sólidas argumentaciones en las cuales exprese los motivos que le llevaron a establecer la medida legislativa que vulnera el principio de igualdad derivado del artículo 1o. constitucional.

3) De esta manera, se presentan diversas intensidades de escrutinio o examen,²² desde la débil hasta la fuerte con el objetivo de no vulnerar la libertad del legislador en la configuración de la norma.

4) Es así que la igualdad tributaria merecerá un escrutinio no estricto de acuerdo con esta metodología.²³

5) Y al hilo de esta argumentación nace el tema de la “motivación reforzada”,²⁴ que no es sino otra cosa que el legislador cuando altera derechos humanos o bienes considerados relevantes por la Constitución. Deberá razonar si los fines que persigue con la medida legislativa empleada están de acuerdo con la Constitución.

6) En todo caso, el juzgador podrá analizar si el trato desigual o discriminatorio vulnera derechos fundamentales²⁵ o existen categorías sospechosas,²⁶ esto con el ánimo de aplicar el escrutinio intenso.

Tesis jurisprudencial 1a./J. 37/2008, emitida por la Primera Sala, en la novena época, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, correspondiente al mes de abril de 2008, p. 175.

²² Rubro: PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO. Tesis aislada 1a. CII/2010, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte, en la novena época, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, correspondiente al mes de septiembre de 2010, p. 185.

²³ Rubro: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES. Tesis jurisprudencial 1a./J. 84/2006, emitida por la Primera Sala, en la novena época, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIV, correspondiente al mes de noviembre de 2006, p. 29.

²⁴ Rubro: MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. Tesis jurisprudencial P./J. 120/2009, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, correspondiente al mes de diciembre de 2009, p. 1255.

²⁵ Rubro: PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Tesis aislada 1a. CIII/2010, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte, en la novena época, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, correspondiente al mes de septiembre de 2010, p. 184.

²⁶ Rubro: PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. Tesis aislada 1a. CIV/2010, emitida por la Primera Sala, en la novena época, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, correspondiente al mes de septiembre de 2010, p. 183.

Por último, es un hecho que en criterios jurisprudenciales sobre igualdad tributaria no se han aplicado tratados internacionales sobre derechos humanos, no obstante, sí se han aplicado doctrinas nacidas en el derecho comparado, como es la expuesta sobre el “escrutinio no escrito”. Al respecto, somos de la idea que también debe aplicarse el escrutinio estricto en el tema de la igualdad tributaria, pues la igualdad se basa en la capacidad contributiva y cuyo pilar al final del día es la “dignidad humana”. Por lo que conviene invocar frente a estos criterios las *convenciones de derechos humanos* que resguardan la igualdad o la no discriminación e incluimos aquellos tratados que no únicamente versen sobre derechos humanos, sino los CDIs que sancionan la no discriminación por motivo de nacionalidad, y que prospectivamente deberán aplicar los operadores jurídicos, como es el artículo 24²⁷ de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; el artículo 26²⁸ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos aplicables al caso concreto sancionados en las siguientes convenciones: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ONU, Nueva York, Estados Unidos de América, 7 de marzo de 1966); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (OEA, Guatemala, 7 de junio de 1999).

IV. EL *SOFT LAW* COMO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LOS CDIS

Recordemos que la palabra interpretación proviene del latín *interpretatio*, en cuya raíz *pret* que encontramos en *priest* o *prêtre* y nos evoca la antigua e intensa influencia de la voluntad sacerdotal en nuestra disciplina.²⁹ Sin lugar a dudas, el lenguaje leído o escrito es instrumento del derecho, por lo que este último trae consigo los mismos problemas de interpretación que presenta cualquier texto escrito, de tal manera, sostenemos siguiendo a Guastini que “la interpretación jurídica que pertenece al género de la inter-

²⁷ “Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

²⁸ “Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²⁹ Margadant S., Guillermo F., *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, México, Esfinge, 1983, p. 55.

pretación textual”.³⁰ Es así, que la interpretación jurídica es uno de los problemas más acuciantes —por no decir uno de los más importantes— del derecho internacional tributario.³¹

Las reglas de interpretación en el sistema tributario mexicano se ciñen a la literalidad de la letra de la ley, de conformidad con el principio de reserva de ley tributaria y cuando ésta es oscura se permite cualquier otro método de interpretación admitido en nuestro derecho.³² Por otro lado, la interpretación de los tratados internacionales está sujeta a las reglas del derecho internacional público, en particular por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 31³³ recoge la regla general de interpretación.³⁴ En derecho internacional se conciben tres escuelas de interpretación de tratados: textual, intención de las partes y teleológica.³⁵ Además, de estas escuelas, también se reconocen principios de interpretación como el

³⁰ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Carbonell, Miguel, Gascón Marina, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 1.

³¹ Ríos Granados, Gabriela, *Los principios que rigen la interpretación tributaria. El caso de la Ley de Hacienda del Estado de Baja California*, en la “Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, México, 2007, p. 56.

³² Para ver la evolución jurisprudencial en esta materia véase *idem*.

³³ Se transcribe El artículo 31 a continuación:

Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

³⁴ Havillis Pelayo, Manuel, *Interpretación de Tratados Internacionales Tributarios*, México, Porrúa, 2011, p. 439.

³⁵ Del Río Yelmi, María del Carmen y García Castillo, Tonatiuh, “Interpretación de tratados”, en Ríos Granados, Gabriela (coord.), *Derecho internacional tributario*, México, 2010, pp. 26 y ss.

de la interpretación restrictiva y el de la interpretación efectiva, este último se refiere al propósito último del tratado.

Aunque en materia internacional tributaria tiene sus particularidades, ya que tiene una complejidad enorme, pues por ejemplo, el uso cotidiano de los Comentarios de la OCDE como criterio hermenéutico con la idea de unificar criterios en la interpretación de tratados internacionales, hace que la interpretación en materia internacional se aparte de otras materias. Además, recordemos que en materia impositiva impera el principio de reserva de ley tributaria relativa sancionado en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De tal manera que se actualiza la idea de que las reglas de la interpretación varían a lo largo de los distintos sistemas legales.³⁶

Continuando con nuestra argumentación sobre la interpretación de los CDIs, resulta conveniente hacerse la siguiente pregunta: ¿quién es competente para interpretar los CDIs? En nuestra opinión, son distintos intérpretes como la autoridad hacendaria de cada Estado, el legislador nacional, los particulares que aplican el tratado en el caso concreto, las autoridades jurisdiccionales de los Estados, así como los árbitros *ad hoc* para la resolución de controversias. Por lo que el intérprete juega un papel muy importante, pues podría caer en responsabilidad internacional por violación del tratado internacional y eso conllevaría al pago de sumas importantes de dinero por concepto de indemnización. Por lo que es de total trascendencia que todas las autoridades conozcan las obligaciones que se adquieren con la firma y ratificación de los CDIs.³⁷

1. ¿Qué valor tienen los Comentarios emitidos por la OCDE?

De acuerdo con toda la visión panorámica que hemos hecho sobre el tema de la interpretación de los tratados internacionales, conviene situar en el lugar correcto a los *Comentarios* de la OCDE, y en este sentido, no cabe duda que dichos comentarios han conformado el *soft law*, que en opinión de algunos autores españoles³⁸ son una guía que auxilia para determinar el sentido de los términos y reglas fijadas en el Modelo de Convenio en el momento de aplicación e interpretación de los Convenios de doble imposición. De

³⁶ *Ibidem*, p. 25.

³⁷ En caso de colisión de normas internacionales y nacionales, prevalece el derecho internacional. Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en del derecho interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 22.

³⁸ García Prats, Francisco Alfredo, *op. cit.*, p. 106.

acuerdo con Rosas Amandi las normas de *soft law* son declaraciones de principios que no resultan obligatorios para las partes, pero sirven para establecer intenciones; en dicho sentido, contienen más obligaciones morales que jurídicas.³⁹ García Novoa los identifica “como auténticos *backdoors rules* que no vinculan por su fuerza jurídica ya que no son normas imperativas, pero que los Estados deciden aplicar por el prestigio de los organismos que los emiten como la OCDE o la ONU”.⁴⁰ Por su parte, Lara Yaffar ha indicado que los Comentarios tienen la finalidad de eliminar al máximo los problemas derivados de la interpretación de las disposiciones de los tratados para evitar la doble tributación celebrados con base en el modelo.⁴¹

En el contexto mexicano Lara Yaffar sitúa a los Comentarios de la OCDE como el “sentido corriente” de los términos de los tratados fiscales, señala que están dentro de las categorías que deben tomarse en cuenta junto con el contexto y afirma que: “las modificaciones ulteriores a los Comentarios constituyen acuerdos subsecuentes” (inciso *a*, párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena). Dicho especialista considera que los “Comentarios OCDE constituyen el significado especial que las partes quisieron dar a los términos de los tratados para evitar la doble tributación, celebrados de conformidad con el Modelo OCDE (artículo 31, párrafo 4 de la Convención de Viena)”. En suma, Lara Yaffar considera que los “Comentarios OCDE son medios complementarios de interpretación en términos del artículo 32 de la Convención de Viena, toda vez que sirven para confirmar el significado de los términos de los tratados para evitar la doble tributación y, junto con el Modelo, son documentos que integran la base para la conclusión de dichos acuerdos bilaterales”.⁴²

Es así que, como se observa, la interpretación de los CDIs deberá nutrirse con los comentarios de la OCDE, así como los principios nacidos en el derecho internacional, tales como los de buena fe,⁴³ de convalidación o aquiescencia, de impedimento, de protección a las expectativas legítimas. Pero quizá la tarea más ardua del intérprete en la aplicación de los CDIs será analizar el contenido de los comentarios de la OCDE, ya que éstos en sí

³⁹ Rojas Amandi, Víctor M., *Derecho internacional público*, cit., p. 23.

⁴⁰ García Novoa, César, *El derecho tributario a las puertas del siglo XXI. Retos del futuro*, p. 24.

⁴¹ Lara Yaffar, Armando, “Interpretación de los tratados para evitar la doble tributación”, en Ríos Granados, Gabriela, *Derecho internacional tributario*, cit., pp. 33 y ss.

⁴² *Ibidem*, p. 35.

⁴³ “De acuerdo con el principio de *Pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de dicha Convención, establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Lara Yaffar Armando: “Interpretación de los tratados para evitar la doble tributación”, *Derecho internacional tributario*, Ríos Granados, Gabriela, México, Porrúa, 2010, pp. 33 y ss.

mismos no son uniformes, pues pueden contener desde aclaraciones, manifestaciones, definiciones, aplicaciones de reglas, directrices, opiniones. Además, como se verá más adelante, por criterios jurisprudenciales mexicanos, este *soft law* producido no por intervención de la autoridad Estatal, es decir, por el legislador, se tiene que aplicar obligatoriamente por los jueces en la interpretación de los CDIs. Entonces, por la fuerza de la jurisprudencia en México, poco a poco este *soft law* se vuelve norma vinculante e imperativa. A continuación se citan algunos criterios jurisprudenciales que sostienen lo que hemos comentado en este párrafo.

2. Criterios jurisdiccionales mexicanos sobre el uso de los Comentarios de la OCDE

DOBLE TRIBUTACIÓN. LOS COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DEL MODELO DE CONVENIO FISCAL SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO, ELABORADO POR LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), NO SON LEY, SINO POSIBLES INSTRUMENTOS DE INTERPRETACIÓN. Los comentarios a los artículos del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición fiscal no son ley, pues así se desprende del contenido del punto 29 de la introducción a dicho modelo; sin embargo, ello no implica desconocerles su carácter de instrumentos de interpretación respecto de un caso concreto, ya que aun cuando carecen de fuerza para imponer obligaciones a los contribuyentes, sí pueden ser considerados por las autoridades fiscales a fin de interpretar adecuadamente las disposiciones de un convenio elaborado con base en el modelo en cuestión.⁴⁴

DOBLE TRIBUTACIÓN. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS COMENTARIOS DEL MODELO DE CONVENIO FISCAL SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO, ELABORADO POR LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Dentro de las obligaciones que México asumió como país miembro de la OCDE, se encuentra la de concluir los convenios bilaterales que en materia de doble imposición celebre con otros países miembros, con base en el Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio, que fue elaborado por el Comité de Asuntos Fiscales de esa organización, con el objeto principal de resolver, sobre una base uniforme, los problemas que con mayor regularidad se presentan en el campo de la doble imposición entre los países que forman parte de tal organismo. Este modelo de convenio se divide en capítulos en los que se contienen los artículos relativos al tema con el que se titula el propio capítulo y, a su vez, cada artículo

⁴⁴ Amparo directo 464/2002, Tupperware Products, S. A., 25 de junio de 2003, Tribunales Colegiados de Circuito, Unanimidad de votos, Ponente: Óscar Germán Cendejas Gleason, Secretario: Omar Pérez García, Tesis aislada, Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVIII, septiembre de 2003, p. 1373.

cuenta con comentarios formulados por expertos fiscales de los países miembros con el fin de ilustrar o interpretar su contenido. Así pues, los comentarios de mérito constituyen una fuente privilegiada de interpretación de los tratados, porque así se reconoce expresamente en los puntos 28 y 29 de la introducción al Modelo de Convenio de la OCDE, y porque en términos de lo dispuesto en la regla 2.1.13. de la Resolución Miscelánea Fiscal para el ejercicio fiscal de dos mil, las autoridades nacionales sólo deben acudir a ellos con el único propósito de interpretar los tratados internacionales que México celebre para evitar la doble imposición fiscal; siendo así inconcuso que tales comentarios revisten una naturaleza netamente interpretativa”.⁴⁵

DOBLE TRIBUTACIÓN. LA APLICACIÓN DE LOS COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DEL MODELO DE CONVENIO FISCAL SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO, ELABORADO POR LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), CONSTITUYE UN MÉTODO DE INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA. La interpretación auténtica es aquella que deriva de los razonamientos propios del autor del ordenamiento que desde luego se interpreta, por lo que si fue la OCDE la que elaboró el modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional entre sus países miembros, y fue esta misma organización la que a fin de establecer un criterio uniforme para la solución de controversias, formuló ex profeso los comentarios como lineamientos de interpretación de las disposiciones del modelo de convenio y de los acuerdos que de éste deriven, se deduce que éstos constituyen el mejor instrumento para aplicar adecuadamente y de manera uniforme las disposiciones de los convenios tributarios que celebren los países de esa organización, en tanto que ello garantiza que el tratado se está interpretando en los justos términos en que se concibió y para los que fue diseñado, pues al resultar aplicables a todos los convenios que siguen el modelo de la OCDE, se impide que las autoridades fiscales de cada país interpreten los tratados con base en apreciaciones propias y quizá empleando métodos diferentes, ya que la existencia de los comentarios las obliga a ajustar su actuación a los lineamientos en ellos previstos y, consecuentemente, a resolver, si no siempre en idénticos términos, sí en forma similar.⁴⁶

DOBLE TRIBUTACIÓN.- APLICACIÓN OBLIGATORIA DE LOS COMENTARIOS AL MODELO DE LA OCDE.- El artículo 35 del Código Fiscal de la Federación permite a los funcionarios fiscales facultados, emitir criterios para la aplicación de las disposiciones fiscales, los cuales, si son publicados en el Diario Oficial de la Federación, derivan derechos para particulares. Así tenemos que si se publicó en el Diario Oficial de la Federación que los Comentarios al Modelo de la OCDE para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal, son obligatorios para las autoridades fiscales en la interpretación de los

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Amparo directo 464/2002. Tupperware Products, S. A., *cit.*, p.1371.

tratados celebrados por México, siempre que sean congruentes con dichas disposiciones y correspondan a las explicaciones técnicas emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, éstos podrán ser invocados por los particulares para la debida interpretación y aplicación de los tratados para evitar la doble imposición en los que México sea parte.⁴⁷

DOBLE TRIBUTACIÓN. APLICACIÓN DE LOS COMENTARIOS AL MODELO DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, CONFORME A LA CONVENCION DE VIENA. La Convención de Viena establece reglas para la interpretación de los tratados internacionales, la cual al haberse suscrito y ratificado por México, se convierte en derecho interno mexicano y consecuentemente, son obligatorias para el juzgador. Por su parte, el artículo 31 de dicha Convención señala, entre otras reglas, que un tratado debe interpretarse de buena fe, en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin; el contexto comprende, entre otros elementos: a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración, b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. Así, en atención al citado precepto, se acepta como uno de los fines de los convenios celebrados entre los gobiernos de los distintos países para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta y el capital, precisamente el de evitar que simultáneamente, dos o más países impongan ese tipo de gravámenes a una persona por un mismo hecho imponible. En virtud de que dichos convenios se pactaron conforme al modelo elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE—, los mismos son fuente privilegiada para la interpretación de los tratados referidos y no una norma obligatoria, siempre que los Gobiernos de los residentes en los países, sujetos a controversia, hayan participado en la elaboración de ese instrumento sin formular reserva alguna respecto del comentario de que se trate o del precepto comentado. En consecuencia, si los Estados Unidos de Norte América y México aceptaron el Modelo citado, los comentarios contenidos en él, deben ser atendidos como fuente privilegiada para la interpretación del Tratado celebrado entre ellos para Evitar la Doble Tributación e Impedir la Evasión Fiscal. Lo anterior, es sin perjuicio de que en los casos en que el particular se beneficie de la aplicación de estos comentarios y siempre que se mantengan las disposiciones generales vigentes relacionadas con dicha obligatoriedad, se consideren obligatorios en los términos del precedente cuya voz dice: DOBLE

⁴⁷ Juicio de Nulidad No. 100(20)33/97/20328/96.- Resuelto por la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, en sesión del 13 de enero de 1998, por unanimidad de 4 votos con la ponencia modificada. Magistrado ponente: Luis Carballo Balvanera.- Encargado del Engrose: magistrado Rubén Aguirre Pangburn. Secretaria: Lic. Susana Ruiz González, Quinta época, Segunda Sección, No. 80, agosto 2007, p. 51.

TRIBUTACIÓN. APLICACIÓN OBLIGATORIA DE LOS COMENTARIOS AL MODELO DE LA OCDE.⁴⁸

DOBLE TRIBUTACIÓN. BENEFICIARIO EFECTIVO DE LOS INTERESES. El Convenio entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para Evitar la Doble Imposición en Materia del Impuesto Sobre la Renta y Ganancias de Capital, en su artículo 11, segundo párrafo, establece las tasas impositivas máximas aplicables por el Estado de donde provengan los intereses, cuando el beneficiario efectivo de los mismos, sea residente del otro Estado. Por su parte, el párrafo octavo de los comentarios de la OCDE, al referirse al artículo antes citado, aclara que dicho beneficio únicamente procede cuando entre el pagador y el beneficiario de los intereses no se interponga un tercero, salvo que el usufructuario sea residente del otro Estado signatario. Esto es, la condición de que el receptor de los intereses sea el beneficiario efectivo, tiene por propósito evitar que un residente de un tercer Estado goce de los beneficios del Convenio, percibiendo los intereses por conducto de un agente o designatario, residente de uno de los Estados Contratantes. Así, si atendemos a la ratio legis del “beneficiario efectivo”, podemos concluir que no importa que se interponga un tercero entre el pagador y el beneficiario, siempre y cuando aquél tenga la misma residencia del beneficiario efectivo de los intereses.⁴⁹

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente, es necesario reconocer que tanto los Modelos de Convenio como los Comentarios de la OCDE tratan de homogeneizar los criterios interpretativos de los CDIs que regulan los mecanismos para evitar doble imposición de la renta transnacional. Los Modelos de Convenio son una guía para los países en el reparto de la competencia tributaria. En opinión de algunos tratadistas los Comentarios de la OCDE otorgan seguridad jurídica a los operadores jurídicos; sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo con esta postura porque en el momento de admitir

⁴⁸ Juicio Contencioso Administrativo Núm. 27893/04-17-08-1/366/07-S2-07-02.- Resuelto por la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión del 26 de junio de 2007, por unanimidad de 5 votos a favor.- Magistrada Ponente: Silvia Eugenia Díaz Vega.- Secretario: Lic. José de Jesús González López. Quinta época, Segunda Sección, Publicación: No. 80 Agosto 2007, página: 50.

⁴⁹ Juicio de Nulidad No. 100(20)33/97/20328/96.- Resuelto por la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, en sesión de 13 de enero de 1998, por unanimidad de 4 votos con la ponencia modificada.- Magistrado Ponente: Luis Carballo Balvanera.- Encargado del Engrose: Magistrado Rubén Aguirre Pangburn.- Secretaria: Lic. Susana Ruíz González. Tercera época, Segunda Sección, Publicación: No. 126, junio 1998. Página: 303.

la interpretación dinámica de los CDIs con base en nuevos Comentarios vertidos por la OCDE generan una nueva interpretación sobre los CDIs.

Por otro lado, de acuerdo, con los criterios jurisprudenciales emitidos tanto por el Poder Judicial de la Federación y del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de la República mexicana, se observa que no obstante no forman parte del entramado jurídico que monopoliza el Congreso de la Unión, son obligatorios para las autoridades fiscales cuando interpreten CDIs. Y en caso de colisión de normas del derecho internacional con el nacional, prevalecen las normas de derecho internacional, aunque sean consideradas *soft law*. En nuestra opinión, la interpretación de los CDIs debe estar alimentada primeramente por el artículo 31 de la Convención de Viena, de los principios y escuelas aceptadas en el derecho internacional, y en el último escaño, utilizar los comentarios de la ODCE como criterios de interpretación de los CDIs.

CAPÍTULO XVII
BREVES ANOTACIONES SOBRE LOS PROBLEMAS
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO RESPECTO
A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES
SOBRE MATERNIDAD SUSTITUTIVA

Elí RODRÍGUEZ MARTÍNEZ*

*Para Sonia, con todo mi cariño
y con el mejor de mis recuerdos*

“Cuando un amigo se va,
Sólo quedan los recuerdos,

...

“Quizás no pierdo un amigo,
tal vez ya gané a un aliado,
que esté al final a mi lado,
para mostrarme el camino”.

Efrén ROMERO ACUÑA
“Para un amigo muerto”

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las técnicas de reproducción asistida.*
III. *La maternidad subrogada.* IV. *Problemas de derecho internacional
privado en los acuerdos internacionales de maternidad subrogada.* V. *Con-*
clusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales, la necesidad de la preservación de la especie humana ha hecho que la fertilidad humana juegue un rol muy importante dentro de la sociedad, en todas las culturas, en todos los tiempos.

La necesidad de tener una estirpe va más allá de lo meramente biológico y de la necesidad de preservación, además, se encuentra íntimamente vinculada a otros factores, tales como el religioso. Así, en muchas culturas, o en todas ellas, la preservación de la estirpe se encuentra relacionada con la pre-

servación del linaje, el nombre de la familia, el patrimonio familiar, e incluso, el favor de Dios, o de los dioses según la cultura; de tal manera que el tener mucha estirpe era considerado como una bendición de Dios,¹ en tanto que su ausencia era considerado como una deshonra o castigo divino.²

Lo anterior ha hecho que, a lo largo de la historia, se busquen maneras de poder combatir la infertilidad o esterilidad humana y asegurar una descendencia.

Así, en el libro del *Génesis* se cuenta que Raquel, esposa de Jacob, el Patriarca

...tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero.

Y Jacob se enojó contra Raquel, y dijo: ¿Soy yo acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre?

Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha, llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, yo también tendré hijos de ella (Gen. 30: 1-3).

Sin embargo, el caso más conocido es el de la esterilidad de Sara, mujer del Patriarca Abraham, que ante su imposibilidad de concebirle un hijo, le entregó a su marido, tal como era la costumbre de la época, su esclava, Agar, a fin de que él se allegase a ella y procreara en ella un hijo, que sería su heredero y sobre el cual se mantendría su linaje, y ese hijo sería considerado por Sara como hijo suyo, como hijo propio.

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo sobre las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada desde la perspectiva de la bioética, nos limitaremos a exponer los problemas que en el derecho internacional privado generan los contratos internacionales de maternidad subrogada.

II. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La maternidad sustitutiva o maternidad subrogada es una de las “técnicas de reproducción asistida” (TRA).

¹ Así en la *Biblia*, en el Libro de Rut se lee que “Las mujeres decían a Noemí: Loado sea Jehová, que hizo que no te faltase hoy pariente, cuyo nombre será celebrado en Israel; el cual será restaurador de tu alma, y sustentará tu vejez; pues tu nuera, que te ama, lo ha dado a luz; y ella es de más valor para ti que siete hijos” (Rut 4:14-15. Versión Reina Valera, 1960).

² En la *Biblia*, en el Primer Libro de Samuel se lee: “Y cuando llegaba el día en que Elcana ofrecía sacrificio, daba a Penina su mujer, a todos sus hijos y a todas sus hijas, a cada uno su parte. Pero a Ana daba una parte escogida, porque amaba a Ana, aunque Jehová no le había concebido tener hijos... Y su rival la irritaba, enojándola y entristeciéndola, porque Jehová no le había concedido tener hijos” (1º Sam. 1:4-6. Versión Reina Valera, 1960).

Tales técnicas de reproducción (humana) asistida (TRA) o técnicas de fertilización asistida, como también se les conoce, pueden ser definidas como “todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo”.³

Por tanto, la finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es “la actuación médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”;⁴ aunque también dichas técnicas pueden ser empleadas “en la prevención y tratamiento de las enfermedades de origen genético o hereditario...”.⁵

Entre las técnicas de reproducción asistida podemos mencionar:

a) La *inseminación artificial*, que consiste en trasladar el semen previamente recogido de un varón e implantarlo en el interior de la vagina o útero de una mujer.

b) La fecundación *in vitro* consiste en la extracción directa de varios óvulos de una mujer los cuales son fecundados con el espermatozoides de un hombre en un medio adecuado, *in vitro*, los cuales habrán de ser implantados dentro del útero de la madre.

c) La *transferencia intratubárica de gametos* es un procedimiento similar a la fecundación *in vitro* pero se diferencia de éste en que la fecundación se produce dentro de las trompas de falopio de manera natural. A través de medicamentos se estimula la ovulación, una vez maduros éstos se extraen y son fecundados con el espermatozoides y luego son implantados en las trompas de Falopio en lugar de hacerlo *in vitro* en laboratorio.

d) La *maternidad subrogada*, la cual emplea la misma técnica que la fecundación *in vitro*, con la diferencia de que el embrión fecundado es implantado en el útero de la madre subrogada.

³ Scotti, Luciana B., “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. Véase <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-collmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>. Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2013.

⁴ Artículo 1.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 35/1988), de España. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* núm. 282, del 24 de noviembre de 1988, corrección de errores en *BOE* núm. 284, del 26 de noviembre de 1988.

⁵ Artículo 1.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. *Idem*.

III. LA MATERNIDAD SUBROGADA

“Subrogación es la sustitución o cambio de una cosa o de una persona por otra”. Por tanto, hablar de “maternidad subrogada” es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer —a quien se presume en primera instancia como madre— por otra. Por tanto se entiende por maternidad subrogada: “la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento”.⁶

La maternidad subrogada... implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante.⁷

La técnica de la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la “madre subrogada”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales” o “padres subrogantes”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.⁸

En otras palabras, dicha práctica consiste en un acuerdo —oneroso o gratuito— por el cual una mujer se compromete a llevar a cabo una gestación para una pareja, renunciando a toda pretensión de maternidad al producirse el nacimiento, y/o permitiendo la adopción por parte de la pareja contratante.

Otras denominaciones que recibe la maternidad subrogada son:⁹

- Alquiler de vientre.
- Alquiler de útero.
- Arriendo de útero.
- Arrendamiento de vientre.

⁶ Hurtado Oliver, Xavier, “El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación *in vitro*, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos”, México, Porrúa, 1999, p. 54.

⁷ De la Torre Vargas, Maricruz, “La fecundación *in vitro* y la filiación”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 204.

⁸ Scotti, *op. cit.*, nota 3.

⁹ Arámbula Reyes, Alma, “Maternidad subrogada”, México, Centro de Documentación, Información y Análisis, Cámara de Diputados, 2008, p. 33.

- Donación temporaria de útero.
- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro.
- Gestación de sustitución.
- Gestación subrogada.
- Madre portadora.
- Maternidad sustituta.
- Maternidad de sustitución.
- Maternidad suplente.
- Maternidad de alquiler.
- Maternidad de encargo.
- Madres de alquiler.
- Madres portadoras.
- Vientre de alquiler.
- *Surrogated motherhood*, en su denominación en inglés, y
- *Barriga de alugel*, en su denominación en portugués.

Pero la denominación que ha predominado de todas es la de maternidad subrogada.

Los supuestos en los que, por lo general, se recurre a la maternidad sustitutiva son:

- a) Por *infertilidad o esterilidad femenina*, cuando la mujer dentro del matrimonio es infértil, ya sea por imposibilidad para concebir o bien por imposibilidad para alojar el embrión en el útero.
- b) Por *conveniencia masculina*, bien sea porque un hombre soltero recurra a esta técnica para ser padre o en el caso, el más común de ellos, de un matrimonio o pareja homoparental masculina que desean ser padres.
- c) Por *conveniencia femenina*, ya sea que la mujer que desea ser madre no quiera soportar los inconvenientes que conlleva un embarazo, que van desde el ver afectada su figura, el evitar las molestias propias del embarazo como por cuestiones de índole laboral.

A su vez, la maternidad sustitutiva se realiza bajo dos formas:¹⁰

- a) La subrogación tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), consistente en el arrendamiento de vientre y óvulo, en el cual la madre subrogada es también la madre genética, toda vez que un óvulo suyo es fecundado con el

¹⁰ Scotti, *op. cit.*, nota 3.

esperma del padre comitente o de un tercer donante. En este caso, la madre subrogada aporta tanto el útero como sus propios óvulos.

En este caso, no se puede hablar propiamente de una “maternidad subrogada” sino más bien de una inseminación artificial.

b) La subrogación gestacional o parcial (*gestational surrogacy*), o arrendamiento de vientre, que consiste en la gestación en el útero de la madre subrogada del óvulo de una mujer diferente, sea la madre comitente o subrogante o una tercera donadora, independientemente de quien sea el donante del esperma con el cual es fecundado el óvulo implantado.

En este caso hablamos propiamente de una maternidad subrogada.

En lo sucesivo cuando hablemos de maternidad subrogada estaremos haciendo referencia a este último supuesto.

En la actualidad no existe una tendencia legislativa uniforme respecto a la maternidad subrogada, toda vez que existen países que la permiten, otros que la prohíben y otros tantos se han mantenido indiferentes y no han legislado ni para permitirla ni para prohibirla.

Entre los países que prohíben la maternidad subrogada y, por tanto, en los que dichos contratos son considerados nulos, se encuentran: Alemania,¹¹ Austria,¹² Colombia,¹³ Costa Rica,¹⁴ Dinamarca,¹⁵ así como los siguientes

¹¹ La Ley sobre protección de embriones, del 13 de diciembre de 1990, dispone que:

§1 Aplicación abusiva de técnicas de reproducción:

1) Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con pena de multa a quien: 7. Emprenda una fecundación artificial o una transferencia de un embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento de modo permanente (madre sustituta).

¹² La Ley de Medicina Reproductiva prohíbe la maternidad subrogada (artículos § 2 y § 3 de la ley). Véase <http://www.bmeia.gv.at/es/embajada/santiago-de-chile/consejos/austracos-en-chile/nacionalidad.html>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

¹³ La Ley 919 de 2004 que introduce una reforma al artículo 134 del Código Penal dispone que: “Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres a seis años de prisión” (artículo 2o.). Ver: http://www.ub.edu/dpe/nal/CP_Colombia_2000_actualizado.pdf. Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

¹⁴ El artículo 1o. de la Norma 24029-S que regula la Realización de Técnicas de Reproducción Asistida *In Vitro* o FIV dispone que: “Autorízase, únicamente entre cónyuges [el subrayado es mío], la realización de técnicas de reproducción asistida en el país, que deberán regirse por las disposiciones del presente Decreto Ejecutivo”. No obstante esta permisión, dicho Decreto Ejecutivo fue anulado por inconstitucionalidad mediante resolución de la Sala Constitucional No. 2306 del 15 de marzo de 2000. Ver: <http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=25469&nVersion=26946&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=> http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJawaScript=NO. Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

¹⁵ El artículo 2.11 de la Ley sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina dispone que: “Los óvulos fecundados sólo podrán ser utilizados para su implantación en la mujer de

países: España,¹⁶ Francia,¹⁷ Suiza¹⁸ y Uruguay,¹⁹ entre otros.

Entre los pocos países que la permiten, aunque varios de ellos con ciertas limitaciones o condiciones, podemos mencionar el caso de Brasil,²⁰

la que procedan los óvulos”, entendiéndose esto en el contexto de una inseminación artificial, por tanto, la maternidad subrogada se encuentra prohibida. Véase <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/72.pdf>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

¹⁶ El artículo 8.1 de la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida dispone que: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. No obstante lo anterior, el Código Civil Catalán (Ley 25/2010 del 29 de julio) establece que “La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre” (artículo 235-3).

De igual manera, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de 5 de octubre de 2010, dispone que “La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”. Véase http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Instruccion_DGRN_05_10_2010;jsessionid=4FF3F418C6754A505D9DAB15E8F41597. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2013.

¹⁷ El artículo 16-7 del Código Civil dispone que: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro” (reforma introducida por la Ley No. 94-653, relativa al respeto del cuerpo humano). Recientemente tres sentencias de la Corte de Casación de Francia del 7 de abril de 2011 establecieron que los acuerdos internacionales de subrogación violan el orden público francés, Scotti, *op. cit.*, nota 3.

¹⁸ El artículo 119 a) de la Constitución Federal de la Confederación Suiza dispone que: “1) La Confederación dictará normas en el campo del trasplante de órganos, tejidos y células. Al hacerlo, buscará garantizar la protección de la dignidad humana, la personalidad y la salud... 3) La donación de órganos, tejidos y células de origen humano es gratuito. El comercio de órganos humanos está prohibido”. Véase <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013. El artículo 4 de la Ley Federal sobre la Procreación Médicamente Asistida dispone que: “La donación de óvulos y embriones así como la maternidad sustitutiva están prohibidas”. Véase <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20001938/index.html>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

¹⁹ El artículo 134 del Código de la Niñez y de la Adolescencia señala: “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los 30 días de su nacimiento”. Véase http://www.badaj.org/ckfinder/userfiles/files/Nacionales/Uruguay/Codigo_Ninez_adolescencia-Uruguay.pdf. Fecha de consulta: 8 de septiembre de 2013.

²⁰ La Norma II, punto 1 de las Normas éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assitida (aprobadas por Resolución 1358 /1992 del Consejo Federal de Medicina) dispone que: “Toda mujer, en los términos de Ley, que haya solicitado y cuya indicación que no rebase los límites de esta Resolución puede ser receptora de las Técnicas de Reproducción Asistida, desde que haya aceptado de manera libre y consiente en documento de consentimiento informado”; con la limitación de que la “gestación de sustitución” (*gestação de sus-*

Chile²¹ (en América), Grecia,²² India,²³ Israel,²⁴ Italia,²⁵ así como el Reino

tituição) o “donación temporal de útero” (*doação temporária do útero*) “no podrán tener carácter lucrativo o comercial” (Norma VII, punto 2). Véase http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

²¹ El artículo 182 del Código Civil establece que: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (reforma introducida mediante la Ley No. 19, 585 que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, del 26 de octubre de 1998; por tanto, dichos acuerdos de maternidad subrogada son permitidos. Véase http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILE_NO.pdf. Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

²² El artículo 1458 de la ley 3089/2002 establece que: “La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas (éstas son las personas que desean tener un niño y la gestante, y en los casos en los que ésta está casada, de su esposo también). La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”; asimismo, el artículo 1464 del Código Civil griego, “en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”; citados por Lamm, Eleonora, “Gestión por sustitución. Realidad y derecho”, *Revista para el Análisis del Derecho (INDRET)*, Barcelona, julio de 2012, p. 14.

²³ El artículo 34.1 de la Ley que regula las Técnicas de Reproducción Asistida (*Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill*) de 2008, dispone que: “Tanto las parejas como individuos que busquen la subrogación a través del uso de las técnicas de reproducción asistida, y la madre subrogada, deberán pactar un acuerdo de subrogación el cual será legalmente ejecutable”. Véase http://www.prsindia.org/uploads/media/vikas_doc/docs/1241500084~~DraftART Bill.pdf. Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2013.

²⁴ La Ley 5746 establece los siguientes requisitos: (1) los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre (Sect. 1); (2) la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación (Sect. 4(2)); (3) los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y espermia del padre comitente (Sect. 2(4)); (4) la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente (Sect. 1, 2(3), b)); (5) la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera (Sect. 2(3), a)); (6) la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado (Sect. 2(5)). Lamm, *op. cit.* nota 22, p. 13.

²⁵ El artículo 4o. de la Ley en materia de Procreación Médicamente Asistida dispone que: “1. El recurso a la técnica de procreación médicamente asistida es permitida sólo cuando esté confirmada la imposibilidad de eliminar la causa que impide la procreación y se encuentre limitada al caso de la infertilidad o esterilidad inexplicable y debidamente documentada así como a la esterilidad o infertilidad comprobada y certificada médicamente... 3) Está prohibido el recurso

Unido²⁶ y Rusia,²⁷ entre otros.

En los Estados Unidos son varias las entidades federativas que aceptan la maternidad subrogada, principalmente California; la única entidad que los prohíbe es Nueva York.

En el caso de México, el artículo 491 del Código Civil del Estado de Coahuila dispone que “el contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó”.²⁸

En cambio, el Código Civil del Estado de Tabasco no sólo permite y reconoce los contratos de “maternidad por gestación sustitutiva” o “maternidad sustitutiva” sino que los regula al señalar que:

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras “hijo legítimo”... o “habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial”, que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado...

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

a la técnica de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo”. Véase <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/60.pdf>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

²⁶ La Ley de Acuerdos de Subrogación (*Surrogacy Arrangements Act*), de 1985, regula los acuerdos de maternidad subrogada. Véase <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/section/1>. Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2013.

²⁷ El artículo 51 del Código de Familia de la Federación de Rusia establece que “Las personas, que dieron su consentimiento escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, pueden ser registrados como padres del niño sólo al disponer del consentimiento de la mujer, que dio a luz el niño (madre subrogada)”. Véase <http://www.surrogacymed.es/ley/maternidad-subrogada-en-rusia.html>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2013.

²⁸ Véase <http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/coahuila/codigo-civil-para-el-estado-de-coahuila-de-zaragoza.pdf>. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2013.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare (artículo 92).

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo (artículo 360).

En el estado de Jalisco se presentó al Congreso del Estado en 2011 una “Iniciativa de Ley que regula la Subrogación Materna”,²⁹ iniciativa que pretendía reformar el Código Civil del Estado; sin embargo, dicha iniciativa no fue aprobada.

La única entidad federativa que ha promulgado una ley especial en la materia es el Distrito Federal, cuya Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal fue aprobada el 30 de noviembre de 2010 pero no fue publicada y se encuentra pendiente de nuevo tratamiento en comisión como consecuencia de la “moción de censura” aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el pasado 20 de diciembre de 2011.

Dicha Ley tiene por objeto “establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada” (artículo 1o.), la cual “se realizará sin fines de lucro para los padres subrogados y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el período gestacional” (artículo 2o., segundo párrafo).

No obstante, ni la ley en comento ni el Código Civil para el Distrito Federal establecen disposición alguna respecto a la imputación de maternidad de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada.

La necesidad económica y la dispar regulación en los derechos nacionales, principalmente la prohibición en muchos de ellos, motiva que se celebren acuerdos de maternidad subrogada entre personas situadas en distintos países abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo, dando lugar a lo que algunos autores denominan “turismo procreativo” o “turismo reproductivo”.³⁰

²⁹ Véase http://congreso.jalisco.gob.mx/servicios/sistemas/agenda/Documentos/17022011/Dipu39/18022011104350_materna.pdf. Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2013.

³⁰ El “turismo reproductivo” o “*cross-border reproductive care*” (CBRC) se define como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las TRA. Generalmente sucede cuando los costes del tratamiento son inferiores en el país receptor o cuando el procedimiento al que se desea recurrir (p. ej. la donación de gametos) no

IV. PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE MATERNIDAD SUBROGADA

Considero oportuno diferenciar dos cuestiones, la primera se refiere a la formación de los contratos de maternidad subrogada y la segunda es la relativa al contenido de dichos contratos y sus efectos en el derecho internacional privado.

1. *La formación de los contratos de maternidad subrogada*

En la formación de los contratos internacionales de maternidad subrogada hay dos cuestiones que se plantean: la forma de los contratos y la capacidad de las partes.

A. *La forma de los contratos*

Echando un vistazo al Derecho comparado, podemos concluir sin duda alguna que la forma de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada se rige por el principio de *locus regit actum*. Por tanto, la forma de dichos contratos se regirá por la ley del lugar donde se celebren.³¹

Al respecto, la ley del lugar de la celebración determinará las formalidades de dichos contratos y estipulará si éstos habrán de realizarse mediante escritura pública —con o sin previa autorización judicial— o mediante documento privado, bien sea directamente entre los padres comitentes con la madre gestante o con una institución médica.

Existen opiniones de algunos autores que sostienen categóricamente que el contrato de maternidad sustitutiva debería constar en escritura pública, ya que se trata de un instrumento que servirá como título de determinación legal de la filiación y por su carácter de prueba plena, señalando que se está en presencia de un reconocimiento “previo” del hijo; en tanto que otros sostienen que basta con que dicho contrato se externe en documento privado ante el médico o en la institución que practique la procreación asistida.³²

está disponible o no es legal en el país de origen. Cotarelo, Rocío P. “Reproducción asistida en Italia: Del “Salvaje Oeste” a la ley de reproducción asistida más restrictiva de Europa. Un país que se adapta al continuo cambio en la legislación”. Véase http://www.lvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/curso2011_reprod_12_reproduccion_asistida_en_italia.pdf. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

³¹ Así el artículo 13, fracción IV del Código Civil Federal dispone que: “La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren...”.

³² Arámbula Reyes, *op. cit.*, nota 9, p. 104.

Desde luego un exceso de formalidades puede producir un efecto contrario al deseado, por ello es conveniente el equilibrio entre la posible valoración de un consentimiento expresado de manera tácita y los requisitos de elevarlo a escritura pública.

B. *La capacidad de las partes*

A este respecto, nada impide aplicar la regla consagrada en el derecho internacional privado de que “el estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio”.³³

Por tanto, la ley aplicable a la capacidad de las partes determinará quiénes son las personas que pueden recurrir a la maternidad sustitutiva, por ejemplo, si sólo pueden hacerlo matrimonios —heterosexuales u homoparentales— o si pueden realizarlo parejas en concubinato o personas solteras.

Lo anterior es muy importante, porque normalmente el menor concebido mediante maternidad subrogada será trasladado al lugar donde habitualmente residen los padres comitentes. Pudiera ser el caso de que en el lugar de la residencia habitual no fuera lícito la celebración de los matrimonios homoparentales, por lo que el menor será hijo de sólo uno de los cónyuges.

En la opinión personal de quien escribe estas líneas, debiera ser aplicable para ambos supuestos —la forma del contrato y la capacidad de los contratantes— en los contratos internacionales sobre maternidad subrogada el principio de *favor contractus*, procurando con ello que el juez pueda garantizar la validez del contrato.

2. *La materia de los contratos de maternidad subrogada*

Es preciso partir del supuesto de que tanto las técnicas de reproducción asistida como la maternidad subrogada son materia de regulación estatal con un marcado interés público, por lo que podemos decir que dichas disposiciones son normas del orden público y por tanto de aplicación inmediata. Así, la libertad contractual se reduce mucho.

Sin lugar a duda el principal objetivo de los contratos de maternidad subrogada es la transferencia de la maternidad —y por ende, de la patria potestad— de la madre gestante a la madre comitente.

No obstante, existen otras cuestiones que también son objeto de regulación en dichos contratos, tales como:

³³ Artículo 13, fracción II del Código Civil Federal.

- Los alimentos que haya de recibir la madre gestante en tanto dura el embarazo.

En virtud de que en tanto no nazca el menor concebido no existe la transferencia de la maternidad, por ende, en tanto nazca el menor éste es hijo de la gestante y por ello deberá recibir alimentos de los padres biológicos.

- Los servicios médicos y la responsabilidad médica.

Cuando el contrato de maternidad sustitutiva deba ser celebrado entre la pareja o matrimonio solicitante del servicio y el médico o la institución médica autorizada para realizarlo, se deberá establecer la responsabilidad civil por la actividad terapéutica (responsabilidad profesional). Ante la ausencia de cláusulas contractuales que determinen dicha responsabilidad se estará a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado.

- El derecho de anonimato de los donadores de los gametos.

El anonimato del donante, es decir, la prohibición de que se revele su identidad, es un principio ampliamente aceptado en el derecho comparado pero lejos de ser unánime, toda vez que el anonimato de los donantes se contrapone al derecho de los nacidos a conocer su origen biológico.

- El derecho a abortar.

Algunas legislaciones establecen el derecho de la gestante de abortar sólo cuando el desarrollo del embarazo pueda poner en peligro su vida.³⁴

Por lo que respecta al derecho de anonimato y al derecho a abortar estas materias son consideradas normas de aplicación inmediata, excluyendo así la aplicación de un derecho extranjero; por tanto, se aplicará la *lex fori*.

En lo que respecta a los alimentos y a la responsabilidad médica nada impide que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes éstas puedan pactar libremente el derecho aplicable en el contrato (de naturaleza internacional) sobre maternidad subrogada; así por ejemplo, en el caso de los alimentos podrán optar por la ley que les resulte más favorable, entre

³⁴ Así por ejemplo el Proyecto de Iniciativa de Ley que Regula la Subrogación Materna en el Estado de Jalisco dispone en su artículo 602.4 que “En caso que durante la preñez, se ponga en riesgo la vida de la mujer que ha subrogado su útero, se preferirá la vida de la mujer sobre aquella del producto de la concepción. Las partes del contrato sólo podrán recibir el equivalente a los daños y perjuicios sufridos, así como por los gastos erogados mencionados en este capítulo, si comprueban que hubo negligencia o imprudencia de la madre subrogada”. *Op. cit.*, nota 29.

la ley de la residencia habitual del acreedor alimentario o la del deudor alimentario.³⁵

Sin embargo, en el caso de aquellas otras materias previstas en el contrato que no sean consideradas normas de orden público internacional y en las que no haya sido pactado expresamente el derecho aplicable y en las que tampoco existan reglas conflictuales muy precisas para la determinación de éste —el derecho aplicable— considero que se habrá de observar el principio *favor mater o favor matris*, a fin de que se aplique el derecho que le resulta más favorable a la madre gestante.

3. *Los problemas de derecho internacional privado en los contratos de maternidad subrogada*

Las principales cuestiones de derecho internacional privado que giran en torno a los contratos internacionales de maternidad subrogada son:

- La determinación del foro competente,
- La determinación del derecho aplicable respecto a la filiación:
 - La determinación de la paternidad.
 - La determinación de la maternidad.
- La determinación de la nacionalidad.
- El reconocimiento del registro del nacimiento o de la sentencia de adopción.

Es preciso mencionar que, salvo el primer supuesto, las anteriores materias no son objeto de regulación contractual por ser consideradas en cada Estado como normas del orden público internacional.

A continuación vemos los problemas que se presentan en cada uno de los anteriores tópicos.

A. *La determinación del foro competente*

Es necesario precisar que, la gran mayoría de los litigios judiciales respecto a los contratos internacionales sobre maternidad subrogada que se han presentado alrededor del mundo versan principalmente sobre el reconoci-

³⁵ Artículo 6o. de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, adoptada en Montevideo, el 15 de julio de 1889. Ratificada por el gobierno de México el 5 de octubre de 1994, el decreto de promulgación fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 18 de noviembre de 1994.

miento, bien sea del registro del menor concebido o de la sentencia de adopción, casos que son llevados ante el juez competente de la residencia habitual de los padres comitentes; sin embargo, pocos son los casos en los que se plantea el incumplimiento de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada.

Respecto a la determinación del foro competente para el caso del cumplimiento o incumplimiento de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada partimos de la “autonomía de la voluntad de las partes” como principio rector de los contratos internacionales, por lo que nada impide que las partes puedan pactar libremente el foro competente y someterse a su jurisdicción, existiendo así una *prorrogatio fori* o sumisión a otra jurisdicción que sea expresamente señalada en el contrato.

En los casos de ausencia de determinación expresa del foro competente en el contrato pareciera que debería ser competente el juez de la residencia habitual de la madre gestante, toda vez que dicho lugar es el lugar de la celebración del contrato y, por tanto, las partes debieran tener conocimiento pleno de la legislación de dicho país.

No obstante lo anterior, en la opinión personal de quien escribe estas líneas, parece que debiera flexibilizarse las normas de determinación del foro dando al actor la opción de elegir libremente el foro competente que más le favoreciere entre el juez de la residencia habitual de la madre gestante o el juez de la residencia habitual de los padres comitentes.

B. *La determinación del derecho aplicable respecto a la filiación*

El régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la maternidad y la paternidad. Por lo que respecta a la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto conforme al principio de *mater semper certa est* (la madre siempre resulta cierta). En cambio, la paternidad no siempre resulta cierta, por lo que la ley es la que establece las reglas para determinarla a través de presunciones, bien sea que el hijo haya sido engendrado fuera³⁶ o dentro³⁷ de matrimonio y los supuestos en los que se rompe dichas presunciones.

³⁶ El artículo 360 del Código Civil Federal establece que “la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad”.

³⁷ El artículo 324 del Código Civil Federal dispone que “se presumen hijos de los cónyuges: “I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

a. La determinación de la paternidad

Como ya se mencionó, debido a la dificultad de determinar con precisión la paternidad, ésta se determina a través de presunciones que la misma ley establece.

Es importante mencionar que en las técnicas de reproducción asistida la paternidad legal no siempre corresponde a la paternidad biológica, toda vez que dichas técnicas prevén la donación de gametos y preembriones favoreciendo con el anonimato la identidad del donante.

Por otro lado “el matrimonio establece un entramado de deberes jurídicos que resultarían vulnerados por la actuación unilateral de la mujer casada que procediera a utilizar las técnicas reproductoras prescindiendo del consentimiento marital, tanto más cuanto que la presunción de maternidad marital convierte al marido en padre legal de los hijos que de ella nazcan en tanto no sea destruida por los cauces legales...”.³⁸

b. La determinación de la maternidad

El fenómeno de la maternidad subrogada ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:³⁹

a) *Maternidad plena*: es la que une la relación biológica (genética y gestativa) con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

b) *Maternidad genética*: es la de quien se convierte en donante de óvulos.

c) *Maternidad gestativa*: es la de la mujer que lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado, es decir, recae en la mujer portadora o gestante que soporta el embarazo.

“II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”.

³⁸ Vidal Martínez, Jaime (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, Editorial Comares, 1998. p. 81.

³⁹ Morán de Vicenzi, Claudia, “El Concepto de filiación en la fecundación artificial”, citado por Arámbula Reyes, *op. cit.*, nota 9, p. 13.

d) *Maternidad legal*: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

La maternidad sustitutiva a diferencia de otras TRA implica la renuncia a la filiación materna, lo cual no es posible en nuestra legislación por ser contrario al orden público, tal como se dispone en el artículo 1831 del Código Civil federal al señalar que “el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

Al respecto se han adoptado dos posturas para la determinación de la maternidad en casos de maternidad subrogada:⁴⁰

a) *La maternidad biológica*. Bajo esta postura se considerará como la madre del menor concebido a la mujer que haya contribuido mediante su aporte genético, gestación y parto.

b) *La maternidad genética*. Bajo dicha tesis, se reconocerá la maternidad a favor de la madre genética, o en su caso, se le reconoce un derecho irrenunciable y preferente de adopción por sobre la madre gestante.

Un sector importante de la doctrina reconoce la maternidad legal de la madre uterina —postura de la maternidad biológica— con base en el principio *favor genitoris*, toda vez que dicha postura es la que brinda una mayor certeza jurídica a efectos de la identificación de la madre y del nacido.⁴¹

Ante la ausencia de regulación expresa se ha venido cubriendo de juridicidad de las más diversas formas: desde la inscripción como hijo legítimo de los que “solicitaron” el embarazo, o bien con un reconocimiento del hombre que aportó el semen y una adopción por parte de la esposa de éste.

En la práctica se realizan los siguientes procedimientos:

- Si la madre gestante es soltera y se la implanta o insemina con el semen del comitente, una vez nacido el niño, el comitente lo reconoce. Tiempo más tarde, la esposa del comitente deberá solicitar la adopción del hijo del cónyuge.
- Si la madre gestante es casada, también se recurre a la adopción, aunque previamente el marido de la gestante deberá iniciar una acción de impugnación de la paternidad, alegando no ser el padre genético del

⁴⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁴¹ *Ibidem*, p. 16.

niño nacido de su esposa a los efectos de que el comitente, a quien le corresponde el material genético, reconozca al niño. Posteriormente, la esposa del comitente promueve la adopción del menor.

Ambos casos constituyen una burla a los procedimientos de adopción, configurando un verdadero fraude a la ley.

Por ello, cuando se ha de recurrir a la figura de la adopción es importante el consentimiento previo tanto de la madre gestadora —y en su caso, de los donantes de los gametos— como de la pareja o padres adoptantes. Así, el fundamento último de esa manifestación de la voluntad es, por parte de la madre gestadora y/o los donantes de los gametos, la “renuncia” a toda pretensión respecto al hijo; y por parte de los padres o pareja de adoptantes, la aceptación con los mismos deberes y derechos que los padres biológicos, si la adopción es plena.

Por eso mismo se propugna que el consentimiento de la receptora sea determinante para la filiación del hijo, de modo que para este tipo de filiación quede sentado jurídicamente que la derivación biológica no es constitutiva del vínculo legal.⁴²

En caso de recurrirse a la figura de la adopción, el cauce adecuado es la adopción con un trámite simplificado, sobre todo si puede demostrarse la procedencia de los gametos de la propia pareja. En todo caso, se requiere que la gestante quiera dar al hijo en adopción; no se podrá obligar a que lo entregue, sea una u otra la forma jurídica que se emplee para determinar la filiación.⁴³

Respecto a la determinación de la maternidad en los casos de maternidad subrogada existen dos sistemas legales:

a) Los Estados cuyas leyes consideran madre del menor concebido a la madre gestante.

En estos casos la ley prevé un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación *post-parto*.⁴⁴

En otros casos, algunos países se establecen un procedimiento de adopción a fin de que los padres comitentes adquieran la legítima maternidad y paternidad del menor. Tal es el caso de Israel, en virtud de que su Ley no es

⁴² *Ibidem*. pag. 100.

⁴³ *Ibidem*. pag. 39.

⁴⁴ Lamm, *op. cit.*, nota 23, p. 15.

aplicable a la subrogación realizada en el extranjero, la pareja comitente debe solicitar una orden judicial de adopción.⁴⁵

Así, por ejemplo, en el Reino Unido la *Surrogacy Arrangements Act*, la filiación se determina con respecto a la madre que da a luz, es decir, la madre gestante. Sólo se transfiere (pasado un periodo de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales; en tales casos, el juez inglés establece la filiación mediante una *parental order*.

Este sistema es más protector de la madre gestante, por tanto, requiere que el acuerdo de maternidad subrogada sea aprobado antes de la concepción (por una institución médica pública o privada autorizada por el Estado o por autoridad judicial) y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio en la transferencia de la maternidad.

b) Los Estados cuyas leyes consideran padres legales a los padres comitentes o intencionales.

En estos casos, los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después de su nacimiento, dejando de lado el principio de *mater semper certa est*.

Tal es el caso de Grecia, toda vez que en el artículo 1464 del Código Civil se dispone que: “en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”.⁴⁶

No obstante se concede a la madre gestante el derecho a impugnar la maternidad legal sólo en el caso de una subrogación tradicional (cuando la madre gestante aportó los óvulos). En tal caso, la gestante se convierte en madre legal con efecto retroactivo a la fecha de nacimiento del menor.⁴⁷

Siendo las normas relativas a la determinación de la filiación normas de orden público el derecho aplicable es la *lex fori*.

C. La determinación de la nacionalidad

Otro problema que se presenta en la maternidad subrogada es el de la determinación de la nacionalidad del menor concebido.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁶ Citado por Lamm, *op. cit.*, nota 22, p. 14.

⁴⁷ *Idem*.

Esta situación se produce especialmente respecto de los niños nacidos en India, Rusia y Ucrania, ya que estos países, conforme a sus leyes, consideran padres a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes tienen que solicitar un pasaporte (u otro documento de viaje) ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones y por diversas razones es denegado.⁴⁸ Un caso similar es el de Austria cuya Ley de Ciudadanía Austriaca estipula que el niño nacido por alquiler de vientre de una madre extranjera —entiéndase en el extranjero— no adquiere la ciudadanía austriaca si la persona que encomendó dicho nacimiento fuera de nacionalidad austriaca.⁴⁹

Ante la ausencia de una nacionalidad el niño concebido en subrogación se encuentra en un estado de apatridia y con filiación incierta, esto se agrava debido a que los padres comitentes no pueden permanecer en esos países indefinidamente debido a los controles de inmigración.

Así, por ejemplo, en caso *X vs. Y (Foreign Surrogacy)*, [2009] 1FLR 733 en el que un matrimonio inglés celebró un contrato de maternidad subrogada con una mujer ucraniana casada. De conformidad con la ley ucraniana, los padres legales son los comitentes y contaban con el acta de nacimiento correspondiente; en cambio, conforme a la ley inglesa los niños concebidos eran hijos de la madre gestante y su marido, y la filiación sólo es transmitida mediante una orden parental. Debido a que la ley ucraniana no concede la nacionalidad a los hijos, éstos quedaron apátridas. Los niños no podían ingresar como ingleses al Reino Unido por no ser hijos legales de los comitentes; por lo que hubo necesidad de realizar pruebas de ADN para comprobar que los niños eran hijos genéticamente del comitente, sólo de esta manera se les permitió ingresar a fin de que los comitentes pudieran gestionar la *parental order*, la cual fue otorgada con base en el interés superior del menor.⁵⁰

Muchas veces estos conflictos de leyes ocasionan que los niños concebidos mediante esta técnica se queden en el territorio del país en el cual nacieron y ello ha ocasionado que los comitentes empleen estrategias ilegales que pueden ser tipificadas como tráfico de menores.

Siendo las normas de atribución de la nacionalidad de la competencia soberana de los Estados, son por tanto de orden público, lo cual excluye por completo la posibilidad de su determinación vía contractual y, en lo perso-

⁴⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁹ Véase <http://www.bmeia.gov.at/es/embajada/buenos-aires/consejero/austriacos-en-argentina-para-guay-y-uruguay/ciudadania.html>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

⁵⁰ Citado por Lamm, *idem*, nota 22, p. 25.

nal, considero que difícilmente pueda ser objeto de regulación en un tratado internacional sobre maternidad subrogada.

D. *El reconocimiento del registro del nacimiento del menor concebido y/o de la sentencia de adopción*

Como ya se mencionó, el objeto de los contratos de maternidad sustitutiva o subrogada es el uso del útero de una mujer para gestar un bebé que será hijo de otra mujer.

Es importante mencionar que las mujeres que acceden a ser madres gestadoras lo hacen principalmente por necesidades económicas.

Debido a lo anterior, tal vez el principal problema que afrontan los contratos sobre maternidad sustitutiva es la de su licitud. En algunos países un contrato de este tipo es considerado como lícito, mientras que en otros lugares se va desde la prohibición total al establecimiento de algún tipo de limitaciones, como por ejemplo la prohibición de los acuerdos que no sean gratuitos, o los que se realicen con la participación de intermediarios.

Asimismo, la inexistencia de la figura de los contratos de maternidad subrogada en el país, aun cuando no estén prohibidos expresamente, podría motivar la excepción de “orden público” y con ello denegar el reconocimiento de los contratos internacionales celebrados en esta materia.

En efecto, para interponer la excepción de orden público en los casos de maternidad subrogada realizada en el extranjero, se han hecho valer los siguientes argumentos:⁵¹

a) La indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial.

b) Estos contratos son contrarios a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos —tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida— y no como fines en sí mismos; y genera un “derecho sobre el niño”, como si fuera un objeto y no un sujeto de derecho.

c) La gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar

⁵¹ Santos Belandro, “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, citado por Scotti, *op. cit.*, nota 3.

alteraciones psicológicas en cuanto heredaría una filiación compleja; influiría también en la configuración antropológica del niño: parejas japonesas donan su embrión a mujeres indias, parejas europeas donan su embrión a mujeres africanas, etcétera.

d) Estos contratos constituyen un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por sustitución generalmente recibe una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como “bancos” de materiales genéticos, al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables y al esposo de la mujer gestante.

A este respecto, resulta interesante comentar el caso de los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja, 1a. Ch., del 6 de septiembre de 2010, en el que un matrimonio de hombres casado en Bélgica que conciben a gemelos en California mediante un contrato de maternidad subrogada. Una vez nacidos los gemelos la pareja solicita la transcripción del acto de nacimiento en Bélgica, solicitud que es denegada por el Tribunal de Primera Instancia de Huy, en marzo de 2010; denegó la transcripción en los registros belgas sosteniendo que, como son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución su transcripción violaría el orden público interno. La sentencia fue parcialmente revocada por la Corte de Apelación de Lieja, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2010. Conforme a la legislación belga, como la gestante no estaba casada, el padre biológico podría haber reconocido a los niños y por lo tanto convertirse legalmente en su padre. Para el otro hombre, en la legislación belga, no había ninguna posibilidad de establecer un parentesco legal entre un niño y dos personas del mismo sexo, fuera de la adopción por parejas del mismo sexo. Entonces, aunque reconoció que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al orden público, sostuvo que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños que se vería afectado si los niños son privados del vínculo jurídico con su padre biológico. En virtud de que para la Corte, la negativa de reconocimiento de los certificados de nacimiento impide el establecimiento de la filiación legal con el padre biológico, reconoció los certificados de nacimiento expedidos en California sólo respecto del padre biológico en la medida en que constituyen la base del vínculo legal de filiación.⁵²

Un caso similar es el de las gemelas del matrimonio *Menesson*.

⁵² Lamm, *op. cit.*, nota 22, p. 27.

El matrimonio se desplazó en el año 2000 a California para celebrar con una estadounidense, residente en dicha entidad, el contrato de “gestación por sustitución” por el que daría a luz a un hijo de los esposos *Mennessee* concebido *in vitro* con los gametos del padre y de la madre intencionales. La filiación, con respecto a los padres intencionales, fue establecida por decisión del TS de California del 14 de julio de 2000, conforme a las disposiciones del *California Family Code (Sections 7630 y 7650)*. El Consulado francés en Los Ángeles denegó la inscripción al sospechar que las gemelas habían nacido por medio de una maternidad subrogada. El Ministerio Público pidió la transcripción en el Registro francés a los efectos de instar la posterior anulación al *Tribunal de grande instance de Créteil* por motivos de orden público (artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés). Sin embargo, el Tribunal desestimó la demanda por considerar que no reunía determinadas condiciones legales, si bien, no lo hizo por la razón de considerarla infundada. Con posterioridad, la *Cour d’Appel* de París, el 25 de octubre de 2007, rechaza la acción de nulidad del ministerio fiscal argumentando que el Ministerio Público no había contestado ni el reconocimiento de la decisión californiana ni la fuerza probatoria de los documentos públicos relativos al estado civil californianos sobre la base del artículo 47 del CC, e invoca un orden público internacional atento al interés superior del menor, sobre la base del artículo 3o. del Convenio de la ONU sobre Derechos del Niño, toda vez que considerar que la decisión que homologa el contrato de maternidad subrogada no produce efecto alguno (nulidad absoluta) y que el fraude todo lo corrompe (*fraus omnia corrumpit*), conduciría a que las menores pudieran quedar huérfanas y ser consideradas extranjeras hasta que no fuera determinada la filiación paterna, por lo que las menores no deberían de pagar los actos en fraude a la ley (el llamado, despectivamente, turismo reproductivo) de los padres que las tienen a su cargo y las cuidan, y que al parecer viajaban a Estados Unidos por motivos profesionales.⁵³

En mi opinión personal, en aquellos casos en que el juez considere oportuno la aplicación de la excepción de orden público deberá considerar siempre que dicha aplicación no afecte al interés superior del menor, en tal caso, este último primará sobre el primero.

⁵³ Quiñones Escámez, Ana, “Doble filiación de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”. *INDRET Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio de 2009, pp. 7 a 11. Véase http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf.

V. CONCLUSIONES

Ante los problemas de derecho internacional privado aparejados a los contratos internacionales sobre maternidad subrogada y con base en lo expuesto y propuesto —a manera de *lege ferenda*— podemos concluir lo siguiente:

a) La forma de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada se rige por el principio de *locus regit actum*.

b) La capacidad de las partes en el contrato se rige el derecho del lugar de su domicilio.

c) No obstante lo anterior, a fin de garantizar la validez de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada el juez deberá considerar en todo tiempo la aplicación del principio *favor contractus*.

d) El objetivo principal de los contratos sobre maternidad subrogada es el arrendamiento del útero de la madre gestante y la entrega posterior al parto del menor concedido mediante las técnicas de reproducción asistida, así como la eventual transmisión de la filiación del menor.

e) Respecto a las otras materias objeto de la regulación contractual en los contratos internacionales de maternidad subrogada, nada impide la aplicación de las normas conflictuales que determinen el derecho aplicable (*vgr.* Las obligaciones alimentarias); no obstante, si fueren materias del orden público se aplicará la *lex fori*.

f) Respecto al foro competente para los casos de cumplimiento de los contratos internacionales de maternidad subrogada, en ausencia de determinación expresa, debiera ser a opción del actor entre el juez de la residencia habitual de la madre gestante y el juez de la residencia habitual de los padres comitentes.

g) Siendo las normas sobre la determinación de la filiación, tanto de la maternidad como de la paternidad, de orden público, el derecho aplicable es la *lex fori*.

h) Respecto a las normas de determinación de la nacionalidad, al ser ésta de la competencia soberana de los Estados, se regirán por la *lex fori*.

i) Cuando conforme a la legislación del juez del foro, para el caso de reconocimiento de la inscripción del nacimiento del menor o de la sentencia de adopción, dicho reconocimiento sea contrario al orden público, el juez deberá considerar siempre el interés superior del menor.

CAPÍTULO XVIII
PROFESIONALISMO.
PRINCIPIO BÁSICO DE LA ÉTICA JUDICIAL

Javier SALDAÑA SERRANO

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Comprensión general del profesionalismo judicial.* III. *Idoneidad técnico-científica del servidor judicial.* IV. *Prevenciones a la idoneidad técnico-científica.* V. *Los conocimientos del juez.* VI. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la ética judicial uno de los más importantes principios es el del «profesionalismo». Su radicalidad es tan significativa que no solamente se encuentra al mismo nivel que otros principios éticos fundamentales como el de independencia o imparcialidad, sino que comparte además con ellos la misma jerarquía normativa, tanto a nivel constitucional¹ como deontológica (Código de Ética del Poder Judicial de la Federación).

Sin embargo, habrá que decir que a pesar de lo trascendente que resulta el principio del profesionalismo para la función jurisdiccional, la doctrina deontológica mexicana le ha prestado poca atención, o la que le ha dado se ha enfocado a determinados aspectos de los muchos en los que se concreta

* Doctor en derecho por la Universidad de Navarra, Pamplona, España. Actualmente es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II, del CONACYT. Fue investigador de ética judicial en el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial en la SCJN.

¹ El artículo 100 de la Constitución mexicana en su séptimo párrafo establece: “La ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios, así como para el desarrollo de la carrera judicial, la cual se regirá por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia”.

tal principio.² De ahí que nuestra intención en este escrito sea destacar lo esencial que resulta para la carrera judicial el profesionalismo en uno de los varios aspectos en los que se actualiza, nos referimos, en términos generales, a la capacitación y actualización de los conocimientos jurídicos que todo funcionario judicial debe poseer si aspira realmente a la excelencia judicial.

II. COMPRENSIÓN GENERAL DEL PROFESIONALISMO JUDICIAL

Un primer acercamiento al tema del profesionalismo como postulado básico de la ética judicial nos obliga a preguntarnos por la significación general del mismo, y por la comprensión de éste dentro del contexto de la ética judicial. La palabra «profesionalismo» en el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española se explica como el “cultivo o utilización de ciertas disciplinas, artes o deportes, como medio de lucro”³. Por su parte, la palabra «profesionalidad» significa, “cualidad de la persona u organismo que ejerce su actividad con relevante capacidad y aplicación”⁴. Es la acepción de la palabra profesionalidad la que está más cerca de la forma en que el profesionalismo es explicado en el *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación* (en adelante CÉPJF) y que veremos más adelante.

Como puede observarse, el profesionalismo es una cualidad que distingue a la persona cuando ésta lleva a efecto su labor o actividad de manera relevante, con una mayor capacidad y aplicación que otras personas que realizan la misma acción. De este modo, se puede afirmar que en la realización de tal labor la voluntad realiza ésta no de cualquier manera, sino en

² Uno de los pocos trabajos que en forma específica han abordado el profesionalismo y los diecinueve numerales en los que tal principio se concreta en el *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*, es el del magistrado, Higuera Corona, J., “El profesionalismo en la práctica cotidiana dentro de la Judicatura Federal”, *Criterio y Conducta*, 1, México, 2007, pp. 117-143. Por lo que tiene que ver con otros trabajos que han abordado diferentes aspectos del profesionalismo, pueden citarse, a título de ejemplo, aquellos que se refieren a la personalidad del juez y el buen trato que éste debe a las personas (epígrafes 4.11; 4.12; 4.13; del Profesionalismo en el *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*) Cfr. Azuela Güitron, M., “Reflexiones sobre los atributos de los encargados de los órganos del Poder Judicial de la Federación”, *Derecho y Cultura*, 11-12, México, 2003, pp. 3-7. En lo relativo a la responsabilidad jurídica y ética del juzgador (numeral 4.7.) Cfr. Díaz Romero, J., “El Código de Ética Judicial. La experiencia mexicana”, en Serie *Ética Judicial*, 19, México, 2010, pp. 21-42. Sobre el mismo tema de la responsabilidad: cfr. Saldaña Serrano, J., “La responsabilidad ética del funcionario judicial”, *Reforma Judicial*, 14, 2009, pp. 53-69. Por lo que a la gestión administrativa del juez y su liderazgo dentro del órgano jurisdiccional (numeral 4.14) cfr. Rojas Caballero, A., *Administración y liderazgo para órganos jurisdiccionales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008.

³ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, 2001, t. II, p. 1840.

⁴ *Idem*.

forma sobresaliente, relevante, como señala el *Diccionario* que hemos citado. Así, podemos entender por profesionalismo —en su acepción más general—, aquella voluntad bien dispuesta, o aquella buena disposición de ánimo para realizar una actividad, u opinar sobre ella, con conocimiento o dominio técnico relevante sobre los puntos de la misma.

Quien ha escrito uno de los trabajos más sugerentes sobre el profesionalismo judicial, principalmente por la cotidianidad que tiene con esa labor, ha sido D. Jorge Higuera Corona, quien ha señalado que este principio “en primer lugar se define como una disposición, esto es, como un estar dispuesto a, estar decidido a actuar de determinada manera, es ya un compromiso previo, es una elección por la que se opta (...)”.⁵ Aplicado al ámbito judicial, el profesionalismo termina siendo descrito como esa “disposición consistente precisamente en el compromiso espontáneo para ejercer de manera responsable y seria la función jurisdiccional”.⁶

Según Higuera Corona cuatro serían los elementos esenciales para poder entender a cabalidad el profesionalismo judicial. El primero de ellos es el de la responsabilidad, entendida ésta en dos sentidos: como la capacidad de asumir las consecuencias de su actuar, y como una forma de ser que capacita al funcionario judicial para afrontar diligentemente sus obligaciones y deberes.⁷ El segundo elemento es la seriedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, entendida como “la hondura del comportamiento adquirido que exige la mayor atención y concentración en la toma de decisiones, seriedad como respeto ante los problemas que se someten a su conocimiento, para proponer una solución que, en última instancia, beneficiará o perjudicará al justiciable del caso concreto, y que, por ello, tiene que ser tomada con circunspección, esto es, seriamente”.⁸ El tercer elemento es la misma relevante capacidad del funcionario judicial, la cual se traduce en el “talento, la actitud para su despliegue pleno”.⁹ Y la aplicación que sería el cuidado y la diligencia con que se lleva a cabo la labor jurisdiccional.¹⁰

Éstas serían las condiciones, por demás muy sugerentes, para comprender a cabalidad el principio de profesionalismo tal y como aparece en el CÉPJF, el cual a la letra señala: “Es la disposición para ejercer de manera responsable y seria la función jurisdiccional, con relevante capacidad y

⁵ Higuera Corona, J., “El profesionalismo en la práctica cotidiana dentro de la Judicatura Federal”, *Criterio y Conducta*, I..., *op. cit.*, pp. 120 y ss.

⁶ *Ibidem*, p. 121.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Idem*.

aplicación”. Después, el propio Código desarrolla tal postulado en 19 numerales.

Ahora bien, este principio, tal y como se acaba de señalar, encuentra reflejo en una gran variedad de actividades judiciales, lo mismo en abstenerse de realizar cualquier acto que denigre la función judicial (numeral 4.1.),¹¹ que la de asumir responsable y valerosamente las consecuencias de las decisiones que se tome (numeral 4.7.);¹² igual tratar con respeto, amabilidad y consideración a sus subalternos (numeral 4.11.),¹³ que escuchar con atención los alegatos verbales que las partes le quieran formular (numeral

¹¹ El numeral 4.1 del CÉPJF señala que el juzgador: “se abstiene de cualquier acto que pueda mermar la respetabilidad propia de su cargo, tanto en el ámbito público como en el privado”. En el campo de la ética judicial, el contenido de este numeral se ha referido fundamentalmente al tema del decoro que debe caracterizar al juez, lo mismo en su ámbito público como en su comportamiento privado. Al respecto autores de reconocido prestigio en el ámbito de la deontología judicial como Jorge Malem Seña han señalado: “Que una mala persona pueda ser un buen juez en un contexto donde los jueces tienen que fundar sus sentencias no es, sin embargo, una conclusión fácilmente aceptada por todos. Y consecuentemente con ello, varias son las razones que se esgrimen para rechazar que en la selección de los jueces se tomen en consideración únicamente aspectos técnico-jurídicos, o que no puedan ser impuestas sanciones a aquellos jueces y magistrados que no guardan una compostura aceptable en su vida privada. De hecho se suele afirmar que no es suficiente que los jueces sean independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que al igual que la mujer del César así deben parecerlo (...)”. Malem, Seña, J., “Pueden las malas personas ser buenos jueces”, *Doxa*, 24, Alicante, 2001, p. 388.

¹² Numeral 4.7. El juez: “Asume responsable y valerosamente las consecuencias de sus decisiones”. Este numeral se refiere al cultivo de la virtud de la fortaleza por parte del juez, traduciéndose precisamente en la actitud firme que ha de tener éste ante los problemas y dificultades que conllevan sus cotidianas labores personales y jurisdiccionales, las cuales, como todos sabemos, son variadas y de muy distinta naturaleza. Ante ellas el juez ha de tener valor para ejecutarlas y saber con certeza cuáles son las consecuencias de sus decisiones, asumiéndolas con firmeza y responsabilidad. Higuera Corona ha expresado muy bien la responsabilidad del juez al establecer: “En las situaciones adversas que el juzgador enfrenta en su función jurisdiccional, sólo con fortaleza es capaz de remontar los obstáculos que pretenden bloquear sus legítimas decisiones, resistiendo las influencias nocivas que se le oponen; con valentía, tenacidad y perseverancia, logra vencer las dificultades en cuestión, desplegando al efecto todos los actos necesarios para la ejecución de las decisiones tomadas y así cumplir con su función”. Higuera Corona, J., “El profesionalismo en la práctica cotidiana dentro de la Judicatura Federal”, *Criterio y Conducta I*,... *cit.*, p. 130.

¹³ Numeral 4.11. El juez: “Trata con respeto y consideración a sus subalternos”. Desde un cierto punto de vista podría resultar hasta lógico que dada las muchas presiones a las que se ve sometido el juez, éste pueda llegar a su límite y propinar algún regaño o mal trato a sus subalternos. Sin embargo, éste es el momento en que el juez ha de echar mano de los hábitos morales en los que se ha cultivado, de las virtudes judiciales que es necesario tener para calmar su ánimo y respetar la dignidad de sus colaboradores. *Cfr.* Saldaña, J., *Ética Judicial. Virtudes del Juzgador*, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 53.

4.12.),¹⁴ llegando incluso a establecer directrices sobre el estado de salud, o de otros motivos personales que le imposibiliten al juez desempeñar su función eficientemente,¹⁵ etcétera.

Como se puede ver, son diversas las formas en que dicho principio se concreta. La expresión del profesionalismo a la que dedicamos estas líneas se refiere específicamente a la buena disposición del juzgador para «capacitarse» y «actualizarse» en los conocimientos técnicos y jurídicos necesarios para desarrollar óptimamente la carrera judicial. Esta forma de concretar tal principio se encuentra especificada en los incisos 4.2 y 4.3 del CÉPJF. El primero de éstos establece lo siguiente: el juzgador “Actualiza permanentemente sus conocimientos jurídicos estudiando los precedentes y jurisprudencia, los textos legales, sus reformas y la doctrina relativa”. El segundo de los incisos señala: el juzgador “Procura constantemente acrecentar su cultura en las ciencias auxiliares del derecho”.

La capacitación judicial resulta fundamental en momentos en los que los jueces deben ofrecer razones de sus actuaciones, son ellos los que van a decidir problemas entre partes antagónicas, y son ellos también en quienes la sociedad tiene depositada su confianza justamente por sus conocimientos y pericias. Ronald Dworkin lo ha señalado con especial claridad al reconocer que los jueces se enfrentan muchas veces a diversos problemas, los cuales revisten especial complejidad y las más de las veces exigen saberes del juez que van más allá del derecho, sus respuestas pueden provenir de la ciencia, la filosofía, la economía, la psicología, la medicina, la historia, etcétera. De modo que sería hasta imprudente no capacitarse judicialmente. “Lo que hacen los jueces —dice el profesor norteamericano— es de gran importancia, no sólo para las partes implicadas en el proceso sino también, particularmente en el derecho constitucional, para la gobernabilidad de la Nación.

¹⁴ Numeral 4.12. El juez: “Escucha con atención los alegatos verbales que le formulen las partes”. Varios son los argumentos que sobre este numeral destaca Higuera Corona; sin embargo, conviene detenerse en dos de ellos. El primero es la tranquilidad que le da al justiciable la escucha atenta y sincera del juez, por “haber podido expresarle a su juzgador lo que le aqueja”, y para esto no es necesario que el juez haga o diga nada, “basta con que se advierta la autenticidad de esa atención”. El otro razonamiento es la posibilidad, probablemente la última, de que a través de la escucha de las partes el juzgador termine por alcanzar convicción del asunto y de su solución. Es verdad que la respuesta del problema no depende de lo que verbalmente pueda expresar el justiciable “pero existen algunos casos en los que gracias a ese alegato verbal la solución puede ser en determinado sentido que, tal vez sin él, no se llegaría a alcanzar de la misma manera”. Higuera Corona, J., “El profesionalismo en la práctica cotidiana dentro de la Judicatura Federal”, en *Criterio y Conducta 1, ...cit.*, p. 136.

¹⁵ El numeral 4.16. establece que el juez: “Sabe llevar el cumplimiento de su deber hasta el límite de sus posibilidades, y separarse de su cargo, cuando su estado de salud u otros motivos personales, no le permiten desempeñar eficientemente sus funciones”.

¿Si los problemas que afrontan han sido debatidos por personas educadas, hombres y mujeres, que les dedicaron su vida a estas cuestiones, cómo los jueces pueden ignorar de manera responsable lo que estas personas han escrito?¹⁶

Ahora bien, es claro que este derecho-deber¹⁷ que tienen los jueces de capacitarse va a depender en gran medida del respectivo Poder Judicial de que se trate y, ante todo, del particular modelo de juez que se desee para la función.¹⁸ Es, en última instancia, la manera en que se entienda y aplique el derecho lo que va a determinar en gran medida el perfil del juzgador que se busque. Si se considera que el derecho es sólo el conjunto de normas otorgadas por un soberano, no exigiremos del juez otra cosa que un minucioso conocimiento de éstas y un refinado ejercicio aplicativo de subsunción de las mismas. En cambio, si deseamos jueces con una visión mucho más amplia, pediríamos de él mucho más que eso.

En el caso mexicano, el *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, siguiendo tanto la Constitución federal (artículo 100, párrafo 7), como la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*,¹⁹ establece con toda claridad cuáles son los principios que han de regir la carrera judicial para el ingreso y permanencia en el Poder Judicial Federal. Al respecto señala: “La formalización de la carrera judicial está regida por los principios de excelencia, profesionalismo e independencia. Por tanto dichos principios deben guiar inevitablemente la administración de la misma, en sus políticas, programas y acciones (...).²⁰

Refiriéndose a la altura de miras que ha de tener cualquier juez, establecerá la obligación de incrementar las exigencias de profesionalización de los

¹⁶ Dworkin, R., “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *Isonomía*, 32, México, 2010, p. 10.

¹⁷ La consideración de que la capacitación judicial ha de ser comprendida a la vez como un derecho y un deber de todo funcionario judicial ha sido hoy unánimemente aceptada por los poderes judiciales del mundo. Un ejemplo de esto puede ser el *Código de Ética Judicial del Poder Judicial de Costa Rica*, el cual, en sus “Notas Principales” señala: “Deber de capacitación judicial. La capacitación se entiende como un deber y un derecho del funcionario judicial. En la medida que el funcionario estime que debe recibir capacitación, tiene el derecho a que se le ofrezcan oportunidades de ese tipo. Pero, a la inversa, aun cuando el funcionario no considere que la necesita, si técnicamente se determina que lo debe hacer, la capacitación se torna ineludible y su incumplimiento le puede acarrear responsabilidad laboral (...)”.

¹⁸ Para una descripción general de los diversos modelos de juez, *cfr.* Farrel, D. M., “La ética de la función judicial”, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 147-162.

¹⁹ *Cfr.* “Exposición de Motivos” de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1995.

²⁰ López Allyón, S. *et al.* (coords.), *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, México, SCJN, 2006, pp. 84 y 85.

jueces. “Un juez moderno debe ser capaz de responder a múltiples demandas con base en sólidos conocimientos técnicos —no sólo de naturaleza jurídica— y aún culturales. Ello obliga al establecimiento de programas de capacitación continuos, flexibles, rigurosos y de amplio espectro que permitan incrementar los conocimientos técnicos de los jueces, su capacidad de interlocución de diferentes actores sociales, su comprensión de las diferentes dimensiones de los problemas que deben resolver, y la interiorización de los valores éticos que deben orientar la actividad jurisdiccional”.²¹

En definitiva, tal y como señala la juez Aida Kemelmajer, “En nuestros días, nadie duda que el juez, igual que el abogado, deben estar actualizados”,²² en gran medida el éxito o fracaso de la función judicial dependerá de la capacitación judicial, de sus conocimientos y de lo que sea capaz de hacer.

III. IDONEIDAD TÉCNICO-CIENTÍFICA DEL SERVIDOR JUDICIAL

Como se puede ver, para ser un buen juez, y en general para ser un buen funcionario judicial, es requisito indispensable un arduo trabajo de capacitación y actualización legal, jurisprudencial, doctrinal, etcétera. Esto nos coloca de lleno en un tema vital para la función jurisdiccional, lo que la doctrina reconoce como «idoneidades» del juzgador, identificables como la serie de atributos personales y profesionales que cualquier funcionario judicial ha de poseer para realizar en forma excelente su trabajo, y así asegurar los bienes y derechos sobre los que va a decidir. En el caso específico, la idoneidad a la que nos referimos es la de carácter técnico-científico, por la que se reconoce y asume que el juez es un experto en derecho, un conocedor de la ciencia y de la técnica jurídica, en definitiva, un perito en el arte de lo bueno y de lo justo.

Tal y como lo señalamos en renglones precedentes, la propia constitución mexicana y la *Ley Reglamentaria del Poder Judicial Federal*, marcan cuáles son los principios básicos que deben seguir los jueces en sus funciones y a las cuales han de apegar cada una de sus actuaciones, dichos postulados son los de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia. Es precisamente la aptitud técnico-científica la que ayuda a alcanzar tales postulados.

El ámbito internacional ha sido también el espacio donde se ha reconocido y exigido este tipo de atributos y cualidades profesionales. Así, por sólo

²¹ *Ibidem*, p. 43.

²² Kemelmajer de Carlucci, A., “Ética de los jueces. Análisis pragmático”, Serie *Ética Judicial*, 10, México, SCJN, 2006, p. 81.

mencionar un ejemplo de estos documentos, podemos citar los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura* adoptados por la ONU en 1985, los que refiriéndose a la capacitación, selección y formación de los jueces, establecen en un numeral 10 que: “Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas”.²³ Reafirmando tales exigencias en el caso de promociones, según lo establece su numeral 13. “El sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia”.²⁴ Estas idoneidades entonces apuntan a la consecución de un modelo particular de juez, aquél que entiende como un deber moral la obligación que tiene de capacitarse continuamente y actualizarse.

Por otra parte, habrá que decir que el contenido de tal idoneidad es muy variado y la forma en que se concreta también depende de muchos factores. Así, por ejemplo, en la especificación de dicha aptitud se ha de tener claro, entre otras cosas: el tipo de funcionarios judiciales que interesa capacitar; saber si se trata de candidatos a puestos judiciales auxiliares del juez (me refiero a los secretarios de juzgado en el caso mexicano), que a jueces recién nombrados, o aquéllos que ya están en funciones. Del mismo modo, también se debe tener claro si los jueces que se capacitan desarrollarán su trabajo en alguna de las instancias judiciales, o si más bien son jueces de apelación; también se debe saber con cierta precisión y previsibilidad el tiempo adecuado de la capacitación, así como la periodicidad de la misma, etcétera. Todo esto, como se dijo, depende de la forma en que se conciba la tarea de juzgar y de los mecanismos administrativos de que dispongan los poderes judiciales para que los jueces lleven a efecto tal capacitación.

En cualquier caso, sea cual fuere el perfil del juez que se busca, en todo proceso de capacitación judicial se tendrían que tomar en consideración al menos tres ideas básicas para su implementación.

IV. PREVENCIÓNES A LA IDONEIDAD TÉCNICO-CIENTÍFICA

La primera de ellas es saber a cabalidad qué se espera de un juez, es decir, saber qué es un juez y cuál es su función esencial en la sociedad. Aunque todos sabemos más o menos a qué se dedica un juez, no está de más re-

²³ “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”, en Saldaña Serrano, J. y Leija, Mónica (coords.), *Informe Nacional sobre el Estado de la Ética Judicial en México, I*, México, SCJN, 2010, p. 29.

²⁴ *Ibidem*, p. 30.

cordar lo que establece el documento internacional al que hemos hecho referencia en renglones precedentes, los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura*, que señala que: “los jueces son los encargados de adoptar la decisión definitiva con respecto a la vida, la libertad, los derechos, los deberes y los bienes de los ciudadanos”.²⁵

Cara a la idoneidad que venimos desarrollando, la idea básica que se tiene que tener clara es que cualquier juzgador tiene como función esencial decir prudencialmente el derecho entre partes contendientes, decidir con base en la prudencia sobre los conflictos que se puedan presentar entre pretensiones opuestas.²⁶ Así como cualquier profesión liberal se identifica por la función que cumple en sociedad y cuando se distorsiona tal objetivo decimos que se ha desnaturalizado, así también podemos identificar en la función judicial su nota identificatoria, esta es, la de concretar la justicia; el juez es, según nos enseñó Aristóteles, “la justicia encarnada”, la “justicia viviente” (*dikastes*). Al juez le está encomendada como única función la de determinar y mandar lo que le corresponde a cada una de las partes en el proceso, como lo ha señalado Vigo.²⁷

Esta concreción o determinación de lo justo como nota identificatoria de la labor judicial establece la segunda acotación a considerar en el contenido de esta idoneidad. Si se tiene claro que el juez está para decir prudencialmente el derecho, no parece lógico que exijamos de él una gran erudición teórica de conocimientos jurídicos, o como dice quien fuera magistrado del Tribunal Supremo español, Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, que le pidamos “la ostentación erudita de una vasta memorización de las distintas ramas del saber (...)”.²⁸ A la sociedad le interesa que sus jueces sepan resolver casos concretos, que les ofrezcan soluciones a los problemas que se les plantean, no que sean filósofos o grandes tratadistas del derecho.

En una cita pintoresca pero no por ello menos realista, Ronald Dworkin ha advertido el riesgo que se correría de exigirle a los jueces una altísima

²⁵ *Ibidem*, p. 28.

²⁶ Seguramente alguien podría formular alguna observación a esta descripción de lo que el juez realiza en aquellos casos de la jurisdicción voluntaria, donde, como se sabe, no hay propiamente partes enfrentadas. Sin embargo, esta observación no considera que aún en estos casos el juez es un garante del Estado de derecho y que su misión es la de resolver si resulta o no legítimo el interés de un promovente. *Cfr.* Steidel Figueroa, S., “La regulación de las actividades extrajudiciales de los jueces en Puerto Rico y en Estados Unidos”, *Serie Ética Judicial*, 15, México, SCJN, 2007, p. 25.

²⁷ Vigo, R. L., “Prólogo” a *Ética Judicial. Virtudes del Juzgador*, en *Ética y Responsabilidad Judicial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 246 y 247.

²⁸ Martínez-Calcerrada y Gómez, L., “El juez: su independencia y axiología”, *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, II, Murcia, UCAM-AEDOS, 2003, p. 827.

erudición, en este caso, filosófica. Tal cita, aunque larga, refleja muy bien lo que tendríamos que tener claro en la capacitación judicial, o dicho de otro modo, lo que no queremos de los jueces cuando se actualizan:

Parece muy poco realista pedirle a los jueces que intentan obtener una formación de pregrado en filosofía y así logren adquirir una mayor comprensión de la exigente, milenaria y enorme literatura filosófica. Además de carecer de tiempo, los jueces considerarían absurdo que les endilgaran nuevas responsabilidades como las de atender de golpe cursos en los cuales aprendan las tesis y los argumentos principales de inclusive, los filósofos morales y políticos contemporáneos más importantes, tales como Thomas Nagel, John Rawls, Thomas Scanlon o Bernard Williams (sin contar a los grandes filósofos clásicos). Incluso si, por una excepcional combinación de dedicación y estudio, la mayoría de jueces se convirtieran conscientemente en filósofos, no quisiéramos que redactaran sus fallos en el lenguaje propio de la filosofía profesional, ya que sus escritos deben ser *más* accesibles al público en general y no menos. ¿Realmente quisiéramos encontrar a nuestros jueces divididos en partidos filosóficos, con Kant, por ejemplo, dominando el Segundo Circuito, y Hobbes el Séptimo) ¿Acaso no sería una pesadilla si las decisiones judiciales dependieran de qué filósofo atrapó la imaginación del respectivo juez?²⁹

De los riesgos que acarrearía la academización judicial ya nos había advertido el ministro D. Felipe Tena Ramírez desde 1953 al señalar que: “Quien es capaz de sacrificar una solución justa en aras de una teoría jurídica, no merece ser juez”.³⁰ Por eso es necesario insistir en que la formación básica de cualquier funcionario judicial ha de pasar fundamentalmente por esa operatividad y practicidad del derecho, ofreciendo respuestas a los casos concretos que la realidad le presenta. Insistimos una vez más, el juez está para determinar lo justo, para concretar la justicia.

La tercera nota que ha de tenerse clara a la hora de darle contenido a la idoneidad técnico-científica es la de no ver ésta en términos meramente jurídicos, esto es, pensarla exclusivamente desde los parámetros que ofrecen las respectivas leyes y códigos, porque es obvio que el derecho es algo más que éstos. Es claro que una parte de tal idoneidad tendrá que ver con estar al día de los avances legislativos que sobre su materia y disciplinas afines se van generando, pero el juzgador al operar el derecho debe tener en cuenta las inescindibles dimensiones axiológicas, económicas, políticas, culturales,

²⁹ Dworkin, R., “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *Isonomía...*, *cit.*, pp. 10 y 11.

³⁰ Tena Ramírez, F., “La ética del juez”, Serie *Ética Judicial*, 9, México, SCJN, 2006, p. 17.

etcétera, que éste tiene, y que le obligan a trabajar necesariamente con cuestiones metanormativas que el sólo estudio del sistema legal no ofrece. Armando S. Andruet, reflexionando sobre lo que el derecho judicial es (derecho en el que sin duda se incluye la idoneidad de la que venimos hablando) y denunciando el excesivo normativismo formalista que aún se alcanza a ver en la gran cantidad de sentencias de los poderes judiciales, ha propuesto que en la formación de los jueces se tendría que abrir el abanico a otras cualidades judiciales y no sólo a la medición de aptitudes técnicas. Éstas otras aptitudes serían:

- 1) Profundización práctica en las mismas connotaciones morales del postulante, 2) Reconocimiento de la propia cosmovisión del presentante frente a situaciones socialmente conflictivas, tales como: discriminación, sexualidad, extranjería, minorías disidentes, marginalidad, pobreza, consumo de estupefacientes, situaciones límite de la vida física; 3) Percepción del reconocimiento de la realidad socio-política del país en general y en particular del ámbito geográfico en el cual se habrá de cumplir la labor judicial; 4) Conocimientos adquiridos por ciencias auxiliares del derecho; 5) Existencia en el aspirante del reconocimiento de sus propios perfiles idiosincráticos en particular, aquellos que pueden tener algún grado de afectación a su misma imparcialidad o ecuanimidad en la labor futura.³¹

Parece claro entonces que la búsqueda de esa respuesta razonable que debe decir el juez no se logra con una visión estrictamente jurídicista o puramente normativista.

V. LOS CONOCIMIENTOS DEL JUEZ

La capacitación judicial tal y como la entendemos hoy es relativamente reciente, de hecho tal profesionalización nace “cuando la técnica jurídica y el conocimiento del derecho se hacen necesarios para juzgar y se afirma con mayor autoridad en el Estado de derecho”.³² Sin embargo, a pesar de que hoy prácticamente todos los poderes judiciales del mundo reconocen como necesaria la profesionalización judicial, están muy lejos de compartir un modelo común de capacitación. Esto, como lo señalábamos en renglones

³¹ Andruet, A. S., “Derecho judicial. Los jueces y la sociedad”, *Cuadernos de especialización en derecho judicial*, I, Córdoba, 2008, pp. 38 y 39.

³² Cfr. la nota 21 del trabajo de Gabaldón, López, J., “Reflexiones sobre la ética judicial”, *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, II..., cit., p. 789.

precedentes, depende en gran medida de cómo se conciba la función judicial.

Sin embargo, tomando en cuenta lo anterior, veamos brevemente algunos de los conocimientos que tanto el juez como los poderes judiciales a los que pertenece deberían de considerar para estar al día en su profesionalización. Se ha de señalar que las disciplinas que a continuación se presentan no son desarrolladas en forma profunda y exhaustiva, sólo son las enunciaciones generales de lo que el juez debería de conocer para mejorar su actividad. No se trata de que sea un especialista en cada una de éstas materias, sino que simplemente “esté dispuesto, por la forma de vida o circunstancias a acometer el acceso de nuevas o más amplias materias del saber relacionadas con la mejora de su actividad”.³³

1. *Conocimientos jurídicos*

Es claro que lo primero que se le pide al juez es que sepa derecho, pero la expresión derecho y el contenido del mismo está muy lejos de ser entendida en forma unívoca y su explicación descansar sobre bases científicas. Para la enorme mayoría de juristas y buena parte de los jueces, éste se reduce al conjunto de leyes y de códigos producidos por una autoridad soberana. Sin embargo, en el sistema jurídico de corte continental europeo, —que es en el que nos movemos— la expresión derecho, y así lo reconoce la práctica totalidad de la doctrina, es mucho más que eso. Veamos cuáles son las otras fuentes del derecho y que los jueces deben conocer.

En primer lugar, obviamente, aparece la «legislación» y el conjunto de leyes que de ellas se extraen. Es claro que el juez tiene que conocer la ley, pero el conocimiento de ésta va mucho más allá de la sola consulta de un código, o de la memorización de las normas en cuestión. Un buen juez (sobre todo aquellos que se han especializado en una rama del derecho), deberían conocer con una cierta profundidad todo aquello que ha envuelto el proceso legislativo del conjunto de leyes con las que trabaja;³⁴ saber, por ejemplo, ¿cuáles fueron la serie de motivaciones que dieron origen a las mismas?, ¿cuáles fueron las condiciones socioeconómicas y políticas que la produjeron?, así como los principales actores que intervinieron en su promulgación. En nuestro sistema jurídico, una buena fuente de esta informa-

³³ Martínez-Calcerrada y Gómez, L., “El juez: su independencia y axiología”, en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología, II...*, cit., p. 828.

³⁴ Cfr. García Máynez, E., *Introducción al estudio del derecho*, 50a. reimp., México, Porrúa, 1999, pp. 52-61.

ción podrían ser las famosas “Exposición de motivos”, o las “Actas de las Sesiones del Congreso”, donde se debatieron el contenido de tales leyes, y a nivel constitucional, los llamados, “Preámbulos constitucionales”, los que para algunos gozan de una trascendental fuerza normativa.³⁵

Sobre el mismo tema del conocimiento de la ley, los jueces tendrían que estar atentos a las modificaciones, adiciones o derogaciones legislativas, así como a la serie de proyectos que en este último caso se estarían preparando por parte de los legisladores. Este tipo de saberes ayudarían a una mejor tarea judicial, y las más de las veces podrían evitar trabajar con sólo partes de la ley, o legislaciones enteras que simplemente han sido abrogadas y que por falta de actualización el juzgador desconoce. El océano legislativo que en nuestros sistemas jurídicos existe y lo reiterativo y mecánico en lo que suele convertirse el trabajo judicial, hace muchas veces que se desconozcan los referidos cambios.

Qué duda cabe que también la «costumbre» es derecho. Entendida ésta como aquél uso o práctica existente en un grupo social, que como dice Gény, “expresa un sentimiento jurídico de los individuos”.³⁶ La costumbre se encuentra dentro de esos saberes jurídicos que el juez necesita conocer y eventualmente aplicar, o tenerla al tanto como criterio de interpretación. Más allá de la interesante discusión acerca de cuándo la costumbre adquiere naturaleza jurídica, y de la posición jerárquica que puede tener respecto de la ley,³⁷ lo cierto es que muchas veces en la práctica judicial los jueces suelen encontrarse remisiones que el legislador les hace para que atienda a los «usos y costumbres» del lugar, de los grupos, o de la materia jurídica a la que están avocados (esto en materia civil y mercantil se ve con especial frecuencia, por eso se puede llegar a hablar de usos mercantiles). En nuestro derecho hay diversas disposiciones de este tipo, las cuales constriñen al juez a operar con ésta. Veamos algunos ejemplos.

El artículo 2o. de la Constitución mexicana establece en sus primeros párrafos:

...La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originariamente en sus pueblos indígenas (...)

³⁵ Cfr. Tajadura Tejada, J., “Preámbulos constitucionales e interpretación constitucional”, en *Interpretación constitucional, II*, Ferrer Mac-Gregor (coord.), México, Porrúa, 2005, pp. 1135-1155.

³⁶ Citado por García Máynez, E., *Introducción al estudio del derecho...*, cit., p. 61.

³⁷ Para este tema cfr. Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979. Hay una traducción al castellano de Asís, R. de y Greppi, A., *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, pp. 174-178.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquéllas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con usos y costumbres.

Por su parte, el artículo 15 de la *Ley Federal del Trabajo* también se refiere a la necesidad de tomar en cuenta la costumbre:

A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta ley o en sus reglamentos, o en los tratados a los que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que deriven del artículo 123 de la constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad.

Quizá un ejemplo nos pueda servir para advertir la importancia que podría llegar a tener la costumbre en la labor judicial. Éste lo transcribe el profesor García Máynez citando a Augusto Simonius en su trabajo *¿Cuáles son las causas de la autoridad del derecho?*:

El Código Federal de las Obligaciones de 1881 prohibía a las sociedades anónimas, en su artículo 873, llevar el nombre de personas vivas. Pero en la actualidad se reconoce unánimemente que esta prohibición ha sido abrogada por una costumbre derogatoria. En Suiza hay ahora centenares de sociedades anónimas que llevan el nombre de personas vivas. Ocurrió que diversas sociedades de esta clase empezaron a usar tales nombres. Poco a poco el uso fue generalizándose. No hubo protestas. Las autoridades del registro de comercio registraron dichas sociedades, a pesar de su nombre ilegal. Los que formaron el uso procedieron como si las sociedades anónimas tuvieran el derecho de llevar esos nombres. Actualmente, todo el mundo tiene la convicción de que un juez llamado a decidir sobre ese derecho, lo reconocería (...).³⁸

¿Qué pasaría si un juez desconociese tal costumbre, o incluso como fuente supletoria?

Al lado de las dos fuentes anteriores también la «jurisprudencia» constituye un saber básico que ha de conocer el juez. Nos referimos a ésta como “aquel conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales”.³⁹ De este modo, la jurisprudencia ha de buscarse en los órganos jurisdiccionales estatales, manifestándose como una “repetición, como una

³⁸ Cfr. García Máynez, E., *Introducción al estudio del derecho...*, cit., p. 64.

³⁹ *Ibidem*, p. 68.

forma habitual o uniforme de pronunciarse, forma que denota la influencia de unos fallos sobre otros, y aún la presencia de un conjunto de principios y doctrinas (comunes) contenidos en las decisiones de los tribunales”.⁴⁰

Es claro que esta fuente del derecho se explica y se justifica dependiendo de los diferentes sistemas jurídicos, los cuales le dan a la misma sus específicas particularidades y la forma en que ésta ha de ser tomada en cuenta por los tribunales nacionales; así por ejemplo, en el sistema del *common law*, la jurisprudencia como labor creadora de los jueces, dado el especial protagonismo de éstos, es fundamental, constituyéndose así como la fuente por antonomasia de sus sistema judicial, en cambio, en el sistema de corte continental europeo la jurisprudencia, respecto de la ley, juega un papel secundario, entre otras cosas porque falsamente se cree que los tribunales cuando hacen jurisprudencia no hacen sino declarar el derecho preexistente. Más allá de esta interesante discusión, lo que aquí interesa es que la jurisprudencia se constituye como fuente del derecho y es obligación de los jueces (tanto anglosajones como continentales) conocerla para aplicarla.⁴¹

En nuestro país la jurisprudencia tiene un carácter obligatorio, así lo dispone el texto constitucional (artículo 94), y fundamentalmente la nueva Ley de Amparo (artículos 217 y siguientes).⁴² De ahí la importancia que para los jueces tiene conocer los distintos procedimientos que crean la jurisprudencia nacional y por tanto, los diferentes tipos de jurisprudencia que existen y que son con los que tiene que operar.

El conocimiento detallado de la jurisprudencia le permite al juez conocer cuáles han sido los criterios técnico-jurídicos que otros jueces y otros tribunales han asumido para resolver un problema análogo al que se está enfrentando él.⁴³ Le ayuda además para saber cuáles también han sido las razones por las que la Corte, por ejemplo, ha cambiado de criterio en algún sentido determinado. Le permite también tener una cierta certeza de la resolución que emitirá y, sobre todo, le ayudará a razones e interpretar su fallo de acuerdo a criterios compartidos por otros jueces.

⁴⁰ Aftalión, R. *et al.*, *Introducción al estudio del derecho*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 643.

⁴¹ Para un análisis más detallado de este interesante análisis *cfr. ibidem*, pp. 642-679.

⁴² Un análisis bien detallado de lo que la jurisprudencia es y de cómo funciona en nuestro país puede verse en: *Apuntes de Jurisprudencia. Notas para introducirse a su estudio*, en donde además se ofrece un análisis de los diferentes criterios de interpretación jurídica: <http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/>.

⁴³ *Cfr.* Malem Seña, J. F., “Los saberes del juez”, *Ser Juez. Para una impartición de justicia con calidad y oportunidad*, México, Poder Judicial del Estado de Guanajuato, Guanajuato, 2009, p. 46.

Derivado de lo anterior y motivado fundamentalmente por el proceso de internacionalización del derecho, específicamente de los derechos humanos, al juez nacional le sería igualmente de gran utilidad conocer detalladamente los diferentes criterios jurisprudenciales que han dictado tanto otros tribunales nacionales como internacionales. Lo anterior con una doble función. La primera sería para conocer cómo han resuelto jueces de otras latitudes problemas comunes; la segunda tiene que ver con la obligatoriedad de las sentencias dictadas por un tribunal internacional, las cuales, muchas veces, exigen de los poderes judiciales nacionales una serie de ajustes en sus resoluciones.⁴⁴ Sobre esto volveremos un poco más adelante.

Unido íntimamente a lo anterior se encuentra también la obligación de los jueces de conocer, al menos en sus aspectos más generales, los criterios básicos del derecho comparado y las significativas diferencias que pueden existir entre el derecho nacional y los diferentes modelos jurídicos del mundo. Lo anterior tiene cierta plausibilidad porque en una enorme cantidad de asuntos los jueces deben decidir cuestiones que afectan a nacionales que por sus intereses, personales o profesionales, se ven implicados en cuestiones jurídicas donde hay derechos concurrentes, piénsese por ejemplo, en temas como la adopción internacional, o toda aquella serie de actividades comerciales que la mayor parte de las veces exigen la conjunción del derecho nacional y uno (s) extranjero. Del mismo modo se dan casos de extranjeros que en nuestro país desarrollan alguna actividad, la cual implica una necesaria presencia y entrelace de diferentes derechos.⁴⁵

Una de las más importantes fuentes de conocimiento jurídico a la cual hoy prácticamente todos los jueces acuden y suelen invocar para fundar sus sentencias es sin duda la “doctrina”, la cual se entiende como aquellos “estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya

⁴⁴ Al respecto, una Tesis Aislada (I.7°. C.51K) de los Tribunales Colegiados de Circuito mexicanos de diciembre de 2008 ha señalado al respecto. “Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible ubicar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos”. *Semanario Judicial de la Federación XXVIII*, diciembre de 2008, p. 1052.

⁴⁵ Un ejemplo de lo señalado más arriba puede ser el caso de los jueces españoles que re-trata muy bien Malem Seña: “Los jueces españoles han de estar preparados para moverse dentro del espacio judicial europeo. Para moverse con soltura en este espacio judicial europeo se ha necesario manejar ciertas herramientas como el Atlas Judicial Europeo, los formularios de asistencia en la redacción de solicitudes de cooperación judicial o el prontuario de Auxilio Judicial Internacional”. *Ibidem*, pp. 56-57.

sea con el propósito teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación”.⁴⁶

Es verdad que en sistemas como el nuestro la doctrina no goza de fuerza vinculatoria alguna, ni siquiera como la que puede llegar a tener la jurisprudencia o la costumbre, pero sin duda un juez que no esté atento a los más significativos avances doctrinarios tanto de su materia como de las disciplinas afines a ella no podrá escapar de la cesura, a más de que evidentemente no podrá contar con los conocimientos necesarios para desarrollar óptimamente su trabajo.

2. *Conocimientos jurídico-filosóficos*

Siguiendo a Dworkin, advertimos en párrafos precedentes que el juez no es un filósofo no quisiéramos que se comportara así en su trabajo cotidiano, sin embargo, como el mismo profesor ha señalado, sería una “ilusión” pensar que los objetivos y preocupaciones de los filósofos y los jueces fueran distintos: “no sería irrazonable esperar que los jueces y abogados por igual tuvieran cierta familiaridad con, al menos, las principales escuelas contemporáneas de la filosofía jurídica, moral y política, lo cual parece indispensable para obtener una apreciación adecuada de cualquier argumento filosófico sobre el que deba meditar”.⁴⁷ Tal familiaridad no haría desaparecer las controversias entre los jueces, pero como el propio Dworkin señala, al menos la haría más respetable o más iluminada.⁴⁸

La explicación anterior sería la justificación de que cualquier funcionario judicial, y principalmente el juez, estuviera constantemente cultivándose en distintas materias del quehacer filosófico. Una de ellas, la que en los últimos tiempos ha cogido especial interés, ha sido la hermenéutica e interpretación jurídica,⁴⁹ dadas sus importantes repercusiones en la actividad decisoria. Como ha señalado Luis Recaséns Siches “(...) sin interpretación, no hay en absoluto ninguna posibilidad de que exista de hecho ni funcione en la práctica ningún orden jurídico”.⁵⁰ Es obvio que no le pedimos al juez que sea un excelso hermeneuta, pero sí tendría la obligación de conocer con cierto de-

⁴⁶ García Máynez, E., *Introducción al estudio del derecho...*, cit., p. 76.

⁴⁷ Dworkin, R., “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *Isonomía...*, cit., p. 26.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁹ Para efectos puramente expositivos, empleamos aquí la expresión hermenéutica e interpretación como sinónimos.

⁵⁰ Recaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 210.

talle los argumentos centrales de las distintas corrientes hermenéuticas o interpretativas, pues en gran medida el fallo que pronuncie, previo proceso interpretativo, dependerá justamente de la teoría hermenéutica a la que se adscriba.

Así, lo que se acaba de señalar quizá no represente un problema para aquel juez despreocupado de su actualización filosófica que entiende que con los «métodos» de interpretación clásicos aprendidos en la universidad bien puede llevar a efecto su tarea interpretativa, conformándose así con sólo apelar a las herramientas heredadas del positivismo jurídico (gramatical, lógico, sistemático e histórico).⁵¹ Sin embargo, habrá que decir que tanto dicho paradigma científico como los métodos por él propuestos no tienen sino un valor relativo como instrumentos de interpretación jurídica, sobre todo si los confrontamos con la protección, entre otras cosas, de los derechos humanos.⁵² Ya el propio Dworkin nos habría de advertir del grave error que se comete seguir pensando la interpretación jurídica y en general la labor judicial desde los postulados ofrecidos por el positivismo:

(...) el positivismo jurídico formalista es una consideración desesperadamente inadecuada de lo que hacen los jueces norteamericanos, en tanto han temido afrontar una alternativa, a saber, que el proceso de toma de decisiones judiciales requiere juicios sobre cuestiones morales tan profundas y polarizantes que son objeto de un intenso y continuo estudio y confrontación filosófica.⁵³

Por otra parte, habrá que decir también que basta un repaso muy superficial por la literatura hermenéutica para encontrarse con un océano de trabajos escritos sobre la materia, los cuales alcanzan lo mismo al plano filosófico que ético, igual el plano político que estético, ¿cuál de todo ese océano es lo que le puede servir al juez? Evidentemente el juez tendría que conocer al menos los argumentos generales de la corrientes de pensamiento más representativas,⁵⁴ pero, según creemos, enfatizar más en aquéllas que más se ajusten a su labor jurisdiccional como trabajo eminentemente práctico, en

⁵¹ *Cfr.* Una explicación general de estos métodos en Bobbio, N., *Il positivismo giuridico...*, *cit.*, p. 218.

⁵² Para una crítica general a los métodos tradicionales (positivos) de interpretación jurídica puede verse en: Recaséns Siches, *Introducción al estudio del... cit.*, pp. 215-217. Para un análisis crítico del positivismo jurídico y de su propuesta interpretativa, *cfr.* Serna, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006, pp. 13-59.

⁵³ Dworkin, R., “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *Isonomía...*, *cit.*, p. 21.

⁵⁴ Por sólo señalar en caso del ámbito constitucional, puede verse varios autores, *Interpretación constitucional, I y II*, en Ferrer Mac Gregor (coord.), México, Porrúa, 2005.

definitiva, aquéllas que “remiten directa o indirectamente a la realidad de las cosas humanas, en especial a los bienes humanos o básicas dimensiones perfectivas de la naturaleza humana (...)”.⁵⁵

Ahora bien, en el trabajo interpretativo que los jueces deben desarrollar, hoy ocupan un lugar importante diversos argumentos decisionales y justificatorios, uno de los más significativos es el relativo al manejo y empleo de los principios del derecho, principios jurídicos simples, o llamados también por algunos principios generales del derecho, herramientas éstas que el propio Dworkin no duda en definir como “una exigencia de justicia o equidad (*fairness*) o de alguna otra dimensión de la moralidad”,⁵⁶ y que Alexy califica como «mandatos de optimización» que exigen una tarea, en este caso del juez, que es “en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral (...)”.⁵⁷ Estos principios juegan un papel fundamental cuando los jueces desarrollan su trabajo hermenéutico pues muchas veces es tal la obscuridad del texto normativo, o simplemente la respuesta no se encuentra tan claramente definida en el sistema que hay la necesidad de acudir a tales principios para desde ellos reflexionar la eventual solución.

Como se sabe, nuestra constitución posibilita el empleo a tal recurso en el artículo 14, párrafo cuarto: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

Otro de los temas que deberían ser estudiados concienzudamente por los jueces para desarrollar adecuadamente su labor interpretativa es, sin duda, el de los derechos humanos, dado el importante desarrollo que los documentos internacionales protectores de estos derechos han ido adquiriendo en el ámbito interno de los Estados. En el caso mexicano, tal radicalidad ha llevado a la Suprema Corte a establecer que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un plano de igualdad cuando no hay contradicción con la constitución. De modo que

⁵⁵ Massini Correas, C. I., *Filosofía del Derecho. El conocimiento y la interpretación jurídica, III*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 119. Del mismo autor, *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, México, Porrúa-U. Panamericana, 2008, *passim*. En esta misma línea argumentativa, que es por otra parte el que el autor de estas líneas sigue, véase Serna, P., *Filosofía del derecho y paradigmas...*, *cit.*, *passim*. Cfr. tb. Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Laterza, 1999, *passim*. Cfr. tb., Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, Navarra, Thomson-Civitas, 2004, *passim*.

⁵⁶ Dworkin, R., “Is Law a System of Rules?”, *University of Chicago Law Review*, 14, Chicago, 1967. Hay una traducción al castellano hecha por J. Esquivel y J. Rebolledo G., “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, *Crítica*, 5, 1977, p. 19.

⁵⁷ Alexy, R., *Derecho y razón práctica*, 2a. ed., México, Fontamara, 1998, p. 13.

los jueces tendrían que estar atento a esta directriz a la hora de desarrollar su trabajo.

Derivado de lo anterior, los jueces deben igualmente saber que los derechos humanos de los mexicanos no son sólo los primeros 29 artículos de la Constitución, sino todos aquellos que del mismo modo se contienen en los múltiples documentos internacionales que México ha suscrito, y que según el propio texto constitucional, constituyen ley suprema de la Unión.⁵⁸

Sobre estos documentos y sobre los derechos en ellos contenidos, el juez debe desarrollar una ardua labor interpretativa, la cual le permite conocer el significado y aplicación de los principios que en ellos se contienen. Así, por ejemplo, en el caso de algunos tribunales mexicanos, éstos ya han hecho suyo algún principio de interpretación jurídica relativo a los derechos humanos contenido en los documentos internacionales protectores de estos derechos:

El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.⁵⁹

Como se puede ver entonces, nuestros jueces deberían de conocer éstos y otros tópicos que redundarían de manera mucho más óptima en su desempeño profesional.

En íntima relación con la exigencia que tienen los jueces de interpretar, se encuentra también la obligación de parte de ellos de argumentar sus razonamientos y sobre todo sus decisiones. También, como en el caso de la

⁵⁸ El propio Poder Judicial mexicano ha reconocido igualmente que los derechos de los mexicanos están integrados por los que contiene la constitución y los documentos que México ha hecho suyos. En una tesis aislada (XI.1° A. T. 45 K) se ha señalado: “Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, mayo de 2010, p. 2079.

⁵⁹ Tesis aislada (I.4° A. 441 a). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, octubre de 2004, p. 2385. Tribunales Colegiados de Circuito.

interpretación, existen diversas teorías de argumentación jurídica,⁶⁰ e igualmente distintos modos de presentar el tema argumentativo.⁶¹ Es precisamente por las diferentes concepciones que de la teoría de la argumentación se han ofrecido que difícilmente se podría presentar una definición de ésta como unívoca, o mayoritariamente aceptada; sin embargo, se puede coincidir en que la argumentación jurídica consiste, como dice Vázquez González, en el “estudio de las estructuras formales del argumento como proceso de comunicación”.⁶² Señalando también que la argumentación, a su vez, “es una forma de discurso cuya finalidad es alcanzar el asentimiento o rechazo de un interlocutor respecto de la validez o no de una afirmación o de una norma, empleando para ello en el proceso de comunicación referencias a afirmaciones o normas que se presuponen son admitidas por ambas partes”.⁶³

Así, los jueces deben ofrecer y justificar las razones de sus decisiones, y tales razones lo mismo que la justificación de éstas, como mínimo, no deben ser arbitrarias. La argumentación judicial entonces tiene como función esencial la de dar cuenta de “cómo justificar la elección entre las alternativas jurídicamente justas, correctas, ciertas y válidas, entre otras, a través de criterios de racionalidad y de razonabilidad”.⁶⁴

Los pasos de la argumentación que ofrece Atienza⁶⁵ nos permiten también acercarnos a otro conjunto de saberes que el juez debe poseer y que son indispensables en el quehacer judicial. El derecho y las sentencias judiciales se expresan principalmente a través del lenguaje, de ahí que el juez tenga la obligación de conocer el lenguaje común o natural y evidentemente el técnico. En una gran variedad de expresiones se despliega la necesaria obligación del juez de conocer dicho lenguaje. Señalemos tres.

⁶⁰ Un detallado análisis de las más importantes teorías de la argumentación jurídica en Serna, P., *Filosofía del derecho y paradigmas...*, cit., pp. 61-103.

⁶¹ Un acercamiento general a algunos de estos modos en los que es posible abordar el tema de la argumentación jurídica puede verse en Lara Chagoyán, R., “La teoría estándar de la argumentación jurídica”, *Memoria del Seminario de argumentación jurídica*, México, SCJN, 2009, pp. 107-126.

⁶² Vázquez González, B., “Los métodos de argumentación jurídica”, *ibidem*, p. 32.

⁶³ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁶⁵ Los elementos básicos de la argumentación según Atienza son: 1) un lenguaje, es decir, argumentar es una actividad lingüística y un argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados; 2) una conclusión, esto es, el punto final de la argumentación o el enunciado con que se cierra el argumento; 3) una o varias premisas, esto es, el punto de partida de la argumentación o los enunciados con que se abre el argumento; 4) una relación entre las premisas y la conclusión”. Atienza, M., *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2004, p. 86.

Una de éstas podría ser cuando el juez realiza la labor interpretativa y argumentativa, en las cuales juegan un papel fundamental las palabras, el uso (común o técnico) que se les da, las expresiones y tecnicismos jurídicos que constituyen el lenguaje privado de los tribunales, etcétera. Para ello, es necesario que el juez sepa correctamente el uso de la sintaxis, es decir, conocer aquellas reglas del lenguaje que sirven para la correcta articulación de las palabras que forman oraciones; debe saber también semántica, pues con ella el juez sabrá cuál es el significado de las palabras o expresiones que usa e igualmente ha de conocer la relación que existe entre las palabras y los usos que de éstas se dan por quien las emplea en un contexto determinado (pragmática).

Los jueces tendrían también la obligación de conocer la forma y el lenguaje que emplean las partes en el proceso y que son expresados en los diferentes oficios y pruebas que obran en el expediente. Un juez que no se esfuerza por conocer lo que el expediente quiere decir, estaría fuertemente limitado para realizar justicia. En aquellos sistemas donde la oralidad juega un papel fundamental, el conocimiento del lenguaje es fundamental para que el juez pueda hacerse una idea clara de las pretensiones alegadas y de las razones que a las partes les asiste. Al respecto Malem Seña ha dejado establecido que:

(...) Los jueces deben desarrollar una sensibilidad exquisita y tener un especial cuidado por comprender adecuadamente los mecanismos comunicativos que existen en las declaraciones testimoniales o periciales, en la absolución de posiciones o mientras se produce la prueba confesional (...) No es igual el contexto donde se expresa el perito y el significado de sus palabras que el contenido significativo de la declaración de un detenido que ha consumido estupefacientes en un juzgado de instrucción.⁶⁶

Otros de los ejemplos donde se expresa el correcto ejercicio del conocimiento lingüístico es en la redacción judicial, particularmente a la hora en la que el juez redacta sus sentencias. Una de las más fuertes críticas que se le suelen formular a los jueces es precisamente la falta de una correcta redacción de las sentencias, las cuales muchas veces no son tal claras ni expresan con nitidez las razones de los jueces para absolver o condenar. No hay que olvidar, como lo recuerda Malem, que las sentencias se autojustifican por la claridad con la que son expresadas, de modo que deberían ser claras tanto

⁶⁶ Malem Seña, J. F., “Los saberes del juez”, *Ser Juez. Para una impartición de justicia...*, cit., p. 55.

para las partes como para la comunidad científica y para el público en general.⁶⁷ De ahí que los jueces deberían de empeñarse más en redactar de la mejor forma sus sentencias.

El arribo a una conclusión, el establecimiento de premisas y la relación que debe existir entre ellas, así como la serie de juicios e inferencias que el juez realiza a lo largo de todo el proceso judicial, exige del juzgador un cierto bagaje en materia de lógica. La que tradicionalmente suele emplearse en el ámbito judicial es la de índole deductivo, a través de la cual se parte de un conocimiento general de los hechos y de las normas y se llega, por un procedimiento precisamente deductivo, a una conclusión, a la respuesta de un caso particular. La operatividad y aserción de tal instrumento lógico radica en la serie de conectores lógicos que existen entre ellas. Por eso es necesario que el juez conozca con un poco más de detenimiento cómo funciona tal razonamiento, para darse cuenta, por ejemplo, si sus inferencias han sido correctas, si entre las premisas existentes hay una relación necesaria o ésta es sólo contingente, si la conclusión a la que arribó se deduce precisamente de las premisas precedentes, etcétera.

Otras de las importantes funciones que acarrea al manejo de la lógica deductiva por parte del juez nos las propone Malem Seña cuando afirma:

El conocimiento de la lógica deductiva es importante porque permite una mejor sistematización del material normativo, impide o dificulta que se cometan errores en la justificación interna y evita que se usen categorías conceptuales dogmáticas auto cancelatorias. Y debería evitar o advertir sobre la posibilidad de que se cometan falacias, tanto formales como informales. Contribuyendo, a la vez, a que el razonamiento sea más ordenado y claro.⁶⁸

Pero también el conocimiento de la lógica inductiva puede ayudar al juez en sus razonamientos, no olvidemos que el juez parte de hechos individuales, circunstancias concretas que se dieron o se están dando en la realidad y sobre las que el juez va formándose hipótesis, misma que en el transcurso del proceso se confirmarán o se desecharán. Dada la formulación de hipótesis, el juez debe saber que a través de este método la naturaleza de las con-

⁶⁷ *Idem.* Sobre este punto *cfr.* López Ruiz, Miguel y López Olvera, Miguel Alejandro, *Estructura y estilo en las resoluciones judiciales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002, *passim*.

⁶⁸ Malem Seña, J. F., “Los saberes del juez”, *Ser Juez. Para una impartición de justicia...*, *cit.*, p. 51.

clusiones a las que llegue «son sólo probables», y por tanto sujetas a revisión o superación.⁶⁹

Por otra parte, es conveniente advertir que el razonamiento lógico del juez no se reduce a los puros mecanismos deductivos o inductivos del intelecto, éstos, sin duda, garantizan una cierta formalidad en los esquemas y estructuras de los razonamientos jurídicos, pero son sólo una parte de una razón más general, de aquella que le permite entender al juez, desde una visión abarcativa y general, cuál es la respuesta justa al problema planteado; quizá en este punto estemos cerca de lo que Luis Recaséns Siches calificó como “lógica de lo razonable”,⁷⁰ aquella que “intenta comprender o entender sentidos y nexos entre significaciones, así como también realiza operaciones de valoración y establece finalidades y propósitos”.⁷¹ En definitiva, aquella que hace que el juez determine la solución justa entre todas las posibles.

El somero análisis que hemos hecho hasta aquí de la serie de conocimientos que el juez debería poseer ha de tener como factor común y guía de orientación una de las virtudes fundamentales del quehacer jurídico y específicamente del judicial, nos referimos a la prudencia del juzgador. Sobre esto, habrá que recordar que la determinación del derecho (labor a la que está llamado todo juzgador) no es, esencialmente, un conocimiento teórico, digamos un conocimiento puro, sino sobre todo es un conocimiento práctico, que requiere una razón práctica que lo oriente, razón a la que Kelsen se opondría, por supuesto.

En esta parte de nuestro trabajo no nos dedicaremos a ofrecer una explicación profunda de la historia de la prudencia y de lo que ésta es, sólo mencionaremos su significación más general para ir directamente a las diferentes formas en las que ésta se expresa dentro del territorio judicial.

La prudencia o *phrónesis* fue comprendida por el mundo clásico como saber deliberar,⁷² y consta, al menos de las siguientes etapas: i) deliberación

⁶⁹ *Ibidem*, p. 49. Sobre el mismo razonamiento inductivo y la manera en que éste opera en el ámbito jurídico, véase Platas Pacheco, Ma. del C., *Filosofía del derecho. lógica jurídica*, 3a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 106-109.

⁷⁰ Recaséns Siches, *Introducción al estudio del ...*, *cit.*, pp. 251-262.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 252-253.

⁷² Aristóteles en el libro VI de la *Ética Nicomáquea* señala: “Lo propio del prudente parece ser el poder deliberar sobre las cosas buenas y provechosas para él, no parcialmente, como cuáles son buenas para la salud o el vigor corporal sino cuáles lo son para el bien vivir en general”. *EN*, VI, 5, 1140^o 25-28.

propiamente dicha; ii) emisión de un juicio (juzgado); y, iii) decisión de una sentencia o imperio (ordenando).⁷³

En el primero de estos momentos el juez estudia el caso, lo analiza con detenimiento y lo coteja con el derecho vigente. Esta etapa de indagación detallada del caso ha sido calificada por Díaz Romero como «informativa» para el supuesto de las sentencias definitivas (acto jurisdiccional por antonomasia según el ministro en retiro).⁷⁴ De un conocimiento general del expediente y de la serie de circunstancias, oficios y pruebas que en él se contiene, la prudencia exige al juez una lectura atenta de cada una de las constancias que obran en él, porque como dice el ministro “A veces una aclaración, a veces una prueba aparentemente secundaria o un alegato marginal guían al juez hacia la verdad”.⁷⁵

La lectura atenta del expediente le permite al juzgador “(...) definir con precisión cuáles son los puntos fundamentales que se contravienen”.⁷⁶ Dentro de esta etapa pero en segundo lugar, el juez

debe tomar conocimiento de los hechos que constan en el expediente; esta intelección, sin embargo, no es ordinaria, es, más bien, un conocimiento especializado de corte judicial en el que se requiere la aplicación de la técnica jurídica y el ejercicio de la razón práctica para ir depurando los elementos probatorios, ya que las normas procesales y la lógica imponen reglas o matices a través de los cuales ciertos hechos han quedado firmes, otros son desvirtuados y algunos más siguen dudosos, en espera de que otros indicios o un desarrollo lógico los saque de la penumbra.⁷⁷

Este ejercicio, a través del cual el juzgador va descubriendo la verdad de los hechos, le hace realizar al juez —según Díaz Romero— una doble función: por una parte, le hace ir cotejando los hechos que considera como verdaderos con lo que las partes le van narrando y él, desde una posición imparcial, “va acogiendo o desestimando los puntos fácticos en su correcta dimensión”.⁷⁸ Por otra parte, “en el curso formativo de esa persuasión sobre los hechos, que siempre ha de ser demostrable y que constituirá el soporte de la calificación jurídica, el juez va realizando otro ejercicio que consiste en la formulación de hipótesis o ensayos provisionales de qué normas jurídi-

⁷³ Cfr. Platas Pacheco, Ma. del C., “Prudencia, exigencia del juzgador”, *Criterio y Conducta*, 2, México, SCJN, pp. 154-155. Cfr. Saldaña, J., *Ética Judicial. Virtudes del...*, cit., pp. 31-37.

⁷⁴ Díaz Romero, J., “Prólogo”, al libro de Platas, Pacheco, Ma. del C., *Filosofía del derecho, Prudencia arte del juzgador*, México, Porrúa, 2009, p. XII.

⁷⁵ Nota 11 del *Prólogo*.

⁷⁶ *Ibidem*, p. XII.

⁷⁷ *Ibidem*, p. XIII.

⁷⁸ *Idem*.

cas, precedentes, jurisprudencias y opiniones doctrinales puedan regir las diferentes y cambiantes opciones que el desarrollo de la información va surgiendo, fluidez que ha de desembocar, necesariamente, en una convicción patente”.⁷⁹

El segundo momento de *phrónesis* está constituido por el juicio a través del cual el juzgador determina lo que es justo y corresponde a cada una de las partes. Una vez estudiado y analizado a profundidad el expediente, valoradas detenidamente cada una de las pruebas y habiendo matizado los hechos y las constancias del caso, los jueces deben emitir un juicio de orden práctico que le lleve a dar, restituir, compensar, devolver, etcétera, aquel bien justo que es debido a la parte (s). Aquí el juez conoce lo que es el bien, o lo justo y enuncia un juicio singular que lo determina; es una elección racional, una estimativa jurídica sobre lo justo. Rhonheimer, citado por Platas dirá: “Este juicio de la razón práctica es del tipo «p» es bueno, aquí y ahora hay que hacer «p»: desencadena directamente la acción”.⁸⁰

Evidentemente, en el juicio, la elección de los medios (normas jurídicas o morales) juegan un papel fundamental, pues es con el ropaje de éstos que el juez establecerá su sentencia, tercer paso de la función deliberativa.

El tercer momento del ejercicio prudencial es el imperio judicial, lo ordenado por el juez a través de su sentencia. Ésta establece una serie de acciones que se deben realizar, o que se han de omitir y señalan normativamente las obligaciones de las partes que han intervenido en el proceso. En el caso del ámbito judicial mexicano las sentencias se integran por los resultandos, los considerandos y los puntos resolutivos.

En la primera de estas etapas el juez hace una narración del proceso, de las partes que en él intervienen, de las pretensiones de las mismas, así como de los presupuestos jurídicos en los que sostienen sus exigencias. Aún aquí, en una labor que puede ser puramente descriptiva y mecánica —señala Díaz Romero—, la prudencia juega un papel central, por ejemplo, “para no confundir o enredar al lector con datos que aun cuando se hallan en el expediente son intrascendentes”.⁸¹ Por más que se exija que dicha exposición sea sintética y objetiva “no es inerte, ya que por regla general incluye los elementos de hecho y de derecho que siendo trascendentes, habrán de ser estudiados y deslindados en la parte considerativa; de aquí que, como se dijo antes, es razonable que la sentencia se redacte después de formado el

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ Platas Pacheco, Ma. del C., *Filosofía del derecho. Prudencia arte del...*, cit., p. 145.

⁸¹ Díaz Romero, J., “Prólogo”, al libro de Platas Pacheco, Ma. del C., *Filosofía...*, cit., p. XVI.

criterio rector, pues este empieza a ver allanado su camino desde los resultados”.⁸²

Son los considerandos, según el ministro en retiro, la parte donde la prudencia judicial adquiere su más alta expresión, pues es en éstos donde se señalan las bases jurídicas, los fundamentos jurídicos de la decisión que el juez tomó. En esta parte el juez debe ser muy cuidadoso, “pues de su argumentación razonable y convincente dependerá ser considerado justo y, sobre todo, acreditarse legitimado dentro del sistema democrático moderno”⁸³. Finalmente, en los resolutivos, “el juez en ejercicio de su imperio, decide la controversia e impone autoritariamente su mandamiento”.⁸⁴

3. *Conocimientos éticos*

Es claro que en cada una de las actuaciones judiciales el elemento ético o moral se encuentra siempre presente, podríamos decir que en última instancia (tal y como vimos en la breve explicación sobre la prudencia) la actividad decisoria del juzgador es en el fondo una actividad eminentemente de índole moral. Me parece que lejos ya han quedado los días en que desde una particular visión se comprendieron al derecho y a la moral como dos ordenamientos separados. Hoy asistimos a una reconversión de tal postulando al reconocer que, efectivamente, hay una distinción entre los mismos, pero que sus relaciones e interconexiones son más que evidentes. De ahí que hoy pueda afirmarse con bastante autoridad y por sólo citar uno de los muchos ejemplos que se pueden enumerar, que “la extrema injusticia no es derecho”,⁸⁵ o que se establezca, como siempre lo señaló el ilustre profesor Miguel Villoro, que los valores dentro del derecho “tienen una existencia objetiva, en cuanto bienes que deben perfeccionar al hombre en su ser espiritual”.⁸⁶

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, p. XVII.

⁸⁴ *Ibidem*, p. XXVIII.

⁸⁵ Se está aludiendo a la fórmula de Radbruch cuya explicación y enunciación ha puesto de relieve Alexy y cuya fórmula, al menos en su primera parte reza así: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo afianzado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia”. Alexy, R., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en Vigo, R. L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 227.

⁸⁶ Villoro Toranzo, M., *Introducción al estudio del derecho*, 7a. ed., México, Porrúa, 1987, p. 203.

No me voy a detener aquí a hacer un minucioso análisis del principal criterio moral del derecho como es la justicia, sólo me interesa, para los efectos de este trabajo, evidenciar cómo dentro de los principales saberes que ha de poseer el juez se encuentra el conocimiento profundo de ésta y, sobre todo, tener fuertemente arraigado el compromiso con la misma. La búsqueda del juez excelente, tarea esencial de la ética judicial, pasa necesariamente por la aprehensión y ejercicio de esta virtud y del resto de las virtudes prácticas, así lo confirma Manuel Atienza al afirmar que “(...) El buen juez no es simplemente el que cumple ciertas normas de conducta (y no incurre en responsabilidad penal, civil o disciplinaria), sino el que ha desarrollado profesionalmente ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales”.⁸⁷ Y reconociendo que uno de los principios básicos de la ética del juez es el de imparcialidad hará notar que éste exige “un sentido de la justicia”.⁸⁸

Ahora bien, tal y como hemos tratado de mostrar en el desarrollo de estas páginas, el compromiso del juez con la justicia se ve reflejado en el conocimiento y empleo de los argumentos aquí enunciados, los que, por otra parte, no son los únicos ni los más exhaustivos; sin embargo, donde quizá se pueda ver en forma mucho más prístina tal compromiso es en el conocimiento y manejo de la interpretación-argumentación jurídica a la hora de usar los principios del derecho, o cuando hace suya la comprensión cabal de los derechos humanos y los documentos internacionales que los contienen y, en definitiva, cuando el juez es capaz de reconocer la igual dignidad de toda persona humana.⁸⁹ No nos detendremos más en estos temas porque ya se han dibujado algunas ideas sobre dichos tópicos en párrafos precedentes.

Al lado de este compromiso con la justicia y con las diferentes formas que tiene de concretizarse en la vida judicial, se encuentra también la necesidad de que el juez conozca y posea una sólida formación de carácter deontológico. Que conozca y sepa en qué consisten los principios éticos más importantes de su práctica profesional, que estudie y haga suyos los hoy denominados códigos de ética judicial, en definitiva, que entienda que el compromiso con la excelencia siempre exige un mayor esfuerzo personal pero que redundará en forma efectiva en un mejor servicio a la sociedad.

Evidentemente que este profesionalismo ético dependerá en gran medida de cómo se conciba la función judicial. Si se asume ésta como un trabajo más, como un empleo burocrático que lo mismo da realizarlo de cualquier

⁸⁷ Atienza, M., *Cuestiones judiciales...*, cit., p. 153.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ Para un análisis detallado de cada uno de estos temas *cf.* Vigo, L. R., *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, *passim*, especialmente capítulos 4 y 6.

forma, el empeño ético quedará frustrado. Pero si se entiende que detrás de éste hay algo más que una profesión técnica, algo más que un cúmulo de conocimientos provechosos para sacarle un poco de utilidad, entonces la labor judicial se verá con una mayor altura de miras. Creo que así se puede entender aquella afirmación que señala que el ser juez no es una profesión sino una vocación.

Justamente ese compromiso con la excelencia judicial que plantea el conocimiento de los presupuestos deontológicos implicados en la función judicial fue que llevó a los profesores Manuel Atienza y Rodolfo Vigo a establecer en la fracción III de la “Exposición de Motivos” del Código Iberoamericano de Ética Judicial cuál es la justificación de que tal documento existiera, estableciendo que: “En último término, se trata de, a partir de las exigencias que el propio Derecho plantea, a la actividad judicial, profundizar en las mismas y añadir otras, de cara a alcanzar lo que podría llamarse el «mejor» juez posible para nuestras sociedades”.

4. *Otros saberes del juez*

Ya se ha señalado que el juez debe tener como conocimientos específicos los relativos a su materia, y dependerá de cuál sea la rama del derecho a la que se dedique que haya de manejar igualmente otro tipo de saberes. Así, por ejemplo, sería importante que los jueces que realicen su función en el ámbito civil, particularmente en la rama familiar, puedan tener conocimientos básicos de psicología de familia,⁹⁰ y particularmente de psicología infantil, pues en casos como la separación de los cónyuges es importante conocer qué repercusiones puede acarrear tal separación para los niños o, para saber, una vez conocida la personalidad de los esposos, quién de ellos podría hacerse cargo de los niños.

Para el supuesto también del juez civil es trascendental conocer biología, o contar con un bagaje básico de genética, pues en supuestos donde tiene que decidir sobre paternidad tales conocimientos resultan decisivos.

Por mencionar otro caso piénsese en el supuesto de fincar algún tipo de responsabilidad, por ejemplo, médica. Aquí los jueces deberían tener un conocimiento, aunque sea elemental, de la patología específica materia del litigio, pues de lo contrario no podría saber con certeza de qué se está hablando y su decisión no contaría con todos los elementos necesarios para el buen juzgamiento.

⁹⁰ Cfr. Colmo, A., *La justicia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s/a, p. 79.

Una de las áreas que mayor conocimiento de otras disciplinas requiere es, sin duda, la rama penal. En ésta se dan infinidad de casos que demandan el estudio especializado de otras materias. Así, cuando se trata de un homicidio provocado por arma de fuego, el juez tendría que tener conocimientos básicos de medicina forense, balística, física, química sanguínea, de ingeniería (para saber con cierta precisión, por ejemplo, la dirección, la velocidad, la entrada y salida de la bala, etcétera) y evidentemente de psicología para conocer el perfil del delincuente que va a sentenciar.

Pensemos igualmente en aquellos jueces que se abocan al tratamiento de cuestiones fiscales o mercantiles. En estos casos son por supuesto importantes los conocimientos de economía, matemáticas, contabilidad, etcétera. Aquí, se le pediría al juez saber leer el estado financiero de la empresa, o la bitácora contable de la fábrica en cuestión.

En disciplinas tan distintas al derecho como puede ser la artística, es decir, el arte mismo, es necesario igualmente que el juez conozca sus más elementales saberes, pues en no pocas ocasiones ha de decidir sobre la identidad, el significado cultural y económico que puede llegar a tener una obra artística.

Sobre lo anterior, no cabe duda que alguien podría advertir que los jueces conocen de hecho tales materias por los dictámenes periciales que ofrecen las partes, o que él mismo puede llegar a solicitar, con lo cual, parecería innecesario el aprendizaje de tales conocimientos. Sin embargo, el juez debería de conocer tales nociones, entre otras cosas, para saber cuándo un peritaje está inducido, o cuando el dictamen pericial que se ofrece como prueba simplemente es deficiente por la ambigüedad en los conocimientos técnicos. Los saberes especializados que ha de tener un perito es importante que los conozca el juez, al menos, para saber qué es lo que se le está solicitando al perito.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha podido evidenciar, uno de los más importantes principios de la ética judicial es el del profesionalismo, el cual se expresa de muy distintas maneras y de las más variadas formas. La que aquí se ha tratado de ser explicada ha sido aquella que tiene que ver con los saberes y conocimientos que ha de poseer el juez para desarrollar de la mejor manera posible su trabajo.

Dichos saberes son fundamentalmente de orden jurídico, pero éstos implican a su vez una nómina de conocimientos provenientes de otras ramas

del saber humano como la filosofía, la ética, la historia, la economía, la psicología, etcétera. Todas éstas constituyen, sin duda, lo que se conoce como idoneidad técnica-científica, la que junto con la psicología, la ética y la gerencial, componen el perfil del mejor juez posible, aquel juez con el que está comprometido la ética judicial.

Los conocimientos que se han enunciado aquí no constituyen todos los saberes del buen juzgador, sólo se han enunciado algunos que por su cotidianidad deberían ser los más familiares a los juzgadores, pero lejos se está de proponer una lista cerrada de los mismos, el derecho como la vida misma es mucho más rico que lo que puede decirse de él en unas cuantas líneas, y éste, como aquella, ha de vivirse cotidianamente lo más humano que sea posible.

CAPÍTULO XIX
ANÁLISIS DE LA OMC DESDE UNA PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL¹

José Ma. SERNA DE LA GARZA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La constitucionalización del derecho comercial internacional (un enfoque sustantivo)*. III. *La constitucionalización del derecho comercial internacional (un enfoque procedimental-adjudicativo)*. IV. *La crítica a la idea de la constitucionalización del derecho comercial internacional*. V. *Examen del debate y reflexión final*.

I. INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de Comercio (OMC) es un organismo intergubernamental internacional, establecido el 1o. de enero de 1995, cuyo objetivo fue reemplazar el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT) y organizar las normas relativas al comercio internacional. Entre sus funciones principales están las de administrar los acuerdos comerciales de la OMC; servir de foro para negociaciones comerciales; ayudar a que el comercio se desenvuelva sin obstáculos conforme a un sistema reglamentado; resolver las controversias comerciales entre los gobiernos; organizar negociaciones comerciales; reducir el proteccionismo y las barreras arancelarias; supervisar las políticas comerciales nacionales, y dar asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo.²

Cabe señalar que el acuerdo de creación de la OMC (Acuerdo de Marrakesh) y sus tres anexos son vinculantes respecto de todos los Estados miembros, como se desprende de los párrafos 2 y 3 del artículo II de dicho Acuerdo:

¹ La presente contribución ha sido escrita con base en una discusión más amplia del tema, que se puede encontrar en mi libro titulado *Impacto e Implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012.

² Véase página web de la OMC: www.wto.org.

2. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Multilaterales”) forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.

3. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Plurilaterales”) también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para éstos. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales no crean obligaciones ni derechos para los Miembros que no los hayan aceptado.

Asimismo, debemos destacar que entre las obligaciones contraídas por los Estados miembros de la OMC, está la de ajustar su derecho interno³ a la normativa derivada del Acuerdo de Marrakesh y sus anexos.⁴

Ahora bien, el impacto que estas normas tienen sobre los Estados es enorme, si se toman en cuenta al menos tres circunstancias. En primer lugar, los instrumentos de la OMC inciden sobre un gran número de materias reguladas por los órganos legislativos nacionales, que de alguna manera están vinculadas al comercio. Estas materias van desde los impuestos, incentivos fiscales, aranceles y subsidios, hasta normas oficiales, medio ambiente, medidas sanitarias, seguridad y propiedad intelectual, entre muchas otras. Esto significa que hay numerosos puntos de contacto entre las reglas de la OMC y el derecho nacional, en los cuales coinciden ambos, y en los que el

³ Malik vincula las reformas judiciales de varios países de América Latina a la necesidad de responder a los cambios del medio externo: “Las experiencias de otros países con la reforma judicial presentan varias lecciones para los responsables de formular las decisiones políticas en los países que están en vías de desarrollo y en transición. Estas experiencias son de importancia especial para los responsables en tomar decisiones en América Latina, quienes necesitan responder urgentemente a los cambios en el medio externo, tales como el nuevo Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Convenio de la Organización Mundial de Comercio (WTO), las implicaciones del TLC y la integración de los mercados de capital a través de medidas que fomentan el desarrollo empresarial y la competitividad (por ejemplo, la República de Venezuela está a la vanguardia de la modernización del Poder Judicial en América Latina con el apoyo del Banco Mundial). La familiarización con las mejores prácticas internacionales es de gran utilidad para los responsables de tomar decisiones en los países de Europa central y oriental y en otros Estados independientes de la antigua Unión Soviética que enfrentan la pregunta fundamental de cómo construir una infraestructura jurídica que garantice el cumplimiento de las leyes y establezca los cimientos legales para una gestión económica sólida en el marco de un sistema orientado hacia el mercado”. Malik, Waleed Haider, “El desarrollo económico y la reforma judicial: experiencias internacionales e ideas para América Latina”, *Reforma Judicial*, México, núm. 1, 2003, p. 93.

⁴ Artículo XVI-4 del Acuerdo de Marrakesh que: “4. Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos”.

derecho interno ha de ajustarse a los estándares del referido organismo intergubernamental.⁵

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta el valor de las actividades económicas comprendidas dentro del Acuerdo de la OMC: los intereses económicos implicados ha llevado a que el sistema otorgue una gran relevancia a la resolución de disputas entre los miembros de la OMC; disputas derivadas de la percepción de los Estados de una falta de ajuste entre las normas de la OMC y las normas nacionales sobre comercio y las relacionadas con el comercio (“*trade-related norms*”).⁶

En tercer lugar, el mecanismo de resolución de disputas tiene un alcance sin precedentes en el derecho internacional. En palabras de Bhuiyan, se trata de un sistema “obligatorio”, “exclusivo” y “automático”. Es “obligatorio” puesto que todos los Estados miembros están sujetos a la jurisdicción de los distintos órganos del sistema de resolución de disputas de la OMC, y cualquier miembro puede activarlo de manera unilateral contra otro miembro. Es “exclusivo” en razón de que en relación a disputas que entren en el ámbito de los acuerdos de la OMC, excluye cualquier otro procedimiento o sistema de resolución de controversias.⁷ Finalmente, es “automático”, pues una vez que el sistema de resolución de diferencias ha sido puesto en movimiento por la presentación de una demanda, las diversas etapas procesales previstas por el sistema se van sucediendo “automáticamente” de acuerdo a un estricto marco temporal previsto en el “Entendimiento”. De esta suerte, el Estado demandado no puede bloquear ni retrasar los procedimientos en ninguna etapa.⁸

Asimismo, debemos mencionar que el sistema de solución de diferencias cuenta con una poderosa herramienta para forzar a los miembros de la OMC a ajustarse al cumplimiento de las reglas de dicha organización: si al cabo de todo el procedimiento (que en caso de apelación dura no más de un año y tres meses), el grupo de especial respectivo (panel) determina que el país denunciante tiene la razón, y si el país infractor no cumple con las conclusiones del panel, entonces el país denunciante podrá imponer represalias

⁵ Bhuiyan, Sharif, *National Law in WTO Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 6.

⁶ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

⁷ En este sentido se expresa el artículo 23.1 del “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” de la OMC: “1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar”.

⁸ *Ibidem*, pp. 6-8.

comerciales al país demandado, tales como el retiro de concesiones comerciales que deben ser aprobadas por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en un plazo de 30 días siguientes a la expiración del “plazo prudencial” que se da al demandado para que cumpla.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho constitucional, el esquema de la OMC ha dado lugar a diversas posturas y debates. De hecho, como observan Howse y Nicolaidis, de manera creciente, se hace referencia a los retos de la gobernanza económica mundial, y en particular los de la OMC, en términos constitucionales.⁹ Sin embargo, esto ha abierto una importante línea de discusión en la que existen posturas encontradas. Como se verá con detalle más adelante, para algunos la OMC desempeña “funciones constitucionales”, o bien se da un entendimiento constitucional a los procedimientos para la resolución de disputas de la OMC, con su mecanismo jurídicamente riguroso y su ponderación y balance de valores públicos en competencia. Pero para otros, el derecho de la OMC está lejos de pertenecer a la tradición del constitucionalismo, además de tener una serie de implicaciones y efectos negativos sobre los arreglos constitucionales nacionales. A este debate nos aproximaremos en las páginas que siguen.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL¹⁰ (UN ENFOQUE SUSTANTIVO)

Ernst-Ulrich Petersmann ha desarrollado la idea de que el derecho de la OMC cumple o desempeña “funciones constitucionales”. Su punto de partida puede resumirse en la siguiente premisa: así como a nivel doméstico existe la necesidad de limitaciones constitucionales a los poderes regulatorios internos en la materia comercial, también existe la necesidad de crear garantías constitucionales para la “libertad de entrar en relaciones comerciales transnacionales”, así como la de establecer las correspondientes limitaciones a los poderes que definen las políticas comerciales internacionales

⁹ Howse, R. y Nicolaidis, K., “Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far”, en Porter, Roger *et al.* (eds.), *Efficiency, Equity and Legitimacy, The Multilateral Trading System at the Millennium*, Washington, D. C., Brookings Institution Press, 2001, p. 227.

¹⁰ La expresión “derecho comercial internacional” se refiere al conjunto de normas que regulan las transacciones comerciales internacionales y, en esa medida, incluye también a las normas referidas a la OMC (en tanto esquema regulador del comercio internacional). Sin embargo, compite con el concepto de “derecho económico internacional”, que se refiere a las normas relativas a la regulación del sistema económico global, en el que se incluye también el esquema de la OMC.

de los Estados.¹¹ En este sentido, aboga por un concepto de funciones constitucionales y de garantías jurídicas internacionales respecto de la libertad de comercio, no-discriminación y transparencia en la formulación de la política comercial internacional de los Estados, para lo cual afirma que:

Como los derechos individuales no fueron “otorgados” por los gobiernos y su enumeración en las constituciones escritas nunca fue vista como exhaustiva, no hay ninguna razón constitucionalmente convincente para asumir que la libertad individual de comercio esté limitada a la posibilidad de elegir a los socios comerciales domésticos y que no proteja también las transacciones comerciales transnacionales.¹²

En esencia, el argumento de Petersmann se basa en la idea de que los derechos humanos y las “libertades de mercado”, “libertades económicas” (incluido el derecho de propiedad) son análogos, es decir, tienen la misma naturaleza. Sin embargo, crítica al “derecho de los derechos humanos de la ONU” por descuidar las libertades económicas, derechos de propiedad y libertad de competencia económica, que él considera son precondiciones jurídicas para incrementar el bienestar de ciudadanos libres, además de que promueven el uso eficiente de recursos escasos, pues los “derechos humanos económicos son esenciales para permitir a los individuos adquirir, poseer, usar y disponer de los recursos necesarios para el goce de los derechos humanos”.¹³ Como parte de esta crítica, Petersmann sostiene que existe un “sesgo anti-mercado” en los derechos humanos de la ONU, ya que la indivisibilidad de los derechos humanos y la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales no están suficientemente protegidos como para permitir que los ciudadanos, los operadores económicos y los jueces apliquen y desarrollen progresivamente los derechos económicos y sociales en los tribunales domésticos e internacionales. Este sesgo, a su vez, reduce su potencial operacional —sostiene Petersmann— como parte relevante de las organizaciones económicas de alcance mundial, así como para el esquema de una economía de mercado basada en derechos y en la jurisprudencia (piensa, por supuesto, en el mecanismo de resolución de disputas de la OMC).¹⁴

¹¹ Petersmann, Ernst-Ulrich, “National Constitutions, Foreign Trade Policy and European Community Law”, *European Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1, 1992, p. 27.

¹² *Idem*.

¹³ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 3, 2002, p. 639.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 628 y 629.

Además, Petersmann busca fortalecer su idea de la analogía entre los derechos humanos y las ‘libertades económicas’ a nivel transnacional, aludiendo a la circunstancia de que el mecanismo de adjudicación de la OMC, al igual que los tribunales constitucionales nacionales, también emplea el método de la ponderación para resolver disputas. Ello deriva del hecho —sostiene— de que el derecho comercial internacional también reconoce su función instrumental para promover objetivos no económicos, como ‘elevar los niveles de vida’, promover el ‘desarrollo sustentable’ y ‘preservar el medio ambiente’ (preámbulo de la OMC). Asimismo, Petersemann sostiene que los ‘balancing principles’ en las ‘cláusulas de excepciones’ en el derecho comercial internacional como no discriminación, necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad individual (artículo XX, GATT) o derechos de acceso individual a tribunales (artículo X, GATT), son similares a los ‘balancing principles’ en las ‘cláusulas de excepciones’ en los tratados de derechos humanos. Incluso dice que referencias indirectas a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad se encuentran en el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Por ello es que los derechos humanos y el derecho comercial internacional tienen para Petersmann funciones complementarias para la protección de la libertad individual, la no discriminación y el *rule of law*.¹⁵

De esta manera, para Petersmann el derecho de la OMC representa un sistema de garantías jurídicas internacionales para la mejor protección de las libertades de comercio, la no-discriminación, seguridad jurídica, transparencia, los derechos de propiedad, la libre competencia y el uso proporcional de los instrumentos de política comercial-internacional por parte de los Estados. De hecho, para este autor la OMC fue diseñada para cumplir con funciones constitucionales, consistentes en limitar los poderes discrecionales en materia de comercio exterior de los gobiernos a lo largo del mundo, a través de reglas estables y de rango superior (el Acuerdo de la OMC, sus acuerdos y anexos relacionados).¹⁶ A su vez, esta visión lleva a poner al derecho de la OMC por encima de la política nacional, que en la visión de Petersmann en muchas ocasiones está capturada por intereses de corto plazo de productores, políticos y burócratas, que buscan beneficios y rentas, a través de normas que les protejan de la libre competencia. Sin embargo, —afirma— esto atenta contra los intereses comunes de largo plazo de los

¹⁵ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, núm. 2, 2003, p. 242.

¹⁶ Petersman, E. U., “Constitutionalism and International Organizations”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 17, núm. 2/3, p. 446.

individuos, los consumidores y los ciudadanos, derivados del libre comercio, no discriminación, transparencia y libre competencia.¹⁷

Como puede observarse, en el esquema de Petersmann subyace una visión Hayekiana de la relación economía-Estado-sociedad, que privilegia los supuestos beneficios de la acción libre de las fuerzas del mercado, y censura la intervención estatal, como prerrequisito para generar y distribuir riqueza y bienestar en las sociedades.¹⁸ En este contexto es que puede entenderse que el referido autor afirme que los mercados económicos son tan importantes como los mercados políticos. Por ello —sostiene— como una necesaria consecuencia del ejercicio de derechos humanos en el área económica, los mercados económicos necesitan de protecciones constitucionales contra los abusos de poder, en grado no menor que los mercados políticos.¹⁹ *Ergo*, son necesarias garantías jurídicas nacionales e internacionales para la protección de dichos mercados económicos.

En suma, Petersmann ve el Acuerdo de la OMC como un instrumento que busca extender valores de derechos humanos básicos a través de las fronteras; así, puede entenderse como ejerciendo ‘funciones constitucionales’ para la protección jurídica de valores identificados con los derechos humanos doméstica e internacionalmente.²⁰ La sugerencia es que los valores que subyacen al derecho de la OMC —tales como protección de la libertad jurídica, derechos de propiedad, no-discriminación, *rule of law*, acceso a tribunales, bienestar económico y soberanía nacional para buscar objetivos de políticas no económicos que son más importantes que el libre comercio— reflejan los correspondientes principios de derechos humanos.²¹

¹⁷ Incluso llega a afirmar que *demasiado* control democrático y parlamentario sobre la política arancelaria tiene el riesgo de reducir el bienestar económico en una sociedad. Petersmann, E.U., “From ‘Negative’ to ‘Positive’ Integration in the WTO: Time for ‘Mainstreaming Human Rights’ into WTO Law”, *Common Market Law Review*, vol. 37, núm. 6, 2000, pp. 1365-1368.

¹⁸ “Donde la libertad y los derechos de propiedad son protegidos, los individuos comienzan a producir y a intercambiar bienes y servicios demandados por los consumidores. El hecho de que la mayoría de la gente dedica la mayor parte de su tiempo en sus ‘libertades económicas’ (p.ej. en producir e intercambiar bienes y servicios incluyendo el trabajo y las ideas de las personas) ilustra que para la gente ordinaria, al contrario de muchos abogados, las libertades económicas no son menos importantes que las libertades civiles y políticas”. Petersmann, *op. cit.*, “Time for a United Nations ‘Global Compact’...”, p. 629.

¹⁹ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO ‘Linking Principles’ for Trade and Competition”, *New England Law Review*, vol. 34, 1999, p. 148.

²⁰ *Ibidem*, pp. 636 y 637.

²¹ La propuesta de Petersmann es bastante más ambiciosa, puesto que incluye ideas tales como: la necesidad de que el derecho de las organizaciones internacionales sea construido de

Finalmente, Petersmann busca demostrar que como resultado del reconocimiento universal de los derechos humanos a nivel internacional, estos derechos son relevantes para la interpretación y aplicación de las reglas de la OMC, especialmente para las garantías de la OMC sobre libertad, no discriminación, *rule of law*, propiedad privada, acceso a tribunales, debido proceso legal, y para numerosas excepciones de la OMC que permiten restricciones a la libertad de comercio a efecto de proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal, la moral pública y otros ‘valores de los derechos humanos’.²² Es decir, las reglas de la OMC deben ser interpretadas de conformidad con las obligaciones de los Estados derivadas de los tratados internacionales sobre los derechos humanos.²³

Y si la protección constitucional de la ‘libertad personal’ se extiende a la demanda y oferta privada a través de fronteras, entonces las obligaciones internacionales de los gobiernos (en GATT, OMC), de proteger la libertad y la no discriminación entre ciudadanos a través de fronteras puede servir ‘funciones constitucionales’ para limitar abusos de los poderes del gobierno y para reforzar la protección de los derechos individuales.²⁴

Al igual que otros colegas que participan en el debate, Petersmann manifiesta una preocupación por la cuestión de la legitimidad del esquema de la

conformidad con los derechos humanos reconocidos por los estados miembros; la invocabilidad directa por parte de los individuos del derecho de las organizaciones internacionales (como por ejemplo, el derecho de la OMC); la posibilidad de que los tribunales nacionales o internacionales recurran al derecho internacional de los derechos humanos como límites constitucionales sobre el derecho y los poderes de las organizaciones internacionales; el empleo de criterios de derechos humanos para interpretar las cláusulas de interés público (que justifican excepciones a las reglas de libre comercio de la OMC); y la necesidad de más democracia en los procesos de elaboración de normas de las organizaciones internacionales. Petersmann, *op. cit.*, “Time for a United Nations ‘Global Compact’...”, pp. 621-650.

²² Petersmann, Ernst-Ulrich, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, núm. 2, 2003, p. 242.

²³ *Ibidem*, p. 248.

²⁴ Petersmann deja abiertas varias preguntas: ¿puede el derecho de la OMC realizar sus objetivos de libre comercio e integración comercial global sin considerar derechos humanos reconocidos universalmente?; las tensiones entre las reglas de la OMC y derechos humanos ¿deben ser clarificadas caso-por-caso por los jueces de la OMC (a pesar de que los miembros de los paneles de la OMC y del Órgano de Apelación, pueden no estar familiarizados con los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos?; ¿los diplomáticos en el órgano de arreglo de disputas de la OMC pueden producir reportes de los paneles y del órgano de apelación sugiriendo ¿nuevas interpretaciones de derechos humanos?; ¿cómo se puede limitar el riesgo de abusos proteccionistas basados en argumentos de derechos humanos para justificar restricciones comerciales?; ¿cómo han de percibir los activistas de derechos humanos y los órganos de derechos humanos de la ONU las interrelaciones entre los derechos humanos y las reglas de la OMC?, entre otras. Petersmann, “Time for a United Nations ‘Global Compact’...”, *op. cit.*, p. 643.

OMC. Ante esto, y en su visión, el reconocimiento explícito de derechos humanos universalmente reconocidos como parte del contexto jurídico relevante para la interpretación de las reglas de la OMC podrían fortalecer la legitimidad de los procesos de toma de decisiones de la OMC y del derecho de la OMC.²⁵ Asimismo, este autor ve la necesidad de agrandar las bases sociales y políticas de apoyo de OMC y su *legitimidad constitucional*. Para ello, propone ampliar la transparencia en los procesos de toma de decisiones en el seno de la OMC; la creación de un consejo asesor con participación de la sociedad civil, y el envío regular y oportuno de información a los parlamentos nacionales sobre las negociaciones que se llevan al cabo en el seno de la OMC.²⁶

Cabe señalar que Petersmann no es un autor aislado en su perspectiva, pues existen otros académicos que han desarrollado perspectivas parecidas. Por ejemplo, McGinnis y Movsesian responden a aquellos que opinan que la OMC significa una amenaza para la soberanía y la democracia representativa, y que tiene el potencial de bloquear importantes programas adoptados por gobiernos elegidos popular y democráticamente, con el siguiente argumento:

El libre comercio y el gobierno democrático enfrentan un obstáculo común - la influencia de poderosos intereses de grupo. Como el libre comercio crea riqueza en cada nación, es posible esperar que las mayorías nacionales favorezcan políticas de libre comercio, por encima de políticas que benefician a intereses especiales a expensas de la mayoría. Algunas industrias en una nación, sin embargo, sufren en razón del libre comercio, y los empresarios y trabajadores en esas industrias se movilizarán para pedir medidas proteccionistas que restrinjan las importaciones. Esos grupos de interés proteccionistas tienen un desproporcionado poder en la política doméstica, y su cabildeo con frecuencia puede asegurar restricciones a las importaciones, a pesar de que la mayoría de la ciudadanía sufra. En este contexto, la OMC puede promover el poder de las mayorías nacionales al contener la influencia de los intereses de grupo proteccionistas, estableciendo normas y estándares y vigilando que los Estados las cumplan. De esta suerte —afirman los autores— la OMC al promover el libre comercio y la democracia en que impere el interés de la mayoría, refleja los principios del Federalismo y del constitucionalismo Madisoniano en el nivel global.²⁷

²⁵ Petersmann, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *op. cit.*, pp. 258 y 259.

²⁶ Petersmann, “From ‘Negative’ to ‘Positive’ Integration...”, *op. cit.*, pp. 1368 y ss.

²⁷ Según los referidos autores, el esquema de la OMC refleja el federalismo americano, porque la estructura federal de los EUA fue originalmente diseñada para prevenir la discri-

De hecho, proponen los autores, un régimen de comercio internacional que esté enfocado a restringir la influencia de los grupos de interés proteccionistas, puede reforzar, en lugar de debilitar, un importante elemento de la soberanía, en la medida en que permanezca como vigilante, y no se involucre en expedir regulación sustantiva por sí misma, tal y como se encuentra en este momento el esquema de la OMC.²⁸

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL (UN ENFOQUE PROCEDIMENTAL-ADJUDICATIVO)

Deborah Cass ha desarrollado también la idea de la ‘constitucionalización’ del derecho comercial internacional, pero en lugar de considerar aspectos sustantivos (como Petersmann), ha centrado su atención en el proceso de adjudicación de la OMC. Según Cass, un sentido posible para hablar de la constitucionalización del derecho comercial internacional, es aquel que se vincula con la caracterización tradicional de creación de normas constitucionales por vía de la interpretación judicial: “De acuerdo con esta definición, el tribunal de apelación de la OMC, el Órgano de Apelación, es la fuerza dinámica detrás de la construcción de constitución en virtud de su capacidad para generar normas y estructuras constitucionales a lo largo de la resolución de disputas”.²⁹ Implícito en el argumento de Cass está la idea de que las decisiones del *organo de apelación* (OA) comparte características lo suficientemente similares con el derecho constitucional nacional para caracterizarlo como una forma de toma de decisión cuasi-constitucional y por tanto para garantizar la descripción del sistema en su conjunto como en proceso de constitucionalización.³⁰

No obstante, y adelantándose a la crítica de que en el esquema de la OMC no hay Estado, ni hay comunidad política alguna para legitimar la toma de decisiones, Cass aclara que usa el concepto de ‘constitucionaliza-

minación en el comercio interestatal, restringiendo con ello a los intereses de grupo proteccionistas dentro de cada estado. Y refleja también una visión Madisionana, pues, como dijo Madison en *El Federalista* No. 10, el fin de la Constitución de los EUA era ‘asegurar el bien público y los derechos privados contra el pelagro de ... las facciones, y al mismo tiempo preservar el espíritu y la forma del gobierno popular...’. McGinnis, John y Movsesian, Mark L., “The World Trade Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 114, núm. 2, diciembre de 2000, pp. 512-515.

²⁸ *Ibidem*, p. 529.

²⁹ Cass, Deborah Z., “The ‘Constitutionalization’ of International Trade Law: Judicial Norm-Generation and the Engine of Constitutional Development in International Trade”, *European Journal of International Law*, vol. 12, núm. 1, 2001, pp. 40-42.

³⁰ *Ibidem*, p. 42.

ción’ en un sentido más amplio para argumentar que las decisiones del OA y paneles de OMC están comenzando a desplegar algunas características ordinariamente asociadas con las decisiones judiciales de sistemas constitucionales nacionales y supranacionales. Así, sostiene la autora “...la jurisprudencia de la OMC exhibe un interés explícito con la delimitación de poder entre estados miembros y el mecanismo centralizado de arreglo de disputas; en algunos casos, pide prestado de doctrinas y técnicas constitucionales, como la proporcionalidad; en otros casos, ha extendido su alcance en materias, tales como salud, antes considerada exclusivamente como materias de las constituciones nacionales. Como resultado, una forma de derecho híbrida está emergiendo que tiene suficiente semejanza con el derecho constitucional nacional y supranacional para referirse a él con el descriptor de ‘constitucionalización’”.³¹

Para Cass, el derecho comercial internacional tiene una clara afinidad con un sistema constitucionalizado, porque su *case law* se basa de una manera mayor en técnicas del razonamiento de la adjudicación constitucional. Con base en esas técnicas —sostiene la autora— el OA está empezando a crear una estructura constitucional para el derecho comercial internacional. La arquitectura del sistema está empezando a tener una mayor semejanza con una estructura constitucional, que el derecho internacional general. Está ocurriendo un más localizado proceso de interpretación constitucional y creación constitucional en la esfera del derecho comercial internacional.³² Consciente o inconscientemente —dice Cass— el OA de la OMC es instrumental en construir esa estructura constitucional,³³ pero lo que está siendo creado no es ‘constitucional’ en el sentido tradicional nacional, aunque sí tiene un parecido. Y el punto de partida es la creación del OA con poderes ampliados para producir decisiones vinculantes.

Para Cass, la constitucionalización del derecho comercial internacional se está dando a través de cuatro técnicas específicas. En primer lugar, observa el fenómeno por el cual ciertas reglas, principios y doctrinas del derecho constitucional están siendo tomadas prestadas —por así decirlo— y están siendo empleadas en las decisiones del OA de la OMC, lo que a su vez está llevando a una semejanza más cercana entre el derecho comercial internacional y el derecho constitucional (por ejemplo, el juicio de proporcionalidad y el razonamiento sobre competencia jurisdiccional).³⁴ En segundo lugar, las decisiones del OA son constitutivas de un nuevo sistema de derecho,

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ *Ibidem*, p. 44.

³⁴ *Constitutional doctrine amalgamation.*

pues contribuyen a formar un cuerpo normativo que no es ni de los Estados, ni se adscribe al derecho internacional tradicional.³⁵ En tercer lugar, mediante sus decisiones, el OA incorpora materias que tradicionalmente han sido vistas como pertenecientes a la competencia constitucional nacional, tales como la salud pública.³⁶ Y en cuarto lugar, observa Cass que la jurisprudencia del OA no solamente se basa en reglas, principios y doctrinas constitucionales, sino que se asocia con valores constitucionales más profundos (tales como temas de democracia y gobernanza, sobre cómo diseñar un sistema de derecho equilibrado).³⁷

Con el fin de dar sustento a sus planteamientos, Cass analiza el caso *Hormonas*,³⁸ cuyos aspectos más relevantes pueden resumirse de la siguiente manera: a partir de 1989 las Comunidades Europeas adoptaron medidas por las cuales se prohibía la importación de productos cárnicos en razón del empleo de seis hormonas que estimulan el crecimiento del ganado, y que desde la década de los ochentas venían siendo objeto de análisis y discusión en cuanto a sus efectos presuntamente nocivos en la salud humana. Dichas hormonas son: estradiol-17 β , progesterona, testosterona, acetato de trembolona (TBA), zeranol y acetato de melengestrol.

Ante esta prohibición, y a manera de sanción, los Estados Unidos de América decidieron incrementar los derechos de aduana sobre diversos productos agroalimentarios de la Comunidad Europea (carne de vacuno, café, bebidas de bajo contenido alcohólico, conservas de tomate y zumos de fruta) por valor de más de 90 millones de dólares.

Ya entrado en vigor el Acuerdo de la OMC, la Comunidad Europea protestó en contra de lo que consideraba medidas unilaterales de los Estados Unidos de América, contrarias al espíritu del referido Acuerdo. Por su parte, Estados Unidos de América y Canadá consideraban que la prohibición de la Comunidad Europea era contraria tanto a los artículos III y XI del GATT de 1994, como a los artículos 2o., 3o. y 5o. del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el artículo 2o. del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el artículo 4o. del Acuerdo sobre Agricultura.

A partir de estas diferencias se integraron dos Grupos Especiales (el 20 de mayo de 1996 y el 16 de octubre de 1996), y sus Informes resultaron favora-

³⁵ *System constitution.*

³⁶ *Subject matter incorporation.*

³⁷ *Constitutional value association, ibidem*, p. 52.

³⁸ Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas), *Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS26/R/USA, 18 de agosto de 1997.

bles a la posición de los Estados Unidos y de Canadá, en los siguientes términos básicos:

i. Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no se basaban en una evaluación del riesgo, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Los estudios científicos de la CE no respaldaban la prohibición impuesta a la carne tratada con hormonas.

ii. Las Comunidades Europeas, al adoptar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que consideraban adecuados en diferentes situaciones, que tenían por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. En particular, en contraste con la prohibición impuesta a las hormonas estimulantes del crecimiento, la CE permitía niveles más elevados de las mismas hormonas de producción endógena en la carne no tratada y en otros alimentos; el uso de las mismas hormonas con fines terapéuticos y de gestión de rebaños; y el uso de otros estimulantes del crecimiento (por ejemplo los antimicrobianos carbadox y olaquinox, conocidos por su actividad carcinogénica) en la producción de porcinos.

iii. Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no estaban basadas en normas internacionales existentes sin que ello estuviese justificado al amparo del párrafo 3 del artículo 3o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 3o. de dicho Acuerdo.

iv. Las Comunidades Europeas no se habían amparado en el párrafo 7 del artículo 5o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, que permitía la adopción de medidas de precaución de manera provisional, sino más bien en el “principio de cautela” en general. El Grupo Especial consideró que el recurso al “principio de cautela” no anulaba las obligaciones de un país en el marco del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.³⁹

³⁹ Las Comunidades Europeas invocaron el ‘principio de cautela’ contenido en el artículo 5o., párrafo 7 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, para justificar la adopción de las medidas impugnadas en este caso. Dicha disposición establece lo siguiente: “7. Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apli-

En ambos informes, el Grupo Especial recomendó, en el párrafo 9.2, lo siguiente: "...que el Órgano de Solución de Diferencias pida a las Comunidades Europeas que pongan sus medidas en conformidad con las obligaciones que les impone el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias".

La Comunidad Europea apeló dichas recomendaciones ante el Órgano de Apelación, mismo que emitió su Informe el 16 de enero de 1998, en el cual

- i. Estuvo de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que, puesto que la medida de la CE reflejaba un nivel más elevado de protección que la norma internacional y no estaba justificada por una evaluación del riesgo, infringía el artículo 3o.
- ii. Confirmó la constatación del Grupo Especial sobre el párrafo 1 de artículo 5 en el sentido de que no había una relación lógica entre la medida y las pruebas científicas presentadas sobre cinco de las hormonas y constató que no había una evaluación del riesgo para la sexta hormona (acetato de melengestrol).
- iii. Revocó las constataciones del Grupo Especial sobre el párrafo 5 del artículo 5. El Órgano de Apelación consideró que había una diferencia fundamental entre las hormonas administradas y las de producción endógena en la carne y otros alimentos y que el uso terapéutico de hormonas llevaba consigo una mayor supervisión y control. Aunque el Órgano de Apelación convino en que la diferencia entre una prohibición impuesta a la carne de bovino tratada con hormonas y el uso de estimulantes del crecimiento en la producción porcina era arbitraria, no consideraba que esto produjera discriminación o una restricción encubierta del comercio.
- iv. Confirmó la constatación del Grupo Especial sobre la utilización de la precaución y su relación con el párrafo 7 del artículo 5.

Ahora bien, la lectura constitucional que Cass realiza de este caso comienza con la observación de que el OA ha tenido que comenzar a tratar temas de la delimitación de su propia autoridad y de los estados miembros. El OA produjo un estándar de revisión por los paneles, respecto de las decisiones de los estados nacionales, según el cual éstos deben realizar una 'evaluación objetiva' (*objective assessment*), que no es ni examen de novo de la decisión nacional, ni deferencia total. Este aspecto de la decisión señala que el ámbito de los órganos nacionales para tomar decisiones con efectos en el

quien otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable".

comercio no serán dejadas enteramente al estado. En este tema, Cass observa que a pesar de que no ha habido transferencia de poder legislativo o ejecutivo a la OMC y la autonomía clásica de la jurisdicción nacional queda intacta, ha habido un cambio sutil:

A través del proceso de interpretación judicial, las autoridades nacionales ya no pueden tomar decisiones sin que esas decisiones sean sujetas a escrutinio judicial por los paneles de la OMC. La deferencia no está a la orden del día, así, sea como se le mire, incluso si el ámbito actual de poder nacional permanece sin cambio, su ejercicio es afectado para siempre. Inserto en los sistemas nacionales de los Estados miembros de la OMC hay un límite, aunque sea mínimo, que califica su anteriormente completa autoridad constitucional.⁴⁰

Por otro lado —observa Cass—, la decisión en el caso *Hormonas* busca una asociación con un valor constitucional (de democracia y gobernanza), que se expresa en términos del objetivo de encontrar un ‘balance’ o equilibrio entre la competencia nacional para determinar medidas sanitarias, y las competencias asignadas a la OMC por los Estados miembros.⁴¹

Asimismo, para Cass el caso *Hormonas* muestra que el OA puede llegar a tener efecto en la competencia legislativa nacional en relación con estándares en materias no comerciales (salud pública). La regla: las medidas nacionales de salud no tienen que corresponder precisamente con los estándares internacionales para ser conformes con las normas de comercio internacionales. De esto se deriva:

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 56-57.

⁴¹ “Implicit in this result are a number of conclusions. First, it suggests that, even in the exercise of mere treaty interpretation by the central tribunal, changes can occur in the scope of the *legislative power* of the member states. By the use of techniques such a constitutional doctrine amalgamation and constitutional value association the structure of international trade law is changing. Robust treaty interpretation, combined with strong judicial review incorporating such techniques, creates the possibility of subtly altering the legislative decision-making power by states, without an explicit transfer of power occurring. Again, the legitimacy of such a trend needs further consideration. Even taking account of the important qualification that states have not transferred regulatory power to any centralized body, an alteration in the national/international relationship has occurred, and largely by way of judicial interpretation. The implications for governance of states are clear. If national legislative bodies can ‘lose’ a proportion of their power, or even have the exercise of that power conditioned in some significant ways, it would indicate two things. First, the judicial body has constituted a different relationship of power between the national and the international from the one which previously existed; and, secondly, the judicial body has begun to act *as though* the legal systems within its jurisdiction were not only singular systems of law but formed a part of a broader system of law”. *Ibidem*, pp. 58-60.

Primero, que la interpretación judicial del instrumento internacional de derecho comercial ha confirmado que la salud, una materia de la autoridad constitucional nacional, está firmemente en la agenda del comercio internacional. Segundo, el tribunal ha mostrado una conciencia de las sensibilidades nacionales de la decisión por medio de la adopción de una construcción del texto que enfatiza la autoridad nacional. Esto es logrado por una combinación de los métodos identificados arriba: la asociación de la cuestión interpretativa con el valor de la soberanía estatal; y la amalgamación de técnicas constitucionales tales como economía judicial.⁴²

Otro caso paradigmático al que también se refiere Cass, es el WT/DS 58/AB/R, decidido en 1998 por el OA de la OMC, en el cual diversos Estados demandaron a los Estados Unidos de América por violar las reglas de la OMC en virtud de una serie de procedimientos administrativos relativos a la prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Dichos procedimientos implicaban, entre otras cosas, la realización de una investigación por parte de funcionarios de Estados Unidos de América (EUA) acerca de los métodos empleados por las flotas de varios países para pescar camarón; producto de dicha investigación, la autoridad administrativa de los EUA podía otorgar o no una “certificación” al país en cuestión, dependiendo de si este último cumplía o no con estándares establecidos por los EUA relativos a la conservación de diversas especies de tortugas. La denegación de la “certificación” implicaba la prohibición de importar camarón del país en cuestión.

El OA de la OMC decidió el caso en función de una serie de consideraciones típicas del “discurso constitucional”: en relación con el procedimiento de certificación, no estaba prevista una oportunidad formal para el país solicitante para ser oído, o para que dicho país pudiera responder a los argumentos que se formulen en su contra en el curso del procedimiento de certificación antes de que se adopte la decisión de conceder o denegar la certificación. Además, no había ninguna decisión formal escrita, fundada, de aceptación o de rechazo, con respecto a las solicitudes de certificación; y los países solicitantes no recibían ningún tipo de notificación especial, ni de aceptación ni de rechazo de la solicitud de certificación, ni de los motivos del mismo; y por último, los procedimientos analizados no preveían ningún mecanismo de revisión ni apelación con respecto al rechazo de una solicitud.

⁴² *Ibidem*, p. 63.

En virtud de estas consideraciones, el OA de la OMC concluyó que las medidas adoptadas por las autoridades administrativas de los EUA no eran compatibles con las normas y el espíritu del GATT.

¿Estamos en realidad ante un proceso de constitucionalización del esquema de la OMC?; ¿qué efectos puede tener este fenómeno, en relación con las constituciones de los Estados nacionales?

IV. LA CRÍTICA A LA IDEA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

Frente a las perspectivas desarrolladas por Petersmann y Cass, existen diversas posturas que se les oponen de varias formas. Entre los críticos más duros está, por ejemplo, Dunoff, quien de manera contundente sostiene que no existe una Constitución comercial mundial; los textos de la OMC no se anuncian como una ‘Constitución’ del comercio mundial; ni siquiera crean una especie de legislatura mundial sobre comercio ni otorgan capacidad legislativa o regulatoria autónoma en algún órgano de la OMC; asimismo, afirma que tampoco se establece en los textos de la OMC un sistema constitucional con las características comúnmente asociadas con las estructuras institucionales del constitucionalismo, como separación de poderes o frenos y contrapesos; no establecen tampoco un ‘derecho al comercio’; ni otorgan explícitamente al órgano de apelación la facultad de establecer un sistema constitucional a través de la interpretación judicial; además, los informes del mecanismo de arreglo de disputas no contienen ninguna referencia a una constitución comercial, y muchos de los estados miembros, incluyendo los de mayor peso económico y comercial como los EUA y la UE, se han negado a dar ‘efecto directo’ a las obligaciones derivadas de los tratados de la OMC, es decir, los individuos no pueden invocar las reglas de la OMC ante los tribunales domésticos.⁴³

Para Dunoff, las distintas vertientes de la ‘constitucionalización’ del derecho comercial internacional tienen en común el objetivo de alejar el comercio internacional del mundo de la política: ya sea en la versión de Petersmann que busca dar un carácter superior e intocable al ‘derecho a realizar transacciones transnacionales’ (homologándolo a los derechos humanos); o bien, en la versión de Cass que busca ‘judicializar’ y envolver en lenguaje

⁴³ Dunoff, Jeffrey L., “Why Constitutionalism Now?, Text, Context and the Historical Contingency of Ideas”, *Journal of International Law and International Relations*, vol. 1, núms. 1-2, 2005, pp. 197 y 198.

constitucional el proceso judicial la resolución de disputas comerciales en el esquema de la OMC.⁴⁴ Asimismo, señala que:

Los académicos del [derecho] comercial invocan el discurso constitucional en razón del indudable poder que este discurso tiene en círculos jurídicos. Sin embargo, el poder ideológico y simbólico asociado con el discurso constitucional ha provocado poderosas respuestas de aquellos quienes podrían contradecir o negar autoridad constitucional. Paradójicamente, mientras el giro hacia el constitucionalismo puede ser visto como un esfuerzo por cerrar el debate y remover temas del ámbito del debate político, en la práctica los defensores del constitucionalismo han provocado, sin advertirlo, un robusto y productivo debate normativo.⁴⁵

Para Dunoff, el giro al constitucionalismo puede ser explicado en razón de otro motivo, que refleja una debilidad: desde las protestas de Seattle y Cancún, el esquema de la OMC no puede ya presentarse a sí mismo en términos tecnocráticos, sin necesidad de aceptación popular. Desde esta perspectiva —dice Dunoff— el giro al constitucionalismo puede entenderse como un esfuerzo por encontrar un principio de legitimación para un sistema que enfrenta una ‘crisis de legitimidad’, en una especie de desfase entre el poder de la OMC y la ausencia de una base popular amplia para ejercer ese poder.⁴⁶

Por otro lado, se encuentran posturas que, sin contradecir directamente argumentos como los de Petersmann y Cass, desarrollan una perspectiva crítica que ve con preocupación el efecto del derecho de la OMC sobre arreglos constitucionales básicos de los Estados nacionales. Como ejemplo de esta postura podemos mencionar el trabajo de Armin von Bogdandy, quien observa la tensión en la relación entre el derecho económico internacional y la legitimidad, en el sentido de que el primero afecta y debilita a la segunda. En opinión de este autor, el derecho económico internacional es derecho de tratados, y ese derecho tiene el potencial de impactar negativamente la legitimidad nacional, si se entiende esa legitimidad en términos de soberanía democrática efectiva. Y es que, aunque la soberanía democrática se respeta formalmente, el contenido de las reglas es determinado en negociaciones intergubernamentales de acuerdo a procedimientos diplomáticos tradicionales, en los cuales el discurso público abierto que podría influir las reglas (discurso que es un elemento esencial de la legitimidad demo-

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 198-200.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 202.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 207.

crática), se limita severamente. Para el referido autor, la autonomía de las élites burocráticas-gubernamentales en el proceso de suscripción de tratados es más grande que en el proceso político nacional. Y esto es particularmente cierto en la OMC: una de las organizaciones con más secrecía en el mundo.⁴⁷

Pero el problema más grave observado por von Bogdandy se da en el efecto que el derecho de la OMC tiene sobre la relación del derecho positivo doméstico con la legislatura y la responsabilidad de ésta última respecto de ese derecho:

...el derecho es creado por una legislatura o es por lo menos —en caso del *common law* o del derecho creado por los jueces— bajo su responsabilidad debido a la competencia de la legislatura para intervenir en un momento dado, cambiando o derogando una regla que un proceso de adjudicación autónomo ha desarrollado. Esta positividad del derecho es un aspecto importante de la soberanía democrática de una comunidad política: en sociedades democráticas, la mayoría generalmente concebida como un sujeto unitario organizada por medio de un gobierno elegido, puede en cualquier momento intervenir en el cuerpo del derecho y cambiarlo.⁴⁸

Pero el derecho de la OMC mina esta positividad del derecho en el siguiente sentido: una vez que un tratado entra en vigor, la posibilidad de influir en sus reglas es restringido severamente no normativamente, pero en todo sentido práctico:

A pesar de que la legislación internacional respeta el principio democrático en la medida en que los tratados son negociados y concluidos por gobiernos democráticamente elegidos, incluso, en la mayoría de los casos con el consentimiento del parlamento, modifica totalmente la relación entre derecho y política. Al ratificar el derecho de la OMC la mayoría del momento en la comunidad política pone su decisión en buena medida fuera del alcance de cualquier nueva mayoría. Ciertamente, la autonomía democrática de la nueva mayoría es preservada en alguna medida a través del derecho de retiro, Art. XV OMC. Sin embargo, este derecho apoya la legitimidad democrática de la OMC tanto como el derecho del individuo de emigrar lo hace de la le-

⁴⁷ Bogdandy, Armin von, “Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO law and the Prospects of its Proceduralization”, en Griller, Stefan (ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns, New Challenges for the International Legal Order*, European Community Studies Association of Austria (ECSA Austria) Publication Series, vol. 5, Springer Wien New York, 2003, pp. 105 y 106.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 106 y 107.

gitimidad democrática de un Estado. No puede ser considerado como suficiente, pues no es una opción realista.⁴⁹

Por otro lado, observa von Bogdandy que el mecanismo de adjudicación de la OMC es un procedimiento generador de derecho. Es decir, aparte del derecho sustantivo que tiene su base en los convenios de la OMC, existe un cuerpo de normas que se está desarrollando autónomamente a través del procedimiento de arreglo de disputas. Sin embargo:

En sistemas jurídicos altamente desarrollados, la función creativa de los jueces está democráticamente incrustada ya que el legislador puede intervenir en cualquier momento. Esta posibilidad de intervención conlleva responsabilidad política y, consecuentemente, legitimidad democrática por esos desarrollos. Como se señaló, tal legislador no existe para el derecho de la OMC.⁵⁰

Como resultado de lo anterior —señala von Bogdandy— hay un cuerpo de derecho que está ligado al proceso político solamente por procedimientos extremadamente incómodos, y una vez ratificados, las normas derivadas de dichos instrumentos son de difícil corrección por parte del proceso político doméstico, con base en la voluntad de la mayoría de los ciudadanos dentro del Estado: “Debido a todos estos elementos, el derecho de la OMC tiene severas consecuencias en la habilidad de los procedimientos legislativos domésticos para generar legitimidad. Esto implica que la legitimidad del derecho de la OMC en sí misma queda cuestionada. ¿Cómo puede la ciencia jurídica responder a este reto?”⁵¹

V. EXAMEN DEL DEBATE Y REFLEXIÓN FINAL

En primer lugar, no considero que pueda darse una transferencia del discurso constitucional de los derechos humanos al ámbito del derecho comercial internacional como lo propone Petersmann. Los derechos humanos pertenecen a una raíz y tradición distinta al tipo de derechos contemplados en los acuerdos de la OMC y sus anexos. Se trata, en el caso de los derechos humanos, de una raíz y tradición elaborada a lo largo de siglos, que tiene por base el concepto de dignidad humana como inherente a toda persona. Dicho concepto irradia, por así decirlo, una serie de protecciones jurídicas frente al abuso del poder político (y según tendencias más recientes

⁴⁹ *Ibidem*, p. 107.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 111.

⁵¹ *Ibidem*, p. 113.

también del poder privado),⁵² así como frente a la opresión proveniente de condiciones sociales, económicas y culturales que afectan a los individuos.⁵³

Lo que Petersmann indistintamente denomina ‘derechos económicos’, ‘libertades económicas’, en un pretendido ‘constitucionalismo del libre comercio’,⁵⁴ en realidad no forma parte del proyecto de los derechos humanos como trata de hacerlo aparecer el referido autor. Lo que sucede, como sugiere Alston, es que Petersmann toma el discurso de los derechos humanos para defender una agenda liberal de corte hayekano.⁵⁵ Se trata de una operación discursiva que busca arropar una teoría y política económica específicas con el manto y la autoridad moral de la tradición de los derechos humanos como ha sido desarrollada por el constitucionalismo moderno.

En efecto, en los trabajos de Petersmann es posible identificar un presupuesto, un punto de partida, considerado como algo dado, autoevidente, indiscutible, como ‘sabido por todos’, que no es sino la propuesta básica de la teoría económica clásica de la ‘mano invisible’, la potencia de las libres fuerzas del mercado para generar y distribuir riqueza y bienestar en una sociedad. Petersmann no discute este paradigma, ni hace referencia alguna a

⁵² Recuérdese el concepto de “*Drittwirkung*”, “eficacia frente a terceros” o “efectos horizontales” de los derechos humanos”.

⁵³ En el contexto de otro debate, Cotterrell ha identificado también las lógicas distintas de la globalización económica y de los derechos humanos. Así, ha afirmado que la globalización económica sirve primariamente a objetivos instrumentales, en donde la autoridad persuasiva en favor de la unificación o armonización del derecho es una mayor eficiencia en asuntos comerciales y otros relacionados con esta materia. En contraste, la universalización de los derechos humanos es un tema que involucra la exportación, recepción o trasplante de valores o creencias fundamentales, en forma jurídica. “These values can be variously interpreted, or confronted by opposing values, in certain settings. Hence the drive for universalism, seeking similarity in human rights jurisdictions, is challenged by so-called cultural relativism that demands the appreciation of difference. Nonetheless, the drive for legal uniformity is very strong given that the universality of the values to be represented in human rights law is powerfully championed. So, respect for human rights is said to be ‘the only regulative principle of state organization which unites every country, race and creed in the world...the ideology at the ‘end of history’”. Cotterrell, Roger, “Seeking Similarity, Appreciating Difference: Comparative Law and Communities”, en Harding, Andrew y Öricü, Esin (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, Institute of Advanced Legal Studies, Kluwer Academic Publishers, Reino Unido, 2002, pp. 45 y 46.

⁵⁴ Así lo denomina Howse, en Howse, Robert, “Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann”, Jean Monnet Working Paper, No. 12/02, Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange, NYU, School of Law, Nueva York, 2002, p. 2.

⁵⁵ Alston, Philip, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 4, 2002, pp. 815-844.

la discusión que sobre el mismo existe entre los economistas. Simplemente lo da por sentado y a partir de ahí construye su discurso.

Sin embargo, hay una suerte de manipulación semántica, consciente o inconscientemente dirigida a formar una representación mental que haga ver al derecho comercial internacional fundamentalmente asociado a, y como consecuencia natural de, la tradición del constitucionalismo de los derechos humanos. En el fondo, se trata de un ejercicio de persuasión destinado a influir normas y valores, que son usadas para evaluar situaciones, personas y actividades e incluso, para legitimarlas.⁵⁶

Esta práctica discursiva enfatiza los valores positivos de la ‘libertad’ y los ‘derechos’, con toda la credibilidad y superioridad moral que estos conceptos conllevan, con su alcance universal y naturaleza indivisible, y le asocia a una concepción de política económica particular, presentándolo como en beneficio de todos los individuos de una sociedad. La transposición discursiva de Petersmann busca afirmar que así como los derechos humanos contemplados en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales sobre derechos humanos protegen a todos los individuos, los derechos contemplados en los acuerdos de la OMC también nos protegen a todos. Y todos somos beneficiarios de considerar a estos últimos como de igual naturaleza y características que los primeros.⁵⁷

Ahora bien, considerado desde una perspectiva más general, la formulación de Petersmann ilustra lo que Anderson ha denominado la ‘política de la definición’,⁵⁸ es decir, la lucha de fuerzas que se da en y en torno al discurso del constitucionalismo de los derechos. En esa lucha, cuya comprensión nos obliga a tomar como punto de partida el reconocimiento de la dimensión retórica del discurso jurídico, se busca presentar como un postulado analítico lo que en realidad es una pretensión política.⁵⁹ En últi-

⁵⁶ Dijk, Teun van, “Discurso y Manipulación: Discusión Teórica y algunas aplicaciones”, *Revista Signos*, vol. 39, núm. 60, 2006, pp. 49-74 (versión On-line ISSN 0718-0934). Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09342006000100003&script=sci_arttext.

⁵⁷ La operación de Petersman parece corresponder a lo que Walker ha denominado, al examinar las críticas que se hacen al constitucionalismo en el contexto de la globalización, la “explotación ideológica” del constitucionalismo: el constitucionalismo cumple un papel ideológico; muchos actores envuelven sus intereses, ideas y aspiraciones en un ropaje constitucional, no por compromiso real con ciertos estándares normativos o valores, sino por la autoridad simbólica que buscan en ellos. Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 318 y 319.

⁵⁸ Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 13 y 14.

⁵⁹ La preocupación de Anderson está dirigida a lograr la rendición de cuentas constitucional del poder privado, lo cual requiere una nueva política de la definición para modificar

ma instancia, lo que Petersmann hace es proponer una nueva política de la definición que otorgue un poderoso apoyo simbólico a la idea de que la libertad de comercio a nivel transnacional, la no discriminación, la libertad de competencia económica, el derecho de propiedad, son derechos humanos de la misma naturaleza y características que los derechos humanos contemplados en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, o en los instrumentos regionales (europeo y americano) de protección de derechos humanos.

Sin embargo, la pretendida igualdad entre unos y otros derechos propuesta por Petersmann comienza a romperse si de un análisis discursivo pasamos a uno de corte empírico. Y aquí, la pregunta esencial (ya planteada por Howse) es: ¿en nombre de quién y de qué se invocan y se fusionan los discursos de derechos humanos, libre comercio y constitucionalismo?⁶⁰ Y la pregunta es muy relevante, porque el actor, el protagonista principal del esquema de la OMC no es la persona humana en cuanto tal. No lo es el individuo, todas y todos, como portador de una dignidad de la que irradian derechos que oponer frente a los poderosos. El protagonista central del sistema de la OMC son las empresas y, de manera más específica, las grandes empresas que ejercen actividades de comercio a nivel transnacional. Ello ha quedado demostrado a través de diversos estudios que se han venido haciendo para identificar cómo opera el mecanismo de solución de diferencias de la OMC y quiénes son los actores que en él intervienen.

el paradigma constitucional vigente: “El premio aquí es presentar como un postulado analítico lo que en realidad es una pretensión política, por ejemplo, que el derecho está identificado exclusivamente con el Estado. La política de la definición que prevalece así, privilegia ciertos modos de análisis como de sentido común. En esta perspectiva, las bases epistemológicas no proveen una base neutral dentro de la cual los debates constitucionales pueden tener lugar, sino que son ellos mismos un importante factor que afecta nuestra comprensión de la relación entre el constitucionalismo de los derechos y el poder privado. La política de la definición liberal legalista del constitucionalismo de los derechos está fundada en la distinción central en la teoría liberal entre el estado —que por sí solo es visto como el que potencialmente ejerce poder político opresivo— y el naturalmente libre ámbito de la sociedad civil. Esta distinción justifica la preocupación histórica del constitucionalismo con el poder público, y ha servido a intereses hegemónicos muy bien en el pasado, por ejemplo, al tratar a poderosos actores como las corporaciones como personas jurídicas privadas, con derecho al beneficio, pero no obligadas a llevar la carga, de los derechos constitucionales. Asimismo, ellas continúan informando la práctica moderna que, según la evidencia disponible, sugiere que todavía se ve en términos de procesar demandas de libertades negativas contra el Estado”. *Idem*.

⁶⁰ Howse, Robert, “Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann”, *Jean Monnet Working Paper*, No. 12/02, Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange, Nueva York, NYU, School of Law, 2002, p. 2.

CAPÍTULO XX JUICIO DE AMPARO ELECTRÓNICO EN MÉXICO

Julio Alejandro TÉLLEZ VALDÉS **
Carlos Alejandro PAZ MENDOZA*

*Con mucho respeto y aprecio a la Memoria
de la doctora Sonia Rodríguez Jiménez...*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Consideraciones generales.* III. *Implementación del juicio de amparo electrónico en el sistema jurídico mexicano.* IV. *Análisis del juicio de amparo electrónico.* V. *Consideraciones finales.* VI. *Glosario.*

I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma a la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, se implementó en México la tramitación del juicio de amparo electrónico —*juicio de amparo en línea*—, el cual ha creado un amplio debate tanto en el foro jurídico nacional, como en la academia y en la sociedad, para determinar si su tramitación generará beneficios o perjuicios para las partes en el Juicio de Amparo, repercutiendo esto en pro o en contra de la efectiva tutela de los derechos humanos.

En la actualidad, existen posiciones extremas, que van desde quienes opinan que este procedimiento originará inseguridad jurídica, hasta los que sostienen que esta reforma implicará un avance para la modernización del juicio de amparo consiguiendo que su tramitación sea más rápida y menos costosa, por el ahorro que significará para las partes el no tener que trasla-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

** Doctorando, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

darse hasta las oficinas del órgano jurisdiccional para consultar el expediente, así como no tener que exhibir copias de las promociones que se ofrezcan para las demás partes del juicio, entre otras ventajas.

En este trabajo se pondrán de relieve las condiciones jurídicas que actualmente existen en México para tramitar el juicio de amparo electrónico, con la finalidad de analizar las diferencias, similitudes, ventajas y desventajas que éste tiene en relación con el juicio de amparo que se tramita en formato impreso.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

La informática jurídica, entendida como aquella *técnica interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio e investigación de los conocimientos de la informática general, aplicables a la recuperación de información jurídica, así como a la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de información jurídica necesarios para lograr dicha recuperación*,¹ se ha presentado de diversas maneras a través del tiempo —tal y como lo señala Julio Téllez Valdés en su obra *Derecho informático*—, en un inicio se presentó como una *informática documentaria de carácter jurídico*, en el que sólo se limitaba a la creación y recuperación de información que contenía datos principalmente jurídicos (almacenamiento y recuperación de textos jurídicos); posteriormente, surgió la *informática jurídica de control y gestión*, en la cual ya se desarrollaban actividades jurídico-adjetivas, realizándose verdaderos actos jurídicos, tales como certificaciones, sentencias premodeladas, aceptación, registro e indicación de competencia, seguimiento de expedientes, entre otros; y finalmente, a últimas fechas ha surgido lo que es considerado por algunos tratadistas como los *sistemas expertos legales (informática jurídica metadocumentaria)*.²

El uso de la *informática jurídica de control y gestión* en los *órganos jurisdiccionales*, ha dado lugar a la llamada *informática judicial*, donde la idea fundamental de implementar el uso de *tecnologías de la información y la comunicación (TIC)* en la actividad jurisdiccional es la de agilizar el proceso judicial, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, consistente en el derecho que toda persona tiene a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

¹ Téllez Valdés, Julio, *Derecho Informático*, 4a. ed., México, Edición Mc Graw Hill, 2009, pp. 9 y 10.

² *Ibidem*, p. 12.

Lo anterior ha originado la implementación de la *ciberjusticia* o *justicia electrónica* en México, primeramente con el *juicio en línea* del *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa* a nivel federal, y con los tribunales virtuales de los Estados de Nuevo León y Querétaro a nivel local, y muy recientemente con la reforma a la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

III. IMPLEMENTACIÓN DEL JUICIO DE AMPARO ELECTRÓNICO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

El *juicio de amparo electrónico* se implementó en el sistema jurídico mexicano con la reforma a la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013 que consistió en una reforma integral al *juicio de amparo* que derivó a su vez de la *reforma constitucional* que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.³

Dicha reforma tuvo dos objetivos primordiales: por un lado, el de *modernizar y adecuar* el *juicio de amparo* para que su tramitación fuera *más ágil y oportuna*, ampliando el ámbito de protección y tutela para los gobernados, protegiendo el interés legítimo de las personas y otorgando la posibilidad de que haya declaratorias generales de inconstitucionalidad; y por el otro, el de fortalecer las facultades de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tanto en la atención prioritaria de los asuntos que le competen, así como el otorgamiento de atribuciones más expeditas para la integración de jurisprudencia y la resolución de contradicción de criterios, a fin de generar una mayor seguridad jurídica en las decisiones del máximo tribunal.⁴

De esta manera, se crea el *Juicio de Amparo Electrónico* para dar cumplimiento al primero de los objetivos antes señalados.

1. *Proceso legislativo*

La *reforma integral al juicio de amparo*, surgió de la “Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica

³ Reforma constitucional que entró en vigor a los 120 días de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, de conformidad con el artículo primero transitorio del citado decreto de reforma.

⁴ Exposición de motivos consultable en la página: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=28513> (fuente consultada a las 12:00 horas del 7 de junio de 2013).

del Poder Judicial de la Federación y de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos” presentada por los Senadores de la LXI Legislatura del Congreso de la Unión, el día 15 de febrero de 2011, en sesión ordinaria del Pleno del Senado de la República,⁵ misma que quedó aprobada en lo general y en lo particular en sesión ordinaria del Pleno de la Cámara de Senadores, el 13 de octubre de 2011, y remitida en esa misma fecha a la Cámara de Diputados para su discusión y aprobación.

El 12 de febrero de 2013, en sesión ordinaria del Pleno de la Cámara de Diputados se aprobó en lo general y en lo particular el “Proyecto de Decreto que Expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y de reforma y adiciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, y Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”; devolviéndose con esa misma fecha a la Cámara de Senadores, para su nueva discusión en la cámara de origen.

Con fecha 19 de marzo de 2013, en reunión de Comisiones Unidas de Justicia, Gobernación y Estudios Legislativos Segunda del Senado de la República, se discutió y aprobó el Proyecto de Decreto, y finalmente, el 1o. de abril de 2013 el presidente de la República Enrique Peña Nieto, en cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁶ expidió el Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, el cual fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de ese mismo año, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.⁷

⁵ Iniciativa presentada por el senador *Jesús Murillo Karam*, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, y *Alejandro Zapata Perogordo*, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional.

⁶ Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

⁷ Esto en términos de lo dispuesto por el primer artículo transitorio, que señala: Primero. La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

2. *Exposición de motivos*

De acuerdo a la *exposición de motivos* de la “Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos”, la implementación del Juicio de Amparo Electrónico se debió principalmente a la necesidad de modernizar el trámite del juicio de amparo, buscando que éste fuera más ágil y oportuno.

Asimismo, la creación del *juicio de amparo electrónico*, se sustentó en: a) la necesidad de orientar la *impartición de justicia* en todas sus vertientes hacia procesos ágiles, transparentes y accesibles a la población, a efecto de garantizar la justicia expedita a la que hace referencia el artículo 17 constitucional; b) las *experiencias exitosas* existentes en el ámbito del *Poder Ejecutivo Federal* en la aplicación de la *firma electrónica* y una plena conciencia y permanente labor del *Poder Judicial de la Federación* en *actualizar* sus formas de *impartición de justicia*, y c) la necesidad de buscar otorgar mayor *certidumbre jurídica* a los usuarios del sistema de impartición de justicia con la regulación del mecanismo de *firma electrónica* en el trámite de los juicios de amparo, lo que coadyuvará en la *agilidad del procedimiento* y la *modernización* de esta *institución jurídica* (*juicio de amparo*).

IV. ANÁLISIS DEL JUICIO DE AMPARO ELECTRÓNICO

1. *Generalidades del juicio de amparo electrónico*

En la nueva Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el *juicio de amparo electrónico* se encuentra regulado en los artículos 3o., 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, fracción IV, 27, 30, 31, 70, 80, 88, 89, 90, 100, 101, 108, 109, 110, 116, 123 y 177.

Siendo relevante para este nuevo procedimiento lo establecido por el artículo 3o. de la Ley de Amparo, donde se señala, como regla general, que todas las promociones en el juicio de amparo deberán hacerse por *escrito*, especificándose en su segundo párrafo, que quienes promuevan en el juicio de amparo podrán *optar*, ya sea por presentar sus promociones a través del sistema convencional (de *manera escrita*), o bien, hacerlo de *forma electrónica*, en cuyo caso, los escritos deberán presentarse mediante el empleo de las *tecnolo-*

gías de la información, utilizando para ello la *firma electrónica* conforme la regulación que para tal efecto emita el *Consejo de la Judicatura Federal*.⁸

La firma electrónica es definida por la nueva ley de amparo, como el medio de ingreso al sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación y producirá los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, como opción para enviar y recibir promociones, documentos, comunicaciones y notificaciones oficiales, así como consultar acuerdos, resoluciones y sentencias relacionadas con los asuntos competencia de los órganos jurisdiccionales.⁹

Este artículo también refiere que en caso de que el juicio de amparo se esté tramitando de *forma electrónica*, los *órganos jurisdiccionales* tendrán la obligación de llevar de manera conjunta dos expedientes, uno *electrónico* y otro *impreso* (el cual permanecerá en el interior del juzgado), debiendo verificar el *órgano jurisdiccional* que tanto el *expediente electrónico* como el *impreso* coincidan íntegramente para la consulta de las partes.

Para cumplir con lo anterior, la ley de amparo establece que los *titulares* de los *órganos jurisdiccionales* serán los responsables de vigilar la *digitalización* de todas las promociones y documentos que presenten las partes, así como los acuerdos, resoluciones o sentencias y toda información relacionada con los expedientes en el sistema, y en el caso de que éstas se presenten en *forma electrónica*, se procederá a su impresión para ser incorporadas al *expediente impreso*.

Asimismo, los *secretarios de acuerdos* de los *órganos jurisdiccionales* deberán dar fe de que tanto en el *expediente electrónico* como en el *impreso*, sea incorporada cada promoción, documento, auto y resolución, a fin de que coincidan en su totalidad.

Por último, este artículo tercero establece que *excepcionalmente* no se requerirá *firma electrónica* cuando el amparo se promueva en los términos del artículo 15 de la Ley de Amparo, esto es, tratándose de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁰ así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales.

⁸ Acuerdo General Conjunto 1/2013 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la Firma Electrónica Certificada del Poder Judicial de la Federación (FIREL) y al expediente electrónico.

⁹ Quinto párrafo del artículo 3o. de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰ Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confisca-

Dentro de las características que encontramos en este nuevo procedimiento, podemos señalar que la presentación de las *demandas de amparo*, así como de las promociones en general, podrán enviarse en *forma electrónica* a través de la *firma electrónica* hasta las veinticuatro horas del día de su vencimiento, algo muy similar a lo que acontece cuando es de *forma impresa*.¹¹

Los *plazos* se contarán por *días hábiles*, los cuales comenzarán a correr a partir del día siguiente al en que *surta sus efectos* la notificación y se incluirá en ellos el del vencimiento, sin importar que el juicio se siga en *forma electrónica* o en *forma impresa*.¹²

En relación a la demanda, así como a la primera promoción del tercero interesado, cuando las partes residan fuera de la jurisdicción del órgano de amparo que conozca o deba conocer del juicio, éstas podrán presentarse, dentro de los plazos legales, ya sea: *a)* en la oficina pública de comunicaciones del lugar de su residencia, o en la más cercana en caso de no haberla en el lugar de su residencia; o bien, *b)* en *forma electrónica* a través del uso de la *firma electrónica*.¹³

Por cuanto hace a las notificaciones, la Ley de Amparo prevé cuatro tipos de notificaciones: *a)* en *forma personal*; *b)* por *oficio*; *c)* por *lista*, y *d)* por *vía electrónica*. En este último caso, éstas serán realizadas a las partes siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos: 1) que *expresamente* así lo hayan *solicitado las partes*, y 2) que previamente hayan obtenido la *firma electrónica*.

Dichas notificaciones se sujetarán a las reglas siguientes:

A) Tratándose de *autoridades —autoridades responsables*, autoridades que tengan el carácter de *terceros interesados*, así como cualquier otra que tuviere intervención en el juicio—, la primera notificación deberá hacerse por *oficio impreso*, y *excepcionalmente*, a través de *oficio digitalizado* mediante la utilización de la *firma electrónica*.¹⁴

ción de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

¹¹ En el que podrá hacerse el día en que éste concluya, fuera del horario de labores de los tribunales ante la oficialía de partes correspondiente que habrá de funcionar hasta las veinticuatro horas del día de su vencimiento. Artículo 21 de la Ley de Amparo.

¹² Salvo en materia penal, en donde se computarán de momento a momento, en términos de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley de Amparo.

¹³ Dándole el artículo 23 de la Ley de Amparo el mismo trato a aquellas promociones que se presenten en la oficina pública de comunicaciones del lugar de su residencia, que aquellas enviadas en *forma electrónica* a través del uso de la *firma electrónica*.

¹⁴ Aunque la ley no señala en qué supuestos se estaría en *casos de excepción*, probablemente se refiera a los casos en que la autoridad resida fuera del lugar del juicio; o bien, cuando así lo haya solicitado la autoridad y previamente haya obtenido la *firma electrónica*.

Cabe señalar que cuando el domicilio se encuentre fuera del lugar del juicio, la primera notificación se hará por correo, en pieza certificada con acuse de recibo por medio de *oficio digitalizado*, con la utilización de la *firma electrónica*.

Tratándose de las notificaciones al *titular* del *Poder Ejecutivo Federal*,¹⁵ las notificaciones deberán ser hechas: *a)* por medio de oficio impreso dirigido al domicilio oficial que corresponda, o *b)* en *forma digital* a través del uso de la *firma electrónica*, siempre y cuando así lo hayan solicitado y previamente hayan obtenido la *firma electrónica*.

En caso de que las *autoridades responsables* cuenten con *firma electrónica*, estarán obligadas a ingresar al *sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación* todos los días y obtener la constancia a que se refiere la fracción III del artículo 31 de la Ley de Amparo,¹⁶ en un plazo máximo de *dos días* a partir de que el *órgano jurisdiccional* la hubiere enviado, estableciendo un caso de *excepción* que se refiere a las determinaciones dictadas en el *incidente de suspensión* en cuyo caso el plazo será de *veinticuatro horas*. De no generarse la constancia de consulta antes mencionada, la consecuencia será que el *órgano jurisdiccional* que corresponda tendrá por hecha la notificación y se dará por no cumplida —por parte de la *autoridad responsable*— la resolución que contenga (*sanción legal*).¹⁷

Por último, la ley prevé como un segundo caso de excepción, un supuesto en el cual se podrá ampliar el término de la consulta de los archivos contenidos en el *sistema de información electrónica*, que será en el caso de aquellos asuntos que por su especial naturaleza, las *autoridades responsables* consideren que pudiera alterarse su normal funcionamiento. En estos casos, las autoridades podrán solicitar al *órgano jurisdiccional* la ampliación del término, y el auto que resuelva sobre la ampliación podrá ser recurrido a través del *recurso de queja*.

¹⁵ Las cuales se entenderán con el *titular* de la *Secretaría de Estado*, de la *Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal* o de la *Procuraduría General de la República*, que deba representarlo en el juicio de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en el acuerdo general al que hace referencia el artículo 9o de la Ley de Amparo, esto es, del acuerdo general que expida y se publique en el Diario Oficial de la Federación.

¹⁶ Constancia que se generará al momento en que se produzca el aviso de la hora en que se recupere la determinación judicial correspondiente del sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación, la cual, el *órgano jurisdiccional* digitalizará para el expediente electrónico, y hará una impresión que agregará al expediente impreso correspondiente como constancia de notificación.

¹⁷ Cabe señalar, que cuando el *órgano jurisdiccional* lo estime conveniente, por la naturaleza del acto, podrá ordenar que las notificaciones se hagan por conducto del actuario.

B) Por cuanto hace a los *quejosos* y *terceros interesados* que cuenten con *firma electrónica* están igualmente obligados a ingresar al *sistema electrónico* del Poder Judicial de la Federación todos los días y obtener la constancia a que se refiere la fracción III del artículo 31 de esta Ley, en un plazo máximo de *dos días* a partir de que el *órgano jurisdiccional* la hubiere enviado, manejando igualmente un caso de excepción que se refiere a las determinaciones dictadas en el *incidente de suspensión*, en cuyo caso el plazo será de *veinticuatro horas*.

En caso de que los *quejosos* o *terceros interesados* no ingresen al *sistema electrónico* del Poder Judicial de la Federación dentro de los plazos señalados, la ley prevé una sanción que será que el *órgano jurisdiccional* tenga por hecha la notificación.¹⁸

Otra de las novedades de este nuevo procedimiento, y dándose cuenta de los posibles problemas tecnológicos que se puedan llegar a suscitar con el amparo tramitado en *forma electrónica*, se prevé que cuando por caso fortuito, fuerza mayor o por fallas técnicas se interrumpa el sistema, haciendo imposible el envío y la recepción de promociones dentro de los plazos establecidos en la ley, las partes deberán dar aviso de inmediato, por cualquier otra vía, al *órgano jurisdiccional* que corresponda, el que comunicará tal situación a la unidad administrativa encargada de operar el sistema.

Para estos casos, durante el tiempo que perdure ese acontecimiento, se suspenderán, únicamente por ese lapso, los plazos correspondientes y una vez que se haya restablecido el sistema, la unidad administrativa encargada de operar el sistema enviará un reporte al o los *órganos jurisdiccionales* correspondientes en el que deberá señalar la causa y el tiempo de la interrupción del sistema, para efectos del cómputo correspondiente.¹⁹

En relación a la *reposición de constancias* de autos, el juicio de amparo seguido en *forma electrónica* ofrece una ventaja en relación al expediente que se halle solamente *impreso*, pues en estos casos, al extraviarse éste, no será necesario substanciar incidente alguno, ya que si el expediente electrónico permanece sin alteración alguna, bastará simplemente que el *órgano jurisdiccional* realice la copia impresa y certificada de dicho *expediente digital*.

Por cuanto hace a los *medios de impugnación* —entiéndase por medios de impugnación, los *recursos de revisión*, *queja* y *reclamación*; y tratándose del cum-

¹⁸ Igual que acontece en el caso de las autoridades, cuando el *órgano jurisdiccional* lo estime conveniente por la naturaleza del acto podrá ordenar que las notificaciones se hagan por conducto del actuario.

¹⁹ Igualmente, se establece que será obligación del *órgano jurisdiccional* que corresponda notificar a las partes sobre la interrupción del sistema, haciéndoles saber el tiempo de interrupción, desde su inicio hasta su restablecimiento, así como el momento en que reinicie el cómputo de los plazos correspondientes.

plimiento de sentencia, el de *inconformidad*—, así como a los escritos y promociones que se realicen en ellos, se podrán presentar tanto en *forma impresa*, como en *forma electrónica*, siendo optativo para el promovente presentarlo de una u otra manera.

Una de las características de tramitar el *medio de impugnación electrónicamente*, es que en estos casos no se requerirá el acompañamiento de copias o de la presentación de cualquier tipo de constancia impresa, lo cual puede llegar a ser atractivo para los litigantes por la agilidad de la interposición de dicho medio de impugnación, aunado al ahorro del costo de las copias.

Cabe mencionar que para el caso de que los *medios de impugnación* se presenten de *forma electrónica*, se podrá acceder al expediente de esa misma forma, lo que generará un doble beneficio a las partes, por un lado evitará que éstas tengan que trasladarse al *órgano jurisdiccional* para consultar el expediente —órgano que incluso se podría tratar de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en los casos en que la propia ley le concede competencia, lo que implicará además el ahorro de los gastos de traslado—; y por el otro lado, hará que las consultas se realicen de una manera más ágil, lo que generará un beneficio en la reducción de tiempos, haciendo con ello que la justicia se administre de una manera pronta, tal y como lo señala el artículo 17 constitucional.

Tratándose de resoluciones relativas a la *suspensión definitiva*, en contra de las cuales se haya interpuesto *recurso de revisión*, ya no será necesario que el *órgano jurisdiccional* que haya emitido dicha resolución remita el expediente original del incidente de suspensión dentro del plazo de *tres días*, contados a partir del día siguiente en que se integre debidamente el expediente,²⁰ pues en estos casos, tratándose del interpuesto por la *vía electrónica*, bastará con que se envíe el *expediente electrónico*, lo que implica que el procedimiento se agilice, pues ya no será necesario llevarlo físicamente, generando un ahorro en tiempo y en costo humano.

Para el caso del *recurso de queja*, cuando se cuente con *expediente electrónico* se enviará éste sin ser necesario el señalamiento de las constancias que en copia certificada deban remitirse al *órgano jurisdiccional* que deba resolver, pues para estos casos se enviará todo el *expediente electrónico*, traduciéndose en un ahorro en el costo de copias, así como agilidad en el procedimiento.

En relación con la *demanda de amparo indirecto*, sea que se presente de *manera escrita* o por *medios electrónicos*, ésta deberá contener los mismos requisitos, y en caso de optar por los *medios electrónicos*, no será necesaria la exhibición de

²⁰ Quedando su duplicado ante el *órgano jurisdiccional* en contra de cuya resolución se interpuso el recurso, esto en términos de lo dispuesto por el artículo 90 de la Ley de Amparo.

copias para cada una de las partes, pues el *órgano jurisdiccional* de amparo, deberá de oficio mandar expedirlas.²¹

Por cuanto hace al juicio de amparo tramitado en la *vía directa*, el artículo 177 de la misma Ley de Amparo establece que en caso de que la demanda se haya presentado en *forma electrónica*, no será necesario la exhibición de las copias a que se refiere el artículo 176, esto es, una copia para cada una de las partes, pues en estos casos la autoridad responsable, de oficio, mandará sacar las copias.²²

2. *Firma Electrónica Certificada del Poder Judicial de la Federación (FIREL) y el expediente electrónico*

El 8 de julio de 2013, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo General Conjunto 1/2013 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la Firma Electrónica Certificada del Poder Judicial de la Federación (FIREL) y al expediente electrónico, con la finalidad de sentar las bases sobre los mecanismos para acceder a un expediente electrónico, y los efectos de ello, especialmente en materia de notificaciones que se lleven a cabo en todos los entes del Poder Judicial de la Federación.

En dicho acuerdo se estableció que toda persona física, incluyendo a los servidores públicos, que pretenda tener acceso a la FIREL (*Firma Electrónica Certificada del Poder Judicial de la Federación*), deberá obtener el *certificado digital* respectivo, que tendrá una vigencia de tres años, previa solicitud que se realizará en el portal del sistema electrónico, llenando un formulario, al que se le anexará digitalizados y visibles, en archivo electrónico, su identificación oficial, copia certificada del acta de nacimiento o de la Carta de Naturalización o, del documento de identidad y viaje, así como su comprobante domiciliario, expidiéndose en ese momento al solicitante un acuse de recibo que contendrá un número de folio, el cual deberá llevarse a las unidades de atención establecidas por la Suprema Corte, el Tribunal Electoral o el Con-

²¹ Tampoco se exhibirán los dos juegos de copias que la ley de amparo exige para tramitar el *incidente de suspensión*, en caso de que lo pidiere y no tuviere que concederse de oficio.

²² Habría que ver de qué manera se tramita este procedimiento para aquellas autoridades que no cuenten con la infraestructura necesaria para recibir promociones por *medios electrónicos*, el mismo comentario se realiza respecto a los órganos jurisdiccionales de los poderes judiciales de los estados y del Distrito Federal, que actúen en auxilio o en concurrencia de los órganos jurisdiccionales de amparo, lo que doctrinalmente se conoce como jurisdicción auxiliar o concurrente, previsto en el artículo 33, fracción V, 35, y demás relativos de la Ley de Amparo.

sejo, junto con la documentación original que ingresó al sistema electrónico, donde previo cotejo de la documentación y previo registro de los datos que requiera el lector biométrico con el que contará cada sitio de atención, autorizará la emisión del respectivo *certificado digital de firma electrónica*, mismo que deberá renovarse dentro de los treinta días anteriores a su vencimiento.²³

Los *certificados digitales* expedidos por las Unidades de Certificación son el equivalente electrónico tanto de un documento de identidad como de una firma autógrafa que permite la identificación del usuario o del autor del documento en los sistemas electrónicos del Poder Judicial de la Federación, siendo éstos intransferibles, irrepetibles, personales y únicos.²⁴

3. *Semejanzas y diferencias del juicio de amparo electrónico en relación con el amparo seguido en forma impresa*

Como se ha visto, existen semejanzas y diferencias entre el juicio de amparo tramitado de *forma impresa*, de aquel que se tramite de *forma electrónica*, dentro de las *semejanzas* encontramos las siguientes:

1. Los *requisitos* que la Ley de Amparo exige para la redacción de la *demandas de amparo* —sea en *vía directa* o *indirecta*—, son los mismos si se presenta de *forma impresa* o *electrónica*, sucediendo lo mismo con los requisitos de contenido para las *promociones* y para los *medios de impugnación* —lo único que varía son las copias para la presentación de los mismos, pero el contenido debe ser exactamente el mismo—.

2. Los *plazos* para la presentación de las *demandas, promociones y medios de impugnación* (incluyendo *pruebas, incidentes y solicitudes en general*), así como para la emisión de las *resoluciones* por parte de los *órganos jurisdiccionales*, son iguales si se tramita el juicio en *forma impresa* o *electrónica* —lo que varía en todo caso, es la fecha en que *surte efectos la notificación*,²⁵ lo cual puede llegar a variar el

²³ También podrá utilizarse un *certificado digital de firma electrónica* que hubiere emitido otro órgano del Estado, siempre y cuando el *Poder Judicial de la Federación* haya celebrado convenio de coordinación para el reconocimiento de certificados homologados en términos de lo previsto en la legislación aplicable.

²⁴ Artículo 10 del Acuerdo General Conjunto 1/2013 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la Firma Electrónica Certificada del Poder Judicial de la Federación (FIREL) y al expediente electrónico.

²⁵ Tratándose de aquellos usuarios que cuenten con firma electrónica, la notificación por lista surtirá sus efectos cuando llegado el término al que se refiere la fracción II del artículo 30 de la Ley de Amparo, no se hubiera generado la constancia electrónica que acredite la

cómputo de los plazos para la presentación de las *promociones* y los *medios de impugnación*, no así de la presentación de las *demandas*, ni para la *emisión* de las *resoluciones*—.

3. Los *exhortos*, *despachos* y *requisitorias* que sean enviados y recibidos dentro del procedimiento del juicio de amparo podrán hacerse —de manera potestativa— usando la *firma electrónica*,²⁶ con independencia que el *juicio* se lleve en *forma impresa* o *electrónica*, sucediendo lo mismo con las notificaciones al *titular* del *Poder Ejecutivo Federal*.

4. En relación con las *notificaciones personales*, para los casos en que no se encuentre a la persona que deba ser notificada en su domicilio —sea que se encuentre en el domicilio a persona capaz, o se encuentre cerrado el domicilio—, previo cercioramiento del actuario, le dejará *citatorio*, y si la persona por notificar no acude a la cita, la notificación se hará por lista y en una *página electrónica*, se siga el juicio en *forma impresa* o *electrónica*, y con independencia de que la persona que deba notificarse cuente o no con *firma electrónica*.²⁷

Dentro de las *diferencias* que encontramos en el *juicio de amparo* tramitado de *forma electrónica* se encuentran las siguientes:

1. No se exige la *exhibición de copias* para cada una de las partes, ni para la formación del *incidente de suspensión*, para el caso de que la *demanda de amparo* se presente en *forma electrónica* —sea en la vía *directa* o *indirecta*—, pues en estos casos será la autoridad que reciba la demanda quien deberá de oficio, mandará expedir las copias; lo mismo sucede para el caso de la interposición de los *medios de impugnación* y de las *promociones en general* que requieran la exhibición de copias.²⁸

2. No se requerirá *firma* cuando se presente la *demanda de amparo* de *manera electrónica* y en ella se reclame alguno de los actos a que se refiere el artículo 15 de la Ley de Amparo.²⁹

consulta de los archivos respectivos, o bien, una vez realizada la consulta, surtirá sus efectos la notificación en ese mismo momento, esto en términos del artículo 31 de la Ley de Amparo.

²⁶ Artículos 27, fracción II, 116 y 123 de la Ley de Amparo.

²⁷ Artículo 27, fracción I, incisos *b* y *c* de la Ley de Amparo.

²⁸ Artículos 88, 100 y 177 de la Ley de Amparo.

²⁹ Siendo éste el único caso de excepción en que no se requerirá *firma electrónica* —a pesar de que ésta produzca los mismos *efectos jurídicos* que la *firma autógrafa*, y por lo tanto, sea considerada como tal, es decir, como la manifestación de voluntad del quejoso—, a diferencia de lo que sucede cuando se *formula por escrito* o por *comparecencia*, pues en estos casos, no obstante que se reclamen los actos antes señalados, forzosamente se requerirá la firma del promovente o compareciente (aun cuando no sea el propio quejoso quien lo haga, sino otra persona en su nombre).

3. Se podrá *acceder al expediente de manera electrónica* —tanto del *expediente principal*, de los *incidentes* y de los que se formen con motivo a la interposición de los *medios de impugnación*—, a diferencia de lo que acontece en los juicios de amparo seguidos en *forma impresa*, en donde forzosamente se tendrá que realizar una consulta física del expediente.³⁰

4. No será necesario remitir el *expediente original* del *incidente de suspensión* cuando se interponga *recurso de revisión* en contra de la resolución relativa a la *suspensión definitiva*, pues en estos casos, bastará con enviar el *expediente electrónico*.³¹

5. Para el caso del *recurso de queja* no será necesario que el *órgano jurisdiccional* notifique a las demás partes la interposición del recurso para que en el plazo de *tres días* señalen constancias que en copia certificada deberán remitirse al que deba resolver, ya que sería ocioso realizarlo, puesto que en términos de lo dispuesto por el artículo 101 de la Ley de Amparo, en estos casos deberá enviarse el *expediente electrónico* en su totalidad.

6. No será necesario tramitar *vía incidental* la *reposición de constancias* en caso de extravío, pues en estos casos bastará con que el *órgano jurisdiccional* realice la copia impresa y certificada de dicho expediente digital.³²

7. Las *notificaciones* tendrán un seguimiento diferente si el juicio se sigue en forma *impresa* o *electrónica*, sucediendo lo mismo con el momento en que éstas surtan sus *efectos jurídicos*.

8. Se les impone una *carga procesal* a las *autoridades responsables*, *quejosos* y *terceros interesados* que cuenten con *firma electrónica*, consistente en ingresar al *sistema electrónico* del Poder Judicial de la Federación todos los días y obtener la constancia a que se refiere la fracción III del artículo 31 de la Ley de Amparo.

9. Se establece a favor de las *autoridades responsables* un caso de *ampliación* del término de la consulta de los archivos contenidos en el *sistema de información electrónica* —en aquellos asuntos que por su especial naturaleza, consideren que pudiera alterarse su normal funcionamiento—, lo que implica una diferencia en relación a aquellas que no cuenten con *firma electrónica*, además de que para este supuesto se prevé la procedencia del *recurso de queja*.³³

10. Se prevé un *procedimiento especial* para el caso de que por *caso fortuito*, *fuerza mayor* o por *fallas técnicas* se *interrumpa* el *sistema electrónico* del Poder Judi-

³⁰ Artículo 80 y 89 de la Ley de Amparo.

³¹ Artículo 90 de la Ley de Amparo.

³² Siempre que dicho expediente permanezca sin alteración alguna, en términos del artículo 70 de la Ley de Amparo.

³³ Artículo 30, fracción I de la Ley de Amparo.

cial de la Federación, en donde se interrumpirán los plazos correspondientes sólo por ese lapso.³⁴

4. *Ventajas y desventajas del juicio de amparo electrónico*

Como en todo nuevo procedimiento, existen ventajas y desventajas en su implementación. Dentro de las *ventajas* advierto las siguientes:

1. El *amparo electrónico* ofrece para las *partes* una mayor agilidad y reducción en los costos, al ya no ser necesario para ellas tener que trasladarse físicamente hasta las oficinas donde se encuentre el *órgano jurisdiccional* que esté conociendo del juicio de amparo para consultar el expediente, pues bastará con ingresar al *sistema electrónico* del *Poder Judicial de la Federación* para realizar dicha consulta, con lo cual se ahorraran los gastos de traslado y se reducirá el tiempo de consulta.

Asimismo, se agiliza el trámite de la presentación de la *demanda*, *medios de impugnación* y *promociones en general* que requieran la exhibición de copias, pues en estos casos bastará que se presente la promoción de *forma electrónica* —con su respectiva *firma electrónica*— para dar cumplimiento a la ley de amparo, siendo obligación del *órgano jurisdiccional* expedir las copias y distribuir las a cada una de las partes.

2. El *amparo electrónico* ofrece para los *órganos jurisdiccionales* una mayor agilidad y reducción en los costos, al ya no ser necesario remitir el *expediente original* del *incidente de suspensión* al órgano que deba resolver el *recurso de revisión* que se interponga en contra de la resolución relativa a la *suspensión definitiva*, ni será necesario notificar a las demás partes de la interposición del *recurso de queja* para que en el plazo de *tres días* señalen constancias que en *copia certificada* deban remitirse al órgano que deba resolverlo.

También se agiliza el *procedimiento de notificación* al ya no tener el actuario que trasladarse al *domicilio físico* de las partes, reduciendo con ello tiempos y costos, y al mismo tiempo las partes podrán notificarse al acceder al *sistema electrónico* del *Poder Judicial de la Federación*, sin importar el lugar en que éstas se encuentren.

3. Se ofrece *seguridad jurídica* a las partes respecto a la *reposición de constancias* en autos, pues al llevarse dos expedientes, uno *impreso* y otro *digital*, en caso de faltar el primero de ellos, bastará con que el *órgano jurisdiccional* realice la copia impresa y certificada de dicho expediente digital, sin necesidad de tramitar *incidente* alguno.

³⁴ Procedimiento previsto en el artículo 30, fracción III, de la Ley de Amparo.

4. Se establece a favor de las *autoridades responsables* la posibilidad de solicitar la *ampliación* del término de la consulta de los archivos contenidos en el *sistema de información electrónica*.

Dentro de las *desventajas* que se advierten se encuentran las siguientes:

1. Una de las desventajas es en relación al momento en que surte sus efectos las notificaciones para los particulares, pues tratándose de aquellos usuarios que cuenten con *firma electrónica*, surtirá sus efectos en el momento en que el usuario consulte el *sistema electrónico* del *Poder Judicial de la Federación*, a diferencia de lo que ocurre cuando las notificaciones se realicen manera impresa, ya sea de manera personal o mediante la fijación y publicación de la lista, en donde surtirá efectos la notificación al día siguiente en que se realice, lo cual se traduce en un día más para el cómputo de los plazos, lo que se podría considerar una desventaja para quienes cuenten con *firma electrónica*.

Lo mismo se podría decir respecto a la carga procesal que la ley le impone a las partes de consultar todos los días el *sistema electrónico* del *Poder Judicial de la Federación*, claro que esta carga procesal no es tan severa, al darle a las partes un plazo de dos días para obtener la constancia respectiva —situación que no sucede tratándose del incidente de suspensión, en cuyo caso sólo será de veinticuatro horas—.

2. Otra desventaja es que aún existe cierta laguna legislativa en relación a los documentos —sobre todo privados— que se pretendan exhibir, ya sea al momento de presentar la demanda en *forma electrónica* o para ofrecerlas como prueba dentro de la secuela procesal, pues no se precisa la manera en que éstas se van a ofrecer, lo que genera un grado de incertidumbre jurídica para las partes, claro que éste es un problema de técnica legislativa y no tanto del procedimiento del amparo electrónico en sí mismo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El *juicio de amparo electrónico* representará grandes beneficios para las partes en el juicio de amparo, ya que reducirá costos y hará que la *administración de justicia* sea más rápida, consiguiendo con ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto por el *segundo párrafo* del artículo 17 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

No obstante lo anterior, dependerá mucho de los *abogados postulantes* la popularización de este nuevo procedimiento, así como de lo accesible que sea el portal del sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación, pues entre más sencilla sea su utilización y más segura sea la *Firel (Firma Electrónica Certifi-*

cada del Poder Judicial de la Federación), generará que más abogados se animen a tramitar el juicio de amparo a través de este *nuevo procedimiento*.

VI. GLOSARIO

Actuario. Eduardo Pallares lo define en su *Diccionario de Derecho Procesal Civil* como *el funcionario judicial que tiene a su cargo hacer notificaciones, practicar embargos, efectuar lanzamientos y hacer requerimientos, entre otros actos*.³⁵

Ciberjusticia o justicia electrónica. De acuerdo con la doctora Myrna Elia García Berrera se entienden como *las nuevas posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en el seno de la sociedad del conocimiento, para garantizar una administración de justicia al servicio de los ciudadanos y ciudadanas*. Se trata de un concepto que involucra cualquier transacción institucional efectuada por medios electrónicos, ya sean estos teléfono, fax, Internet, el télex, EDI, etcétera, con el objeto de *agilizar el proceso judicial* por medio de la reducción de tiempos y de costos.³⁶

Consejo de la Judicatura Federal. Órgano encargado de la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Digitalizar. Expresar datos en forma digital.³⁷

Informática. Conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automatizado de la información con miras a una adecuada toma de decisiones.³⁸

Interdisciplinario. Dicho de un estudio o de otra actividad que se realiza con la cooperación de varias disciplinas.³⁹

Notificación. Acto mediante el cual, de acuerdo con las formalidades legales preestablecidas, se hace saber una resolución judicial o administrativa a la persona a la que se reconoce como interesado en su conocimiento o se le requiere para que cumpla un acto procesal.⁴⁰

³⁵ Pallares, E., *Diccionario de derecho procesal civil*, 21a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 70.

³⁶ Ibarra Sánchez, Ernesto y Romero Flores, Rodolfo (coords.), *Jurismática, El derecho y las nuevas tecnologías Estudios en homenaje a Julio Téllez Valdés por sus 30 años de labor académica en el derecho informático*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, 2010, p. 221. Consultable en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2958>.

³⁷ <http://lema.rae.es/drae/?val=digitalizacion>.

³⁸ Téllez Valdés, Julio, *op. cit.*, p. 6.

³⁹ <http://lema.rae.es/drae/?val=interdisciplinario>.

⁴⁰ Flores García, Fernando, *Diccionario Jurídico Mexicano*, vol. I-O, 11a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 2103.

CAPÍTULO XXI
LA REFORMA AL ARTÍCULO 102 CONSTITUCIONAL
Y SU IMPACTO EN LAS COMISIONES ESTATALES
DE DERECHOS HUMANOS. ALGUNAS REFLEXIONES
PARA SU REDISEÑO

Pedro R. TORRES ESTRADA¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La reforma constitucional que modifica la estructura y las potestades de las comisiones estatales de derechos humanos.* III. *Lo que hay que preguntarnos para rediseñar las nuevas instituciones locales de derechos humanos.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas constitucionales al sistema de justicia penal, juicio de amparo y de derechos humanos (esta última impacta en la reconfiguración de los órganos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos)² marcan

¹ Director del Legado en Seguridad y Estado Constitucional de Derecho del ITESM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel II.

² *Decreto* por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *El objeto de la reforma es pasar de un sistema penal mixto a un sistema penal acusatorio, aumentando las garantías de la víctima, del imputado y estableciendo un sistema de reparación del daño, así como el cambio de un sistema escrito a uno oral.*

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, 6 de junio de 2011. *El objetivo de esta reforma fue actualizar el juicio de amparo a la realidad actual mexicana.*

Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11 de junio de 2011. *El objetivo de esta reforma fue el de incluir los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, el principio pro persona y el control difuso de constitucionalidad, aunado a ampliar las facultades de las comisiones de derechos humanos.*

un antes y un después dentro de nuestro derecho nacional, ya que, desde la creación de la Constitución de 1917 no se habían vivido cambios tan intensos ni tan profundos dentro de la ingeniería jurídica nacional en la forma de entender y aplicar el derecho y en especial los derechos humanos.³

Estas reformas son realmente un cambio de paradigma en el derecho mexicano, ya que, por un lado, se modifica nuestra influencia en el derecho romano-germánico para introducir figuras pertenecientes al derecho anglosajón y, por otro lado, modifica la tradicional forma cerrada que teníamos de entender y aplicar nuestro derecho, para abrirse al mundo con la incorporación de la normativa internacional en materia de derechos humanos y con la interpretación que hacen los tribunales internacionales de la misma.

Es importante reconocer que estas reformas tienen que modificar las estructuras de las instituciones estatales desde sus cimientos, ya que rompe con los paradigmas que nos habían guiado mental y operacionalmente. Esto pasa, naturalmente, por las *comisiones estatales de derechos humanos*.

En los primeros momentos de la *reforma* se focalizó la atención de estos cambios a los órganos jurisdiccionales, ya que el debate sobre la trascendencia de la reforma de derechos humanos se dio, en un primer inicio, en clave

³ Los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales deben ser la razón final del Estado democrático, es decir, la legitimación final del mismo. Los derechos humanos deben irradiar e informar no solo la redacción de las leyes y la interpretación que hagan los tribunales de las normas a la luz de la Constitución, sino que también deben dar claridad y guía a su posterior traducción en políticas públicas.

El diseño de la política pública debe procurar aspectos básicos como un buen diagnóstico del problema, la planeación de la política, el costo beneficio de la medida a implementar, los indicadores con los cuales se va a medir su efectividad, entre otros. Sin embargo, el elemento que debe guiar todo lo anterior es el derecho humano que se pretende tutelar y materializar a través de acciones puntuales.

Este aspecto, que puede resultar tan obvio y que se puede dar por hecho, no es tan sencillo y es uno de los puntos que más debilitan a la implementación de la política pública.

Toda la política pública pretende darle vida a un derecho humano; por ejemplo: la construcción y equipamiento de hospitales tiene como finalidad darle vida al derecho a la salud, el establecimiento de una política de préstamos hipotecarios pretende darle vigencia al derecho social de la vivienda.

Se tienen que identificar los elementos materiales que le dan vida a determinado derecho humano y, a partir de ahí, se tienen que fijar acciones concretas que estén encaminadas a cumplir con dichos elementos para no cometer el error de ver a los derechos como algo abstracto y desvinculado de las acciones puntuales que vayan a implementar. Torres Estrada, Pedro R., "El nuevo paradigma de los derechos humanos en México y su impacto en el diseño y la implementación de políticas públicas para reformar el Sistema de Justicia Penal", *Isotimia 6. Derechos Humanos y Sistema de Justicia Penal, Homenaje al profesor Jorge Carpizo McGregor*, México, Porrúa, 2011.

jurisdiccional, pues fueron los tribunales los que se encargaron de definir en sus sentencias el alcance de esta reforma.⁴

Ahora bien, el impulso y materialización de estas modificaciones constitucionales también se debe dar desde la comisiones de derechos humanos y, especialmente, desde las comisiones estatales, ya que, tanto los tribunales federales como los internacionales aplican el principio de subsidiariedad o, mejor conocido en nuestro amparo, como el principio de definitividad. También en los órganos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos este principio orienta sus actuaciones, de ahí lo importante de contar con instituciones locales fuertes que atiendan y contengan la violación de derechos humanos en sus respectivos estados y de la manera más cercana al problema y a la persona.

Si no se da esta fuerza desde lo local, el sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos tendrá una debilidad para lograr una protección rápida y efectiva en las instancias más cercanas a la persona. No obstante, en caso de no ser protegido en sede local, éste tendrá la posibilidad de subir su reclamo a los órganos nacionales e, incluso, internacionales para lograr su protección.

En este contexto, partimos de la idea que inspira el Federalismo en donde tanto los derechos como las instituciones deben de buscar ser mejoradas en los estados de la Unión para que, a partir de ahí, puedan ser tomadas como referente por la instancias nacionales. Ésta es la lógica del Federalismo: que las instituciones públicas locales se perfeccionen y, con ello, perfeccionen y se fortalezcan las instituciones y el modelo democrático nacional.

Sin embargo, en nuestra realidad esto no ha sido así. Los estados han sido receptores de muchos de los cambios que se han dado en la Federación

⁴ Al ser el caso Radilla el primero en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) condena al Estado mexicano por violaciones graves a los derechos humanos, ordenando una serie de medidas de reparación en concordancia con la gravedad de las violaciones, las autoridades mexicanas se vieron forzadas a establecer criterios para el cumplimiento de esta sentencia y de otras sucesivas que se emitan por parte de la CIDH. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación inició un proceso de consulta a trámite para establecer las obligaciones que, para el Poder Judicial de la Federación, derivan de la sentencia en el caso Radilla. En la resolución a dicho proceso, en julio de 2011, la Suprema Corte estableció, en primer lugar, que las sentencias de la CIDH en las que México sea parte son obligatorias para todas las autoridades mexicanas, siendo únicamente orientadores los criterios contenidos en sentencias en las que México no es parte. Asimismo, siguiendo los criterios establecidos por la CIDH, la Suprema Corte estableció que todos los jueces mexicanos, en el ámbito de su competencia, están facultados para hacer un control de convencionalidad, esto es, a aplicar tratados internacionales de derechos humanos en los casos que conocen. *Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 23 de noviembre de 2009.

por obligación, ya que, por medio de reformas constitucionales, se han tenido que forzar ajustes democráticos, principalmente por conducto de reformas al artículo 116 constitucional (artículo que le establece principalmente límites y obligaciones a los estados).

Aunque, en el caso que nos ocupa, para el fortalecimiento de las *comisiones estatales de derechos humanos*, dicha implementación fue por medio de la modificación al artículo 102 de la Constitución, para que las entidades federativas implementaran las nuevas reglas y figuras, que en la Federación ya funcionaban, ya que algunos estados no lo habían dispuesto y cuando lo hacían no blindaban en su Constitución y leyes locales a las nuevas instituciones,⁵ las cuales, en la práctica, resultaban endeble por falta de una buena ley estatal que les diera operatividad. Además, a esto hay que agregar la variable del sistema político local y su cultura política.

Por ejemplo, las normativas estatales en un tiempo no fijaban mayorías calificadas al interior del Congreso local para nombrar al encargado de velar por la fiscalización de los recursos públicos en el estado o las *comisiones estatales de derechos humanos* no tenían autonomía constitucional plena. En otros casos, las legislaturas locales han sido omisas en realizar leyes secundarias que le den vigencia a la Constitución federal y a la misma Constitución estatal.

Es decir, aunque la institución se encuentre prevista a nivel constitucional, ésta resulta ineficaz por la ausencia de una ley que le dé contenido, vigencia y aplicación. En este sentido, nos percatamos de que los legisladores locales deslegitiman la Constitución del estado al no crear el marco secundario que la haga normativa y, por lo tanto, la convierten en una norma sin aplicación o, siguiendo la clasificación de Loewenstein, en Constitución nominal y, en algunos casos, hasta semántica.⁶

⁵ De una revisión de la naturaleza jurídica que cada Constitución local reconoce a los organismos públicos de derechos humanos en el momento de la reforma, tenemos que: 16 gozaban de autonomía plena, personalidad jurídica y de patrimonio propio; 9 solamente gozan de autonomía técnica de gestión y presupuestaria, y 6 organismos públicos estatales sólo gozan de autonomía en las recomendaciones que emiten. Iniciativa de la senadora Rosario Ibarra (grupo parlamentario del PRD) *Gaceta* núm. 259 Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 25 de septiembre de 2008.

⁶ Constitución normativa. Sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y está en ella. Constitución Nominal. Una Constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. Constitución semántica. la conformación del

Las causas son variadas. En ocasiones, por falta de acuerdos políticos o, también, por intereses de las élites locales, ya que con la emisión de dichas leyes se podría desmontar el aparato autoritario con el que ellos se han visto beneficiados.⁷ Qué gobernador tiene la verdadera convicción democrática para no intervenir en el nombramiento y vida interna de la comisión estatal de los derechos humanos, por ejemplo.

Aunado a esto, algunos de los nombramientos claves para el buen desarrollo de equilibrios al interior de las instituciones locales pasan por ser a propuesta del gobernador y, a lo largo y ancho del país, vemos que a los gobernadores es frecuente que les gane su convicción de hombres de partido y no de hombres de Estado, ya que, en la mayoría de los casos, terminan proponiendo o impulsando a perfiles con dependencia y con lealtades predeterminadas que van a dañar la salud y fortaleza de la institución que se pretende fortalecer y legitimar.

Con lo anterior no se logra una verdadera independencia material que asegure que el ciudadano sienta que esa institución lo va a proteger, por lo tanto, muchas comisiones estatales terminan siendo instituciones endebles frente al poder.

El grado de innovación y de fortaleza de las Constituciones locales y de sus leyes secundarias a las nuevas tendencias del constitucionalismo democrático, así como la implementación de prácticas democráticas y de políticas públicas para materializar los cambios normativos, son un indicador para analizar cuáles estados de la República verdaderamente han querido democratizar el estado y cuáles lo han hecho sólo como una obligación impuesta desde la Federación y no por una convicción democratizadora local, como lo decíamos líneas arriba, lógica básica de los sistemas federales.

poder está congelada en el beneficio de los detentadores fácticos del poder, independientemente de que éstos sean una persona individual (dictador), una junta, un comité, una asamblea o un partido. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1986, p. 217.

⁷ Actualmente, la *justicia constitucional* en nuestro país está generando un profundo cambio en los diversos órdenes del Sistema Jurídico Nacional. Ejemplo de ello son los estados de Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas, en los que se han establecido diversos medios jurisdiccionales de control constitucional. A pesar de que en estos estados ya existe la figura de la justicia constitucional local, ha sucedido lo mismo que pasó en el orden federal con las Controversias Constitucionales que ya existían desde 1917, pero que, hasta 1995, adquirieron eficacia, al crearse la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que fortaleció el Federalismo y la división de poderes. Justicia Constitucional Local. Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://www.scjn.gob.mx/normativa/Paginas/introduccion.aspx>.

Como ya mencionamos, si estudiamos los cambios realizados al artículo 116 y, en el caso que nos ocupa, el 102 de la Constitución federal, nos daremos cuenta de que la Federación ha obligado a los estados de la República a realizar modificaciones dentro del control del poder y a su diseño constitucional básico para lograr apuntalar instituciones que mejoren el respeto a los derechos humanos y aseguren el mejoramiento de la democracia local. Este artículo (116), conjuntamente con el 73, y la habilitación al centro de legislar por medio de leyes generales, ha sido cada vez más utilizado para intervenir en la vida interna de los estados e ir empujando desde la Federación los cambios que muchas veces los estados no han querido realizar.

En un Estado federal, una de sus principales características es que existen controles horizontales y controles verticales.⁸ En lo que acabamos de comentar en el párrafo de arriba, vemos claramente cómo los controles horizontales entre centro y periferia se activan para obligar a los poderes locales a que modifiquen sus estructuras en aras de ir perfeccionando la democracia local e, incluso, ir desmontando estructuras institucionales que respondan más a la estructura de un Estado autoritario que democrático. Así también, la idea es que, cuando el orden federal se separe de los principios democráticos o del respeto a los derechos humanos, éste pueda ser controlado, y esta posibilidad se debe de dar principalmente por medio del Senado de la República y en el voto que hacen las legislaturas de los estados a las reformas constitucionales, esto sólo por referirnos a controles institucionalizados.

Para terminar, es importante señalar que, si bien es cierto que van a existir modificaciones normativas que por sus características serán verdaderas “reformas de Estado”, y por estas últimas vamos a entender todas aquellas que modifiquen de una manera sustancial los derechos humanos o la estructura básica del Estado, considero que a esta tipología de reformas de Estado corresponde la reforma que a continuación analizaremos y de ahí la trascendencia e importancia de la misma.

⁸ Tal vez la ventaja principal del sistema federal es el freno contra los abusos del poder público. El mandato constitucional de equilibrio de poderes entre los Estados y el Gobierno federal fue adoptado por los padres de la Constitución para asegurar la protección de nuestras libertades fundamentales [...] Igual que la separación e independencia de distintas ramas del poder federal sirven para prevenir la acumulación de excesivos poderes en alguna de ellas. Un equilibrio saludable entre los Estados y la Federación reducirá el riesgo de tiranía o de abuso en cualquiera de los dos lados. Ballbé, Manuel y Martínez, Roser, *Soberanía dual y Constitución integradora. La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, España, 2003, p. 44.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE MODIFICA LA ESTRUCTURA Y LAS POTESTADES DE LAS COMISIONES ESTATALES DE DERECHOS HUMANOS

Como se menciona en los párrafos anteriores, tuvo que ser la Constitución federal la que viniera a obligar a los estados a darles elementos de fortaleza y blindaje a las *comisiones estatales de derechos humanos*.

Para iniciar, la reforma constitucional adiciona que todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.

Esta parte de la reforma introduce un elemento que busca armonizar y darle vida al principio de legalidad al pedirle a las autoridades que funden y motiven su negativa a aceptar una recomendación, este criterio ya lo había fijado también la Suprema Corte, con referencia a otro órgano que guarda similitudes institucionales, como es en el caso de las entidades de fiscalización superior en los estados, en lo relacionado a los informes y observaciones que emiten estos órganos de fiscalización de los recursos públicos para que sean aprobados por los congresos estatales. En su momento, la Corte emitió la siguiente resolución:

CUENTA PÚBLICA. EL HECHO DE QUE EL INFORME TÉCNICO QUE RINDA LA ENTIDAD DE FISCALIZACIÓN SUPERIOR DEL ESTADO DE ZACATECAS NO OBLIGUE A LA LEGISLATURA A APROBAR O RECHAZAR EN SUS TÉRMINOS AQUÉLLA, NO LA EXIME DE ACATAR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

Es decir, la sujeción al principio de legalidad del acto de aprobación de la cuenta pública, aleja la posibilidad de que una decisión de carácter eminentemente técnico se torne en una decisión política guiada por la afinidad política del Ayuntamiento auditado y de la mayoría de la Legislatura Local, o en una cuestión sujeta a negociación política, vicios que afectan la credibilidad de la actividad estatal y que pueden poner en riesgo la gobernabilidad.⁹

⁹ Clave: P./J., núm. 19/2004 Controversia constitucional 12/2003, Municipio de Río Grande, Estado de Zacatecas, 20 de enero de 2004.

Observamos cómo aquí la Corte obliga a motivar y fundamentar cuando la votación del Congreso local se aparte del informe que emite la entidad de fiscalización. Vemos cómo la reforma constitucional retoma este principio y lo plasma para el caso de las resoluciones de las comisiones estatales de derechos humanos. Es decir, la autoridad que no acepta la recomendación debe motivar y justificar por qué se niega a aceptarla.

Como se puede percibir, esta parte de la reforma también resulta especialmente importante porque establece mecanismos de control político que va a activar a los partidos y a sus bancadas al interior del Congreso y, a su vez, va a activar controles sociales, como pueden ser la prensa,¹⁰ la opinión pública y organizaciones no gubernamentales al momento de llamar a la comparecencia al servidor público que no acepta la resolución, y que no modifica sus políticas públicas para cumplir con los estándares básicos de respeto a los derechos humanos planteados en la recomendación.

De tal manera que el titular a quien se le realiza esta recomendación pueda tener una presión política importante que pudiera desembocar en su renuncia o la remoción del funcionario que no acepta la misma; en caso contrario, el costo político lo va a pagar, indirectamente, el titular del órgano ejecutivo. Otro supuesto es que, si no renuncia y tampoco es removido, puede costarle electoralmente al partido del gobierno en las siguientes elecciones, sólo por mencionar algunos de los efectos que puede traer esta parte de la reforma constitucional y la repercusión de esta nueva figura.

Así también, la reforma establece que las Constituciones de los estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos. Ésta, consideramos, es una de las partes más representativas de la reforma, ya

¹⁰ Ése es, justamente, el sentido que, en general, atribuye Ely al control, como manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernantes por los gobernados, a fin de garantizar que gobierne la mayoría y se evite, al mismo tiempo la tiranía de esa mayoría. Estos controles pueden clasificarse en políticos y jurídicos, siendo propio de los primeros su carácter subjetivo y su ejercicio voluntario por el órgano, autoridad o sujeto de poder. En el control político quien limita es, a su vez, quien controla (aunque puede ocurrir que, a veces, la eficiencia de su control no esté tanto en dicho control efectuado por él como en la posibilidad de que ese control pueda poner en marcha controles ejercitados por otros); y así, las limitaciones supraorgánicas, interorgánicas e intraorgánicas se corresponden con controles también supra, inter e intraorgánicos. Ejemplo de los primeros sería el ejercitado a través de las elecciones; de los segundos, la responsabilidad del gobierno ante el Parlamento, y de los terceros, la dependencia de cada ministro respecto al presidente del gobierno. Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 131.

que, al menos formalmente, se blinda institucionalmente a la Comisión,¹¹ porque se fortalece en la independencia de sus decisiones y en su estructura orgánica ya que su fuerza y autonomía estatal emana directamente de su estatuto constitucional.¹²

En los estados de la República, ahora sí las Comisiones tendrán (al menos formalmente) una total autonomía constitucional e independencia política y económica frente a los otros poderes locales. Resultaba inexplicable cómo algunas comisiones estatales aún no tenían esta fortaleza institucional. Si bien hay que reconocer que hubo loables casos donde, con ese modelo se lograron avances, éste se debía principalmente a la personalidad y habilidad de su titular y no a un tema de diseño institucional. El anterior esquema estaba realizado para que las comisiones tuvieran injerencias tanto políticas como económicas en el seno de las mismas.

En lo relacionado a la forma de elección de los titulares de este organismo, la reforma fija que la elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley.

Hasta hace muy poco tiempo, los gobernadores de los estados principalmente mandaban su propuesta al Congreso de los estados. Si bien era el Congreso local quien elegía,¹³ se daba la posibilidad de crear cierta lealtad

¹¹ Las legislaturas de las entidades deben asegurarse de que dichos organismos cuenten con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

¹² Órganos Constitucionales autónomos. Son aquellos creados inmediata y fundamentalmente en la Constitución, y que no se adscriben a los poderes tradicionales del Estado. También pueden ser los que actúan con independencia en sus decisiones y estructura orgánica, depositarios de funciones estatales que se busca desmonopolizar, especializar, agilizar, independizar, controlar y/o transparentar ante la sociedad, con la misma igualdad constitucional. Ugalde Calderón, Filiberto Valentín, “Órganos constitucionales autónomos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 29, <http://www.ijf.gob.mx/publicaciones/revista/29/Filiberto%20Valent%C3%ADn%20Ugalde%20Calder%C3%B3n.pdf>, fuente consultada el 7 de octubre de 2013.

¹³ Campeche, artículo 9o., Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche. Coahuila, artículo 10, Ley Orgánica de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila. Chiapas, artículo 11, Ley de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos. Guerrero, artículo 13, párrafo segundo ley que crea la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos y establece el procedimiento en materia de desaparición involuntaria de personas. Nuevo León, artículo 99, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León. Tabasco, artículo 10, Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos y Ta-

inicial con el órgano ejecutivo que lo proponía, además de que iba aparejada del apoyo de su mayoría en el Congreso y, claro, con el voto de la oposición para sacar la propuesta con mayoría cualificada.

El que exista transparencia en la elección del titular permite la introducción de importantes controles políticos y sociales que logren identificar un perfil que no sólo debe tener conocimiento en materia de derechos humanos, sino que también debe tener autoridad, independencia personal y de grupo, liderazgo, así como el respaldo social para poder darle solidez y legitimidad a la institución y a sus recomendaciones. Este funcionario debe de infundir “miedo moral” a las autoridades, por lo cual debe tener un sólido prestigio en la comunidad.

Por su parte, en la regulación que tengan que hacer los congresos de los estados de los preceptos de procedimiento de consulta pública, sobre la cual también fija que tendrá que ser transparente. Al respecto se tienen que cuidar el formato de la elección del presidente para que no vaya a resultar un proceso asambleario en la definición de las propuestas y que se convierta en un procedimiento inmanejable que vaya a derivar en mucha presión política al proceso de selección, lo que haga que los partidos se polaricen y que se corra el riesgo de que, por falta de consenso, se quede acéfala mucho tiempo la presidencia de la Comisión. Para prever esta contingencia, es importante que se regule claramente el proceso por el cual el Consejo nombre provisionalmente a quien asuma las funciones temporales de la presidencia y se mantenga la regularidad institucional de la Comisión.

Otra de las innovaciones de la reforma constitucional es que incorpora el principio de subsidiaridad al sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, es decir da la posibilidad de que las legislaturas de los estados soliciten a la Comisión Nacional que investigue hechos que constituyan violaciones graves a los derechos humanos en su estado.

En los modelos federales, el principio de subsidiaridad consiste¹⁴ en que la instancia más cercana a los hechos conozca de los mismos y los resuelva;¹⁵ sin embargo, este principio también puede aplicar en sentido contra-

maulipas, artículo 19, Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Tamaulipas eran algunos de los estados que tenían este mecanismo de elección.

¹⁴ Torres Estrada, Pedro Rubén, “El modelo federal mexicano a la luz de los modelos comparados. La necesidad de la incorporación en la Constitución de los principios de subsidiaridad y solidaridad como principios informadores y delimitadores del sistema de competencias”, *Isotimia, Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica* 2, México, 2009, p. 96.

¹⁵ Las funciones del principio así proclamado son dos: el acercamiento de las decisiones de los poderes públicos a los ciudadanos y la garantía de la transparencia y la democracia. De tal suerte sirve a la garantía del respeto del espacio competencial propio de los estados

rio. Es decir, que cuando la instancia más cercana al problema no tiene la capacidad para afrontar el problema o ha sido rebasada por la magnitud del mismo, puede solicitar a otra instancia que, en el caso que nos ocupa, sería de los estados hacia la Federación, que le ayude a enfrentar la problemática y resolverla.¹⁶

En este sentido, la posibilidad de sacar el problema de las instancias locales es una práctica de los Estados federales, en donde se busca que, en ciertas ocasiones y bajo ciertos supuestos, se permitan activar los controles verticales que pueden realizar los órganos federales y que tanto ha preocupado tener a los teóricos y políticos, para combatir las tiranías locales que frecuentemente se pueden formar en la periferia del Estado federal. De ahí lo valiosa de que esta posibilidad pueda existir para activar controles exteriores a los del estado.¹⁷

miembros y, por tanto, de la preservación de la estructura descentralizada del poder público. Opera a favor de la transparencia y la democracia en la medida en que el expresado contraste requiere una suficiente justificación de la procedencia de cada acción comunitaria y su explicación, así como el diseño de aquella en términos simples, coherentes, eficaces. En todo caso, la subsidiariedad: i) opera solo en el plano propio de las decisiones sobre la toma de decisiones, pero no en la ejecución de éstas, no actuando, pues, en la fase ejecutiva del ciclo de gestión pública, sencillamente porque la situación pretendida por la subsidiariedad ya está plenamente garantizada por el principio de ejecución indirecta del derecho comunitario; ii) no afecta en ningún caso a la atribución de competencias (con la consecuente improcedencia del cuestionamiento, desde el principio de la procedencia del ejercicio de tales competencias), ni a la limitada competencia de la competencia de que, a tenor del artículo 308 TCE, goza la UE para precisar en su favor los poderes necesarios para alcanzar los objetivos propios. Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho administrativo. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 57.

¹⁶ Al trasplantar este principio al ámbito del reparto de competencias territoriales, la autoridad central debe actuar si y solo si las tareas asignadas no pueden ser ejercidas a un nivel territorial más inmediato al gobernado. Pero se ha reconocido el riesgo que deben padecer las entidades territoriales dado que la Corte Constitucional de este mismo país podría ser sumamente arbitraria al definir la entidad que estimaría con mayor capacidad para llevar a cabo los fines planteados (tal como lo haría un actor político). Tortolero Cervantes, Francisco, *Un principio de subsidiariedad para México. ¿Otra maniobra para centralizar el poder?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 617.

¹⁷ El Federalismo moderno implica un “constitucionalismo dual” compuesto por una Constitución federal y tantas constituciones estatales como estados conformen la Unión Federal. La garantía democrática del Estado federal se encuentra integrada en la Constitución federal. Pero la Constitución estatal debe contar con un diseño institucional que facilite la protección de los derechos de los gobernados y preserve el orden democrático. Sólo como medida de precaución subsidiaria, la Constitución federal debe contar con instrumentos expresos de intervención a favor del gobierno federal que lo habiliten para garantizar el respeto a los derechos y al orden democrático en los estados. Cabe señalar, por último, otra importante cualidad del federalismo dual: su capacidad de experimentación. El Federalismo le

Por otro lado, una de las herramientas que desde el punto de vista jurídico resultan de muy alta relevancia fue la que se le dio a las comisiones locales con la reforma al artículo 105 constitucional de fecha 14 de septiembre de 2006, que consistió en el acceso a interponer *acciones de inconstitucionalidad*¹⁸ ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación al habilitar a “los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal”.¹⁹

permite a un pueblo intentar experimentos en sus constituciones estatales que, en cambio, no podrían ser intentadas en un Estado centralizado. En este último, toda modificación constitucional es necesariamente nacional y, consecuentemente, afecta al todo. Por ello, inevitablemente, existe posibilidad de provocar disturbios políticos generalizados. Por contraste, “una comunidad política relativamente pequeña como puede ser un estado norteamericano, hace y deshace sus leyes con facilidad; los errores que se pueden llegar a cometer no son muy serios, y pueden ser corregidos con rapidez. [De esta manera] otros estados se benefician de la experiencia de una ley o método que ha trabajado bien o mal en el estado que lo ha intentado”. Barceló Rojas, Daniel A., *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense, Federalismo y Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 50.

¹⁸ Cuando hay control difuso o desconcentrado al estilo norteamericano, por ejemplo, la vía procesal para elevar un expediente que se ha tramitado y decidido en el tema constitucional en instancias inferiores, a la Corte Suprema o al órgano supremo de control de constitucionalidad, puede ser un recurso de inconstitucionalidad que opera como una especie de apelación para temas constitucionales. En Argentina se le llama “recurso extraordinario”, y es el vehículo que permite llevar a la Corte Suprema sentencias dictadas por tribunales inferiores en materia de amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, acciones declarativas y cualquier proceso donde se hayan debatido temas constitucionales. En ciertos países, la ley denomina “recurso por inconstitucionalidad” (en México es denominada acción de inconstitucionalidad) a lo que en verdad es una acción directa o principal de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, incluso con efectos *erga omnes*. Pedro Sagüés, Néstor, *El sistema de derechos magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, p. 70.

¹⁹ Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.-...

a)...

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a)...

...

(Reformado, D.O.F. 10 de Junio de 2006)

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de las leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobado por el Senado de la República, que vulneren los derechos hu-

Esta posibilidad puede cambiar de manera importante la actual concepción de las comisiones estatales, porque si bien es cierto que su fuerza estribaba en la presión política y mediática que creaban sus recomendaciones, ahora también tienen la posibilidad de activar mecanismos de control jurídico para la protección de derechos humanos, en los cuales una instancia ahora jurídica e independiente del estado, como es la Suprema Corte ahora, puede controlar las leyes emanadas del legislativo estatal.

Esta nueva facultad debe de obligar a las comisiones estatales a fortalecer también a sus consejos consultivos ya que esta competencia le da un arma frente a los poderes del estado, y también puede jugar en contra de la fortaleza y legitimidad de la institución. ¿A qué me refiero con esto? A que van a existir momentos en donde surjan temas locales que lleven aparejada una gran carga de tipo político y moral y estoy pensando, en leyes como la de la despenalización del aborto, matrimonio de personas del mismo sexo o adopción de menores por matrimonios de personas del mismo sexo, entre otros, en donde anteriormente, al no tener competencia para interponer una acción de inconstitucionalidad, quedaba la comisión librada políticamente de esa presión social y mediática; pero, ahora, la presión de actuar o de no actuar puede ser muy intensa, ya sea por parte de los grupos liberales o de los grupos conservadores, según sea la ley que se pretenda que se impugne constitucionalmente.

Por esta razón, creo que la facultad de acudir ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene que venir respaldada de una votación mayoritaria por parte del Consejo Consultivo de la Comisión, así como también la decisión de no interponer la acción de inconstitucionalidad. Por esta razón, como ya lo comentamos arriba con el caso del presidente de la Comisión, es importante que la elección de los consejeros se busque que los mismos sean hombres independientes política e ideológicamente. Al igual que el presidente, los integrantes del consejo de la Comisión deben de despertarle al gobernador y a todo su aparato gubernamental “miedo moral”.

No podemos negar que cada estado de la República va a tener su federalismo moral, es decir que habrá estados que tengan mayor tendencia ideológica y política a ser liberales y otros a ser conservadores, esto evidentemente va a influir en la configuración del Congreso local y puede, indirectamente, influir en la integración de los consejos. No obstante, el órgano legislativo

manos consagrados en esta Constitución, Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

https://www.scjn.gob.mx/normativa/analisis_reformas/Analisis%20Reformas/CPEUM-105.pdf

debe buscar que el Consejo tenga una pluralidad de perfiles, pues de lo contrario, esta situación puede revertirse en contra de la legitimidad del Consejo. Al final, donde todos piensan igual, alguien no está pensando.²⁰

Es importante decir que, antes de decidir interponer o no interponer una acción de institucionalidad ante la Suprema Corte, el presidente de la Comisión tendría que estar obligado a escuchar a su Consejo consultivo o, incluso, si así lo llega a considerar la ley local, esta capacidad del presidente tendría que venir avalada por la mayoría de los miembros de la Comisión. Creo que esto pudiera ser viable ya que la legitimidad les viene, tanto al presidente como a los miembros del Consejo, directo del órgano legislativo. Además, despresurizaría políticamente al presidente al ser una decisión colegiada.²¹

En este contexto, la facultad de acudir a las acciones de inconstitucionalidad es la capacidad de controlar horizontalmente, en caso de la justicia constitucional local, o verticalmente, en el caso de la justicia federal, las decisiones de las mayorías. Al principio, la naturaleza de las acciones de inconstitucionalidad fueron para proteger a las minorías, porque, quien podía

²⁰ Las razones para la creación del Consejo fueron principalmente las siguientes: a) existía, y con razón, desconfianza de la sociedad hacia cualquier órgano creado por el Poder Ejecutivo; b) el presidente de la CNDH iba a enfrentarse a los grandes violadores de derechos humanos principalmente miembros de procuradurías y corporaciones policíacas, y se quería que tuviera el respaldo de personalidades nacionales con prestigio y credibilidad; c) para que desempeñara funciones parecidas a las de un órgano legislativo interno, que discutiera y aprobara los aspectos generales e importantes de la Comisión, y d) para que fuera una especie de contralor de la misma. Carpizo, Jorge, “Sistema Nacional No-Jurisdiccional de Defensa de los Derechos Humanos”, *Isotimia. Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica*, México, núm. 2, p. 27.

²¹ Artículo 85. Al Ejecutivo corresponde:

XX.- Someter a la aprobación del Congreso del Estado la propuesta que le presente respecto a los cargos de Magistrados del Tribunal Superior de Justicia, Magistrados de la Sala Superior y de las Salas Ordinarias del Tribunal de Justicia Administrativa y Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 63, fracción XXII, 98 y 99 de esta Constitución;

Artículo 99. Los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia serán designados de la siguiente manera: El Titular del Poder Ejecutivo propondrá al Congreso del Estado, candidato a la Magistratura para su aprobación, la que se realizará previa comparecencia de la persona propuesta, por el voto secreto de, cuando menos, las dos terceras partes de los integrantes del Congreso, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la comparecencia. Si el Congreso no se encontrase reunido, la Diputación Permanente convocará de inmediato a un Período Extraordinario de Sesiones. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León.

Artículo 18. A los integrantes del Consejo los designará el Titular del Poder Ejecutivo, con la ratificación del Congreso del Estado o de la Comisión Permanente, en los recesos del mismo. Ley que crea la Comisión Estatal de Derechos Humanos.

acudir a la Corte era, principalmente, un 33%²² del órgano legislativo,²³ no obstante, se ha ido abriendo la legitimación a otros órganos del Estado para ir protegiendo de la tiranía de las mayorías a ciertos temas que resultan básicos para que el Estado constitucional democrático y el federalismo funcione, como es el caso de la protección a los derechos humanos.

En algunos estados de la República es muy común que el gobernador tenga fuerte influencia en los Poderes Legislativo y Judicial del estado, por eso lo importante que es hacer que esta facultad pueda ir abriendo y democratizando las instituciones locales, fortaleciendo los derechos humanos y el respeto a la Constitución, como ya ha sucedido con el juicio de amparo y las controversias constitucionales.

La reinterpretación de los derechos humanos por parte de la Corte en los últimos años indudablemente va a cambiar el paradigma de cómo los hemos venido entendiendo y aplicando en las entidades federativas.

²² El 33% de los diputados y senadores del Congreso de la Unión (en números absolutos, esto concita a 167 de 500 diputados y a 43 de 128 senadores mexicanos). Salvando las modalidades de composición que cada ordenamiento depara a sus cámaras legislativas, resulta evidente que, en principio, las minorías del Congreso de la Unión padecen mayores dificultades en la consecución de tal *quórum*-legitimación (comparándoles con las minorías españolas). A pesar de que esta problemática se anuncia pronto de forma aritmética, más importante será inferir cómo aumenta la desprotección constitucional de las minorías parlamentarias, en la medida que tienda a vaciarse de contenido su principal instrumento procesal, tal como parece ser la tendencia de ambos ordenamientos. Eraña Sánchez, Miguel Ángel, *La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, México, Porrúa, 2004, p. 235.

²³ La reivindicación del estudio del recurso de inconstitucionalidad, no solo en su aspecto sustantivo, sino también en su articulación procesal, por parte de los constitucionalistas, supone centrar la atención en que su regulación, tanto en la Constitución Española como en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se ha planteado, como la de todo proceso, como elemento instrumental de una jurisdicción específica, la constitucional, marcada por el órgano al que se ha encomendado en exclusiva aquella jurisdicción, configurada como una función constitucional. La relación entre el Tribunal Constitucional, como órgano constitucional al que la Norma fundamental encomienda la función esencial de garantía de su propia superioridad, la jurisdicción constitucional como el conjunto de competencias atribuidas a aquel Tribunal para hacer efectiva su función, y el proceso directo de inconstitucionalidad, que instrumenta la efectividad del proceso que viene marcada por las especiales características de la función de garantía que asume el Tribunal Constitucional y que se proyectan, tanto en su significación y estructura, cuanto en su propia actividad procesal. La legitimación del Defensor del Pueblo se configura, en teoría, como la menos política de la articulación del artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, siendo su decisión de interponer el recurso estrictamente personal y no condicionada a su petición por parte de los ciudadanos, petición que, de existir, no le obliga en absoluto a interponer dicho recurso. García Martínez, Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*, España, Trivium, 1992, pp. 11 y 153.

A pesar de lo importante de la facultad de poder acudir a la Corte por parte de las comisiones estatales, éstas la han utilizado muy poco y en los informes de la Suprema Corte se refleja que, desde que se instauró esta nueva potestad, en 2006, sólo han existido 3 recursos por parte de comisiones estatales.²⁴ Me sorprende este dato, sobre todo porque en los últimos años los estados han reformado importantes leyes que pueden impactar en los derechos humanos, como son el caso de los códigos penales y el de procedimientos penales, así como leyes orgánicas que rigen a las instituciones de seguridad y de justicia.

Por otro lado, resulta importante mencionar que, con la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011, y con la interpretación de la Suprema Corte, en fecha 3 de septiembre de 2013, al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011²⁵ se tiene también que cambiar el modelo de actuación de las comisiones estatales, donde se van a requerir un sólido servicio civil de carrera con servidores públicos con un alto grado de especialización y conocimiento, ya no sólo del derecho nacional, sino también del derecho internacional ratificado por México, así como de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues el reto será elevar el diálogo jurídico que se da entre los operadores de un sistema de justicia penal.

En pocas palabras, las comisiones estatales ahora también se convierten en guardianes, no sólo de la constitucionalidad sino también de la convencionalidad,²⁶ al tener la posibilidad de controlar los estándares de actuación

²⁴ Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de San Luis Potosí (2006), Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Zacatecas (2007), Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2008). Suprema Corte de Justicia de la Nación. Portal de Estadística Judicial. Acciones de Inconstitucionalidad, Análisis estadístico. http://www2.scjn.gob.mx/alex/analisis_ai.aspx.

²⁵ DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos no se relacionan en términos jerárquicos, sino que deben armonizarse a través de la utilización del principio pro persona. En este sentido, los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de Tesis 293/2011.

²⁶ Los tribunales, tanto nacionales como internacionales, deben interpretar de manera armónica el ordenamiento jurídico aplicable y, para ello, deben verificar la compatibilidad

de la autoridades a la luz de estos marcos e instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, teniendo también como herramienta básica de interpretación de esta nueva realidad el principio pro-persona. Además de los instrumentos internacionales, va a ser un insumo básico para las comisiones, la interpretación que realiza la Corte Interamericana sobre los Derechos Humanos, la cual ahora resulta vinculante para todas las autoridades mexicanas dependientes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).²⁷

Como ya hemos comentado, en México aún hay estados en donde su ingeniería constitucional, legal y política responde a modelos políticos autoritarios. Es por esto que el reto de una nueva configuración de las comisiones en los estados es ir desmontando esa estructura autoritaria como en su momento se dio en el orden federal, creo que es un momento histórico y de reto para las comisiones locales de legitimarse, ya que, en muchos estados, su *autoritas* ha ido en retroceso por el mal diseño institucional, así como por el papel de sus titulares y la de sus consejos.

Además de la competencia ya mencionada, en la reforma constitucional de 2011 se adiciona la capacidad para la Comisión Nacional para poder interponer acciones de inconstitucionalidad en el siguiente supuesto: “En contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte”.

De lo anterior se desprende que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá ejercitar la acción de inconstitucionalidad no sólo por violaciones a los derechos humanos contenidos en la Constitución, derivados de la expedición de leyes federales, estatales del Distrito Federal o tratados internacionales, sino que, también, se podrá utilizar este mecanismo cuando una de las normas mencionadas transgreda alguno de los derechos contenidos en los tratados internacionales de que México sea parte.

de unas normas con otras. Lo que se conoce como control de convencionalidad es, precisamente, ese ejercicio de verificación de compatibilidad entre normas internas e internacionales, buscando la solución más favorable a la protección de los Derechos Humanos. Arenas Bátiz, Carlos Emilio, *El nuevo modelo de control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos a partir de la reforma de 2011. Según dos perspectivas antagónicas “internacionalistas vs soberanistas”*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2013, p. 45.

²⁷ Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

II...

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Esta inclusión tiene dos aspectos importantes a considerar. El primero, que es posible que un tratado internacional violente el contenido de otro tratado. Al respecto, la Suprema Corte, por medio de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, ya mencionada, determinó que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales tendrán jerarquía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano; supuesto bajo el cual es posible que un tratado internacional que violente derechos humanos quede, por sentencia, fuera del sistema normativo mexicano por violentar un derecho humano, aunque el origen de éste sea otro tratado internacional.

Es importante señalar que dicha facultad de ejercitar la acción de inconstitucionalidad en contra de tratados internacionales, se le confiere únicamente a la Comisión Nacional, ya que las comisiones estatales están imposibilitadas para atacar un tratado internacional que violente derechos humanos, aunque sí pueden impugnar leyes locales que vayan en contra de la Constitución y de tratados internacionales ratificados por México utilizando, entre otros métodos de interpretación, el principio *pro-persona*.

Para terminar este epígrafe, hacemos la puntualización de que el Artículo Transitorio del Decreto Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 y, en el mismo, en su apartado séptimo, obligaba a las legislaturas locales a realizar las adecuaciones que correspondan en un plazo de un año contado a partir de la vigencia del decreto en comento, plazo que feneció el 10 de junio de 2012.

En estados como Nuevo León, su legislatura adecuó su marco constitucional en decreto emitido el 30 de agosto de 2012, publicado en fecha 17 de septiembre del mismo año y establece un plazo de 260 días contados a partir de la vigencia del Artículo Transitorio del Decreto 357 para adecuar la ley que cree la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, a la fecha de hoy (4 de noviembre de 2013), ya el plazo otorgado por el constituyente local ha terminado para emitir la ley, por lo cual ya hay una violación constitucional por omisión legislativa del legislador estatal.

La obligación de reformar sus organismos de defensa de los derechos humanos proporciona una buena oportunidad para reflexionar sobre ellos no sólo en Nuevo León, sino en todo el sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos. Es decir, ante las nuevas realidades en el alcance de los derechos humanos, es determinante actualizar o

renovar las instituciones y organismos que le deben dar vida a este nuevo paradigma cultural y normativo.

III. LO QUE HAY QUE PREGUNTARNOS PARA REDISEÑAR LAS NUEVAS INSTITUCIONES LOCALES DE DERECHOS HUMANOS

Las reformas constitucionales que hemos estado revisando van a ser definidas y desarrolladas en las leyes secundarias estatales que van a determinar las competencias, la organización, el funcionamiento y los procedimientos de las comisiones estatales de derechos humanos. Este tipo de oportunidades normativas para reformar una institución deben ser aprovechadas para no caer en un gatopardismo en donde modifiquemos la norma pero que las prácticas de la institución no se modifiquen, hay que evitar en reformas de tan alta importancia el fetichismo legislativo.

Como ya se dijo, se están reformando en los estados gran parte de los marcos jurídicos que le pueden impactar de manera directa al contenido de los derechos humanos, como es caso del Código Penal, así como de las leyes que regulan sus cuerpos de seguridad y justicia; en este sentido, si la Comisión no está atenta y vigilante, se pueden cometer excesos y retrocesos en este proceso tan intenso que vive el país de cambios normativos que termina (al menos en una primera etapa) en 2016²⁸ con la implementación de un nuevo sistema de justicia de corte acusatorio. En este momento, las comisiones de derechos humanos deben de estar atentas a la premisa del Estado constitucional que consiste en que, a mayor poder a la autoridad, mayores controles a la misma.

Ahora es el momento de estar diseñando la norma que le va a dar vigencia a la nueva estructura de las comisiones locales, pero también es momento de ir eligiendo a los nuevos perfiles técnicos y directivos que le van a dar vida a las nuevas instituciones estatales, el proceso de designación del personal y de sus directivos es estratégico para la fortaleza de la institución.

En este proceso, también es importante ir reflexionando sobre lo realizado por la comisión hasta este momento en el Estado por medio de un diagnóstico crítico y útil para el rediseño de la institución. Hay que revisar por ejemplo, su impacto en la creación o modificación de leyes que se expedieron localmente, impulsadas por la Comisión, para mejorar la condición de los derechos humanos en la entidad; también hay que revisar el número de

²⁸ La Reforma Constitucional de 2008 fijó como plazo máximo para que estuviera implementada la reforma penal en todo el país el 18 de junio de 2016.

investigaciones que realizó, sus resultados y conclusiones, así como la repercusión de las mismas.

Además, es importante examinar el número de recomendaciones que se emitieron, la calidad de las mismas, sus alcances, así como el impacto que éstas tuvieron frente a las autoridades señaladas y si, derivado de éstas, hubo algún cambio sustancial en sus políticas públicas o, también, revisar si se dio la remoción o renuncia de algún funcionario involucrado en la violación de derechos humanos.

En este punto me quiero detener, por la importancia que deben de tener las comisiones no sólo para promoción y protección de los derechos elementales como la libertad, la integridad humana o, incluso, la vida, sino lo determinante que tienen que ser para proteger otros derechos que también son afectados como producto de la realización de una política pública y estoy pensando en la defensa de derechos humanos como el de gozar de un medio ambiente adecuado, el acceso a la función pública o el derecho a la no discriminación. Asimismo, es importante revisar si han interpuesto alguna acción de inconstitucionalidad contra alguna disposición local, ya sea ante la justicia constitucional local o ante la federal.

En este sentido, es determinante decir que, en un Federalismo como el mexicano, la idea es que los estados puedan ampliar la cantidad y calidad de los derechos humanos protegidos en su esfera interna, es decir, lo que fija la Constitución es un piso y no un techo de derechos. Por esta razón, las comisiones estatales deben ser activistas permanentes para la progresión de los derechos humanos en su realidad local y del mejoramiento de sus instituciones democráticas.

Siguiendo con la necesidad de conocer la fortaleza institucional de las comisiones locales, hay que identificar si el número de recomendaciones o intervenciones de la Comisión han guardado alguna relación con el aumento o descenso de la incidencia delictiva y su combate. Es decir, si aumentaron las intervenciones o recomendaciones al mismo tiempo que aumentaron los operativos policiacos, si se mantuvieron o, incluso, bajaron. A mayor actividad de políticas públicas del estado, principalmente en temas de seguridad, mayor tiene que ser el actuar y vigilancia de las comisiones.

Aunado a lo anterior, también va a resultar básico conocer por medio de encuestas, la percepción que tiene el ciudadano y los líderes de opinión sobre su comisión estatal y esto correlacionarlo con el número de denuncias y de solicitudes de intervención que se han presentado en los últimos años, para ver las tendencias de las mismas e, incluso, compararla con estados que puedan tener similares condiciones para obtener un marco de referencia y

un primer parámetro para identificar si la ciudadanía confía cuantitativamente y cualitativamente en la Comisión.

Así también, hay que ver con qué fortalezas institucionales ha contado la institución, por ejemplo, conocer cómo han sido sus presupuestos en los últimos años, si éstos van creciendo en términos absolutos, con cuánto personal cuenta la institución, el perfil de los empleados, si tiene un servicio civil de carrera, cuáles son los métodos de selección de su personal, cuáles son los salarios de estos funcionarios y su perfil de especialización, así como revisar si hay mecanismos de evaluación y metas claras de la institución.

En este sentido, también sería importante evaluar cómo ha sido el papel del Consejo Consultivo de la Comisión, valorando, por ejemplo, cuántas veces se reúne a lo largo del año, revisar y conocer las actas y minutas de sus reuniones para saber cuáles han sido sus resoluciones más importantes, qué temas han sido los que han ocupado su agenda y qué tanta participación tienen en las decisiones de la presidencia de la Comisión.

En este sentido, va a ser determinante en esta reestructura de las comisiones locales el papel de los consejos. Es importante que las comisiones tengan fuertes equilibrios internos donde sus integrantes puedan plantear sus propuestas y opiniones al presidente de la Comisión, pero sobre todo que el presidente se sienta arropado por el respaldo del órgano colegiado ante posibles embates de los poderes institucionalizados y no institucionalizados del Estado.

IV. CONCLUSIONES

El cambio normativo que están viviendo las comisiones estatales debe ser asumido como un cambio, no sólo de normas, sino sobre todo de instituciones. Es por esto que no debe bastar el conocer el alcance de las nuevas disposiciones constitucionales, sino, sobre todo, cómo se le va a dar vida a estos nuevos marcos jurídicos que van a guiar a las comisiones locales. No basta con cambiar en la norma el actual sistema de protección no jurisdiccional de derechos humanos en los estados, sino que lo que hay que modificar es la política del sistema actual y las inercias que no han funcionado. Buena parte de los estados mexicanos aún se encuentran en su transición política para dejar de ser estados con una fuerte influencia autoritaria en sus prácticas y formas de ejercer el poder. Es en este contexto donde las comisiones locales se deben de convertir en agentes de control y equilibrios en las entidades frente a los poderes públicos y privados.

Ahora bien, también hay que decir que otro de sus más difíciles retos es que, en muchos estados, el principal enemigo y agresor de los derechos humanos ha dejado de ser el de los poderes públicos para que ahora sea la delincuencia organizada, la que de manera constante y sistemática, imponga miedo en regiones del país, dejando con esto sin vigencia muchos de los derechos básicos de la persona, como la vida, la integridad personal, la libertad de expresión, el derecho de tránsito, por mencionar algunos.

Como todos sabemos, donde hay miedo no hay libertad y donde no hay libertad no hay democracia. Éste es ahora el gran reto de las comisiones locales en su papel no sólo de buscar en los poderes públicos acciones *de no hacer*, es decir de no cometer violaciones a los derechos humanos con sus acciones o políticas públicas, sino que las comisiones locales deben de presionar a los estados para que implementen políticas públicas *de hacer*. Es decir, de actuar mediante sus acciones y políticas en contra de todos aquellos factores institucionales y no institucionales que están ultrajando derechos humanos, como es en el caso de la delincuencia organizada. Esta interpretación ya se dejó ver en el caso del “campo algodonerero” en donde quedó en evidencia la falta de eficacia de las políticas públicas de género²⁹ por parte del gobierno mexicano.

Esta reforma debe ser la punta de lanza para que las comisiones estatales se conviertan en verdaderos agentes de cambio y de presión, para acelerar la aún inacabada transición política en algunas entidades de la República.³⁰ Mientras no entendamos que, aunque es cierto que la legitimidad de los gobiernos deriva, en un primer momento, de elecciones libres y justas, la consolidación de ésta se da en la medida en que se aseguran y se respetan los derechos humanos en el ámbito de su competencia.

²⁹ 11. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación... (véase el anexo de este documento).

³⁰ Las razones de este cambio hacia la democracia tienen más de una explicación en el mundo. Seguramente esto es producto de la desconfianza de los ciudadanos hacia regímenes autoritarios y totalitarios que les siegan canales de expresión y que tienden a violar los derechos humanos en un clima de inestabilidad ajeno a las instituciones confiables del Estado de Derecho Democrático. Una probable transición democrática en México no debe circunscribirse a ciertas reformas jurídicas de carácter político o electoral. Esta afirmación no niega que determinadas reformas jurídicas o institucionales tengan un efecto liberalizador en el régimen. Lo que quiere señalar es que éste se ve afectado por la interacción de un sinnúmero de elementos o factores: sistema electoral, sistema de partidos, gobierno presidencial, atribuciones del Poder Judicial y del Poder Legislativo, Federalismo, municipio, forma de composición y de funcionamiento de estos órganos, etcétera. Cárdenas, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 19 y 145.

Anexo

11. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

12. El Estado deberá, conforme a los párrafos 452 a 455 de esta Sentencia, conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos, conforme a las siguientes directrices: i) se deberá remover todos los obstáculos *de jure* o *de facto* que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos, a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso; ii) la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta Sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género; iii) deberá asegurarse que los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad, y iv) los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad mexicana conozca los hechos objeto del presente caso. 13. El Estado deberá, dentro de un plazo razonable, investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades y, luego de un debido proceso, aplicará las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables, conforme a lo expuesto en los párrafos 456 a 460 de esta Sentencia. 14. El Estado deberá realizar, dentro de un plazo razonable, las investigaciones correspondientes y, en su caso, sancionar a los responsables de los hostigamientos de los que han sido objeto Adrián Herrera Monreal, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos,

de conformidad con lo expuesto en los párrafos 461 y 462 de esta Sentencia. 15. El Estado deberá, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, publicar en el Diario Oficial de la Federación, en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el estado de Chihuahua, por una sola vez, los párrafos 113 a 136, 146 a 168, 171 a 181, 185 a 195, 198 a 209 y 212 a 221 de esta Sentencia y los puntos resolutive de la misma, sin las notas al pie de página correspondientes. Adicionalmente, el Estado deberá, 154 dentro del mismo plazo, publicar la presente Sentencia íntegramente en una página electrónica oficial del Estado. Todo ello de conformidad con el párrafo 468 de esta Sentencia. 16. El Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, en relación con los hechos del presente caso, en honor a la memoria de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal y Claudia Ivette González, en los términos de los párrafos 469 y 470 de la presente Sentencia. 17. El Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez, en los términos de los párrafos 471 y 472 de la presente Sentencia. El monumento se develará en la misma ceremonia en la que el Estado reconozca públicamente su responsabilidad internacional, en cumplimiento de lo ordenado en el punto resolutive anterior. 18. El Estado deberá, en un plazo razonable, continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género, conforme a lo dispuesto en los párrafos 497 a 502 de esta Sentencia. Al respecto, se deberá rendir un informe anual durante tres años. 19. El Estado deberá, en un plazo razonable y de conformidad con los párrafos 503 a 506 de esta Sentencia, adecuar el Protocolo Alba, o en su defecto implementar un nuevo dispositivo análogo, conforme a las siguientes directrices, debiendo rendir un informe anual durante tres años: i) implementar búsquedas de oficio y sin dilación alguna, cuando se presenten casos de desaparición, como una medida tendiente a proteger la vida, libertad personal y la integridad personal de la persona desaparecida; ii) establecer un trabajo coordinado entre diferentes cuerpos de seguridad para dar con el paradero de la persona; iii)

eliminar cualquier obstáculo de hecho o de derecho que le reste efectividad a la búsqueda o que haga imposible su inicio como exigir investigaciones o procedimientos preliminares; iv) asignar los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole que sean necesarios para el éxito de la búsqueda; v) confrontar el reporte de desaparición con la base de datos de personas desaparecidas referida en los párrafos 509 a 512 supra, y vi) priorizar las búsquedas en áreas donde razonablemente sea más probable encontrar a la persona desaparecida sin descartar arbitrariamente otras posibilidades o áreas de búsqueda. Todo lo anterior deberá ser aún más urgente y riguroso cuando la desaparecida sea un niño. Al respecto, se deberá rendir un informe anual durante tres años. 20. El Estado deberá crear, en un plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia, una página electrónica que deberá actualizarse permanentemente y contendrá la información personal necesaria de todas las mujeres, jóvenes y niñas que desaparecieron en Chihuahua desde 1993 y que continúan desaparecidas. Dicha página electrónica deberá permitir que cualquier individuo se comunique por cualquier medio con las autoridades, inclusive de manera anónima, a efectos de proporcionar información relevante sobre el paradero de la mujer o niña desaparecida o, en su caso, de sus restos, de conformidad con los párrafos 507 y 508 de esta Sentencia. 21. El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia y de conformidad con los párrafos 509 a 512 de esta Sentencia, crear o actualizar una base de datos que contenga: i) la información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional; ii) la información personal que sea necesaria, principalmente genética y muestras celulares, de los familiares de las personas desaparecidas que consientan –o que así lo ordene un juez– para que el Estado almacene dicha información personal únicamente con objeto de localizar a la persona desaparecida, y iii) la información genética y muestras celulares provenientes de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el estado de Chihuahua. 22. El Estado debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos en los términos de los párrafos 531 a 542 de la presente Sentencia. El Estado deberá informar anualmente, durante tres años, sobre la implementación de los cursos y capacitaciones. 23. El Estado deberá, dentro de un plazo razonable, realizar un programa de educación destinado a la población en general del estado

de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación. A tal efecto, el Estado deberá presentar un informe anual por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado con tal fin, en los términos del párrafo 543 de la presente Sentencia. 24. El Estado debe brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita, de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de instituciones estatales de salud especializadas, a Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, si éstos así lo desean, en los términos de los párrafos 544 a 549 de esta Sentencia. 25. El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, pagar las cantidades fijadas en los párrafos 565, 566, 577, 586 y 596 de la presente Sentencia por concepto de indemnizaciones y compensaciones por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costos y gastos, según corresponda, bajo las condiciones y en los términos de los párrafos 597 a 601 de la presente Sentencia. 26. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado 156 cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento. *Cumplimiento de la sentencia en el caso González y otras (campo algodonero)*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. http://www.campoalgodonero.org.mx/sites/default/files/descargablestatico/Sentencia_Campo_Algodonero.pdf.

CAPÍTULO XXII
LA LENGUA OFICIAL Y LAS LENGUAS NACIONALES
EN MÉXICO Y EN DERECHO COMPARADO

Diego VALADÉS

Dedico estas reflexiones a la memoria de mi inolvidable colega y amiga Sonia Rodríguez Jiménez, quien permanecerá en el profundo afecto de quienes tuvimos el privilegio de su amistad y quien con su valioso y dedicado trabajo académico enriqueció las actividades científicas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

SUMARIO: I. *Consideración preliminar.* II. *Lengua oficial y lengua nacional.* III. *Lengua y Constitución.* IV. *Balance y perspectivas en México.*

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En este ensayo se examina la situación jurídica del español y de las lenguas vernáculas mexicanas. Con relación a estas últimas existe la impresión de que cuentan con protección constitucional; no es así, como se verá más adelante. También se hace una breve referencia a las normas coloniales que disponían la extinción de las lenguas indígenas y a la política porfiriana implantada por Justo Sierra que llegó a considerar al español como única lengua nacional.

Una segunda parte de este estudio alude a las previsiones de derecho constitucional comparado concernidas con las lenguas oficiales y nacionales y con la garantía para la diversidad lingüística, para subrayar que México no figura entre los países cuya norma suprema prevé alguna forma de protección para las lenguas nativas, y por ende tampoco para su desarrollo.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

II. LENGUA OFICIAL Y LENGUA NACIONAL

Lengua oficial es la que adoptan de manera formal los órganos del Estado para sus actuaciones, y se dispone que sea utilizada en las relaciones jurídicas de los gobernados entre sí y de los gobernados con los órganos del poder; lengua nacional es la que forma parte del patrimonio cultural nacional. En tanto que patrimonio cultural, el Estado debe llevar a cabo acciones de promoción, preservación y desarrollo de una lengua considerada nacional.

Carlos III de España, a pesar de haber sido un monarca ilustrado, reiteró en 1770 una orden muchas veces impartida por sus predecesores: la supresión de las lenguas vernáculas en América, entre otras razones porque hacían “muy difícil, casi imposible, explicar bien en otro idioma los dogmas de nuestra santa fe católica”. Por lo mismo, ordenaba a los virreyes de Nueva España, Nueva Granada y Perú, a los presidentes de las audiencias, a los gobernadores “de los mismos distritos y de las indias Filipinas”, y “rogaba y encargaba” a los arzobispos, obispos, vicarios y “cualesquiera jueces y eclesiásticos de aquellos mis dominios”, que extinguieran los diferentes idiomas “y solo se hable castellano”.¹

Lo paradójico fue que poco más de cien años después de esa ordenanza real, ya en plena república independiente, se planteara la “destrucción” de las lenguas vernáculas. En 1887, al debatir en la Cámara de Diputados el proyecto de ley sobre la organización de la enseñanza primaria, Justo Sierra defendió, con inteligencia y vigor, la obligatoriedad de la enseñanza, pero también tuvo expresiones muy adversas para la cultura indígena mexicana. Dijo:

Uno de los grandes objetivos de la instrucción obligatoria, uno de los fines a los que se debe tender para lo porvenir, es ir destruyendo, borrando, toda esa multitud de idiomas o dialectos, y estableciendo en lugar suyo una sola lengua, la lengua nacional.²

Con ese argumento justificó que, a partir de entonces, en los programas educativos se hablara de *lengua nacional* en lugar de *idioma español*. Lo que se quería era subrayar que sólo esa y ninguna otra podía ser tenida como la

¹ Real Cédula del 16 de abril de 1770, en Dublán, Manuel y Lozano, José María, *Legislación mexicana*, México, Imprenta de Comercio, 1876, t. I, p. 17.

² Discurso, diciembre 1o. de 1887, *Obras completas del maestro Justo Sierra. La educación nacional*, México, UNAM, 1948, t. VIII, p. 190.

lengua de la nación mexicana. Ese criterio lo repetiría, años más tarde, ya como subsecretario de instrucción pública.³

La denominación del español como “lengua nacional” subsistió incluso en los libros gratuitos de texto; la enseñanza oficial del español, con ese nombre, se produjo apenas con motivo de los cambios en los planes y programas de estudio adoptados en 1976.

La omisión en cuanto a la definición normativa de la lengua oficial está presente desde nuestra primera Constitución y subsiste hasta la fecha. En contraste con la mayor parte de los Estados constituciones contemporáneos, la carta fundamental mexicana no establece cual es la lengua oficial del Estado y por lo mismo tampoco contiene disposiciones sobre las lenguas nacionales. Esto no quiere decir que carezcamos de lengua oficial, porque numerosas normas secundarias regulan el uso del español, de las lenguas indígenas e incluso de lenguas extranjeras.

En el orden procesal, la lengua utilizada ante los organismos jurisdiccionales es el español, aunque se admite que los indígenas y los extranjeros utilicen su propia lengua, con el auxilio de intérpretes. A este respecto existen las siguientes disposiciones: Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 128); Código de Comercio (artículos 1055 y 1074); Código Federal de Procedimientos Civiles (artículos 107, 108, 180, 271, 553 y 572); Ley de Concursos Mercantiles (artículo 292); Ley de Extradición (artículo 16); Ley Federal del Trabajo (artículo 816).

Las licitaciones, nacionales o extranjeras, también deben ser emitidas en español, y los solicitantes deben presentar sus escritos en la misma lengua. Las leyes, sin embargo, admiten excepciones para que los textos oficiales sean traducidos, o para que algunas informaciones técnicas sean ofrecidas en lengua extranjera. Son los casos de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (artículos 29 y 31) y de la Ley de Obras Públicas (artículos 31 y 33). Otro tanto sucede con los trámites relacionados con la obtención de patentes, conforme a la Ley de la Propiedad Industrial (artículo 179).

Para la protección de los derechos fundamentales y de los derechos de las minorías también hay regulación acerca del uso prioritario del español y del derecho a contar con el apoyo de intérpretes. Así se dispone en la Constitución (artículo 2o., A, VIII), en la Ley de la Comisión Nacional de los Dere-

³ Discurso, septiembre 13 de 1902, *Obras completas del maestro Justo Sierra. La educación nacional, cit.*, t. V, p. 297. En esta ocasión afirmó que “la unificación del idioma [...] llegará a atrofiar y destruir los idiomas locales”.

chos Humanos (artículo 29) y en la Ley General de Personas con Discapacidad (artículo 10).

En materia de contratos y testamentos, está previsto el uso del español y sólo se admiten textos en idiomas extranjeros cuando están traducidos. Como ejemplos están las siguientes normas: Código Civil (artículo 1518); Ley Federal de Protección al Consumidor (artículos 73 ter y 85); Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (artículo 36-b).

El caso más singular es el planteado por la Ordenanza General de la Armada (artículo 32), según la cual para ser admitido como grumete o como fogonero, se debe “entender y hablar” el idioma español.

En las normas locales, sobre todo en los códigos civiles, penales y de procedimientos de los estados y el Distrito Federal, que suman 128 textos, también aparecen disposiciones análogas a las federales, en lo que respecta a actuaciones judiciales, testamentos y contratos.

Pese a todo lo anterior, en México falta una definición constitucional de la lengua oficial, el español, y de las lenguas nacionales, para que el Estado (la Federación, los estados y los municipios) se vea obligado a adoptar medidas de protección y promoción de las lenguas indígenas.

La Constitución fue reformada en 2001 en lo que se refiera a derechos de los indígenas. A partir de entonces el texto del artículo 2o. establece que las comunidades disfrutan de autonomía para “preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad” (artículo 2o., A, IV). Esta es una disposición que elude la responsabilidad del Estado en lo que atañe a las lenguas vernáculas y las priva de su carácter nacional. En los términos de esta norma cada comunidad indígena, con sus propios recursos, puede adoptar las medidas que considere necesarias y posibles para la conservación y enriquecimiento de sus respectivas lenguas. Con la apariencia de reconocer un derecho el Estado se substraiga al cumplimiento de una obligación.

Conforme a una reforma previa, incorporada en 1992, el artículo 4o. decía: “La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, [...]”. En esos términos, resultaba clara la obligación del Estado en cuanto a proteger y promover las lenguas vernáculas. La reforma de 2001 significó un retroceso porque suprimió este deber del Estado y lo convirtió en una atribución de las comunidades indígenas.

Para compensar el desacierto constitucional, la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, de 2003, declara al español y a las lenguas indígenas como lenguas nacionales (artículo 4o.), por lo que “tienen la misma validez en su territorio, localización y contexto en que se hablen”.

Ahora bien, equiparar al español y a las lenguas indígenas como nacionales da lugar a confusiones en la propia Ley. Por ejemplo, el artículo 6o. previene:

El Estado adoptará e instrumentará las medidas necesarias para asegurar que los medios de comunicación masiva difundan la realidad y la diversidad lingüística y cultural de la Nación Mexicana. Además, destinará un porcentaje del tiempo que dispone en los medios de comunicación masiva concesionados, de acuerdo a la legislación aplicable, para la emisión de programas en las diversas lenguas nacionales habladas en sus áreas de cobertura, y de programas culturales en los que se promueva la literatura, tradiciones orales y el uso de las lenguas indígenas nacionales de las diversas regiones del país.

Es evidente que una disposición conforme a la cual se tengan que adoptar “las medidas necesarias” para que se destine “un porcentaje del tiempo” de las transmisiones radiofónicas y televisivas al español, resulta ajena a la realidad. El resultado es que la norma tampoco se cumple por lo que atañe a la utilización de esos espacios para difundir las lenguas vernáculas. En términos generales la adopción de programas vigorosos para incentivar el uso de las lenguas indígenas mexicanas todavía no forma parte de la política del Estado mexicano.

III. LENGUA Y CONSTITUCIÓN⁴

Una de las características del constitucionalismo contemporáneo es el reconocimiento de los derechos culturales y de los derechos de las minorías. En la actualidad, de 180 Constituciones examinadas, sólo 43 no contienen referencias a las lenguas. Tres de éstas corresponden a Estados de nuestro hemisferio: Argentina, Chile y Uruguay. La omisión uruguaya no resulta significativa si se tiene en cuenta que en ese país sólo están reportadas dos lenguas, incluido el español, pero sí en Chile, donde en las últimas décadas se han extinguido dos lenguas, y otras dos de las pocas restantes ya son habladas por menos de cien personas. En cuanto a Argentina, la Constitución es de 1853, y si bien fue reformada a profundidad en 1994, los temas dominantes fueron los concenridos con gobierno, Federalismo y justicia.

⁴ Este tema lo abordé en mi discurso de ingreso a la Academia Mexicana de la Lengua, leído el 25 de agosto de 2005. Véase *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, 2a. ed., México, UNAM, 2011. Aquí incluyo nueva información constitucional y actualizo la utilizada en 2005.

En varios casos son las leyes ordinarias las que determinan cual es la lengua oficial, por lo que son escasos los Estados que carecen por completo de definiciones legales sobre la materia. Sin embargo, en virtud de la tendencia, cada vez más pronunciada, en cuanto a tutelar los derechos de los grupos minoritarios, en especial los de relevancia cultural, las Constituciones de nuevo cuño van sumándose a la lista de las que sí se ocupan de la materia.

Sobre ese tema existe una gran variedad de normas que se pueden agrupar en tres grandes corrientes: las que reconocen como lengua oficial la que prevalece en el país; las que admiten la diversidad lingüística y dejan que cada lengua se desarrolle de manera más o menos espontánea, y las que adoptan compromisos estatales en cuanto a la difusión, preservación y desarrollo de las lenguas minoritarias.

En el primer caso están las Constituciones de Arabia Saudita, Egipto, Eslovaquia, Filipinas, Francia, Letonia, Lituania, Noruega, Polonia, Portugal y Rumania, por ejemplo. Entre los países latinoamericanos figuran en este grupo Brasil, Cuba, Honduras, donde el Estado se compromete a proteger, respectivamente, la pureza del portugués y del español y a “incrementar” su enseñanza, y Panamá. En ninguno de estos países la Constitución hace referencia a los derechos lingüísticos de los grupos minoritarios. El caso brasileño es llamativo, si se tiene en cuenta que apenas hace dos décadas tenía censadas 235 lenguas, de las que ya se han extinguido 47, y se prevé que otras 25 correrán la misma suerte en muy poco tiempo más.

En el segundo grupo son ilustrativas diversas Constituciones asiáticas, africanas, europeas y latinoamericanas.

La situación de India es peculiar. En su Constitución (artículos 343 y siguientes) se establece como lengua oficial el *hindi*, aunque se adoptó un plazo para que el inglés siguiera siendo utilizado como lengua oficial durante los primeros quince años de vigencia de la Constitución de 1950. Una reforma posterior ha facultado al Parlamento para ampliar ese plazo de manera que el inglés se sigue empleando en los debates parlamentarios y en las resoluciones jurisdiccionales. Además, conforme al artículo 29, se estatuye la protección de los intereses de las minorías, que incluye el derecho a utilizar y conservar su lengua. En materia lingüística la regulación constitucional india es, junto a la sudafricana, la más detallada de cuantas existen. Entre otras cosas, la Constitución dispone (artículo 350 B) la designación de un alto comisionado presidencial para atender los problemas lingüísticos de las minorías.

La Constitución paquistanesa de 1973 declaró lengua nacional el *urdu* (artículo 251). A semejanza de India, señaló que dentro de un periodo de 15 años su lengua debería adquirir el carácter de oficial y remplazar al inglés.

Por su parte las asambleas provinciales están facultadas para promover el uso de las lenguas locales, en adición a la nacional. No obstante el tiempo transcurrido, el inglés sigue siendo lengua oficial para la legislación y para las resoluciones judiciales. La primera Constitución de Paquistán, de 1956, ya había incluido un precepto semejante (artículo 214), al ahora en vigor. El inglés sigue siendo lengua oficial en India y en Paquistán porque corresponde a una realidad cultural.

Otro sistema constitucional que prevé un esquema lingüístico plural es el de Filipinas. El artículo 7o. dispone que las lenguas oficiales en materia educativa y para “propósitos de comunicación” son el filipino y el inglés; las lenguas regionales forman parte de una categoría denominada “lenguas oficiales auxiliares”, y se admite que el español y el árabe sean promovidos de manera voluntaria y opcional por la sociedad. Conforme al artículo 8o. la Constitución fue promulgada en filipino y en inglés y traducida a las principales lenguas regionales, al árabe y al español.

Kenia también presenta problemas lingüísticos que la Constitución atiende. El artículo 7o. establece que la lengua nacional es el *swahili*, y que las oficiales son el swahili y el inglés; agrega que el Estado es responsable de proteger y de promover las lenguas indígenas del país, lo que incluye (artículo 44) la formación de asociaciones lingüísticas. Además, el Estado también asume la tarea de apoyar el lenguaje de señas y el sistema *Braille*. En el Parlamento (artículo 120) los debates se pueden sostener, indistintamente, en swahili, inglés y lenguaje de señas.

La Constitución de Nigeria, a su vez, dispone (artículos 55 y 97) que los trabajos parlamentarios se llevarán a cabo en inglés, pero la asamblea está en libertad de utilizar también con validez oficial el *hausa*, el *ibo* y el *yoruba*.

La diversidad lingüística es reconocida asimismo en Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Ghana, Georgia, Haití, Irlanda, Malasia, Ruanda y Suiza. Además, en este grupo Chipre (artículo 3o.) establece como lenguas oficiales el griego y el turco; Irlanda diferencia entre la “primera lengua oficial”, el irlandés, y la “segunda”, el inglés, de suerte que si sobreviene algún conflicto en la redacción o interpretación de las leyes, prevalece la versión “en la lengua nacional irlandesa”; Malta dispone (artículo 5o.) en términos análogos por lo que hace al maltés y al inglés, y Singapur regula el uso parlamentario el malayo, el mandarín, el tamil y el inglés. Otro caso singular de diversidad es el de Croacia. Aunque en la Constitución de este país se establece (artículo 12) como lengua oficial el croata, escrito en caracteres latinos, se admiten la grafía cirílica y otras que se practiquen en las diversas localidades del país.

En China (artículo 4o.) no hay una lengua oficial para todo el país y el problema del multilingüismo fue resuelto al reconocer que todas las nacionalidades interiores están en libertad de usar y desarrollar sus propias lenguas, escritas y habladas, y de preservarlas o reformarlas según su propia decisión. En este caso el Estado nacional no asume responsabilidad alguna con relación a los distintos grupos lingüísticos. Por el elevado número de hablantes no se prevé que desaparezca alguna de las más de cincuenta lenguas habladas en China, aunque sí es claro el desarrollo asimétrico entre ellas como resultado de las diferencias económicas y culturales regionales.

La Constitución de Austria (artículo 8o.) declara lengua oficial al alemán, “sin perjuicio de los derechos que la ley federal reconozca a las minorías lingüísticas”. La solución aplicada es muy práctica, porque la Constitución no adopta reglas minuciosas, pero sí orienta el contenido de la ley de la materia. A diferencia del caso austriaco, en Bélgica la norma suprema (artículo 4o.) ha tenido que entrar en mayores detalles. Desde el punto de vista sociopolítico Bélgica se divide en tres regiones: la valona, la flamenca y Bruselas; pero las tensiones entre los grupos nacionales han sido muy pronunciadas y la Constitución ha definido cuatro regiones lingüísticas: la francesa, la neerlandesa, la alemana y la bilingüe de Bruselas. La norma belga es de una gran rigidez, pues las regiones lingüísticas sólo pueden ser modificadas si los grupos parlamentarios que representan a las áreas lingüísticas involucradas aceptan cualquier posible reforma por dos terceras partes de sus integrantes.

Las normas constitucionales nicaragüense (artículo 11) y peruana (artículo 48) adoptan una posición más abierta. En ambos casos el idioma oficial es el español y se estatuye que las lenguas vernáculas tienen carácter oficial en las zonas donde predominen. Aquí el Estado solo tiene una obligación pasiva en cuanto a consentir el uso de las lenguas locales con un carácter oficial, pero no las incorpora al patrimonio cultural nacional. En Colombia, donde es oficial el castellano, la Constitución (artículo 10) adopta una estructura semejante, pero se agrega que la enseñanza impartida en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias, debe ser bilingüe.

El grupo de constituciones que, además de reconocer la diversidad, establece compromisos para el Estado en cuanto a adoptar medidas para promover los derechos lingüísticos, es reducido, aunque sus aportes son significativos. En este grupo sobresalen los países iberoamericanos.

La corriente más importante está representada por Costa Rica, cuya Constitución (artículo 78) determina que la lengua oficial es el español, pero agrega que el Estado es responsable de velar por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas. En Ecuador la norma suprema (artículo 2o.) adoptó una fórmula muy sugerente, señalando que el Estado respeta y estimula

la conservación y el uso de las lenguas ancestrales, “patrimonio cultural del país”, precisa que la lengua oficial es el castellano y añade que el quichua “y los demás idiomas ancestrales” son de uso oficial para los pueblos indígenas.

En El Salvador (artículo 62) la lengua oficial también es el castellano, con relación al cual el gobierno tiene la obligación de velar por su conservación y enseñanza; en cuanto a las lenguas autóctonas, las declara integrantes del patrimonio cultural y objeto de preservación, difusión y respeto. Otro tanto se hace en Guatemala (artículo 143) y en Venezuela (artículo 9o.) donde el idioma oficial es el español y se declara patrimonio cultural a las lenguas vernáculas.

Al incorporar una lengua al patrimonio cultural de una nación se establece el compromiso estatal de preservarla. Esto no supone que el Estado se limite a mantener las cosas en la situación que guarden, que muy bien puede ser declinante; conservar implica realizar las acciones necesarias para que una lengua mantenga su vigencia y, en lo posible, se desarrolle y fortalezca. Cuando el objeto tutelado es una lengua viva, la obligación consiste en fortalecer su uso con los poderosos instrumentos ofrecen que la educación y los medios de comunicación.

España, Rusia y Sudáfrica figuran, asimismo, entre los Estados que han hecho de la diversidad lingüística un paradigma. El carácter oficial de las lenguas locales y su naturaleza de patrimonio cultural es reconocido por la Constitución española (artículo 3o.) y por la rusa (artículo 68); ésta autoriza a las repúblicas federadas para que establezcan sus lenguas oficiales y además declara la responsabilidad del Estado nacional en cuanto a promover el estudio y desarrollo de las lenguas nativas.

El caso sudafricano merece atención especial porque, como India, ofrece el más amplio tratamiento constitucional en vigor en el mundo con relación a los derechos lingüísticos. Diversas secciones (6, 9, 29, 30, 31, 35, 185, 186 y 235) de la Constitución, adoptada el 8 de mayo de 1996, se ocupan de esos derechos y ofrecen un panorama de la considerable amplitud que puede alcanzar esta nueva vertiente jurídica. En primer término advierte que las lenguas vernáculas han sido históricamente desdeñadas y que el Estado constitucional debe adoptar medidas positivas para elevar el estatus y promover el uso de esas lenguas. El régimen jurídico de las lenguas es objeto de protección por parte del Estado nacional, de las provincias y de los municipios.

La posición constitucional sudafricana abre un nuevo horizonte para los derechos lingüísticos porque además de la tutela de las lenguas nativas, extiende garantías a las cultivadas por otras minorías culturales, como la alemana, la griega, la portuguesa, la árabe, la hebrea y la hindú. Más aún, ad-

mite que, dentro de las posibilidades del Estado, las minorías tienen derecho a recibir educación en las instituciones públicas, en la lengua de su elección. La misma Constitución establece, como organismo del Estado, a la Comisión para la Promoción y la Protección de los Derechos de las Comunidades Culturales, Religiosas y Lingüísticas.

En el caso de Mozambique la Constitución (artículos 9o., 10 y 125) contempla el lenguaje de señas y distingue entre la lengua oficial, el portugués, y las lenguas nacionales, definidas como patrimonio cultural y acerca de las cuales se decide que el Estado impulsará su desarrollo y su “utilización creciente”.

Otro ejemplo digno de encomio es el representado por la Ley de la Lengua Galesa. Esta norma fue adoptada en 1993 con objeto de promover y facilitar el uso del galés. La ley estableció que en los trámites administrativos y en las instancias jurisdiccionales, el inglés y el galés serían lenguas oficiales, sobre “bases de equidad”. Para aplicar la ley fue constituido un comité (*Welsh Language Board*) integrado por quince miembros que, además de adoptar las medidas administrativas que motivaron la ley, puede constituir fondos, provenientes de donaciones y fideicomisos, destinados a apoyar a la lengua galesa. Las acciones del Comité están dirigidas a la planificación de la enseñanza y difusión de la lengua, al adiestramiento de profesores, a la supervisión de los servicios públicos, en especial los de salud y educación, y a la relación con los medios de comunicación, por lo que respecta a la protección y promoción de la lengua. A lo largo de los años de actividad, la inicial actitud de reserva, incluso de escepticismo, ha dejado su lugar a un amplio reconocimiento por las tareas que el Comité ha realizado.

Finlandia representa un ejemplo de respeto por la diversidad lingüística. En el artículo 17 se declaran como lenguas oficiales el finlandés y el sueco, y otorga al pueblo sami el derecho de conservar su lengua. Alrededor de ocho mil samis, de los cien mil cansados, viven en Finlandia. El Estado les concede el derecho a utilizar su lengua en las gestiones que realicen ante la administración. Otro aspecto relevante de la Constitución finlandesa consiste en que también confiere derechos lingüísticos a los gitanos y, de manera indeterminada, a “otros grupos”. Se trata de un ejemplo de cosmopolitismo y, en especial, de respeto por la cultura. En otros Estados europeos los gitanos son hostilizados y forzados a emigrar.

En el orden internacional, además de la Declaración Universal sobre diversidad cultural, adoptada por la UNESCO en 2001, existen tres grandes áreas, África, América y Europa, donde diversos instrumentos internacionales hacen referencia a los derechos lingüísticos. Todos los acuerdos regiona-

les postulan el derecho de las comunidades a la preservación de sus lenguas originales.

IV. BALANCE Y PERSPECTIVAS EN MÉXICO

Entre las grandes excepciones en cuanto a la omisión de una lengua oficial figuran Estados Unidos y Gran Bretaña. La omisión de los derechos lingüísticos de las minorías es ostensible en ambos países, caracterizados por atraer corrientes migratorias de gran magnitud.

Aunque en el territorio insular británico se tienen registradas cinco grandes lenguas autóctonas además del inglés y más de una cincuentena de dialectos,⁵ el mayor número de idiomas hablados allí procede del extranjero. Sólo por lo que respecta a inmigrantes de ex colonias británicas y de miembros de la Comunidad se registran más de cuarenta lenguas.

En Estados Unidos no existe una definición constitucional en esta materia, porque de acuerdo con la Constitución incumbe a los estados determinar la lengua oficial local. Con ese fundamento en 27 estados se ha declarado al inglés como lengua oficial y el español también es lengua oficial en Nuevo México. En la actualidad, de las 140 variedades lingüísticas vernáculas que sobreviven en ese país, incluidas las de Alaska, más de 70 están por extinguirse.⁶

En el orden constitucional, en México, al igual que en Estados Unidos, la facultad de definir la lengua oficial incumbe a los Estados. El artículo 124 constitucional dispone: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. Ahora bien, si por razones jurídicas la federación no puede determinar de manera general cual es la lengua oficial, los Estados tampoco están en aptitud de definir el carácter nacional de una lengua. Por otra parte, esto contrasta con la práctica legislativa ya apuntada en la sección segunda, donde se muestra que existen numerosas disposiciones legales que definen el uso de las lenguas española y vernáculas, pero no declaran formalmente a ninguna de ellas como oficial o como nacional.

Nos encontramos en una situación conforme a la cual el problema sólo se puede resolver mediante una reforma constitucional que, al tiempo que defina la naturaleza nacional de las lenguas vernáculas, adopte la lengua oficial del Estado mexicano. Acto seguido los Estados podrían ampliar la lis-

⁵ Gordon, Raymond, Ed., *Ethnologue*, Dallas, SIL International, 2005, pp. 564 y ss.

⁶ *Ibidem*, pp. 297 y ss.

ta de lenguas oficiales en sus respectivas jurisdicciones e incluso en el ámbito municipal.

El Estado mexicano tiene una deuda con las comunidades originales que ha venido saldando en forma lenta y a veces incluso con retrocesos, como se dijo más arriba. La cultura nacional requiere una defensa eficaz del patrimonio lingüístico mexicano. Por muchas décadas la etnia y la lengua fueron un factor histórico de discriminación. El Estado mexicano ha respondido con gran tardanza a las exigencias de igualdad y equidad en el trato a los grupos étnicos y a las culturas nacionales, como lo prueba el hecho de que la proscripción de la discriminación por motivos étnicos y lingüísticos fue adoptada apenas en 2006, ¡casi dos siglos después de la Independencia y casi un siglo después de la Revolución!

La inclusión de las lenguas nacionales en la Constitución no resultaría completa sin que a la vez se definiera la lengua oficial. De ahí la conveniencia de adicionar la Constitución para que las lenguas que se hablan en México adquieran el estatuto jurídico que les corresponde.

Considero recomendable adicionar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer que la lengua española sea la oficial en la república, y que todas las lenguas indígenas sean declaradas lenguas nacionales.

Con tal motivo propongo agregar un párrafo al artículo 4o. constitucional, en tanto que ese precepto se refiere a la cultura, además de que, por diversas razones, ha adquirido un contenido muy variado. No resulta procedente incorporar la mencionada adición en el artículo 1o., porque concierne a la igualdad y a la no discriminación; ni en el 2o., porque alude en particular a los derechos indígenas; tampoco en el 3o. o en el 7o. El 3o. porque corresponde a la educación en todos sus niveles y el 7o. porque atiende a la libertad de expresión relacionada con el pensamiento pero no necesariamente con el uso de una lengua. Por lo mismo estimo que la definición de las lenguas oficial y nacionales resulta más acorde con el contenido del artículo 4o., en especial a partir de que este precepto fue adicionado el 30 de abril de 2009 para incorporar el derecho de acceso a la cultura.

En la medida en que las lenguas forman parte esencial de la cultura, el texto que propongo a continuación podría figurar enseguida del párrafo noveno introducido en 2009.

El texto que se sugiere adicionar es el siguiente:⁷

⁷ Una versión anterior fue discutida en una sesión plenaria de la Academia Mexicana de la Lengua. Agradezco las observaciones y sugerencias de mis colegas y amigos, que enriquecieron la propuesta original.

La lengua española es el idioma oficial en México. Las lenguas indígenas son lenguas nacionales y forman parte del patrimonio cultural de la nación, por lo que el Estado deberá promover su estudio, preservación, difusión y desarrollo. Las lenguas nacionales podrán ser declaradas oficiales en los lugares donde sean habladas, en los términos que fijen las leyes.

Los elementos que integran el proyecto son:

1. Se alude a “México”, en los mismos términos que lo hace el artículo 105, II, g), conforme a la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011. Hasta antes de esta reforma el nombre del país no figuraba en la Constitución.⁸

2. Se incluye el concepto de “patrimonio cultural de la nación” y se señala el deber del Estado —que la propia Constitución entiende como la Federación, los Estados, los municipios y el Distrito Federal— para promover su estudio, preservación, difusión y desarrollo. Se trataría, sin duda, del mayor compromiso institucional en esta materia en la historia del país.

3. Se abre la posibilidad de que en las entidades federativas, de acuerdo con el marco normativo de cada una, las lenguas vernáculas puedan adquirir el carácter de lenguas oficiales.

Es de especial importancia que se entienda que las lenguas vernáculas se verían protegidas más allá de lo que señala el artículo 2o. constitucional que ya fue mencionado más arriba. Además, las lenguas indígenas podrían adquirir el estatus de oficiales en las regiones donde cuenten con mayor implantación, con lo que tendrían ventajas de las que no disponen en la actualidad.

Algunas lenguas indígenas corren el riesgo de extinción por la desaparición física de sus hablantes, y las demás, incluso las de mayor presencia, van asimismo disminuyendo de manera progresiva en cuanto a su uso. Es sintomático que la población que se comunica en lenguas vernáculas vaya retrocediendo en términos relativos con relación al número de habitantes del país.

En 1900 la población era de 11.6 millones, de los cuales 1.8 millones, el 15%, hablaban lenguas indígenas. En 1980 la población fue de 57.5 millones y 5.2 millones, equivalentes al 9%, hablaban lenguas nacionales; en 2000 el censo arrojó un total de 97.5 millones de los cuales 6 hablaban lenguas nacionales, con lo que el porcentaje bajó al 6.15. Conforme al censo

⁸ Una reforma posterior, del 12 de octubre del mismo año, al artículo 73-XXIX.P también incluyó el nombre “México”.

de 2010 la población es de 112 millones, y sólo 6.7 millones, o sea el 6%, conservan sus lenguas originales.

De acuerdo con los datos anteriores, en 80 años (1900-1980) la población de hablantes bajó un 6%, equivalente a un ritmo del .75% por década, y en los siguientes 30 años esa disminución fue del 3%, correspondiente al 1.0% cada diez años, lo que indica que se está acelerando la pérdida de las lenguas originales.⁹

Por otra parte, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas elaboró un *Índice de Reemplazo Etnolingüístico 2000-2005* en el que demuestra que 34 grupos se encuentran en situación de extinción. De esos 34 grupos, 22 están en el caso de extinción acelerada, incluyendo el maya, el otomí y el mazahua, y 12 en proceso de extinción lenta, entre ellos el náhuatl.¹⁰

El porcentaje de hablantes de lenguas indígenas pasó del 11 en 1950 al 6% en 2010, aun cuando en números absolutos esa población creció de 2.5 a 6.7 millones de personas.¹¹ Un dato significativo acerca de la velocidad con la que se va perdiendo el uso de las lenguas nacionales consiste en que el grupo de edad de 5 a 14 años que las hablaba en 2000 correspondía al 26% mientras que en 2010 bajó al 22%. Una disminución de cuatro puntos porcentuales en una década, en el segmento de los niños y adolescentes, indica que las lenguas vernáculas se están abandonando en el espacio doméstico y no son practicadas en el ámbito escolar.¹²

Otro dato relevante consiste en que si bien el número absoluto de hablantes en el país aumentó de 6,011,202 en 2000 a 6,695,228 en 2010, en tres entidades disminuyó: Aguascalientes (de 2,713 a 2,436), Sinaloa (de 30,459 a 23,426) y Yucatán (de 538,355 a 537,516). En el caso de Aguascalientes no es indicativo, pero si denota que en Sinaloa se está perdiendo el mayo y que otro tanto sucede en Yucatán con el maya.¹³

Para la definición de las políticas lingüísticas en la Federación y en los Estados se deberá tomar en cuenta que el bilingüismo no afecta el uso de las lenguas nacionales. En 1960 el 63.5% de los hablantes de lenguas vernáculas

⁹ Cfr. Valdés, Luz Ma., *Los indios en los censos de población*, México, UNAM, 1995, pp. 67-68; e INEGI, censo 2010: <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/lindigena.aspx?tema=P#uno>; <http://www.indianskejazyky.cz/espanol/lenguas-indigenas/lenguas-en-mexico>.

¹⁰ Véase el apéndice 2, tomado del *Índice de Reemplazo Etnolingüístico 2000 - 2005*, en: http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=157&Itemid=65.

¹¹ Véase la muy útil investigación hecha por Judith de la Garza Valdez, *La situación demográfica de la población indígena en México de 2000 a 2010*, Facultad de Ciencias, UNAM, 2012, p. 18.

¹² *Ibidem*, p. 19.

¹³ *Ibidem*, pp. 22 y 24.

las eran bilingües; cincuenta años después ese porcentaje subió al 81.7,¹⁴ lo que indica que es posible mantener las lenguas nacionales incluso en condiciones de ampliación del uso del español.

La reforma constitucional que se propone tiene por objetivo precisar las obligaciones del Estado para preservar y desarrollar las lenguas nacionales. Esto implicaría la asignación de recursos para estimular el uso de esas lenguas en diversos frentes culturales: radiodifusión, artes escénicas (películas en lenguas indígenas, obras de teatro con temas indígenas), música, literatura e incluso artes plásticas, que si bien no están directamente relacionadas con el uso de las lenguas sí contribuyen a consolidar un entorno cultural que les resulta favorable. De esta manera se contribuirá a fortalecer la importante labor editorial que realiza el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas.

También es necesario un activo programa social que prestigie el uso de las lenguas indígenas, que incluya su enseñanza en las escuelas y su estudio en las universidades.¹⁵

No soy partidario de incorporar al texto constitucional todas las posibles acciones del Estado, pero México es un país con gran riqueza cultural que debe preservar y por ende resulta recomendable que lo relativo al patrimonio lingüístico encuentre soporte en la norma suprema para que la política del Estado no quede sujeta a las vicisitudes de los cambios administrativos ni a los cambiantes intereses personales de los funcionarios. La indiferencia del Estado ha erosionado el panorama de las lenguas vernáculas, pero todavía es tiempo de adoptar una solución que las rescate del olvido y las sitúe como una de las expresiones más auténticas de nuestra cultura.

APÉNDICE I

TEXTOS CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA REFERIDOS A LAS LENGUAS OFICIALES Y VERNÁCULAS

Bolivia

Artículo 5. I. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasuwe, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré,

¹⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹⁵ El Centro de Enseñanza de Lenguas Extranjeras de la Universidad Nacional Autónoma de México ya enseña, con éxito, el náhuatl.

mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

II. El Gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar al menos dos idiomas oficiales. Uno de ellos debe ser el castellano, y el otro se decidirá tomando en cuenta el uso, la conveniencia, las circunstancias, las necesidades y preferencias de la población en su totalidad o del territorio en cuestión. Los demás gobiernos autónomos deben utilizar los idiomas propios de su territorio, y uno de ellos debe ser el castellano.

Brasil

Artículo 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

Colombia

Artículo 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en la comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

Costa Rica

Artículo 76. El español es el idioma oficial de la Nación.

Cuba

Artículo 2o. El nombre del Estado cubano es República de Cuba, el idioma oficial es el español y su capital es la ciudad de La Habana.

Ecuador

Artículo 2o. La bandera, el escudo y el himno nacional, establecidos por la ley, son los símbolos de la patria. El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.

El Salvador

Artículo 62. El idioma oficial de El Salvador es el castellano. El gobierno está obligado a velar por su conservación y enseñanza.

Las lenguas autóctonas que se hablan en el territorio nacional forman parte del patrimonio cultural y serán objeto de preservación, difusión y respeto.

España

Artículo 3o.

1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.

2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.

3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.

Guatemala

Artículo 143. Idioma oficial. El idioma oficial de Guatemala es el español. Las lenguas vernáculas forman parte del patrimonio cultural de la Nación.

Honduras

Artículo 6. El idioma oficial de Honduras es el español. El Estado protegerá su pureza e incrementará su enseñanza.

Nicaragua

Artículo 11. El español es el idioma oficial del Estado. Las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también atenderán uso oficial en los casos que establezca la ley.

Panamá

Artículo 7. El español es el idioma oficial de la República.

Artículo 78. El Estado velará por la defensa, difusión y pureza del idioma español.

Paraguay

Artículo 140. De los idiomas. El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe.

Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro.

Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación.

Perú

Artículo 2. Toda persona tiene su derecho:

19 A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo Peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

Artículo 48. Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

República Dominicana

Artículo 29. Idioma oficial. El idioma oficial de la República Dominicana es el español.

Venezuela

Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad.

APÉNDICE 2¹⁶

ÍNDICE DE REEMPALZO ETNOLINGÜÍSTICO POR GRUPO, MÉXICO, 2005

<i>Grupo etnolingüístico</i>	<i>Población indígena</i>	<i>Lugar</i>	<i>Hablantes de lengua indígena</i>	<i>Índice de reemplazo etnolingüístico (IRE)</i>	<i>Grado reemplazo etnolingüístico</i>
Nacional indígena	9,854,301				
Maya	1,403,636	2	756,030	0.4114	Extinción acelerada
Otomí	526,876	5	239,061	0.3885	Extinción acelerada
Mazahua	283,005	10	111,578	0.2358	Extinción acelerada
Mayo	82,344	19	32,499	0.1151	Extinción acelerada
Chontal de Tabasco	62,637	20	32,800	0.3421	Extinción acelerada
Mame	21,435	32	7,279	0.2494	Extinción acelerada

¹⁶ Tomado de: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Índice de reemplazo etnolingüístico*, México, s.f.

LENGUA OFICIAL Y LENGUAS NACIONALES EN MÉXICO

533

Tepehua	14,168	34	8,251	0.4931	Extinción acelerada
Chontal de Oaxaca	9,008	37	3,678	0.1441	Extinción acelerada
Matlatzinca	2,228	42	1,135	0.2717	Extinción acelerada
Ocuilteco	1,954	43	843	0.4912	Extinción acelerada
Chocho	1,546	44	619	0.2287	Extinción acelerada
Jacalteco	1,068	47	392	0.1447	Extinción acelerada
Ixcateco	508	51	236	0.3557	Extinción acelerada
Quiché	497	52	211	0.1957	Extinción acelerada
Cakchiquel	491	53	148	0.1997	Extinción acelerada
Paipai	409	54	190	0.1260	Extinción acelerada
Motocintleco	376	55	108	0.3149	Extinción acelerada
Pápago	298	56	107	0.2539	Extinción acelerada
Ixil	183	59	64	0.3072	Extinción acelerada
Kiliwa	79	60	35	0.0000	Extinción acelerada
Chochimí	77	61	30	0.0000	Extinción acelerada
Aguacateco	55	62	23	0.0000	Extinción acelerada
Náhuatl	2,248,270	1	1,370,463	0.8124	Extinción lenta

Zapotecas	682,552	3	409,546	0.6643	Extinción lenta
Totonaca	377,901	8	230,185	0.7886	Extinción lenta
Purépecha	162,863	14	105,067	0.7684	Extinción lenta
Popoloca	26,189	28	16,123	0.8209	Extinción lenta
Yaqui	23,880	29	13,923	0.7813	Extinción lenta
Cuicateco	21,384	33	12,645	0.647	Extinción lenta
Prima	1,244	46	717	0.6520	Extinción lenta
Seri	781	49	589	0.7684	Extinción lenta
Kumiai	530	50	263	0.5627	Extinción lenta
Cucapá	259	57	108	0.5859	Extinción lenta
Kikapú	209	58	156	0.7802	Extinción lenta
Mixe	160,604	15	115,265	0.9073	Equilibrio
Chinantecas	187,652	13	124,977	0.9146	Equilibrio
Mazateco	293,762	9	206,181	0.9403	Equilibrio
Huave	22,208	31	15,856	0.655	Equilibrio
Lacandón	965	48	741	0.9806	Equilibrio
Popoloca	55,492	24	36,141	0.9966	Equilibrio
Zoque	85,357	18	53,586	1.0009	Equilibrio
Guarijío	2,340	41	1,641	1.0424	Equilibrio
Mixtecas	662,363	4	419,573	1.0694	Equilibrio
Huasteco	215,500	12	148,829	1.0729	Equilibrio

LENGUA OFICIAL Y LENGUAS NACIONALES EN MÉXICO

535

Kanjobal	12,038	36	8,439	1.1599	Extinción lenta
Tarahumara	107,919	17	73,963	1.1964	Extinción lenta
Chol	242,278	11	184,677	1.2024	Extinción lenta
Tojolabal	58,094	23	43,168	1.2057	Extinción lenta
Chuj	3,231	38	2,191	1.2206	Extinción lenta
Amuzgo	58,466	22	43,597	1.2727	Extinción lenta
Kekchí	1,529	45	1,054	1.2880	Extinción lenta
Triqui	32,842	27	23,792	1.3323	Extinción lenta
Tzotzil	429,964	7	329,091	1.3686	Extinción lenta
Pames	14,117	35	9,682	1.4126	Extinción lenta
Cichimeca jonaz	2,967	39	1,594	1.4479	Extinción lenta
Tsetzal	482,244	6	370,241	1.4562	Extinción lenta
Tepehuano	44,040	26	30,982	1.4568	Extinción lenta
Chatino	58,651	21	42,512	1.4673	Extinción lenta
Cora	23,091	30	16,811	1.5088	Extinción lenta
Tlapaneco	136,335	16	97,566	1.5237	Extinción lenta
Huicho	46,379	25	35,240	1.5421	Extinción lenta

Tacuate	2,534	40	1,826	1.6329	Extinción lenta
Otras lenguas indígenas de México	544		212		
Otras lenguas indígenas América	1,333		886		
No especificada	450,522		193,141		

SONIA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ
CURRICULUM VITAE

1. *Datos personales*

Nacida en Madrid, España, el 4 de diciembre de 1974.

Nacionalidad actual: Española.

Domicilio institucional: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primer piso norte; Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, C. P. 04510, Delegación Coyoacán, México D. F.

2. *Formación académica*

1993-1998 Universidad Complutense de Madrid, España

Licenciatura en derecho.

1998-1999 Universidad Complutense de Madrid, España

Realización de veintiún créditos en el curso de doctorado “Perspectivas metodológicas y temáticas en Derecho Internacional Privado y Derecho del Comercio Internacional”, en el Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, cinco de los créditos fueron obtenidos en el Departamento de Derecho Procesal de la mencionada facultad, curso dirigido por el Prof. Dr. Fernández Ballesteros; obteniendo en todos ellos la máxima calificación, sobresaliente.

1999-2000 Universidad Complutense de Madrid, España

Realización de diecinueve créditos en el curso de doctorado “Perspectivas metodológicas y temáticas en Derecho Internacional Privado y Derecho del Comercio Internacional”, en el Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, obteniendo en todos ellos la máxima calificación, sobresaliente.

1999 Universidad Complutense de Madrid, España

Inscripción de la tesis doctoral en la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid bajo el título: “El sistema de arreglo de controversias relativas a inversiones”.

2000 Universidad Complutense de Madrid, España

Obtención del título de suficiencia investigadora expedido por el Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

2004 Universidad de Salamanca, España

Doctora en derecho.

Tesis doctoral: “Sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones: Aspectos jurisdiccionales y competencias”.

Fecha de defensa de la tesis el 2 de julio de 2004. Tribunal presidido por el Prof. Dr. Alfonso Luis Calvo Caravaca, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Tesis dirigida por el Prof. Dr. Inocencio García Velasco, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca y el Prof. Dr. Diego P. Fernández Arroyo, Profesor titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Complutense de Madrid, España. Calificación: sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

3. Formación académica complementaria

1995-1996 Universidad Complutense de Madrid, España

Seminario de Derecho Administrativo I. Dirigido por el Prof. Dr. Álvaro Gil Robles y Gil Delgado.

1996 Universidad Complutense de Madrid, España

I Curso de Derecho y Periodismo. Realizado en colaboración con el diario ABC. Duración total de veinte horas lectivas.

1997 Universidad Complutense de Madrid, España

II Jornadas de Criminología. Organizado por la Asociación Cultural Universitaria Coalición de Delegados. Duración total de cuarenta horas lectivas.

1997 Universidad Complutense de Madrid, España

II Curso de Introducción a la Dirección de recursos humanos. Organizado por la Asociación Cultural Universitaria Coalición de Delegados. Duración total de diez horas lectivas.

1998 Universidad Complutense de Madrid, España

Curso de derecho y periodismo. Organizado por la Asociación Cultural Universitaria Coalición de Delegación. Duración total de diez horas lectivas.

1998 Universidad Complutense de Madrid, España

I Jornada Informativa sobre el EURO. Desarrolladas en la Universidad Complutense de Madrid en colaboración con la Subdirección General de Legislación y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda. Duración total de ocho horas lectivas.

1998 Universidad Complutense de Madrid, España

Seminario sobre la Internacionalización del Sector Eléctrico Español.

1999 Universidad de Donostia-San Sebastián, España

Curso de verano sobre el arbitraje comercial internacional. Cursos dirigidos por el Prof. Dr. Bernardo M. Cremades Sanz Pastor de la Cámara de Comercio Internacional. París, Francia y Prof. Dr. Juan José Álvarez Rubio de la facultad de Derecho de Donostia, San Sebastián, España.

2000 Universidad de Donostia- San Sebastián, España

Curso de verano sobre la administración del arbitraje comercial internacional por las Cortes Arbitrales. Dirigido por el Prof. Dr. Juan José Álvarez Rubio de la Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián, junto al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas de la Universidad Complutense de Madrid.

2000 Universidad Complutense de Madrid, España

Curso sobre Derecho del Mercosur. Dirigido por el Prof. Dr. Diego P. Fernández Arroyo-Jiménez. Duración del curso veinte horas.

2000 Palacio de la Paz, La Haya, Holanda

Curso General de Derecho Internacional Privado de La Haya. Dirigido por la Secretaría de La Academia de Derecho Internacional Privado. Curso llevado a cabo del 3 de julio al 21 de julio de 2000. Sede: Palacio de la Paz, La Haya, Holanda.

4. Distinciones académicas

1999- 2001 Ministerio de Educación y Cultura Español

Becaria del proyecto de investigación con referencia *Proyecto para la formación del personal investigador* PB 97-0260.

2004 Universidad de Salamanca, España

Premio extraordinario de tesis doctoral de la Universidad de Salamanca.

2005 Universidad Nacional Autónoma de México

Reconoce el estímulo del PAIPA en el nivel B.

Reconoce el estímulo del PEII.

2005 Universidad Iberoamericana

Premio al desempeño docente.

2009/2012 Universidad Nacional Autónoma de México

Reconoce el estímulo del PRIDE en el nivel D.

2006/2012 CONACYT

El Sistema Nacional de Investigadores reconoce el nivel I.

5. Actividad profesional actual

2005 /2012 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Investigadora titular B, definitiva, de tiempo completo en el área de Derecho internacional.

6. Diplomados y seminarios

2004 Universidad Iberoamericana de León, Guanajuato.

Profesora en el Diplomado la impartiendo la asignatura de “Sistemas alternativos de solución de controversias”, el 1 y 2 de octubre de 2004, con una duración de diez horas lectivas. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2005 Universidad Iberoamericana de León, Guanajuato

Profesora en el Diplomado impartiendo la asignatura de “Resolución de controversias”, el 8 y 9 de julio de 2005, con una duración de diez horas lectivas. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2005 Universidad Latina de América

Profesora en el Diplomado de Medios Alternativos en Resolución de Controversias, impartiendo “Introducción a los medios alternativos de solución de controversias”, los días 9 y 10 de septiembre de 2005, con una duración de diez horas.

2005 Instituto Tecnológico Autónomo de México

Seminario sobre protección internacional de menores, impartidos los días 31 de agosto y 2 de septiembre, con una duración de 6 horas.

2006 Universidad Iberoamericana, León, Guanajuato.

Profesora de la asignatura de Resolución de controversias en el Diplomado de contratos de la Universidad Iberoamericana de León (Guanajuato), los días 4 y 5 de agosto de 2006. Duración total de diez horas. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2007 Universidad de Sonora

Curso de capacitación para profesores de la Universidad de Sonora, impartido los días 10, 11 y 12 de diciembre de 2007, con una duración de 15 horas.

2008 Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

Curso titulado “La protección Internacional del Menor”, impartido el 7 y 8 de marzo de 2008 en Ciudad Juárez, Chihuahua, con una duración de 8 horas.

2008 Facultad de Derecho, UNAM

Curso de “Actualización de profesores de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público”, organizado por la Dra. María Elena Mansilla y Mejía, los días 5 y 6 de junio de 2008 con el curso “Competencia Judicial Civil Internacional”, con una duración de 4 horas.

2008 Universidad de Sonora

Impartición del curso taller “Solución de conflictos en materia de Derecho Internacional Privado en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones”, impartido los días 26 y 27 de junio de 2008.

2008 Universidad Autónoma de Baja California. Facultad de Derecho de Tijuana

Ponente en el Seminario de arbitraje internacional organizado conjuntamente con la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, impartido los días 10, 11 y 12 de diciembre de 2008, con una duración de 15 horas, Tijuana, Baja California.

2009 CAM-SE-TEC

Expositora en el Seminario sobre arbitraje de inversión organizado por el Centro de Arbitraje de México, SAI (consultores), la Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía y el TEC de Monterrey. El curso se tituló “Tratados Bilaterales de protección a la Inversión”, impartido el martes 27 de enero de 2009, con una duración de 4 horas.

2009 Escuela Judicial del Estado de México

Curso de oralidad en materia de familia desarrollado en siete sesiones de cuatro horas de duración cada una los días 16, 21, 23 de abril, 7, 12, 14, y 19 de mayo de 2009. Las materias impartidas son: la oralidad en los procedimientos especiales y no contenciosos en materia familiar y del estado civil de las personas en el Estado de México (16 horas) y medios alternativos de resolución de controversias (12 horas).

2009 Escuela Judicial del Estado de México

Curso de oralidad en materia de familia desarrollado en tres sesiones de cuatro horas cada una, los días martes 11 y miércoles 12 de agosto de 2009. La materia impartida es “la reforma judicial en materia familiar” y “aspectos procesales”, con una duración de once horas.

2009 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Curso sobre la Convención Belém Do Pará en el marco del VIII Diplomado sobre violencia familiar y derechos humanos, en el IJJ, con una duración de 3 horas el día viernes 21 de agosto de 2009.

2009 Universidad Iberoamericana, León, Guanajuato

Profesora en la Universidad de León, Gto., impartiendo el módulo de Derecho Internacional Privado en el Diplomado de actualización para notarios. Curso impartido los días 25-26 de septiembre y 2-3 de octubre de 2009.

2009 Instituto de Investigaciones Jurídicas

Curso titulado “Marco normativo convencional y autónomo en México en materia de restitución internacional”, impartido el día 27 de octubre de 2009 con una duración de 4 horas en el marco del I Diplomado sobre protección internacional de niños, niñas y adolescentes.

2010 Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

Participación en el XIX Congreso Internacional de la UIBA celebrada en la Ciudad de México los días 20 al 24 de abril de 2010.

2010 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Curso de Diplomado en el IX Diplomado sobre violencia familiar y derechos humanos celebrado el 31 de mayo de 2010 en el IJJ, con una duración de 3 horas con el tema “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem Do Pará).

2010 Diplomado “Hacia una Cultura de Igualdad en la Impartición de Justicia”

Impartidos los días 22 y 23 de octubre de 2010 en Ciudad Victoria, Tamaulipas, Módulo 7 titulado “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”. Con una duración de 10 horas.

2010 Diplomado “Hacia una Cultura de Igualdad en la Impartición de Justicia”

Impartidos los días 8, 9, 10, 11, 12 de noviembre de 2010 en el Distrito Federal, Módulo 7 titulado “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”. Con una duración de 15 horas.

2010 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Curso en el II Diplomado sobre protección internacional de niños, niñas y adolescentes, titulado “Marco normativo convencional y autónomo en México en materia de sustracción internacional de menores”, celebrado en el IIJ el 27 de mayo de 2010, con una duración de 4 horas.

2010 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Curso en el II Diplomado sobre Protección internacional de niños, niñas y adolescentes, titulado “Marco teórico conceptual de protección a los niños, niñas y adolescentes”, con una duración de 2 horas, celebrado el 25 de marzo de 2010.

2010 Facultad de Derecho, UNAM

Ponente en el “Curso anual de actualización de profesores de derecho internacional privado y derecho internacional público”, celebrado el jueves 3 de junio de 2010 en las instalaciones de la Facultad de Derecho, con una duración de 2 horas.

2010 Servicios Médicos Generales

Participación como ponente en el Diplomado sobre violencia de género en el sector de los servicios médicos generales, con dos sesiones: la primera con violencia contra las mujeres el miércoles 9 de junio de 4 a 8 de la tarde y la segunda con violencia contra los menores el miércoles 16 de junio de 4 a 8 de la tarde.

2010 Diplomado Hacia una Cultura de Igualdad en la Impartición de Justicia

Profesora en el Diplomado impartido para el Consejo de la Judicatura los días 8, 9, 10, 11 y 12 de noviembre de 2010 en la sede alterna del Consejo ubicada en Insurgentes 2065, con una duración de 15 horas, impartiendo el módulo “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”.

2011 El gobierno del estado de Hidalgo a través de la Coordinación General Jurídica y el Sistema DIF Hidalgo

Profesora en el Curso-taller titulado “Sustracción internacional de menores” celebrada el día 1o. de febrero de 2011 con una duración de 5 horas de trabajo académico.

2011 Poder Judicial del Estado de Quintana Roo

Profesora de la materia “Juicios predominantemente orales en materia familiar”, impartidos en Cancún, los días 15-16, 29 y 30 de abril del 2011. Con una duración de 20 horas.

2011 Curso de Sistemas Alternativos de Solución de Controversias, Arbitraje en Materia de Inversiones

Curso titulado “Evaluación y retos” impartido el día 5 de mayo de 2011 en la sede del TEC campus Santa Fe; curso del Diplomado sobre derecho de protección de las inversiones y mecanismos de solución de controversias inversionista-estado, organizado por el CAM-SAI-TEC (ITESM). Con una duración de 3 horas.

2011 Diplomado en Derecho de Familia, Acapulco, Guerrero

Diplomado en derecho en familia al Poder Judicial del Estado de Guerrero, celebrado los días 13 y 14 de mayo de 2011, Acapulco, Guerrero, México, duración de 10 horas.

2011 Servicios Médicos Generales

Participación como ponente en el Diplomado sobre violencia de género en el sector de los servicios médicos generales, con dos sesiones: la primera con violencia contra las mujeres el miércoles 25 de mayo de 4 a 8 de la tarde y la segunda con violencia contra los menores el miércoles 8 de junio de 4 a 8 de la tarde.

2011 Poder Judicial del Estado de Guerrero

Participación como ponente en el Diplomado en derecho de familia, con el módulo de protección internacional de los menores. Impartido en Iguala, Guerrero, los días viernes 14 y sábado 15 de octubre de 2011, con una duración de diez horas presenciales.

2011 Poder Judicial del Estado de Guanajuato

Participación como ponente en el Curso titulado “Nuevas tendencias de Derecho de familia”. Impartido en Guanajuato, Guanajuato, los días 21 y 22 de octubre de 2011. Curso con una duración de 10 horas.

7. Actividad docente: licenciatura

1999 Universidad Complutense de Madrid, España

Realización de suplencias docentes como becaria en quinto curso de licenciatura de derecho en la Universidad Complutense de Madrid, impartiendo la asignatura de Derecho Internacional Privado.

2000 Centro Universitario de México (CUM)

Profesora de asignatura en el Centro Universitario de México (CUM), impartiendo la asignatura de Derecho Internacional Privado.

2002 Universidad Anáhuac del Sur

Profesora de asignatura en la Universidad Anáhuac del Sur, impartiendo la asignatura de Derecho de los Tratados.

2004-2005 Universidad Iberoamericana (Ciudad de México)

Profesora de asignatura en la Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México. En concreto los semestres enero-junio de 2004, mayo-julio de 2004, agosto-diciembre de 2004, enero-agosto de 2005 y agosto-diciembre de 2005 en la Universidad Iberoamericana, impartiendo la clínica de sistemas alternativos de resolución de controversias.

2007 Instituto Tecnológico de Monterrey

Profesora en la asignatura de Derecho Internacional Privado en el semestre agosto diciembre de 2007.

2001-2011 Instituto Tecnológico Autónomo de México

Profesora de asignatura en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). En concreto los semestres agosto-diciembre de 2001 hasta el semestre enero-agosto de 2003 y en el semestre agosto-diciembre de 2004, enero-agosto de 2005, agosto-diciembre de 2005, enero-agosto 2006, agosto-diciembre 2006, enero-agosto 2007, agosto-diciembre de 2007; enero-mayo de 2008, agosto-diciembre de 2008, enero-agosto 2009, enero-agosto de 2010, enero-julio 2011 impartiendo la asignatura de Derecho Internacional Privado.

2005-2012 Facultad de Derecho, UNAM

Profesora de la asignatura Derecho Internacional Privado en el semestre agosto-diciembre de 2005, agosto-diciembre de 2006; agosto diciembre 2007, agosto-diciembre de 2008, agosto-diciembre de 2009, enero-julio de 2010, febrero-junio 2011, agosto-diciembre 2011 y enero-mayo 2012.

8. Actividad docente: posgrado

1998 Universidad Complutense de Madrid, España

Participación como profesora en el marco del Master de Derecho Comunitario organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

2002 Universidad Iberoamericana de León, Guanajuato

Profesora en la Maestría impartida los días 9,10, 16, 17, 23 y 24 de Agosto de 2002, con una duración total de 30 horas, impartiendo la asignatura de Metodología de la Investigación Jurídica. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2002 Universidad Iberoamericana de León, Guanajuato

Profesora de la Maestría en derecho constitucional y amparo, de la asignatura de “Investigación” con una duración de 30 horas durante el semestre de otoño de 2002. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2002 Universidad Veracruzana

Participación en la Maestría impartiendo el curso de “Tendencias actuales de la globalización y de la integración regional”, los días 13, 14, 20 y 21 de septiembre de 2002, con una duración de 18 horas.

2002 Universidad Cristóbal Colón de Veracruz

Profesora en la Maestría de Derecho Constitucional y Amparo de la impartiendo la materia de “Régimen Jurídico del Comercio Exterior”, en marzo de 2002, con una duración total de 30 horas respectivamente. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2003 Universidad Cristóbal Colón de Veracruz

Profesora en la Maestría de Derecho Privado, impartiendo la materia de “Régimen Jurídico del Comercio Exterior”, en febrero de 2003, con una duración total de 15 horas. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2003 Universidad Anáhuac del Sur

Profesora en la Maestría impartiendo la asignatura de “Metodología de la investigación jurídica”, los días 17, 18, 24 y 25 de enero de 2003.

2003 Universidad Anáhuac del Sur

Profesora en la Maestría en Derecho, impartida en Cuernavaca, Morelos, impartiendo la asignatura de “Técnicas de Investigación Jurídica”, durante el cuatrimestre enero-junio del 2003.

2003 Universidad Anáhuac del Sur

Profesora en la Maestría en Derecho, impartida en Cuernavaca, Morelos, impartiendo la asignatura de “Técnicas de Investigación Jurídica”, durante el cuatrimestre agosto-diciembre del 2003.

2003 Universidad Anáhuac del Sur

Profesora en la Maestría en Derecho impartiendo la asignatura de “Técnicas de Investigación Jurídica” desde enero de 2003 a octubre de 2004.

2003 Universidad Iberoamericana de León, Guanajuato

Participación como profesora en la Maestría en derecho constitucional y amparo, impartiendo la materia de “Investigación”, durante el semestre agosto-diciembre 2003 con una duración de 30 horas. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2003 Universidad Iberoamericana de Puebla

Profesora en la Maestría de Derecho impartiendo la asignatura de Metodología de la investigación jurídica, con una duración de treinta horas, en noviembre de 2003. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2004 Universidad Anáhuac del Sur

Profesora en la Maestría en Derecho, impartiendo la asignatura de “Metodología de la Investigación Jurídica”, durante el periodo noviembre-diciembre del 2004, con una duración de 30 horas.

2006 Universidad Latina de América

Profesora en la Maestría de Derecho impartiendo la asignatura de Solución de controversias, los días 10 y 11 de noviembre de 2006.

2008 Universidad Cristóbal Colón

Profesora en la Maestría de Derecho Privado impartiendo la asignatura “Régimen Internacional de las Instituciones de Derecho Privado”, los días 8, 9, 15, 16, 22 y 23 de febrero de 2008. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2001/2009 Posgrado en Derecho, UNAM

Profesora de la Especialidad en la asignatura en la unidad de posgrado de la UNAM, impartiendo la asignatura de Derecho Competencial. En concreto de los semestres agosto-diciembre de 2001, enero-agosto de 2003 y agosto-diciembre de 2004, febrero- mayo 2006, agosto-diciembre 2007 y febrero-julio 2009.

2007 Instituto Tecnológico de Monterrey, Posgrado

Profesora de la Maestría en el módulo de Protección internacional de menores en el Instituto Tecnológico de Monterrey en el semestre enero-agosto de 2007 y agosto-diciembre de 2007, con una duración de tres horas semanales.

2004-2012 Universidad Iberoamericana (Ciudad de México)

Profesora en la Maestría de negocios internacionales de la Universidad Iberoamericana de Ciudad de México. En concreto en los semestres enero-junio de 2004, mayo-julio de 2004, agosto-diciembre de 2004, enero-agosto de 2005, agosto- diciembre de 2005, enero-agosto de 2006, agosto-diciembre de 2008, enero-agosto 2009, agosto-diciembre de 2009, enero-julio de 2010, agosto-diciembre de 2010, enero-julio 2011, mayo-agosto de 2011, agosto-diciembre de 2011, enero-mayo de 2012, impartiendo la asignatura de metodología de la investigación.

2005/2006/2008 Universidad Iberoamericana (Ciudad de México)

Profesora de la materia sistemas alternativos de resolución de controversias en la Maestría de negocios internacionales en el curso mayo-julio 2005; junio-agosto de 2006 y mayo-julio de 2008, con una duración de diez horas lectivas a la semana.

2008 Universidad Iberoamericana (Saltillo/COAH.)

Profesora de la Maestría de Derecho Corporativo Internacional, impartiendo la asignatura de Derecho Competencial, los días 5 y 6, 19 y 20 y 26 y 27 de septiembre de 2008.

2009 Universidad Cristóbal Colón, Veracruz

Profesora en la Maestría de Derecho Privado impartiendo la asignatura “Régimen Internacional de las Instituciones de Derecho Privado”, los días 6 y 7, 13 y 14, 27 y 28 de febrero de 2009, con una duración de 30 horas. En convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2009 Tribunal Superior de Justicia de Pachuca, Hidalgo

Profesora de DIPr. en la Maestría del TSJ de Pachuca los días 22 y 23, 29 y 30 de mayo y 26 y 27 de mayo de 2009, impartiendo la asignatura de Derecho Internacional Privado.

2009 Universidad Autónoma de Coahuila, Campus Torreón

Profesora en la Maestría de la Universidad Autónoma de Coahuila, Campus Torreón, impartiendo el curso “metodología de la investigación jurídica”, los días 16, 17 y 18 de octubre de 2009, con un total de 30 horas lectivas.

2009 Tribunal Superior de Justicia de Pachuca, Hidalgo

Profesora en el módulo de Sistemas alternos de resolución de controversias en la Maestría del TSJ de Pachuca, Hdgo, los días 30 y 31 de octubre, 6 y 7 de noviembre, con una duración de 20 horas.

2010 Universidad Cristóbal Colón, Veracruz

Profesora del módulo de Régimen internacional de las instituciones de derecho privado, los días 5 -6, 19-20, 26 y 27 de febrero de 2010 en la Maestría de Derecho Privado.

2010 Maestría en Derechos Humanos, Impartición de Justicia y Género

Profesora en el Seminario de Investigación en la Maestría en Derechos Humanos, impartición de justicia y género, los días 29 de septiembre, 1o. de octubre de 2009 y jueves 26 de agosto y martes 31 de agosto de 2010, en los tribunales colegiados del DF.

2010 Maestría en Derechos Humanos, Impartición de Justicia y Género

Taller “Convención Belém Do Pará” impartida a la Maestría del Comité de Derechos Humanos, Equidad de Género y Asuntos Internacionales. Dirección de Equidad de Género, impartido en Culiacán, Sinaloa, los días 13, 14, 20 y 21 de agosto de 2010.

2010 Maestría en Derechos Humanos, Impartición de Justicia y Género.

Taller “Convención Belém Do Pará” impartida a la Maestría Poder Judicial de la Federación en el Distrito Federal, los días 17, 19 y 24 de agosto de 2010.

2010 Maestría en Derechos Humanos, Impartición de Justicia y Género

Profesora en el Seminario de Investigación en la Maestría en Derechos Humanos, impartición de justicia y género, los días viernes 27 y sábado 28 de agosto de 2010 en Culiacán, Sinaloa.

2010 Universidad Cristóbal Colón, Veracruz

Curso de Doctorado en la Universidad Cristóbal Colón de Veracruz, con la materia “Teoría General de los Derechos Fundamentales”, impartida los días sábados 4, 11 y 18 de septiembre de 2010.

2010 Maestría en Derechos Humanos, Impartición de Justicia y Género, Ciudad Juárez.

Tutorías en el marco de las Maestrías de Ciudad Juárez el día 25 y 26 de septiembre de 2010.

2010 Maestría en Derecho Privado, León, Guanajuato

Impartición de la asignatura Derecho Internacional Privado en León, Guanajuato, los días 8,9 y 15,16 de octubre de 2010.

2010 Escuela Judicial del Estado de México

Profesor en el Doctorado de la Escuela Judicial del Estado de México, inicio el 21 de octubre de 2010, impartiendo la clase de metodología de la investigación jurídica. Con una duración de dos horas diarias.

2011 Universidad Cristóbal Colón, Veracruz

Profesora en la asignatura de “Régimen internacional de las Instituciones de Derecho Privado”, en la Maestría de Derecho Privado, los días 11, 12, 18, 19 y 25, 26 de febrero de 2011 con una duración de 30 horas.

2011 Universidad Quetzalcóatl, Irapuato, Guanajuato

Impartición de clases en la Maestría de la UQI los días sábado 21 de mayo, 4 de junio y 11 de junio de 2011 con una duración de 9 a 4 cada sesión.

2011 Universidad Cristóbal Colón, Veracruz

Impartiendo la asignatura de Derechos Humanos en el doctorado en derecho, los días 3, 10 y 24 de septiembre de 2011.

2011 Universidad Cristóbal Colón, Veracruz

Impartiendo la asignatura “Régimen internacional de las Instituciones de Derecho Privado”, en la Maestría de Derecho Privado, los días 28, 29, 4, 5, 11, 12 de noviembre de 2011 con una duración de 40 horas.

2011 CEDEJUS, Zacatecas

Curso de competencia judicial civil internacional impartido en Zacatecas en el CEDEJUS, en la Maestría de Derecho Constitucional, los días 9 y 10 de diciembre de 2011, con una duración de 10 horas.

2012 Poder Judicial de Hidalgo

Maestra en el módulo de seminario de la investigación jurídica impartido en la Maestría de derecho civil y procesal civil en convenio con Jurídicas. Duración de 16 horas, los días 17, 19, 24 y 26 de enero de 2012.

9. Líneas de investigación

Sistemas alternativos de resolución de controversias.

Sistemas de resolución en materia de inversiones: el CIADI.

Derecho internacional privado: competencia, derecho aplicable.

Protección internacional del menor: obligaciones alimentarias, restitución internacional, tráfico internacional y trata de menores.

10. Difusión y divulgación científica

Conferencias

2002 Instituto de Investigaciones Jurídicas de Guadalajara, Jalisco

Participación en el curso-taller “La formación jurídica del comunicador”, impartido a colaboradores del Diario “El Informador”, dentro del módulo “Introducción al Estudio del Derecho”, con el tema: “Tratados Internacionales: su impacto en el ámbito jurídico”.

2005 Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM

Conferencia sobre “Protección internacional de menores: secuestro internacional de menores” en el seminario Taller internacional de “familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada”, conferencia impartida el viernes 1o. de julio de 2005.

2005 Asociación de Abogados Litigantes de México A. C.

Conferencia sobre Regulación internacional de la obligación de alimentos. Impartida el día 1o. de septiembre de 2005.

2005 Asociación de Abogados Litigantes de México A. C.

Conferencia sobre Restitución internacional de menores. Impartida el 22 de septiembre de 2005.

2005 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Presentación de la ponencia titulada: La protección internacional de los menores en el foro de codificación de la CIDIP: Alimentos, adopción, restitución y tráfico internacional, celebrada en México, presentada el 24 de noviembre de 2005.

2005 Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España

“La metodología docente e investigadora en la Universidad: Un análisis comparado entre Europa y América”, impartida el 22 de noviembre de 2005.

2006 Asociación de Abogados Litigantes de México A. C.

Conferencia sobre arbitraje comercial internacional. Impartida el día 11 de mayo de 2006.

2006 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Conferencia titulada “El arbitraje en inversiones en Latinoamérica: los casos de Argentina y México” celebrada el 22 de junio de 2006 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2006 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Conferencia titulada “Las declaraciones interpretativas de las convenciones interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción”, celebrada el 27 de junio de 2006 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

2006 Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España

Conferencia titulada “Las declaraciones interpretativas de las Convenciones Interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción”, impartida el 10 de julio de 2006.

2006 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Conferencia titulada “Cuatro figuras afines en relación al menor: restitución internacional de menores, tráfico ilícito de migrantes, trata de personas y tráfico internacional de menores”, impartida en el marco del congreso nacional de los derechos de los niños y estado de derecho. Impartida el día 28 de septiembre de 2006.

2006 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Conferencia titulada “Los casos de Argentina, México y Ecuador en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones”,

impartida el 24 de octubre de 2006 en el marco del Seminario de Otoño de Derecho Internacional dedicado a la obra y trayectoria del Dr. Rodolfo Cruz Miramontes.

2006 Universidad de Occidente, Culiacán, Sinaloa

Conferencia titulada “El tráfico internacional de menores”, impartida el viernes 17 de noviembre de 2006 en la Universidad de Occidente, Culiacán, Sinaloa.

2007 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Participación como ponente en el Seminario de Primavera de Derecho Internacional el 8 de mayo de 2007.

2007 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Participación como ponente en el VI Diplomado sobre Violencia Familiar y Derechos Humanos, impartida el 25 de junio de 2007 con el título: “Sustracción y tráfico Internacional de menores de edad”, de 5 a 8 de la tarde.

2007 Jornadas de Protección al Consumidor

Participación como conferencista en las Jornadas sobre protección de los Consumidores en América, celebradas en Paraguay, Asunción, los días 5 y 6 de octubre de 2007.

2007 Jornadas Hospital Pediátrico de Sinaloa

XXVII Jornadas pediátricas conmemorativas del Hospital Pediátrico de Sinaloa. Conferencia “El robo infantil”, 20 de octubre de 2007, Culiacán, Sinaloa.

2008 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Conferencia titulada “El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica. Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia”, dada en el IIJ-UNAM, el 1 de febrero de 2008 en el marco del seminario “Contratación y arbitraje internacionales” coordinado por los Drs. Adame Goddard, González Martín y Méndez-Silva.

2008 Casa de la Cultura Jurídica de Querétaro

Conferencia de cuatro horas titulada: La protección internacional de los menores, impartida el sábado 15 de marzo de 2008 en la Casa de la Cultura Jurídica de Querétaro.

2008 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Presentación de las ponencias “La necesidad de ratificar el Convenio de Washington de 1965” y “Tendencias más recientes en los países latinoame-

icanos”, presentada el 20 de junio de 2008 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

2008 Videoconferencia con la Universidad Francisco de Gavía, El Salvador

Realizada el 22 de septiembre de 2008, de 6 a 8, de la tarde en el Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México con el título “Latinoamérica ante el CIADI”.

2008 Secretaría de Relaciones Exteriores- Instituto Matías Romero

Presentación de la ponencia titulada “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño y la protección en el sistema interamericano”, impartida el 14 de octubre de 2008.

2008 Instituto Tecnológico Autónomo de México

Presentación de la ponencia “Alternativas para la solución de controversias comerciales internacionales: CIADI”, el 17 de octubre de 2008, ITAM, México.

2008 Universidad Autónoma de Sinaloa

Presentación de la ponencia “Negociación y conflicto internacional”, 21 de octubre de 2008, Culiacán, Sinaloa, Facultad de Contaduría y Administración.

2008 Congress University y el Instituto Mexiquense del Juicio Oral

Participación en el 4 Congreso de Derecho como ponente impartiendo la conferencia de “Sistemas alternativos de resolución de controversias”, el día 31 de octubre de 2008 en Acapulco, Guerrero, México.

2009 Casa de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos, Coatzacoalcos, Veracruz

Presentación de la conferencia “La familia en el Derecho Internacional” impartida el 19 de marzo de 2009, Coatzacoalcos, Veracruz.

2009 Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal

Conferencia sobre “Consideraciones en torno a la mediación y el arbitraje”, impartida el 25 de mayo de 2009, Distrito Federal.

2009 X Reunión Nacional de Jueces de Primera Instancia

Conferencia “Marco jurídico internacional de protección a las niñas, niños y adolescentes”, impartida el 11 de junio de 2009 en Acapulco, Guerrero.

2009 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Conferencia titulada “Impacto social y económico de los arbitrajes de inversión en México” en el Foro de Arbitraje en Materia de Inversión. El arbitraje en materia de inversión en un mundo cambiante, impartida el 3 de septiembre de 2009 en el IIJ.

2009 VIII Diplomado sobre Violencia Familiar y Derechos Humanos

Conferencia sobre Maltrato infantil desarrollada en el IIJ el 4 de septiembre de 2009 en el marco del VIII Diplomado.

2009 I Diplomado sobre Protección Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes

Conferencia titulada “Marco normativo general de la protección internacional de los menores”, impartida en el IIJ-UNAM, el 22 de septiembre de 2009.

2009 Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México

Conferencia titulada “Adopción Internacional”, impartida en el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados el 23 de septiembre de 2009.

2009 Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

Conferencia titulada “La eficacia extraterritorial de las sentencias mexicanas en materia de alimentos”, impartida el 29 de septiembre de 2009 dentro del XIX ciclo de conferencias de actualización judicial 2009.

2009 Casa de la Cultura de la SCJN de Hermosillo, Sonora

Conferencia titulada “La trata y tráfico de personas”, conferencia impartida el 7 de octubre de 2009, en la Casa de la Cultura de Hermosillo, Sonora.

2009 III Jornadas ASADIP

“El derecho de los negocios internacional en un tiempo de cambios”, 12 de noviembre de 2009; Isla Margarita, Venezuela.

2009 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Conferencia titulada “La sustracción internacional de menores y la imposición de un nuevo entorno familiar”, celebrada en el marco del Congreso internacional de “Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño” en la mesa titulada “Entorno familiar y otro tipo de tutela”, celebrada el 23 de noviembre de 2009.

2009 Consejo de la Judicatura

Conferencia titulada “La Convención Belem Do Pará y la erradicación de la violencia contra las mujeres”, impartida en Monterrey el 27 de noviembre de 2009.

2009 Comité de Equidad y Género del Consejo de la Judicatura Federal

Conferencia titulada “Violencia contra la mujer y los derechos humanos”, impartida el 2 de diciembre de 2009 en el Poder Judicial de la Federación.

2010 Consejo de la Judicatura, Morelia, Michoacan

Conferencia titulada “Trata y tráfico internacional de personas”, impartida el 23 de febrero de 2010.

2010 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Participación como ponente en el Seminario Permanente sobre “Promoción y protección de los derechos de la infancia”, ponencia titulada “Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes”, celebrado el 29 de abril en el IIJ, UNAM.

2010 III Congreso Internacional de Derecho

Participación como ponente en el III Congreso Internacional de Derecho con la ponencia “Protección internacional de menores”, celebrada el 8 de mayo de 2010 en Acapulco, Guerrero, organizada por el Corporativo de Investigaciones Universitarias A. C. y el Instituto Mexicano del Amparo.

2010 Consejo de la Judicatura

Participación como ponente en el Consejo de la Judicatura, en Xalapa, Veracruz, el 13 de mayo de 2010 con el tema “La trata y el tráfico de personas y su regulación en los Tratados internacionales”.

2010 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Participación como ponente en el evento del Foro de Arbitraje en Materia de Inversiones (FAMI III) con la ponencia “Procedimiento arbitral del CIADI”, celebrado el 2 de septiembre de 2010 en el IIJ-UNAM.

2011 Universidad Veracruzana, Facultad de Derecho

Panelista en el Coloquio Por una cultura de los derechos humanos, vulnerables somos todos, realizado en la Ciudad de Xalapa, Veracruz, el 9 de febrero de 2011, con una duración de 4 horas.

2011 Conferencia en Ixtapa, Zihuatanejo en el marco del IV Congreso Internacional de Derecho

Con la conferencia titulada “Sustracción internacional de menores”, impartida el 6 de mayo en Ixtapa Zihuatanejo, con una duración de hora y media.

2011 Conferencia en el Foro Nacional de Protección Institucional Infantil

Organizado por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Guanajuato, celebrado el 7 de octubre de 2011 con la ponencia titulada “Interpretación del interés superior del menor”.

2011 Conferencia en Costa Rica en el marco de la ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional)

Conferencia titulada “Los casos “mexicanos” de sustracción internacional de menores”; conferencia dada en el marco de las jornadas anuales de la ASADIP titulada “El derecho internacional privado en los procesos de integración regional”, Costa Rica, 2011, 25 de noviembre de 2011, en la Universidad Latina.

2011 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Conferencia dada en el marco del Seminario internacional titulado “Actualidad jurídica sobre la niñez” titulada “La sustracción internacional de menores desde la óptica penal e internacional privatista en México” dada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el 30 de noviembre de 2011; evento organizado por el IJ y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

2012 Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

Conferencia dada en el marco del I Congreso de estudiantes de Derecho, impartida el 25 de abril de 2012, titulada “La reciente constitucionalización de los derechos del niño, niña y adolescente”.

2012 Universidad Interamericana para el Desarrollo

Conferencia dada en el marco del I Congreso Jurídica de la Riviera Maya UNID, el 25 de mayo de 2012, titulada “Los menores y la constitucionalización de sus derechos”.

2012 Universidad de Antioquia, Colombia

Conferencia titulada “La trata de personas y el tráfico internacional de niños, niñas y adolescentes. Contexto mexicano”, impartida en el marco del Sexto Congreso Internacional de Derecho de Familia de la Universidad de Antioquia, del 13 al 15 de septiembre, en Medellín, Colombia.

Moderación en eventos académicos

- Moderación en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, celebrado el 28 de marzo de 2006 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Moderación en el II Seminario-Taller Internacional de Familia, Inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada, celebrado el día 22 de junio de 2006 en el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.
- Moderación en las Jornadas sobre arbitraje comercial internacional, celebrado el 27 de junio de 2006, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Moderación en el II Seminario-Taller Internacional de Familia, Inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada, celebrada el 7 de diciembre de 2006 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

- Moderación en el Seminario: Reforma hacendaria en la agenda de la reforma del Estado, organizado por la Dra. Gabriela Ríos el 22 de agosto de 2007.
- Moderación en el Seminario de Actualización Fiscal 2008 organizado por la Dra. Gabriela Ríos el 13 de febrero de 2008 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Moderación en el foro de arbitraje en materia de inversión, celebrado el 19 y 20 de junio de 2008 en el IIJ-UNAM.
- Moderación en el evento “Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México-China”, Coordinado por el Dr. Oropeza García y Liu Hua-wen, el día 30 de septiembre de 2008 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Moderación en el Congreso de Derecho tributario internacional, coordinado por la Dra. Gabriela Ríos Granados, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, el 18 de noviembre de 2008.
- Moderación en el Foro de Arbitraje en Materia de Inversión. El arbitraje en materia de inversión en un mundo cambiante, el 3 de septiembre de 2009.
- Moderación en la mesa redonda sobre maltrato infantil en el marco del VIII Diplomado sobre violencia familiar y derechos humanos, llevada en la sesión del 4 de septiembre de 2009 en el IIJ-UNAM.
- Moderación en la presentación del libro Comercio exterior y gestión aduanera en el siglo XXI, presentado el 5 de noviembre de 2009.
- Moderación en el evento del III Foro de Arbitraje en Materia de Inversión celebrado en el IIJ el 3 de septiembre de 2010.
- Moderación en el evento de presentación del libro Latinoamérica frente al espejo de su integración 1810-2010, coord. por el Dr. Oropeza García, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el 4 de mayo de 2011.

Organización de jornadas/eventos

- Organización de las Jornadas sobre Arbitraje comercial internacional, en colaboración con la Dra. Nuria González Martín, los días 22 y 27 de junio de 2006.
- Organización del Primer Foro de Arbitraje en materia de Inversiones, celebrado el 19 y 20 de junio de 2008 junto con el Dr. Herfried Wöss, en el IIJ-UNAM.

- Organización del Segundo foro de arbitraje en materia de inversiones el cual se llevará a cabo el 3 y 4 de septiembre del 2009 en las instalaciones del IIJ-UNAM junto con el Dr. Herfried Wöss.
- Organización del I Diplomado sobre protección internacional de niños, niñas y adolescentes el cual se desarrolló del 13 de agosto al 29 de noviembre de 2009 en las instalaciones del IIJ-UNAM. Diplomado coordinado junto con la Dra. Nuria González Martín.
- Organización del II Diplomado sobre protección internacional de niños, niñas y adolescentes el cual se desarrolló del 4 de febrero al 29 de junio del 2010 en las instalaciones del IIJ-UNAM. Diplomado Coordinado junto con la Dra. Nuria González Martín.
- Organización del III Foro de Arbitraje en Materia de Inversión (FAMI III), celebrados los días 2 y 3 de septiembre de 2010 en el IIJ.
- Organización del Foro de Arbitraje y el resarcimiento de daños y perjuicios, régimen mexicano y práctica internacional, celebrado el 2 de septiembre de 2011, IIJ-UNAM.
- Coordinación de la mesa redonda “Marco teórico conceptual: violencia contra niños, niñas y adolescentes”, celebrada en el IIJ-UNAM, el 22 de septiembre de 2011. En colaboración con la Dra. Nuria González Martín.
- Coordinación del evento vulnerabilidad y violencia contra niños, niñas y adolescentes: marco teórico conceptual. Celebrado el 26 de noviembre de 2012 en el IIJ-UNAM, México. Coordinado por las Dras. Ma. Montserrat Pérez Contreras, María Carmen Macías y Nuria González Martín. Dentro de la línea de investigación.

Participación en concursos universitarios

2003 Concurso “Victor Carlos García Moreno”

Participación como juez durante las rondas orales en la simulación del procedimiento ante la Corte Penal Internacional, en sus rondas orales, el 16 y 18 de junio de 2003.

2004 Concurso de Arbitraje del CAM

Coordinadora en la preparación del IV Concurso Interuniversitario de arbitraje Comercial en el equipo de la Universidad Iberoamericana.

11. *Otras actividades docentes*

1999/2012 Asociación de Profesores Española

Asistencia a las XVIII de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, celebradas en Cáceres, España, los días 23 a 25 de septiembre de 1999.

2003-2004 Coordinación de Licenciatura CIDE

Coordinadora de la licenciatura en derecho en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

2004-2012 Redactora de Revista Jurídica

Redactora de la revista *DeCIta, Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*, Zavalía, Argentina.

2005 Canal del Congreso

Participación en el programa de derecho constitucional para TV con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con el tema “La Constitución Mexicana y la comunidad internacional”. Dirigido por el Dr. Daniel A. Barceló Rojas.

2005/2012 Comité Editorial

Miembro del Comité Editorial de la *Revista Iberoamericana de Derechos Humanos*. Revista coordinada por el Dr. Alejandro Anaya Muñoz y el Dr. José Antonio Guevara Bermúdez.

2005/2012 Comité Editorial del Boletín Mexicano de Derecho Comparado

2010-2012 Consejo Editorial de la Revista de Derecho Económico Internacional, ITAM

2012 Comité Editorial de la Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional

2008 Examen Extraordinario en la Facultad de Derecho de la UNAM

2008 Examen Extraordinario ITAM

2010 Examen Extraordinario ITAM

011 Examen Extraordinario ITAM

2008 CONACYT. Reportes

1o. de julio integrante del comité evaluador de programas de posgrado PNP.

13 de octubre integrante del Comité evaluador de becas al extranjero.

18 de septiembre de 2009 integrante del Comité evaluador de modificaciones de beca en el extranjero para estudios de posgrado dentro del periodo otoño 2009.

Par evaluador en la convocatoria 2009 del Programa Nacional de Posgrados de Calidad PNPC.

Evaluador de las solicitudes de beca CONACYT al Extranjero el 11 de mayo de 2012, junio de 2012 y octubre de 2012 (primer, segundo y tercer periodo).

2007-2008-2012 ASADIP

Asistencia a la Primera Asamblea Anual de la Asociación Americana de Derecho Internacional, celebrada en Paraguay, Asunción el 5 y 6 de octubre de 2007.

Asistencia a la Segunda Asamblea Anual de la Asociación Americana de Derecho Internacional, celebrada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM el 11 y 12 de noviembre de 2008.

Asistencia a la tercera asamblea anual de la Asociación de Derecho Internacional, celebrada en Isla Margarita, Venezuela los días 12 a 16 de noviembre de 2009.

Asistencia a la Quinta Asamblea Anual de la Asociación de Derecho Internacional Privado, celebrada en Costa Rica, el 24 al 26 de noviembre de 2011.

2011-2012 Miembro del Comité de Tutorías de la Escuela Judicial del Estado de México A nivel Doctorado

2012 Proceso de Selección

Proceso de selección para el ingreso a la Maestría de Derecho civil, familiar y mercantil, proyectada por el Poder Judicial del Estado de Guerrero en convenio con el Instituto, celebrada en Acapulco el viernes 27 de enero de 2012.

12. Estancias de investigación en el extranjero

2000 Instituto TMC Asser, Holanda

Realización de una estancia de nueve semanas de duración en El Instituto T.M.C. Asser, en La Haya, Holanda, periodo que comprendió del 26 de junio de 2000 al 28 de agosto de 2000, realizando una labor investigadora enfocada a la tesis doctoral.

2001-2002 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Guadalajara

Investigadora de la Universidad de Guadalajara, adscrita al Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas, en la calidad de profesor investigador titular "A" huésped de agosto de 2001 a agosto de 2002.

2003 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Estancia investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), desde enero de 2002 a agosto de 2003.

2012 Universidad Carlos III de Madrid, España

Realización de una comisión de investigación de junio a septiembre de 2012 con el proyecto “Protección del menor ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

2012 Universidad Carlos III de Madrid, España

Realización de una estancia de investigación con motivo del año sabático de octubre de 2012 a octubre de 2013 con el proyecto “La protección del menor ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su construcción jurisprudencial”.

13. *Productos de investigación científica*

A. Libros de autoría propia

2006 El sistema arbitral del CIADI

Publicación del libro con Porrúa-Universidad Iberoamericana-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2006 La protección del menor en el derecho internacional privado mexicano

Publicación del libro con el UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

2009 Competencia judicial civil internacional

Publicado con UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

2009 La conexidad y la litispendencia internacional en el derecho internacional privado mexicano.

Publicado con el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.

2011 La sustracción de menores por sus propios padres. Su destipificación en México, México

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012

2012 La protección de los menores ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en proceso

2012 Competencia judicial civil internacional

Publicación de la segunda edición del libro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

B. *Libros en coautoría*

2009 *Derecho internacional privado. Parte general*

Coautoría con la Dra. Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

2009 *El interés superior del menor en el marco de la adopción internacional y del tráfico internacional de menores. Contexto mexicano.*

En coautoría con la Dra. Nuria González Martín, UNAM, México, 2011.

2011. *200 años de tratados internacionales en materia de derecho internacional privado mexicano.*

En coautoría con la Dra. Nuria González Martín, en prensa, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2012 *Compendio de legislación básica de derecho internacional privado mexicano*

En coautoría con la Dra. Nuria González Martín, Porrúa.

2012 *Compendio de legislación básica de arbitraje comercial internacional y arbitraje en materia de inversiones*

En coautoría con la Dra. Nuria González Martín, Porrúa.

2012 *Compendio de legislación básica en materia familiar internacional mexicana*

En coautoría con la Dra. Nuria González Martín, Porrúa.

C. *Coordinación de libros*

- Coordinación del libro de *Arbitraje comercial internacional, México*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007 en colaboración con la Dra. Nuria González Martín.
- Coordinación del libro *Arbitraje en materia de inversiones*, en colaboración con el Dr. Herfried Wöss, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- Coordinación del libro *Arbitraje en materia de inversiones. Memorias del Foro de Arbitraje en Materia de Inversiones* con el Dr. Herfried Wöss, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011
- Coordinación del libro *Foro de arbitraje en materia de inversiones: Tendencias y novedades* con el Dr. Herfried Wöss, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, , 2013.

D. *Capítulos de libros*2006 *Redacción del Capítulo I “Derecho Internacional Privado. Disposiciones Generales”*

En coautoría con la Dra. Nuria González Martín, en el libro *Lecciones de derecho internacional privado mexicano*, coordinado por la Dra. Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, , 2006, pp. 1-65.

2006 *Redacción del Capítulo IV “Competencia judicial internacional”*

Lecciones de derecho internacional privado mexicano, coordinado por la Dra. Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 139-219.

2007 *Capítulo VIII “Restitución Internacional de menores”*

Lecciones de derecho internacional privado mexicano, parte especial, Derecho Civil Internacional, coordinado por la Dra. Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 291-344.

2010 *Capítulo de libro “concepto de menor vs niños, niñas y adolescentes”*

En Macías, M. C. y Pérez Contreras, M. M., en el libro producto de la línea de investigación en coautoría con la Dra. Nuria González, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

2011 *Capítulo tercero. El principio del interés superior del menor.*

Capítulo tercero, titulado el principio del interés superior del menor, publicado en el libro coordinado por el Dr. Miguel Ángel Eraña Sánchez, titulado “los principios judiciales”, en prensa.

2011 *Capítulo de libro. “Marco teórico conceptual: tráfico internacional de menores, trata de personas y sustracción internacional de menores”.*

Capítulo de libro en coautoría con la Dra. Nuria González Martín, en dictamen, 2011.

E. *Presentación de libros*

- Presentación oral del libro “Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas), el día 16 de marzo de 2006, de autoría de la Dra. Nuria González Martín.
- Presentación escrita del libro *Arbitraje en materia de inversiones* en colaboración con el Dr. Herfried Wöss, 2008.
- Prólogo de libro *Análisis y propuestas de reforma del derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores* de Eillen Matus Calleros publicado en UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

- Presentación oral del libro *Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional. La Corte y los Derechos*, Porrúa-IMDPC, 2009, en el Palacio de Justicia del Estado de México el 11 de agosto de 2009.
- Presentación oral del libro *Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional. La Corte y los Derechos*, Porrúa-IMDPC, 2009, en el Estado de Campeche el 14 de agosto de 2009.
- Presentación del libro *Arbitraje en inversiones*, 23 de febrero de 2010, en la Universidad Iberoamericana, campus Santa Fe.
- Presentación del libro de Eileen Matus Calleros titulado *Derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores*, presentado el Casa Lamm el 4 de mayo de 2010.
- Prólogo al libro titulado *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: Organización, Funcionamiento y sus implicaciones en México y Latinoamérica*, escrito por Alejandro Montiel Velázquez y Luz Gabriela Aldana Ugarte.
- Presentación del libro “En interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano”. Impartido el 18 de noviembre de 2011 en el poder judicial del Estado de Chiapas, Tuxtla Gtz, 2011.
- Presentación del libro *El caso Cutting ¿extraterritorialidad de la ley?*, presentado en el Palacio de Minería, el 23 de febrero de 2012 a las 7 de la tarde con una duración de dos horas.

Artículos de autoría propia

- 1998 “Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998”, publicada en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, España, 1999, pp. 313-317.
- 1998 “Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998”, publicada en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, España, 1999.
- 2003 “El estado actual del derecho internacional privado mexicano desde la óptica española”, *Revista Jurídica Jalisciense*, México, año 12, núm. 1, 2003, pp. 175-200.
- 2004 “Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM”, México, 2005, con los términos “Apostilla”, “Árbitro y “Convenio arbitral” pp. 30-36; 39-45 y 190-195 respectivamente; coordinación a cargo de la Dra. Nuria González Martín.

- 2005 “México y el sistema arbitral del centro internacional de arreglo de diferencias en materia de inversiones (CIADI): el mecanismo complementario”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, pp. 107-139.
- 2005 “Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones como vía de acceso al CIADI”, *DeCita, inversiones extranjeras*, Argentina, Zavalía, 2005, pp. 119-149.
- 2005 “Cooperación juez-árbitro respecto a las medidas provisionales en el ámbito del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965”, *Tendencias actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, España, pp. 911-952.
- 2006 “La actual crisis del CIADI en la Argentina. Su posible declaración de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Lexis Nexis*, Argentina, año 39, 2006-A, pp. 379-407.
- 2006 “¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los tribunales arbitrales CIADI”, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Universidad Carlos III, 2006, pp. 573-596.
- 2006 “El arbitraje en inversiones en Latinoamérica: Los casos de Argentina y México”, en González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. (coord.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 237-271.
- 2006 “Eficacia extraterritorial de las sentencias mexicanas en materia de alimentos. Especial consideración a la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, pp. 281-313.
- 2006 “La protección internacional de los menores en el foro de codificación de la CIDIP: alimentos, adopción, restitución y tráfico internacional”, *Panorama internacional de Derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, t. II, 2006, pp. 659-681.
- 2008 “México y el CIADI ante un nuevo panorama latinoamericano”, *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 39, 2009, pp. 125-159.
- 2009 “La competencia judicial internacional. Dos aspectos para reflexionar”
— *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, núm. 251, pp. 313-350.

— Cuadernos de trabajo, Seminario de Derecho Internacional, Curso de actualización de profesores de derecho internacional privado, UNAM, Facultad de Derecho, pp. 107-142.

2010 “El sistema educativo legal en México y España”, *Más divergencia que convergencia*, Nuria González Martín y Andrés Rodríguez Benot (coord.), Sevilla, España, 2010.

2010 “La protección de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito interamericano”, *La América de los derechos*, Corzo Sosa, Edgar (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, en prensa.

2010 “La incoherencia jurídica y el impacto social del Capítulo XI del TLCAN EN México”, publicado en las memorias del III Foro de Arbitraje en materia de inversiones, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

2011 “El impacto penal de la sustracción internacional del menor por sus propios padres desde el derecho internacional privado. El caso mexicano a examen”, publicado en las memorias del congreso internacional celebrado en San José de Costa Rica, con motivo de las V jornadas de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, celebradas el 24 a 26 de noviembre de 2011, en Costa Rica, pp. 355-386.

2012 “El caso Karen Atala: la conjugación de la orientación sexual y el principio del interés superior del menor”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2012 “Aportaciones de los códigos procesales de familia, códigos de familia y ley para la familia al derecho internacional privado mexicano”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 42, en prensa.

Artículos en coautoría

2004 “Reseña jurisprudencial sobre inversiones”, *DeCita, Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades, Solución de Controversias*, Argentina, 2004, pp. 263-265. Realizada en colaboración con el Dr. Miguel Rábago Dorbecker, coordinador de la licenciatura en Derecho en la Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México.

- 2004 “Jurisprudencia del CIADI en materia de inversiones extranjeras”, *DeCita, Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades, Solución de Controversias*, Argentina, 2004, pp. 379-384. Realizada en colaboración con el Dr. Miguel Rábago Dorbecker, coordinador de la licenciatura en Derecho en la Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México.
- 2004 “Novedades legislativas sobre inversiones extranjeras latinoamérica/Europa”, *DeCita, Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades, Solución de Controversias*, Argentina, 2004, pp. 500-502. Realizada en colaboración con el Dr. Miguel Rábago Dorbecker, coordinador de la licenciatura en Derecho en la Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México.
- 2005 “Jurisprudencia del CIADI en materia de inversiones extranjeras”, *DeCita, Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades, Solución de Controversias*, Argentina, 2005, pp. 285-308. Realizada en colaboración con el Dr. Miguel Rábago Dorbecker, coordinador de la licenciatura en Derecho en la Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México.
- 2006 “El Derecho Procesal Civil Internacional y la Asistencia Judicial Internacional en las Convenciones de la CIDIP”, en coautoría con la Dra. Nuria González Martín, *Parmalat y otros casos de Derecho Internacional Privado*, España, Universidad Carlos III de Madrid, Colex, 2007, pp. 255-288.
- 2009 “*Derecho Internacional Privado. 200 años de tratados internacionales*”, contribución al libro del Dr. Sergio García Ramírez, *El derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, en coautoría con la Dra. Nuria González Martín, México, Porrúa-UNAM, pp. 63-122.

Memoria de congresos

- 2006 “Protección internacional del menor en México: un vistazo a las figuras jurídicas de la sustracción y del tráfico”, *Familia, Inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*, Nuria González (coord.), México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 133-168.
- 2006 “Las declaraciones interpretativas de las Convenciones Interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción”, *Memorias del II Seminario Taller Internacional de Familia, inmigración y multiculturalidad:*

una perspectiva jurídica comparada, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, Coordinado por Dra. Nuria González Martín y Dr. Andrés Rodríguez Benot, pp. 123-154.

2008 “El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica. Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia”, en Méndez-Silva, *Memorias organizadas en el marco del seminario “contratación y arbitraje internacionales”*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 423-485.

2008 “El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una actualización”, *Arbitraje en materia de inversiones*, publicado en coordinación conjuntamente con el Dr. Hefried Wöss, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 190-276.

2011 “Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, *Memoria del Congreso de protección a la infancia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 29 y 30 de noviembre, en prensa.

2012 “Vulnerabilidad, trata, tráfico y otras formas de esclavitud análoga de niños, niñas y adolescentes”, artículo en coautoría con la Dra. Nuria González Martín, producto de la línea de investigación.

Contribuciones en libros homenaje

2007 “Tres casos latinoamericanos ante el CIADI: Argentina, México y Ecuador” publicado en el libro homenaje al Profesor Rodolfo Cruz Miramontes, pp. 423-454.

2007 “El derecho procesal civil internacional en las Convenciones de La Haya y de la CIDIP. El caso de México” en coautoría con la Dra. Nuria González Martín, Libro Homenaje al Dr. Fix Zamudio, Tomo X, 2008, pp. 597-663.

Comentarios legislativos

En coautoría

2009 *Comentario al Código Civil Federal, Capítulo V del Título VII del Libro Primero “De las personas”, artículos 390 al 410 F, en coautoría con la Dra. Nuria González Martín, en prensa. La contribución se titula “Comentarios a los artículos 390 al 410F del Código Civil Federal”.*

Entrevistas

2006 Radio

Sinaloa, 17 de noviembre de 2006

2006 Televisión de Sinaloa, Culiacán

Sinaloa, 17 de noviembre de 2006

2006 Revista “Todas las voces”, Sinaloa, Culiacán

Diciembre, año 3, núm. 41, entrevista realizada el 17 de noviembre de 2006 bajo el título “tráfico de menores”.

2011 Entrevista en Radio Ibero

Programa entre paréntesis, 17 de octubre de 2011.

Dictámenes

Realizó más de 40 dictámenes de artículos para revistas y libros. Los dictámenes fueron solicitados, entre otras, por las siguientes instituciones:

- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Revista Iberoamericana de Derechos Humanos.
- Anuario Mexicano de Derecho Internacional (AMDI).
- Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Revista de Derecho Privado.
- Revista Cuestiones Constitucionales.
- Mexican Law Review.
- Revista de Derecho Económico Internacional (ITAM).
- Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho.

Reseñas

Libro homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar, *Estudios de arbitraje*, Editorial Jurídica Chile, Chile, 2006, 859 pp., 2 de marzo de 2007. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 2007/2008

Laudos Arbitrales en el Mercosur, Liliana Bertoni, Ciudad Argentina, 2006, pp. 415. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 2007/2008

Fernández Masiá, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Marcial Pons, España, 2008, pp. 182. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009.

Nuria González Martín (coord.), *Lecciones de derecho internacional privado mexicano*, *Revista de Derecho Internacional Privado y Comparado*, en prensa, 2009.

Libro del profesor Jorge Alberto Silva Silva titulado *Derecho Interestatal Mexicano. Estudio Autónomo de la regulación de los problemas de tráfico jurídico entre las entidades federativas*. Presentado al *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, el 15 de marzo de 2012.

Mesas/grupos de discusión

1. Desarrollada el miércoles 12 de marzo de 2008 a las 11 de la mañana en el IIJ-UNAM. Discusión sobre el estudio titulado: “La conexidad y la litispendencia internacional en el Derecho Internacional Privado Mexicano”, estando como ponentes: Dr. Ovalle Favela; Dr. Manuel Becerra, Dr. Rábago Dorbecker, Dr. Silva Silva, Mtra. Yaritza Pérez, Dra. Mansilla y Mejía y Dra. Nuria González y fungiendo como moderador Dr. Méndez Silva.

2. Participación en la mesa discusión del libro del profesor Silva Silva Jorge Alberto titulado *Reconocimiento y ejecución de las sentencias de Estados Unidos de America en México*, presentado en el IIJ-UNAM, el lunes 18 de mayo de 2009.

3. Participación en la mesa discusión del libro de los Drs. Issa Luna Pla y Ernesto Villanueva, titulado *Régimen jurídico de la libertad de expresión en el siglo XIX*, Presentado en el IIJ-UNAM, el 22 de junio de 2009.

4. Participación en la mesa discusión del libro “El interés superior del menor en el marco de la adopción internacional y del tráfico internacional de menores. Contexto mexicano”.

5. Mesa discusión del libro “La destipificación de la conducta de sustracción internacional de menores por sus progenitores”.

Tutorías

Tutora en la Maestría en “Administración de Justicia” del IIJ en colaboración con el Poder Judicial de Hidalgo, celebrada el 2 de diciembre de 2010.

Dirección de tesis

Licenciatura

“Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis de los casos en los que México ha sido parte”, ITAM. Alumno: Fernando Agustín Fabiano Medi, fecha de obtención del grado: 4 de mayo de 2006.

“Análisis jurídico de la regulación y actitud de México para la consecución de adopciones internacionales”, ITAM; alumna: Erika Valeria Montoya Guerrero. Terminada. Fecha de obtención del grado: 1o. de noviembre de 2006.

“Eficacia de los tratados internacionales en el marco normativo de la restitución internacional del menor”. ITAM; alumno: Antonio Varela Escobedo. Fecha de obtención del grado: 8 de noviembre de 2007.

“Análisis y propuestas de reforma del Derecho Internacional Privado Mexicano ante la restitución internacional de menores”, ITAM; alumna: Eileen Matus Calleros, Fecha de obtención del grado: 27 de marzo de 2008.

“Las deficiencias normativas y soluciones al artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal como norma que atribuye competencia a los jueces en situaciones de Derecho Internacional”, ITAM; alumno: Daniel Armando Castillejos. Fecha de obtención del grado: 15 de octubre de 2008.

“La constitucionalización del concepto de América Latina en las Constituciones de México y Brasil”, ITAM; alumno: Ruy Villamil Roldán, obtención del grado: 26 de marzo de 2009.

“Algunos enfoques interpretativos sobre la adopción internacional en México por matrimonio homosexual”, ITAM; alumna: Mónica González Soto, obtención del grado: 6 de octubre de 2010.

“La protección del niño en la Sustracción internacional de menores, desde su localización hasta su posible restitución”, UNAM; alumna: Johana Belen Sánchez Rojas, obtención del grado: 15 de junio de 2011.

“El Arbitraje en materia de inversiones. Los casos de México”, ITAM; alumna: Samantha Zorelia, obtención del grado: 23 de noviembre de 2011, obteniendo la calificación de aprobado con mención especial.

“El Efecto negativo del principio arbitral *kompetenz-kompetenz* en México”. Carlos Andrés Alvarado Moreno. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Finalizada y pendiente de fecha.

Maestría

“La regulación de prácticas desleales de comercio internacional “anti-dumping” en Costa Rica y México”, Iberoamericana; alumno: Juan Pablo Arias Mora, obtención del grado: 6 de julio de 2006.

“El derecho humano a un medio ambiente sano. Una perspectiva en México”. Tecnológico de Monterrey; alumno: Jesús Leonardo Larios Meneses, maestría en Derecho Internacional, enero-mayo de 2007.

“La relación de la Corte Penal Internacional con las Organizaciones No Gubernamentales”, Tecnológico de Monterrey; alumno: Martín Ulises Ortega Cervantes, maestría en Derecho Internacional, enero-mayo de 2007.

“La responsabilidad social empresarial como un elemento decisivo entre los consumidores de bienes y servicios al momento de adquirir o contratar alguno de ellos”, Universidad Iberoamericana; alumno: Óscar Forteza Zedlón, maestría de negocios internacionales, obtención del grado: 17 de agosto de 2007.

“Violencia en contra de las mujeres en México. Un problema local-global”. Tecnológico de Monterrey; alumna: Verónica Ramírez Morán, obtención del grado: 14 de marzo de 2008.

“Los documentos públicos creados en los Estados Unidos de Norte América para surtir sus efectos en México, su afectación a la seguridad jurídica en el Sistema Jurídico Mexicano”. Universidad Iberoamericana, León, Guanajuato; alumno: Luis Ángel Chico González, obtención del grado: 18 de septiembre de 2008.

“El Senado de la República y el presupuesto de egresos de la federación. Una propuesta de reforma constitucional”, Universidad Iberoamericana, León, Guanajuato; alumno: Juan Antonio Rodríguez Corona, obtención del grado: 27 de abril de 2009.

“Los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones y los contratos de inversión: mecanismos para la solución de controversias”, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México; alumno: Delfino Rafael Ochoa Armendáriz, obtención del grado: 4 de noviembre de 2011, obteniendo la calificación de aprobado con mención honorífica.

“México ante la restitución internacional de menores”, posgrado UNAM, alumna: Eileen Matus Calleros, obtención del grado: 15 de marzo de 2012, obteniendo la calificación de aprobado con mención honorífica.

Doctorado

“Arbitraje de Inversión: competencia de tribunales arbitrales internacionales. Cláusula de la Nación más favorecida”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas; alumna: Irene Gabriela García Corona, obtención del grado: 21 de mayo de 2012, aprobada con mención honorífica.

En proceso:

Doctorado: Rafael Martínez, proceso de elaboración 10%

Licenciatura: Gabriel Mondlak, proceso 80%

Javier Altamirano, proceso 90%
Cossete Miranda, proceso 25%

Participación en tesis

Segundo suplente en la tesis doctoral presentada por el doctorando Tonatiuh García Castillo. Título de la tesis: “El contrato de estado internacional”, tesis elaborada dentro del programa de doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Examen profesional de especialidad celebrado en la Unidad de Posgrado de la UNAM, el día martes 15 de agosto de 2006.

Secretaria del tribunal de tesis de licenciatura en el ITAM el día jueves 15 de febrero de 2007 de la alumna: Mariel Velázquez de Landa, con el título “La eficacia de los tratados internacionales en el ámbito de la administración pública federal”.

Secretaria del tribunal de tesis de maestría de la alumna Patricia Martínez Manotas, defendida el 14 de junio de 2007 en la Universidad Iberoamericana, Campus Ciudad de México con el título “algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana”.

Examen profesional de tesis de licenciatura celebrada en el ITAM el viernes 28 de septiembre de 2007 con el título “alcance de la intervención de la autoridad judicial en el proceso del arbitraje comercial privado en México, sustentado por Rogelio Moreno Guinea.

Secretaria del tribunal de tesis titulada “La historia de la Ley migratoria de los EEUU y la búsqueda de una reforma viable para el caso México”, defendida el miércoles 6 de febrero de 2008 en el posgrado de Derecho de la UNAM.

Secretaria del Tribunal de tesis de licenciatura del alumno Gerardo Sepúlveda Navarro, con la tesis “Consideraciones sobre la incorporación al derecho mexicano del convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus implicaciones en las transacciones entre particulares” defendida el martes 25 de noviembre de 2008 en el ITAM.

Secretaria del Tribunal de tesis de doctorado del alumno José de Jesús Cazares, defendida el 8 de diciembre de 2008, Morelia, Michoacán, bajo el título “El principio de oportunidad en el procedimiento penal michoacano”.

Secretaria del Tribunal de tesis de especialidad en Derecho Público del alumno Alberto Romero Valencia, con el título “la aplicación del derecho extranjero en el Distrito Federal: la interpretación del artículo 14 fracción I del Código Civil del Distrito Federal”, defendida en la Unidad de Posgrado de la UNAM el día 20 de marzo de 2009.

Vocal en el tribunal de tesis de licenciatura del ITAM de la alumna Lorena Edith Castro Tovar, celebrada el día 12 de mayo de 2009 con el título “Quince años de progresos 1991-2005: La convención de la ONU sobre los derechos del niño y su impacto en el derecho interno mexicano”.

Vocal en el tribunal de tesis de maestría de derechos de los negocios internacionales de la Universidad Iberoamericana, campus Santa Fe, de la alumna Karen Lissette González Murillo titulada “protección del inversionista mexicano en Centroamérica”, celebrada el jueves 26 de noviembre de 2009.

Vocal en el tribunal de María Alejandra Brañez Villegas, celebrada en la Universidad Iberoamericana en el marco de la Maestría en Derecho de los Negocios Internacionales, celebrada en la Universidad Iberoamericana el día jueves 8 de julio del 2010 a las 6 de la tarde con el título “hacia la incorporación de Bolivia a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Ventajas de ser Estado parte”.

Secretaria en el tribunal de tesis de Juan Antonio Ramírez Márquez titulada “Análisis del *must carry-must offer* a la luz de la resolución de la comisión federal de competencia” defendida el 11 de agosto de 2010 en la Universidad Iberoamericana.

Secretaria del tribunal de Paul Márquez García, con la tesis “Arbitraje internacional. Perspectiva ambiental”, celebrada en la ciudad de Puebla, el día 17 de marzo de 2011, en la Universidad Iberoamericana.

Sínodo en la tesis de licenciatura de la alumna Daniela Riquelme Gutiérrez celebrada en el ITAM con el título “La importancia de la implementación de la figura del *amicus curiae* en el derecho mexicano”, celebrada el miércoles 8 de junio de 2011.

Sínodo en el examen de candidatura a grado de doctora en derecho de la Mtra. Mónica Romero Attolini con el nombre de la tesis “Contratos electrónicos internacionales: ley aplicable y arbitraje”, celebrada el 7 de junio de 2011 en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Sinodal en el tesis de Tatiana Velázquez.

Secretario del tribunal de tesis de especialidad del alumno Juan Antonio Pérez Sobrado titulado “Actuación de los representantes diplomáticos de los estados Unidos de América y de Alemania en la caída del Gobierno de Francisco I. Madero”, leída el 25 de agosto de 2011, mención honorífica.

Secretaria del Tribunal de tesis de especialidad en derecho internacional público de la UNAM del alumno Sergio Ricardo Hernández Ordoñez titulada “La responsabilidad civil de los Estados: breve estudio a las directrices

para la elaboración de legislación nacional sobre responsabilidad, medidas de respuesta e indemnización por daños causados por actividades peligrosas para el medio ambiente”, defendida el 12 de marzo de 2011 a las 8.30 de la mañana en el posgrado de la UNAM, con mención honorífica.

Secretaria en el Tribunal de tesis de licenciatura de la Facultad de Derecho de la UNAM, titulada “La no pérdida de la nacionalidad mexicana por naturalización por la adquisición de otra nacionalidad”, defendida por el alumno Danilo Bernardo Canales Bolainez, el día 16 de marzo de 2012 en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Secretaria del Tribunal de tesis de doctorado de la Facultad Autónoma de Chihuahua; tesis titulada “Hacia un *ius commune* de América del Norte”, defendida por el alumno Manuel Benjamín González González, el día 16 de mayo de 2012.

14. Idiomas

Inglés: hablado y escrito a nivel medio, con alto nivel de comprensión; realización del segundo curso en el Instituto de Idiomas de la Facultad de Filología de la Universidad Complutense de Madrid, curso académico 1998/1999; realización del tercer curso en el mencionado Instituto en el curso académico 1999/2000.

Alemán: hablado y escrito a nivel elemental, realización del primer curso en el Instituto de Idiomas de la Facultad de Filología de la Universidad Complutense de Madrid, en el curso académico 1998/1999; realización del segundo curso en el mismo Instituto en el curso académico 1999/2000.

Francés: hablado y escrito a nivel elemental. Cursos tomados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos. Estudios en homenaje a Sonia Rodríguez Jiménez, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 23 de junio de 2014 en Offset Universal, calle dos núm. 113, col. Granjas San Antonio, delegación Iztapalapa, 09070 México, D. F. Se utilizó tipo Baskerville en 9, 10, 11 y 18 puntos. En su edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión offset).