

AÑO 7, NÚMERO 12, ENERO - JUNIO 2023

Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

12 | Centro de Investigaciones
JURÍDICAS / UACJ

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

Juan Ignacio Camargo Nassar
Rector

Daniel Constandse Cortez
Secretario General

Antonio de la Mora Covarrubias
Director General de Servicios Académicos

Jesús Meza Vega
Director General de Comunicación Universitaria

Alonso Morales Muñoz
Director del Instituto de Ciencias Sociales y Administración

Revista Especializada en Investigación Jurídica

EDITORES RESPONSABLES
Wendolyne Nava González
Javier Ignacio Camargo Nassar

COMITÉ EDITORIAL

Diego Barría Traverso (Universidad Santiago de Chile)
José Antonio Estévez (Universidad de Barcelona, España)
Salvador Martí (Universidad de Girona, España)
Jaime Fernando Cárdenas Gracia (Universidad Nacional Autónoma de México)
Jorge Alberto González Galván (Universidad Nacional Autónoma de México)
Fernando Barrientos (Universidad Autónoma de Guanajuato, México)
Manuel Bermúdez Tapia (Universidad Privada de San Juan Bautista, Perú)
Ares Nahim Mejía Alcántara (Universidad Nacional Autónoma de México)
Gisselle De la Cruz Hermida (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)
Hugo Manuel Camarillo Hinojoza (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México)
Gerardo González Rentería (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México)
Carlos Alberto Martínez Beltrán (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México)

Revista Especializada en Investigación Jurídica

Año 7, Número 12, es una publicación semestral, electrónica, indexada, arbitrada por pares nacionales e internacionales de publicación continua, editada por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Centro de Investigaciones Jurídicas, con recursos propios. Av. Universidad y H. Colegio Militar (zona Chamizal) s/n, CP. 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México, Tel. (656) 6883800, extensión 3656. Página web: <http://reij.uacj.mx>; Correo electrónico: reij@uacj.mx. Editores responsables: Wendolyne Nava González y Javier Ignacio Camargo Nassar. Reserva de uso exclusivo No. 04-2021-053118361700-203, otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor. ISSN:2448-8739. Responsable de la última actualización de este número: La Dirección General de Difusión Cultural y Divulgación Científica, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Tel. (656) 6881824, ext. 1974. Las opiniones expresadas en los artículos son responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total de los contenidos e imágenes, siempre y cuando se cite la fuente.

AÑO 7, NÚMERO 12 · ENERO - JUNIO 2023

Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas

...

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

7

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Un enfoque ecosistémico del derecho ambiental argentino en la Corte Suprema de la Nación

Adriana Margarita Porcelli,
Universidad de Buenos Aires
ORCID: 0000-0002-5192-5893
Adriana Norma Martínez
ORCID: 0000-0001-8962-2743

9

Derecho Procesal Constitucional: Una perspectiva comparada

José Ovalle Favela,
Universidad Nacional
Autónoma de México
ORCID: 0000-0002-1082-5554

35

Problemas de Derecho Internacional Privado entre Alemania y México

Karl Augusto Prinz
von Sachsen Gessaphe,
Universidad Ludwig-
Maximilian, Munich
ORCID: 0000-0001-5339-1146

63

Vulneración de Derechos Humanos y Redes sociales en México

Ruperto Villanueva Flores,
Universidad Autónoma de
Ciudad Juárez
ORCID: 0000-0002-8916-2342

85

Unión de hecho de adolescentes: problemática de las relaciones jurídicas familiares

José Julio Nares Hernández,
Universidad Autónoma del
Estado de México
ORCID: 0000-0001-5402-1227
Gabriel Montelongo
González, Universidad del
Estado de México
ORCID: 0000-0002-5752-8530
Ricardo Colín García,
Universidad del Estado de
México
ORCID: 0000-0001-8610-6436

97

El papel de los archivos públicos como mecanismo para el acceso a la información pública en México

Mariana Moranchel
Pocaterra, Universidad
Autónoma Metropolitana
ORCID: 0000-0001-8232-6028

123

Evolución del sistema laboral en México

Marisela Nava, Universidad
Autónoma de Ciudad Juárez
ORCID: 0000-0002-0732-1099

143

**Justicia Maya, Teoría y posible práctica en
Yucatán, México**

Juan Pablo Bolio Ortiz, Instituto Nacional
Electoral
ORCID: 0000-0001-6868-5585
Héctor Joaquín Bolio Ortiz, Instituto Nacional
Electoral
ORCID: 0000-0001-7756-8858

161

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

***Mujeres en el sistema interamericano.
Sobrevivientes y constructoras de la
jurisprudencia progresista***

Diana Pérez Padrón, Universidad Autónoma de
Baja California
ORCID: 0009-0008-3278-9196

169

***Manual del sistema de seguros sociales
establecido en la Ley del Seguro Social***

Miriam Lizbeth Félix Diarte, Universidad
Autónoma de Baja California
ORCID: 0000-0002-4358-1031

175

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIAS

**Derecho al trabajo en la jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos:
A propósito del caso Lagos del Campo vs. Perú**

Diana Pérez Padrón, Universidad Autónoma de
Baja California
ORCID: 0009-0008-3278-9196

181

PRESENTACIÓN

Damos la bienvenida a la edición número 12 de la prestigiosa *Revista Especializada en Investigación Jurídica* de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. En esta ocasión, nos complace presentar una selección de artículos que destacan por su excelencia académica y su contribución al campo del derecho.

Este número reúne una serie de investigaciones de alta calidad que abordan una amplia gama de temas jurídicos relevantes en la actualidad. Los académicos y expertos en derecho han realizado un trabajo minucioso y riguroso para ofrecer a nuestros lectores y lectoras perspectivas frescas y fundamentadas sobre los desafíos legales de nuestra sociedad. Encontrarán artículos que exploran temas como el derecho ambiental, derecho procesal constitucional, derecho internacional privado, la jurisprudencia comparada, la teoría del derecho, entre otros. Cada uno es el resultado de una intensa investigación y un análisis detallado, llevado a cabo por los brillantes académicos, entre ellos destaca la contribución del jurista contemporáneo, José Ovalle Favela.

Como siempre, la *Revista Especializada en Investigación Jurídica* se compromete a mantener los más altos estándares de calidad académica y a promover el diálogo y el intercambio de ideas en el ámbito jurídico. Estamos convencidos de que los artículos seleccionados en este número contribuirán al avance del conocimiento jurídico y generarán un impacto positivo en la comunidad académica y profesional.

No podemos dejar de agradecer a todos los autores(as), revisores(as) y colaboradores(as) que han hecho posible la publicación de este número. Su dedicación y compromiso son fundamentales para el éxito de nuestra revista y para mantenerla como un referente en la investigación jurídica.

En conclusión, les invitamos a sumergirse en las páginas del número 12 de la *Revista Especializada en Investigación Jurídica* de la UACJ y disfrutar de los valiosos aportes

que nuestros investigadores han preparado para ustedes. Estamos seguros de que encontrarán una lectura enriquecedora y estimulante que contribuirá a su desarrollo académico y profesional en el campo del derecho.

Wendolyne Nava González
Editora en Jefe

ADRIANA MARGARITA PORCELLI¹

ADRIANA NORMA MARTÍNEZ²



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

DOI: <https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.1>

Fecha de envío: 28 de marzo 2022

Fecha de aceptación: 24 de junio 2022

UN ENFOQUE ECOSISTÉMICO DEL DERECHO AMBIENTAL ARGENTINO EN LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN

An ecosystem approach to Argentine environmental law in the
Supreme Court of the Nation

RESUMEN

El presente artículo de revisión tiene por objetivo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en Argentina de una postura que promueve un diálogo entre la ecología y el derecho, denominada ecologización del derecho ambiental y la consecuente integración de la justicia ecológica con la ambiental para lograr una efectiva protección de la Naturaleza. Para cumplir con dicho objetivo, la metodología se basó en la investigación documental y en el método de estudio de casos jurisprudenciales, específicamente de las últimas sentencias de la Corte Suprema de Justicia Argentina y el análisis comparativo de los fundamentos de sus decisorios. Como conclusión, se puede evidenciar que el Tribunal Supremo comenzó a transitar un camino en pos de la efectiva protección del planeta consistente en atemperar el antropocentrismo propio del derecho ambiental, reorientándolo al biocentrismo y ecocentrismo.

Palabras clave: derecho ambiental; biocentrismo; ecocentrismo; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

1 Abogada-Procuradora (Universidad de Buenos Aires) Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Diploma en Derechos Económicos Sociales y Culturales (Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco); Profesora Adjunta Ordinaria; Universidad Nacional de Luján; Argentina; adporcelli@yahoo.com.ar; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5192-5893>.

2 Abogada-Escribana (Universidad de Buenos Aires), Magíster en Ambiente Humano (Universidad Nacional de Lomas de Zamora), Posgraduada en Derecho del Turismo (Universidad de Buenos Aires); Profesora Asociada Ordinaria de Grado y Posgrado; Jefa de la División Derecho; Universidad Nacional de Luján; Argentina; info@anmart.com.ar; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8962-2743>.

ABSTRACT

The purpose of this review article is the doctrinal and jurisprudential development in Argentina of a position that promotes a dialogue between ecology and law, so-called greening of environmental law and the consequent integration of ecological justice with environmental justice to achieve an effective Nature protection. To meet this objective, the methodology was based on, 1 documentary research and on the method of studying jurisprudential cases, specifically the latest rulings of the Argentine Supreme Court of Justice and the comparative analysis of the foundations of their decision-makers.. In conclusion, it can be seen that the Supreme Court began to walk a path in pursuit of the effective protection of the planet consisting of tempering the anthropocentrism of environmental law, reorienting it to biocentrism and ecocentrism.

Keywords: environmental law; biocentrism; ecocentrism; Supreme Court of Justice of the Argentine Nation

INTRODUCCIÓN

La mayoría de la población mundial está expuesta, sin su consentimiento, a sustancias y residuos peligrosos que aumentan la probabilidad de desarrollar enfermedades y discapacidades a lo largo de la vida. La Organización Mundial de la Salud (WHO por sus siglas en inglés) advierte sobre el aumento de la cantidad de muertes mundiales causadas por el daño ambiental en sus nuevas *Directrices mundiales sobre la calidad del aire*, publicadas en 2021. Las mismas aportan pruebas claras del daño que la contaminación del aire inflige a la salud humana en concentraciones aún más bajas de lo que hasta la fecha se suponía. Por ejemplo, cada año la exposición a la contaminación del aire causa siete millones de muertes prematuras y provoca la pérdida de años de vida saludable. En los niños podría suponer una reducción del crecimiento y la función pulmonar, infecciones respiratorias

y agravamiento del asma. En los adultos las causas más comunes de muerte prematura atribuibles a la contaminación del aire exterior son la cardiopatía isquémica y los accidentes cerebrovasculares.

Actualmente se están analizando pruebas de otros efectos como diabetes y enfermedades neurodegenerativas. Esto sitúa la carga de morbilidad atribuible a la contaminación del aire en el mismo nivel que otros importantes riesgos para la salud mundial, como la dieta malsana y el tabaquismo. Por tal motivo, las directrices recomiendan nuevos niveles de calidad del aire para proteger la salud de las poblaciones mediante la reducción de los niveles de los principales contaminantes del aire, algunos de los cuales también contribuyen al cambio climático (WHO, 2021). Los impactos se siguen agravando.

El 7 de agosto de 2021 se presentó el *Informe del Grupo de Trabajo I* del Panel Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés), intitulado “Cambio Climático 2021: Bases físicas”. En su elaboración participaron los más prestigiosos especialistas, muchos de ellos de nacionalidad argentina, y supone la primera entrega del *Sexto Informe de Evaluación* que se completará en 2022. Entre las conclusiones más alarmantes se pueden mencionar que los glaciares se están derritiendo y retrocediendo a un ritmo sin precedentes en al menos los últimos 2000 años. No hay vuelta atrás de

algunos cambios en el sistema climático, por lo menos en cientos o miles de años. Sin embargo, algunos de estos cambios podrían ralentizarse y otros podrían detenerse limitando el calentamiento a 1.5 °C. Los cambios climáticos recientes son generalizados, rápidos y cada vez más intensos. No tienen precedentes en miles de años (IPCC, 2021).

Así fue denunciado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) intitulado *El Informe sobre la Brecha de Emisiones 2021*. El mismo muestra que los nuevos compromisos climáticos nacionales, combinados con otras medidas de mitigación, ponen al mundo en camino de un aumento de la temperatura global de 2.7 °C para fines de siglo. Las contribuciones determinadas a nivel nacional, nuevas y actualizadas, solo evitan un 7.5% de las emisiones previstas para 2030, pero se necesita una reducción de 55% para cumplir con el objetivo de 1.5 °C del Acuerdo de París. Estas cifras ponen al planeta al borde del abismo ((PNUMA, 2021).

Inger Andersen, directora ejecutiva del precitado programa alertó que el cambio climático no es un problema del pasado, es actual. El reloj avanza demasiado rápido y conmina a toda la humanidad a tomar acciones efectivas.

La pandemia no hizo más que agravar el problema ya que, si bien produjo una retracción en las actividades productivas

contaminantes y mejoras en la calidad ambiental, es de notar que esa situación fue temporal. A las puertas de la salida de la pandemia, al retomar las actividades económicas, los efectos en cuanto al cambio climático empeoraron mucho más de lo que se esperaba previo a la misma. Efectivamente, el Informe de la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL) de enero de 2022 demuestra que el consumo y el desecho de mascarillas de un solo uso y otros residuos plásticos aumentaron producto de la pandemia. En 2020, se generaron alrededor de 585 millones de toneladas de este tipo de residuos plásticos sanitarios en todo el mundo y aproximadamente un 82% de esta cantidad provenía de 35 países entre los que se cuentan Brasil, Colombia, México y Perú. El problema es que las fibras de plástico y de silicona contenidas en las mascarillas poseen metales pesados tales como el plomo, antimonio y cobre cuya liberación ocasiona un grave riesgo para la salud pública. Por otra parte, la recuperación económica no es sustentable, ya que los estímulos económicos se orientan a la dimensión social y no tienen en cuenta lo ambiental. Por ejemplo, Argentina, Brasil, Colombia y México comprometieron, en 2021, 10 000 millones de dólares para proyectos energéticos y un 59% de ellos corresponden a los combustibles fósiles (CEPAL, 2022).

Frente a este escenario surgen nóveles doctrinas científicas, éticas, filosóficas y jurídicas que aseguran que la única forma de proteger a la Naturaleza es otorgarle la categoría de sujeto de derecho. Ello comporta un cambio rotundo de cosmovisión, del antropocentrismo al biocentrismo y ecocentrismo.³ Sin embargo, estas posturas no encontraron una amplia recepción en el mundo jurídico. Si bien casi no se presentan dudas sobre la necesidad de cambiar la relación entre el ser humano y la Naturaleza y la insuficiencia del derecho ambiental para resolver los problemas actuales, permeó en el derecho una posición intermedia. Así es como esa misma normativa ambiental comienza a ser interpretada desde una cosmovisión biocéntrica y ecocéntrica, dando como resultado la protección del planeta sin tener que otorgarle una especie de personalidad jurídica a la Naturaleza. En este aspecto es clave el rol del Poder Judicial, fundamentalmente de los Tribunales Superiores de los Estados que integren en sus sentencias la ecología con el derecho ambiental. Se trata de un nuevo activismo judicial.

El presente artículo de revisión tiene por objeto el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en Argentina de una postura que promueve un diálogo entre la ecología y el derecho, la denominada ecologización del derecho ambiental y la consecuente inte-

3 Todas estas teorías fueron ampliamente desarrolladas en Martínez y Porcelli (2017).

gración de la justicia ecológica con la ambiental para lograr una efectiva protección de la Naturaleza. Para cumplir con dicho objetivo, el trabajo comprende dos partes: la primera referida al marco normativo teórico, y la segunda, en la que se analizará una nueva interpretación biocéntrica y ecocéntrica de la normativa ambiental argentina por parte de la Corte Suprema de Justicia del país, por ser el más alto tribunal el que ha iniciado un camino innovador reinterpretao el derecho ambiental acercándose a la cosmovisión biocéntrica, sistémica y ecológica, diluyendo la clásica antropocéntrica basada exclusivamente en los intereses humanos.

METODOLOGÍA

En lo referente al cumplimiento del objetivo del presente artículo, la metodología utilizada se basó en el método inductivo analítico, casuístico, centrándose en el análisis de los recientes casos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que abordaron en Argentina la problemática ecológica, coadyuvando a la integración de la justicia ecológica con la ambiental. Las estrategias implementadas consistieron en: 1) relevamiento bibliográfico y documental para delimitar el marco normativo teórico. Particularmente se analizaron las interpretaciones de expertos doctrinarios, entre ellos Falbo, Esaín, Lamberti, Cafferatta, Rosatti y Lorenzetti,

sobre el artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina, el 240 del Código Civil y Comercial y la Ley General de Ambiente de la Nación; 2) método de estudio de casos entre los que se seleccionaron, como fuentes primarias, los amparos ambientales que tuvo que dilucidar la Corte Suprema y 3) método analítico comparativo en virtud del cual se analizaron cada una de las resoluciones dictadas así como los fundamentos esgrimidos en ellas para detectar similitudes y la existencia o no de una línea argumentativa constante en pos de proteger el ambiente con una visión biocéntrica y ecocéntrica.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Marco normativo argentino

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, vigente desde el año 2015, participando de un enfoque progresivo y ampliado a diferentes sistemas jurídicos y multiculturas, recepta modernos modelos regulatorios antes desconocidos por el derogado Código Civil decimonónico. En lo que interesa al presente artículo, se destaca la tutela a los derechos de incidencia colectiva que funciona como un límite a los derechos individuales, conforme lo establece el artículo 240 del cuerpo legal. El citado artículo refuerza una interpretación tuitiva del macrobien ambiente y de cada uno de los componentes que lo integran, los microbienos.

Así continúa el camino trazado en la reforma constitucional argentina de 1994, que en el artículo 41 reconoce expresamente el derecho al medio ambiente sano y equilibrado tanto para las generaciones actuales como para las futuras, participando de una visión ecosistémica.

En efecto, prestigiosos juristas tales como Horacio Rosatti —presidente del Máximo Tribunal de Argentina— afirman que dicho precepto constitucional adopta un criterio sistémico al considerar a la Naturaleza como un orden, como una compleja comunidad de seres preexistente al humano, quien tiene el deber de custodiarla. La abundancia o escasez de sus componentes no es una nimiedad, por lo tanto, el equilibrio ambiental es el bien jurídico constitucionalmente protegido y no la salud humana. La calidad de vida de los individuos no es un justificativo ético ni jurídico como para convalidar el deterioro a la biodiversidad ni al equilibrio ambiental (Rosatti, 2016).

Consecuente con esa interpretación, Falbo analiza los diferentes párrafos del precitado artículo de la manda constitucional argentina. En el primero de ellos, que garantiza a todos los habitantes de la nación el derecho a un ambiente sano y equilibrado, el mencionado jurista se detiene en el vocablo salud del ambiente y nota que se abarca a todos los integrantes del ambiente, vale decir el suelo, la flora y fauna dentro de la cual se incluye a los se-

res humanos. En consecuencia, responde a un enfoque biocéntrico y ecocéntrico y no antropocéntrico. De la misma manera, se centra en el vocablo habitante, concluyendo que engloba a todo ser animado, inanimado, a los elementos o seres naturales (como el agua, los suelos), a los complejos (la biodiversidad), a los artificiales (los pueblos) y a las generaciones futuras. Finalmente, entiende que la locución ambiente equilibrado expresa que toda transformación humana debe realizarse en armonía con la Naturaleza, sin alterar su equilibrio ni impactar en forma negativa en el ambiente natural. Para este nuevo enfoque del derecho constitucional argentino, las personas humanas son uno más de los integrantes de la trama de la vida, junto con los demás componentes. Es de destacar que para Falbo, como principio constitucional, es superior a cualquier normativa y se erige como pauta interpretativa permeando todo el orden jurídico con este enfoque eco y biocéntrico propugnado (Falbo, 2017).

Justamente, la Ley General de Ambiente N° 25.675, en su artículo 2 inc. e) —que ordena mantener la dinámica y el equilibrio ecológico— y en el artículo 6 *in fine* de la ley —que establece la obligación de asegurar la preservación ambiental y a garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos— recepta la visión sistémica, al contemplar los intereses del sistema y no solo los privados (Lamberti, 2019).

Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) en el artículo 240, marca un hito en la evolución jurídica normativa, abandonando el viejo esquema de protección antropocéntrico, en pos de un nuevo orden más amplio y abarcativo. Dicho artículo —bajo el título “Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes”— condiciona esos derechos humanos individuales al funcionamiento y a la sustentabilidad de los ecosistemas. Efectivamente, dispone que el ejercicio de tales derechos no puede afectar la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial (CCyC, 2015).

En el artículo se evidencia la prevalencia de la tutela de la Naturaleza, y del respeto de la vida, salud, y ambiente sano y equilibrado de las generaciones futuras. Bajo la norma se pueden cobijar tanto posturas intermedias o moderadas como las más radicales que proponen otorgarle a la Naturaleza el estatus de sujeto de derecho. Pero como el Código es un único cuerpo normativo no debe ser interpretado aisladamente. Ello no significa una exclusión de las personas humanas y jurídicas, sino que predomina la Naturaleza en la que se inserta el ser humano en su dimensión individual y social. De esta forma, el artículo 240 cumple un doble rol: por un lado, debilita la cosmovisión antropocéntrica con eje en la utilidad para el ser humano y por

el otro establece que la persona humana y jurídica no es el único tutelado por la normativa.

Por tanto, no se reduce a una simple norma, es además un principio y un valor. Funciona como una bisagra, que integra al desarrollo sostenible, al biocentrismo, a los derechos de la Naturaleza, dentro de los que están los derechos humanos, mejorando de esta forma la calidad de vida de los seres humanos y de las sociedades futuras (Falbo y Esain, 2015).

Consecuente con tal interpretación, Ricardo Lorenzetti, también juez del Máximo Tribunal argentino, comentando el precitado artículo afirma que recepta la necesidad de entrelazar la defensa de la comunidad y del entorno o espacio vital —propio de la cosmovisión ecocéntrica—, con la idea del ser humano —del antropocentrismo—. La interpretación armónica juega en conjunto con el artículo 14 del mismo cuerpo legal, que no ampara el uso abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente (Lorenzetti, 2014).

Así, el mencionado cuerpo normativo, al establecer límites ambientales a los derechos individuales, se centra en el —denominado por Lorenzetti— “paradigma ambiental” en el que lo individual no tiene primacía por sobre lo colectivo y no rige la reciprocidad, ya que es un conflicto donde se afecta a un bien común. Con la precitada denominación, el ministro de la

Corte Suprema Argentina parte de la base de que la Naturaleza está en peligro, por tanto, la limitación de derechos individuales se justifica jurídica y éticamente en pos de la tutela del ambiente. Opera como un metavalor, en el sentido que en caso de conflicto entre bienes pertenecientes a la esfera colectiva (ambiente) e individuales se debe dar preeminencia a los primeros (Lorenzetti, 2008).

Esta Naturaleza bifronte —individual y social— de los derechos fundamentales, plasmados especialmente en la parte preliminar del Código Civil y Comercial, se erige, sin lugar a duda, contra su ejercicio abusivo. Es que el derecho a la propiedad privada relaciona tanto el interés privado de su titular como el de la sociedad en su conjunto, de modo tal que no admite su ejercicio egoísta en detrimento del interés social.

En este aspecto, no se puede dejar de mencionar el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, que goza a partir de la reforma constitucional de 1994 de jerarquía constitucional —en palabras de Bidart Campos incorporado al bloque federal de constitucionalidad por el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna—, según el cual toda persona si bien tiene derecho al uso y goce de sus bienes, el mismo puede subordinarse legislativamente al interés social (Herrera *et al.*, 2015).

En la interpretación armónica del Código Civil y Comercial y en el diálogo de

fuentes impregnado en todo su articulado, se conjuga la defensa de lo comunitario y colectivo (ecocentrismo), con la inviolabilidad de la persona humana (antropocentrismo), para lograr el desarrollo sustentable con justicia intra e intergeneracional (Cafferatta, 2015).

Enfoque ecosistémico y biocéntrico de las últimas sentencias de la Corte Suprema de la Nación Argentina

Durante las recientes décadas, las controversias ambientales dilucidadas por el Máximo Tribunal de Argentina se resolvieron basándose en los derechos humanos, en especial el derecho a la salud, vida, derecho de los niños y adolescentes, comunidades indígenas e incluso de las generaciones futuras, continuando con la tradicional cosmovisión antropocéntrica. No obstante, ese enfoque varió sustancialmente en 2017. Efectivamente, el 1 de diciembre de 2017, en los autos “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, se produce un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte al atemperar el predominante antropocentrismo y conjugarlo con una perspectiva ecosistémica y biocéntrica.

A los efectos de la comprensión de los fundamentos del decisorio, se narrarán brevemente los hechos que dieron lugar al antiguo conflicto interprovincial ocasionado por una represa construida por la provincia de Mendoza sobre el río Atuel

—recurso compartido con la provincia de La Pampa—. Dicha construcción produjo una gran sequía en el noroeste de La Pampa, por lo que, en 2014, esta última demandó a Mendoza por daños ambientales y sociales. Después de varios vaivenes, el 1 de diciembre de 2017, la Corte Suprema exhortó a los gobiernos a llegar a un acuerdo sobre la gestión del río Atuel, pero estableció como requisito que se garantice un flujo mínimo de agua que permitiera la restauración ambiental de La Pampa. Resaltó que, como cuenca hidrográfica, la perspectiva a adoptar era la unidad, integridad del sistema e interdependencia de los recursos naturales (Lorenzetti, 2018).

El Tribunal Supremo, en considerandos 5°, 7° y 11°, marca la necesidad de un vuelco en el paradigma del uso de agua y del ambiente. Particularmente, en el considerando 5° puntualiza que el uso y aprovechamiento de un río excede el marco bilateral de las partes. De esta forma, comulga con una visión policéntrica, pues supera los intereses individuales y provinciales, contempla el de las generaciones futuras, así como la conservación y sustentabilidad del ecosistema.

Continúa afirmando que, en virtud del cambio operado en la interpretación constitucional y por ende en la regulación jurídica de los recursos hídricos, el ambiente dejó de ser un objeto al servicio exclusivo de las personas. Ello implica una mutación fundamental de la cosmovisión

antropocéntrica y de dominio del ser humano, hacia una ecosistémica (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina [CSJN], 2017).

En coincidencia con lo expresado *ut supra*, en el considerando 11°, con respecto al derecho de acceso al agua potable consideró que, si bien incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, es fundamental la protección del agua para que la Naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia.

Como las partes no llegaron a una solución consensuada en cuanto al caudal hídrico mínimo apto para la recomposición del ecosistema afectado y después de prorrogar el plazo establecido en su sentencia, el 16 de julio de 2020, dictó un nuevo fallo sobre el tema, reproduciendo textualmente los considerandos 5° y 11°. La meta final perseguida por la Corte con su pronunciamiento es la determinación definitiva del caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado, mientras que el caudal mínimo es una meta interina, un camino hacia la recomposición del sistema hídrico (CSJN, 2020).

Con posterioridad, el 4 de junio de 2019, en la causa “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, la Corte reafirmó una interpretación ecocéntrica de la normativa ambiental. Las actoras solicitaron la nulidad, y en sub-

sidio la inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley N° 26.639 sobre el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial. En lo que atañe al presente artículo, en el considerando 17° reiteró los fundamentos del considerando 5° de su anterior fallo sobre el río Atuel. En especial y en alusión a los intereses del sistema, en los considerandos 18° y 19°, consideró de particular relevancia el artículo 1 de la Ley de Glaciares. El mismo tiene por objeto la efectiva protección de los glaciares, del ambiente periglacial y su preservación como *reservas estratégicas de recursos hídricos*, no solo para el consumo humano o con fines turísticos, sino también para la recarga de cuencas hidrográficas y para la protección de la biodiversidad. En consecuencia, no es ocioso resaltar el énfasis de la Corte en el recurso natural para la biodiversidad, complementando la visión antropocéntrica con una mirada bio y ecocéntrica (CSJN, 4 de junio de 2019).

En junio de 2019, en los autos “Minera Argentina Gold S.A. c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, en virtud de la semejanza entre las controversias, la Corte remitió a lo dictado en *Barrick Exploraciones Argentinas S.A.*

No transcurrió más de un mes cuando el Tribunal Supremo debió expedirse sobre la preservación y conservación de un humedal ante la futura instalación de un proyecto inmobiliario. En los autos “Re-

curso de hecho deducido por la actora en la causa *Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental*”, el actor conjuntamente con varios vecinos de la ciudad de Gualaguaychú, provincia de Entre Ríos, interpusieron un amparo colectivo para prevenir un daño inminente y grave del valle de inundación del Río Gualaguaychú. Invocaron que la empresa “Altos de Unzué” comenzó la construcción de un barrio náutico denominado “Amarras de Gualaguaychú” en la ribera del río Gualaguaychú, frente a la ciudad homónima, realizando tareas de desmonte de montes nativos y levantamientos de diques sin tener autorización válida y pese a que esa zona fue declarada área natural protegida en el 2000.

Inicialmente se expidió la justicia de la provincia de Entre Ríos, y en virtud de la decisión adversa a la protección del humedal, el actor acudió en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al analizar la Litis, la Corte recalcó que el a quo no tuvo en cuenta el derecho a vivir en un ambiente sano y que el Estado debía garantizar la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad —corresponde a una cosmovisión antropocéntrica—. No obstante, ratificó el paradigma jurídico ecosistémico y biocéntrico, al calificar expresamente a la cuenca hí-

drica como una unidad, un sistema integral que comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, en estrecha interdependencia entre las partes del curso de agua, incluyendo a los humedales y ligado a un territorio y a un ambiente en particular. En el considerando 10° *in fine* y basándose en el artículo 85 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos declaró que el sujeto jurídicamente protegido eran los sistemas de humedales y proclamó la libertad de sus aguas, sin mencionar a los seres humanos o su utilidad para la comunidad en su conjunto (CSJN, 11 de julio de 2019).

Nótese que el bien jurídicamente protegido por la Corte Suprema es el humedal y no la salud o calidad de vida de los vecinos. Y en el considerando 13° se reiteran los fundamentos esgrimidos en el considerando 5° de la causa del río Atuel. Específicamente destacó los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, realizando una interpretación amplia de los mismos. Vale decir que todas las controversias ambientales y de agua, en caso de incerteza, deberían resolverse en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de la Naturaleza, los recursos de agua y ecosistemas conexos.

Después de más de un año y medio de la causa Majul, puntualmente el 25 de febrero de 2021, en los autos caratulados “Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacio-

nal y otros s/Amparo Ambiental”, la Corte resolvió la situación ambiental de un yacimiento abandonado en el Parque Nacional Calilegua, Provincia de Jujuy.

Los actores, Silvia Saavedra y Ramón Luna, en calidad de vecinos de dos localidades aledañas al yacimiento, una de las cuales se ubica en una región declarada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) como Reserva de Biósfera de las Yungas, instauraron demanda por daño ambiental colectivo, en los términos de los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 30 de la Ley General del Ambiente 25.675, contra la Administración de Parques Nacionales, el Estado Nacional, la Provincia de Jujuy, Yacimiento Petrolíferos Fiscales S. A. y una la unión transitoria de empresas.

Fundamentaron su pretensión en el incumplimiento del plan de mitigación de pasivos ambientales en la explotación del yacimiento Caimancito —sito en dicho Parque Nacional— ya que se habían perforado 34 pozos, de los que solo 12 se encontraban al momento de presentar la demanda en producción, bajo condiciones deficientes de seguridad ambiental dentro de un área natural protegida en la que se prohíbe la actividad petrolera.

En virtud de dicha situación, la intendencia del mencionado Parque Nacional efectuó diversas comunicaciones al gobierno provincial, a la concesionaria del área e incluso al fiscal federal de Jujuy, en las cuales

se denunciaba la alta salinidad en aguas del arroyo Yuto por el abandonado de algunos pozos y la contaminación en el arroyo Saladito por el derrame de petróleo crudo producido por la rotura de una línea de conducción del fluido. No obstante, la problemática ambiental se agravaba día tras día porque la contaminación afectaba un recurso interjurisdiccional, impactando en la cuenca hidrográfica del río Bermejo que abarca las provincias de Chaco, Formosa, Jujuy y Salta.

Por ello, conjuntamente con la demanda los actores solicitaron una medida cautelar para el cese inmediato de los efectos de los actos administrativos de aprobación y autorización, así como para la suspensión inmediata, con carácter precautorio, de la extracción de petróleo y de todos los trabajos vinculados a esa actividad.

Después de analizar las pruebas y lo alegado por los demandados, la Corte hizo lugar al amparo colectivo y a la medida cautelar solicitada, ya que la tutela del daño ambiental exigía una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador. Y en sus considerandos, reitera el paradigma ecosistémico que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del sistema mismo, receptado en sus anteriores fallos. Expresamente detalla las características del Parque Nacional Calilegua, su megadiversidad biológica de alto valor de conser-

vación de las especies como el yaguararé, puma, pecarí labiado, tapir, zorro gris, u otros, como el tucán, pava del monte, iguana, urraca y vegetales autóctonos. Y que, desde el punto de vista del ecosistema, es considerada un área vulnerable o sensible a la actividad antrópica, con un paisaje de extraordinaria y singular belleza que igualmente merece la tutela del derecho.

Efectivamente, en el considerando 33° *in fine* textualmente señala:

En ese sentido la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras. (CSJN, 25 de febrero de 2021, pp.32-33)

Continúa asegurando que, para la Constitución Nacional, el ambiente no es un objeto al servicio de los seres humanos. En consecuencia, en el considerando 34° reitera los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*.

Conjuntamente con el principio *In Dubio Pro Aqua*, consistente con el principio *In Dubio Pro Natura*, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser

resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos. (CSJN, 25 de febrero de 2021, p.34)

No transcurrió ni un mes desde la sentencia analizada en los párrafos precedentes que la Corte Suprema, el 11 de marzo de 2021, volvió a fundamentar su decisión en la visión ecocéntrica y sistémica en la causa “Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”. En 1988, una Unión Transitoria de Empresas integrada por varias sociedades —propietarias de las tierras por donde se extiende el arroyo— presentó a la Provincia de Corrientes un proyecto productivo y plan de inversión hidráulico-agropecuaria de gran envergadura para el aprovechamiento del arroyo Ayuí Grande, uno de los afluentes más importantes del río Miriñay, que desemboca en el río Uruguay —recurso compartido con la República Oriental del Uruguay—.

Posteriormente, el Instituto Correntino del Agua y el Ambiente otorgó las respectivas concesiones de uso de agua pública para riego a las empresas solicitantes y autorizó el inicio de las obras del denominado “Proyecto Productivo Ayuí Grande”. Sin embargo, el proyecto fue suspendido por un amparo interpuesto por el Estado Nacional, quien solicitó todos los antecedentes e informes, incluidos los estudios

de impacto ambiental relacionados con el precitado proyecto con el objeto de expedirse sobre su viabilidad, ya que las obras podrían verse alcanzadas por los términos contenidos en el Estatuto del Río Uruguay de 1975. En el año 2011, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable dictó la Resolución 1238/11, en la que consideró al proyecto incompatible con las obligaciones asumidas por la República Argentina en aquel estatuto y otros acuerdos internacionales, pudiendo su ejecución comprometer la responsabilidad internacional del Estado, así como los objetivos de la política ambiental nacional.

Contra esa resolución, la Provincia de Corrientes presentó un recurso jerárquico ante la Jefatura de Gabinete de Ministros, el cual fue rechazado por la resolución 1149/11. En consecuencia, la precitada provincia presentó, ante el Máximo Tribunal Nacional una demanda solicitando la nulidad e inconstitucionalidad de ambas resoluciones. En su descargo, el Estado Argentino, a través de la Secretaría de Medio Ambiente, asume la defensa de los humedales al afirmar que la represa sobre el arroyo Ayuí Grande implicaría profundos cambios en el ambiente y en las condiciones ecológicas del humedal, afectando a todas las especies que forman parte del ecosistema.

La Corte, por unanimidad, resolvió rechazar la demanda de inconstitucionalidad remitiéndose al Dictamen de la Procu-

ración General de la Nación. En el mismo, la Procuradora alude a la sentencia en causa entre Mendoza y La Pampa en cuanto a la concepción de la cuenca hídrica como una unidad, donde se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto. Es así que la regulación del ambiente en conjunto y en particular la del agua, cambió sustancialmente hacia un paradigma ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados sino los del mismo sistema. La protección del agua es fundamental para que la Naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

Resulta ilustrativo transcribir el siguiente párrafo:

En efecto, de los informes técnicos elaborados en el ámbito de la demanda se desprende claramente la necesidad de adoptar una perspectiva que considere al agua como un soporte vital e inescindible del ambiente, como así también que el proyecto productivo producirá una afectación relevante por los residuos peligrosos que derivan del uso de fertilizantes y agroquímicos utilizados en el cultivo del arroz, por las alteraciones que produce la inundación de grandes extensiones de bosques nativos, por la pérdida de la diversidad biológica y de especies migratorias, por la desaparición de humedales, por la disminución del caudal en el Arroyo Ayuí Grande-Río

Miriñay, por la afloración indiscriminada de algas a causa del vuelco artificial de nutrientes, entre otras consecuencias. (CSJN, 11 de marzo de 2021, p.16)

De lo transcripto *ut supra*, y a los efectos del presente trabajo, se puede resaltar que destaca la importancia del agua como un bien vital fundamental, un mínimo ecológico que garantiza la subsistencia de todo el sistema. En particular de los bosques, las especies migratorias, los humedales, con abstracción de su valor para la vida humana.

En noviembre de 2021, la Corte Suprema tuvo que resolver varios conflictos que se remontan al siglo pasado entre propietarios de terrenos sitos en la Península de Magallanes y la Provincia de Santa Cruz en dos causas análogas, pero con diferente actor. La primera de ellas, en los autos “Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios” dicha sociedad demandó a la mencionada Provincia solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial 2662, de sus antecesoras —leyes 2492, 2442, 2425, 2387, 2372, 2355 y 2316— y de la ley 3466 de Áreas Protegidas por considerarlas contrarias a los derechos constitucionales de propiedad, de trabajar y ejercer el comercio, como así también por desconocer los principios constitucionales de igualdad y razonabilidad. A su vez adujo que todo el

accionar discriminatorio e irracional de la Provincia le ocasionó daños y perjuicios que exigen su reparación.

A continuación, se relatan brevemente los hechos que dieron lugar a la pretensión para comprender la decisión adoptada por la Corte. En la década de 1970, la sociedad Coihue adquirió dos terrenos en la Península de Magallanes, Provincia de Santa Cruz. Uno de ellos, situado a escasos 100 metros del camino de acceso al Glaciar Perito Moreno, constituye una de las pocas tierras aptas de la Península para el desarrollo de diversos emprendimientos, especialmente con fines turísticos, con importantes vistas panorámicas hacia el glaciar, lagos y montañas. Pero, en el año 1993, la Provincia dictó la ley 2316, con fundamento en la ley de facto 786 de 1972, por la cual se creó la Reserva Provincial Península de Magallanes, quedando los inmuebles comprendidos dentro de dicha área. A la par, dispuso que el Poder Ejecutivo provincial debía elaborar un Plan de Manejo del Área en un plazo improrrogable de 180 días contados a partir de su sanción y ser girado a la Legislatura para que en el plazo también improrrogable de 60 días procediese a su tratamiento y sanción. Luego, en octubre de 2003, con la sanción de la ley 2662 pasaron a integrar el Parque Provincial Península de Magallanes Área Natural Protegida, lo que agravó las limitaciones a su derecho de propiedad. En el año 2007, la Corte Suprema declaró su

competencia originaria para entender en el pleito y en el año 2016, la Provincia de Santa Cruz sancionó la ley 3466 —Ley de Áreas Protegidas—, por medio de la cual se establecieron criterios generales de conservación.

Posteriormente se dictaron sucesivas leyes que impidieron nuevas subdivisiones catastrales, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras, y que esas limitaciones quedaron supeditadas y a la espera del dictado por parte de la Provincia del Plan de Manejo del Área.

El conflicto se produce porque Santa Cruz, en virtud de interminables prórrogas, transformó una situación transitoria en permanente, ya que el Plan de Manejo nunca fue efectivamente puesto en funcionamiento. Y lo que agravó aún más la situación fue la existencia del emprendimiento hotelero “Los Nostros” que, si bien su instalación era anterior a la creación de la reserva, se le autorizó su ampliación en la zona mientras que a la actora se le prohibió cualquier tipo de construcción, lesionando el principio de igualdad ante la ley.

Por su parte, la demandada realizó su descargo rechazando todo lo invocado por la actora ya que el establecimiento de áreas naturales protegidas forma parte de su competencia por el artículo 41 de la Constitución Nacional y el artículo 73 de la Constitución local, como así tam-

bién por la ley 21.836 que aprueba la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural y la ley 24.295 que adopta la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. La provincia alegó que las limitaciones evidentes al ejercicio del derecho de propiedad sobre esas tierras por parte de la demandada reconocen su fundamento en la obligación provincial de proteger un bien que es patrimonio de la humanidad, una reserva de agua y un espacio geográfico cuya afectación de su ecosistema podría provocar la irremediable pérdida de ese ambiente puro y de regocijo para quienes hacen largas travesías a fin de conocer esas maravillas. Las restricciones al derecho de propiedad se justifican en la satisfacción del bienestar general.

El *thema decidendum* consistió en determinar si las leyes provinciales 2662, 2492, 2442, 2425, 2387, 2372, 2355, 2316 y 3466, en cuanto establecen limitaciones al dominio con fines medioambientales sobre inmuebles de la empresa actora, violaban el derecho de propiedad consagrado en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional Argentina; y en caso afirmativo, si correspondía reconocer a esa empresa una indemnización por tal afectación.

Desde antiguo, la Corte consideró que el término constitucional “propiedad” debía ser tomado en el sentido más amplio, teniendo en cuenta su función social. La propia Constitución Nacional establece

que los derechos reconocidos no son absolutos, sino que se encuentran sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Pero ese poder de reglamentación está sometido a la juridicidad y a la razonabilidad constitucional, vale decir que el legislador no puede alterar la sustancia o esencia del derecho constitucional de propiedad. El principio de razonabilidad repele toda arbitrariedad de las autoridades estatales.

Sin embargo, continúa el Máximo Tribunal, el análisis de la competencia, juridicidad y razonabilidad de tales regulaciones no debe perder de vista que la reforma constitucional de 1994, en el artículo 41, participa de una visión sistémica del ambiente, al referirse a la idea de “equilibrio” y al exigir la protección del patrimonio natural y cultural, como así también de la diversidad biológica. Se aprecia al ambiente como un sistema en el que el ser humano, tanto en su dimensión individual como en la colectiva, tiene el deber de asegurar que sus elementos naturales y culturales interactúen en equilibrio.

La Corte Suprema, como intérprete última de la Constitución Nacional reafirmó, en el considerando 9º b) que la tutela ambiental no se agota en una visión antropocéntrica, pues la protección ambiental es un “derecho-deber” de todas las personas y del conjunto de la sociedad. Como el ser humano no es el creador de la Naturaleza, no es válido ni jurídica ni éticamente condicionar el equilibrio ambiental en

pos de la calidad de vida humana. Y para no dejar lugar a dudas, en los apartados c) y d) aseveró que, para la Carta Magna, el ambiente no es un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible. Constituye un bien que excede al ser humano y a su tiempo presente, por tanto, impone un deber de solidaridad intergeneracional y de desarrollo sustentable.

Textualmente, en el considerando 11° concluyó que:

Si la Constitución Nacional -y la local- reconocen el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, y el deber de las autoridades de proveer a la protección del patrimonio natural y cultural, como así también a la diversidad biológica, la decisión de la demandada que declara un área de su territorio como Reserva o Parque Provincial se inscribe en el cumplimiento de tal mandato constitucional y, por lo tanto, no resulta jurídicamente reprochable. (CSJN, 2021, p. 28)

Y en el considerando 12°.

... se encuentra fuera de toda discusión que el Área Protegida de la Península de Magallanes y el Área adyacente a esta, el Parque Nacional Los Glaciares y especialmente el Glaciar Perito Moreno, constituyen bienes naturales únicos e

irrepetibles de la más digna y elevada tutela jurídica".⁴ (CSJN, 2021, p. 33)

De los considerandos expuestos ut supra se puede colegir que el más alto Tribunal de la Nación, en su interpretación constitucional, mantiene su tendencia jurisprudencial instaurada desde el precedente Mendoza, apartándose de la cosmovisión antropocéntrica dominante en la normativa ambiental tradicional para consolidar la transición al ecocentrismo y biocentrismo. La tutela jurídica, enfatizada en negrita, es a los bienes naturales, a los bienes vitales fundamentales.

No obstante, la tutela ambiental no debe convalidar la desidia en el dictado del Plan de Manejo por parte de la Provincia. La Corte en ningún momento justificó el obrar irracional, arbitrario y contra legem de la demandada. Por el contrario, Santa Cruz reveló una ausencia de razonabilidad y coherencia, que colocó en una situación de incertidumbre jurídica la posición subjetiva de la actora sin instrumentar las medidas apropiadas para conjugar armónicamente la tutela ambiental y el desarrollo sustentable del área en cuestión.

El ministro Rosenkrantz, en su voto, fue más categórico al afirmar que el fracaso del Plan de Manejo del Área Protegida Península de Magallanes reconoció su causa en la impericia de las autoridades locales. Las interminables prórrogas no tuvieron

⁴ El resaltado en negrita es del texto original.

como finalidad preservar la integridad ambiental de la Península sino compensar la falla institucional en virtud de la cual el gobierno provincial había fracasado sistemáticamente en dictar el Plan de Manejo.

En virtud de lo expuesto sucintamente en los párrafos precedentes, la sentencia de la Corte, que lleva la firma de los ministros Horacio Rosatti, Juan Carlos Maqueda y Carlos Rosenkrantz —por su voto— y no de Lorenzetti, condenó a la provincia de Santa Cruz al pago de una indemnización y la intimó a que en el plazo de 120 días dicte un Plan de Manejo. Ahora bien, de no cumplir con dicho plazo perentorio, la Provincia no podría seguir aplicando restricciones a los dueños de las tierras que promovieron la demanda.

En otra causa denominada “Apen Aike S. A. c. Santa Cruz Prov. de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, también resuelta el 18 de noviembre de 2021, la Corte Suprema consideró que la cuestión planteada en cuanto a la invalidez constitucional de la normativa ambiental provincial era sustancialmente idéntica a lo estipulado en la causa “Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios”, y remitió a ella en cuanto a su fundamentación. La única diferencia fue que Apen Aike S. A. no solicitó indemnización por daños y perjuicios, quedando la pretensión procesal circunscripta a la

constitucionalidad o no de dichas normas (CSJN, 2021).

Por la similitud, conexidad, identidad de pretensión, área geográfica involucrada y como antecedentes de las dos recientes sentencias emanadas de la máxima autoridad del Poder Judicial Nacional, se puede aludir a un caso previo del año 2012 resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Santa Cruz. Sin embargo, *a posteriori* de su breve explicación se marcarán las diferencias.

Se trató de los autos “Lacustre del Sud S.A. c/ Consejo Agrario Provincial-Provincia de Santa Cruz s/ demanda contencioso administrativa”, donde la actora interpuso demanda contencioso-administrativa contra el Consejo Agrario Provincial y la Provincia de Santa Cruz, solicitando la declaración de nulidad del Acuerdo N° 066 del 2001. En virtud de dicho acuerdo, se le negó la autorización para realizar los proyectos referidos a emprendimientos turísticos ecológicos (un country club y dos hosterías tres estrellas) en las tierras de su propiedad ubicadas en la Península de Magallanes, Lago Argentino. La denegación administrativa se fundó en lo dispuesto por Ley 2492, que prohíbe la realización de cualquier obra en la zona por un lapso de 18 meses o hasta la sanción de un Plan de Manejo de dicha área.

En efecto, la Ley 2316 creó la Reserva Provincial Península de Magallanes en el marco de la Ley 786/72, obligó al Poder Ejecu-

tivo a elaborar el Plan de Manejo del Área en un plazo improrrogable de 180 días para girarlo a la Honorable Cámara de Diputados la que tendría un plazo, también improrrogable de 60 días para su tratamiento y sanción. En el interín, quedaron suspendidos por 240 días la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras de la Reserva. A partir de allí se dictaron las leyes provinciales 2355, 2387, 2425, 2442 y 2492, prorrogando las suspensiones establecidas en 1993 por la ley 2316 (como se explicó en los párrafos anteriores, en la causa Coihue).

A renglón seguido, la actora explicó las vicisitudes e irregularidades del procedimiento administrativo a las cuales se vio sometida —que exceden el marco del presente trabajo— pero demuestran la actitud de la Administración de dilatar un ilegítimo proceder teniendo en cuenta que transcurrió una década del dictado de la ley que ordenaba la confección de un Plan de Manejo, el que nunca se concretó. Entre los vicios que se le imputa a la Administración, la demandante señaló que los recursos de reconsideración y jerárquicos no respetaban las formas exigibles, no fueron firmados por la funcionaria a quien fueron dirigidos, así como tampoco se esgrimieron fundamentos, motivos y causas concretas para la denegación de la autorización de los emprendimientos

mencionados. Estando pendiente de resolución los recursos antedichos, se dictó la Ley N° 2.580 que otorgó competencia en la materia al Consejo Agrario Provincial, por lo que la actora reiteró sus planteos ante dicha dependencia, solicitando la resolución de los recursos interpuestos. Dicho organismo no hizo lugar a los recursos jerárquico y de queja, basándose en que se encontraba expresamente prohibido autorizar proyectos hasta la sanción del Plan de Manejo para el área.

En su defensa, el Consejo Agrario Provincial alegó que, en virtud de las diferentes prórrogas la prohibición estaba vigente y por manda constitucional nacional y provincial, Santa Cruz estaba facultada a dictar leyes, llevar adelante acciones y políticas gubernamentales y ejercer el poder de policía en pos del cuidado del ambiente. Por su parte, la Fiscal de Estado de la Provincia agregó que la actora no podía alegar el desconocimiento, al momento de efectuar la compra de las tierras, de la particular situación jurídica de las mismas, vale decir, que formaban parte de una Reserva Provincial, lo cual implicaba restricciones al dominio. Y negó las irregularidades administrativas. A posteriori se invocaron nuevas pretensiones por parte de la actora, que trajo como efecto la acumulación de dos causas y la presentación de hechos nuevos que fueron admitidos por el Tribunal.

En síntesis, el objeto de la litis consistió en expedirse sobre la nulidad del Acuerdo 066/01 del Consejo Agrario Provincial y de las Disposiciones emitidas por la Dirección Provincial de Catastro (ya que la actora no pudo registrar los planos de mensura y subdivisión de las fracciones de su propiedad sitas en el área antes indicada) junto con las resoluciones mediante las cuales se rechazaron los recursos jerárquicos interpuestos contra ellas. Así como también la inconstitucionalidad de las leyes 2492, 2316, 2355, 2387, 2425 y 2442 y del Programa de Ordenamiento de Usos, Parque y Reserva Península de Magallanes.

El Superior Tribunal Provincial, al analizar la contienda, dejó en claro que en ella se debatían normas y acciones destinadas a la preservación del ambiente, lo cual aparejaba la inevitable ponderación de la cuestión conforme a los principios que rigen el Derecho Ambiental. En los últimos años, y especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994, cobró relevancia el paradigma ambiental que reconoce que la Naturaleza está en peligro, lo cual valida la limitación de derechos individuales en pos de la tutela del ambiente. Tal paradigma ambiental opera como un metavalor, en el sentido de que en caso de conflicto entre bienes pertenecientes a la esfera colectiva (ambiente) e individuales se debe dar preeminencia a los primeros.

Justamente, el Tribunal reafirmó que las tierras de propiedad de Lacustre del Sud

S.A., se encontraban en una zona que constituye un ecosistema que va mucho más allá de su mera observación paisajística, posee un alto valor biológico aportado por la flora y fauna que la habitan; de allí el especial cuidado que se le debía dispensar.

Textualmente, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz (2012) aseguró que:

La biodiversidad tiene un valor positivo que cabe resguardar; ninguna duda cabe sobre los beneficios que la humanidad recibe de esa diversidad biológica; de otro modo no tendría ningún sentido la preocupación mundial por conservarla. Sabido es que la construcción de inmuebles y el consecuente asentamiento humano (como pretende la accionante) en un lugar ecológicamente sensible podría causar daños irreparables, con seria afectación de las especies animales y vegetales que lo habitan, perjuicios éstos que es deber del Estado conjurar. (p.12)

Se seleccionó el párrafo transcripto *ut supra* porque evidencia la cosmovisión ecocéntrica y biocéntrica adoptada por el Superior Tribunal Provincial. La limitación de los derechos individuales, especialmente a la propiedad privada, a trabajar y a ejercer industria lícita encuentra su justificativo no solo normativo y constitucional sino en un cambio de paradigma, resaltando la importancia de la Naturaleza no únicamente por su utilidad para el

ser humano sino para todos los seres vivos que componen ese ecosistema.

Posteriormente invocó las diferentes competencias en materia ambiental y la consagración del derecho a un ambiente sano tanto en la Constitución Nacional — artículo 41— como en la Provincial — artículo 73—. Ambas disposiciones apuntan no solo a una obligación de no hacer, de no dañarlo, sino a prestaciones positivas para preservarlo, recomponerlo, evitar que otros lo alteren o destruyan y para exigir de los particulares cada deber concreto en cada circunstancia en la que el ambiente quede comprometido o perturbado.

Y acudió a lo que Lorenzetti denomina el “juicio de ponderación” consistente en que los derechos fundamentales son reconocidos bajo la condición de que su ejercicio sea compatible con otros derechos fundamentales y con los bienes colectivos. Destacó expresamente que el ambiente pertenece a la esfera social donde la protección de lo individual es menor. Y agregó que el compromiso de preservarlo se extiende al derecho de las generaciones futuras a gozar de un ambiente sano. Finalmente, ante la eventualidad de acciones que pudieran tener efectos dañosos e irreparables y basándose en el principio precautorio y en los intereses colectivos en juego, determinó que era deber del Estado impedir su realización.

Por tanto, rechazó la demanda contencioso administrativa, lo cual llevó inexo-

rablemente a desestimar la solicitud de inconstitucionalidad de las normas provinciales enumeradas. No obstante, como también lo notó la Corte Suprema, la tutela ambiental no podía significar desnaturalizar el derecho de propiedad a tal punto que impidiera completamente su ejercicio. Así, podía ocurrir que el grado de afectación al dominio particular fuese de tal magnitud que podría dar lugar a que los propietarios accionasen para la eventual reparación de los supuestos daños patrimoniales.

De la comparación de los actos resolutorios de la Corte Suprema y del Superior Tribunal Provincial explicados en los párrafos precedentes, se puede establecer una diferencia fundamental, consistente en que el segundo ponderó la tutela ambiental, el ambiente y la Naturaleza más allá de su beneficio para el ser humano y limitó el ejercicio del derecho individual de propiedad sin reserva alguna ni restricción temporal, dejando a salvo la posibilidad de accionar por daños y perjuicios. En cambio, la Corte Suprema de Justicia, estableció que en un plazo no mayor a 120 días la Provincia debía dictar un Plan de Manejo y vencido el mismo sin el dictado del precitado plan, la normativa quedaría sin efecto.

Frente a esta diferencia, y teniendo en cuenta que Lorenzetti no se pronunció al respecto, desde su vocalía justificaron su abstención ya que es un defensor de

la protección ambiental sin reservas (La Corte Suprema declaró inconstitucionales normas ambientales de Santa Cruz, 2021). No obstante, dicha explicación no es demasiado contundente, ya que podría haber votado en disidencia justificando las razones por las cuales esa posición era aplicable a ese supuesto.

CONCLUSIONES

Las catástrofes ambientales se agudizan mes a mes, signan los próximos años del planeta e interpelan a la humanidad sobre los más aptos e idóneos mecanismos defensivos para obtener la efectiva tutela del ambiente. No cabe duda que la actual legislación ambiental se ha mostrado insuficiente para paliar el creciente deterioro ambiental, por tanto, es necesario la adopción de enfoques y posturas innovadoras y más tuitivas. En esta línea se enmarca la interpretación ecológica del derecho ambiental, que implica atenuar la clásica cosmovisión antropocéntrica y conjugarla con una mirada ecocéntrica, sistémica y biocéntrica, protegiendo a la Naturaleza en su conjunto y a cada uno de sus componentes por su valor intrínseco y con abstracción de su utilidad para los seres humanos.

Sin embargo, dicha tendencia no se plasmó en el accionar de los gobiernos estatales, que continúan siendo reticentes a tales cambios. Resulta preocupante que solo

entre el 17 y 19% de la recuperación económica de la pandemia, vale decir 438 000 millones de dólares de 2.28 billones de dólares, se esté utilizando para la reparación ecológica y la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (PNUMA, 1 de febrero de 2021).

Frente a la inactividad de los gobiernos es que es proliferan los conflictos ambientales a nivel jurisdiccional. Por ello el Poder Judicial cumple un rol protagónico en la interpretación de la normativa ambiental, dejando de ser un mero espectador pasivo e inerte para ser un diseñador de directivas jurídicas que armonicen los sistemas económico, social y ecológico.

Es que Derechos de la Naturaleza y Derecho a la Naturaleza pueden y deben convivir en un diálogo armónico y complementario. Y así lo demuestran las novedosas interpretaciones de las diferentes normas de derecho ambiental, como las analizadas en el presente artículo, con un enfoque que se aleja del antropocentrismo acercándose a posturas eco y biocéntricas.

En sintonía, desde 2017, la Corte Suprema de la Nación Argentina inició un camino de armonía entre el Derecho y la Ecología, al adoptar una visión ecosistémica y policéntrica, ya que se debe tener en cuenta el interés de las generaciones futuras, así como la conservación y sustentabilidad del ecosistema. Y en las sentencias del 2021 califica al sistema de glaciares y periglaciares como reservas estratégicas

de recursos hídricos y enfatiza, en negrita, que más allá de su belleza y valor panorámico para los seres humanos, constituyen bienes vitales fundamentales, bienes naturales únicos e irrepetibles de la más digna y elevada tutela jurídica.

Así es que los Ministros del Máximo Tribunal Argentino han desarrollado una jurisprudencia de valores jurídicos y éticos fundamentales mediante la aplicación de los principios *pro natura* y *pro aqua* aun frente a normas jerárquicamente superiores.

Toda esta reinterpretación y readaptación de la normativa ambiental adoptada por la Corte Suprema se prevé que ocasione una multiplicación de presentaciones en defensa de la Naturaleza.

Efectivamente, el Foro Ecologista Paraná, la Asociación Civil por la Justicia Ambiental y un grupo de niñas y niños de la ciudad de Rosario, representando a las generaciones futuras, presentaron un amparo colectivo ante la Corte Suprema de la Nación Argentina contra las provincias argentinas de Entre Ríos, Buenos Aires y Santa Fe para el resguardo del sistema de humedales e islas del Delta ante la quema descontrolada de pastos de un ecosistema de humedales Ramsar.

En la demanda se le solicita a la Corte que declare como Sujeto de Derecho al Delta del Paraná en la totalidad de su superficie, se ordene a los demandados elaborar e implementar un plan coordinado de manejo

ambiental y ordenamiento territorial que reconozca la vulnerabilidad del ecosistema y su relevancia para las generaciones futuras, se designe un guardián para la entidad, responsable de monitorear su conservación y uso sustentable y se ordene la participación pública amplia, temprana y efectiva en cualquier toma de decisiones sobre el manejo futuro del ecosistema. El 28 de diciembre de 2021, el Máximo Tribunal aceptó su competencia y decidió acumular todas las causas relacionadas con el tema (CSJN, 28 de diciembre de 2021).

Es de destacar la adopción del paradigma ambiental y el juicio de ponderación efectuado por el Superior Tribunal de Santa Cruz, en cuanto que, en caso de colisión entre derechos y valores individuales versus el interés social y colectivo, prevalecen estos últimos sin reserva.

Los derechos fundamentales individuales llevan inserta una cláusula de reserva en virtud de la cual serán reconocidos bajo la condición de que su ejercicio sea compatible con otros derechos fundamentales y con los bienes colectivos. Destacó expresamente que el ambiente pertenece a la “esfera social” donde la protección de lo individual es menor.

No se puede omitir la mención de la tragedia ambiental que, a fines de febrero de 2022, ha sufrido Argentina por los incendios en la Provincia de Corrientes. El fuego arrasó más de 700 mil hectáreas, lo que equivale a un 9% de la superficie de

toda la provincia, y ya se iniciaron setenta causas judiciales porque algunos focos fueron intencionales. Entre las áreas más afectadas figura el segundo humedal más grande de América, los Esteros del Iberá, con una alta biodiversidad de flora y fauna, con lagunas, bañados y esteros. Las imágenes mostraron a yacarés cruzando los caminos de tierra seca escapando del fuego, ciervos con las patas quemadas y yaguaretés desorientados.

Y trajo nuevamente a debate la imperiosa necesidad del dictado de la tan postergada ley de humedales. El primer proyecto de Ley de Presupuestos Mínimos para Humedales se presentó en abril de 2013, en septiembre de ese mismo año, ingresó, también en la Cámara de Senadores, un segundo y ambos se fusionaron. Sin embargo, ninguno fue aprobado y en el año 2015 perdió estado parlamentario. En el año 2016, se presentaron dos proyectos que se fusionaron, pero también perdieron estado parlamentario en 2018. Igual suerte tuvieron los otros cuatro proyectos presentados en 2018. Finalmente, en 2020 se presentaron quince proyectos. En estos últimos se puede identificar similar fundamentación, en cuanto a la importancia de los humedales por los servicios ecosistémicos para el ser humano, pero en algunos se nota el giro a la visión ecocéntrica y biocéntrica, ya que se protege al humedal por su valor inherente y establece los principios *in dubio pro natura* e *in*

dubio pro aqua. No obstante, ninguno fue aprobado. Por ello y frente a la inacción y pasividad del Poder Legislativo es imperioso que sean los jueces los protagonistas de la ecologización del derecho ambiental en pos de proteger a la Naturaleza y a todos sus componentes.

Ya hace más de un siglo, el ecólogo y ambientalista, Aldo Leopold alertaba sobre la falta de una ética que aborde las relaciones de los seres humanos con la tierra, con los animales y las plantas que crecen en ella. Posteriormente, otros filósofos y ecologistas, como Thomas Berry —con la Jurisprudencia de la Tierra—, y Leonardo Boff —una Ética para la Madre Tierra— expresaron ideas similares con respecto a la necesaria transformación de las prioridades de la humanidad. Esas enseñanzas comenzaron a mostrar sus frutos principalmente en los jóvenes que notan que las generaciones antecesoras —padres y abuelos— están comprometiendo su futuro al dejarles un planeta casi en extinción.

En el prefacio de su obra póstuma y quizás la más importante —*A Sand County Almanac*—, ya que falleció una semana después de que la Universidad de Oxford aceptara publicarla combatiendo un incendio en los campos de un vecino, Aldo Leopold (1949) dejaba como legado:

La conservación no está llegando a ninguna parte porque es incompatible con nuestro concepto abrahámico de la tie-

rra. Abusamos de la tierra porque consideramos que nos pertenece. Cuando la veamos como una comunidad a la que pertenecemos, puede que comencemos a usarla con amor y respeto. (p. viii)

REFERENCIAS

Cafferatta, N. (20 de abril de 2015). La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros IV*, 304. Cita Online: AR/DOC/556/2015.

Código Civil y Comercial de la Nación [CCyC]. Leyes 26.994 y 27.077 de 2015. 1 de agosto de 2015 (Argentina) Infojus.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2022). *Informe Especial COVID-19 Cómo financiar el desarrollo sostenible*. CEPAL.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Apen Aike S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad; 18 de noviembre de 2021. CSJ 2511/2005 (41-A)/CS 1.

Corte Suprema de la Nación Argentina. Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental; 28 de diciembre de 2021. CSJ 542/2020.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad; 4 de junio de 2019. CSJ 140/2011 (47-B)/CS 1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios; 18 de noviembre de 2021. CSJ 3162/2004 (40-C)/CS 1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad; 11 de marzo de 2021. CSJ 660/2012 (48-C)/CS 1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas; 1 de diciembre de 2017. CSJ 243/2014 (50-L)/CS 1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas; 16 de julio de 2020. CSJ 243/2014 (50-L)/CS 1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental; 11 de julio de 2019. CSJ 714/2016 /RH 1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y otros s/ Amparo Ambiental; 25 de febrero de 2021. FSA 18805/2014/CS 1.

Falbo, A. (2017). El término “habitantes” del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos. *Revista de Derecho Ambiental* 52, 137-143.

Falbo, A. y Esain, J. (17 de agosto de 2015). El Código Civil y Comercial y el ambiente. *RCCyC* 2015, 19-24.

Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (Dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1º Edición. Título Preliminar y Libro Primero. Infojus.

Intergovernmental Panel on Climate Change (2021). *Climate Change 2021. The Physical Science Basis* https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf

- La Corte Suprema declaró inconstitucionales normas ambientales de Santa Cruz (18 de noviembre de 2021). *Diario La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-corte-suprema-declaro-inconstitucionales-normas-ambientales-de-santa-cruz-nid18112021/>.
- Lamberti, A. (2019). La aplicación de los principios emergentes *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia: dimensiones sistémicas, axiológicas y hermenéuticas. *Revista de la Facultad 2 (X)*, Nueva Serie II, 217-241.
- Leopold, A. (1949). *A Sand Country Almanac, and Sketchers here and there*. Oxford University Press.
- Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del derecho ambiental*. Editorial Porrúa.
- Lorenzetti, R. (Dir.) (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. (8 de julio de 2018). El conflicto del río Atuel en Argentina. *IUCN WCEL International, Regional and National Reports*. https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/wcel_international_region_national_reports_ricardo_lorenzetti_el_conflicto_del_el_rio_atuel_en_argentina.pdf.
- Martínez, A. y Porcelli, A. (2017). Una nueva visión del mundo: la ecología profunda y su incipiente recepción en el derecho nacional e internacional (primera parte) *Lex 20 (I)*, 395-440 <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1450>.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2021). *Informe sobre la Brecha de Emisiones 2021. La calefacción está encendida. Resumen Ejecutivo*. PNUMA.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (1 de noviembre de 2021). “Lo que necesitas saber sobre la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático COP 26” PNUMA <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/reportajes/lo-que-necesitas-saber-sobre-la-conferencia-de-las-naciones-unidas>
- Rosatti, H. (2016). La tutela del medioambiente en la Constitución Nacional Argentina. En Enrique M. Alonso Regueira (Editor). *El control de la actividad estatal* (tomo II, pp. 811-814). Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz. *Lacustre del Sud S.A. c/ Consejo Agrario Provincial-Provincia de Santa Cruz s/ demanda contencioso administrativa*; 15 de mayo de 2012. MJ-JU-M-72797-AR | MJJ72797 | MJJ72797.
- World Health Organization (2021). *WHO global air quality guidelines. Particulate matter (PM2.5 and PM10), ozone, nitrogen dioxide, sulfur dioxide and carbon monoxide*. World Health Organization.



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

JOSÉ OVALLE FAVELA¹

FECHA DE RECEPCIÓN: 12 DE AGOSTO 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15 DE SEPTIEMBRE 2022

DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.2>

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Constitutional Procedural Law: A Comparative Perspective

RESUMEN

Es un análisis histórico y comparativo del surgimiento y desarrollo de los tres principales sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: el norteamericano, el austríaco y el francés. De cada uno de estos se estudian sus antecedentes, sus fundamentos doctrinales y jurídicos, su evolución y sus principales características.

Palabras clave: control concentrado; control difuso; control preventivo; control sucesivo; derecho procesal constitucional

ABSTRACT

This is a historical and comparative analysis of the emergence and development of the three main systems of jurisdictional control of the constitutionality of laws: the American, the Austrian and the French. The background, doctrinal and legal foundations, evolution and main characteristics of each of these systems are studied.

Keywords: concentrated control; diffuse control; preventive control; successive control; constitutional procedural law.

¹ Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: joseovalle@bof.com.mx. ORCID: 0000-0002-1082-5554.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA

INTRODUCCIÓN

El derecho procesal constitucional es la disciplina que tiene por objeto el estudio del conjunto de normas y principios que regulan el proceso destinado a solucionar los conflictos sobre la interpretación y aplicación de normas constitucionales (Ovalle, 2016, 80).

En este trabajo nos proponemos hacer un análisis de las circunstancias históricas y de las teorías jurídicas y políticas que impulsaron el surgimiento y desarrollo de los tres grandes sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes: el estadounidense, el austríaco y el francés. Estos sistemas se convirtieron en modelos, en la medida de que influyeron en la creación de sistemas control en otros ordenamientos. Pero se parte de la hipótesis que se trata solo de modelos y que los países que en alguna medida los adoptaron, no se limitaron a hacer una copia textual de alguno de los tres modelos, lo cual sería imposible, sino simplemente que sus lineamientos fundamentales fueron tomados en cuenta al momento de diseñar su propio sistema, con las modalidades y características propias de cada Estado.

Aunque el estudio del tema de los derechos humanos en las constituciones empezó a hacerse una vez que aquellas empezaron a entrar en vigor, no ocurrió lo mismo con la disciplina procesal constitucional, cuya formación se remonta a la primera mitad del siglo XX. Con razón se ha estimado que el derecho procesal constitucional fue fundado por Hans Kelsen, quien fue el autor del proyecto de Constitución de Austria en 1920, en la que creó el primer Tribunal Constitucional en el mundo (Métall, 1976, 41-43, 60-62).

Conviene aclarar que en el mismo año de 1920 se promulgó la Constitución de la República de Checoslovaquia, la cual impuso a los jueces ordinarios el deber de recurrir al tribunal constitucional en los casos en los que la aplicación de la ley podría conducir a una violación de la Constitución. Pero tuvo muy escasa vigencia y aplicación, pues solo llegó a emitir una sentencia (González Trevijano, 2000, 31-31; Fromont, París, 2013, 41; y Cappelletti, 1987, 64).

Con base en su experiencia como autor del proyecto de Constitución y como magistrado del Tribunal Constitucional (1921-1930), Kelsen escribió un artículo fundamental para el nacimiento del derecho procesal constitucional: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”. En este trabajo el autor analiza el problema de la regularidad del ordenamiento jurídico, la noción de Constitución, las garantías de la regularidad, las garantías de la constitucionalidad (la jurisdicción constitucional, el objeto, el criterio, el procedimiento y el resultado del control de constitucionalidad), así como el significado jurídico y político de la justicia constitucional (Kelsen, 1974, 471).

Kelsen afirma que su “estudio trata del problema de la garantía jurisdiccional de la Constitución, denominada generalmente justicia constitucional...” Es evidente que aunque utiliza la denominación de

justicia constitucional, el contenido de su artículo sentó las bases fundamentales del *derecho procesal constitucional*.

Entendemos que las dos denominaciones son relativamente equivalentes. Quizá la noción de justicia constitucional hace mayor énfasis en los órganos encargados de ejercer la jurisdicción constitucional y en los aspectos políticos de esa justicia; en cambio, el derecho procesal constitucional utiliza con más rigor los conceptos y principios de la Teoría general del derecho procesal.

Bajo la influencia de Kelsen, en buena parte de los países europeos y en algunos latinoamericanos se utiliza la expresión “justicia constitucional” para referirse a nuestra materia. En este sentido, Rousseau y Blachère consideran que, desde un punto vista funcional, la justicia constitucional se presenta como la actividad jurisdiccional confiada a este órgano independiente para resolver los litigios que surjan entre las partes sobre las cuestiones de conformidad constitucional (de normas jurídicas, de comportamientos o de ciertas decisiones públicas como las resoluciones judiciales o los actos de las entidades territoriales) o para juzgar las violaciones a la Constitución por los poderes públicos (Rousseau y Blachère, 2020, 9). Cappelletti sostiene que todas las manifestaciones de la justicia constitucional “se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la

tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional” (Cappelletti, 1987, 9).

Alcalá-Zamora inició la tendencia a denominar derecho procesal constitucional a nuestra materia, a partir su obra *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en la cual analiza este Tribunal introducido en la Constitución española de 1931 (Alcalá-Zamora, 1933). Entre otras cosas, el procesalista español examina los antecedentes, la naturaleza y el objeto de las funciones del Tribunal: el recurso de inconstitucionalidad de las leyes; el recurso de amparo; los conflictos de competencia legislativa y los de atribuciones entre el Estado y las Regiones autónomas, etcétera. Asimismo, estudia la organización del Tribunal y las partes en el *proceso constitucional*. El autor incluyó este trabajo en su libro *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, publicado en 1944, al lado de otros artículos en los que aborda temas relacionados (Alcalá-Zamora, 1944). El título de sus ensayos dio nacimiento al nombre de derecho procesal constitucional.

González Pérez define el derecho procesal constitucional como “el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional”. Para este autor, el proceso constitucional es aquel a través del cual el tribunal constitucional conoce de “pretensiones funda-

das en normas constitucionales” (González Pérez, 1980, 41 y 77).

Fix-Zamudio, quien ha sido el principal autor que se ha encargado de sistematizar y difundir esta materia en México, afirma que “el derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en su sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder” (Fix-Zamudio, 1992, 26).

Se puede concluir que el derecho procesal constitucional tiene las características siguientes:

1. Es una *disciplina procesal*, es decir, forma parte de todo el conjunto de la ciencia del derecho procesal, por lo que comparte con esta los conceptos, los principios y las instituciones que integran la parte general de aquélla. No pertenece al derecho constitucional, pues éste es una rama del derecho sustantivo; si bien es cierto que el proceso constitucional tiene como función principal la interpretación y aplicación de las normas constitucionales sustantivas, también lo es que el inicio, el desarrollo y la terminación del proceso constitucional se sujetan a las normas de carácter procesal.

2. El objeto de estudio del derecho procesal constitucional es el *proceso constitucional*, cuya finalidad primordial es la solución de los conflictos sobre la interpretación y aplicación de las normas constitucionales.
3. Las funciones del proceso constitucional varían de acuerdo con la legislación vigente en cada país. Sin embargo, se puede afirmar que las más relevantes son las siguientes: *a)* el *control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes* y de otras normas generales; *b)* la tutela jurisdiccional de los *derechos humanos*; *c)* los *conflictos entre los poderes* y demás órganos del Estado, y *d)* la *impugnación de las sentencias definitivas* y demás resoluciones que pongan fin definitivamente a los juicios seguidos ante los tribunales ordinarios. En este trabajo vamos a ocupar de la función señalada en el inciso *a*.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Vamos a analizar brevemente los principales sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, sobre todo en los países que han ejercido una mayor influencia en los demás Estados.

El sistema norteamericano

Aunque este sistema que surgió en los Estados Unidos, tuvo sus orígenes en la

tradición jurídica inglesa defendida por el *Chief Justice Sir Eduardo Coke*, quien en la sentencia dictada en 1610, en el célebre caso *Bonham*, sostuvo que en muchos casos el *common law* (el derecho común de Inglaterra aplicado por los tribunales reales de justicia) controla las leyes del Parlamento, y a veces debe declararlas nulas, pues cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho común y a la razón, repugnante o imposible de ser cumplida, el *common law* debe tener autoridad sobre ella y declarar que tal ley es nula (Cappelletti, 1987, 53-56; y Fernández Segado, 2013, 37-113).

La base en la que se sustenta este sistema se encuentra en el art. VI, párr. 2, de la Constitución norteamericana de 1787, el cual dispone que la Constitución, las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país; así como que los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

Hamilton, al comentar la Constitución estadounidense, expresaba:

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe

ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hubiere una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria...(Hamilton *et. al.*, 1957, 332).

Es claro que la Constitución estableció el principio de la *supremacía constitucional* sobre todas leyes ordinarias, tanto federales como estatales, y el deber de todos los tribunales del país de no aplicar las leyes que estuvieran en contradicción con la Constitución (Grant, 1963, 30). Sin embargo, no previó la forma como los tribunales deberían cumplir este deber.

Esta cuestión fue abordada en la sentencia que dictó la Corte Suprema en febrero de 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*. El presidente de la República, John Adams, había nombrado jueces de paz, a finales de su administración, a William Marbury y a otras personas. Los nombramientos fueron aprobados por el Senado, pero no pudieron ser entregados físicamente a todos los designados. Al tomar posesión la nueva administración, el secretario de Estado, James Madison, siguiendo las instrucciones del presidente Thomas Jefferson, se negó a entregar los nombramientos. Cuatro personas, entre ellas William

Marbury, promovieron un *writ of mandamus* directamente ante la Corte Suprema, para que ordenara al secretario de Estado, James Madison, hacer entrega de los nombramientos. A través del *writ of mandamus* el demandante solicita al tribunal que emita un mandamiento judicial que ordene a alguna autoridad llevar cabo un acto determinado.

Aunque la sentencia, cuyo proyecto redactó el presidente de la Corte Suprema John Marshall, reconoció que Marbury tenía derecho a su nombramiento como juez de paz y que el no habérselo entregado constituía una grave violación a ese derecho, sin embargo consideró que el *writ of mandamus* se fundó en la sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 (que preveía su procedencia), pero que estaba en contradicción con la sección 2 del art. III de Constitución, que solo atribuía a la Corte Suprema competencia para conocer en apelación (segundo grado) del *writ of mandamus*.

En la sentencia se planteó si para resolver esta contradicción debía prevalecer la Constitución o la ley ordinaria:

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley

suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto, siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entrañan conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución (y) ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando

la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren (el texto de la sentencia se puede consultar en los sitios de Internet: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos30558.pdf>; y <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Marbury-vs.-Madison.pdf>).

Con base en lo que dispone el art. VI, párr. 2, de la Constitución de 1787 y los lineamientos de la sentencia de febrero de 1803, se conformó y desarrolló el sistema norteamericano de control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes (llamado *judicial review of legislation*). Las características principales de este sistema son las siguientes:

1. El deber de ejercer el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes compete no sólo a la Corte Suprema, sino también a todos jueces del país, tanto federales como locales. Por eso este sistema se caracteriza como *difuso* o *descentralizado*. Todos los ór-

ganos jurisdiccionales tienen el deber de no aplicar aquellas leyes ordinarias que se encuentren en contradicción con la Constitución. La posible diversidad de criterios de interpretación constitucional emitidos por esos órganos jurisdiccionales se unifica en aquellos casos que llegan a la Suprema Corte, como tribunal de última instancia, porque el criterio que emita ésta deviene obligatorio para todos los jueces, en virtud del principio del *stare decisis et quia non movere* (estar a lo decidido y no mutar los puntos ya establecidos) o doctrina del *binding precedent* (precedente vinculante), que rige en la tradición jurídica angloamericana o del *common law* (Cappelletti, 1987, 71; y Ovalle, 2009, 116-121).

Como consecuencia de la *doctrine of binding precedent* o del *stare decisis*, normalmente la sentencia, por un lado, tiene *eficacia interna* o *intra partes*, pues obliga a las partes a cumplir con ella; las partes, como consecuencia de la autoridad de la cosa juzgada que puede adquirir la sentencia, no podrán proponer el litigio ya resuelto en otro juicio ni interponer medio de impugnación alguno en contra de la sentencia; y por el otro, tiene *eficacia externa*, ya que la regla de derecho (*ratio decidendi*) contenida en ella constituye un *precedente* aplicable a juicios posteriores cuyo litigio se ubique en el mismo

supuesto que sirve de base a tal regla (Farnsworth, 1979, 52).

Sin embargo, el precedente tiene diferente eficacia externa, de acuerdo con la jerarquía del órgano que emite la sentencia. Por regla, los precedentes derivados de las sentencias dictadas por la Corte Suprema son las que tienen fuerza vinculante para todos los demás órganos jurisdiccionales; los de los tribunales de apelación tienen fuerza vinculante tanto para éstos como para los órganos subordinados. Un tribunal de apelación no está obligado a acatar los precedentes de un tribunal inferior ni los tribunales de un Estado están sujetos a los precedentes de un tribunal de otro Estado. La eficacia se va reduciendo de acuerdo con la jerarquía de cada órgano jurisdiccional (Séroussi, 1998, 7).

Por último, la eficacia vinculante del precedente se refiere sólo a la regla de derecho que, con base en los *hechos*, se establece en la sentencia; a esa regla, enmarcada por sus respectivos hechos, es a lo que se llama *ratio decidendi* (razón de decidir) o *holding* (principio) (Farnsworth, 1979, 55).

2. En el sistema estadounidense no existe un proceso *ex professo* o especial para solucionar los conflictos constitucionales, sino que las cuestiones constitucionales se plantean en *incidentes* o

excepciones que la partes pueden hacer valer en los juicios naturales (civiles, penales, administrativos, etcétera) para impugnar la inconstitucionalidad de las leyes invocadas por la contraparte, o a través de los *recursos* que interpongan. Grant afirma: “En suma la regla básica de nuestro sistema es que no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales. Esta se deciden cuando surjan en cada caso determinado, cualquiera que sea naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven” (Grant, 1963, 37)

3. Las sentencias que dicten los jueces y los tribunales ordinarios, en las que determinen que ley es contraria a la Constitución, no declaran la nulidad de la ley, sino que se limitan a ordenan que *no se aplique dicha ley*, y los efectos de tales sentencias se limitan a las partes, es decir, solo tienen eficacia *interpartes*, aunque las sentencias de los tribunales de apelación sí pueden establecer precedentes vinculantes para ellos mismos y para los órganos inferiores. Los precedentes que sostiene la Corte Suprema son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales, por su jerarquía y en virtud de la regla del *stare decisis*. Sin embargo, el principio del *stare decisis* sólo permite que la razón fundamental con base en la cual se

decidió una sentencia (*ratio decidendi*) se pueda aplicar en juicios posteriores, pero esto no significa que la sentencia tenga efectos generales.

4. Los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes se clasifican en *preventivos* o *a priori*, cuando funcionan antes de que se promulgue la ley, y *sucesivos* o *a posteriori*, cuando actúan una vez que la ley haya entrado en vigor o cuando se haya realizado un acto de aplicación de la misma. El sistema norteamericano es de carácter *sucesivo* o *a posteriori* porque se ejerce contra actos concretos de aplicación mediante incidentes promovidos en juicios naturales o a través de los medios de impugnación (Celotto, 2018, 20; Rousillon y Esplugas-Labatut, 2015, 44; Zagrebelsky y Marcenò, 2018, 92).

5. Los sistemas de control también se clasifican en *abstractos*, cuando se dirigen al control de la constitucionalidad de las leyes por medio de la verificación objetiva de la conformidad o la disconformidad entre la Constitución y la ley impugnada, prescindiendo de cualquier acto de aplicación, por lo que no se originan en un procedimiento judicial previo, ni tienen por objeto inmediato la tutela de los derechos individuales; y en *concretos*, cuando la constitucionalidad de la ley es impugnada

como consecuencia de su aplicación específica en un procedimiento judicial, por considerar que esa aplicación es contraria a la Constitución y vulnera los derechos individuales de la parte que reclama (Celotto, 2018, 20; Favoreu y Mastor, 2016, 25-26; y Fromont, 1996, 42). Evidentemente el sistema estadounidense tiene carácter *concreto*, pues tiene su origen en los procedimientos judiciales de la competencia de los jueces y tribunales federales y estatales, y tiene por objeto el control de la constitucionalidad de las leyes cuando éstas se vayan a aplicar o se hayan sido aplicadas en tales procedimientos.

El sistema norteamericano ha ejercido su influencia particularmente en los países que han recibido la tradición jurídica del *common law*, como es el caso de Australia, Canadá, Nueva Zelanda y la República de Irlanda. También ha sido adoptado parcialmente por los Estados nórdicos, Grecia, Japón, Corea del Sur y algunos países latinoamericanos (Fromont, 2013, 31-409; Tamburrini, 2004, 237). Es claro que estos países no han reproducido literalmente el modelo estadounidense, sino que le han hecho las modificaciones necesarias para adecuarlo a sus propias condiciones políticas y jurídicas. Algunos autores llaman al sistema estadounidense, “sistema americano”, pero esta calificación es inexacta porque este sistema nació y

se desarrolló en los Estados Unidos de Norteamérica; en la mayoría de los Estados latinoamericanos que lo adoptaron no ha funcionado adecuadamente, por carecer de la tradición jurídica del *common law* y, sobre todo, del principio del *stare decisis*.

El sistema austríaco

Al finalizar la primera guerra mundial, como consecuencia de la derrota que las potencias centrales sufrieron frente a los aliados, el Imperio Austro Húngaro se disolvió y el 12 de noviembre de 1918 se proclamó la República de Austria, para cuyo gobierno se nombró canciller a Karl Renner y presidente de la República a Karl Seitz, ambos socialdemócratas.

El país originalmente se llamó República de Austria Alemana, pues se intentaba unir Austria con Alemania, pero el Tratado de Saint-Germain-en-Laye del 10 de septiembre de 1919, obligó a dejar el nombre en solo República de Austria.

Hans Kelsen ya había sido profesor universitario entre 1911 y 1914, antes del inicio de la primera guerra, pero en julio de 1918 fue nombrado profesor extraordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, (Métall, 1976, 35) donde formó la célebre Escuela de Viena. Aunque nuestro autor nunca se afilió a partido político alguno, sí tuvo relaciones personales con los círculos de intelectuales socialdemócratas, por lo que el canci-

ller Renner, tomando en cuenta el sólido prestigio académico de Kelsen, lo comisionó para que cooperara en la preparación definitiva de la Constitución de la República. El canciller Renner, quien estaba muy ocupado con las labores de su cargo, solo señaló a Kelsen dos lineamientos para el proyecto de Constitución: que se respetaran los principios fundamentales de la democracia parlamentaria y la descentralización política (Métall, 1976, 41).

Aunque nuestro autor tuvo que poner el proyecto de Constitución a consideración de diversos departamentos y funcionarios, su proyecto solo sufrió algunas modificaciones de escasa importancia. La parte que más le interesaba, la del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no tuvo modificaciones (Bongiovanni, 2003, 1998, 143; y Schmitz, 2003, 240).

Es claro que la formación y la obra académica de Kelsen influyeron evidentemente en el proyecto de Constitución. En 1911 ya se había publicado su libro *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. Una de las bases esenciales para proyectar el Tribunal Constitucional fue, sin duda, la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico. Como es sabido, para este autor las relaciones entre las diversas normas que integran el orden jurídico se presentan a la vez como un acto de creación y de aplicación del derecho: “Este proceso no se limita a la sola

legislación sino, comenzando en la esfera del orden jurídico internacional, superior a todos los órdenes estatales, sigue con la Constitución para llegar, en fin, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, a los actos de ejecución material” (Kelsen, 1974, 472).

Para el fundador de la Escuela de Viena, cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción del derecho frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior. La idea de regularidad, afirmaba, se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del derecho. La regularidad no es sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden. Por esta razón, concluye que garantías de la Constitución significa “garantías de regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes” (Kelsen, 1974, 474).

Por otro lado, es claro que el autor también tomó en cuenta, además, las orientaciones que le señaló el canciller Renner, así como la existencia de instituciones preexistentes como el Tribunal del Imperio establecido en 1867.

El Tribunal Constitucional creado por la Constitución Federal Austríaca de 1920 tiene como característica esencial la de ser un órgano jurisdiccional independien-

te, tanto del Parlamento como de la Administración Pública, al cual se atribuye la competencia exclusiva para ejercer el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y de otras disposiciones legislativas y administrativas. El Tribunal constitucional, además, no forma parte de la jurisdicción ordinaria. El control que ejerce este tribunal es *concentrado* en el sentido de que lo hace en forma exclusiva, es decir, con exclusión de cualquier otro órgano del Estado. A diferencia del sistema estadounidense, en el que el control es *difuso* porque lo que puede ejercer cualquier órgano de la jurisdicción ordinaria, en el sistema austríaco el Tribunal Constitucional es el único órgano del Estado facultado para ejercer ese control (Cappelletti, 1987, 60; Celotto, 2018, 22; Zagrebelsky y Marcenò, 2018, 89).

Kelsen afirmaba: “No es, pues, el Parlamento con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, una jurisdicción o tribunal constitucional” (Kelsen, 1974, 490). El propio autor señalaba que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es el principal objeto de la jurisdicción constitucional: “Son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las

que forman el principal objeto de la jurisdicción constitucional” (Kelsen, 1974, 493).

El Tribunal Constitucional se integraba por un presidente, un vicepresidente y doce magistrados. La Asamblea Nacional elegía al presidente, al vicepresidente y a seis de los magistrados con carácter vitalicio, en tanto que a los otros seis magistrados el Senado Federal. También se nombraban seis suplentes (Métall, 1976, 54; Fernández Segado, 2009, 116; Rousseau y Blachèr, 2020, 43). Este sistema de elección y el carácter vitalicio de los nombramientos aseguraban la independencia de este órgano jurisdiccional.

Actualmente, el Tribunal Constitucional se integra por un presidente, un vicepresidente, doce magistrados y seis suplentes. El presidente de la República nombra, a propuesta del gobierno, al presidente, al vicepresidente, a seis de los magistrados y a tres suplentes; también nombra a tres magistrados y dos suplentes, a propuesta en ternas formuladas por la Asamblea Nacional, y a los otros tres magistrados y suplente, a propuesta en ternas presentadas por el Senado (art. 147, párrafos 1 y 2 de la Constitución) (Favoreu y Mastor, 2016, 39).

Zagrebelsky y Marcenò afirman que el sistema de control concentrado busca un equilibrio entre dos principios, la supremacía de la Constitución y la fuerza de la ley, a través de lo que se ha definido como el *privilegio del legislador*. Este principio tiene dos aspectos: a) el legislador tiene “su”

juez que opera a través de procedimientos particulares creados especialmente para tomar en cuenta las características del control de la constitucionalidad de las leyes y de las exigencias políticas que dicho control implica; *b*) la ley es obligatoria para todos (incluidos los jueces), hasta que no sea declarada inconstitucional por el órgano exclusivamente competente para controlar su validez (Zagrebelky y Marcenò, 2018, 88).

Las características de este sistema, son las siguientes:

1. Al igual como ocurre en el derecho estadounidense, el Tribunal Constitucional austríaco ejerce un control *sucesivo* o *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes, pues solo opera una vez que la ley o la disposición administrativa hayan entrado en vigor.
2. En el sistema austríaco se accede al Tribunal Constitucional en vía principal por medio de una *acción de inconstitucionalidad* que ejercen los sujetos legitimados y el Tribunal conoce de un *proceso constitucional*, a diferencia del sistema estadounidense en el que la cuestión constitucional se plantea por vía de incidentes o excepciones tramitados en los juicios ordinarios, ante los jueces federales o locales, o en los recursos que se promuevan, sin que exista un proceso constitucional específico.

En el texto original de la Constitución austríaca de 1920 los únicos sujetos legitimados para ejercer esta acción de inconstitucionalidad eran el Gobierno Federal para pedir el control de la constitucionalidad de las leyes de las entidades federativas (*Länders*), y estas últimas para el control de constitucionalidad de las leyes federales (Cappelletti, 1987, 90). En la reforma constitucional de 1929 se agregaron dos nuevos sujetos legitimados: el Tribunal Supremo (para las causas civiles y penales: *Obserster Gerichtshof*) y el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*). Sin embargo, la reforma no legitimó a estos dos órganos para ejercer una acción de inconstitucionalidad, sino para tramitar un incidente en los procesos ordinarios de los que conozcan, en los que se planteen cuestiones de inconstitucionalidad sobre una ley federal o estatal; incidente que deben someter al Tribunal Constitucional para su resolución, como una *cuestión prejudicial de constitucionalidad*, es decir, una cuestión previa a la sentencia que dichos órganos jurisdiccionales deben dictar para resolver los procesos o los medios de impugnación de los cuales están conociendo (Cappelletti, 1987, 91). Posteriores reformas constitucionales extendieron la legitimación a cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia y a cualquier persona que afirme haber sido directamente

perjudicada en sus derechos por dicha razón, cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual (art. 140, párrafo 1, de la Constitución de Austria) (Palomino, 2017, 653). Conviene aclarar que el texto original de la Constitución austriaca otorgaba legitimación a los particulares para impugnar ante el Tribunal Constitucional las resoluciones o decisiones de las autoridades administrativas, cuando el autor del recurso alegue haber sido lesionado por la resolución en un derecho constitucional o perjudicado por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley anticonstitucional o de un tratado internacional contrario a derecho (art. 144.1). Pero en este supuesto no se trataba en una impugnación de la ley por ser contraria a la Constitución, sino de un recurso en contra de un acto de aplicación de la ley anticonstitucional o del tratado internacional contrario a derecho. En este caso el Tribunal debía resolver exclusivamente sobre la validez del acto de aplicación (Herrera, 2011, 612; Olivetti, 2014, 43).

3. Las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran que una ley es inconstitucional tienen *efectos generales (erga omnes)*, de modo que anula el ordenamiento impugnado, el cual pierde toda

su eficacia frente a todas las personas, ya sea para el futuro o bien hacia el pasado, según el caso. Como señala con toda claridad Cappelletti: “La ley, una vez dictada la resolución de inconstitucionalidad, es quitada de en medio para todos, del mismo modo como si hubiese sido abrogada por una ley posterior...” (Cappelletti, 1987, 101).

Kelsen afirmaba que entre las medidas técnicas “que tienen por objeto garantizar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional es la que representa la garantía principal y la más eficaz de la Constitución” (Kelsen, 1974, 489).

Como vimos anteriormente (*supra* 2.1, párrafo 3), en el sistema norteamericano las sentencias que dicten los jueces y tribunales ordinarios en las que determinen que ley es contraria a la Constitución, no declaran la nulidad de la ley, sino que se limitan a ordenan que *no se aplique dicha ley*, y los efectos de tales sentencia sólo se aplican a las partes, es decir, solo tienen eficacia *inter partes*, aunque las sentencias de los tribunales de apelación sí pueden establecer precedentes vinculantes para ellos mismos y para los órganos inferiores. Los precedentes que sostiene la Corte Suprema son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales, por su jerarquía y en virtud de la regla del *stare decisis* (Cappelletti, 1987, 99). Sin embargo, el

principio del *stare decisis* permite que la razón fundamental con base en la cual se decidió una sentencia (*ratio decidendi*) se pueda aplicar en otros procesos posteriores, pero esto no significa que la sentencia tenga efectos generales.

4. El sistema austriaco original es *abstracto*, ya que se dirige al control de la constitucionalidad de las leyes por medio de la verificación objetiva de la conformidad o la disconformidad entre la Constitución y la ley impugnada, prescindiendo de cualquier acto de aplicación, por lo que no se origina en un procedimiento judicial previo, ni tienen por objeto inmediato la tutela de los derechos individuales. Sin embargo, la reforma constitucional de 1929, que facultó al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo para tramitar incidentes en los procesos ordinarios de los que conozcan, en los que se planteen cuestiones de inconstitucionalidad sobre una ley federal o estatal, los cuales debían someter al Tribunal Constitucional para su resolución, adicionó al sistema con el control *concreto*, al prever que la cuestión constitucional pudiera plantearse en incidentes tramitados en procesos ordinarios ante esos órganos jurisdiccionales, que versaran sobre la posible aplicación de una ley considerada inconstitucional. Esta modificación convirtió al sistema austríaco en híbrido (Cappelletti, 1987, 91).

5. La Constitución proyectada por Kelsen no solo creó el Tribunal Constitucional, sino que también estableció las bases para el Estado democrático y federal, que sustituyó al Estado monárquico, autocrático y centralista del Imperio Austro Húngaro. Pudo establecer un equilibrio entre las entidades federativas y la Federación, para lo cual otorgó competencia al Tribunal Constitucional para conocer de la posible anticonstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias de un gobierno regional o del gobierno federal, respectivamente (art.140.1) (Öhlinger, 2003, 212).

Además, el fundador de la Escuela de Viena fue electo por todos los partidos de la Asamblea Nacional magistrado del Tribunal Constitucional, cargo que desempeñó de 1921 a 1930. En este último año, el gobierno social cristiano promovió una reforma constitucional que prácticamente suprimió al Tribunal Constitucional original y creó otro, con integrantes que no eran designados por la Asamblea Nacional, sino por el presidente de la República, en merma de su independencia. Las funciones de este segundo Tribunal Constitucional quedaron bloqueadas en 1933 por el avance del nazismo (Celotto, 2018, 14). Finalmente este tribunal desapareció con motivo de la anexión de Austria por la

Alemania nazi, en abril de 1938 (*Anschluss*) (Marcou, 1977, 57).

Sin embargo, después de concluida la Segunda Guerra Mundial, el original Tribunal Constitucional fue restablecido en Austria en 1945, conforme al proyecto de Kelsen. Este Tribunal sirvió como modelo al Tribunal de Garantías Constitucionales de la República Española (1931) (Alcalá-Zamora, 1944, 503; y Fernández Segado, 2009, 545), a los tribunales constitucionales de Italia (1947) y de Alemania (1949). Asimismo, el modelo de Kelsen fue acogido, en mayor o menor medida, por una buena parte de los países de Europa occidental (Chipre, España, Portugal y Bélgica (Celotto, 2018, 15), central y oriental (la ex Yugoslavia, Polonia, Hungría, Rusia), así como Bulgaria, Lituania, República Checa, República Eslovaca, Rumania, Eslovenia, Croacia, Albania, Moldavia, Letonia y Estonia) (Favoreu y Mastor, 2016, 15; Groppi *et al.*, 2014, *passim*). Louis Favoreu sostiene que sin Kelsen los tribunales constitucionales no habrían existido jamás (Favoreu y Mastor, 2016, 7).

El modelo austríaco también ha ejercido influencia en algunos países latinoamericanos, como Guatemala, Colombia, Bolivia, Perú, Ecuador y Chile, aunque en ocasiones lo combinen con el control difuso (Fromont, 2013, 58; Fernández Segado, 2009, 295).

Es claro que cuando se afirma que el Tribunal Constitucional austríaco fue utili-

zado como modelo en otros países no se pretende sostener que ese modelo haya sido copiado textualmente en esos países, lo cual sería imposible, sino simplemente que sus lineamientos fundamentales fueron tomados en cuenta al momento de diseñar su propio tribunal constitucional, con las modalidades y las características propias de cada país.

Para poner un ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano establecido en la Constitución de 1947, siguió el modelo del sistema austríaco pero introdujo varias innovaciones importantes, sobre todo al prever dos vías de acceso al tribunal: *a*) por *vía de acción*, de manera similar a lo dispuesto en la original Constitución austríaca, y *b*) por *vía incidental*, es decir, por medio de un incidente que puede surgir en cualquier proceso ordinario, cuando alguna de las partes considere que se va a aplicar una ley que estime inconstitucional, o el juez del proceso ordinario (al que se llama juez *a quo*) así lo estime. En caso de que la cuestión planteada sea relevante y no sea manifiestamente infundada, el juez suspende el proceso y transmitirá la *cuestión prejudicial de constitucionalidad* al Tribunal Constitucional para que la resuelva (Cappelletti, 1987, 95; Cellotto, 2018, 69; Zagrebelsky y Marcenò, 2018, 95). Conviene tener presente que el procesalista italiano Piero Calamandrei fue el autor de los proyectos de los títulos IV y VI de la parte segunda de la Constitución de la Re-

pública Italiana de 1947, relativos al poder judicial y al Tribunal Constitucional (Mezzanote, 1979, 149; Denti, 1979, 173).

En derecho procesal una cuestión prejudicial se presenta cuando el contenido de la sentencia que debe pronunciar un juez depende de la decisión que debe dictarse en otro proceso, de tal manera que la primera no podrá pronunciarse hasta que se emita la segunda.

Conviene aclarar que al sistema austríaco también se conoce como *sistema europeo*, por la gran difusión que ha tenido en ese continente (Favoreu, 1990, 51; Kelsen, 1981, 51; Rousseau y Blachère, 2020, 20).

El sistema francés

Con anterioridad se indicó (*supra* 2.1, párrafo 4) que los sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se clasifican en *preventivos* o *a priori*, cuando funcionan antes de que se promulgue la ley, y *sucesivos* o *a posteriori*, cuando actúan una vez que la ley haya entrado en vigor o cuando se haya realizado un acto de aplicación de la misma. La principal característica del ordenamiento francés es que combina el control preventivo con el sucesivo.

Durante muchos años la tradición jurídica y política de Francia fue reacia a establecer el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, por considerar que, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispo-

nía que “la ley es expresión de la voluntad general”, la cual es manifestada por los representantes del pueblo en el Parlamento, no era posible que algún otro órgano del Estado pudiera determinar si una ley era o no contraria a la Constitución, pues ello equivaldría a infringir la voluntad general. La forma como se entendió en Francia el principio de la división de poderes, en el sentido de que los actos de los poderes legislativo y ejecutivo no podían ser juzgados por el poder judicial, contribuyó a conformar esa tradición (Fernández Segado, 2009, 109; Marcou, 1977, 109; Hurtado Martínez, 2012, 711; y Pardo Falcón, 1991, 244).

No fue sino hasta la promulgación de la Constitución de la V República, del 4 de octubre de 1958, cuando se creó el *Consejo Constitucional*, como órgano de control de la constitucionalidad de las leyes aunque su control en un principio solo era ejercido de modo *preventivo* o *a priori*, es decir, antes de que se promulgara la ley. Inicialmente la doctrina discutió si se trataba de un órgano jurisdiccional o de un órgano político (Roussillon y Esplugas-Labatut, 2015, 5; Fernández Segado, 2009, 338).

El antecedente inmediato del Consejo Constitucional fue el *Comité Constitutionnel* establecido en la Constitución de la IV República, del 27 de octubre de 1946, el cual “no constituyó una verdadera jurisdicción constitucional” y solo se reunió

una vez para conocer de un caso menor (Marcou, 1977, 112).

Este último autor afirma que, al lado del fortalecimiento de la presidencia de la República, la creación del Consejo Constitucional “constituye sin duda alguna la más grande mutación del sistema político francés” (Marcou, 1977, 108).

El Consejo Constitucional se integra por nueve miembros nombrados por nueve años, no renovables: tres por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado. Además de estos miembros, forman parte del Consejo los anteriores presidentes de la República como miembros vitalicios de pleno derecho. El presidente del Consejo es nombrado por el presidente de la República (art. 56 de la Constitución) (Abril y Gicquel, 2011, 15; Pinon, 2010, 53). La reforma de 2008 estableció que los nombramientos de los tres consejeros nombrados por el presidente de la República deben ser hechos “previo anuncio público de la comisión permanente competente de cada Cámara”; así como que el presidente de la República “no podrá proceder a un nombramiento cuando la suma de los votos negativos en cada comisión represente al menos tres quintos de los votos emitidos en el seno de las dos comisiones”. También dispuso que los nombramientos efectuados por el presidente de cada Cámara serán sometidos únicamente al dictamen de la comisión

permanente competente de la Cámara respectiva (arts. 13 y 56 de la Constitución) (Hurtado Martínez, p. 718; Pinon, 2012, 53).

Como se indicó, originalmente el Consejo Constitucional ejerció su control solo con carácter *preventivo* o *a priori*. En este sentido, lleva a cabo un control sobre la constitucionalidad de la ley antes de su promulgación, control que es obligatorio en el caso de las *leyes orgánicas* (leyes que aplican o prolongan la Constitución), al igual que en el supuesto de los reglamentos de las asambleas parlamentarias; en tanto que ese control es optativo cuando se trate de leyes ordinarias. También ejerce el control preventivo de los tratados y compromisos internacionales, así como de los proyectos de ley que versen sobre la organización de los poderes públicos, la política económica, social y medioambiental de la Nación y los servicios públicos que concurren en ella, que vayan a ser sometidos a referéndum (arts. 11, 54, 56 y 61 de la Constitución) (Favoreu y Mastor, 2016, 96; y Fernández Segado, 2009, 357 y 402).

En un principio, solo estaban facultados para demandar el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas mencionadas el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional y el presidente del Senado (art. 61, párrafo segundo, de la Constitución). Era una legitimación activa muy limitada. La reforma constitucional de oc-

tubre de 1974 extendió esa legitimación a 60 diputados o a 60 senadores, con lo que se permitió a las minorías parlamentarias reclamar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas indicadas (Roussillon y Esplugas-Labatut, 2015, 32).

A partir de la reforma constitucional de 20 de julio de 1998, completada por la Ley Orgánica del 19 de marzo de 1999, concerniente la Nueva Caledonia, fueron legitimados para impugnar leyes locales ante el Consejo Constitucional, las siguientes autoridades regionales: el alto comisario, el gobierno, el presidente del Congreso, el presidente de una asamblea de provincia o 18 miembros del Congreso (Roussillon y Esplugas-Labatut, 2015, 30).

Las sentencias que dicta el Consejo Constitucional tienen efectos generales o *erga omnes*. De acuerdo con lo que señala el artículo 62, párrafo primero, de la Constitución francesa, una disposición declarada inconstitucional por el Consejo en el procedimiento *a priori* o preventivo “no podrá promulgarse ni entrar en vigor” (Hurtado Martínez, 2012, 719; y Juan Pablo Sarmiento, 2016, 464).

El control preventivo o *a priori* que lleva a cabo el Consejo Constitucional tiene carácter abstracto, ya que se dirige al control de la constitucionalidad de las leyes por medio de la verificación objetiva de la conformidad o la disconformidad entre la Constitución y la ley impugnada, prescindiendo de cualquier acto de aplica-

ción, por lo que no se origina en un procedimiento judicial previo, ni tienen por objeto inmediato la tutela de los derechos individuales.

En el ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de las leyes, el Consejo Constitucional ha desempeñado un papel fundamental en la creación de una jurisprudencia que es la base esencial para interpretar los derechos humanos reconocidos en el preámbulo de la Constitución de 1958, “tal y como fueron definidos por la Declaración (de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003”. La jurisprudencia del Consejo ha desarrollado el concepto de “principios y reglas de valor constitucional”, para designar “el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”, como señala Louis Favoreu (1990, p. 46).

A su vez, con base en esta jurisprudencia, la doctrina ha elaborado la idea del “bloque de constitucionalidad”, la cual permite armonizar o unificar las diferentes categorías de normas constitucionales. Dentro de esta idea –sostiene el propio Favoreu– aparecen cada vez con mayor claridad las diferentes piezas del bloque de constitucionalidad, que tienden a “soldarse y a constituir un conjunto que no tiene nada que envidiar a las Constituciones

modernas de la posguerra, pues la verdadera Constitución francesa se presenta, en lo sucesivo, como portadora de una doble declaración de derechos (de la primera y segunda generación), repartidos entre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de (la Constitución de) 1946 y la Constitución de 1958, complementados por los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y un cuerpo de reglas relativas a las instituciones” (Favoreu, 1990, p. 59).

Lo esencial del Consejo Constitucional, como afirman Roussillon y Esplugas-Labatut, es la protección de los derechos fundamentales contra el legislador (2015, 63). El Consejo Constitucional ha ejercido su independencia y ha consolidado su carácter de órgano jurisdiccional desde la época en la que solo ejercía un control preventivo.

En el año de 2008 se inició el importante proceso de reforma que introdujo en Francia el control jurisdiccional *sucesivo* o *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes. Primero fue la revisión constitucional del 23 de julio del 2008, implementada por la Ley Orgánica de 10 de diciembre de 2009, la cual entró en vigor el 1 de marzo de 2010 (Fromont, 2015, 124; Carnota, 2013, 79). La introducción del control jurisdiccional *a posteriori* permitió extender el acceso de los justiciables al Consejo Constitucional, aunque no de manera directa (Roussillon y Esplugas-Labatut, 2015, 113).

El artículo 61-1 de la Constitución francesa, adicionado por la reforma de 2008, dispone lo siguiente:

Cuando con motivo de una instancia en curso ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica los derechos y las libertades que la Constitución garantiza, el Consejo Constitucional podrá conocer de la cuestión por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, (cuestión sobre la cual) se pronunciará en un plazo determinado.

Este precepto introdujo el procedimiento que se denomina cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionalité*; en forma abreviada QPC), el cual es regulado por la mencionada Ley Orgánica de 10 de diciembre de 2009. Este procedimiento es similar al incidente en el que se tramita la *cuestión prejudicial de constitucionalidad* en el derecho italiano (supra 1.2.3, parte final) (Hamon y Wiener, 2011, 44).

La cuestión prioritaria de constitucionalidad (en lo sucesivo QPC o *question*) es un incidente que cualesquiera de las partes puede interponer en el curso de un proceso ordinario (civil, penal o administrativo), para sostener que la disposición legislativa que se le pretende aplicar afecta los derechos y libertades que la Constitución le garantiza, y pedir que, con suspensión

del proceso hasta antes de que dicte la sentencia, el juez ordene se envíe el incidente al Tribunal de Casación (si el asunto es civil o penal) o al Consejo de Estado (si es administrativo), a fin de que decreten su remisión al Consejo Constitucional (Avril y Gicquel, 2011, 102; Favoreu y Mastor, 2016, 98; y Rousseau y Blachèr, 2020, 84).

La facultad de interponer la QPC se otorga solo a las partes, quienes pueden interponer este incidente en primera instancia o dentro de la sustanciación de los recursos de apelación o de casación. Aunque el juez *a quo* no puede hacer valer de oficio la *question*, sí le compete verificar que ésta cumpla con los requisitos para ser admitida y remitida al Tribunal de Casación o al Consejo de Estado. Esos requisitos son: *a)* que la disposición legislativa impugnada sea aplicable al litigio; *b)* que no debe haber sido declarada conforme a la Constitución por el Consejo Constitucional, y *c)* que la cuestión planteada debe tener carácter serio (Avril y Gicquel, 2011, 102; Favoreu y Mastor, 2016, 98; y Rousseau y Blachèr, 2020, 84).

El Tribunal de Casación o el Consejo de Estado, una vez recibido el expediente de la cuestión, debe revisar también los requisitos señalados en los incisos *a)* y *b)* del párrafo anterior, y, además, que la disposición legislativa plantee una “cuestión nueva” o “presente un carácter serio” (Avril y Gicquel, 2011, 107; Favoreu y Mastor, 2016, 99). Si la cuestión cumple con es-

tos requisitos, el Tribunal de Casación o el Consejo de Estado ordenan su remisión al Consejo Constitucional, quien conoce de la cuestión a través de un procedimiento regido por los principios de contradicción y de publicidad. Dentro del plazo de tres meses, el Consejo debe emitir su decisión motivada, en el curso de una audiencia pública, en la que previamente las partes exponen sus observaciones.

Las sentencias dictadas por el Consejo Constitucional en las cuestiones prioritarias de constitucionalidad, al igual que las que pronuncia al ejercer el control preventivo, tienen efectos generales o *erga omnes*. De acuerdo con lo que dispone el art. 62, párrafo segundo, de la Constitución, cuando una disposición legislativa sea declarada inconstitucional como resultado de una cuestión prioritaria de constitucionalidad, “será derogada a partir de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse”.

Como es lógico, contra las decisiones del Consejo Constitucional no procede recurso alguno.

Al contrario de lo que ocurre con el control preventivo o *a priori*, que es *abstracto*, el control sucesivo o *a posteriori* es *concreto* en el sentido que la impugnación de la constitucionalidad de la ley se efectúa

como consecuencia de la posible aplicación específica de la ley en un procedimiento judicial, por considerar que esa aplicación es contraria a la Constitución y vulnera los derechos individuales de la parte que reclama.

Las principales características del sistema francés de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes son las siguientes:

1. Es un sistema que combina el control *preventivo* o *a priori* con el control *sucesivo* o *a posteriori*. Surgió tardíamente en relación con los demás sistemas europeos, pues se estableció hasta la Constitución de la V República, de 1958. Primero funcionó como un control preventivo o *a priori*, y solo estaban legitimados para demandar el control de la constitucionalidad de las leyes el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional y el presidente del Senado. Era una legitimación activa muy limitada. La reforma constitucional de octubre de 1974 extendió esa legitimación a 60 diputados o a 60 senadores, con lo que se permitió a las minorías parlamentarias reclamar la inconstitucionalidad de las leyes.
2. Las sentencias que dicta el Consejo Constitucional tienen efectos generales o *erga omnes*, por lo que una

disposición legislativa declarada inconstitucional por el Consejo en el procedimiento *a priori* o preventivo no podrá promulgarse ni entrar en vigor.

3. El control preventivo que ejerce el Consejo Constitucional tiene carácter *abstracto* porque se dirige al control de la constitucionalidad de las leyes por medio de la verificación objetiva de la conformidad o la disconformidad entre la Constitución y la ley impugnada, prescindiendo de cualquier acto de aplicación, por lo que no se origina en un procedimiento judicial previo, ni tiene por objeto inmediato la tutela de los derechos individuales.
4. En el ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de las leyes, el Consejo Constitucional ha desempeñado un papel fundamental en la creación de una jurisprudencia que es la base esencial para interpretar los derechos humanos reconocidos en el preámbulo de la Constitución de 1958: “tal y como fueron definidos por la Declaración (de Derechos del Hombre y del Ciudadano) de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003”. La jurisprudencia del Consejo ha desarrollado el

concepto de “principios y reglas de valor constitucional”, para designar “el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”.

5. La reforma constitucional de 2008 introdujo en Francia el control jurisdiccional sucesivo o a posteriori de la constitucionalidad de las leyes, que permitió el acceso de los justiciables al Consejo Constitucional, aunque no de manera directa. Con la adición del artículo 61-1 de la Constitución francesa, se introdujo el procedimiento al que se denomina cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité* o QPC), el cual es regulado por la Ley Orgánica de 10 de diciembre de 2009. Este procedimiento es similar al incidente en el que se tramita la cuestión prejudicial de constitucionalidad en el derecho italiano (*supra* 1.2.3, parte final).
6. La cuestión prioritaria de constitucionalidad es un incidente que cualesquiera de las partes puede interponer en el curso de un proceso ordinario (civil, penal o administrativo), para sostener que la disposición legislativa que se le pretende aplicar afecta los derechos y libertades que la Constitución le garantiza, y pedir que, con suspensión del proceso hasta antes de que dicte la sentencia, el

juez ordene se envíe el incidente al Tribunal de Casación (si el asunto es civil o penal) o al Consejo de Estado (si es administrativo), a fin de que ordenen su remisión al Consejo Constitucional.

7. La facultad de interponer la QPC se otorga sólo a las partes, las que pueden hacerlo en primera instancia o dentro de la sustanciación de los recursos de apelación o de casación. Aunque el juez *a quo* no puede hacer valer de oficio la *question*, sí le compete verificar que ésta cumpla con los requisitos para ser admitida y remitida al Tribunal de Casación o al Consejo de Estado. Esos requisitos son: a) que la disposición legislativa impugnada sea aplicable al litigio; b) que no debe haber sido declarada conforme a la Constitución por el Consejo Constitucional, y c) que la cuestión planteada no debe estar desprovista de carácter serio.

El Tribunal de Casación o el Consejo de Estado, una vez recibido el expediente de la cuestión, deben revisar también los requisitos señalados en los incisos a) y b) del párrafo anterior, y, además, que la disposición legislativa plantee una “cuestión nueva” o “presente un carácter serio”. Si la cuestión cumple con estos requisitos, el Tribunal de Casación o el Consejo de Estado ordenan su remisión al

Consejo Constitucional, quien conoce de la cuestión a través de un procedimiento regido por los principios de contradicción y de publicidad.

8. Las sentencias que dicta el Consejo Constitucional en las cuestiones prioritarias de constitucionalidad, al igual que las que pronuncia al ejercer el control preventivo, tienen efectos generales o *erga omnes*.
9. A diferencia del control preventivo o a priori que tiene carácter abstracto, el control sucesivo o a posteriori que el Consejo Constitucional ejerce es concreto, en virtud de que la cuestión prioritaria de inconstitucionalidad surge en un incidente que cualquiera de las partes interpone en el curso de un proceso ordinario, como consecuencia de la posible aplicación de una ley que vulnera los derechos y libertades que la Constitución garantiza. El sistema francés de control preventivo ha ejercido influencia en varios países africanos, sobre todo en aquellos que son francófonos o han compartido la cultura francesa, como Argelia (1976), Túnez (1959), Marruecos (1996), Mauritania (1991), Senegal (1992) y Camerún (1990), así como de Asia, como Líbano (1990) y Camboya (1993). En Europa lo han seguido Rumania (1991) y Moldavia (1994) (Fromont, 2013, 673).

REFLEXIONES FINALES

Hemos descrito las circunstancias históricas, las teorías jurídicas y políticas, las condiciones económicas y sociales, que impulsaron el surgimiento y desarrollo de los tres sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes estudiados, así como sus características principales. Estos se convirtieron en modelos, en la medida de que influyeron en la creación de sistemas control en otros ordenamientos. Pero es claro que cuando se dice que alguno o algunos de los modelos han sido utilizados por otros países no se pretende sostener que ese modelo haya sido copiado textualmente, lo cual sería imposible, sino simplemente que sus lineamientos fundamentales fueron tomados en cuenta al momento de diseñar su propio sistema, con las modalidades y características propias de cada país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (1933). *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, Reus.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (1944). *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina,.
- Avril, Pierre, y Gicquel, Jean (2011). *Le Conseil Constitutionnel*, 6^a ed., París, Montchrestien.

- Bongiovanni, Giorgio (1998). *Reine rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milán, Giuffrè.
- Cappelletti, Mauro (1987). *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, trad. de Luis Dorantes Tamayo y otros, México, UNAM.
- Carnota, Walter F. (2017) “La segunda revolución francesa: la transformación del Consejo Constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 17.
- Denti, Vittorio (1979). “Il potere giudiziario”, en *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza.
- Celotto, Alfonso (2018). *La Corte costituzionale. Quando il diritto iudica la politica*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino.
- Favoreu, Louis (1990). “Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle”, *Annuaire International de Justice Constitutionnell*, París.
- Favoreu, Louis (1990). “El bloque de la constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 5.
- Favoreu, Louis, y Mastor, Wanda (2016). *Les cours consitutionnelles*, 2ª ed., París, Dalloz.
- Farnsworth, E. Allan (1979). *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti D’America*, trad. Renato Clarizia, Milán, Giuffrè.
- Fernández Segado, Francisco (2013). *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson.
- (2009a). “Conformación histórica de los sistemas de control de constitucionalidad”, en *La justicia constitucional*, t. I. Los sistemas de justicia constitucional, Madrid, Dykinson.
- (2009b). *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*, t. II, *La justicia constitucional en Francia*, Madrid, Dykinson.
- (2009c). “El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española. La problemática de su composición y del estatuto jurídico de sus miembros”, en *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*, t. III, *La justicia constitucional en América Latina y en España*, Madrid, Dykinson.
- Fix-Zamudio, Héctor (1992). *Introducción al derecho procesal constitucional*, Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.
- Fromont, Michel. (1996) *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz.
- (2013) *Justice constitutionnell comparée*, París, Dalloz.
- González Pérez, Jesús (1980). *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas.
- González-Trevijano Sánchez, Pedro José (2000). *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra).
- Grant, J. A. C. (1963). *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM.
- Groppi, Tania, Celotto, y Olivetti, Marco (2014) *La justicia constitucional en Europa*, trad. Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, Querétaro, Fundap.

- Hamilton, Madison y Jay (1957). *El Federalista*, trad. Gustavo R. Velasco, México, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica.
- Hamon, Francis, y Wiener, Céline (2011). *La justice constitutionnell en France et à l'étranger*. París.
- Herrera García, Alfonso (2011). “El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, ¿un elemento atípico?”, en Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, t. I.
- Hurtado Martínez, Juan Antonio ((2012). “La evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad de las leyes”, en *Revista de Derecho UNED*, Madrid, núm. 10.
- Kelsen, Hans (1974). “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, trad. de Rolando Tamayo y Salmerán, México, *Anuario Jurídico*, UNAM, núm. I.
- Kelsen, Hans (1981). “Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana”, en *La giustizia costituzionale*, coordinada por Carmelo Geraci, Milán, Giuffrè.
- (1987). *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, trad. Wenceslao Roces, México, Porrúa.
- Marcou, Jean (1977). *Justice constitutionnell et systèmes politiques. Etats-Unis, Europe, France*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble.
- Métall, Rudolf Aladár (1976). *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. Javier Esquivel, México, UNAM.
- Mezzanote, Carlo (1979). “La Corte Costituzionale: esperienze e prospettive”, en *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza.
- Öhlinger, Theo (2003). “The genesis of the Austrian model of constitutional review of legislation”, *Ratio Juris*, Norwich, vol. 16, núm. 2, junio de 2003.
- Olivetti, Marco (2014). “El Tribunal Constitucional austriaco”, en Tania Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti (coordinadores), *La justicia constitucional en Europa*, trad. Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, Querétaro, Fundap.
- Ovalle Favela, José (2009). “Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia”, en *Proceso y justicia*, México, Porrúa/UNAM.
- (2016). *Teoría general del proceso*, 7ª ed. México, Oxford University Press.
- Palomino Manchego, José F. (2017). “El Tribunal Constitucional de Austria y su influencia en los ordenamientos latinoamericanos”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja (coords.), *La Constitución y sus garantías: a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917: memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

- Pardo Falcón, Javier (1991). “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Madrid, núm.72, abril-junio de 1991.
- Rousseau, Dominique, y Blachère, Philippe (2020). *La justice constitutionnelle en Europe*, 4ª ed., París, LGDJ.
- Pinon, Stéphane (2010). “El sistema constitucional en Francia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Madrid, año 7, núm. 14, julio-diciembre de 2010
- Roussillon, Henry y Esplugas-Labatut, Pierre (2015). *Le Conseil Constitutionnel*, 8ª ed., París, Dalloz.
- Sarmiento E., Juan Pablo (2016). “La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol.43, núm. 2, agosto de 2016.
- Séruossi, Roland (1998). *Introducción al derecho inglés y norteamericano*, trad. Enrique Alcaraz Varó, Barcelona, Ariel.
- Georg Schmitz (2003). “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920”, *Ratio Juris*, Norwich, vol. 16, núm. 2, junio de 2003.
- Tamburrini, Valentina (2004). “Los países con control difuso de constitucionalidad de las leyes. Grecia, Irlanda, países escandinavos”, en Tania Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti (coordinadores), *La justicia constitucional en Europa*, trad. Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, Querétaro, Fundap/ Instituto de Administración Pública de Guanajuato.
- Zagrebelsky, Gustavo, y Marcenò, Mariana (2018). *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, 2ª ed., Bolonia, Il Mulino.

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)KARL AUGUST PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE¹DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.3>

PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ENTRE ALEMANIA Y MÉXICO

Problems in Private International Law between Germany and Mexico

FECHA DE RECEPCIÓN: 27 de octubre 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 02 de diciembre 2022

RESUMEN

Si cada Estado tiene sus propias reglas conflictuales, entonces una misma situación de hecho puede regirse por diferentes leyes, dependiendo de los juzgados que decidan del caso. En materia de sucesiones, no existen normas uniformes en la relación entre Alemania y México. En el marco de la Unión Europea hay una creciente unificación del derecho conflictual. El Reglamento de la Unión Europea N°650/2012 regula en la materia de sucesiones tanto la competencia internacional como el derecho aplicable y el reconocimiento y la ejecución de sentencias. Con base en estas disposiciones, se analizará la declaración de herederos adoptada por un tribunal alemán en el caso de una mexicana que fallece en Alemania, dejando bienes en Alemania y en México, y en el caso inverso. Se cuestionará, además, si estas resoluciones pueden ser reconocidas en México con respecto a bienes ubicados en ese país. En el primer caso, el tribunal aplicará el derecho alemán a toda la sucesión; en el segundo, en cambio, la sucesión será fragmentada, aplicándose a los bienes ubicados en México el derecho de este Estado, mientras que, con respecto a los bienes ubicados en Alemania, se aceptaría el reenvío parcial al derecho alemán, decretado por el derecho internacional privado mexicano. La conclusión a la que se llega es que, en ambos casos, las resoluciones pudieran ser reconocidas en México.

1 Doctor en Derecho y Doctor habilitado en Derecho por la Universidad Ludwig-Maximilian de Munich. Estudios de Derecho en la Universidad Ludwig-Maximilian de Munich, Alemania. Primer y segundo examen de Estado en Derecho en Munich. Presidente del Instituto para las relaciones jurídicas internacionales de la FernUniversität Hagen y Director de la Sección: Derecho de los Estados iberoamericanos. Presidente del Executive Board de Edelnat, cooperación entre la FernUniversität Hagen, la Open Universiteit Nederland (OUNI) y la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de España con asociación de la Open University UK. Catedrático de Derecho Civil, Procesal Civil, Internacional Privado y Comparado en la FernUniversität Hagen (Universidad a Distancia en Hagen), Alemania. Correo: Karl-August.vonSachsen-Gessaphe@fernuni-hagen.de.

PROBLEMAS DE DERECHO

INTERNACIONAL PRIVADO ENTRE ALEMANIA Y MÉXICO

No obstante, es de desearse la creación de normas uniformes entre ambos Estados, a lo menos con respecto al reconocimiento de sentencias extranjeras.

Palabras clave: Derecho internacional privado; sucesiones; competencia internacional; reconocimiento de sentencias extranjeras.

ABSTRACT

If each state has its own conflict rules, then the same factual situation may be governed by different laws, depending on the courts deciding the case. In matters of succession, there are no uniform rules in the relationship between Germany and Mexico. Within the framework of the European Union, there is an increasing unification of conflict-of-laws rules. Regulation (EU) No. 650/2012 regulates international jurisdiction, applicable law, and the recognition and enforcement of judgments in matters of succession. Based on these provisions, an analysis will be made of the declaration of heirs adopted by a german court in the case of a mexican woman who dies in Germany, leaving assets in Germany and in México, and in the reverse case. It will also be questioned whether these judgments can be recognized in Mexico with respect to assets located there. In the first case, the court will apply german law to the entire estate; in the second case, on the other hand, the estate will be fragmented, applying to the assets located in México the law of this State, while, with respect to the assets located in Germany, partial remission to german law, decreed by the private international law of Mexico, would be accepted. The conclusion reached is that, in both cases, the judgments could be recognized in Mexico. Nevertheless, the creation of uniform rules between the two States, at least with respect to the recognition of foreign judgments, is desirable.

Keywords: Private International Law; law of succession; international jurisdiction; recognition of foreign judgments.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Privado (DIPr) es el conjunto de disposiciones que determinan cuáles son los ordenamientos jurídicos aplicables en situaciones de hecho que tengan contacto con el derecho de un Estado extranjero; en tales situaciones, se habla también de un conflicto de leyes. Un conflicto de leyes puede presentarse si una ciudadana mexicana fallece en Alemania, dejando bienes tanto en Alemania como en México, o en el caso inverso, si un ciudadano alemán muere en México. En este sentido, se analizarán las posibles soluciones que ofrece el DIPr a tales situaciones. Como punto de partida se utilizarán dos casos concretos.

El DIPr originalmente consistía en normas nacionales para resolver conflictos de leyes. Cada Estado contaba con sus propias reglas de conflicto. En Alemania, estas se encuentran en la Ley de Introducción al Código Civil de 1900 (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, abreviado: EGBGB).² En México, debido al reparto de facultades legislativas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 en sus arts. 73 y 124, no existe un solo cuerpo normativo para resolver conflictos de leyes, sino que cada Estado de la Federación cuenta con sus propias reglas

conflictuales, contenidas en los respectivos Códigos Civiles, a los que se une el Código Civil Federal en materia federal. En consecuencia, en México pueden presentarse conflictos de leyes tanto a nivel internacional como a nivel interestatal, entre diferentes entidades federales.

Si cada Estado tiene sus propias reglas conflictuales, entonces una misma situación de hecho puede regirse por diferentes leyes, dependiendo de los juzgados que decidan del caso. Un tribunal alemán decidirá un conflicto de leyes en materia de sucesiones con base en las normas conflictuales alemanas, mientras que un tribunal mexicano lo hará basándose en las normas conflictuales del Código Civil de la entidad federal pertinente. Si estas normas conflictuales contienen diferentes puntos de conexión, entonces los dos tribunales aplicarían leyes de diferentes estados a este caso.

La solución ideal para evitar tales divergencias en casos internacionales sería la unificación del derecho a nivel internacional; se habla también de derecho uniforme (Pereznieto, 2022, pp. 329 y ss.). Para ello, existen dos posibilidades: la primera es la unificación del derecho sustantivo aplicable a casos internacionales. El más conocido ejemplo para esta forma de unificación del derecho es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). La misma establece

² Traducción al inglés de la versión actual del EGBGB: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html (consultado 17.11.2022).

reglas uniformes para tales contratos internacionales que entran bajo su ámbito de aplicación. Si un comerciante con sede en Alemania concluye un contrato de compraventa con un vendedor con sede en México, entonces a este contrato de compraventa se le aplican las reglas sustantivas de dicha Convención, a menos que las partes hayan estipulado de no aplicarlo (art. 6 Convención). En este caso, las normas sustantivas de dicha Convención deberán ser aplicadas tanto por un juez alemán como por uno mexicano, como si se tratara de normas nacionales, siendo que tanto Alemania como México son estados miembros de dicha Convención (art. 1.a).³

La segunda posibilidad es la unificación de las normas de conflicto. Por medio de la misma, los jueces de los estados miembros de tal instrumento de unificación tienen las mismas normas conflictuales para decidir situaciones de hecho internacionales. Si existieran normas conflictuales uniformes para Alemania y México en caso de conflicto de leyes en materia de sucesiones, entonces tanto el juez alemán como el mexicano llegarían al mismo derecho aplicable. Sin embargo, para esta materia no existen normas uniformes entre Alemania y México, ni con relación al

derecho sustantivo, ni al derecho conflictual.

UNIFICACIÓN DEL DERECHO CONFLICTUAL EN LA UE

La unificación del DIPr está cobrando cada vez mayor importancia. Por un lado, la Conferencia de La Haya de DIPr elabora textos que sirven para concluir tratados multilaterales. En materia de sucesiones, Alemania es parte del Convenio del 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias,⁴ al que México, sin embargo, no se adhiere aún. No obstante, un juez alemán aplicará este Convenio también a sucesiones que tengan contacto con México, por ejemplo, por remitir sus normas conflictuales al derecho mexicano con respecto a la forma de un testamento. Como la mayor parte de los Convenios internacionales modernos de DIPr, sus normas son de aplicación universal, como lo declara el art. 6 de dicho Convenio. Además de la Conferencia de La Haya, existen también esfuerzos regionales para la unificación del DIPr para Latinoamérica. Se pueden mencionar las Conferencias Especializadas Interamericanas de DIPr (CIDIP), en las que México juega un importante papel (Perezniето, 2022, pp. 58 y ss.).

³ La situación actual de los Estados miembros puede consultarse: https://uncitral.un.org/es/texts/sale-goods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (consultado 17.11.2022).

⁴ Texto en español: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=40> (consultado 17.11.2022).

En la Unión Europea se está procediendo constantemente a unificar las normas conflictuales. El art. 81 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea le concede a la Unión la competencia en la materia (Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, C 326/47). Según esta disposición, la “Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza”. Con base en ello, puede “garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción” (Artículo 81, fr. 2 letra c del Tratado). Sin embargo, la unificación del DIPr en el marco de la UE no es total, pues existen reglas especiales para dos Estados miembros: Dinamarca e Irlanda no participan automáticamente en los instrumentos de unificación por haber declarado reservas pertinentes al ingresar a la UE.

A raíz de la competencia del art. 81 de dicho Tratado, la UE ha proclamado una serie de reglamentos que uniforman las reglas de conflicto, entre otros los siguientes:

- Reglamento (UE) N°593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”)
- Reglamento (UE) N°864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)
- Reglamento (UE) N°1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (“Roma III”)
- Reglamento (UE) N°650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

El Reglamento N°650/2012 en materia de sucesiones pertenece a la nueva generación de tales instrumentos, porque no solamente unifica las normas conflictuales en la materia, sino que también regula la competencia internacional, el reconocimiento y la ejecución de sentencias y además otras cuestiones con repercusión transfronteriza. Este reglamento no se aplica ni a Dinamarca (Reglamento 650/2012, considerando 83) ni Irlanda (Reglamento 650/2012, considerando 82). Estos dos Estados no solo no son considerados Estados miembros, sino terceros Estados.

Los principios rectores de este Reglamento son:

- Como regla general, los tribunales funden su competencia internacional en el mismo punto de conexión que sirve

también para determinar el derecho aplicable a la sucesión. Así, se quiso “garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los casos, su propio Derecho” (Reglamento 650/2012, considerando 27). La competencia general (art. 4 Reglamento)⁵ se basa en la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, y el mismo criterio es utilizado por la regla general conflictual del art. 21 fr. 1 Reglamento.

- Sin embargo, el causante puede optar por la aplicación de la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, art. 22 Reglamento. En el caso de que el causante haya optado por su ley nacional y esta sea la de un Estado miembro, entonces las partes de un procedimiento contencioso sobre la herencia pueden elegir los tribunales de dicho Estado para sustanciar cualquier causa en materia de sucesiones, (art. 5 y 7 letra b Reglamento). Se da, pues, prevalencia a la autonomía de la voluntad sobre la conexión objetiva. Por vía de esa doble opción, se abre nuevamente la posibilidad para que la autoridad competente aplique su propio Derecho.
- Tanto la competencia internacional como el derecho aplicable se refieren a

la totalidad de la sucesión. Los Considerandos de este Reglamento dicen al respecto:

Por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación de la sucesión, es necesario que esta ley rijan la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado, que formen parte de la herencia (Reglamento 650/2012, considerando 37).

Este principio ha sido subrayado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, 2017, C-218/16, apartado 44).

- Las normas conflictuales son de aplicación universal, o sea, que se aplicarán aun cuando la ley designada por ellas no sea la de un Estado miembro, art. 20 Reglamento.

CASO PRÁCTICO ORIGINAL Y SU SOLUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE UN TRIBUNAL ALEMÁN

Caso práctico original

Una mujer mexicana con su última residencia en Hagen, Alemania, muere allí. Su patrimonio incluye una casa en Hagen y un departamento en la Ciudad de Chihuahua, Chihuahua, México. En México, la última vez que vivió fue en la Ciudad

⁵ En lo que sigue, las disposiciones del Reglamento (UE) N°650/2012 serán citadas con la abreviación: Reglamento.

de México, donde aún reside su familia. Diez años antes de su muerte, se había trasladado a Hagen, donde se casó con un alemán y trabajó hasta su muerte. Solo regresaba a México para pasar las vacaciones en su departamento en Chihuahua. Su esposo solicita al tribunal de Hagen expedir un certificado de herederos. Los esposos estuvieron casados bajo el régimen de separación de bienes. Además del esposo, sobreviven los padres de la difunta de nacionalidad mexicana.

¿Qué ley aplicará el tribunal de Hagen para determinar los herederos?

Competencia internacional

La primera pregunta a contestar en un conflicto de leyes es la determinación de la competencia internacional de la autoridad que lo decidirá. En el presente caso de estudio, el tribunal de Hagen debe examinar su competencia internacional con base en los arts. 4 ss. Reglamento. Según la regla general del art. 4 Reglamento, el punto de conexión es la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. La norma dice textualmente: “Los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión”.

Este criterio tiene que ser interpretado de manera autónoma, o sea, teniendo en

cuenta las finalidades y el contexto del Reglamento europeo específico, en este caso del Reglamento N°650/2012. En el proceso legislativo hubo una discusión muy intensa sobre el punto de conexión que deberá de servir como regla general. Una gran parte de los Estados europeos tenía en su DIPr nacional la nacionalidad del causante como criterio relevante, entre ellos Alemania, Austria, España, Italia y Grecia, mientras que otros Estados sometían la sucesión a la ley del domicilio del causante; Francia seguía el modelo de la teoría de los estatutos, sometiendo los bienes inmuebles de la herencia a la ley de su ubicación, mientras que los bienes muebles se regían por la ley nacional del causante. Al final se impuso la residencia habitual como punto primordial de conexión. Como compromiso, se permitió en el art. 22 Reglamento la elección de la ley del Estado cuya nacionalidad posea el causante. Hay que tener en cuenta esta evolución a la hora de interpretar el término de la residencia habitual. Además, pueden consultarse los considerandos del Reglamento que contienen los motivos del legislador europeo. Según los mismos, hay que proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante

en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia (Reglamento 650/2012, considerando 23). La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate, teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento. Resulta que la residencia habitual en el contexto del Reglamento sucesorio tiene que revestir mayor estabilidad que en otros Reglamentos europeos de derecho conflictual, tomando en cuenta también la nacionalidad del causante, si este estuvo vinculado con más de un país, y la ubicación de sus principales bienes (Reglamento 650/2012, considerando 24).

En este caso, hay factores que hablan en favor de una residencia habitual de la causante en Hagen: ahí vivió los últimos diez años de su vida, se casó, trabajó y adquirió una casa como su principal bien. A favor de una residencia habitual en México, en cambio, pueden tomarse en consideración su nacionalidad, la residencia de su familia y el departamento en Chihuahua, México, al que solía ir en las vacaciones. Sin embargo, para evitar una fragmentación de la sucesión, la autoridad que sustancia la sucesión, solamente puede fijar la residencia habitual del causante en un Estado, aunque este haya estado vinculado también con otro Estado (TJUE, 2020, C-80/19, apartados 37-41,45). Tomando en cuenta estas circunstancias, hay que decir

que la causante tuvo su última residencia al fallecer en Hagen y no en México.

En consecuencia, los tribunales de Hagen tienen competencia internacional según el art. 4 Reglamento para resolver sobre la totalidad de la sucesión de la causante, independientemente de su ubicación en uno de los Estados miembros o fuera de la UE.

Determinación del derecho aplicable

a) Ley aplicable a la sucesión

El tribunal de Hagen tendrá que examinar en primer lugar si la causante ha designado válidamente la ley aplicable a la sucesión con base en el art. 22 Reglamento. Aunque el art. 21 Reglamento sea determinado como regla general, de su texto (“salvo disposición contraria...”) puede desprenderse que existen reglas especiales que tienen prioridad sobre la regla general. Por ende, la elección de la ley aplicable por el causante tiene prevalencia sobre la regla general del art. 21 Reglamento. Sin embargo, tal “elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo”, como nos dice el art. 22 fr. 2 Reglamento. En el caso expuesto, no existe testamento y, por ello, tampoco una elección de la ley aplicable. En consecuencia, el tribunal de Hagen tendrá que aplicar la regla general del art. 21 fr. 1 Reglamento, la cual dice textualmente: “1.

Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento”.

Esta norma conflictual demuestra que el Reglamento N°650/2012 sigue la corriente tradicionalista del DIPr europeo, fundada por el destacado jurisconsulto alemán y ministro prusiano Friedrich Carl von Savigny (1779 hasta 1861). El mismo quiso resolver conflictos de leyes no partiendo del ámbito de aplicación de la ley, sino buscando el ordenamiento jurídico al que la relación jurídica pertenezca por su naturaleza o al que esté sometida, i.e., donde la misma tenga su sede.⁶ Hoy día se habla de la búsqueda del ordenamiento jurídico con el que la situación de hecho esté más estrechamente vinculada. Este principio general del moderno DIPr europeo ha sido formulado por primera vez en una ley como principio rector en la ley austriaca de DIPr. En su art. 1 fr. I, la misma dice: “Las situaciones de hecho relacionadas con la ley de un Estado extranjero se juzgarán en lo que se refiere al Derecho privado por aquel ordenamiento jurídico con el que exista el vínculo más estrecho”.

El criterio de la residencia habitual en los arts. 4 y 21 fr. 1 Reglamento es una de-

terminación general del vínculo más estrecho para los casos de sucesiones. Sin embargo, una tendencia moderna del DIPr utiliza cláusulas de escape para poder determinar el vínculo más estrecho de forma concreta y no abstracta, como sucede en las normas conflictuales generales. Para ello, hay que tomar en consideración las circunstancias específicas del caso particular. La finalidad de tales cláusulas es permitir una mayor justicia internacional-privatista en el caso concreto. No obstante, para poder corregir la conexión generalizada del art. 21 fr. 1 Reglamento, se requiere que por las circunstancias especiales del caso, el causante haya tenido un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado que con aquel de su residencia habitual, art. 21 fr. 2 Reglamento. Esta norma dice:

2. Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado.

Mediante un triple énfasis en el texto de la norma, el legislador pone de manifiesto que la aplicación de una ley distinta a la de la última residencia habitual

⁶ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tomo VIII, Berlin 1849, pp. 28, 108; acerca de la teoría de von Savigny vid. Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado*. Parte General. 11ª ed., México 2022, cap. 6.2 pp. 217 y ss.

del causante, solamente puede darse en casos sumamente excepcionales. Así, la disposición exige que se trate de un caso excepcional, que el causante haya tenido un vínculo manifiestamente más estrecho con otra ley y que esto tenga que resultar claramente de las circunstancias del caso. Los considerandos nos dicen al respecto:

Por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a la sucesión, en casos excepcionales en los que, por ejemplo, el causante se haya mudado al Estado de su residencia habitual poco tiempo antes de su fallecimiento, y todas las circunstancias del caso indiquen que aquel tenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado, la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el causante tenía un vínculo manifiestamente más estrecho. No obstante, la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja (Reglamento 650/2012, c.25).

En el presente caso, la causante se había mudado de México a Alemania ya diez años antes de fallecer. Las circunstancias del caso no indican que haya estado ma-

nifiestamente más estrechamente vinculada con México que con Alemania. En consecuencia, al caso se aplica la regla general del art. 21 fr. 1 Reglamento; como la causante tuvo su última residencia al fallecer en Hagen, esta norma remite al derecho alemán. Se trata de una remisión al derecho sustancial alemán, como puede desprenderse del art. 34 fr. 1 Reglamento, según el cual, el DIPr del Estado remitido solamente se toma en cuenta cuando se trate de un tercer Estado.

Esta remisión al derecho alemán se refiere a la totalidad de la sucesión, como lo declara el art. 21 fr. 1 Reglamento y lo reitera el art. 23 fr. 1 Reglamento al definir el ámbito del estatuto sucesorio. La sucesión de la causante se rige, pues, en su totalidad por el derecho alemán, también en lo que respecta a los bienes ubicados en México. El tribunal de Hagen tendrá que expedir el certificado de herederos con base en el derecho alemán.

b) Ámbito del estatuto sucesorio

El art. 23 fr. 2 Reglamento establece el ámbito del estatuto sucesorio. Esta disposición tiene que ser vista en el contexto con el art. 3 Reglamento que contiene una serie de definiciones. Según el art. 3 fr. 1 letra a Reglamento, el término “sucesión” se refiere a “la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y

obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión *abintestato*.” En este sentido, el art. 23 fr. 2 Reglamento concretiza todas las cuestiones que entran bajo el ámbito del estatuto sucesorio. Es obvio que la determinación de los posibles herederos se rige por el estatuto sucesorio, como lo aclara el art. 23 fr. 2 letra b Reglamento. Sin embargo, el art. 23 fr. 2 Reglamento extiende su aplicación también a la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia (letra e) y a la partición de la herencia (letra j). Del conjunto de disposiciones citadas se desprende, pues, que la transmisión de los bienes de la herencia a los herederos se somete igualmente al estatuto sucesorio, independientemente de la ubicación de dichos bienes (TJUE, 2017, C-218/16, apartado 41-44). Problemas pueden plantearse en caso de que existan varios herederos que formen una comunidad: si según la ley aplicable a la sucesión es necesario que los coherederos, para ejecutar la partición, transfieran la propiedad de los bienes a los herederos, entonces esta cuestión ya no se rige por el estatuto sucesorio, sino por el estatuto real.⁷

c) Ley aplicable a la transferencia de la propiedad de bienes sucesorios

7 Dutta en: von Hein (2020), *Münchener Kommentar zum BGB*, tomo VII, Art. 23 EuErbVO notas marginales 22 y 38

Para la determinación de la ley aplicable a la transferencia de la propiedad real, no existen todavía normas uniformes de la UE, por lo que se aplicará el derecho conflictual de cada Estado miembro. En Alemania, el mismo está regulado en el EGBGB. El art. 43 fr. 1 EGBGB recoge el principio universalmente aceptado de la *lex rei sitae*, o sea, que los bienes se rigen por la ley del lugar de su ubicación.

En cuanto a la casa en Hagen, la transmisión del dominio está sometida al derecho sustantivo alemán.

En cuanto al departamento en Chihuahua, el art. 43 fr. 1 EGBGB remite al derecho de la ubicación del mismo, o sea, al derecho de Chihuahua. Sin embargo, según el art. 4 fr. 1 EGBGB, las remisiones por las normas conflictuales alemanas se refieren generalmente al conjunto del derecho remitido, incluyendo sus normas conflictuales (Prinz von Sachsen Gessaphe en Budzikiewicz/Weller/Wurmnest, beck-online. GROSSKOMMENTAR, edición 1.9.2022, EGBGB art. 4 notas marginales 28 y ss). Se trata, pues, de una remisión también al DIPr de Chihuahua, por lo que hay que consultar el mismo si acepta la remisión o expresa un reenvío.

El art. 10 del Código Civil de Chihuahua repite el principio de la *lex rei sitae*: “Los bienes muebles e inmuebles se registrarán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros”. El DIPr de Chihuahua acepta, pues, la remi-

sión hecha por el DIPr alemán, por lo que la transmisión de la propiedad con respecto al departamento en la Ciudad de Chihuahua se rige por el derecho sustancial de Chihuahua.

Aplicación del derecho alemán a la sucesión

Como se ha analizado, tanto la determinación de los posibles herederos como la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia y su partición se rigen por el derecho sustantivo alemán, independientemente de la ubicación de los bienes. En el derecho alemán, según el art. 1922 fr. 1 del Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch, en adelante BGB)⁸ rige el principio de la sucesión a título universal, o sea, los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. En el caso de que existan varios herederos, los mismos forman una comunidad de herederos (BGB, art. 2032). Alemania sigue el modelo de la adquisición automática (BGB, art. 1942 fr. 1), o sea, que los herederos adquieren inmediatamente con la muerte del causante sus bienes, a menos que repudien la herencia dentro del plazo previsto por la ley.

A falta de testamento, el esposo de la difunta es llamado a la sucesión intestada de su esposa. La cuota depende de si aún

hay parientes de la causante. En el caso de estudio, existen todavía sus padres. Por eso, la cuota del esposo es de la mitad del patrimonio (BGB, art. 1931), la otra mitad corresponde a los padres de la difunta. El viudo de la causante y sus padres forman, pues, una comunidad de herederos (BGB, art. 2032) que adquiere la propiedad de todo el patrimonio de la causante en mano común, incluyendo la casa en Hagen y el departamento en Chihuahua. Esta comunidad tiene que ser disuelta por medio de la partición de la herencia entre los coherederos (BGB, arts. 2042 y ss.). Si no hay controversia entre los coherederos, la misma se efectúa entre ellos por medio de un contrato de partición, sin necesidad de acudir a tribunales. Digamos que los coherederos acuerdan en este contrato que la casa en Hagen le corresponde al esposo, mientras que el departamento en Chihuahua pasa a manos de los padres. Según el Derecho alemán, para cumplir el contrato de partición es necesario que los coherederos transmitan la propiedad de dichos bienes a los respectivos beneficiarios. Esta cuestión no se rige por el estatuto sucesorio, sino que por el real.

Aplicación del estatuto real a la transmisión de propiedad

Con respecto a la casa en Hagen, rige el derecho alemán como estatuto real. Según el mismo, es necesaria la transmisión

⁸ Traducción al inglés de la versión actual del BGB: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html (consultado 17.11.2022).

por medio de un contrato real en el que las partes acuerdan el traspaso del dominio y la inscripción en el Registro Público de la Propiedad (BGB, arts. 873 y 925).

Con respecto al departamento en Chihuahua, en cambio, rige el derecho de Chihuahua como estatuto real. La comunidad de herederos debe transmitir la propiedad del mismo según las reglas establecidas en el Código Civil de Chihuahua. Por ello, la adjudicación del bien se hará conforme a esta ley.

Reconocimiento de la resolución del tribunal alemán en México

Antes de examinar el posible reconocimiento de la resolución del tribunal alemán, hay que ver su contenido y alcance. En el caso de estudio, la misma se limita a declarar quiénes son los herederos de la difunta y con qué cuota heredan. Se trata, pues, de una resolución que requiere de reconocimiento en México, pero no de ejecución coactiva, y eso solamente en lo que se refiere a bienes sitos ahí. En el caso analizado, se trata del departamento en Chihuahua.

El reconocimiento de sentencias extranjeras se rige, en principio, por la legislación procesal del Estado federal en el que tenga que producir efectos. En este caso, se trata del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua, art. 7 CPC Chihuahua. Sin embargo, el art. 588 CPC

Chihuahua remite con respecto a sentencias y demás resoluciones extranjeras a los respectivos tratados internacionales, observándose para su ejecución las reglas dispuestas por el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).

Entre Alemania y México no existen tratados bilaterales que regulen el reconocimiento y la ejecución de sentencias. El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005 está en vigor tanto para México como para Alemania.⁹ No obstante, en el caso no existe tal acuerdo, además, el Convenio no se aplica a la materia de sucesiones (art. 2 fr. 2 letra d). La Convención de La Haya de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial,¹⁰ aún no está en vigor,¹¹ además de no aplicarse a la materia de sucesiones (art. 2 fr. 1 letra d).

Por eso, el reconocimiento de la resolución del tribunal de Hagen se somete a las reglas del CFPC, contenidas en los arts. 543 ss. CFPC, en especial los arts. 564-577 CFPC. El único problema que pudiera plantearse en este caso de estudio es el de la competencia internacional indirecta. Se llaman así las reglas conforme a las cuales

9 Estado actual del Convenio: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=98> (consultado el 17.11.2022).

10 Texto en español <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=137> (consultado el 17.11.2022).

11 Estado actual de la Convención <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=137> (consultado el 17.11.2022).

el juez nacional determina la competencia del tribunal extranjero que dictó la resolución que se pretende reconocer en México (Prinz von Sachsen Gessaphe, 2018, p. 97 s.). Al respecto nos dice el art. 564 CFPC que

...será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de sentencias, cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional, salvo que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos.

La competencia internacional asumida por el tribunal de Hagen con base en la residencia habitual de la causante (art. 4 Reglamento) es compatible con el derecho mexicano. En el mismo, la competencia en razón del territorio en materia de sucesiones se define en primer lugar por el último domicilio del autor de la herencia, vid. art. 167 fr. V CPC Chihuahua. Sin embargo, no se reconocerá sentencia extranjera que verse sobre derechos reales con respecto a bienes raíces ubicados en México, puesto que el art. 568 fr. I CFPC reserva en estos casos la competencia exclusiva a los tribunales mexicanos.

No obstante, hay que aclarar el sentido de esta competencia exclusiva. No basta con que una sentencia extranjera esté re-

lacionada con un bien inmueble ubicado en México; más bien es necesario que la sentencia tenga un impacto directo en tales bienes (Pereznieto y Silva, 2007, p.350). En el caso de sucesiones hay que distinguir: la mera declaración de los herederos y de sus cuotas hereditarias, no cae bajo esta competencia exclusiva, puesto que no efectúa la adjudicación de dichos bienes.

En consecuencia, la resolución alemana podrá ser reconocida en México con respecto al departamento sito en Chihuahua, por no efectuar la adjudicación de dicho bien inmueble.

CASO PRÁCTICO ALTERNATIVO Y SU SOLUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE UN TRIBUNAL ALEMÁN

El caso alternativo

Un alemán con última residencia habitual en Chihuahua, Chihuahua, muere ahí, dejando un inmueble en esta ciudad y otro en Hagen. En Alemania, la última vez que vivió fue en Hagen, donde aún residen sus padres. Diez años antes de su muerte, se había trasladado a Chihuahua, donde se casó con una mexicana y trabajó hasta su muerte. Solo regresaba a Alemania para pasar sus vacaciones en su casa en Hagen. Sobreviven su esposa mexicana y los padres del difunto de nacionalidad alemana. Los padres que residen en Hagen, solicitan al tribunal de Hagen expedir un certificado de herederos.

¿Qué ley aplicará el tribunal de Hagen para determinar los herederos?

Competencia internacional

En este caso inverso al original, el tribunal de Hagen no puede fundar su competencia internacional en la regla general del art. 4 Reglamento, puesto que el difunto tenía su residencia habitual en México, que no es un Estado miembro. Sin embargo, el tribunal puede basarse en la competencia subsidiaria del art. 10 fr. 1 letra a Reglamento. Esta norma combina diferentes puntos de conexión, previendo una conexión cumulativa:

- se requiere que en el Estado miembro del tribunal invocado se encuentren bienes de la herencia
- además, que el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento
- o, alternativamente, que el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro

En caso de que el tribunal invocado no tenga competencia internacional con base en la regla general contenida en el art. 4 Reglamento, entonces tiene que examinar ex officio si no le corresponde la competencia subsidiaria del art. 10 Reglamento (TJUE, 2022, C-645/29, apart. 34 y ss.). Aunque en el caso del art. 10 Reglamento se

trate de una competencia subsidiaria, el tribunal tiene facultad para pronunciarse sobre la totalidad de la sucesión. En el presente caso de estudio, hay bienes de la herencia en Alemania, y el causante era nacional de este Estado miembro, por lo que el tribunal de Hagen tiene competencia internacional con base en el art. 10 Reglamento para juzgar sobre la totalidad de la sucesión, o sea, tanto sobre los bienes ubicados en Alemania como en México.

Determinación del derecho aplicable

a) Ley aplicable a la sucesión

La regla general del art. 21 fr. 1 Reglamento remite al derecho mexicano por haber tenido el causante ahí su última residencia habitual. En el caso en análisis, el causante no mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con Alemania que con México, por lo que no entra en juego la cláusula de escape del art. 21 fr. 2 Reglamento. Como las normas conflictuales del Reglamento son de aplicación universal según su art. 20, se aplican también para este caso, a pesar de que la norma remita a la ley mexicana que es un tercer Estado.

En el caso de estudio, se da, pues, una discrepancia entre la competencia internacional del tribunal alemán de Hagen, y la remisión al derecho mexicano como estatuto sucesorio. Sin embargo, aunque las normas del Reglamento estén conce-

bidat, en principio, para garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión pueda aplicar, en la mayoría de los casos, su propio Derecho, este Reglamento no impone ni garantiza esta coincidencia (TJUE, 2022, C-645/20, apartado 45).

b) Reenvío

Se plantea ahora la cuestión si se aplica directamente el derecho sustantivo mexicano o si hay que tener en cuenta también su DIPr. Por lo general, los reglamentos de la UE en materia de conflicto de leyes, no aceptan el reenvío (Prinz von Sachsen Gessaphe en: Budzikiewicz/Weller/Wurmnest, beck-online. GROSSKOMMENTAR, edición 1.9.2022, EGBGB art. 4 nota marginal 26). El Reglamento N°650/2012 constituye una importante excepción, puesto que en su art. 34 fr. 1 Reglamento acepta el reenvío si el Reglamento designa la ley de un tercer Estado. La norma dice:

Art. 34 Reglamento N°650/2012: Reenvío
1. La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a:

a) la ley de un Estado miembro, o

b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.

La aceptación del reenvío fue el resultado de largas discusiones; sobre todo las delegaciones alemana, austriaca, checa e italiana se opusieron al plan original de la comisión europea de no aceptar el reenvío (Prinz von Sachsen Gessaphe, 2013, pp. 184 y s). Con la aceptación del reenvío, se quiso garantizar la coherencia internacional (Reglamento 650/2012, considerando 57).

En el caso de estudio, el art. 21 fr. 1 Reglamento remite al derecho mexicano que es un tercer Estado, por lo que habrá que examinar el DIPr del ordenamiento mexicano remitido. Sin embargo, como México es un Estado con más de un sistema jurídico, hay que determinar el DIPr de cuál de los 32 Estados federales mexicanos se aplica en el presente caso a la sucesión. El art. 36 Reglamento regula la remisión a la ley de Estados con más de un sistema jurídico en caso de conflictos territoriales de leyes. Este es el caso, cuando se remita al derecho mexicano puesto que se presentan conflictos territoriales de leyes por tratarse de un Estado federal con competencia en materia conflictual de las entidades federativas. En primer lugar, el art. 36 fr. 1 Reglamento se refiere a las normas internas sobre conflicto de leyes del Estado remitido, las cuales determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión. En México,

el art. 121 de la Constitución establece solamente bases para la solución de conflictos de leyes interestatales, de las cuales únicamente la fr. II puede considerarse como norma conflictual, pues establece la *lex rei sitae* para bienes muebles e inmuebles. Hasta la fecha, el Congreso de la Unión no ha emitido la ley reguladora de tales bases a la que se refiere el art. 121 de la Constitución. Se plantea, pues, la pregunta: ¿las normas conflictuales de las entidades federativas pueden considerarse como leyes reglamentarias de dicha disposición? No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado que no le compete a los estados federales regular los conflictos interestatales por estar reservada esta competencia a la Unión (SCJN, 2001, p. 276). En consecuencia, se requiere de una ley federal para concretizar las bases contenidas en el art. 121 de la Constitución. Con la creación del Código Civil Federal en el año 2000, se puede considerar que sus normas conflictuales constituyen dicha concretización para conflictos interestatales (Prinz von Sachsen Gessaphe, 2004, pp. 779 y ss). Sin embargo, este código no contiene normas conflictuales especiales para sucesiones por causa de muerte (Pereznieta y Silva, 2007, pp. 345 y s., 380 y ss.). Para llenar esta laguna, deberá aplicarse la regla de la *lex rei sitae* en lo que se refiere a los bienes de la sucesión (Pereznieta y Silva, 2007, p. 381). Esta regla está contenida tanto en el art. 121 fr. II Const.

como en el art. 13 fr. III CCF. Sin embargo, con respecto a los bienes del causante ubicados fuera del territorio mexicano, el art. 121 Const. no ofrece solución.

En consecuencia, para concretizar la remisión al derecho mexicano, hay que distinguir entre bienes de la herencia sitos en México y los demás sitos fuera de México. En cuanto a los primeros, la remisión nos lleva al derecho de Chihuahua. En cuanto a los bienes sitos en Alemania, el derecho interestatal mexicano no ofrece una solución, por lo que debe de recurrirse subsidiariamente a una determinación autónoma con base en el art. 36 fr. 2 Reglamento. El mismo nos dice en su letra a, pertinente en este caso de estudio:

2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes:

a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

Como la remisión fue hecha con base en la residencia habitual del causante, se aplica la letra a que concretiza la remisión y la prolonga al Estado federal mexicano en el que se encontró la última residencia del

causante. Para el presente caso, se declara aplicable, pues, el DIPr de Chihuahua. En consecuencia, la sucesión también está sometida al DIPr de Chihuahua con respecto a los bienes del causante ubicados fuera de México.

En el DIPr de Chihuahua también falta una norma conflictual especial para sucesiones, por lo que debe aplicarse el art. 10 CC Chihuahua que remite a la ley del lugar de ubicación de los bienes de la sucesión. En el presente caso, esto lleva a una fragmentación conflictual de la sucesión:

- En cuanto a los bienes sitios en Chihuahua, la norma acepta la remisión del DIPr alemán.
- En cuanto a los bienes sitios en Alemania, la norma reenvía al derecho alemán, el cual acepta tal reenvío. Por eso, estos bienes se rigen por el derecho sustantivo alemán.

c) Resultado

La aplicación del DIPr de Chihuahua tiene como consecuencia una fragmentación de la sucesión: Una parte se rige por el derecho de Chihuahua, la otra por el derecho alemán. Este resultado contraviene al principio rector del Reglamento N°650/2012, según el cual, el derecho aplicable debe referirse a la totalidad de la sucesión. Sin embargo, este resultado se tomó en cuenta al aceptar el reenvío cuando se remita a la

ley de un tercer Estado, dándole preferencia a la coherencia internacional. En consecuencia, se crean dos diferentes masas hereditarias que se juzgan la una independientemente de la otra. Esto es importante p.e. en la determinación del orden de sucesión y de las cuotas hereditarias.

En cuanto al ámbito del estatuto sucesorio y a la ley aplicable a la transferencia de la propiedad real, podemos remitir a lo que ya dijimos con respecto al caso original.

Aplicación del derecho sustantivo a los bienes de la sucesión

a) En cuanto a los bienes sitios en Alemania

Como hemos visto, en el derecho alemán, la esposa *supérstite* y los padres del difunto heredan por partes iguales. La esposa hereda la mitad del patrimonio sito en Alemania y los padres la otra mitad.

b) En cuanto a los bienes sitios en México
Al mismo resultado se llega en aplicación del art. 1518 CC Chihuahua: La esposa hereda la mitad del patrimonio sito en Chihuahua y los padres la otra mitad.

Reconocimiento de la resolución del tribunal alemán en México

La resolución del tribunal de Hagen, solo requiere de reconocimiento en cuanto se

refiere a los bienes sitios en México. Aquí, no se está frente a una situación peculiar: Se tiene una sentencia alemana que se expresa sobre una sucesión en aplicación del derecho sustantivo del Estado de Chihuahua que requiere de eficacia en este mismo. Sin embargo, las normas aplicables al reconocimiento siguen siendo las mismas que en el caso original de una sentencia declarada en aplicación del derecho sustantivo alemán. Por eso se puede remitir a lo ya dicho al respecto. Como la resolución se limita a declarar quiénes son los herederos del difunto y con qué cuota heredan, pero no efectúa la adjudicación de los bienes de la sucesión, no habrá problemas para reconocerla en el Estado de Chihuahua.

CONCLUSIONES

Se han analizado problemas del DIPr con base en dos casos en materia de sucesiones. En la misma, no existen normas conflictuales uniformes entre Alemania y México, por lo que tribunales de estos Estados tendrán que aplicar sus propias normas conflictuales a una misma situación de hecho. En Alemania, las normas conflictuales no son autónomas, sino que provienen de la UE. El Reglamento (UE) N°650/2012 establece en materia de sucesiones reglas uniformes para determinar tanto la competencia internacional de tribunales de Estados miembros como la ley aplicable a sucesiones. Remisiones hechas

por sus normas conflictuales se aplican hasta en casos en los que estas lleven al derecho de un tercer Estado como México. En el marco de la UE, se logró pues la unificación del derecho conflictual en materia de sucesiones. Sin embargo, esta unificación no es total, puesto que Dinamarca e Irlanda no participan en este Reglamento.

El Reglamento procura establecer las mismas reglas para determinar la competencia internacional como el derecho aplicable, para que, en principio, el tribunal competente aplique su propio derecho. En el primer caso, el tribunal de Hagen aplicará el derecho alemán a la totalidad de la sucesión de una mexicana difunta en Alemania, dejando bienes tanto en Alemania como en México. En el segundo caso, sin embargo, se da una divergencia entre la competencia del tribunal de Hagen y el derecho que aplicará a la sucesión de un alemán difunto en México: la remisión al derecho mexicano provoca una fragmentación de la sucesión, debido a que se acepta el reenvío parcial decretado por la norma conflictual del CC Chihuahua; en consecuencia, el tribunal de Hagen solamente podrá aplicar el derecho propio a los bienes sitios en Alemania, mientras que con respecto a los bienes sitios en Chihuahua tendrá que aplicar el derecho de este Estado federal mexicano. No obstante, la aceptación del reenvío en el segundo caso contribuye a una mayor coherencia internacional, puesto que el tribunal ale-

mán aplicará el mismo derecho como lo haría un tribunal de Chihuahua.

En los dos casos, casualmente, los resultados son al final los mismos: el cónyuge *supérstite* hereda la mitad de los bienes, los padres de la persona difunta la otra. Sin embargo, los resultados pudieran discrepar en otras situaciones de hecho, p.e., si el difunto dejara un testamento, desheredando a uno de sus herederos legítimos. Aquí, los derechos alemán y mexicano discrepan considerablemente: en derecho alemán, si el cónyuge *supérstite*, los descendientes o padres del difunto son desheredados, entonces tienen derecho a la mitad de la cuota que les hubiera tocado en caso de sucesión legítima (art. 2303 fr. 1 BGB, art. 2303 fr. 1). En derecho mexicano, sin embargo, estas personas solamente tendrán derecho a recibir una pensión alimenticia, y esto solo bajo ciertas condiciones (arts. 1272 y ss. CC Chihuahua).

Muchas veces, el reconocimiento de resoluciones extranjeras provoca problemas, por lo que es de desear que se creen leyes uniformes al respecto. En la materia de sucesiones, estas aún no existen en la relación entre Alemania y México. No obstante, en los dos casos esto no crea problemas por dos razones: la resolución del tribunal de Hagen no tiene un impacto directo en bienes raíces sitos en México, por lo que no cobra importancia la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos, establecida en el art. 558 CFPC; además, la

resolución no requiere de ejecución coercitiva. Sin embargo, en otros casos, el reconocimiento de una resolución alemana sí pudiera provocar problemas.

Es de esperar que, a lo menos con respecto al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, se creen instrumentos de derecho uniforme. La UE ya ha ratificado la Convención de La Haya de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial que aún no está en vigor. Asimismo, que México siga el ejemplo de la UE y se adhiera también a este importante instrumento internacional. Sin embargo, esta Convención no serviría en los casos aquí expuestos, por excluir la materia de sucesiones.

REFERENCIAS

- Deinert, O. (2013). *Internationales Recht im Wandel, Symposium für Peter Winkler von Mohrenfels*, Nomos.
- Habersack, M. (2020). *Münchener Kommentar zum BGB*. (Vol. 7), C.H. Beck.
- Mansel, H., Kronke, H., Pfeiffer, T. (2004). *Festschrift für Erik Jayme [Obra de homenaje para Erik Jayme]*, Sellier.
- Pereznieto Castro, L. (2022). *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Oxford.
- Pereznieto Castro, L., Silva Silva, J. A. (2007). *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Oxford.
- Prinz von Sachsen Gessaphe, K. (2004) *Verweisung auf einen Mehrrechtsstaat im Lich-*

te des neuen mexikanischen interlokalen Privatrechts. En: Mansel/Pfeiffer/Kronke y otros (editores), *Festschrift für Erik Jayme*, München 2004, pp. 773 y ss

Prinz von Sachsen Gessaphe, K. (2013) Die Verweisung auf einen Mehrrechtsstaat, vom autonomen deutschen IPR zur EuErbVO. En *Deinert, Internationales Recht im Wandel. Symposium für Peter Winkler von Mohrenfels, Baden-Baden*, pp. 163 y ss.

Prinz von Sachsen Gessaphe, K. (2018). Convenio de la Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro en el comercio entre Europa y México. *Ex Legibus, Revista del Centro de Investigaciones Judiciales*, (8), 91-125.

Prinz von Sachsen Gessaphe, K. (2022), en Budzikiewicz/Weller/Wurmnest.

Savigny, (1849). *System des heutigen römischen Rechts*. (Vol. 8), Veit.

von Hein, J. (2020). Münchener Kommentar zum BGB [Comentario de Múnich al Código Civil] (Vol. 12), C.H. Beck.

Legislación

Bürgerliches Gesetzbuch [Código Civil de Alemania], publicada en la versión del 07.11.2022

Código Civil de Chihuahua

Código Civil Federal, DOF, 1928.

Código Federal de Procedimientos Civiles, DOF 24 de febrero 1943.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua, POE 23 de julio 2014.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF 05 de febrero de 1917.

Einführungsbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch [Ley de Introducción al Código Civil de Alemania], publicada en la versión del 1.10.2022.

Tratados y convenios internacionales

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Convención de 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial. Diario Oficial de la Unión Europea, 14.7.2022.

Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias. BOE núm. 197.

Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Hague Conference on Private International Law.

Derecho de la Unión Europea

Reglamento (UE) N°326/2012 sobre las versiones consolidadas del tratado de la Unión Europea y del tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

Reglamento (UE) N°864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

Reglamento (UE) N°593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Reglamento (UE) N°1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el

ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

Reglamento (UE) N°650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Sentencias

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 6669/80. Semanario Judicial de la Federación 9ª. Época XIII. 4.10.2000

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sentencia, C80/19 ECLI:EU:C:2020:569 (16.07.2020). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&doci-d=228675&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236959> (consultado 17.11.22).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sentencia C218/16, ECLI:EU:C:2017:55 (12.10.2017). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&doci-d=195430&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=755079> (consultado 17.11.2022).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sentencia, C645/20 ECLI:EU:C:2022:267 (07.04.2022). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&doci-d=257493&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=239820> (consultado 17.11.2022).

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)RUPERTO VILLANUEVA FLORES¹DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.4>

VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y REDES SOCIALES EN MÉXICO

Violation of human rights and social networks in Mexico

FECHA DE RECEPCIÓN: 25 de agosto 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23 de diciembre 2022

RESUMEN

El dominio de la tecnología ha permeado tanto a generaciones actuales como anteriores, por el uso de teléfonos celulares, computadoras, softwares, redes sociales. Todo esto ha permitido, con un aparente consentimiento por parte de los usuarios, que grandes compañías dispongan y/o manejen información privada. El objetivo de la investigación fue determinar si los Ministerios Públicos adscritos a la Fiscalía General del Estado de Chihuahua, Zona Norte, en México, como usuarios de redes sociales, vulneran el Derecho a la Privacidad de Datos Personales de personas investigadas. La metodología que se utilizó aborda una estrategia cualitativa, para determinar si se está vulnerando el derecho a la Privacidad de Datos Personales de usuarios de redes sociales, debido a la utilización de otro derecho como lo es la libertad de expresión. Se corrobora la incidencia entre el uso de redes sociales y el Derecho a la Privacidad de Datos Personales. Se utilizó un enfoque cualitativo, ya que se analizó el desarrollo del uso de redes sociales respaldado con el Derecho a la Libertad de Expresión en contraposición con la vulneración al Derecho a la Privacidad de los Datos Personales. La investigación fue básica, transversal, descriptiva e interpretativa. Se llegó a la conclusión, con base en los datos proporcionados por los sujetos entrevistados, que estos son respetuosos al acceso a datos personales usando redes sociales de personas investigadas, ya que se apegan a la legalidad que les regula esta actividad en el desarrollo de función laboral.

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Maestría en Derechos Humanos y Perspectiva de Género por el Instituto Estatal de Seguridad Pública, Fiscalía General del Estado de Chihuahua. Correo electrónico: rupertovillanueva337@gmail.com. ORCID: 0000-0002-8916-2342.

VULNERACIÓN DE DERECHOS

HUMANOS Y REDES SOCIALES EN MÉXICO

Palabras clave: Vulneración de derechos, datos personales, privacidad de datos, redes sociales.

ABSTRACT

The domain of technology, has permeated current and previous generations, with the use of cell phones, computers, software, social networks. All this has allowed with an apparent consent on the part of the users, this consent being not correctly informed, or lacking interest in detail and the importance of this consent by the user, which authorizes large companies to have and/or manage information about our lives. The objective of the investigation was to determine if the Public Prosecutors attached to the Attorney General's Office of the State of Chihuahua in Mexico, of the Crimes against Life Investigation Unit, as users of social networks violate the Right to Privacy of Personal Data of people investigated. The methodology that was used addresses a qualitative strategy, to determine if the right to Privacy of Personal Data of the user of Social Networks is being violated, due to the use of another right such as freedom of expression. The incidence between the use of Social Networks and the Right to Privacy of Personal Data is corroborated. A qualitative approach was used, since the development of the use of Social Networks supported by the right to freedom of expression as opposed to the violation of the Right to Privacy of Personal Data was analyzed. It was basic, cross-sectional, descriptive and interpretive research. The conclusion was reached based on the data provided by the subjects interviewed, that these are respectful of access to personal data using social networks of people investigated, since they adhere to the legality that regulates this activity in the development of work function.

Keywords: Violation of rights, personal data, data privacy, social networks

INTRODUCCIÓN

Esta era actual fuertemente identificada como del dominio de la tecnología, se caracteriza por el uso de teléfonos celulares, tabletas, computadoras personales, *softwares*, redes sociales, sistemas de almacenaje de información en línea, inteligencia artificial, etcétera. Todo lo anterior ha permitido, con un aparente consentimiento por parte de los usuarios, siendo este consentimiento no informado correctamente, o carente de interés al detalle, a que grandes e importantes compañías tengan a su disposición y/o manejo la información privada; un ejemplo de ello podría ser Facebook.

Las computadoras y su gran capacidad de almacenamiento y procesamiento, han dejado al descubierto la intimidad y privacidad de las personas en todo el mundo. Solo en minutos, tanto aspectos sensibles y económicos de una persona pueden ser reunidos, quedando en la indefensión ante quienes se apropien, administren o accedan a esta información. Es importante señalar que a la información personal solo pueden acceder funcionarios del Estado autorizados por ley, la cual establece claramente las formas y casos en los que pueden allanar la reserva o secretos de la información de los ciudadanos (*Habeas Data*) (Montalvo, 2016, p. 2)

Es por lo anterior que en la actualidad, gracias a los avances tecnológicos, se facilita que las personas ejerzan su derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, pareciera que se carece o se desconocen las regulaciones para ejercer el derecho a libertad de expresión, pero sin afectar el derecho a la intimidad.

Es así como el derecho a la intimidad ha sido violentado en internet mediante el uso de redes sociales por medio de su versión computarizada, ya que el acto de expresarnos libremente en calidad de usuarios, sin una limitación, permite que se difundan ideas y pensamientos sin autorización de sus titulares.

Hoy en día se ven plasmados en la Constitución Federal Mexicana preceptos Constitucionales como son los artículos 6, 16 y 73. Como expresa Betancourt López (2013), en relación con el derecho a la información y al derecho a la confidencialidad:

Estos derechos son garantizados por la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y por la Ley Federal de Datos Personales en Posesión de los Particulares; es importante resaltar que a nivel local el estado de Chihuahua ha trabajado en su legislación para garantizarlos por medio de la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de Chihuahua, misma que es

un ejemplo del buen trabajo legislativo Chihuahuense (p. 142).

Particularmente en la Fiscalía General del Estado de Chihuahua, Zona Norte, en México, los Ministerios Públicos por las atribuciones propias de sus funciones están en estrecho contacto en lo referente a datos personales y respeto a los derechos humanos, entre ellos el derecho a la privacidad de datos personales. Por razón del nivel educativo, socioeconómico y cultural con el que cuentan estos servidores públicos, se buscó obtener datos concretos en cuanto al trato y uso de información de las personas a las que tienen acceso por medio de las redes sociales. Se debe tener en cuenta la posible violación a derechos humanos por el mal manejo y acceso indebido a datos personales.

Por lo anterior, el presente trabajo tiene como objetivo determinar si los Ministerios Públicos adscritos a la Fiscalía General del Estado de Chihuahua Zona Norte en México, como usuarios de las redes sociales, vulneran el Derecho a la Privacidad de Datos Personales de las personas investigadas.

La investigación está estructurada en cuatro apartados: en el primero se aborda el encuadre teórico respecto a las variables de estudio, en el segundo se integra la metodología, en el tercero la interpretación de los resultados y por último, se incluyen las consideraciones finales.

ENCUADRE TEÓRICO

El riesgo latente en el uso de redes sociales

Salvaguardar los derechos del ciudadano con respecto a sus datos personales, no existiendo espacio de justificación con el avance constante de la tecnología y las redes sociales, y sin olvidar la responsabilidad de los usuarios de un uso informado y responsable de estas redes sociales y tecnologías, representa un gran reto en la actualidad. El análisis desde una perspectiva constitucional, tomando como base el derecho a la intimidad en el contexto de las redes sociales resulta interesante. Existe una imperiosa necesidad de delimitar los alcances y mecanismos jurídicos en caso de vulneración de este derecho fundamental, pues la sociedad actual los requiere.

Como mencionan Belenio Casarrubia, Caballero Paternina & Martínez Bula (2020), la concepción de intimidad que poseen las personas y que además desconocen en derecho a la intimidad y la reglamentación que protege al mismo, ya sea por falta de información o falta de interés para indagar, trae como resultado que las personas protejan ellas mismas la información que consideran íntima en las redes sociales.

Entonces, a manera de precisión se puede entender que las redes sociales son sitios de internet (plataformas informáti-

cas) que permiten a los usuarios mostrar un perfil, subir fotos, contar experiencias personales, chatear con sus amigos y en general compartir e intercambiar contenidos de todo tipo (información, opiniones, comentarios, fotos y videos) (Tomeo, 2012). Además, son:

[...] plataformas creadas para intercambiar información, experiencias e intereses y generar espacios de convivencia entre los miembros de las comunidades virtuales que las integran, bajo condiciones similares y distintas categorías de usuarios (Arrieta Zinguer, 2014, p. 20).

Por medio de estas, las personas pueden comunicar sus pensamientos y compartir información sin límites geográficos. Los usuarios de estas están conectados unos con otros, es decir, están vinculados, ya sea por tener amigos o gustos en común, por lo que no solo son emisores, sino también receptores de ideas y de información (Ramírez, 2017, p. 67).

Las redes sociales no son tan sutiles como suelen parecer, a través de ellas se puede ser investigado e incluso vulnerado en la privacidad. La información que se comparte no solo la ven las amistades, sino también personas que pueden tomar con mucha facilidad los accesos a los perfiles (Veloz, 2017, p. 10).

Como se menciona en la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Eu-

ropa del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas, al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos:

Toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado), se considera identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 1995, p. 281/38).

Desde la perspectiva social, el control sobre los datos personales se ve amenazado desde el momento en que la información personal se extrae del entorno al que estaba destinado. Etiquetar a personas en fotos, algo tan común en las redes sociales, es un claro ejemplo de control del flujo de los datos personales (Romero, 2017, p. 10).

Privacidad de datos en el uso de redes sociales

Es importante tener claro el concepto de privacidad en lo que respecta al uso de redes sociales; cuando se redacta un comentario o se publica una imagen se realiza como si el usuario fuera el destinatario de dicha información. Se pierde el contexto que implica realizar esta actividad,

no se contempla el número inimaginable de receptores de dicha información ni el uso que se haga de dicha información. Es complicado tener certeza de quién será el receptor y más complicado saber el uso que se hace de estos datos.

El derecho a la privacidad es aquel que protege física y psicológicamente al individuo de intromisiones no deseadas por este, provenientes de terceros. La privacidad constituye un ámbito de difícil delimitación, por lo que queda sujeta a las disposiciones normativas existentes y al voto de confianza que los ciudadanos hagan a sus tribunales, quienes, al estudiar cada caso en concreto, habrán de decidir además de lo conducente por la ley, lo que proceda según las circunstancias particulares (Guzman, 2013, p. 120).

Como menciona Guzmán (2013): “Se dice que la privacidad y la intimidad, constituyen preceptos que, si bien son parecidos, no son idénticos dado su ámbito de protección, del cual se deduce que la privacidad sería el género y la intimidad la especie” (p. 120). El *habeas data* es una garantía especial que protege —fundamentalmente— el derecho a la intimidad (o privacidad), el cual deriva del derecho a la dignidad. Actualmente, el concepto de *habeas data* es otra manera de denominar el derecho de autodeterminación informativa o el derecho a la protección de datos personales (Guzmán, 2013, p. 126).

Ahora es usual que cuando se realicen registros en diferentes plataformas virtuales, sitios web o redes sociales, se introduzcan datos personales que muchas veces no tienen privacidad o las compañías dueñas de estas, carecen de un sistema de seguridad de la información conforme a las necesidades (Pelaes & Riascos, 2020, p. 3). Mitjans (2009) manifiesta: “Por tanto, cualquier información que se refiera a nuestra vida, sea un documento, la voz o una fotografía, será considerada como dato personal si permite nuestra identificación” (p.110). “Los datos personales, son toda aquella información numérica, alfabética, gráfica, acústica o de cualquier otro tipo que permita identificar o hacer identificable a una persona física, es toda la información que pueda vincularse a un individuo físico” (Guijosa, 2013, p. 45).

Desde el punto de vista de su formato, el concepto de datos personales abarca la información alfabética, numérica, gráfica, fotográfica o sonora, por citar algunas, y puede estar contenida en cualquier soporte como el papel, en la memoria de un equipo informático, en una cinta de video o en un DVD (Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, 2020).

El avance tecnológico de la comunicación e información, surgió como nueva amenaza contra la privacidad de las personas. El resultado de exponer la vida pri-

vada en redes sociales virtuales y los efectos que esto conlleva, de tal manera que existe una relación entre el derecho a la intimidad, la honra, la propia imagen y la libertad de expresión (Baño & Reyes, 2020, p. 59).

En el siglo XXI se está concurriendo a la conformación de un sistema moderno digital que modifica la vida social y la libertad de expresión. Las nuevas tecnologías de información y comunicación han permitido que los tribunales, escuelas instituciones públicas y algunas secciones de la economía sigan funcionando. Al mismo tiempo, apertura un grave riesgo para la sociedad al transformarse en herramientas de vigilancia, seguimiento y control en poder del Estado (Mejía, 2021, p. 120).

METODOLOGÍA

La presente investigación aborda una estrategia cualitativa porque “se enfoca en comprender los fenómenos explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto” (Hernandez, Fernandez & Baptista, 2014, p. 358). Es una exploración transversal, descriptiva e interpretativa ya que se pretende determinar si se está vulnerando el derecho a la Privacidad de Datos Personales en su calidad de usuario de redes sociales, debido a la utilización de otro derecho como lo es la libertad de expresión. Se consideró una muestra

no probabilística de 23 Ministerios Públicos [MP] adscritos a la Unidad de Investigación Especializada en Delitos Contra la Vida que laboran concretamente en la Fiscalía General del Estado de Chihuahua, Zona Norte, en México.

La técnica de recolección de datos fue a través de una entrevista estructurada de 10 preguntas (ver tabla 1), las cuales se realizaron directamente a cada uno de los sujetos objeto de estudio. Esto permitió conocer el actuar de los participantes ante la vulneración del derecho a la privacidad de datos personales en el quehacer profesional del día a día. La entrevista se realizó bajo el consentimiento informado por parte de los participantes. Los datos fueron recabados durante el mes de noviembre de 2021. Cabe destacar que todos los participantes son Ministerios Públicos, cuentan con una carrera profesional y están adscritos a la Unidad de Investigación Especializada en Delitos Contra la Vida, la experiencia laboral de los sujetos oscila entre los 2 y 16 años de antigüedad.

INTERPRETACIÓN A PARTIR DE LOS RESULTADOS

De los 23 participantes solo dos no están de acuerdo en el uso de redes sociales para acceder a datos de las personas investigadas. El resto coincide en que es de utilidad y consideran que es una herramienta que facilita su trabajo y que son útiles. Además,

solo uno de los participantes consideró que a pesar de ser una ventaja, la información no siempre es fiable. Con respecto a la interrogante de qué tan frecuentemente son utilizadas las redes sociales para la integración de las investigaciones, la mayoría de los entrevistados coincide en utilizarlas con regularidad entendiendo que no es un uso estandarizado o elemental en la integración de sus investigaciones, siendo solamente un soporte adicional para realizar su labor.

En cuanto a la experiencia personal de cada uno de los entrevistados en el uso de redes sociales para desarrollar su actividad, la mayoría expresó comentarios favorables en el sentido de que facilita su trabajo, adquieren datos importantes para la integración de sus investigaciones. Solamente tres comentaron que esta actividad era de poca utilidad para ellos.

Al cuestionar a los participantes qué tan indispensable es el uso de redes sociales para acceder a datos personales de per-

Tabla 1. Formato de entrevista

Trabajo de Investigación “Vulneración de Derechos Humanos y Redes Sociales”
Formato de entrevista:
1.- ¿Con cuántos años de experiencia cuenta usted en el puesto de Ministerio Público, en esta Fiscalía General del Estado de Chihuahua, Zona Norte?
2.- Con respecto a sus múltiples funciones como Ministerio Público explique brevemente su actividad indagatoria al integrar investigaciones.
3.- Qué opina del uso de redes sociales para acceder a datos personales de personas investigadas?
4.- Qué tan frecuente es el uso de redes sociales para integrar investigaciones?
5.- Conoce usted la existencia de alguna regulación que le impida utilizar redes sociales en el desarrollo de su actividad laboral?
6.- Facilita de alguna forma el acceso a datos personales de sujetos investigados haciendo uso de redes sociales?
7.-Cuál es su experiencia personal en cuanto al uso de redes sociales para desarrollar su actividad laboral?
8.- Suponga usted que no existiera algún impedimento para acceder a datos personales de personas investigadas por medio de redes sociales, qué tanto provecho le podría dar en cuanto a sus investigaciones?
9.- Qué tan indispensable es el uso de redes sociales para acceder a datos personales de personas investigadas?
10.- Considera usted que se vulneran derechos humanos de las personas al utilizar redes sociales para acceder a datos personales de ellas?

Fuente: elaboración propia.

sonas investigadas, seis opinaron que no es indispensable el uso de redes sociales, mientras que el resto refirió que sí es indispensables y algunos hasta lo consideran muy indispensable.

Al realizarles el cuestionamiento que si consideraban que se vulneraban derechos humanos de las personas investigadas al utilizar redes sociales para acceder a sus datos personales, cuatro entrevistados comentaron concretamente que sí. Los otros diecinueve consideraban que no se violaban derechos humanos de las personas investigadas dando sus debidos argumentos, como el hecho de que la personas que proporcionan sus datos en redes sociales los hacen públicos. En muchos de los casos hasta es consentido por medio de firma aceptando la publicidad de sus datos.

Partiendo del planteamiento de la hipótesis consistente en que el 40 % de los Ministerios Públicos usuarios de redes sociales vulneran el Derecho a la Privacidad de Datos Personales en sus investigaciones, se tiene como resultado que se niega dicha hipótesis, esto con base en los datos proporcionados por los participantes de la presente investigación.

CONSIDERACIONES FINALES

La mayoría de los ministerios públicos partícipes de esta investigación coinciden en aceptar que hacen uso de las redes sociales como herramienta de trabajo. Manifiestan que debido a la accesibilidad a

datos de manera rápida, esto les facilita su labor de investigación.

También admiten que existen datos personales que el mismo titular los tiene como públicos en las redes sociales y otros los cuales no tienen esta característica. Situación que de igual manera a lo largo de las entrevistas quedó evidenciado que saben que existe un procedimiento legal para el acceso a estos datos personales que no están de forma pública en alguna red social. Los entrevistados están conscientes de justificar que se requiere tener acceso a estos datos personales. Se establece que más de la mitad de los Ministerios Públicos entrevistados hacen un uso frecuente y reiterado de las redes sociales para acceder a datos personales de personas investigadas.

Fue evidente el hecho de que en planteamiento hipotético de no existir alguna limitación legal para tener acceso a datos personales de personas investigadas por medio del uso de redes sociales, se resolverían hasta en un 90% de las investigaciones. Con lo anteriormente expuesto se determina que al menos los Ministerios Públicos partícipes de este trabajo de investigación son respetuosos con el trato en lo que se refiere al acceso a datos personales usando redes sociales de personas investigadas, ya que se apegan a la legalidad que les regula esta actividad en el desarrollo de su función laboral.

La mayoría conoce la existencia de limitaciones legales que sirven para garantizar derechos humanos. Se considera que aún falta bastante por hacer en este tema de derechos humanos y redes sociales. En el aspecto de una adecuada regulación legal, tanto para proporcionar datos personales como el acceso que se puede tener de ellos, esto con la finalidad de garantizar un debido respeto de los derechos humanos de la persona.

Ya que la presente investigación se enfocó a la obtención de datos de participantes con un perfil muy específicamente seleccionado, como lo fueron los Ministerios Públicos Adscritos a la Fiscalía General del Estado de Chihuahua, Zona Norte adscritos a la Unidad de Delitos Contra la Vida, como operadores del Sistema Penal, es posible que esta investigación u otra se pudiera ampliar o complementar obteniendo información de otros sujetos, por ejemplo, Agentes Investigadores, quienes también son operadores de Sistema Penal y por lo tanto también tienen acceso a datos personales de personas investigadas a través de las redes sociales.

REFERENCIAS

- Arrieta Zinguer, M. (2014). Libertad de expresión y derecho a la información en las redes sociales en internet. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 1-31.
- Bañó Carbajal, A. E., & Reyes Estrada, J. L. (2020). Vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar. *Crítica y Derecho*, 49-60.
- Belenio Casarrubia, J., Caballero Paternina, M. S. & Martínez Bula, L. R. (2020). Derecho a la intimidad y redes sociales: relación. *Teknos Revista Científica*, 33-39.
- Betancourt López, E. (2013). Puntos de vista sobre la protección de datos personales del Estado de Chihuahua frente al Derecho Penal. *Quid Iuris*, 141-149.
- Carballo Barcos, M. (2016). Algunas consideraciones acerca de las variables en las investigaciones que se desarrollan en educación. *Revista Universidad y Sociedad*.
- Guijosa Delgado, E. (2013). *Protección de datos personales*. Estado de Mexico: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Guzmán García, M. (10 de marzo de 2013). El derecho fundamental a la protección de datos personales en México: Análisis desde el ordenamiento jurídico español. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.
- Hernández, R., Fernández, C. & Baptista, P. (octubre de 2014). *Metodología de la Investigación*. México, McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V. Obtenido de <https://thepublicvoice.org/ban-facial-recognition/>
- Mejía Navarrete, J. (2021). Libertad de expresión, redes sociales y modernidad.

- Revista de la Universidad Ricardo Palma*, 111-122.
- Mitjans Perello, E. (2009). Impacto de las redes sociales en el derecho a la protección de datos personales. *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá II*, 107-129.
- Montalvo Ramos, F. A. (2016). *Derecho de Información e Intimidación prescritas en la Constitución de la República al momento de aplicar claves de acceso personal en las redes*. Riobamba-Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes.
- Ramírez Astua, M. L. (6 de Julio de 2017). *Libertad de expresión y reponsabilidad civil en el uso de las redes sociales*. San José.
- Riascos Trujillo, A. & Pelaes Mosquera, H. L. (2020). La protección de datos personales y la privacidad en internet en el caso de Colombia. *Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano*, 1-17.
- Romero Robredo, A. B. (2017). Privacidad e Intimidad en las redes sociales. *Universidad Internacional de La Rioja*, 1-69.
- Tomeo, F. (04 de mayo de 2012). *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. Obtenido de Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/las-redes-sociales-y-su-r%C3%A9gimen-de-responsabilidad-civil>
- Veloz Aguilar , A. P. (2017). Las redes sociales y sus factores de riesgos. *Pro Sciences: Revista de Producción, Ciencias e Investigación*, 10-13.



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

JOSÉ JULIO NARES HERNÁNDEZ¹

GABRIEL MONTELONGO GONZÁLEZ²

RICARDO COLÍN GARCÍA³

DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.5>

UNIÓN DE HECHO DE ADOLESCENTES EN MÉXICO: PROBLEMÁTICA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES

Consensual unions of adolescents: problems of family law relationships

FECHA DE RECEPCIÓN: 15 de noviembre 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 03 febrero 2023

RESUMEN

Las relaciones jurídicas familiares establecidas en la legislación civil mexicana derivan del matrimonio, el parentesco, el concubinato y la sociedad de convivencia. La forma en que los tribunales federales garantizan los derechos familiares de las uniones de hecho, empíricas, es decir, las uniones no reconocidas en la normatividad, es adecuándolos al concubinato mediante construcción jurisprudencial. La legislación civil prohíbe el matrimonio y el concubinato para menores de 18 años, lo que no impide que de facto, si tienen la edad legal mínima para el consentimiento sexual, puedan formar una familia mediante una unión de hecho. El problema es que, en este tipo de unión, es imposible realizar tal adecuación, pues son niños que no tienen la capacidad de ejercicio para actuar y dar origen a relaciones jurídicas familiares de carácter personal y patrimonial. El objetivo del presente artículo es analizar las consecuencias jurídicas que la prohibición del matrimonio y del concubinato trajo para la familia formada por adolescentes, quienes constitucionalmente tienen el derecho de ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Se concluye que dicha unión sea causa para que adquieran el estado civil de menores emancipados, lo que permitiría a los tribunales federales adecuar mediante interpretación en lo procedente, los derechos y obligaciones del concubinato. Es una investigación de tipo documental, desarrollada en el marco teórico del neoconstitucionalismo, del derecho

1 Profesor Investigador de Tiempo Completo del Centro Universitario Valle de Chalco de la Universidad Autónoma del Estado de México. Correo Electrónico jnh551107@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5402-1227>.

2 Becario de la Licenciatura en Derecho del Centro Universitario Valle de Chalco de la Universidad Autónoma del Estado de México. Correo Electrónico gab_montelongonz@hotmail.com Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5752-8530>.

3 Profesor Investigador de Tiempo Completo del Centro Universitario Texcoco de la Universidad Autónoma del Estado de México. Correo Electrónico richard_lic1@yahoo.com.mx ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8610-6436>.

UNIÓN DE HECHO DE ADOLESCENTES

EN MÉXICO: PROBLEMÁTICA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES

familiar, del derecho constitucional, y de los derechos humanos, en el que se utilizaron los métodos analítico, sintético, hermenéutico y comparativo.

Palabras clave: Unión de hecho de adolescentes, derechos y obligaciones familiares, emancipación.

ABSTRACT

Family law relationships established in the Mexican legal system derive from marriage, kinship, cohabitation and domestic partnership. The way in which federal tribunals guarantee family rights of empirical consensual unions, that is, unions which have not been acknowledged in legislation, is by adjusting them to cohabitation through judge-made-law. Civil law prohibits marriage and cohabitation for minors under 18 years of age, which does not impede that if they have the minimum legal age for sexual consent, they can start a family through a consensual union. The problem is that in this type of union it is impossible to make that adaptation since those children do not have the exercise capacity to act and give rise to family law relationships of personal and patrimonial nature. The objective of this article is to analyze the legal consequences than the prohibition of marriage and cohabitation, brought for the family formed by these teenagers, which constitutionally have the right for exercising their sexual and reproductive rights. It is proposed that the alleged union can be the cause for them to obtain the civil status of emancipated minor, which would allow federal tribunals to adapt through interpretation to the extent the law may allow, cohabitation rights and obligations. This is a documentary-type research, carried out on the theoretical frame of the neo-constitutionalism, of family law, and human rights, in which they were, used an analytical, synthetic, hermeneutical and comparative method.

Keywords: Consensual unions of adolescents, family rights and obligations, emancipation.

I. INTRODUCCIÓN

En la legislación civil mexicana se encuentran establecidos los derechos y obligaciones de las familias que surgen del matrimonio, el parentesco, el concubinato, y la sociedad de convivencia. Sin embargo, la familia también puede ser producto de uniones de hecho empíricas, que no se encuentran previstas en la legislación. Cuando se presenta algún caso concreto que amerite interpretar los derechos y obligaciones familiares de tipo personal y patrimonial que les corresponden, los tribunales federales los resuelven adecuándolos en lo que proceda con las relaciones jurídicas del concubinato.

Asimismo, para contraer matrimonio o concubinato se exige como requisito ser mayor de 18 años, por lo que está prohibido para adolescentes. Esta prohibición no suprime el ejercicio de los derechos humanos sexuales y reproductivos que obtienen cuando alcanzan la edad legal mínima para el consentimiento sexual. Dicha edad se encuentra establecida en el delito de violación equiparada descrito en el código penal de cada entidad federativa, la cual en promedio es menor de 15 años. A partir de esta edad los adolescentes tienen el derecho humano de ejercer su libertad sexual, y por ende decidir si crean con su pareja una unión de hecho, estable y continua para formar una familia.

La unión de hecho familiar de adolescentes no constituye un nuevo estado civil, siguen bajo la patria potestad de sus padres o tutores. Toda vez que la minoría de edad es una restricción a la personalidad jurídica que se traduce en una incapacidad natural y legal, en cualquier materia jurídica los actos celebrados por ellos carecen de validez, dado que legalmente no existe consentimiento. Al no tener capacidad para contraer y cumplir obligaciones por sí mismos, en materia de derecho familiar, no pueden registrar a su pareja en servicios de seguridad social; en caso de separación no tienen la obligación de pagar a su pareja pensión alimenticia; si fallece su pareja carecen del derecho de recibir pensión por viudez, o derecho a heredar; o en caso de accidente de trabajo de su pareja no tienen derecho a recibir pensión por incapacidad, entre otros derechos y obligaciones que corresponden a los mayores de edad casados o concubinos. En cuanto a los derechos fundamentales de sus hijos no existe impedimento alguno para su cumplimiento, pues no derivan del matrimonio, sino directamente de la Constitución.

Debido a las restricciones legales antes apuntadas, los tribunales federales no pueden resolver los casos concretos que surgen de este tipo de relaciones familiares mediante interpretación por analogía con los derechos y obligaciones del concubinato. El problema que se plantea en este

artículo es que este tipo de familia es una realidad social que no debe ser ignorada por el Estado, siendo que el artículo 40. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (En adelante CPEUM. 5 de febrero de 1917 (México)) le impone la obligación de proteger la organización y el desarrollo de la familia sin discriminación alguna, ya sea el matrimonio, el concubinato o cualquier unión de hecho.

Se propone como hipótesis que, con apego a los derechos fundamentales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, se legisle para que dicha unión sea causa de emancipación. Con el estado civil de menor emancipado tendrían la capacidad de ejercicio que permitiría a los tribunales federales adecuar mediante interpretación en lo que proceda, los derechos y obligaciones del concubinato.

En lo relativo al estado del arte, existen estudios jurídicos que tratan de manera general el tema de las familias que surgen de las uniones de hecho empíricas, pero no de manera específica sobre las relaciones jurídicas familiares de las uniones de hecho de adolescentes que tienen la edad legal mínima para el consentimiento sexual. Es un estudio de actualidad que aporta una solución a la problemática social y jurídica que vive este grupo vulnerable, y en el que se concluye que es necesario llevar a cabo una reforma a la legislación civil, que prevea las garantías de protección que le den eficacia y realidad a los

derechos personales y patrimoniales de la familia formada por estos adolescentes.

II. DERECHO HUMANO A FORMAR UNA FAMILIA

La familia es una organización natural reconocida como la célula básica de la sociedad con funciones de asistencia mutua, cooperación económica, socialización, reproducción, etcétera, propicia para desarrollar afectos, comprensión recíproca y seguridad (Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: VII.2o.P.10 P (10a.). Reg. digital: 2022389). Desde un punto de vista institucional la familia es comprendida de acuerdo con la definición que de ella proporcione el derecho.

El derecho de familia se empezó a incluir en los tratados internacionales de derechos humanos desde mediados del siglo XX, en los que se estableció el deber del Estado de protegerla para brindar seguridad jurídica a sus integrantes (Romano, 2016). Entre los instrumentos internacionales más importantes se pueden mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En general, afirman la obligación del Estado de garantizar la dignidad de cada persona y el libre desarrollo de la personalidad, de tal modo que

tengan el derecho de elegir el modelo de familia más adecuado a su proyecto de vida.

Esta concepción internacional de los derechos humanos familiares pronto se incorporó en las constituciones de los países, ya identificados con el nombre de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2009). Estos últimos, se definen como todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos y que el Estado se obliga a proteger (Ferrajoli, 2004). En México, los derechos humanos y sus garantías de protección se encuentran reconocidos en el artículo 1o. constitucional y en los tratados internacionales suscritos en la materia.

La constitucionalización de los derechos humanos es explicada por la teoría del neoconstitucionalismo, como un proceso mediante el cual se incorporaron en la constitución materias que tradicionalmente se encontraban reguladas por la ley. En palabras de Guastini (2009), es el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico que al final resulta impregnado de normas constitucionales. Esta teoría explica que el derecho no solo se compone de reglas, sino además de principios y valores constitucionales que amplían su horizonte de validez.

Siguiendo esta tendencia, la constitucionalización del derecho de familia se llevó a cabo respaldado en tres elementos: en primer lugar, la necesidad de precisar las

nociones implícitas en las normas constitucionales que regulan la vida familiar; en segundo lugar, la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos familiares en las constituciones; por último, el desarrollo de jurisprudencia en la materia (Espejo, 2019).

En este contexto se inscriben los derechos humanos de familia previstos en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que indica que la ley protegerá la organización y desarrollo de la familia sin distinción alguna. Finalmente, el derecho de familia se configura por el conjunto de principios y valores emanados de la Constitución y tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales. Tiene por objeto regular las necesidades tanto materiales como afectivas de sus integrantes, y los derechos y obligaciones que de ellos se desprenden, como el parentesco, filiación, los alimentos, la tutela, la patria potestad, manutención, y de todo aquello que es necesario para el pleno desarrollo de las personas en sociedad (Molina, *et al.*, 2017).

III. RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES: MATRIMONIO, PARENTESCO, CONCUBINATO Y SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

El artículo 138 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal (en adelante CCDF.

Decretos 1926 y 1928. México) estipula que las relaciones jurídicas familiares surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, y ahora cabe agregar a la Sociedad de convivencia que se rige por las leyes de la materia.

El matrimonio fue el modelo de familia occidental que tradicionalmente se encontraba protegido en los sistemas jurídicos durante los dos siglos anteriores, y todavía hasta la actualidad constituye el referente para definir las relaciones jurídicas de los otros tipos de familias que surgen de las uniones de hecho, como se verá enseguida.

El matrimonio es una institución jurídica consistente en un acto jurídico sancionado por el Estado, definido como la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua (CCDF. Decretos 1926 y 1928, art. 146). Se señala que debe celebrarse y registrarse ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes y con las formalidades que estipula el propio Código. Asimismo, es importante destacar que el artículo 148 establece como requisito para contraer matrimonio que ambos contrayentes hayan cumplido 18 años.

Entre los derechos y obligaciones personales y patrimoniales que surgen entre los cónyuges, se pueden mencionar los siguientes: contribuir a los fines del ma-

trimonio y a socorrerse mutuamente; vivir en un domicilio conyugal; contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a sus alimentos y a los de sus hijos; de común acuerdo decidir lo relativo a la educación y formación de los hijos; administrar los bienes que sean comunes o que pertenezcan a los hijos sujetos a su patria potestad. En relación con los bienes de los cónyuges, el régimen patrimonial o situación económica del matrimonio podrá ser el de sociedad conyugal o el de separación de bienes, pudiendo celebrar capitulaciones matrimoniales para convenir lo relativo a su constitución y administración.

La institución del matrimonio dejó de ser el modelo único de familia desde principios del siglo XXI, momento en que la aceptación social de las uniones de hecho derivó en la existencia de nuevos modelos familiares reconocidos a nivel constitucional y convencional (Santolaya, 2018). En palabras de Espinoza (2017), este reconocimiento es significativo por tres razones: a) revela que las uniones de hecho son una realidad social aceptada y practicada con normalidad; b) la importancia de los derechos fundamentales que protegen a todo tipo de familia, como son el respeto al libre desarrollo de la personalidad, el derecho de igualdad y no discriminación, el derecho a no contraer matrimonio y el derecho de elegir un modelo alternativo de familia; y c) el fortalecimiento de los tratados y organismos internacionales en

materia de derechos humanos familiares (p. 103).

Ahora bien, el Estado lleva a cabo el reconocimiento jurídico de la familia que surge de las uniones de hecho a través de cualquiera de los siguientes sistemas:

1. De manera directa en la legislación.
2. Mediante la interpretación que por analogía hacen los órganos jurisdiccionales con las normas del matrimonio y la aplicación del principio de igualdad, y
3. La celebración de pactos de convivencia (Ortiz, 2002).

En la legislación civil mexicana la unión de hecho que se encuentra establecida con un régimen jurídico propio es el concubinato. La ley prevé que para la constitución del concubinato se deben reunir ciertos requisitos como se puede percibir en la descripción que al respecto proporciona el artículo 291 Bis del CCDF (Decretos 1926 y 1928). Aquí se dice que las concubinas y los concubinarios deben reunir los requisitos del matrimonio, tienen derechos y obligaciones recíprocos, que no tengan impedimentos legales para contraer matrimonio, que hayan vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años, o hayan procreado hijos en común. Se desprende de lo anterior que las personas menores de 18 años,

al no reunir los requisitos del matrimonio, tienen prohibido el concubinato.

Las relaciones jurídicas familiares que derivan del concubinato se componen de derechos y obligaciones en cierto modo semejantes a los del matrimonio, y los aspectos que los distinguen deben ser objetivos, razonables y estar debidamente justificados, pues de lo contrario se violaría el derecho fundamental de igualdad y no discriminación motivada por el estado civil, previsto en el artículo 1o. constitucional (Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.11o.C.131 C (10a.). Reg. digital: 2022714).

La pluralidad de modelos jurídicos de familia también incluye la celebración de pactos de convivencia. Es el matrimonio entre personas del mismo sexo denominada ‘sociedad de convivencia’, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México (octubre de 2017. Gaceta Oficial de la Ciudad de México) establece que, “La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”. Agrega que, para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, en lo que fuere aplicable se regirá en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último.

IV. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA COMO “REALIDAD SOCIAL”

En la realidad social existe una heterogeneidad de uniones de hecho que por diversos impedimentos legales o simplemente porque así lo prefieren, deciden ejercer su derecho de no contraer matrimonio o concubinato para formar una familia (Salazar, 2013). La familia no sólo es producto de un vínculo jurídico, sino también puede surgir de un vínculo social (Romero, 2019). Para que la unión de hecho sea reconocida jurídicamente como familia debe estar fincada en la afectividad, el consentimiento, la solidaridad y la convivencia estable.

De este modo Espejo e Ibarra (2019) explican que en la actualidad no existe un modelo de familia que se erija como paradigma en la sociedad, sino una pluralidad de modelos de familia (p. 22), sin restricciones por motivos biológicos o jurídicos (Varón, 2020). En este sentido, los tribunales federales han interpretado que conforme al artículo 40. de la Constitución Federal, la ley protegerá la organización y desarrollo de la familia como realidad social, debiendo cubrir todas sus posibles formas, así como las uniones de todos los estilos y maneras (Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: (IV Región) 2o. J/8 (10a.). Reg. digital: 2016662).

En suma, el derecho de familia y la valoración sociológica de la realidad de las personas que viven en pareja, son la base

para el reconocimiento de las diversas formas de familia empíricas que deben ser protegidas por el Estado (Pérez, 2019), y no solo la que se forma por el matrimonio, el concubinato o la sociedad de convivencia, pues cualquier distinción constituye una discriminación con base a una categoría sospechosa, del estado civil de las personas (Plenos de Circuito, Tesis: PC.I.C. J/45 C (10a.), Reg. digital: 2013735).

Este tipo de familias dan origen a relaciones jurídicas familiares generadores de derechos y obligaciones entre sus miembros y ante terceros, por ejemplo, efectos patrimoniales, prestaciones económicas, laborales, de seguridad social, adopción, etcétera. Para resolver las situaciones jurídicas que materialmente surgen de las relaciones de convivencia en este tipo de familias existen diversas formas: se adecuan disposiciones legales del derecho de familia, normas generales, el uso de la analogía con las normas del matrimonio o del concubinato, y la aplicación de principios generales del derecho como los de igualdad y no discriminación.

En particular, el Estado ha podido incorporar al orden jurídico la heterogeneidad de casos que representan las familias empíricas mediante la interpretación que los tribunales federales han realizado, para adecuar en lo que proceda los derechos de familia que surgen del concubinato. En esta modalidad el reconocimiento jurídi-

co de la unión de hecho empírica es una construcción jurisprudencial.

Los derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna tienen un sentido y alcance que no se circunscribe al texto expreso, sino que también comprende la interpretación progresiva que de ellos hacen los tribunales federales y los organismos internacionales conforme a las condiciones sociales e históricas. En este sentido, el texto de la ley y su interpretación jurisprudencial, forman una unidad normativa que resulta aplicable a la solución de casos concretos y a la adaptación del orden normativo a nuevas exigencias.

V. ESTADO CIVIL FAMILIAR DE LAS PERSONAS

La persona física es todo ser humano que tiene personalidad jurídica, cuyos atributos son capacidad, nombre, domicilio, estado civil, patrimonio, y nacionalidad. La capacidad como atributo de la personalidad se divide en capacidad jurídica o de goce y capacidad de ejercicio. La primera de ellas es la capacidad de la persona para ser titular de derechos desde el nacimiento hasta la muerte. Además de la capacidad de goce las personas al cumplir 18 años adquieren la capacidad de ejercicio, esto es, la aptitud para ejercer personalmente sus derechos y contraer y cumplir obligaciones. En otras palabras, la capacidad de actuar y dar origen a relaciones jurídicas,

ya que sus actos pueden ser considerados como jurídicamente válidos. El acto jurídico es una declaración de voluntad con efectos consistentes en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica. De forma breve se apuntan los requisitos de validez del acto jurídico, a saber: capacidad, consentimiento, objeto, causa y forma.

Otro de los atributos de la personalidad jurídica es el estado civil de las personas, entendido como el conjunto de cualidades que contempla la ley para atribuirles efectos jurídicos. El estado civil puede ser como estado de familia y como estado de nacionalidad, el primero de ellos consiste en la situación jurídica que una persona tiene derivado de acontecimientos como el nacimiento, el nombre, la filiación, la adopción, la emancipación, el matrimonio, el divorcio y el fallecimiento. En tal virtud las personas pueden tener el estado civil de padres, hijos, esposas, maridos, hermanos, solteros, concubinos, sociedad de convivencia, pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción, etcétera, y los derechos y obligaciones generados por esa situación jurídica familiar. El otro aspecto del estado civil es la nacionalidad, según el cual, las personas pueden ser nacionales o extranjeros.

El estado civil es un concepto legal y para que tenga efectos jurídicos debe estar registrado ante la autoridad correspondiente. El CCDF (Decretos 1926 y 1928) es-

tablece en el artículo 35 que corresponde a las y los Jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil de las personas, al realizarse el hecho o el acto de que se trate, y extender las actas relativas a: nacimiento; reconocimiento de hijos; adopción; matrimonio; divorcio administrativo; concubinato; defunción; rectificación de cualquiera de estos estados; levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de identidad de género. El acta del Registro Civil constituye el medio idóneo para acreditar el estado civil de las personas.

Retomando lo anterior, se precisa que el estado civil familiar únicamente deriva del matrimonio, el concubinato y la sociedad de convivencia. Son quienes tienen capacidad para ejercer personalmente los derechos subjetivos y contraer y cumplir obligaciones personales y patrimoniales. A diferencia de los mayores de 18 años, los menores de edad no pueden disponer libremente de su persona y de sus bienes, como señala el artículo 647 del CCDF (Decretos 1926 y 1928).

La Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989) define a los niños diciendo que es todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. En México los derechos humanos de las niñas, niños y adolescente (en adelante NNA) se encuen-

tran establecidos en el párrafo noveno del artículo 40. de la Carta Magna, en el cual se reconoce el derecho a un sano desarrollo integral. La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante LGDNNA. Diario Oficial de la Federación de 4 de diciembre de 2014) establece en el artículo 5 que son niñas y niños los menores de doce años; y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.

Mientras los menores de edad sean incapaces se encuentran bajo la patria potestad de sus padres o tutores, la cual se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos (CCDF. Decretos 1926 y 1928, art. 412). Es una función dirigida a su beneficio, protección, educación y formación integral en consideración prioritaria del interés superior del menor. Los padres tienen la obligación alimentaria con los hijos, obligación que cesa cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos, o cuando sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de este por causas injustificables, de conformidad con las fracciones II y V del artículo 320 de ese Código.

Los NNA tienen personalidad jurídica o capacidad de goce, en tanto la ley restringe su capacidad de ejercicio en aquellos derechos que requieren la mayoría de edad. El artículo 23 del CCDF (Decretos 1926 y 1928) señala que la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapa-

tidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica, pero que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes. Por su lado, el artículo 450, fracción I, señala que los menores de edad tienen incapacidad natural y legal, de tal modo que la capacidad de goce es insuficiente para que un menor sea sujeto de obligaciones.

En cualquier materia los actos celebrados por menores de edad mediante los cuales adquieran obligaciones carecen de validez dado que legalmente no existe consentimiento. No pueden celebrar por sí mismos actos jurídicos por los que contraigan obligaciones sino a través de sus legítimos representantes.

El artículo 443 del CCDF (Decretos 1926 y 1928) estipula que la patria potestad se acaba ya sea con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga, por la mayoría de edad del hijo, con la adopción del hijo, cuando el hijo es dado en adopción, y por resolución judicial.

Los derechos de los NNA no solo son de carácter pasivo, es decir, recibir prestaciones de los adultos, sino también derechos activos como libertades de conciencia, pensamiento, religión, expresión, información, reunión, y entre otros más de libertad sexual. El artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño señala que los NNA no son objetos sino sujetos plenos de derechos, con la capacidad para

ejercerlos de manera progresiva conforme van desarrollando un mayor nivel de autonomía.

El ejercicio de estos derechos depende del desarrollo de las facultades de los menores de edad, como un verdadero “principio habilitador”, es decir, de acuerdo con los procesos de maduración y de aprendizaje a través de los cuales adquieran progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos y sobre la forma en que pueden realizarse mejor. Lo anterior porque cada etapa de la infancia presenta un grado diferente de libertades y deberes para su ejercicio, de tal modo que, a mayores niveles de aprendizaje, conocimiento y madurez, es mayor el margen de autonomía para que sean los propios menores quienes ejerzan sus derechos y no a través de sus padres [Segunda Sala, Tesis: 2a. VII/2018 (10a.). Reg. digital: 2016010]. Por tanto, al alcanzar cierto grado de madurez física, psicológica y social los pueden ejercer y tomar decisiones respecto de sus propios intereses (Nares, *et al.*, 2015).

VI. PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO Y DEL CONCUBINATO PARA MENORES DE 18 AÑOS

Los tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), así como las constitu-

ciones de la mayoría de los Estados, han prohibido el matrimonio infantil al determinar que afecta el derecho al bienestar y a disfrutar de su infancia, lo que repercute no solo en la salud, sino también en lo social, lo económico y en el desarrollo de las comunidades (Mendoza, *et al.*, 2016). Se ha afirmado que el matrimonio infantil viola sus derechos humanos, principalmente los referidos a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos.

Dichos instrumentos internacionales recomiendan a los Estados que establezcan la edad de 18 años como la legal mínima para contraer matrimonio, bajo la premisa de que es la óptima que define el final de la infancia, y representa el límite máximo en que el Estado, la familia y la sociedad deben garantizar la protección de sus derechos y fomentar su desarrollo (Kánter, 2018).

El Estado mexicano prevé en el artículo 45 de la LGNNA (2014), que “Las leyes federales y de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán como edad mínima para contraer matrimonio 18 años”, además de eliminar las excepciones a esta edad. Desde el año 2015 la legislación civil y familiar de las diferentes entidades federativas del país prohibieron el matrimonio y el concubinato para menores de 18 años. A la fecha todos los códigos del país en materia civil establecen dicha edad sin excepción,

ya sea para contraer matrimonio, para vivir en concubinato o para formar una sociedad de convivencia.

La prohibición del matrimonio y del concubinato para personas menores de 18 años no significa que carezcan de derechos humanos sexuales y reproductivos. El desarrollo de los adolescentes es de carácter integral, lo que implica importantes cambios en su sexualidad como la adquisición de la madurez sexual y reproductiva, el comienzo de relaciones coitales, así como la gestión de su sexualidad, lo cual requiere estar garantizado mediante un conjunto de derechos humanos. El artículo 4o. de la Constitución Federal establece que el goce de los derechos humanos sexuales y reproductivos es para todas las personas. Este artículo reconoce a NNA el goce y ejercicio de los derechos humanos a la salud sexual y a la salud reproductiva. En su aspecto de salud sexual estos derechos son pasivos y activos, es decir, el derecho de recibir protección por parte del Estado, así como el derecho de decidir sobre las situaciones relativas a la sexualidad y la reproducción (Isler, 2010).

Corresponde al Estado y a la familia, con base en el principio del interés superior del menor, la obligación de garantizar que de acuerdo con la evolución de los NNA adquieran autonomía progresiva en el ejercicio de estos derechos, los cuales se encuentran protegidos de manera eficaz por diversos tipos penales como los de

pederastia, acoso sexual, violación, violación equiparada, estupro, utilización de imágenes y/o voz de personas menores de edad o personas que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho para la pornografía, por ejemplo, como lo establece el Código Penal para el Estado de México (CPEM, 20 de marzo de 2000 (Estado de México)). En particular se comenta a continuación el delito de violación equiparada, fundamento para establecer la edad legal mínima para el consentimiento sexual.

El derecho de toda persona para tener relaciones sexuales libres y sanas se encuentra protegido por el tipo penal de violación descrito en el numeral 273 del mencionado código. El bien jurídico que tutela es la libertad sexual, diciendo que comete este delito el que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta.

Tratándose de menores de edad la legislación penal protege el ejercicio de sus derechos sexuales mediante el tipo penal de violación equiparada, el cual establece la edad legal mínima para el consentimiento sexual (Nares, 2019). El mencionado tipo penal se encuentra estipulado en el tercer párrafo del artículo 273 del código en cita, que en lo relativo indica que se equipara a la violación la cópula o introducción por vía vaginal o anal de cualquier parte del cuerpo u objeto, cuando la víctima es menor de quince años.

En el delito de violación equiparada el bien jurídico que se tutela no es la libertad sexual, sino el normal desarrollo psicosexual y la seguridad sexual de los NNA menores de quince años, al considerar que carecen de la madurez necesaria para elegir consciente y responsablemente entre el coito y la abstinencia. Al ser un delito que se persigue de oficio el bien jurídico tutelado resulta absolutamente indisponible y, por tanto, el consentimiento de la víctima no constituye una causa de exclusión del delito.

VII. UNIÓN DE HECHO DE ADOLESCENTES: INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES

Los adolescentes de 15 años que tienen la edad legal mínima para el consentimiento sexual, pueden decidir y disponer del bien jurídico del normal desarrollo psicosexual sin que sea víctima del delito de violación equiparada. Esa es la edad idónea para garantizar su derecho humano a la dignidad y al normal desarrollo de la personalidad.

El término “desarrollo normal” según el preámbulo y el artículo 9, punto 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño (UNICEF, 1989), dice que este se produce cuando el entorno le permite al individuo con base en sus capacidades físicas y mentales, prepararse a una vida independiente, respetuosa de los derechos de los

demás. Esta posibilidad le asiste cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, familia, educación, y entre otros más, su desarrollo psicosexual de acuerdo con su edad.

En este sentido, tienen capacidad de goce y capacidad de ejercicio sobre sus derechos sexuales. Han adquirido el derecho a una sexualidad activa, es decir, tienen autonomía para decidir por sí mismos sobre las cuestiones relativas a la sexualidad y la reproducción (Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 4, 2003).

En estos menores el derecho al normal desarrollo psicosexual tiene como parte de sus manifestaciones los bienes jurídicos de la libertad y la seguridad sexual. Por libertad sexual se entiende la capacidad y posibilidad de decidir de manera autónoma e independiente, sin coerción ni violencia y con consentimiento pleno, acerca de las personas, situaciones, circunstancias y tiempos, en las cuales se quiere tener comportamientos, intercambios o vínculos erótico-sexuales, incluida la cópula. La seguridad sexual es la protección y garantía de que dicha libertad y autonomía efectivamente se expresen, toda vez que existe el riesgo que determinadas circunstancias propias de las personas o del contexto social afecten el consentimiento sexual (Primera Sala, Tesis: 1a. XCIV/2019 (10a.). Reg. digital: 2020986).

Desde el punto de vista legal se les reconoce la capacidad de “razón y conciencia”

para crearse un juicio propio, expresarse libremente, ser responsables, acceder a ideas de todo tipo, con el derecho de promover su salud sexual y su salud reproductiva (Mesa, et al, 2006). El derecho a la dignidad es el fundamento, origen y fin de todos los derechos humanos, se encuentra establecido en el artículo 1o. de la Constitución Federal, interpretado como “el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada” (Primera Sala, Tesis: 1a./J.37/2016, Reg. digital: 2012363). De ahí la prohibición de cualquier tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana.

Uno de los derechos fundamentales que son indispensables para que la dignidad humana sea garantizada, es el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (Sánchez, 2016). Este derecho se define como “el conjunto de manifestaciones físicas y psíquicas del ser humano y de su individualidad como forma idónea para tutelar la dignidad humana dentro de la esfera jurídica.” (Pérez, 2018, p. 146).

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad reconoce que el individuo tiene derecho de elegir en forma libre su proyecto de vida no sólo sin interferencias arbitrarias del Estado (López, 2016), sino además con las garantías que aseguren que alcance un estado de plenitud física y mental. Comprende entre otras

expresiones, la libertad de contraer o no matrimonio; de procrear hijos y cuántos; de elegir su apariencia personal; su actividad laboral o profesión; la libre opción sexual, entre otros aspectos más (Pleno, Tesis: P. LXVI/200. Reg. digital: 165822).

Para garantizar el derecho fundamental a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de los menores que tienen la edad legal mínima para el consentimiento sexual, la regulación legal de los derechos sexuales, reproductivos y familiares no puede suprimir el natural derecho que tienen de ejercer su libertad sexual para decidir si crean con su pareja una relación estable y continua para formar una familia mediante una unión de hecho. Dicha unión comprende las relaciones sexo afectivas vinculantes en la cual alguno de sus miembros es menor de 18 años (Montes, 2021). Se aclara que las uniones tempranas pueden ser de carácter formal o informal, ya sea civil, religiosa o consensual (Kánter, 2018).

La unión de hecho de adolescentes es una realidad social que en los últimos años se ha incrementado en México, esto debido no a la prohibición del matrimonio infantil, sino a la tendencia que se viene observando desde años atrás con la disminución de matrimonios. Por ejemplo, en la Ciudad de México en 1993 se llevaron a cabo 57,000 matrimonios, y en el 2015 el número se redujo a 33,000. Lo anterior representa una disminución casi del 50%, lo

cual permite plantear como lo hace Chirino (2017), que existe un desinterés de los jóvenes por el matrimonio y una inclinación por la unión libre y el concubinato (p. 108).

La familia formada por adolescentes que tienen la edad legal mínima para el consentimiento sexual es un hecho que produce efectos jurídicos, ya sea en relación con la pareja, los hijos, sus bienes y ante terceros. En relación con los derechos humanos de los hijos que nacen de la unión de hecho, como son los derechos a la identidad, alimentos, a la seguridad social, a la salud, entre otros más, tienen un reconocimiento directo en la ley fundamental y no en el matrimonio. En lo referente a las situaciones concretas que surgen de sus relaciones jurídicas familiares, cabría esperar que, como sucede con las familias empíricas formadas por la unión de hecho de adultos, su reconocimiento jurídico se efectuara bajo la modalidad de dejar su interpretación a la jurisprudencia. Mediante interpretación los tribunales federales podrían hacer las adecuaciones correspondientes con los derechos familiares del concubinato.

Sin embargo, dada la naturaleza jurídica de este tipo de uniones, existen restricciones legales para resolver los casos concretos mediante interpretación por analogía con el concubinato: en primer lugar, son niños que no tienen la capacidad jurídica para ejercer los derechos que se adque-

ren con la mayoría de edad, es decir, para actuar y dar origen a relaciones jurídicas. En segundo lugar, la capacidad de goce no es suficiente para que pueden celebrar por sí mismos actos jurídicos por los que contraigan obligaciones, pues se encuentran bajo la patria potestad de los padres o tutores. En tercer lugar, no pueden disponer de su persona ni de sus bienes. En cualquier materia los actos celebrados por menores de edad carecen de validez dado que legalmente no existe consentimiento.

En consecuencia, no pueden ejercer de manera personal o por sí mismos derechos familiares como registrar a su pareja en servicios de seguridad social; en caso de separación no tienen la obligación de pagar a su pareja pensión alimenticia; si fallece su pareja carecen del derecho de recibir pensión por viudez, o derecho a heredar; o en caso de accidente de trabajo de su pareja no tienen derecho a recibir pensión por incapacidad; entre otros derechos y obligaciones que corresponden a los mayores de edad casados o concubinos.

En estos adolescentes la minoría de edad provoca restricciones en su capacidad para ejercer derechos subjetivos y contraer y cumplir obligaciones personales y patrimoniales, por lo que se plantea que la acción legislativa que prohibió el matrimonio y el concubinato para adolescentes menores de 18 años, ignoró que en la actualidad sigue siendo una realidad social la familia formada por la unión de hecho

de adolescentes. El legislador no previó las garantías que dieran eficacia y realidad al derecho humano a la protección y desarrollo de este tipo de familia,

Los derechos humanos tienen eficacia si su goce y ejercicio es real, lo cual depende del establecimiento de sus garantías de protección. A cada derecho le corresponde la garantía que prevé las obligaciones o prohibiciones a cargo del Estado que son indispensables para su aplicación coactiva (Ferrajoli, 2004). Las garantías son los requisitos, restricciones, exigencias u obligaciones establecidas en la Constitución, en los tratados internacionales y en la legislación secundaria, que el Estado debe realizar para que dichos derechos tengan eficacia o realidad. Por tanto, se encuentran destinadas e impuestas principalmente a las autoridades con el objeto de proteger los derechos humanos.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado enfáticamente que las garantías protegen, aseguran o hacen valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, son los medios idóneos para que los derechos y libertades sean eficaces en todas circunstancias (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-8/87, 1987, párrafo 25).

El artículo 40. de la Ley Fundamental reconoce el derecho humano a la protección de todo tipo de familia, y de acuerdo con el principio de igualdad y no discrimina-

ción, la familia formada por la unión de hecho de adolescentes debe gozar de las garantías que les dan eficacia y realidad a sus derechos fundamentales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Si sus derechos y obligaciones personales y patrimoniales no pueden ser incorporados al ordenamiento jurídico mediante interpretación por analogía, recibirían un trato desigual y discriminatorio en relación con las otras uniones de hecho.

VIII. ESTADO CIVIL DE MENOR EMANCIPADO

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 1o. Constitucional, prevé que a la persona que la ley le reconoce la capacidad jurídica de ser titular de derechos y obligaciones, también se le debe reconocer la capacidad de ejercerlos efectivamente y tornarlos operativos (Primera Sala, Tesis: 1a./J. 77/2022 (11a.). Reg. digital: 2024785).

Conforme a este criterio, si al adolescente que tiene la edad legal mínima para el consentimiento sexual, se le ha reconocido la capacidad para ejercer el derecho fundamental a formar una familia mediante una unión de hecho, la ley debe prever los mecanismos para el ejercicio de sus derechos personales y patrimoniales. Para el efecto de superar las restricciones legales que impiden a los tribunales federales homologar mediante interpretación, las relaciones jurídicas familiares de estos

adolescentes con las del concubinato, se propone que en la legislación civil se establezca la unión de hecho como causa de emancipación, para que adquiera el estado civil de menor emancipado.

Como antecedente de la emancipación en la legislación civil de México, se tiene, por ejemplo, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 (CCDTF de 1928. México). Cuando no existía prohibición del matrimonio y del concubinato uno de los requisitos personales para su realización era la edad de 18 años, y como excepción para los adolescentes que tenían la edad legal mínima para el consentimiento sexual 16 años el hombre y 14 años la mujer. El matrimonio del menor producía de derecho su emancipación, lo que daba por terminada la patria potestad (CCDTF de 1928. Art. 641). Con el estado civil de menor emancipado por el matrimonio podía disponer de su persona y de sus bienes como si fuera un adulto, con ciertas restricciones en su capacidad física, económica y jurídica. Si el matrimonio se disolvía el cónyuge emancipado menor de edad no recaía bajo la patria potestad de los padres.

Otra forma de obtener la emancipación era cuando el menor la solicitaba o cuando era concedida por sus padres o tutores, pero en este caso debía ser decretada por el Juez y remitida al oficial del Registro Civil para levantar el acta respectiva (CCDTF de 1928. Art. 645). El Juez del Registro Civil

era la autoridad administrativa revestida de fe pública y con competencia para levantar las actas de emancipación para acreditar el estado civil y la correspondiente personalidad jurídica. El menor emancipado obtenía la administración de sus bienes, pero necesitaba del consentimiento de quien lo emancipó para contraer matrimonio; de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; y de un tutor para negocios judiciales (CCDTF de 1928. Art. 643). Una vez realizada la emancipación, no podía ser revocada.

El derecho de emancipación sufrió modificaciones con la serie de reformas que se llevaron a cabo en el CCDF (Decretos 1926 y 1928) durante el año de 1970. Se derogaron los artículos 93 a 96 sobre las actas de emancipación. Así como los artículos 641, 642, 644 y 645 relativos a la emancipación. La normativa quedó actualmente como sigue.

Los hijos menores de edad no emancipados se encuentran bajo la patria potestad de sus padres o tutores, pero pueden obtener la emancipación sobre la administración de sus bienes. El artículo 435 señala que ya sea por la ley o por la voluntad del padre, cuando el hijo tenga la administración de los bienes, “se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces”. Por su parte, el artículo 537

prevé que la administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor. El artículo 643 dice que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero necesita cuando es menor de edad: I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; II.- De un tutor para negocios judiciales. En relación con estas disposiciones, el numeral 636 establece la nulidad de los actos de administración y los contratos celebrados por los menores emancipados, si contravienen las restricciones establecidas por el artículo 643. Para los asuntos judiciales del menor emancipado el tutor legítimo es quien ejerce la patria potestad, si este no existe entonces la tutela será dativa (CCDF. Decretos 1926 y 1928. Art. 499). Al concluir la tutela el tutor está obligado a entregar al menor emancipado los bienes y documentos que le pertenezcan, y que conforme a la ley pueda administrar (CCDF. Decretos 1926 y 1928. Arts. 607 y 607 Bis).

Los tribunales federales han interpretado que el derecho de emancipación tiene efectos en sus relaciones jurídicas familiares. Por ejemplo, la Tesis Aislada XXVI.1 C (10a.) [Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: XXVI.1 C (10a.), Reg. digital: 2019729] expone que el pago de la pensión alimenticia de un hijo no puede ser exigida al padre cuando sea menor de edad, pues esta minoría de edad origina restricciones en su capacidad de ejercicio que impide que

quede vinculado a las consecuencias jurídicas de los actos en los que interviene, excepto si se constata su solvencia económica o su emancipación.

Como es de notarse, la figura jurídica de la emancipación es muy limitada. En resumen, significa que el menor que tenga la administración de sus bienes se le considerará respecto de la administración como emancipado. Actualmente existen países en los que el reconocimiento del estado civil de menor emancipado, les otorga con ciertas restricciones la capacidad para ejercer de manera personal y directa derechos subjetivos y adquirir y contraer obligaciones familiares. Este es el caso de la legislación de España, que en lo sustancial establece lo siguiente:

En España la emancipación es una causa para la desaparición de la representación legal, es decir de la patria potestad y de la tutela, las cuales son complementadas respectivamente por un sistema de asistencia paterna y curatela. La emancipación consiste en un acto jurídico, mediante el cual el menor adquiere el estado civil de menor emancipado (García, 2011, p. 181).

La emancipación, como institución, soluciona la necesidad de autonomía de los menores que han alcanzado cierta madurez, y regularmente cierta independencia económica y/o profesional. La emancipa-

ción de estos menores se encuentra reconocida en el Código Civil de España en los artículos 239 a 244 (CCE. Art. 2239 a 244. Decreto de 24 de Julio de 1889). Se dice, que la emancipación se produce por las siguientes causas: por la mayor edad a los dieciocho años; por concesión de los que ejerzan la patria potestad, para lo cual se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta y se otorgue por escritura pública o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil, pudiendo los progenitores revocar este consentimiento; y, por concesión judicial de los hijos mayores de dieciséis años, si estos la piden y previa audiencia de los progenitores. Por otro lado, el artículo 245 establece que la autoridad judicial podrá, mediante previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de mayor de edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicite.

La emancipación implica un cambio en el estado civil del menor de edad. Le otorga un mayor grado de independencia y autonomía jurídica en su capacidad de ejercicio, ya que lo faculta para celebrar por sí mismo actos jurídicos. Esta capacidad es graduable, pues como dice García (2011) una persona conforme a sus circunstancias singulares puede tener capacidad de ejercicio plena, capacidad de obrar restringida o incluso incapacidad (p. 193). En el caso de la emancipación, el menor adquiere una capacidad de ejercicio restrin-

gida, pero es más amplia en relación con los menores no emancipados que son incapaces, pero solo llega a ser plena para algunos actos jurídicos y no para todos. Esto quiere decir que el menor de edad emancipado adquiere la capacidad jurídica para ejercer los derechos civiles de una persona mayor de edad, pero existen restricciones en cuanto al número de actos en los que interviene. Es una capacidad limitada que le permite ejercitar personalmente sus derechos y obligaciones sin necesidad de representante legal, excepto para algunos actos jurídicos que requieren complementar su capacidad.

El artículo 247 del Código Civil de España (Decreto de 24 de Julio de 1889) establece que el menor emancipado y el menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad, no podrá regir su persona y bienes como si fuera mayor y podrá por sí solo comparecer en juicio, pero no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial.

El artículo 46 del Código Civil de España (Decreto de 24 de Julio de 1889) prevé que el menor de dieciséis años emancipado puede formar una unión de hecho (concubinato) o contraer matrimonio. Asimismo, la legislación de diversas Comunidades Autónomas reconoce la unión

de hecho estable para formar una familia, y entre sus requisitos personales exige ser mayor de edad o menor emancipado. Por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 11/2001 de la Comunidad de Madrid (Ley 11/2001, de 19 de diciembre. Comunidad de Madrid), establece un criterio personal que impide constituir una unión de hecho a los menores no emancipados.

Teniendo como antecedente en la legislación mexicana la emancipación en virtud del matrimonio, y como referente la emancipación de la legislación de España, se propone que en la legislación civil se establezca la unión de hecho de los adolescentes como estado civil de menor emancipado. Si actualmente la emancipación únicamente lo es en cuanto a la administración de sus bienes, al ampliar su contenido y alcance adquiere la capacidad de ejercicio de aquellos derechos subjetivos y obligaciones de tipo personal y patrimonial semejantes a los del concubinato y con las restricciones propias de la emancipación.

El estado civil familiar de las uniones de hecho de adolescentes se podría registrar mediante un procedimiento semejante al concubinato, con la validez y efectos que la ley le atribuye. El registro de la unión de hecho expedida por el Juez del Registro Civil sería un documento público regulado por la ley que produciría de derecho su emancipación. El estado civil de menor emancipado, daría origen a relaciones ju-

rídicas no solo para la administración de sus bienes con las restricciones mencionadas, sino de manera amplia para definir su situación jurídica como estado civil que lo faculta para disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor.

Los adolescentes tendrían personalidad jurídica de emancipados para el goce y ejercicio de sus relaciones jurídicas familiares, con derechos y obligaciones recíprocas y ante terceros. En lo que fuera precedente, los tribunales federales podrían adecuar mediante interpretación los derechos y obligaciones del concubinato para resolver los casos concretos relativos a sus derechos personales y patrimoniales. En tal virtud, mediante la jurisprudencia se conseguiría cierta homogeneidad y sistematización en la interpretación de las relaciones jurídicas familiares de las uniones de hecho de adolescentes, integrando sus criterios para formar una doctrina que sirva como precedente para solucionar casos futuros.

IX. CONCLUSIONES

La conclusión general que se obtuvo después de analizar la reforma que prohibió el matrimonio y el concubinato para menores de 18 años que tienen la edad legal mínima para el consentimiento sexual, es que dicha prohibición sin una reforma integral que garantizara sus relaciones jurídicas familiares, constituye una dis-

criminación con base en una categoría sospechosa, la edad, que no es razonable ni justificada y que coloca a este tipo de parejas en una situación de desprotección en relación con el ejercicio de sus derechos fundamentales sexuales y reproductivos, su derecho fundamental a formar una familia, y su derecho fundamental a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Las conclusiones parciales se presentan a continuación:

Conforme al artículo 4º de la CPEUM estos adolescentes tienen el goce y ejercicio de derechos humanos sexuales y el derecho humano a formar una familia. Esta prohibición no impide que los adolescentes que tienen la edad legal mínima para el consentimiento sexual, formen una familia.

Estos adolescentes no tienen la capacidad jurídica para ejercer los derechos que se adquieren con la mayoría de edad, es decir, para actuar y dar origen a relaciones jurídicas. En vista de tales restricciones legales no existe seguridad jurídica sobre su estado civil familiar y los derechos y obligaciones familiares que puedan ejercer, como seguridad social, pensión alimenticia, pensión por viudez, derecho a heredar, entre otros más.

Mientras sea una realidad social el Estado tiene la obligación de proteger la organización y desarrollo de la familia formada por la unión de hecho de adolescentes,

por lo cual, se deben superar las restricciones legales derivadas de su edad que les impiden generar relaciones jurídicas familiares. Se concluye que es necesario llevar a cabo una reforma integral de la legislación civil que prevea las garantías de protección que le den eficacia y realidad a los derechos personales y patrimoniales de la unión de hecho de adolescentes.

Se propone que se legisle para que la unión de hecho de adolescentes que tienen la edad legal mínima para el consentimiento sexual sea causa de emancipación, y adquieran el estado civil de menor emancipado. Los tribunales federales tendrían fundamento legal para adecuar, mediante interpretación, los derechos y obligaciones del concubinato a la unión de hecho de adolescentes. Mediante construcción jurisprudencial daría inicio la creación de una doctrina en la que se reconozcan y amplíen, progresivamente, las garantías que protegen los derechos humanos de los adolescentes que forman una familia mediante una unión de hecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-8/87, 1987, párrafo 25. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf
- Chirino Castillo, J. (2017). *El derecho de familia en el Código Civil de la Ciudad de México*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Espejo Yaksic, N. e Ibarra Olgún, A. M. (Eds.) (2019). *La constitucionalización del derecho de familia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Espinoza Collao, Á. D. (2017) ¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar, *Tla-Melaua, revista de Ciencias Sociales*, 10 (41), pp. 222-240. Disponible en: [file:///C:/Users/AusNares/Downloads/Dialnet-EnQueEsta-LaFamiliaEnElDerechoDelSigloXXIElCaminoHa-6189202%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/AusNares/Downloads/Dialnet-EnQueEsta-LaFamiliaEnElDerechoDelSigloXXIElCaminoHa-6189202%20(1).pdf)
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta.
- Guastini, R., (2009). La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano, en Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM.
- García Presas, I. (2011). La emancipación de hecho desde el artículo 319 del Código Civil, *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*, 2011 (15), pp. 179-195.
- Isler Soto, Erika M. (2010). Aproximación y alcances del derecho a la procreación, *Revista de Derecho Privado*, 43, pp. 2-25.
- Kánter Coronel, I. (2018). El matrimonio infantil y las uniones tempranas en México, *Mirada Legislativa* No. 141, pp. 1-34. Disponible en: <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3861/ML%20141.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- López Sánchez, R. (2016). *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Porrúa.
- Mendoza Tascón, L.A., *et al.* (2016). Matrimonio infantil: un problema social, económico y de salud pública, *Revista Chilena Obstetricia y Ginecología*, 81(3): pp. 254 – 261.
- Mesa, A. *et al.* (2006). Derechos sexuales de adolescentes, en: Marco Internacional y nacional de los derechos sexuales de adolescentes, AFLUENTES SC/Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, pp. 1-6. Disponible en: https://dgifa.aefcm.gob.mx/recursos/secprocuido/complementos/secprocuido_16.pdf
- Molina González, M. del R. *et al.* (2017). Igualdad sustantiva en el derecho de familia, *Revista de Investigación Académica sin Frontera*, 10 (26), pp. 1-21.
- Montes Rodríguez, L. E. (2021). Perspectiva de género en el matrimonio infantil y uniones tempranas (MIUT) de madres adolescentes antes de 14 años en el sector de Cantactlaro, Montería, Córdoba. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/354376626_Perspectiva_de_genero_en_el_matrimonio_infantil_y_union_ones_tempranas_MIUT_de_madres_adolescentes_antes_de_14_anos_en_el_sector_de_Cantactlaro_Monteria_Cordoba
- Nares Hernández, J. J. *et al.* (2015). Derechos humanos de las niñas y los niños y la prohibición del matrimonio infantil en los tratados internacionales, *Tla-Melaua, revista de Ciencias Sociales*. 9 (38), pp. 140-160. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v9n38/1870-6916-tla-9-38-00140.pdf>
- Nares Hernández, J. J. (2019). Edad legal mínima para el consentimiento sexual: garantía del derecho humano de los niños a la salud sexual. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho y Justicia*, 4(12), pp. 113-142. Disponible en: <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i12.214>. No. 28, octubre 2020 - marzo 2021 / pp. 83-106.
- Ortiz de Urbina, E. de P. (2002). Uniones de hecho. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 56 (1914), pp. 1257-1286. Disponible en: [file:///C:/Users/AusNares/Downloads/Dialnet-UnionesDeHecho-232544%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/AusNares/Downloads/Dialnet-UnionesDeHecho-232544%20(5).pdf)
- Pérez Fuentes, G. M. (2019). Uniones de hecho en México, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (11), pp. 320-351. Disponible en: <https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/09/320-351.pdf>
- Pérez, Fuentes, G. M. (2018). La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de familia en México: principales criterios jurisprudenciales, *Rev. Boliv. de Derecho*, No. 25, pp. 144-173, p. 146). Disponible en: http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n25/n25_a05.pdf
- Romano Casas, G. (2016). *Familia y homosexualidad. Estudio jurídico de México y el mundo*, Porrúa.
- Romero Antola, M. (2019). Igualdad de derechos de las uniones de hecho y la familia matrimonial en asociaciones, *Lumen*, 15 (2), pp. 239-246. Disponible en: <https://doi.org/10.33539/lumen.2019.v15n2.1820>

- Salazar Benítez, O. (2013). Derecho al matrimonio y diversidad familiar, *UNED. Revista de Derecho Político*, No. 86, pp. 195-226. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12134/11410>
- Sánchez Trujillo, M. G. (2016). *Derechos humanos. Su protección legal y jurisdiccional en México*, Porrúa.
- Santolaya, P., y Caparrós, N. (2018). La diversidad cultural del derecho universal a contraer matrimonio y formar una familia. elementos a tener en cuenta desde el trabajo social, *Trabajo Social Global-Global Social Work*, 8 (No. extraordinario), pp. 213-235. Disponible en: https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/51311/TSG%20V8_extra_11%20Satolaya%20y%20Caparr%C3%B3s.pdf?sequence=1&isAllowed=y. DOI: <https://doi.org/10.30827/tsg-gsw.v8i0.6534>
- Varón Patiño, C. A. (2020). *Problemática material y procesal de la protección de los derechos en las uniones de hecho o formas análogas a la vida marital*, Universidad de Salamanca Escuela de Doctorado Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Salamanca.
- VENCIA_PARA_LA_CIUADAD_DE_MEXICO.pdf
- Gobierno del Estado de México. Código Penal para el Estado de México Publicado en el Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno” el 20 de marzo de 2000. Última Reforma POGG 21 de enero de 2022. Disponible en: <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/cod-vig006.pdf>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño. Observación General No 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (2003).
- Comunidad de Madrid. Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. «BOCM» núm. 2, de 03/01/2002, «BOE» núm. 55, de 05/03/2002. Entrada en vigor: 04/01/2002. Referencia: BOE-A-2002-4374. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es-md/l/2001/12/19/11/con>.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Diario Oficial de la Federación, 4 de diciembre de 2014. Última reforma publicada DOF 28-04-2022. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA.pdf>.

LEGISLACIÓN

Asamblea Legislativa del Distrito Federal. VII Legislatura. Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México. Publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 24 de octubre de 2017. Disponible en: https://congresocdmx.gob.mx/archivos/transparencia/LEY_DE_SOCIEDAD_DE_CONVI-

Congreso de la Unión. Código Civil para el Distrito Federal. Decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926 y de 3 de enero de 1928. Última reforma publicada en la G.O.C.D.M.X. el 02 de marzo de 2021. Aplicable a la Ciudad de México. Disponible en: <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/ad63a5bd2aef33e50ef1ed68d82450cf368578c0.pdf>

Congreso Constituyente. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada DOF 28-05-2021). Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Ministerio de Gracia y Justicia. Código Civil de España. Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Última modificación: 16 de diciembre de 2021. BOE» Núm. 206, de 25 de julio de 1889. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2021-117.

H. Congreso del Estado de Aguascalientes. Código Civil para el Estado de Aguascalientes. Suplemento al No. 49 del Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes, el 7 de diciembre de 1947. Última Reforma Publicada en la Primera Sección del Periódico Oficial del Estado, el lunes 30 de mayo de 2022. Disponible en: <https://eservicios2.aguascalientes.gob.mx/NormatecaAdministrador/archivos/EDO-4-1.pdf>

Poder Ejecutivo. Secretaría de Gobernación. Código Civil para el Distrito y Territorios

Federales de 1928. Diario Oficial. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf

JURISPRUDENCIA

Primera Sala, Jurisprudencia Constitucional, Tesis: 1a./J. 77/2022 (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Libro 14, Tomo V, junio de 2022, p. 4164. Reg. digital: 2024785.

Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Constitucional, Civil, Tesis: I.11o.C.131 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 83, Tomo III, febrero de 2021, p. 2853. Reg. digital: 2022714.

Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Penal, Tesis: VII.2o.P.10 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 80, Tomo III, noviembre de 2020, p. 2236. Reg. digital: 2022389.

Primera Sala, Tesis Aislada, Penal, Constitucional, Tesis: 1a. XCIV/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 72, Tomo I, noviembre de 2019, página 375. Reg. digital: 2020986.

Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada Civil, Tesis: XXVI.1 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 65, Tomo III, abril de 2019, p. 2087. Reg. digital: 2019729.

Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia Común, Civil, Tesis: (IV Región) 2o. J/8 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 53, Tomo III, abril de 2018, p. 1872. Reg. digital: 2016662.

Segunda Sala, Tesis Aislada, Constitucional, Tesis: 2a. VII/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo I, Libro 50, enero de 2018, p. 533. Reg. digital: 2016010.

Plenos de Circuito, Jurisprudencia, Civil, Tesis: PC.I.C. J/45 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 39, Tomo II, febrero de 2017, p. 1569. Reg. digital: 2013735.

Primera Sala, Jurisprudencia, Constitucional, Tesis: 1a./J.37/2016(10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 633. Reg. digital: 2012363.

Pleno, Tesis Aislada, Civil, Constitucional, P. LXVI/200, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, página 7, diciembre de 2009. Reg. digital: 165822.

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)MARIANA MORANCHEL POCATERRA¹DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.6>

EL PAPEL DE LOS ARCHIVOS PÚBLICOS COMO MECANISMO PARA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

The role of public archives as a mechanism for acces to public information in Mexico

FECHA DE RECEPCIÓN: 10 de diciembre 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23 de marzo 2023

RESUMEN

El propósito de este artículo es resaltar la importancia de contar con un sistema que permita el acceso a la información pública, lo cual conlleva a la transparencia de las acciones de los poderes públicos como medio de control. También se reflexiona sobre la necesidad urgente de una gestión adecuada de la información que promueva y garantice el derecho de acceso, la rendición de cuentas y la transparencia, con el fin de erradicar la corrupción. Después de realizar una investigación exhaustiva, se concluyó que a tres años de la promulgación de la Ley General de Archivos en México, uno de los mayores desafíos en cuanto a la organización documental es lograr que el acceso a la información sea posible en todo momento. Para lograr esto, es necesario contar con un gobierno abierto capaz de generar instituciones transparentes que integren la participación ciudadana como práctica habitual. Además, es fundamental desarrollar e implementar técnicas documentales que faciliten el acceso efectivo a la información pública mediante el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación. Se empleó el método histórico con el fin de realizar un breve recorrido cronológico de la evolución legislativa en materia de acceso a la información pública, y el método documental, recurriendo a diversas fuentes bibliográficas y legales que respaldaron los argumentos presentados. Se concluye que para garantizar el pleno desarrollo del derecho de acceso a la información pública se deben abordar desafíos como la promoción de sistemas de archivos eficientes, la regulación adecuada del siste-

¹ Profesora de la Universidad Autónoma Metropolitana y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I. marmorpoc@yahoo.es DOI: <https://orcid.org/0000-0001-8232-6028>

EL PAPEL DE LOS ARCHIVOS PÚBLICOS

COMO MECANISMO PARA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

ma institucional de archivos, el uso efectivo de las tecnologías de la información, la adopción de buenas prácticas para fortalecer la cultura de la conservación y difusión del patrimonio documental, y la contribución del derecho a la verdad y a la memoria histórica.

Palabras clave: archivos, acceso a la información, transparencia, TIC, anticorrupción.

ABSTRACT

The purpose of this article is to highlight the importance of having a system that allows access to public information, which leads to transparency of the actions of public authorities as a means of control. It also reflects on the urgent need for adequate information management that promotes and guarantees the right of access, accountability, and transparency to eradicate corruption. After conducting exhaustive research, it was concluded that three years after the promulgation of the General Archives Law, one of the greatest challenges in document organization is ensuring that access to information is always possible. To archive this, it is necessary to have an open government that is capable of generating transparent institutions that integrate citizen participation as a regular practice. Additionally, it is essential to develop and implement documentary techniques that facilitate effective access to public information through the use of Information and Communication Technologies. The historical method was employed to make a brief chronological overview of the evolution of legislation regarding access to public information, and the documentary method was used, resorting to various bibliographic and legal sources that supported the arguments presented. It is concluded that to guarantee the full development of the right of access to public information, challenges such as the promotion of efficient archive systems, adequate regulation of the institutional archive system, effective use of information technologies, adoption of good practices to strengthen the culture of conservation and dissemination of documentary heritage, and the contribution of the right to truth and historical memory must be addressed.

Keywords: archives, access to information, transparency, ICT, anti-corruption.

INTRODUCCIÓN

En los años 2014 y 2015, el Constituyente Permanente Mexicano realizó importantes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el fortalecimiento de la rendición de cuentas, la garantía del derecho de acceso a la información y la protección de datos personales, así como en materia anticorrupción. La primera fue publicada el 7 de febrero de 2014 en el Diario Oficial de la Federación en materia de transparencia (Diario Oficial de la Federación, 2014). Dicha reforma creó un nuevo andamiaje normativo e institucional para las autoridades y otros sujetos obligados para la protección de datos personales y la gestión documental.

En ese tenor, quedó plasmado como mandato constitucional la emisión de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares y la Ley General de Archivos (González, 2021: 199) las cuales, vale la pena precisar, han sufrido modificaciones desde su emisión.

Por su parte, el 27 de mayo de 2015 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en mate-

ria de combate a la corrupción. Destaca el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se estableció y definió el Sistema Nacional Anticorrupción como “la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos”.

Aunado a dicho precepto, la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción enuncia como objeto el establecer los principios, bases generales, políticas públicas y procedimiento entre autoridades para detectar, prevenir y sancionar faltas administrativas, hechos de corrupción, fiscalizar y controlar los recursos públicos. (Diario Oficial de la Federación, 2016). En consonancia con dichas prescripciones, su integración se ejecuta a partir de tres vertientes o subsistemas: el de transparencia, el de archivos y el de fiscalización.

En la vertiente archivística de esta investigación destaca la importancia de contar con un sistema que facilite y garantice el acceso a la información pública, lo que a su vez lleva a los poderes públicos a ser más transparentes y puedan ser controlados. Esta necesidad se remonta a la lógica de que dejar testimonio de las acciones humanas ha sido una tarea explícita en el desarrollo de las sociedades. Por lo tanto, como punto de partida para este estudio,

es fundamental cuestionarnos por qué es necesario documentar. A decir de Guzmán (2018: 15), los documentos se consideran una representación de las actividades realizadas por entes jurídicos o personales, que reflejan funciones o actividades interconectadas en etapas que fluyen naturalmente a través de una cadena de procesos y están estrechamente relacionados con la identificación de los valores que poseen.

Plantear este tipo de cuestionamientos conduce a sugerir diversas respuestas que van, desde un interés historiográfico por conocer lo que sucedió en determinado tiempo y espacio, hasta la posibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información pública. Los documentos resguardados en archivos públicos sean estos administrativos, judiciales o legislativos, permiten evaluar el impacto de programas, mejorar procesos y compartir experiencias. Además, representan la llave para proteger derechos e intereses de los ciudadanos; obligan a los órganos del Estado y a los servidores públicos a rendir cuentas de sus acciones.

Los archivos conservan un patrimonio único e irremplazable que se transmite de generación en generación, contribuyendo al desarrollo de la sociedad a través del resguardo de la memoria individual y colectiva. En 2019, el comisionado del Instituto de Transparencia Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Muni-

cipios (Infoem), Luna Hernández, señaló que los archivos son el resguardo de la memoria histórica de México, el testimonio de las acciones gubernamentales y el pilar del derecho de acceso a la información pública.

Es por ello que los sujetos obligados deben cumplir con el mandato constitucional de proteger y resguardar los documentos que se generan en archivos públicos actualizados, observando los principios de conservación, procedencia, integridad, disponibilidad y accesibilidad, como lo marca la ley. Su gestión es primordial, ya que favorece la seguridad, la transparencia de las actuaciones administrativas, promueve la democracia, protege los derechos de los ciudadanos y mejora la calidad de vida de la ciudadanía (International Council on Archives, 2010).

A fin de acceder a la información pública de una manera veraz, oportuna y eficiente es necesario contar con un grado elevado de desarrollo y especialización en la conservación y catalogación de documentos organizados en archivos. En este sentido, el presente artículo tiene como objetivo analizar la importancia de una adecuada gestión de la información que favorezca y garantice el derecho de acceso a la misma, la rendición de cuentas y la transparencia con el propósito de combatir la corrupción. Para llevar a cabo este análisis se empleará el método histórico para destacar las diferentes etapas significativas en la

evolución del derecho de acceso a la información, así como el método documental para respaldar las afirmaciones con argumentos de expertos en la materia.

Para ello, se presenta la siguiente estructura: en primer lugar, se aborda el tema de la transparencia y el acceso a la información pública como herramientas contra la corrupción, lo cual constituye el marco conceptual de la investigación. A continuación, se analiza el marco jurídico relativo a la conservación y organización de la información pública previsto en la Ley General de Archivos, y se profundiza en la gestión documental en los archivos para promover la transparencia. El siguiente apartado se centra en la implementación de las Tecnologías de la Información y Comunicación para facilitar el acceso a la información, teniendo en cuenta que este tema presenta los principales desafíos en la materia. Finalmente, se exponen algunas conclusiones como cierre del estudio.

LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO HERRAMIENTAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

En años recientes el acceso a la información pública ha sido un tema recurrente en la opinión pública, como un elemento clave y legitimador de la democracia y del Estado de Derecho. El acceso a dicha información ha permitido cambiar las

ideas sobre el uso y destino de los recursos públicos, de cuestionar la noción a quien pertenece y quien puede hacer uso de ella; es decir, se ha transformado la idea generalizada que la información pública como monopolio de las autoridades, a estar abierta a los ciudadanos, quienes tienen el derecho a estar informados y a solicitar que los entes públicos rindan cuentas, como un medio de control de la acción pública, que da legitimidad y credibilidad al sistema político, permite vigilar que este sirva al bien común, y posibilita que los servidores públicos atiendan en todo momento al interés general frente a los intereses particulares (Emmerich, 2004: 67).

El acceso a la información es un derecho protegido por las garantías constitucionales que consagran la libertad de expresión. Este tema que se ha desarrollado desde la segunda mitad del siglo pasado ha arribado a la idea de que los ciudadanos tienen derecho al acceso a la información en poder de los órganos estatales, lo que les asegura la transparencia informativa y la consolidación de un gobierno abierto en la lucha constante contra la corrupción (Chípuli, 2022: 25).

En otras palabras, el ejercicio de este derecho humano de acceso a la información pública genera un mayor conocimiento de las acciones y decisiones gubernamentales; busca dotar de mayor transparencia a la actividad pública, lo que aumenta la confianza ciudadana; mejora los mecanis-

mos de control y exigencia de rendición de cuentas; fomenta la participación de la ciudadanía en el diseño de políticas públicas, así como la atención en la utilidad de la información para resolver problemas específicos y, sobre todo, fortalece el trabajo en conjunto entre sociedad y gobierno (Ramírez, 2013: 146). La transparencia al estar inherentemente vinculada al derecho a saber de los ciudadanos, quienes exigen de forma creciente estar suficientemente informados y participar cada vez más en las decisiones que les afectan (Lizcano, 2013: 33).

Señala Ramírez que en la primera década del siglo XXI, varios países reconocieron dentro de sus legislaciones el acceso a la información pública para el fomento a la transparencia, basados en nueve principios generales: 1. Los organismos están obligados a difundir su información y los ciudadanos tienen derecho a acceder a ella; 2. Se difundirá toda información, sin importar de cuál se trate; 3. La Ley debe prever el asunto de la secrecía gubernamental; 4. La Ley debe considerar y justificar la información sensible y confidencial que puede ser perjudicial para la seguridad de la nación; 5. Las dependencias públicas deben generar sistemas que faciliten y aseguren el acceso, de lo contrario, se debe justificar el motivo; 6. No debe existir costo para el acceso; 7. La legislación establecerá que las asambleas de organismos sean abiertas; 8. Otras legislaciones que se

promulguen deben estar en sintonía con las de transparencia; 9. Los individuos deben protegerse de sanción legal en caso de que la información que solicite sea perjudicial o transparente corrupción o fallas en organismos públicos (Ramírez, 2013: 147).

Para el caso de México, dichos postulados fueron llevados a la práctica con la reforma al artículo 6° de su Constitución Política, en donde se sentaron las bases en materia de transparencia y acceso a la información pública. De acuerdo con esta reforma constitucional, cualquier persona podrá solicitar información a cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, órganos autónomos, sindicatos, personas físicas o morales que ejerzan o reciban recursos públicos o realicen actos de autoridad, dentro del ámbito de sus competencias, atribuciones y facultades.

En concordancia con la reforma constitucional, el 11 de junio de 2002 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Transparencia y Acceso de la Información Gubernamental, cuyo objeto es garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial a nivel federal, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

Años más tarde, concretamente el 4 de mayo de 2015, se publicó la Ley General

de Transparencia y Acceso a la Información, legislación de observancia general no solo para los entes públicos en materia federal, sino también para todas las autoridades estatales y municipales con el fin de establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad.

Este nuevo paradigma jurídico busca garantizar el acceso a toda persona a la información, a la transparencia de la gestión pública y a la rendición de cuentas, dotando a la ciudadanía de los instrumentos jurídicos necesarios para ejercer dichos derechos humanos. Por otro lado, es necesario destacar que tanto la Ley Federal como la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública constriñen a los sujetos obligados a documentar todos los actos que deriven del ejercicio de sus funciones, competencias y atribuciones.

SOBRE LA CONSERVACIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA: LA LEY GENERAL DE ARCHIVOS

Para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública es necesario que la misma se encuentre organizada y puesta al servicio de los ciudadanos. De conformidad con lo establecido por el Consejo Internacional de Archivos, la normatividad en materia de transparencia y rendición de cuentas significó la oportunidad de buscar la efectividad de la organización de los archivos, especialmente los administrativos, mediante la aplicación de metodologías, conceptos e instrumentos en materia de archivística y de gestión documental, lo que implica desarrollar e implementar un sistema de gobierno abierto:

Una adecuada gestión documental es lo que permite que un país comprenda quién, cuándo, dónde, cómo y el porqué de las acciones de su gobierno, garantizando además el respeto de los derechos humanos y permitiendo que los representantes del pueblo puedan explicar y rendir cuentas a la ciudadanía del porqué de las acciones que llevan a cabo. El archivar adecuadamente también contribuye a una gobernanza más eficaz y eficiente (International Council on Archives, 2016)

Con el fin de incrementar la confianza en las instituciones gubernamentales y fortalecer la democracia mexicana es necesario generar políticas públicas en materia de acceso a la información y a la transparencia. Estas políticas deben ofrecer un acceso más amplio y expedito de la información, lo que solo se logrará a través del apoyo y homologación de las prácticas archivísticas, así como de la implementación de un sistema general de archivos que las posibilite.

En ese sentido, los archivos documentales son la pieza fundamental sobre la que se garantiza el ejercicio de diversos derechos humanos (Venegas, 2021: 250). En los archivos se localizan las evidencias del quehacer gubernamental y son el medio con que cuenta la ciudadanía para exigir la rendición de cuentas. Por otra parte, la información custodiada en un archivo se convierte en un instrumento para la revisión, el análisis y la verificación del quehacer de las administraciones públicas.

La legislación en materia de transparencia y la rendición de cuentas evidenció que la práctica archivística debía considerarse como imprescindible para hacer valer los derechos de acceso a la información y contribuir a la construcción del gobierno abierto. Bajo esta premisa, el 15 de junio de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la nueva Ley General de Archivos, la cual significó un gran paso en la apertura democrática, poniendo en el

centro del nuevo paradigma a los archivos como custodios de la información pública y como guardianes de la memoria histórica.

Dentro de los prolegómenos de la iniciativa para la emisión de esta Ley, presentada en noviembre de 2017 en la Cámara de Senadores, los legisladores procuraron desmitificar la idea de que los archivos únicamente son aprovechados por los historiadores. Asimismo, destacaron la importancia de contar con una legislación que normara de forma homogénea en todos los niveles de gobierno y garantizara la preservación del patrimonio documental de la nación, mediante la integración de un sistema nacional articulado de rendición de cuentas, con el empleo de mecanismos de coordinación.

La propuesta incluyó dos obligaciones principales en materia archivística: la de documentar (por medio de la acreditación en documentos de los actos realizados en virtud de las facultades, competencias y funciones de cada sujeto obligado); y la de preservar (en tanto se mantienen los documentos en archivos actualizados completos, exactos y bajo el principio de transparencia). Otro rubro crucial fue en materia de derechos humanos, ya que los senadores evidenciaron la estrecha relación de la actividad archivística con la reparación del daño con motivo de violaciones a dichos derechos.

En ese tenor, el contenido propuesto de la Ley constó de 117 artículos, distribuidos en tres libros y fue presentada como cumplimiento al mandato constitucional derivado de las reformas del 7 de febrero de 2014 en materia de transparencia (Senado de la República, 2016). Así, con la aprobación de la ley en mención, los archivos son actualmente considerados espacios importantes, a través de los cuales es posible analizar el actuar de los órganos estatales, la forma en que se utilizan los recursos públicos, el desarrollo de los procesos administrativos, la vida de las instituciones que dejan testimonio de su quehacer y que, con el paso del tiempo, se han convertido en espacios que preservan y garantizan la memoria colectiva.

En su articulado (robustecido a 123 numerales y no 117 como había sido la propuesta original), dicha ley contiene en su Libro Primero disposiciones relativas a la organización y administración homogénea de los archivos. El Libro Segundo es dedicado al Archivo General de la Nación, cuya naturaleza administrativa es de un organismo descentralizado no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, autonomía técnica y de gestión. Por su parte, en el Libro Tercero se encuentra el elemento sancionatorio de la norma, ya que contiene lo relativo a las infracciones administrativas y delitos en materia de archivos.

La nueva Ley General de Archivos busca establecer los principios y bases generales para la organización y conservación, administración y preservación homogénea de los archivos, así como determinar las bases de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Archivos y fomentar el resguardo, difusión y acceso público de archivos privados de relevancia histórica, social, cultural, científica y técnica de México. En general, las leyes de transparencia y de archivos han propiciado que la profesionalización archivística sea indispensable para cumplir con lo establecido por la legislación en cuanto a dejar entrever la gestión pública; garantizar la protección de datos personales y favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos; mejorar y hacer eficiente la organización, clasificación y manejo de documentos, así como promover el uso de métodos y técnicas que garanticen la localización y disposición de los documentos haciendo uso de las tecnologías de la información (Voutssás, 2015: 23).

Si bien es cierto que esta Ley General de Archivos complementa a la legislación en materia de transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas, también lo es que han pasado tres años desde su promulgación y la realidad se ha impuesto. En ese sentido, un número importante de organismos estatales carecen de un archivo organizado, capaz de cubrir con los estándares o normativas que im-

pulsen el trabajo archivístico de descripción, automatización, difusión, así como la propia conservación documental.

... no basta con la mera emisión de las normas en acceso a la información para que el ejercicio de este derecho por parte de la ciudadanía sea una realidad: es menester que las reformas legales vayan acompañadas de las políticas públicas que destinen recursos a estas áreas, para que cuenten con el personal capacitado y los recursos materiales necesarios, de lo contrario, se convierten en letra muerta (Fierro, 2020: 6).

En el informe “Derecho a la verdad en las Américas”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos enfatizó que, en los contextos transicionales, los derechos de libertad de expresión y acceso a la información adquieren una importancia estructural. En ese sentido, la Ley General de Archivos representa un gran paso para la promoción del trabajo archivístico. La gestión diligente, ordenada, sistematizada y profesional en el manejo de los archivos, sin duda es una medida de gran impacto para materializar la rendición de cuentas e impulsar la participación de los ciudadanos a través de las solicitudes de información que transparenten el ejercicio gubernamental, mediante el fortalecimiento de la disponibilidad y accesibilidad de la documentación (Maciel, 2020: 16-17).

LA GESTIÓN DOCUMENTAL EN LOS ARCHIVOS EN BUSCA DE LA TRANSPARENCIA

Son muchos los retos a los que se enfrentan los archivos y la labor archivística dentro de los proyectos y políticas de transparencia y de acceso a la información. A lo anterior se agrega la imperiosa necesidad de recurrir a la tecnología como medio para garantizar el derecho ciudadano a la información, sobre todo, para conservarla más allá del papel.

No obstante, de nada sirve contar con un archivo documental, y mucho menos ejercer el derecho a la información, a la verdad o a la memoria histórica, si los archivos no cuentan con una adecuada gestión documental que garantice su organización y preservación. Si los archivos no están organizados y bien gestionados, determinar su autenticidad y la integridad de la información pública, así como cumplir con los plazos establecidos para dar respuesta a la ciudadanía y a la administración constituyen una actividad complicada y difícil de cumplir.

A finales del 2011, el Consejo Internacional de Archivos de la UNESCO aprobó la Declaración Universal de los Archivos bajo las siguientes premisas: a) el público tiene el derecho de acceso a los archivos de los organismos públicos; b) las instituciones que custodian archivos dan a conocer la existencia de archivos, incluyendo

la existencia de documentos no consultables, y revelan la existencia de restricciones que afectan el acceso a los archivos; c) las instituciones que custodian archivos adoptan un enfoque proactivo sobre el acceso; d) las instituciones que custodian archivos aseguran que las restricciones de acceso sean claras y tengan una duración determinada, basadas en la legislación pertinente, en el conocimiento del derecho de privacidad, de acuerdo con las normas culturales, y el respeto de los derechos de los propietarios de los documentos privados; e) los archivos están disponibles en términos igualitarios de acceso; f) las instituciones que custodian archivos garantizan la preservación y el acceso a documentos que proporcionan evidencia necesaria para hacer valer derechos humanos y para documentar violaciones de los mismos, aun si dichos documentos están cerrados al público en general; g) los usuarios tienen derecho a apelar la denegatoria de acceso; h) las instituciones que custodian archivos garantizan que las restricciones operativas no impidan el acceso a los archivos; i) los gestores documentales tienen acceso a todos los archivos cerrados y en ellos desempeñan el trabajo necesario; j) los gestores documentales participan en el proceso de toma de decisiones sobre el acceso (International Council on Archives, 2010).

En concordancia con dicha declaración internacional, la nueva legislación en ma-

teria de archivos estableció en su título segundo que el Estado mexicano tiene la obligación de “garantizar la organización, conservación y preservación de los archivos con el objeto de respetar el derecho a la verdad y el acceso a la información contenida en los archivos, así como fomentar el conocimiento del patrimonio documental de la Nación”. Para ello, los sujetos obligados deben administrar, organizar, y conservar de manera homogénea los documentos de archivo que produzcan, reciban, obtengan, adquieran, transformen o posean, de acuerdo con sus facultades, competencias, atribuciones o funciones, los estándares y principios en materia archivística; establecer un sistema institucional para la administración de sus archivos y llevar a cabo los procesos de gestión documental.

La Ley General de Archivos reconoce y, por tanto, redimensiona, la importancia de los archivos, la contribución que brindan al ejercicio del derecho a la verdad y a la memoria, el relevante valor que poseen para las instituciones y la sociedad, así como para el conocimiento de la evolución del Estado y de la historia nacional, regional y local conservada en los archivos históricos, lo que hace indispensable la creación y formalización institucional de estos, como se apuntó anteriormente, en los sujetos obligados, en oposición a su simple almacenamien-

to en instalaciones y bodegas totalmente inapropiadas para la debida custodia y protección de los archivos (Ramírez, 2019: 35).

La gestión documental debe guiarse en criterios basados en la archivística que fomenten y garanticen la ordenación, la consulta, la administración, el acceso y la difusión de los expedientes. Estos criterios deben mantener su integridad, autenticidad y accesibilidad a lo largo de todo su ciclo vital, desde su inicio dentro del archivo de trámite, permaneciendo en el de concentración y preservándose en el archivo histórico.

Estas labores favorecen la toma de decisiones respecto a la incorporación de tecnologías y el desarrollo de sistemas automatizados de gestión de documentos que agilicen la consulta de expedientes a múltiples usuarios:

...la legislación en materia de transparencia y acceso a la información prevé igualmente la protección de datos personales, así como la que tiene un carácter reservado. Información que en un gran porcentaje se encuentra depositada en archivos (Ramírez, 2019: 16).

Ahora bien, cabría preguntarse, ¿cuáles son los beneficios de la gestión documental aplicada en los archivos de trámite, de concentración e históricos que pertenecen

a la administración pública? Múltiples son los beneficios, entre ellos, que contribuyen a una mayor calidad en la gestión para la sostenibilidad y continuidad del expediente administrativo; impulsan una mejor gestión de solicitudes de acceso a la información pública recibidas a través de las plataformas digitales; amplía la capacidad en el cumplimiento de las obligaciones por parte de los servidores públicos; mejora la gestión de recursos, de control de costos y de la adecuación de servicios; mejora la capacidad de toma de decisiones; y optimiza el uso de las infraestructuras tecnológicas.

Para el caso de los ciudadanos, la organización de los archivos públicos de conformidad con los estándares internacionales fortalece el desarrollo de los derechos de acceso a la información y a la cultura de la transparencia; garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos; contribuye a la armonización de la protección de datos y de la seguridad nacional, amplía el radio de acción de los ciudadanos cuya participación se intensifica en la toma de decisiones (Unidad de Acceso a la Información Pública *et al.*, 2020: 8).

La oportunidad que tienen los ciudadanos de acceder a la información custodiada en los distintos archivos públicos y exigir el cumplimiento de un gobierno abierto, promueve que los sujetos obligados inicien el uso controlado de la información dentro de sus atribuciones y

competencias. Este proceso, promueve la generación y control de historiales de consulta, lo que contribuye a delinear políticas que buscan proteger los documentos y expedientes en soportes físicos.

La gestión de documentos debe ser entendida no solo como un conjunto de procesos técnicos que se ejecutan a lo largo del ciclo de vida de la información documental —archivo de trámite, concentración e histórico— sino como el medio a través del cual se pueda estructurar y dar significado a la información archivística. Solo así se podrá contar con archivos administrativos e históricos que verdaderamente reflejen las funciones y las estructuras que dieron origen a las diversas instituciones:

El cuidado de los archivos administrativos es condición necesaria para la cabal formación de archivos históricos. La archivística contemporánea, la gestión integrada de documentos se sustenta en tres pilares que le dan sentido y perspectiva: por un lado, el desarrollo teórico y metodológico de la ciencia archivística, en permanente evolución, y del que se requiere un conocimiento profundo, tanto de productores y usuarios de la información como, especialmente, de los profesionales de los archivos, muchos de los cuales carecen del perfil adecuado para ejercer funciones archivísticas (Ramírez, 2019: 42).

LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN PARA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación son herramientas tecnológicas que han permitido avanzar en la sociedad del conocimiento para lograr que las personas se informen y accedan a diversos temas utilizando nuevos medios de comunicación, más allá de la televisión y la computadora, sino a través del uso de teléfonos inteligentes, aplicaciones informáticas, redes sociales, podcasts, etcétera.

En ese sentido, la legislación en materia de archivos plantea grandes retos y desafíos respecto de la gestión documental mediante el uso intensivo de las tecnologías de información. El uso de las TIC constriñe a los sujetos obligados a garantizar la seguridad, integridad, disponibilidad, y confidencialidad de la de información institucional existente y generada en formato físico y electrónico. Así, de conformidad con el Diccionario de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la digitalización de la información pública como política, tiene el objetivo de que aquella en posesión de los sujetos obligados sea accesible, con el empleo de TIC y ajustes razonables para un efectivo acceso a la información (INAI, 2019: 126).

La apuesta por las TIC deriva de la facilidad de la comunicación interna tanto

entre unidades de gobierno como con el público en general, por lo que es dable afirmar que los beneficios se extienden intra e interorganizativamente. Así, se cumple con la finalidad de que la transparencia sea un componente básico de todo sistema de gestión en el sector público:

... entendido como un proceso sistemático e integrador de coordinación de las actividades de toda la organización para adquirir, crear, almacenar, compartir, difundir, desarrollar y desplegar el conocimiento de los individuos y grupos para apoyar la toma de decisiones (INAI, 2019: 155).

Aunado a lo anterior, para hacer operativo el derecho de acceso a la información pública es necesario implementar mecanismos o procesos que permitan aplicar un tratamiento integral a la documentación durante su ciclo vital: organización, acceso, consulta, valoración, disposición documental y conservación, en lo físico y electrónico; se debe lograr que estos procesos de gestión se conviertan en parte del quehacer institucional cotidiano, evitando que de su operación se generen cargas adicionales, de tal suerte que los responsables de archivos públicos puedan llevar a cabo una debida organización y custodia de la documentación:

... resulta necesario el reconocimiento, adopción y adaptación de una serie de normas técnicas y modelos para la gestión de documentos, diseñados para el ejercicio de buenas prácticas archivísticas, especialmente ante la dinámica evolución de las nuevas tecnologías de la información que deben ser inteligentemente aprovechadas por el universo archivístico. La información archivística convencional y la que se produce incesantemente en el entorno electrónico y digital, requieren de un control archivístico de las normas ISO y las emitidas por el Consejo Internacional de Archivos, pues estas pueden favorecer a las instituciones (Ramírez, 2019: 42).

A lo anterior se suma el aseguramiento de una infraestructura mínima capaz de llevar a cabo una adecuada gestión de archivos, así como de contar con personal capacitado; lograr establecer una política de gestión de documentos que combine calidad de la información, transparencia, gobierno abierto, protección de derechos, integridad, seguridad e interoperabilidad, utilidad en generar insumos estratégicos de decisión, conocimiento público y memoria; por último, en emergencias, prevenir la pérdida de archivos por su falta de control, sobre todo en formato digital. En el artículo 2º de la Ley General de Archivos se establece la obligatoriedad del uso y aprovechamiento de las tecnologías de la

información para mejorar la administración de los archivos por los sujetos obligados a fin de garantizar la transparencia y acceso a la información.

Estos preceptos impulsan las metas de los servicios que deben brindar los archivos, desde impulsar y desarrollar sistemas de gestión documental; garantizar la organización de la documentación para ponerla a disposición de los ciudadanos y, por último, promover la protección y difusión del patrimonio documental. Sin embargo, muchos servicios de archivo se han quedado simplemente en creación de instrumentos de descripción o en la digitalización de imágenes sin contar con los adecuados metadatos que faciliten su consulta y posterior difusión por medio de la red de internet o por otro medio electrónico.

El uso de las tecnologías de la información y comunicación son la clave para garantizar la disponibilidad física de la documentación, y esto se podrá llevar a cabo cuando el archivo esté bien organizado, propiciando que la calidad del servicio y la disposición documental sea eficiente y adecuada. La evidencia de estas actividades serán las respuestas a las solicitudes ciudadanas de información, así como la difusión y divulgación de la información (Casellas, 2007: 389-91). En este sentido, el uso de tecnologías debe realizarse a partir de lineamientos generales, adecuados y

que se pueden aplicar de acuerdo con las necesidades de cada archivo.

Señala Rivas que:

... la relación entre los archivos y las nuevas tecnologías de la información se encuentra asociada al hecho de que ese conjunto de medios informáticos permite la captura, almacenamiento, tratamiento y difusión informatizada (Rivas, 2002: 10).

Esta evolución en el soporte evidencia los cambios dentro de la labor archivística de organización, descripción y valoración documental. Son claras las ventajas de estos nuevos soportes, pero una de sus desventajas es la capacidad de almacenaje, el tiempo para acceder a la información y la poca garantía para una conservación a largo plazo (Rossini, 2003: 3).

Las TIC aplicadas a los archivos van desde la creación de un sistema de gestión institucional; al control físico de los fondos, a préstamos y consultas; al almacenamiento, la descripción, valoración, difusión a través de distintos medios y a la conservación de la documentación (Rivas, 2002: 5) y por supuesto, a la digitalización. Este resulta ser un recurso informático para la gestión administrativa, ya que con ella se logra “capturar la información y su transformación a formato digital”, contribuyendo a garantizar la conservación al evitar la manipulación de la documenta-

ción original, en mal estado o que se solicita mucho para su consulta (Rossini, 2003: 4). Sin embargo, la digitalización debe integrarse a sistemas de búsqueda y de gestión de datos, así como a originar metadatos que permitan indagar y recuperar información para su posterior publicación electrónica.

La mayor aplicación del uso de las tecnologías en la gestión documental ha sido en el proceso de descripción-recuperación, ya que la automatización desde el inicio del proceso archivístico ha sido importante para llevar a cabo lo que se conoce como el ciclo vital del documento. En este sentido, la Norma Internacional General de Descripción Archivística establece el uso de la informática en la gestión documental con el objetivo de crear descripciones estandarizadas, las cuales permiten la difusión y el intercambio de datos utilizando las herramientas proporcionadas por el procesamiento de datos.

Otro de los aspectos benéficos del uso de las TIC en materia de archivos es la difusión de la información, la cual implica no solo que se conozca, sino que se garantice el acceso a la información haciendo uso de los instrumentos de descripción, de control y de consulta tales como las bases de datos que contienen una gran información y que puedan estar accesibles por la red de internet. Otra posibilidad es la elaboración de publicaciones electrónicas de los instrumentos de descripción como son

los catálogos e inventarios (Rivas, 2002: 12).

La credibilidad de los datos y de los documentos de archivo producidos entre la interacción de las personas y las instituciones públicas debe basarse en esquemas y normativas que sean guía para el desarrollo de sistemas y procedimientos que garanticen el adecuado “balance de confianza” en la custodia de la documentación (Voutssás, 2015: 27). Para lograr esto se requiere de procedimientos de gestión y tecnologías que garanticen un nivel mínimo de confianza al interior de los organismos públicos, ello con el fin de hacer posible el derecho a la información, a la rendición de cuentas y a la transparencia.

CONCLUSIONES

Varios son los desafíos que se deben superar para lograr el pleno desarrollo del derecho a la información pública, entre los que destacan: la necesidad de promocionar los sistemas de archivos a fin de garantizar la organización, conservación, disponibilidad, integridad y localización expedita de los documentos; regularización en materia de organización y funcionamiento del sistema institucional de archivos; promoción del uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información para administrar los archivos; fortalecimiento de la cultura de la calidad mediante la adopción de buenas prácticas nacionales e internacionales; garantizar la conservación

y difusión del patrimonio documental; y, contribuir al ejercicio del derecho a la verdad y a la memoria institucional.

Los archivos son presupuestos necesarios de la transparencia, el derecho de acceso a la información y la rendición de cuentas, por lo que resulta importante diseñar e implementar una política que garantice su adecuada gestión a lo largo de su ciclo vital. Para ello, es necesaria la adquisición de experiencias, la ejecución de buenas prácticas y hacer uso de herramientas ya existentes que contribuyan a la implementación de una adecuada política de gestión documental que forme parte del quehacer cotidiano institucional.

Aprovechar las TIC contribuirá a la gestión de información, incrementar la transparencia y la participación ciudadana, haciendo eficiente los recursos a través de la administración electrónica de archivos. Finalmente, las TIC brindan la oportunidad de configurar a un archivo y contribuir a la defensa de los derechos ciudadanos como es el acceso de la información; pero no todo se debe dejar a la tecnología, sino depende también de los procedimientos, organización y actitud que tomen las dependencias y responsables de los archivos para convertir estos últimos en piezas fundamentales dentro de la vida democrática del país y de la construcción de la memoria nacional.

Las reformas constitucionales mexicanas en materia de acceso a la información

pública, rendición de cuentas y transparencia suponen un cambio de paradigma, que implica una transformación esencial al sistema jurídico mexicano. Estas convergen en un solo objetivo a través de la creación de sistemas vinculados y articulados entre sí para el fortalecimiento del estado de derecho. En un estado democrático es necesario que se construyan instituciones transparentes que incorporen la participación ciudadana como algo cotidiano a través del uso de nuevas tecnologías de la información, en donde la ciudadanía tenga pleno acceso a ellas, de manera que en todo momento pueda hacer uso de su derecho a la información.

REFERENCIAS

- Casellas Serra, L. E. (2007). Los servicios de archivo en la sociedad de la información. En *Actas de los XVII cursos monográficos sobre patrimonio histórico*, Ayuntamiento de Reinosa (julio 2006), Santander, pp. 387-404.
- Cejudo, G. M. (2019). *Diccionario de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, INAI, Archivo General de la Nación, México.
- Chípuli Castillo, A. M. (2022). El derecho humano de acceso a la información pública en la política de transparencia de la administración pública federal en México (2001-2021), en *Revista Estudios en Derecho a la Información*, IIJ-UNAM, México, (14), pp. 5-27.
- Diario Oficial de la Federación. (7 de febrero de 2014). *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Cons-*

- titución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia.* https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332003&fecha=07/02/2014#gsc.tab=0
- Diario Oficial de la Federación (18 de julio de 2016). *Decreto por el que se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; la Ley General de Responsabilidades Administrativas, y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.*
- Emmerich, G. E. (2004). Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana, en *Polis. Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, UAM, México, 1 (4), pp. 67-90.
- Fiero Ferráez, A. E. y Chapa Cortés, S. (2020). Nueva cultura de acceso a la información cambio de paradigma, en *Orden Jurídico Mexicano*, Congreso de los Diputados, México, pp. 1-12.
- González Mejía, J. E. (2021). Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, en Navarro, F. *Diccionario de archivos*, INAI, Archivo General de la Nación, México, pp. 198-202.
- Guzmán, L. (2018). *Guía de procedimientos. Digitalización en Archivos, una aproximación al tema.* Bogotá, Colombia.
- INAI (2019). *Diccionario de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, INAI, Archivo General de la Nación, México.
- International Council on Archives (2010). *Declaración Universal sobre los Archivos.* <https://www.ica.org/es/declaracion-universal-de-los-archivos-uda>
- International Council on Archives (2016). *¿Por qué archivar?.* <https://www.ica.org/es/por-que-archivar>
- Lizcano Álvarez, J. et al. (2013). Corrupción y transparencia: aspectos metodológicos y empíricos, en *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, (14), pp. 13-48.
- Maciel García, B. (2020). Las implicaciones de la Ley General de Archivos para el derecho de acceso a la información pública, en *Estudios en Derecho a la Información*, 1(9), pp. 3-24.
- Ramírez Aceves, M. (2013). Los Archivos: el marco propicio para el acceso a la información. Apuntes sobre sus orígenes, en *Revista Interamericana de Bibliotecología*, 36 (2), pp. 139-149.
- Ramírez de León, J. A. (2019). Los Archivos Históricos y la Gestión Documental, en *Cuadernos de Transparencia*, INAI, México.
- Ríos Cázares, A. (2015). Gestión documental, archivos gubernamentales y transparencia en México, en *Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública*, (26), pp. 97-136.
- Rivas Fernández, J. B. (2002). La tecnología de la información al servicio de la archivística, en *Revista Reflexiones*, 80, (2), pp. 1-12.
- Rossini, D. (2003). Los archivos y las nuevas tecnologías de la información, en *Segundo Congreso Internacional de Bibliotecología, Documentación y Archivística (CIBDA)*, La Paz, Bolivia, 3-5 septiembre. [Conference paper]
- Sanz Caballero, I. M. (2017). Transformación en archivos: un recorrido de la tecnología

tradicional a la tecnología digital, en *Métodos de Información*, vol. 8 (14), pp. 43-65.

Senado de la República (17 de noviembre de 2016). *Gaceta del Senado LXIII/2PPO-52/67508. Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Archivos, presentada por los senadores Cristina Díaz Salazar, Laura Angélica Rojas Hernández, Héctor Larios Córdova y Zoé Robledo Aburto*, LXIII Legislatura del H. Congreso de la Unión. https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/67508

Unidad de Acceso a la Información Pública, Agestic, Uruguay Presidencia, Universidad de la República Uruguay, et al. (2020). *Guías técnico-metodológicas de Gestión Documental y Administración de Archivos*. <https://euro-social.eu/wp-content/uploads/2020/04/guia-tecnica-gestion-documental-uaip-version-digital.pdf>

Venegas S., J. A. (2021). Importancia de contar con un eficiente sistema institucional de archivos para la defensa, garantía, promoción y difusión de los derechos humanos. *Reforma constitucional en derechos humanos. 10 años. aproximaciones desde el sistema no jurisdiccional de derechos humanos*. Colección Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, México.

Voutssás Márquez, J. (2015). El profesional de archivos y las leyes de transparencia y archivos. *Memoria del Simposio: Archivos, transparencia y democracia. Retos actuales y futuros*. México: ENBA, pp. 19-28.

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)MARISELA NAVA¹DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.7>

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA LABORAL EN MÉXICO

Development of the Labor System in Mexico

FECHA DE ENVÍO: 14 de septiembre 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 22 de diciembre 2022

RESUMEN

A través de los años la regulación del trabajo en México ha sufrido profundos e importantes cambios que han determinado el rumbo del sistema laboral actual. El objetivo del presente artículo es identificar y realizar un análisis crítico de los acontecimientos históricos más relevantes en el establecimiento del sistema laboral en México. Se trata de una investigación cualitativa, analítica-sintética, con un diseño de investigación teórico-descriptivo, en la cual se recopiló y desglosó la información más relevante de cada periodo histórico mediante la técnica de revisión documental, para después analizar y estructurar la idea central a manera de síntesis. Entre los resultados más sobresalientes se encontró que, a pesar de los avances en el establecimiento del marco regulatorio laboral en México, este aún carece de una estructura sólida, ya que existen algunas lagunas jurídicas y vacíos legales, que marcan una posición desigual entre patrones y trabajadores, los cuales tienden a privilegiar los intereses políticos del gobierno en puerta, descuidando los objetivos nacionales para la defensa y tutela de los derechos del trabajo. Por lo que se concluye que las políticas, leyes y reformas del sistema laboral mexicano no deben favorecer tan solo a una sola clase o élite social, sino que estas deben de generar un beneficio tripartita, para fortalecer a las empresas, a la economía del país y, sobre todo, para garantizar el bienestar de los trabajadores.

Palabras clave: Sistema Laboral Mexicano; Trabajo; Reforma de Ley.

¹ Profesora e investigadora en el Instituto de Ciencias Sociales y Administración de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Correo electrónico: marisela.nava@uacj.mx. <http://orcid.org/0000-0002-0732-1099>.

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA LABORAL EN MÉXICO

ABSTRACT

Over the years, labor regulations in Mexico have profound and important changes, which have determined the course of the current labor system. This article carries out a historical review through the compilation of documentary information sources with the purpose of describing the different stages, as well as the main historical events of the development and evolution of the labor system in Mexico. The document begins with a chronological narration of the first decades of the 20th century, where key events for the regulation of labor law are highlighted, such as the strikes in Cananea and Río Blanco, the appearance of Article 123 of the Constitution and the promulgation of the Federal Labor Law in 1931 and 1970 respectively. Subsequently, the establishment of the neoliberal economic model in Mexico at the beginning of the eighties is highlighted, which marks a turning point for the labor reform process in the governments of Enrique Peña Nieto and Andrés Manuel López Obrador. Finally, it is concluded that the policies, laws and reforms of the Mexican labor system should not favor only a single class or social elite, they should generate a tripartite benefit to strengthen companies, the economy and to ensure the well-being of workers.

Keywords: Law reform; Mexican labor system; Work.

INTRODUCCIÓN

El trabajo, en términos generales, va más allá de una actividad económica para producir bienes, servicios o riquezas, pues representa un elemento clave para la subsistencia de las sociedades contemporáneas. Se trata de un proceso colectivo y complejo que abarca el ámbito económico, político y social, en donde cada una de estas áreas y su integración conforman un conjunto de relaciones sociales y políticas que dan lugar al surgimiento de un sistema de normas y principios, con el fin de vigilar, amparar y garantizar los derechos de quienes forman parte

de una relación laboral (Laurell, 1993). A lo largo de la historia, el mundo del trabajo ha sufrido importantes cambios a nivel mundial; México no ha sido la excepción, pues durante años el país ha atravesado por una serie de transformaciones que han determinado el rumbo del derecho del trabajo. La Ley Federal del Trabajo en su artículo tercero establece que: “el trabajo es por tanto un derecho y un deber sociales, no es un artículo de comercio” (Ley Federal del Trabajo [LFT], 1970, art. 3). Pero ¿bajo qué condiciones debe efectuarse este trabajo? La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos amplía este concepto y señala que: “toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 1917, art. 123). Desde esta perspectiva, las personas no solo tienen el derecho a trabajar, sino que el trabajo debe garantizar su dignidad como trabajadores y trabajadoras. La LFT, en su artículo segundo, proporciona una definición precisa de lo que se considera un trabajo digno:

Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado ci-

vil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo (LFT, 2022, art. 2).

Las regulaciones, así como las políticas públicas laborales, son un tema complejo y de gran preocupación en el país, ya que estas deben de encontrar el equilibrio perfecto entre dos de sus funciones esenciales; por un lado, velar los derechos e intereses de los trabajadores, y por el otro, apoyar la idea del aumento de la producción y competitividad de las empresas, para la generación de empleos y el crecimiento económico del país (LFT, art. 2., reforma, 2012). Sin embargo, en numerosas ocasiones las acciones del Estado tienden a favorecer, y en consecuencia, a perjudicar a alguna de las dos funciones. Tal es el caso de la reforma laboral 2012, en la cual bajo el amparo de la agenda de competitividad del país, se modificaron disposiciones importantes que estuvieron claramente orientadas a la salvaguarda de los intereses de las empresas, centrándose principalmente en la idea de la flexibilización de los mercados laborales (Anguiano y Ortiz, 2013). Hoy en día el discurso del actual sexenio presidencial, bajo la premisa de subsanar de manera parcial las omisiones o figuras a

favor de la flexibilización del mercado, ha implementado una serie de reformas estructurales inmediatas, que si bien representan un avance inicial en la salvaguarda de los derechos de los trabajadores, no logran resolver de lleno el problema de flexibilidad laboral, y algunas resultan tan complejas en su ejecución, que añaden una fuerte presión adicional al sector empresarial (Martínez, 2021).

El objetivo central del presente artículo de investigación consiste en realizar un análisis crítico de los acontecimientos históricos más relevantes en el establecimiento del sistema laboral actual. El artículo está compuesto por cuatro apartados principales. El primero se inicia con una narración cronológica de las primeras décadas del siglo XX, con el fin de identificar los acontecimientos clave para la regulación del derecho del trabajo, como las huelgas de Cananea y Río Blanco, la aparición del artículo 123 Constitucional y la promulgación de la Ley Federal del Trabajo en 1931 y 1970, respectivamente. En el segundo se describen las iniciativas y el proceso de reforma laboral impulsado principalmente por la instauración del modelo económico neoliberal en México a inicios de los años ochenta. En los apartados tres y cuatro se explican los aspectos más relevantes de las reformas laborales de la última década, específicamente en los sexenios de Enrique Peña Nieto y Andrés Manuel López Obrador. En el último

apartado se incluyen las conclusiones generales del estudio.

PRIMERAS DÉCADAS DEL SIGLO XX

Aunque las relaciones laborales han existido desde siempre, su regulación fue inexistente hasta principios de 1900, cuando aparecen las primeras normas jurídicas relacionadas directamente con el trabajo en los estados de Veracruz y Nuevo León; no obstante, ambos ordenamientos se enfocaban únicamente a cuestiones relacionadas con accidentes de trabajo (De Buen, 2015). La verdadera lucha que dio inicio a los primeros esbozos para legislar el derecho del trabajo en México tiene dos referentes clave: la huelga de mineros en Cananea, Sonora, y la huelga obreros textiles de Río Blanco, Veracruz, a comienzos del siglo XX. Durante la época de Porfirio Díaz, la principal fuente de riqueza en México era la tierra, la cual pertenecía a un sector privilegiado de la sociedad. Las condiciones de vida de los obreros y jornaleros, en esa época, eran sumamente precarias, ya que estos constantemente eran sometidos a largas y extenuantes jornadas de trabajo en condiciones infrahumanas a cambio de un salario raquítico, insuficiente para cubrir sus necesidades básicas, en donde además, cualquier manifestación o protesta obrera eran constantemente reprimidas por los terratenientes (Jiménez, 2011). Fue entonces que, en 1906, trabajadores del sector minero de Cananea, Sono-

ra, debido a las condiciones deplorables de trabajo y la constante discriminación a causa de las diferencias, tanto salariales como de trato, entre trabajadores mexicanos y norteamericanos, estallaron en huelga, demandando condiciones más justas e igualitarias de trabajo. Un año después, en 1907, una huelga similar tuvo lugar en Orizaba, Veracruz, por los trabajadores textiles de Río Blanco. Ambas huelgas fueron momentos coyunturales en la historia del país, en donde un gran número de trabajadores, en defensa de sus derechos, fueron violentados y asesinados; hechos que sin lugar a dudas marcaron el comienzo del movimiento obrero en México (Serrano, 2021).

En 1909 se realizó por primera vez la asamblea de la Sociedad Mutualista y Moralizadora de Obreros del Distrito Federal (SMMyM), con la intención de formular una ley para la defensa de los derechos laborales, y a su vez, para mediar los conflictos entre patrones y trabajadores. Este fue el inicio de una etapa importante para las clases trabajadoras, ya que las heridas que dejaron las represiones de Cananea y Río Blanco no habían sanado aún y numerosas inconformidades prevalecían respecto a las condiciones laborales de salarios bajos, riesgos de trabajo, autoritarismo, entre otras, las cuales dieron lugar a numerosas protestas y manifestaciones por parte de los obreros en todo el país. La creación de la SMMyM permitió establecer

relaciones más armónicas entre el gobierno y los trabajadores, deteniendo las intervenciones autoritarias como las suscitadas en Cananea y Río Blanco (Ávila, 1993). Sin embargo, a pesar de sus débiles esfuerzos, el régimen de Porfirio Díaz no fue capaz de establecer una relación fluida entre el gobierno y los trabajadores, lo cual contribuyó a su caída tras la revuelta maderista (Ávila, 1998). Correspondió entonces a Francisco I. Madero hacer frente a la problemática laboral, para lo cual, entre 1911 y 1912, creó diversas organizaciones enfocadas a la defensa y salvaguarda de los derechos de los trabajadores. Entre estas organizaciones figura el Departamento del Trabajo, creado el 18 de diciembre de 1911, el cual tendría un papel clave para la resolución de los conflictos en materia laboral, así como la Casa del Obrero en 1912 en la capital del país, la cual actuó como sindicato central, para exigir mejores condiciones laborales para sus trabajadores (Secretaría de Fomento, 2009).

Más adelante, en el año de 1917, durante la presidencia de Venustiano Carranza, aparece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, junto con el artículo 123, el cual decreta, por primera vez en la historia de México, los derechos de los trabajadores. Néstor de Buen, especialista en derecho laboral, señaló:

El nacimiento del artículo 123, es una especie de milagro político. Fue un acon-

tecimiento mundial, ya que nunca antes se habían llevado a la Constitución los derechos de los trabajadores. Carranza, al promulgar la Constitución el 5 de febrero de 1917, regaló a los trabajadores un texto tutelar y formidable (Gamboa, 2008, p.10).

El artículo 123 Constitucional decretó por primera vez la fijación de una jornada laboral, el establecimiento de normas de seguridad social, la figura de la indemnización, así como el derecho a huelga; en otras palabras, estableció los cimientos de las leyes laborales en México; no obstante, aún quedaba un largo camino por recorrer. Con el paso del tiempo, se comenzaron a suscitar conflictos entre patrones y trabajadores para interpretar las nuevas disposiciones contenidas en la ley, por lo que fue necesario la creación de instancias conciliadoras denominadas Juntas Municipales de Conciliación y Arbitraje. Más adelante, en 1927, aparece la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje con la encomienda de interpretar y resolver conflictos en el ámbito laboral a nivel federal (Secretaría del Trabajo y Previsión Social, [STPS], 2006). Cuatro años más tarde, en 1931, fue decretada la Ley Federal del Trabajo (LFT); cuyo objetivo central consistía en establecer los mecanismos que permitieran regular de manera más específica todos los aspectos relacionados con los derechos y las relaciones de trabajo, sin

descuidar los intereses nacionales ligados a la producción (León, 2011). Desafortunadamente, bajo este marco regulatorio solo se privilegió la protección de las fuentes de empleo de los trabajadores, es decir, al sector empresarial, otorgando a los trabajadores tan solo un esquema de derechos mínimos.

A pesar de los débiles esfuerzos por parte del Gobierno Federal en la defensa y tutela de los derechos de los trabajadores, a través de la LFT de 1931, el país continuó implementando acciones para garantizar el derecho del trabajo; por lo que en 1936, a raíz de la iniciativa de Lázaro Cárdenas, surge la Confederación de Trabajadores de México (CTM). Aunque aparentemente la representación colectiva obrera frente a las autoridades de la CTM parecía ser un logro en materia laboral para el país, no tardó más que un par de años en desvirtuarse, convirtiéndose en un sindicato subordinado en velar por los intereses del Estado, sin la participación democrática y activa de los trabajadores, tal como ocurrió con su predecesora, la Confederación Obrera Mexicana (CROM) en 1918 (De Buen, 2015). Estas acciones causaron el descontento de un gran número de trabajadores, de manera que a causa de las numerosas demandas sociales del sector obrero, en 1940 el presidente Manuel Ávila Camacho anunció la reestructuración del Departamento del Trabajo, el cual se convertiría en la Secretaría deL Traba-

jo y Previsión Social, con el propósito de atender de manera más eficaz los retos y las múltiples necesidades que implicaba el nuevo sistema laboral (STPS, 2011). Tres años más tarde, en 1943, nace la Ley del Seguro Social, junto con el Instituto Mexicano del Seguro Social, para otorgar atención médica principalmente a los trabajadores mexicanos y a sus familias (CNDH, 2019).

A pesar de la existencia de ordenamientos, leyes e instituciones con el fin de garantizar los derechos laborales, creados hasta entonces, aún quedaban lagunas jurídicas y vacíos legales, los cuales representaban oportunidades para las empresas, para adaptar o modificar las condiciones de trabajo a su favor; tal como el desinvolucramiento de los trabajadores en la toma de decisiones, los complicados e interminables trámites para hacer valer los derechos de huelga y la marcada posición desigual entre trabajadores y patrones. Por ello, durante el sexenio del presidente López Mateos se planteó una reforma a la Ley Federal del Trabajo, para tratar de enmendar estos vacíos y mejorar la posición tan vulnerable en la que se encontraban los trabajadores en aquella época. El proceso de creación de la nueva ley fue prolongado, por lo que no fue hasta el gobierno del presidente Díaz Ordaz cuando este pudo ser concretado y entrar en vigor a finales de su mandato. La nueva Ley Federal del Trabajo, de 1970, derogó

por completo la LFT de 1931, logrando resarcir ciertos aspectos a favor de los trabajadores, como el principio *in dubio pro operarium*, y el otorgamiento de algunos derechos y prestaciones (indemnizaciones, aguinaldo, jornada laboral, salarios integrados, entre otros), no obstante omitió algunos elementos esenciales de la regulación laboral, por lo que no logró resolver el problema del corporativismo sindical (De Buen, 2015).

NEOLIBERALISMO E INICIATIVAS PARA LA REFORMA LABORAL EN MÉXICO

Años más tarde, la adopción del modelo económico neoliberal en México, en la década de los ochenta, ejerció una enorme presión para la intervención del Estado en flexibilizar las condiciones de trabajo, a través de una reforma a la LFT. En 1987, Carlos Abascal Carranza, dirigente de la Coparmex, propuso la idea de implementar una “nueva cultura laboral”, en donde figuraban por primera vez los conceptos de *outsourcing*, flexibilidad laboral y transparencia de sindicatos. Esta propuesta tenía como eje principal aumentar la productividad en el país, atendiendo las demandas del nuevo modelo económico e industrial. Un año más tarde, en 1988, cuando el presidente Carlos Salinas de Gortari asumió el poder, impulsó de manera activa la privatización y la apertura comercial de las empresas extranjeras al

país, por lo que no tardó en proponer una reforma sustancial a la LFT que favoreciera al sector productivo y en 1989 surgieron numerosos debates y propuestas para realizar diversas modificaciones a las normas laborales, las cuales, supuestamente, permitirían implementar la nueva cultura laboral mexicana (Roette, 1996). Por lo que bajo el marco de la reforma estructural, y de la tendencia neoliberal que transformó la economía y la sociedad mexicana, entre 1986 y 1992, el Estado mexicano se vio en la necesidad de flexibilizar los contratos colectivos de trabajo, en donde, además, surgieron cambios importantes en las condiciones de contratación y en la reglamentación de las relaciones laborales, debido a la privatización de varias empresas del país.

Sin embargo, dichas corporaciones fueron reestructuradas sin que fuera necesario cambiar la ley en materia laboral (Zapata, 2006). Fidel Velázquez, quien en aquel entonces encabezaba la central sindical obrera de la Confederación de Trabajadores de México (CTM), se opuso rotundamente a la reforma laboral, ya que estaba convencido de que “la nueva cultura laboral daría al traste con los derechos laborales conseguidos por los trabajadores con muerte y sangre” (Salas, 2012, párr. 4). Por lo que, debido a presiones políticas y sindicales, y con el fin de no deslegitimar aún más su gobierno, la iniciativa propuesta por Salinas no prosperó.

Más adelante, en la vorágine neoliberal, México, Estados Unidos y Canadá, con la llegada del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, pusieron en la mesa de las discusiones cuestiones del ámbito laboral para el fortalecimiento de los derechos de los trabajadores, a través de la creación del Acuerdo de Cooperación Laboral, el cual permitiría a los países, por un lado, garantizar el cumplimiento de su legislación laboral enfocada en la mejora de las condiciones y los niveles de vida de los trabajadores, y por el otro, promover los objetivos de cooperación mutua para elevar la calidad y la producción. No obstante, la crisis económica de 1994 generó graves consecuencias en el mundo del trabajo, como el incremento del desempleo, que incidió en que el debate laboral binacional se suspendiera por un tiempo (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2020). Fue en 1995 cuando se retomaron algunas conversaciones referentes a la “nueva cultura laboral”, esta vez con un nuevo enfoque de velar no solo por los intereses patronales, sino también incluir los intereses de los trabajadores. Jesús Cervantes lo relata de la siguiente manera:

En agosto de 1995, llegó al PRI Santiago Oñate Laborde y con él, el cetemista Juan S. Millán, quien ocupó la cartera de secretario general del PRI. Inició entonces el diálogo entre el PRI y la CTM. Los artífices de entonces fueron Carlos Abas-

cal Carranza, por la Coparmex, y Juan S. Millán, por el Revolucionario Institucional, quienes se sentaron a la mesa para hablar. Era el gran evento: empresario y obrero discutiendo, proponiendo una mejora para producir mejor sin atentar contra los derechos de los trabajadores. La Coparmex retiró de la mesa su proyecto y lo cambió por su idea de la nueva cultura laboral, pero teniendo como eje no sólo la productividad, sino el respeto y atención a la dignidad de la persona humana, revalorando al trabajador para buscar una mejor capacitación que diera frutos con gran productividad (Salas, 2012, párr. 5).

Es así como a finales de 1995 se firmó el documento “Hacia una nueva cultura laboral” (Salas, 2012). Pese a que el Congreso congeló esta iniciativa, dicha propuesta sirvió como base para alcanzar acuerdos significativos sobre algunas reformas a las leyes de trabajo en temas como los contratos colectivos de trabajo, sindicatos y salarios mínimos; lo cual permitió que a través del diálogo se fortalecieran las relaciones entre patrones y trabajadores. Esta propuesta tuvo una influencia positiva no solo en México, sino que en 1999 influyó de manera importante en el proyecto “Trabajo decente” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pues al igual que “la nueva cultura laboral”, se promovía el diálogo social entre trabajadores y patrones

en temas de promoción al trabajo digno, la protección social, seguridad e higiene, respeto a las normas laborales, con el fin de definir el rumbo del sector productivo, tanto para trabajadores como empleadores de varios países alrededor del mundo (Ardavin, 2009).

El sexenio del presidente Ernesto Zedillo atravesó grandes dificultades políticas, económicas y sociales, por lo que en ese periodo no hubo ninguna iniciativa para reformar la ley laboral, ya que la prioridad para el gobierno en ese momento estaba enfocada únicamente en la recuperación de la estabilidad política y económica del país (Cotonieto, 2020). Vicente Fox Quesada, desde el inicio de su campaña electoral, retomó el tema de la reforma laboral, pero una vez que llegó al poder “mantuvo sin alteración los acuerdos con el liderazgo corporativo de los grandes sindicatos y especialmente con la CTM” (Zapata, 2006, p. 84). Fue hasta finales del gobierno de Felipe Calderón, en abril de 2011, donde el PRI y el PAN se unieron para finalmente firmar el acuerdo que daría paso a la reforma laboral, pero en el último momento el PRI claudicó, debido a las contiendas electorales que estaban en puerta. Muchos fueron los intentos fallidos por modificar la ley laboral del país; no obstante, las presiones por reformar la ley se fueron acrecentando, por lo que en el año 2012, a finales del sexenio del presidente Felipe Calderón, la Cámara de Diputados apro-

bó en lo general el Decreto para reformar la Ley Federal del Trabajo, el día 27 de septiembre de 2012 (*La Jornada*, 2012).

REFORMAS LABORALES EN LA DÉCADA DE 2012 A 2022

La Reforma Laboral 2012

La reforma a la Ley Federal del Trabajo entró en vigor el 1 de diciembre de 2012, en donde 336 artículos de los 1010 que contiene fueron modificados, con el fin de facilitar el funcionamiento, y el buen desempeño de las empresas y aparentemente para optimizar las condiciones laborales dentro de las empresas, promoviendo el trabajo digno para las personas. Esto se logró a través de cinco principales ejes: “1) la creación de empleos, 2) la democracia sindical 3) el fortalecimiento de las facultades de las autoridades del trabajo, 4) la equidad, inclusión y no discriminación y 5) la modernización de la justicia laboral” (Quintana, 2016, párr. 15). La llegada de dicha reforma suscitó innumerables críticas, las cuales afirmaban que la reforma solo tenía como propósito abaratar los costos de la mano de obra beneficiando a la clase empresarial y que generaría más pobreza y más desigualdad para la clase obrera. Este tipo de declaraciones comenzaron a suscitarse con más frecuencia, ya que muchas de las modificaciones a la ley claramente apoyaban la creciente flexibilización en el trabajo, la cual desestabilizaba el modo de vida de los trabajadores, modi-

ficando sus condiciones laborales, e incluso sus procesos de reproducción social en los centros de trabajo (Méndez y Garduño, 2012). Tal es el caso de una de las figuras más polémicas incluidas en la reforma, el *outsourcing*, es decir, la tercerización del recurso humano, regulada en el artículo 15-A de la LFT. En aquel entonces en México numerosas empresas desde hace tiempo laboraban bajo este esquema, por lo que se vio la necesidad de incluir su regulación dentro de la ley, la cual propuso la figura de un “outsourcing responsable”, con el fin de que las empresas pudieran garantizar un trabajo digno para sus trabajadores (López y Velázquez, 2021). Como es bien sabido, el *outsourcing* genera grandes beneficios económicos a las empresas que lo utilizan, pues el ahorro en costos de reclutamiento, selección y capacitación, al igual que en el pago de impuestos, es significativo, lo cual les permite dedicarse más de lleno a sus actividades primarias, aumentando así su productividad. Sin embargo, el panorama es muy diferente para los trabajadores, ya que quienes laboran bajo este esquema, al no pertenecer directamente a la empresa, carecen de derechos, prestaciones, oportunidades de desarrollo y, sobre todo, de un sentido de pertenencia, lo cual puede provocar estrés, desmotivación así como altos índices de rotación en la empresa (Neffa, De la Garza y Muñiz, 2009).

Otra de las razones por las que se accedió a la aprobación de la reforma fue por los constantes alegatos que sostenían que la inversión de las empresas en el país, sería mucho mayor si disminuyeran los altos costos que generaba la contratación y el despido de un trabajador, ya que de no ser así el sector empresarial podría desplomarse. Fue por ello, que se modificaron los artículos 25 y 35 de la LFT, legalizando, los periodos de prueba o capacitación inicial para los trabajadores, a fin de poner a prueba las habilidades del trabajador, amparados bajo el argumento de que este periodo de prueba pueda ser visto como una oportunidad para que los trabajadores puedan capacitarse y obtener habilidades que les permitan desempeñar mejor su trabajo. Pese a los argumentos señalados por el gobierno fue evidente que la reforma estuvo orientada a favorecer a las empresas, pues mientras un trabajador labore bajo dichos esquemas de contratación, se encuentra en una posición más vulnerable, ya que es más fácil incurrir en su despido, sin responsabilidad para el patrón. Este factor genera incertidumbre en el empleado, pues al no existir un contrato fijo por tiempo indeterminado su estabilidad laboral desaparece (López y Velázquez, 2021). Antes de aprobar la reforma se hicieron varias afirmaciones acerca del impulso económico que éstas modificaciones traerían a México: una de ellas fue la del representante de la Organi-

zación para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), quien señaló “que dicha reforma mejoraría sensiblemente la posición de nuestro país en el entorno internacional” (Alcalde, 2013, párr. 1). Sin embargo, pese al aparente éxito de la reforma en la creación de más de 4 millones de empleos en el sexenio de Peña Nieto, esto no reflejó un verdadero crecimiento económico para el país, sino que solo se logró normatizar la flexibilización en el trabajo, lo cual se tradujo en la creación de numerosos empleos precarios la mayoría en el sector terciario o de servicios, bajo un esquema de subcontratación y contrataciones temporales, disminución de salarios, acción sindical débil, es decir, bajo un esquema de inseguridad laboral (Loria y Salas, 2019).

REFORMAS LABORALES EN EL SEXENIO DE LÓPEZ OBRADOR

Desde el 2018, con la llegada de López Obrador al poder, surgieron numerosos debates desde el asiento presidencial en torno al descontento sobre los resultados de la política económica generada por la adopción del modelo neoliberal en las anteriores administraciones. Bajo la premisa de resarcir los daños causados por el neoliberalismo en las últimas décadas, el gobierno ha realizado una serie de cambios estructurales en la esfera de lo económico, político y social. El sector laboral no ha sido la excepción, ya que con el apoyo del

Congreso, con 120 votos a favor, en 2019 se hizo público el Decreto para implementar la nueva reforma laboral 2020 (OIT, 2020). Dicha reforma se sustentó en tres pilares fundamentales: 1) articular un nuevo y más eficiente sistema de justicia laboral, 2) garantizar la libertad y democracia sindical y 3) la creación de un Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral como mecanismo de conciliación (Diario Oficial de la Federación [DOF], 2019).

El primer eje está contemplado en el artículo 684 de la LFT, incisos A hasta el E, en el cual se detallan cada una de las etapas de la conciliación del Nuevo Sistema de Justicia Laboral. Entre los cambios más significativos, se encuentra el traslado de la función conciliatoria de las Juntas de Conciliación y Arbitraje a los Centros de Conciliación Laboral y los Tribunales Laborales de cada entidad federativa. Los Centros de Conciliación son instancias, de carácter gratuito, encargadas de realizar en una primera fase la conciliación de conflictos laborales entre trabajadores y patrones con un tiempo máximo de resolución de 45 días (STPS, 2023); pasado ese tiempo, los casos no resueltos serán referidos a los tribunales laborales, los cuales, a través de un juicio oral y frente a un juez, serán los encargados de conciliar con un tiempo máximo de 6 meses, siguiendo las etapas de juicio estipuladas en la ley (LFT, 2022, arts. 870 al 891). El segundo eje hace referencia a la libertad de afiliación, así

como a la democracia en la elección de la representación sindical, a través del voto personal, libre y secreto, prohibiendo las antiguas votaciones a mano alzada y garantizando la representación proporcional de género, (LFT, 2022, arts. 371 y 371 Bis). Además este eje contempla lo referente a los contratos colectivos de trabajo, los cuales deberán estar respaldados por lo menos por el 30% de los trabajadores a través de una constancia de representatividad. Después de su adopción, cada patrón deberá entregar una copia gratuita del mismo a sus trabajadores, en donde cada dos años los trabajadores deberán revisar y aprobar de nuevo los contratos colectivos de trabajo; en caso de no estar de acuerdo, el sindicato podrá emplazar, a través de las figuras de huelga y prehuelga (LFT, 2022, arts. 390 y 400 Bis). El tercer eje representa uno de los elementos clave de esta reforma, por la creación del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCyRL) un organismo federal, público, autónomo y descentralizado de la STPS. Entre sus funciones se destacan principalmente la conciliación laboral a nivel federal, el registro de sindicatos, contratos colectivos y reglamentos interiores de trabajo federales, y la supervisión de los procesos de democratización sindical (STPS, 2023).

Además de los ejes ya mencionados, la transformación del modelo de regulación laboral ha incluido otras reformas y disposiciones laborales, tal como la reforma

al esquema de subcontratación, de los artículos 12 al 15 de la LFT, la cual entró en vigor en 2021, junto con la adición y derogación de algunas disposiciones contenidas en la Ley del Seguro Social, Ley del Infonavit, Código Fiscal de la Federación, entre otras legislaciones en materia de impuestos, en donde queda prohibida la subcontratación de trabajadores que formen parte del objeto social de la empresa. La reforma indica que este esquema de contratación solo será permitido para empresas que realicen trabajos especializados, es decir, que no lleven a cabo actividades referentes al objeto principal de la empresa. Estas deberán estar autorizadas por la STPS, las cuales deberán renovar dicha autorización cada tres años (STPS, 2019). De igual manera, se encuentra la reforma a la Ley del IMSS, aprobada en octubre de 2022 para la incorporación de las trabajadoras del hogar al IMSS (López y Velázquez, 2020). Por último, la recién aprobada reforma para aumentar de seis a doce días de vacaciones, como mínimo, para los trabajadores que cumplan un año de antigüedad, y el aumento de dos días laborables cada año hasta llegar a 20 (LFT, 2022, arts. 76 y 78). Existen otras disposiciones, que si bien no son parte de las reformas a la LFT, forman parte de los cambios del nuevo sistema laboral, como la creación e implementación de normas y protocolos para la protección contra la discriminación y violencia en el traba-

jo, los cuales incluyen la protección para víctimas de acoso y violencia sexual, así como la erradicación del trabajo infantil. También, se ha creado una política para fortalecer el salario mínimo, con aumentos del 51%, sobre todo en la frontera norte del país, así como el programa Jóvenes Construyendo el Futuro para impulsar habilidades y competencias que faciliten a los jóvenes integrarse con mayor facilidad al mercado de trabajo (STPS, 2021).

Aún es muy temprano para efectuar un diagnóstico sobre los posibles resultados del nuevo modelo laboral; no obstante, se ha suscitado una serie de opiniones en torno a dichas reformas. Por un lado, el reconocimiento de los avances y los esfuerzos por regularizar y fomentar el ejercicio democrático de los derechos colectivos (Hernández, 2022). Por el otro, el descontento por parte del sector empresarial, debido a lo complejo y, en ocasiones, incongruente involucramiento de los patrones en la adopción del modelo, lo cual genera confusión e incertidumbre sobre el futuro de las empresas. Sin duda, el nuevo modelo laboral pretende cambios muy ambiciosos, ya que el cumplimiento de dichas disposiciones implica un procedimiento muy complejo, tardío y costoso, pues requiere la creación de instituciones y capacitación de personal especializado en materia laboral. Lo que sí es seguro es que la aplicación del modelo en su totalidad tomará

tiempo y requerirá un esfuerzo colectivo para llevarse a cabo.

CONCLUSIONES

El Estado, la sociedad y los mercados deben forjarse mutuamente, pues al momento de realizarse políticas públicas no deben considerarse como términos “divorciados”, sino como un núcleo integrador de la sociedad. Sin embargo, pese a la existencia de normas, leyes y ordenamientos para regular el mundo del trabajo, el sistema laboral mexicano no ha logrado del todo equilibrar las necesidades del sistema productivo con las del bienestar social de los trabajadores. En las últimas décadas el escenario ha resultado ser desalentador, pues como lo menciona Echeverría (2010):

...En nombre de la nación se hace un llamado a que trabajadores y actores políticos hagan sacrificios en aras de salvar a las empresas y de crear empleos, a cualquier precio. Esta postura refleja la dominación de la esfera económica, sobre lo político y lo social, lo cual pone a prueba el rol del Estado por ejemplo, ante el desafío de ajustar el marco jurídico a las nuevas formas de organización productiva sin socavar los derechos de los trabajadores (p. 49).

Durante las últimas cuatro décadas México se ha estado adentrando en un esque-

ma de flexibilidad laboral, en el cual se generan mayores oportunidades para las empresas, a través de la disminución de costos para la contratación y despido de los trabajadores, la reducción en el pago de impuestos, entre otros, lo cual se ha considerado como aliciente para impulsar el desarrollo; en este escenario, la acción del Estado comienza a perder su carácter directriz y las empresas pretenden ocupar un rol casi divino (Enriquez, 1992). Sin embargo, dicho sistema laboral ha demostrado ser insostenible, ya que lejos de producir un crecimiento económico para el país solo ha orillado a los trabajadores a laborar bajo esquemas precarios, acentuando el problema de la desigualdad económica y social en el país. Dadas estas circunstancias y como parte de una estrategia política de legitimación, se han realizado una serie de ajustes ambiciosos y apresurados, para reformar algunas regulaciones laborales del pasado. Sin embargo, los débiles intentos actuales de corregir el rumbo del sistema laboral no solo no han logrado ofrecer soluciones viables para resolver de lleno el problema de la desigualdad, flexibilidad y pobreza laboral, sino que además se han encargado de ejercer una presión adicional al sector empresarial al crear leyes, normas y protocolos que resultan sumamente complejos para su ejecución. Por lo antes señalado, la reforma laboral y las políticas públicas laborales aún carecen de una estructura sólida,

pues todavía existen grandes lagunas y problemas de fondo que no se han logrado resolver. El objetivo de una política pública es velar por los intereses de la mayoría, es decir, buscar el bien común. Si se favorece tan solo a una sola clase o élite social, se pierde el equilibrio y el sentido de la justicia social. Es por eso que debe repensarse y hacer los cambios pertinentes, con el fin de generar un beneficio tripartita, es decir, fortalecer a las empresas, a la economía del país y, sobre todo, garantizar el bienestar y la dignidad del trabajador.

REFERENCIAS

- Alcalde, A. (2013). A un año de la reforma Laboral. *La Jornada*. <https://www.jornada.com.mx/2013/11/30/opinion/015a2pol>
- Anguiano, A. y Ortiz, R. (2013). Reforma laboral en México: precarización generalizada del trabajo. *Revista El Cotidiano*, Vol. 182, pp. 95-104. Universidad Autónoma Metropolitana. ISSN: 0186-1840. <https://www.redalyc.org/pdf/325/32529942010.pdf>
- Ardavin, B. (2009). La nueva cultura laboral: filosofía de Carlos Abascal. *Revista Bien Común*. ISSN: 1870-0438. <https://biblat.unam.mx/es/revista/bien-comun/articulo/la-nueva-cultura-laboral-filosofia-de-carlos-abascal>
- Ávila, F. (1993). La Sociedad Mutualista y Moralizadora de Obreros del Distrito Federal (1909-1911), *Historia Mexicana*, v. XLIII, pp. 117-154. <file:///Users/uacj/Downloads/2275-Art%20C3%ADculo-2199-1-10-20160406.pdf>
- (1998). Organizaciones, influencias y luchas de los trabajadores durante el régimen maderista, pp. 121-170. <http://www.ejournal.unam.mx/ehm/ehm18/EHM01805.pdf>.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (2019). *Se promulga la ley de seguridad social del IMSS*. <https://www.cndh.org.mx/noticia/se-promulga-la-ley-de-seguridad-social-base-del-instituto-mexicano-del-seguro-social#:~:text=El%2019%20de%20enero%20de,la%20Ley%20del%20Seguro%20Social>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Última reforma publicada: DOF 18-11-2022. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cotonieto, E. (2020). Evolución de la seguridad social en México y su relación con el contexto socioeconómico nacional (1900-2020). *Journal of Negative and No Positive Results*, 5(7), 740-762. <https://dx.doi.org/10.19230/jon-npr.3511>
- De Buen, N. (2015). El sistema laboral en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2458/10.pdf>
- Diario Oficial de la Federación. (2019). Reforma a la Ley Federal del Trabajo. Poder Ejecutivo y Secretaría del Trabajo y Previsión Social. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019
- Echeverría, M. (2010). La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Chile: Dirección del Trabajo.
- Enriquez, Eugène (1992). *L'entreprise comme lien social, un colosse aux*.

- Gamboa, C. (2008). Artículo 123 Constitucional. Estudio de antecedentes, derecho comparado y de las iniciativas presentadas. Cámara de Diputados, LX legislatura, México. <https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-13-08.pdf>
- Hernández, E. (2022). OIT felicita a México por reforma laboral, pese a contexto de incertidumbre. *Forbes México*. <https://www.forbes.com.mx/oit-felicita-a-mexico-por-reforma-laboral-pese-a-contexto-de-incertidumbre/>
- Jiménez, S. (2011). El movimiento obrero durante el Porfiriato (1877-1911) y la Revolución mexicana (1910-1920). http://www.sntsg.segob.gob.mx/en/Sindicato/El_Movimiento_Obrero_durante_el_Porfiriato_y_la_Revolucion_Mexicana
- Laurell, A. (1993). La construcción teórico-metodológica de la investigación sobre la salud de los trabajadores, en: C. Laurell (ed.), *Para la investigación sobre la salud de los trabajadores*, Washington: Organización Panamericana de la Salud.
- León, F. (2011). México y la Organización Internacional del Trabajo: los orígenes de una relación, 1919-1931. *Foro Internacional*, 336-355.
- Ley Federal del Trabajo [LFT] (1970, 1 de abril). Última reforma: 27 de diciembre de 2022. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf>.
- Ley Federal del Trabajo [LFT] (2012, 9 de abril). Cámara de Diputados. Diario Oficial de la Federación, 1 de abril de 1970, México. https://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Ley_FT.pdf
- Ley Federal del Trabajo [LFT] (2022, 27 de diciembre). Cámara de Diputados. Diario Oficial de la Federación, 1 de abril de 1970, México. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf>
- Méndez, E. y Garduño R. (2012). Aprobado en lo general, dictamen que avala la reforma de Calderón. México. *Periódico La Jornada*. <http://www.jornada.unam.mx/2012/09/27/politica/003n1pol>
- López, E. y Velázquez, D. (2021). Una comparación de la reforma laboral del 2012 y del 2019. *Boletín Científico de las Ciencias Económico Administrativas del ICEA*, 10(19), 25-32. <https://doi.org/10.29057/icea.v10i19.8037>
- Loria, E. y Salas, E. (2019). México: reforma laboral (2012), una formalización empobrecedora. *Revista Chilena de Economía y Sociedad. Volumen 13*. ISSN digital: 0719-0891 e ISSN impreso: 0718-3933. <https://rches.UTEM.cl/articulos/mexico-reforma-laboral-2012-una-formalizacion-empobrecedora/>
- Martínez, P. (2021, 01 de junio). Reforma laboral corre riesgo de convertirse en letra muerta: especialistas. *El Economista*. <https://www.economista.com.mx/empresas/Reforma-laboral-corre-el-riesgo-de-quedar-en-letra-muerta-especialistas-20210601-0022.html>
- Neffa, J. (2009). Trabajo, empleo, calificaciones profesionales, relaciones de trabajo e identidades laborales. Compilado por Julio

- César Neffa; Enrique de la Garza Toledo; Leticia Muñiz Terra. 1a ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO: CAICYT, 2009. Grupos de trabajo de CLACSO. ISBN: 978-987-1543-25-0.
- Ocampo, R. (2022). Reforma laboral en México: una reconstrucción de su negociación y sus potencialidades prácticas. *Espiral (Guadalajara)*, 29(84), 9-42. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-05652022000200001&lng=es&tln-g=es.
- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *La transformación del modelo de regulación laboral mexicano y sus vínculos con la integración económica en América del Norte*. <https://www.ilo.org/legacy/spanish/intserv/working-papers/wp015/index.html>
- Quintana, L. (2016). Crisis neoliberal y reforma laboral en México. *Cuadernos del Cendes*, 33(93), 113-123. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082016000300007&lng=es&tln-g=es.
- Roette, R. (1996), *El desafío de la reforma institucional en México*, Ed. Siglo XXI, p. 55.
- Salas, J. (2012, 15 de septiembre). Reforma laboral y el fantasma de Abascal. *Noroeste Culiacán*. <https://www.noroeste.com.mx/opinion/malecon-mazatlan/reforma-laboral-y-el-fantasma-de-abascal-ETOP79215>
- Secretaría de Fomento. (2009). *Boletín de la Secretaría de Fomento, Parte 5, 1907*, Universidad de Texas.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social. (2006). *Reseña histórica de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje*. <http://www.stps.gob.mx/librosblancos/libroblancodelaJFCA/LibroBlancoObraJFCA20063resena.pdf>
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social. (2011). *Historia de la dependencia* http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/quienes_somos/quienes_somos/historia_stps.htm
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS). (2019). *Estrategia de inspección laboral permite combatir subcontratación ilegal*. Boletín número 196/2019. <https://www.gob.mx/stps/prensa/estrategia-de-inspeccion-laboral-permite-combatir-subcontratacion-ilegal-227055?idiom=es>
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social (2021). *Comunicado en 3 años, se ha construido una política laboral de equidad y justicia, que elimina los abusos del pasado*. Boletín número 083/2021 <https://www.gob.mx/stps/prensa/en-3-anos-se-ha-construido-una-politica-laboral-de-equidad-y-justicia-que-elimina-los-abusos-del-pasado?idiom=es-MX>
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS). (2023). *Los tres ejes de la reforma al sistema de justicia laboral y negociación colectiva*. https://reformalaboral.stps.gob.mx/ejes_reforma#sistema_justicia_laboral.
- Serrano, A. (2021). Ideas precursoras del Derecho Laboral mexicano. Poder Judicial del Estado de México, Escuela Judicial del Estado de México, 11, 539-544. <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/article/view/180>

Zapata, F. (2006). La negociación de las reformas a la Ley Federal del Trabajo (1989-2005).
Foro Internacional, ISSN: 0185-013X.



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

DIANA PÉREZ PADRÓN¹

DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.8>

DERECHO AL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: A PROPÓSITO DEL CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ

Social rights in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the
case of Lagos del Campo vs. Peru

RESUMEN

La sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso Lagos del Campo vs. Perú relativa al despido de un representante sindical de trabajadores con motivo de las manifestaciones publicadas en una revista, representa para el derecho internacional y el sistema interamericano de derechos humanos un suceso fundamental. Por primera vez en la historia de la Corte, la determinación que tuvo a bien sostener para interpretar de manera directa lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de su artículo 26, desarrolló el contenido de los derechos sociales más consolidado en el mundo: el derecho al trabajo. De esta forma, el derecho al trabajo cumple con todos los requisitos de interpretación que lo acreditan como un derecho exigible, el cual será analizado a continuación en los comentarios relativos a la jurisprudencia del caso descrito.

Palabras clave: estabilidad; libertad; sociales; trabajo.

ABSTRACT

The judgment handed down by the Inter-American Court in the Lagos del Campo v. Peru case concerning the dismissal of a trade union representative of workers on the occasion of demonstrations published in a magazine, represents for international law and the inter-American human rights system a fundamental event because for the first time in the history of the Court, the determination that it had to support to interpret directly the provisions of the American Convention on Human Rights, through Article 26, developed the

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, maestra en Ciencias Jurídicas y estudiante de Doctorado en Ciencias jurídicas por la misma institución. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad Castilla-La Mancha. Abogada postulante y profesora de la Licenciatura en Derecho.

DERECHO AL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: A PROPÓSITO DEL CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ

content of the most consolidated social rights in the world: the right to work. In this way, the right to work meets all the requirements of interpretation that accredit it as an enforceable right, which will be analyzed below in the comments relating to the case law described.

Keywords: work; social; stability; freedom.

INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH) en el caso Lagos del Campo vs. Perú es un parteaguas en la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante: SIDH), específicamente el derecho al trabajo. En este caso, la Corte IDH determinó por primera vez una condena por la violación específica del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: la Convención), a partir del reconocimiento de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC). Particularmente, este caso y la sentencia obtenida atendió los reclamos de un representante de trabajadores en Perú por la afectación de sus derechos a la estabilidad laboral, libertad de asociación, de expresión y a un debido procedimiento.

La Convención en su artículo 26 contiene derechos cuya tutela es directa y no solo un mandato de eficacia progresiva. En tal virtud, la Corte IDH define que existe una protección directa de los derechos laborales en sede internacional, sin necesidad de recurrir a su vinculación con otros derechos reconocidos en el texto de la Convención. Esta decisión fue confirmada poco después en otro caso contra el Estado peruano: Trabajadores cesados de Petroperú vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017). Además, este fallo permite hacer un re-

dimensionamiento de diferentes derechos laborales, como la protección de la libertad de asociación de organizaciones sindicales y culaquier otra que tenga como finalidad la representación de intereses legítimos de los trabajadores.

Por otro lado, se desarrolla el contenido de la protección especial de la libertad de expresión de representantes de trabajadores y su estabilidad laboral desde una perspectiva reforzada. Esto constituye un nuevo paradigma jurídico, no solo para la jurisprudencia interamericana, sino también para el derecho internacional de los derechos sociales. Con ello, se consagra un determinado catálogo de derechos humanos, los cuales tendrán la posibilidad de ser analizados en vía jurisdiccional e internacional por un tribunal especializado en la materia, con el fin de determinar el alcance de sus obligaciones de respeto y garantía, sus límites y vías de implementación.

A MANERA DE ANTECEDENTE

Los acontecimientos que rodean el caso tienen su origen en el año 1989, cuando el señor Alfredo Lagos del Campo, miembro de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli y presidente de la Asamblea General de su Comité Electoral, órgano de representación obrera encargado de llevar a cabo las elecciones de los miembros del Consejo, denunció ante la Dirección General de Participación del Ministerio de In-

dustria irregularidades en la convocatoria a elecciones, porque miembros del Comité Electoral representaban los intereses de la parte empleadora y convocaron a elecciones sin contar con la participación de los miembros de la representación de los trabajadores. Durante su gestión como presidente del Comité, en junio de 1989, Lagos del Campo concedió una entrevista al diario *La Razón*, la cual fue el detonante del procedimiento de despido en su contra, toda vez que como presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa denunció ante la opinión pública y autoridades competentes las maniobras liquidadoras de la patronal, quienes utilizando la vacilación de algunos trabajadores llevaron a cabo fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral y sin la participación mayoritaria de los comuneros (CIDH, 2017).

Como consecuencia de la entrevista, la empresa industrial le imputó falta en razón de incumplimiento injustificado de las obligaciones de trabajo, una grave indisciplina y falta grave de palabra en agravio del empleador. En consecuencia, Lagos del Campo presentó una carta para desvirtuar las imputaciones y alegó que no era cierto que hubiera incurrido en falta grave de palabra, ya que no se hizo de manera directa hacia el afectado, y que las imputaciones eran un acto de interferencia en las actividades internas de la comunidad industrial, por lo que las acusaciones aten-

taban contra su derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento. El 1 de julio de 1989, la empresa le comunicó al señor Lagos del Campo su despido y ante esta situación presentó una demanda ante un juzgado de trabajo de Lima. El juzgado que conoció de la demanda calificó el despido como improcedente e injustificado, sin embargo, mediante una apelación, el tribunal de trabajo revocó la sentencia de primera instancia y determinó que el despido era legal y justificado.

Después de diversos recursos y procesos de amparo contra esa determinación, los cuales fueron declarados improcedentes, Lagos del Campo fue representado ante la Comisión IDH y pidió declarar la responsabilidad internacional de Perú por la violación a diversas disposiciones de la Convención. Luego del procedimiento correspondiente, la Corte IDH accedió a la solicitud y determinó que Perú violó en contra de Lagos del Campo los derechos a la estabilidad laboral, el derecho a la libertad de asociación, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, así como el derecho a garantías judiciales.

EL PROBLEMA Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA

Sobre la violación del derecho a la libertad de expresión, la Corte IDH resolvió que el Estado peruano violó la Convención al reafirmar la sentencia de segunda ins-

tancia, que calificó como legal y justificado el despido de Lagos del Campo por las declaraciones realizadas como dirigente de trabajadores. Para resolver este punto controvertido, la Corte IDH sostuvo su jurisprudencia sobre la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión. Por un lado, este derecho protege la facultad de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, y por otro, la de recibir y conocer las informaciones e ideas divulgadas. Del mismo modo, la Corte IDH resaltó el deber de los Estados de realizar acciones positivas para proteger esta libertad, por ejemplo, el deber de revisar a través de las autoridades administrativas y judiciales si las restricciones a la libertad de expresión son acordes a la Convención.

Por tales consideraciones, la Corte IDH determinó que las manifestaciones realizadas por Lagos del Campo tenían un carácter público y por ello gozaban de una protección reforzada, porque el contexto en el que se dieron las declaraciones fue bajo su condición de representante de trabajadores y se relacionaban con una situación de interés general. En este sentido, la forma de aplicación de la sanción al trabajador no fue acorde con los parámetros de necesidad y motivación, porque el despido es la máxima sanción impuesta en las relaciones de trabajo y no se demostró que fuera indispensable para la protección de la honra de la empresa.

Ahora bien, sobre la estabilidad laboral se analizó por primera ocasión el contenido propio de los derechos al trabajo, el cual tiene un impacto en el derecho al trabajo, a la seguridad laboral. Anteriormente no había sido analizado específicamente por la Comisión IDH o los representantes de las víctimas en la etapa de litigio ante la Corte. En el caso concreto, Lagos del Campo había alegado la violación del derecho al trabajo, tanto en instancias internas como en todas las etapas previas a la admisibilidad ante la Comisión IDH, pero esta, si bien observó el alegato explícito de este derecho, no se pronunció respecto del mismo, sino que hizo caso omiso, ya que sí declaró otros derechos inadmisibles o decidió no pronunciarse por falta de elementos. Lo anterior revela, quizá, una falta de firmeza por parte de la Comisión IDH respecto de la justiciabilidad de los derechos sociales, como el derecho al trabajo.

La Corte IDH estableció que las obligaciones de los Estados sobre el derecho al trabajo incluyen mecanismos efectivos para plantear reclamos de trabajadores frente a despidos injustificados y en caso de ser confirmados, ordenar su reincorporación y otras medidas. En la sentencia, la Corte recurrió a un examen que denominó verificación de la consolidación del derecho como exigible, debido a que podrá resultar relevante para posteriores análisis de derechos. En este sentido, respecto al derecho a la seguridad laboral, la Corte IDH

refirió que este derecho no implica que un trabajador nunca pueda ser despedido, sino que los trabajadores tienen derecho a conocer las causas de su despido y gozar de la protección en caso de que este fuera arbitrario. Perú reconoce en su constitución tanto el derecho al trabajo como a la seguridad laboral, pero sus tribunales no evaluaron los reclamos de Lagos del Campo respecto de estos derechos.

Respecto al derecho de asociación, este se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones, con el fin de actuar colectivamente, agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito. Como contrapartida, es obligación del Estado no presionar o entrometerse de forma tal que altere o desnaturalice dicha finalidad. La Corte determinó que en el caso concreto, como consecuencia del despido, el señor Lagos del Campo no pudo continuar con sus labores de representación de los trabajadores, privó a los mismos de la representación de uno de sus líderes y pudo haber tenido un efecto amedrentador e intimidante en el grupo, por lo que se declaró la violación de diversas disposiciones de la Convención, ya que el despido trascendió a la vulneración del derecho individual de la libertad de asociación.

Por lo que hace al acceso a la justicia del señor Lagos, se resaltó que en los recursos interpuestos por Lagos del Campo (siendo

los más importantes los de nulidad y amparo) y la no consideración de su escrito de defensa, la sala laboral de segunda instancia vulneró el derecho al acceso a la justicia y recursos efectivos. El trabajador en todo momento buscó recurrir a varias instancias con el fin de hacer valer sus derechos alegados, sin tener éxito. La Corte estimó que, frente a la decisión de segunda instancia, no contó con recursos adecuados y efectivos que revisaran las omisiones, tanto procesales como sustantivas, teniendo como resultado una diversa afectación en cuanto al derecho al acceso a la justicia. Se podría afirmar, entonces, que la víctima se quedó en estado de indefensión, porque no hubo pronunciamiento sobre la manifestación de la violación de derechos sustantivos.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

De los planteamientos más relevantes en el caso Lagos del Campo, es que el derecho al trabajo cumplía con todos los elementos que permiten verificar su consolidación como un derecho totalmente exigible por vía supranacional. La decisión que emitió la Corte IDH con esta primera interpretación fue acertada al haberla realizado con un derecho de esta naturaleza, e inclusive marcando las pautas, de oficio, del nuevo paradigma. Dicho análisis demuestra que también se apostó por una visión humana y garantista de los derechos esenciales de una persona que sufre las consecuencias

de un acto arbitrario avalado por las autoridades estatales en cualquiera de sus esferas competenciales.

Resulta muy difícil, incluso inimaginable, que argumentativamente un caso que trata a todas luces sobre un simple, pero a la vez complejo despido injustificado y ventilado ante instancias laborales, se tenga que administrar exclusivamente de la tutela de derechos, como la libertad de expresión. El alcance de esta determinación es innovador, pues en la sentencia se desarrollaron parámetros de protección a la libertad de expresión en el ámbito de relaciones laborales. De esta manera se reconoce una protección reforzada a las declaraciones que tienen por objeto la defensa y protección de derechos de los trabajadores por considerarlas de interés público. Así también, se reconoce la protección especial a los representantes de los trabajadores en ejercicio de la defensa de tales derechos.

Así, uno de los pasos más importantes en la historia de los derechos humanos y justiciabilidad directa de los DESC, ha sido acogido por la propia Corte. De manera *ex officio*, bajo la perspectiva de dame los hechos, y te daré el derecho, estableció que la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos, y de los DESC, debe entenderse de forma integral y que no existe jerarquía en el marco de los derechos. Esto representa una invitación a abordar esta temática frente a un

nuevo paradigma de estudio interamericano sobre la defensa directa de un núcleo particular de derechos sociales.

REFERENCIAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017) Sentencia Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf

_____. (2017). Sentencia Lagos del Campo vs. Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)DIANA PÉREZ PADRÓN¹DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.9>

ISAAC DE PAZ GONZÁLEZ (2022)

*MUJERES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. SOBREVIVIENTES Y
CONSTRUCTORAS DE LA JURISPRUDENCIA PROGRESISTA*

MÉXICO: TIRANT LO BLANCH, 288 PP.

En las últimas décadas ha crecido progresivamente el compromiso de la comunidad internacional con la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres. La elaboración de instrumentos jurídicos internacionales sobre los derechos humanos que protegen a las mujeres y su derecho a vivir sin violencia, refleja un acuerdo y reconocimiento por parte de los Estados sobre el ambiente de discriminación vivido por las mujeres en sus sociedades. Es por ello que la actividad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha promovido en su estudio de múltiples asuntos vinculados con violaciones a derechos de las mujeres, un enfoque prioritario en los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional e internacional.

La mayoría de los Estados han ratificado instrumentos internacionales relevantes en la materia, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (también conocida como “Convención de Belém do Pará”) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también “CEDAW”) y su protocolo. Esto refleja que para la comunidad regional, la violencia contra las mujeres es un problema que necesita acciones estatales para lograr su prevención, investigación, sanción y reparación. Desafortunadamente, han sido muchos

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, maestra en Ciencias Jurídicas y estudiante de L. Doctorado en Ciencias Jurídicas por la misma institución. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad Castilla-La Mancha. Abogada postulante y profesora de la Licenciatura en Derecho. ORCID: 0009-0008-3278-9196.

los escenarios tortuosos recorridos por las mujeres para vencer el ambiente de injusticias que las rodeaban en sus países de origen.

Estas luchas y conquistas de las mujeres para integrar normatividad con perspectiva de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, permitieron que el día de hoy se reseñen a manera de semblanzas en obras bibliográficas. A través de ellas diversos autores nos comparan acerca de esas historias crudas y crueles que trascienden como referencia en el combate por el reconocimiento de un grupo social históricamente vulnerado: mujeres. Como parte de esas obras simbólicas es turno de abordar el libro titulado *Mujeres en el sistema interamericano. Sobrevivientes y constructoras de la jurisprudencia progresista*, autoría del doctor Isaac de Paz González.

El doctor De Paz es profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California campus Tijuana y juez titular del Tribunal Universitario del mismo campus. Con una notable trayectoria relacionada con el derecho internacional y los derechos humanos, su obra integra un análisis del papel de las mujeres en el sistema interamericano, en la que se propicia una visión humanista y estructurada de la jurisprudencia impulsada por mujeres. Asimismo, identifica los casos relacionados con los derechos socia-

les, luchas comunitarias y el derecho a la verdad.

Esta obra contextualiza el rumbo de las dinámicas en los litigios, donde los papeles protagónicos fueron desarrollados por mujeres valientes que buscaron la justicia que sus Estados no les dieron, por lo que decidieron acudir a instancias supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además de recapitular todos esos procesos, el libro es un reconocimiento del trabajo de las mujeres en su camino al acceso a la justicia, por lo que merece ser comentado como un precedente de la realidad en la que vivieron las mujeres: una realidad de vulneraciones a los derechos humanos que en países de América Latina parece ser la regla general. El conocer de estos asuntos permitió que poco a poco la Corte Interamericana desarrollara en su jurisprudencia enfoques contemporáneos sobre la protección de las mujeres y que contribuyen a la solución de problemas de la sociedad moderna.

En la actualidad existen diversos avances, tanto en lo normativo como argumentativo, para el reconocimiento y defensa de los derechos humanos de las mujeres, tales como la perspectiva de género. Sin embargo, la problemática persiste cuando se quieren materializar en contextos donde la mujer, además de su condición biológica, se ve en situación de vulnerabilidad por razones de origen étnico, contextos

de guerras, violencia política, entre otros, que resultan importantes para marcar de forma profunda su especial condición y necesidad de protección. Otro de los aspectos en el que hace hincapié el autor es el desarrollo de principios y derechos que ha interpretado la Corte Interamericana con motivo de los casos que han llegado a su conocimiento, por ejemplo, el de vida digna, reparación del daño, derecho a la verdad, salud reproductiva, entre otros.

Este estudio histórico se desarrolla en seis capítulos, que bien podrían agruparse en dos grandes apartados. Los primeros tres contienen un análisis histórico con el objetivo de demostrar el camino seguido para el establecimiento de un paradigma de derechos para derechos en favor de las mujeres. Estos apartados se denominan específicamente: Una breve referencia histórico-mundial de las mujeres en el derecho; El frente global de las mujeres en el derecho y El Sistema Interamericano: reconstruir vidas y edificar jurisprudencia. Un segundo grupo de apartados relatan el proceso de la Corte Interamericana en su labor de establecer una interpretación del alcance de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales con perspectiva de género. Entre estos capítulos se encuentran: La justiciabilidad de los derechos sociales y la dignidad de las mujeres: piedra angular de la interpretación evolutiva; Las luchas comunitarias de las mujeres y por el derecho a la verdad, y La

aportación de la sociedad civil al Sistema Interamericano.

De manera conjunta, el texto muestra la perspectiva humana que hay detrás de los casos de muchas mujeres de los distintos países que forman parte de la Convención Americana, como México, Bolivia, Honduras, El Salvador, Argentina y Uruguay. Del mismo modo, se describe el acompañamiento que recibieron por muchas organizaciones y familiares, que han llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre la parte introductoria, el autor pone de manifiesto los principales casos sometidos ante la Corte Interamericana y que, al ser resueltos por esta, se ha contribuido en la generación de importante jurisprudencia a favor de los derechos de las mujeres, teniendo como responsables Estados como Argentina, Bolivia, Guatemala, Honduras, Venezuela, Ecuador, Chile, México, entre otros.

En su primer capítulo, “Una breve referencia histórico-mundial de las mujeres en el derecho”, los comentarios que lo integran resaltan los grandes trabajos y aportaciones al Derecho que desde el siglo XVIII las mujeres han elaborado para cambiar las injusticias sociales. Entre ellas, Olympe de Gouges, Mary Wollstonecraft, Ida B. Wells y la mexicana Elvia Carrillo Puerto, por mencionar algunas. Observa con especial atención la participación de las mujeres y sus valiosas aportaciones, que favorecen una visión plural en la pro-

tección y defensa de los derechos humanos.

En el segundo capítulo denominado “El frente global de las mujeres en el derecho”, se vislumbra la participación de las mujeres en las supremas cortes, Organización de las Naciones Unidas, mediante una rigurosa investigación de la función tan importante que tienen en organismos de influencia internacional, regional o local. Es tan especial la participación de las mujeres y sus aportaciones, que favorecen una visión plural en la protección y defensa de los derechos humanos. Una mención especial, y no en el buen sentido, merece el Estado mexicano por las violaciones en contra de Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega por haber sido víctimas del Ejército mexicano y el caso Atenco como consecuencia de una violencia estructural, institucional y discriminatoria.

Desafortunadamente nuestro país ha sido declarado responsable en varias ocasiones por violaciones a derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en diversos tratados internacionales sobre la materia. En el ánimo de buscar justicia, las mujeres víctimas se encontraron con diversos retos como discriminación y abuso de las propias autoridades. Esto no ha sido en vano, pues el análisis en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido en el sentido de que los actos de violencia sexual se realizan de manera intencional y

con el objetivo de controlar, intimidar y denigrar a las mujeres.

En los capítulos tercero y cuarto: “El sistema interamericano: reconstruir vidas y edificar jurisprudencia” y “La justiciabilidad de los derechos sociales y la dignidad de las mujeres: piedra angular de la interpretación evolutiva”, sucesivamente, el autor aborda los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que son mujeres las protagonistas (como víctimas y sobrevivientes), cuya labor y esfuerzos han renovado la justicia internacional. En este sentido, la obra atinadamente propicia una visión humanista y estructurada de la jurisprudencia interamericana impulsada por mujeres; e identifica los casos relacionados con los derechos sociales, luchas comunitarias y el derecho a la verdad, que están a la vanguardia en el derecho internacional de los derechos humanos. Entre algunos de los casos más emblemáticos podemos destacar: Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Niños de la Calle vs. Guatemala, Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, González y otras vs. México, Fernández Ortega y Rosendo Cantú ambas vs. México, Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México.

Por lo que hace a derechos desarrollados de forma específica, el autor hacer referencia a casos en los que se analizan los derechos de niñas migrantes (Dilcia Yean y Violeta Bosico en República Dominicana

na), salud y educación (Melba Suárez Peralta y Talía Gonzalez Lluy en Ecuador), la -no- discriminación de mujeres privadas de su libertad (Inés Chinchilla en Guatemala) y salud reproductiva (Artavia Murillo en Costa Rica). Cabe destacar que estas violaciones a los derechos humanos han ocurrido en circunstancias donde el abuso de poder, establecimiento de dictaduras, desapariciones forzadas o fuerzas armadas han sido los medios idóneos para el desarrollo de escenarios adversos para la mujer y que, pese a ello, lograron la justicia por medio de instancias internacionales. De tal suerte que esta obra cobra actualidad por el momento histórico y ante la urgente necesidad de promover la igualdad sustantiva y combatir todo tipo de violencia estructural que padecen las mujeres.

De forma específica, en el capítulo cuarto se desarrollan algunos aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana al análisis y desarrollo argumentativo de los derechos sociales, y también se involucran los derechos de las mujeres, de tal suerte que estas interpretaciones se han convertido en una sólida piedra angular.

Hoy por hoy, es importante destacarlas como promotoras de los derechos humanos en el Sistema Interamericano y resaltar su importancia en la jurisprudencia internacional, que ha redefinido el sistema jurídico de sus países de origen.

En el capítulo quinto titulado “Las luchas comunitarias de las mujeres y por el derecho a la verdad”, el autor dedica un espacio para la reflexión sobre este derecho que no solo se ha hecho nugatorio para las mujeres; sin embargo, generalmente son ellas quienes continúan buscando a sus víctimas de desaparición forzada y no cesan en su búsqueda de justicia. En este sentido, otro de los objetivos que proyecta el libro es destacar el papel de las mujeres en el recorrido que han realizado en la construcción de los derechos humanos en un panorama internacional. A propósito del derecho a la verdad, que se identifica como uno de los principales a favor de las víctimas no solo de desapariciones forzadas, sino al esclarecimiento de los hechos que rodean una investigación de cualquier índole.

Cobra especial importancia para la mujer toda vez que es la que se encuentra en la mayor parte de los casos en la búsqueda de los hijos y esposo que le fueron arrebatados en un contexto adverso. Entre los casos que se resaltan en el contenido de la obra son el de Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Godínez Cruz vs. Honduras, Blake vs. Guatemala, Trujillo Oroza vs. Bolivia, Durand y Ugarte vs. Perú, García y familiares vs. Guatemala, Osorio Rivera y familiares vs. Perú, entre otros. Por ello, continúa siendo importante sostener que para lograr una reparación integral en todos los casos, no basta con la determinación

de la responsabilidad de los Estados, sino también el esclarecimiento de los hechos para todas las víctimas.

Finalmente, en el capítulo sexto, “La aportación de la sociedad civil al Sistema interamericano”, se describe la importancia del papel desempeñado por las asociaciones civiles que han permitido, a través de su colaboración, el acompañamiento a las víctimas y demás personas que también buscaron, buscan y siguen buscando justicia. No debemos perder de vista el litigio tan importante que han desarrollado para la protección de los derechos de las mujeres y que complementan las denuncias que llegan a la Corte Interamericana, así como las académicas y centros especializados, como el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, el Centro Miguel Agustín Pro Juárez de México, la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y víctimas de violaciones a los derechos humanos en México.

A manera de comentarios finales podemos refrendar el importante precedente que representa esta obra para la divulgación de las luchas y batallas encabezadas por mujeres latinoamericanas en el acceso a la justicia, la cual ha dado un golpe contundente al sistema judicial de los países, sobre todo en categorías autoritarias y en regímenes políticos muy violentos, reconociendo que no es una batalla sencilla, pero si hay maneras de acceder a ella. Al final, el libro se inserta en esta discusión

tan relevante y resulta un texto obligado para quienes desean conocer y “especialmente” reconocer las aportaciones de las mujeres a la lucha por los derechos humanos y el trascendente papel del Sistema Interamericano en esta noble causa. El esfuerzo es permanente para el acceso a la justicia de las mujeres, como sobrevivientes e impulsoras de cambios y las conquistas legales por medio de las luchas sociales para el avance jurídico, y gracias a su perseverancia han existido cambios en la legislación nacional, que se ve reflejada en estrategias de acción, como el control de convencionalidad, protocolo de búsqueda de mujeres, protocolos para juzgar con perspectiva de género, protocolos para el uso de la fuerza.

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)MIRIAM LIZBETH FÉLIX DIARTE¹DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.10>

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

*MANUAL DEL SISTEMA DE SEGUROS SOCIALES
ESTABLECIDO EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL*

MÉXICO: PORRÚA, 2021

La Seguridad Social, constituye un derecho humano y por lo tanto es irrenunciable, inalienable e imprescriptible, consagrado como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU)², representa de igual forma un aspecto relevante en la vida de todas las personas cuando nos encontramos de frente con alguna situación que representa un riesgo. En México la Seguridad Social se vincula con el contexto del Trabajo, y tiene por objeto el bienestar de las personas trabajadoras, es decir proteger a este sector vulnerable, asegurando los servicios y bienes necesarios para vivir dignamente, ya que su finalidad es garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo.

Con la reforma constitucional en México que data del 11 de junio de 2011 se ha creado una nueva cultura de derechos humanos, figurando la dignidad humana como centro; estableciendo y fortalecimiento un sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos de todas las personas sean mexicanas o no. Incorporando como resultado todos

1 Licenciada y Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, actualmente estudiante del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas en la referida casa de estudios. felix.miriam@uabc.edu.mx. Orcid: 0000-0002-4358-1031.

2 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de Naciones Unidas, Artículo 22 y 25. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

los derechos humanos de los tratados internacionales como derechos constitucionales. En concordancia con lo anterior, el motivo de la presente reseña es referir los aspectos sustantivos que la autora esgrime de los distintos seguros que integran el régimen obligatorio del Seguro Social a la luz de la Ley del Seguro Social vigente, particularmente el de Riesgos de Trabajo por ser de interés particular para la suscrita, aspectos que cobran relevancia en la enseñanza de los contenidos fundamentales de la materia de Seguridad Social que reciben aquellas personas que han optado por el estudio del Derecho, tanto en las universidades privadas como públicas.

Verónica Lidia Martínez Martínez es doctora y maestra en Derecho, especialista en Derecho Social y licenciada en Derecho, títulos y grados obtenidos con mención honorífica. Máster en Gobierno y Fiscalización Pública por la Universidad de Salamanca y catedrática en la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac de México, Campus Norte. Su reciente publicación: *Manual del sistema de seguros sociales* establecido en la Ley del Seguro Social expone entre varios aspectos los derechos que se contienen en los seguros que conforman el régimen obligatorio de la seguridad social, del citado ordenamiento jurídico.

Esta obra, si bien se centra en el estudio de lo antes mencionado, también refiere de manera transversal lo contenido en

instrumentos internacionales relativos a la seguridad social. La autora segmenta el contenido de su obra en siete capítulos, en donde precisa con claridad los conceptos básicos y propios de la seguridad social en nuestro sistema jurídico, para después analizar lo relativo a los derechos, prestaciones y condiciones propias de los seguros de Riesgos de Trabajo, Enfermedades y Maternidad, Retiro, Cesantía, Edad Avanzada y Vejez, Invalidez y Vida, así como lo conducente al de Guarderías y Prestaciones Sociales. No menos importante es el apartado que se incluye en atención al régimen voluntario. La lectura de todo el contenido de la presente obra permite al lector una fácil comprensión e identificación de los tópicos referenciados por la autora de una manera sencilla, concreta y clara en cada uno de sus capítulos y se constituye como una herramienta interpretativa del texto normativo que conforma a la Ley del Seguro Social vigente en el sistema jurídico mexicano, cuyo estudio es complejo, toda vez que deben formularse de manera concatenada a los diversos reglamentos que también la integran.

En el primer capítulo se hace una necesaria distinción entre los conceptos de seguridad social y seguro social, tópicos utilizados como sinónimos por la generalidad, logrando puntualizar con precisión que el seguro social es parte integrante de la seguridad social; es un instrumento de la seguridad social, como lo define Ángel

Guillermo Ruiz Moreno, a quien refiere en este apartado. La seguridad social se perfila como un conjunto de instituciones, principios, normas y disposiciones que protegen a todos los elementos de la sociedad contra cualquier contingencia que pudieran sufrir. De igual forma, refrenda la visualización de la seguridad social y el seguro social como un derecho humano, motivo de reconocimiento en múltiples instrumentos internacionales que al ser ratificados por el Senado de la República, forman parte del sistema jurídico mexicano, tal y como se consagra en el artículo 1º constitucional; a su vez, define oportunamente los conceptos básicos de asegurado, beneficiario, patrón, sujetos obligados, pensionado, derechohabiente, Instituto Mexicano del Seguro Social, Administradoras de Fondos para el Retiro, salario base de cotización y los cinco seguros que integran el régimen obligatorio del Seguro Social.

En el capítulo segundo titulado “Riesgos de Trabajo”, realiza con gran didáctica la definición del accidente de trabajo, accidente de trayecto y la enfermedad de trabajo como modalidades de los riesgos de trabajo, así como las consecuencias que estos generan, tales como incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total y la muerte, estableciendo puntualmente aquellas situaciones excluyentes de los referidos riesgos de trabajo. A su vez, es-

tablece como requisito para acceder a las prestaciones de este seguro el haber obtenido el reconocimiento del accidente o enfermedad de trabajo ya sea por los servicios de salud en el trabajo o la autoridad laboral mediante una sentencia definitiva, y el sometimiento a los exámenes médicos y tratamientos que en su oportunidad prescriba el Instituto Mexicano del Seguro Social, lo anterior para el goce y disfrute de las prestaciones en especie y en dinero que describen, destacando que las primeras se otorgan a todos los asegurados y las segundas dependerán de la consecuencia generada por el accidente o enfermedad de trabajo. Con gran claridad se señala que cuando el riesgo de trabajo produce la muerte del asegurado, será mediante el Seguro de Sobrevivencia que se cubrirá a los beneficiarios las prestaciones en dinero consistentes en: gastos de funeral, pensión de viudez, pensión de orfandad y pensión de ascendientes con sus características condiciones de acceso, como una extensión del velo protector que la seguridad social brinda a los dependientes del asegurado cuando este no tiene la condición de persona trabajadora. En este seguro la autora enfatiza la posibilidad de revocar las pensiones de incapacidad permanente total o parcial otorgadas, cuando se logra la rehabilitación y acceso a un trabajo remunerado en la misma actividad en la que se desempeñaba, proporcionándole un ingreso cuando menos equivalen-

te al 50% de la remuneración habitual que hubiere percibido de continuar trabajando. Vincula al Reglamento de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización (RACERF), integrante de la Ley del Seguro Social, como instrumento de cuantificación de las cuotas que deben pagar los patrones en este seguro.

El Seguro de Enfermedades y Maternidad y el diverso de Invalidez y Vida son el objeto de análisis de los capítulos tercero y cuarto, estableciendo la autora como bien tutelado del primero la protección de los derechohabientes, aseguradas o beneficiarias en estado de gravidez ante la presencia de enfermedades de orden no profesional; y del segundo, aquellos medios de subsistencia de los asegurados y sus familias, garantizando el acceso a la salud, asistencia médica cuando ocurre un accidente o enfermedad fuera del ámbito laboral, generando la invalidez como pérdida de la capacidad de trabajo o incluso la muerte.

Se precisa de manera particular cuáles son las prestaciones en dinero y en especie del Seguro de Enfermedades y del Seguro de Maternidad, estableciendo con claridad los requisitos necesarios para el goce y disfrute de estas. Se destaca la conservación de derechos en el Seguro de Enfermedades y Maternidad, solo bajo el supuesto que el asegurado quede privado de trabajo remunerado; habiendo cotizado ocho semanas ininterrumpidas, será dable la con-

servación durante ocho semanas posteriores a la desocupación, teniendo derecho a recibir exclusivamente asistencia médica, de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria.

Por lo que corresponde al Seguro de Invalidez y Vida, este define las prestaciones de este seguro y los requisitos necesarios para el otorgamiento de estas, estableciendo las correspondientes a especie y en dinero, así como el mecanismo para su cobertura. Cobra relevancia el supuesto referido para el caso de trasladar el pensionado su domicilio al extranjero, como aspecto que no podrá obstaculizar la recepción de su pensión, conforme a lo dispuesto en el convenio internacional o que los gastos administrativos de traslado de los fondos corran a cargo de este, según lo contenido en el artículo 117 de la Ley del Seguro Social.

El capítulo quinto corresponde al Seguro de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez, cuyo bien tutelado lo es la privación a un trabajo remunerado que permita generar el ingreso necesario para colmar las necesidades básicas de las personas. Se conceptualiza a la luz de la Ley del Seguro Social, la cesantía en edad avanzada como la privación de los trabajos remunerados a partir de los 70 años y la Vejez como la privación de trabajos remunerados a partir de los 65 años; de la lectura del capítulo en referencia se aprecia la segmentación de las prestaciones en especie y en dine-

ro que son propias. El Retiro es también parte de este seguro y ocurre desde la óptica de la autora cuando el asegurado antes de cumplir las edades de los seguros antes citados, opta por los beneficios en dinero y en especie que este seguro le ofrece, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 158 de la Ley del Seguro Social. Además, precisa concretamente las prestaciones en especie que tendrá: la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, así como las prestaciones en dinero: pensión de retiro, incrementos anuales a la pensión de retiro, asignaciones familiares o ayudas asistenciales y el retiro de excedente de los recursos acumulados en su cuenta individual en una o varias exhibiciones.

Concatenado con lo anterior, el mencionado capítulo refiere a las Administradoras de Fondos para el Retiro como protagonistas en la administración de las subcuentas del Seguro de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez, a partir del 1° de julio de 1997, fecha en la que entra en vigor la actual Ley del Seguro Social; establece los supuestos para la devolución de los recursos de las subcuentas de cesantía en edad avanzada y vejez. Se aduce oportunamente la inconveniencia de retirar semanas en este seguro por concepto de ayuda de gastos por matrimonio (30 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, hoy Unidad de Medida Actualizada) y por desempleo.

De manera complementaria, la autora refiere la reforma publicada en fecha 16 de diciembre de 2020 a la Ley del Seguro Social, con la cual se reducen las semanas de cotización para tener derecho a una pensión de cesantía en edad avanzada o vejez mediante un ajuste gradual que se inicia en 750 semanas para 2021, las que se incrementarán en 25 semanas por año hasta llegar a 1000 semanas en 2031. Se adiciona la posibilidad de pensionarse antes de cumplir las edades establecidas en la rama de cesantía en edad avanzada y vejez, cumpliéndose la condicionante que se señala y la posibilidad de cambio en la modalidad de pensión por cesantía en edad avanzada o vejez, según las opciones establecidas.

El Seguro de Guarderías y Prestaciones Sociales, es el objeto de análisis del sexto capítulo, donde la autora, de manera acertada refiere las inconsistencias en la redacción contemplada con anterioridad a la reforma realizada el 21 de octubre de 2020 a la Ley del Seguro Social, que limitaba el Seguro de Guarderías solo a la madre asegurada, el asegurado viudo o divorciado, el asegurado que judicialmente tuviera la custodia de sus hijos, y los asegurados que ejerzan la patria potestad o custodia por resolución judicial, provocando al exigir al asegurado la categoría sospechosa de viudo o divorciado, que ejerza la patria potestad una afectación. Se afirma lo anterior, toda vez que se aduce la afectación

a derechos de igualdad, y el Principio de No Discriminación del artículo 1º constitucional, el derecho de seguridad social que establecía que el servicio de guardería previsto en la Ley del Seguro Social debía estar encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores y sus familias sin hacer distinción por razón de sexo y, por otro lado, la Ley del Seguro Social presupone que en el hogar del trabajador asegurado exclusivamente la madre de sus hijos tenía el deber de dedicarse a su cuidado de tiempo completo, y los derechos de la niñez y el interés superior del menor reconocidos en el artículo 4º constitucional.

La autora también señala que los servicios que ofrece este seguro son: aseo, alimentación, cuidado de la salud, educación y recreación; asimismo, indica los requisitos para acceder a dicho seguro, las obligaciones y las consecuencias ante su incumplimiento, los supuestos de suspensión y destaca con oportunidad el supuesto de la conservación de derechos cuando los asegurados causen baja en el régimen obligatorio, extendiéndose solo cuatro semanas posteriores a la baja. Por su parte segmenta las prestaciones sociales en prestaciones sociales institucionales y prestaciones de solidaridad social, enunciando cada una de ellas.

En el séptimo capítulo, la autora se centra en establecer las condiciones para que opere la continuidad voluntaria en el régimen obligatorio, pudiendo continuar

en los seguros conjuntos de Invalidez y Vida. Así como en los de Retiro, Cesantía en edad avanzada y vejez, con el último salario o superior al que tenía en el momento de la baja; acota de manera precisa que este derecho se pierde si no se solicita por escrito dentro de un plazo de cinco años, a partir de la fecha de la baja, por lo que el asegurado debe cubrir las cuotas que correspondan al patrón y al trabajador. De la lectura de este capítulo se puede advertir quiénes pueden incorporarse de manera voluntaria al régimen obligatorio del Seguro Social, así como aquellas causas por las cuales puede materializarse la negativa a la incorporación voluntaria. Los seguros del régimen voluntario son: seguro de salud para la familia, seguros adicionales y otros seguros, puntualizando a su vez los requisitos para su acceso y las prestaciones que se brindan en ellos.

La claridad y sencillez en la conceptualización de los aspectos sustantivos de los distintos seguros integrantes del régimen obligatorio en la actual Ley del Seguro Social y la oportuna inclusión de las últimas reformas a esta, perfila la obra comentada como una verdadera herramienta en el estudio de la seguridad social, no solo para los asegurados, derechohabientes, pensionados y beneficiarios, sino también para los estudiantes de Derecho, a quienes facilita la interpretación de las normas de seguridad social, rasgos distintivos de su aporte y utilidad.



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ¹

HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ²

DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.11>

JUSTICIA MAYA, TEORÍA Y POSIBLE PRÁCTICA EN YUCATÁN, MÉXICO

Mayan justice, theory and possible practice in Yucatán, Mexico

RESUMEN

Desde 2014 existe en Yucatán la Ley de Justicia Maya, que hasta ahora ha tenido poca o ninguna aplicación. El objetivo principal de este artículo es explicar la justicia maya desde la teoría y las condiciones para ponerla en práctica en el estado de Yucatán. A partir de un método sociológico jurídico, se hace un análisis de la perspectiva teórica de diferentes autores, el marco legal y la posible aplicación en Yucatán, que permite dar cuenta de significados y dinámicas de la justicia maya. Finalmente, se concluye que existe una justicia maya acotada desde el gobierno y las prácticas políticas que no responden a las necesidades del pueblo maya.

Palabras clave: justicia; maya; práctica; teoría.

ABSTRACT

Since 2014 the Mayan Justice Law has existed in Yucatán, a law that until now has had little or no application. The main objective of this article is to explain Mayan justice from the theory and the conditions to put it into practice in the State of Yucatán, based on a legal sociological method, an analysis is made of the theoretical perspective of different authors, the legal framework, and the possible application in Yucatán, that allows to account for the meanings and dynamics of Mayan justice. Finally, it is concluded that there is a Mayan justice limited by the government and political practices that do not respond to the needs of the Mayan people.

Keywords: justice; mayan; practice; theory.

1 Doctor en Historia por el CIESAS Peninsular, miembro del Servicio Profesional Electoral Nacional del Instituto Nacional Electoral. ORCID 0000-0001-6868-5585.

2 Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad Autónoma de Yucatán, miembro del Servicio Profesional Electoral Nacional del Instituto Nacional Electoral. ORCID 0000-0001-7756-8858.

JUSTICIA MAYA, TEORÍA Y POSIBLE

PRÁCTICA EN YUCATÁN, MÉXICO

INTRODUCCIÓN

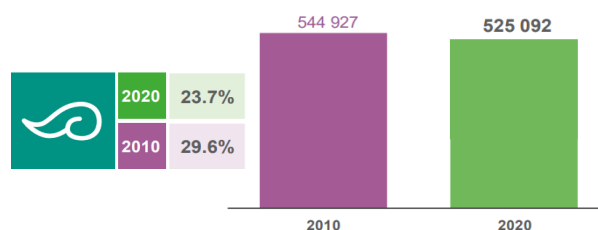
El pueblo maya se ha visto golpeado por dos grandes coyunturas que marcaron su futuro. La primera consistente en el gran choque originado por la Conquista, que significó el derramamiento de sangre, la muerte causada por epidemias, así como la imposición de una nueva concepción del mundo basada en la conquista espiritual e institucional. La segunda tiene sus bases en la conformación del Estado-Nación mexicano, que por medio de una política segregacionista, aunada a la imposición de la lengua “el castellano”, terminó difuminando aspectos de la cultura maya prehispánica (Farriss, 2012).

Los registros históricos demuestran la existencia de un sistema de justicia maya en el área de Yucatán, de los cuales se rescatan rasgos como la oralidad, el perdón del ofendido, la agilidad en los procesos y penas con carácter más restaurativas que coercitivas. Buenrostro (2015:47) considera que el derecho maya no supone “la supervivencia de prácticas tradicionales inmutables, sino la expresión de cambios de normas que se modifican y se adecuan a diversos contextos y matrices particulares que guían y le dan sentido”. No es posible, entonces, comprender las modalidades del sistema de justicia maya y su ejercicio durante los juicios sin considerar los procesos de dominación y modificación en que se insertan.

Para el año 2014, se promulgó en Yucatán una ley del Sistema de Justicia Maya de 2014, la cual tiene como objetivo reivindicar el derecho de las comunidades mayas a la libre determinación, entendiendo esto último como un derecho humano. La anterior ley entró en vigor el 29 de mayo del 2014, que modificó el Decreto por el que se expide la Ley para la Protección de los Derechos de la Co-

munidad Maya del 2011, que toma como base la defensa, promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas (Ley del Sistema de Justicia Maya, 2017; y Ley para la Protección de la Comunidad Maya de 2011).

Figura 1. Población de 3 años y más hablante de la lengua indígena, 2010 y 2020



Fuente. Elaboración con base en el Censo Población y Vivienda 2020 (INEGI, 2023).

El concepto clave de esta investigación es el de justicia maya, la cual es definida como una forma de resolver conflictos en poblaciones mayas, conforme a las costumbres y al derecho consuetudinario.³ Precisamente una de las interrogantes de esta investigación es: ¿aún podemos hablar de una justicia maya? O quizá lo que queda de la justicia maya son las visiones propias del Estado plasmadas en leyes.

Este artículo tiene como objetivo principal explicar la justicia maya desde una noción teórica-jurídica y las condiciones para llevarla a la práctica en el estado de

³ Derecho consuetudinario, entendido como los usos y costumbres jurídicos en las poblaciones actuales que son herencia del pasado prehispánico y pasado colonial.

Yucatán, desde el método sociológico jurídico se hace un análisis de la perspectiva teórica de diferentes autores, el marco jurídico y la posible aplicación conforme al derecho en Yucatán. Para ello se hicieron algunas entrevistas en Kopomá, Yucatán, ante el juez de paz, además, se solicitó información pública al municipio con el objetivo de tener ciertos datos duros al respecto. El documento se estructura de la siguiente forma: metodología, marco teórico y posible aplicación (resultados y conclusiones).

METODOLOGÍA

La realidad jurídica se presenta como un continuo dinámico y “las soluciones tomadas a partir de su base son concretizaciones casuísticas, cuyos contenidos no son de ninguna manera anticipables” (Kuppe y Potz, 1995: 30). No existe una ciencia jurídica cerrada, lo que tenemos es una ciencia social que estudia los diversos sistemas normativos en la sociedad, independientemente de si son morales, éticos, religiosos o jurídicos.

En esta dinámica metodológica se torna relevante entender cómo opera en la práctica la justicia maya, para ello se propone el método sociológico jurídico y técnicas de investigación como entrevistas u observaciones *in situ*, que permitan entender los significados, representaciones y alcances de las normas por parte de las instituciones, actores sociales y políticos que

inciden en su formulación y aplicación (Bolio, Bolio y Munguía, 2020: 6).

Abordar la noción de justicia desde una perspectiva intercultural da luz a su entendimiento, a partir de elementos que transitan hacia la realidad de esta, tales como la ley, reciprocidad, identidad, cultura, moral y globalización, entre otros. Por ello, para poder entretener el análisis de la justicia maya desde sus diferentes dimensiones, se adopta una postura crítica de lo que la norma define como tal, y ligada a las dinámicas que subyacen en las comunidades eje de este artículo.

En un artículo que narra la historia de la justicia maya, se definió a la misma:

...como una forma de dar solución a conflictos dentro de una comunidad y que ha existido a lo largo de la historia, pero como cualquier institución social se ha ido transformando con el transcurso de los años (Bolio y Bolio, 2021: 32).

Para desentrañar los significados contemporáneos de la justicia maya fue necesario emplear técnicas de investigación, tales como entrevistas semidirigidas y la contrastación de los casos judiciales con lo normado, los cuales dan cuenta de experiencias vinculadas a los usos y costumbres en torno a la justicia maya.⁴

⁴ Para efectos de este trabajo, se utiliza el concepto usos y costumbres para hacer referencia al derecho consuetudinario de las poblaciones originarias con

MARCO TEÓRICO

La definición jurídica de la presente investigación es la explicación del calificativo maya en la denominación de la ley. Es un mero calificativo en atención a disposiciones internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas.

En este tenor, una categoría de contraste en aras de avizorar cómo operan las dinámicas de justicia maya es el pluralismo cultural, que es propicio para los intercambios culturales y establece que los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes (Lizama, 2012).

Por lo tanto, la expresión más singularizada de esta identidad es la lengua, no solo porque es el elemento más llamativo al acto de la comunicación, que puede alzarse como una barrera infranqueable, sino también porque cada lengua impone a los hablantes, a través de sus estructuras lingüísticas, los límites y pautas a las que el hablante acomoda su percepción del mundo físico, político o emocional en el que se integra, de manera que expresa una forma de ver el mundo. Esto implica que a las y los hablantes esté asociada una

un pasado prehispánico, y que se imbrican con las normas de derecho indiano.

determinada identidad sociolingüística, que se diferencia de otras identidades con las que coexisten en el tiempo y en el espacio. En este sentido, la lengua es otra institución (Saussure, 1991) indisoluble de la cultura (incluyendo las prácticas o las instituciones informales, como las denominadas North) (North, 1993), sin consistir en un agente neutro que se limita a preservar y transmitir dichos usos, sino que también incide en la transformación de los mismos al actualizarlos; tales como las prácticas de autogobierno y autovigilancia o administración de justicia (artículo 2.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

La poca o casi nula importancia de la conservación de la lengua maya ha representado un factor que pone en clara desventaja a los mayas yucatecos con el resto de la sociedad. La lengua encierra lo más íntimo de la cultura. Es un conjunto de códigos, de símbolos, de representaciones que se han construido a lo largo de la historia y por ello se erige como propia y remite a lo más profundo del ser. Por esto, las creencias y prácticas culturales no se cuestionan, sino que se toman como lo ya dado, como parte del mundo en el que históricamente se han desarrollado (Lizama, 2012: 15-16).

En 2001 el artículo 2 de la Constitución mexicana fue reformado en el sentido de reconocer la composición pluriétnica de los pueblos originarios, enfatizando en

la imperante necesidad de otorgarles las mismas oportunidades que al resto de la población, entre ellas salud, educación, vivienda, alimentación y justicia, derechos ligados al concepto de desarrollo humano consistente en mejores condiciones de vida. Así, empezó una oleada de legislaciones estatales en torno a la problemática planteada por la Constitución: ¿cómo reconocer derechos a los pueblos originarios sin vulnerar los del resto de la sociedad mexicana? Ese fue el gran reto a resolver. Casi diez años después, para mayo de 2011, el Congreso del Estado de Yucatán aprobó la Ley para la Protección de los Derechos de la Comunidad Maya del Estado de Yucatán, pero acaso ¿el pueblo maya fue escuchado en su elaboración? El título quinto de la mencionada ley hace referencia a la justicia maya, dejando por hecho que al menos en la norma, la justicia maya representa una “justicia debilitada”, toda vez que el sistema orilla a recurrir a los medios tradicionales de justicia, ya sea ante el Ministerio Público, ya sea ante un juez de primera instancia o de paz. La ley del 2011 fue derogada en su título 5 de la justicia maya, para crear la denominada Ley de Justicia Maya en 2014, pero a pesar de ello, debe decirse que los cuestionamientos siguen siendo en el mismo sentido. Pues la normativa sigue poniendo las reglas del juego en cuanto a elección de jueces y competencias, cuando estos deberían regirse por los usos y costumbres ma-

yas, como señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 2, que reconoce el derecho humano a la libre determinación de los pueblos.⁵

Se define la justicia maya desde el plano ideal como una manifestación del derecho humano a la libre determinación, que sirve para la solución de conflictos de las comunidades mayas conforme a sus usos y costumbres, que por desgracia se ha visto afectado por las reformas legislativas y políticas del Estado, lo que deriva en sistemas interlegales y que transforman las prácticas ligadas al derecho consuetudinario.⁶

Durante la época del Estado nacional, en Yucatán no existió propiamente un reconocimiento al ejercicio del derecho consuetudinario indígena, pero sí a una estructura que tuvo como base el ayuntamiento y en el cual funcionarios, como el juez de paz, se encargaron de ejercitar juicios dentro de los pueblos, a partir de la imbricación, como hemos señalado, de los órdenes normativos por los cuales transitó el sistema de justicia maya, el castellano, el indiano y el nacional. La reforma del 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos generó una

revolución jurídica, pues otorgó a ciertos preceptos el carácter de derechos humanos, cuestión que implica una serie de debates; por ejemplo, para el tema que nos concierne de los derechos de los pueblos indígenas, estos quedaron plasmados en el artículo 2 constitucional, el cual vale la pena analizar.

Para el artículo 2, la conciencia de la identidad indígena es “criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas”. A su vez, señala que las comunidades integrantes de un pueblo indígena son aquellas que “formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, que deberán tomar en cuenta criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico (Mexicanos, 2017).

De manera que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza el derecho humano de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y a la autonomía, en el entendido de que dicha autonomía es de carácter procesal. Como señala Érica I. Daes (2002):

5 Es facultad de las poblaciones originarias el optar por aplicar sistemas de justicia respetando sus tradiciones, además de diseñar sus propios sistemas normativos.

6 Interlegalidad es un concepto utilizado en el trabajo para expresar la convivencia de dos sistemas normativos en comunidades indígenas, como sería el sistema de justicia oficial y el de derecho consuetudinario.

El proceso de lograr la libre determinación es continuo, tanto para los pueblos indígenas como para todos los pueblos. Las condiciones sociales y económicas evolucionan constantemente en nuestro complejo mundo, cómo evolucionan también las culturas y las aspiraciones de todos los pueblos. Para que pueblos distintos puedan vivir juntos y en paz, sin explotación ni dominación —sea dentro de un mismo Estado o entre dos Estados vecinos— tienen que renegociar constantemente los términos de sus relaciones (56).

Pedro Bracamonte (2014) ha señalado en cuanto a la nueva figura de jueces mayas estipulada en la ley, “que sus resoluciones pueden ser desconocidas por los afectados o culposos mediante el recurso de acudir, sin respeto de la resolución del juez maya, a otras instancias de justicia” (28). Estas formas de justicia, de corte conciliador quedan sujetas al acuerdo entre las partes, por lo demás, no son invención ni patrimonio de los yucatecos originarios, pues se practican en comunidades mestizas y occidentales.

La Ley del Sistema de Justicia Maya (2017) fue creada con base en los siguientes argumentos:

La defensa, promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas han sido una labor permanente

en el País y específicamente en el Estado. Temas fundamentales como tierra y territorio, acceso a la justicia, participación política, dualidad y complementariedad de géneros, medio ambiente, salud, migraciones, igualdad han sido promovidos de manera paulatina y constante para su pleno reconocimiento.

En esta ley se explica la idea del derecho indígena como un sistema propio de los usos y costumbres de las comunidades. Donde se promueva el respeto por el conocimiento y tradiciones ancestrales en la forma de dar solución a los conflictos jurídicos de las comunidades mayas del estado (Ley del Sistema de Justicia Maya, 2017).

En las disposiciones generales, se refiere que la ley es

...de orden público, interés social y observancia general en el estado de Yucatán y tiene por objeto establecer el Sistema de Justicia Maya del Estado de Yucatán, a través del cual el Estado reconoce el derecho de las comunidades mayas a aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos (Ley del Sistema de Justicia Maya, 2017, art. 1).

RESULTADOS

En torno a la justicia de paz comisionada a un juez que lleva ese nombre, y que es el que existe en la actualidad en munici-

pios de Yucatán, tenemos que decir que la jurisdicción que ejercen estos jueces tiene características breves y sencillas en litigios que por su escaso valor económico son considerados de mínima cuantía; estos jueces han tenido competencia histórica tanto en litigios civiles como controversias penales (Carpizo, 1989: 1906).

Las ventajas que otorga dicho sistema se sustentan en generar lazos de convivencia pacífica y solidaria para la comunidad, dar prioridad a la solución de conflictos a través del diálogo y conciliación, y que esta pueda ser dilucidada en la lengua de la comunidad.

Respecto al marco jurídico municipal, al que se deben apegar los jueces de paz, vemos en primer lugar como base de los procesos el Código de Familia de Yucatán y el Código de Procedimientos Familiares del mismo; posteriormente, el Código Civil y su parte adjetiva, Código de Comercio, así como la Ley de Gobiernos Municipales de Yucatán, y la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado; ello denota nuevamente lo limitado que se encuentra en sus funciones el juez de paz, debido a que se enmarca únicamente en ciertos procesos de justicia civil y familiar, pero para entender más esto veamos que señala la ley.

Asimismo, es importante indicar que el juez de paz históricamente ha hecho la función de un juez que resuelve acorde a las tradiciones y costumbres de las poblaciones mayas; no obstante, con el paso de

los años, la promulgación de nuevos derechos y leyes se ha visto limitada en cuanto sus funciones y ceñido a las lógicas de lo que es justo o no conforme a lo que las demandas de las instituciones exigen.

La Ley del Sistema de Justicia Maya de 2014 (2017) fue elaborada por el Congreso del Estado de la mano del Poder Ejecutivo y estructurada por el Poder Judicial, la cual en gran parte de su texto limita los derechos humanos, ya reconocidos y antes referidos en este trabajo; de igual forma, no es una ley que permita la libertad de aplicarse en cualquier comunidad de origen indígena del estado, porque se dice que es aplicable solo en las comunidades donde existen jueces mayas, figura que recientemente se creó, para lo cual existen actualmente solo siete jueces mayas en cinco municipios. Dicha ley, lejos de acercarse al ideal de respeto al derecho humano a la libre determinación, se ha encargado de acotar las funciones de los jueces mayas a un limitadísimo grupo de municipios y, por ende, de personas.

De igual manera, limita las funciones de los mismos jueces a actos de orden civil, familiar, no permitiendo intervención en rubros delictivos. Cabe mencionar que los jueces mayas no son los únicos que deberían ser llamados a respetar los derechos humanos de los poblados indígenas, tal como parece pretende hacerlo el gobierno mediante la Ley del Sistema Justicia Maya. Existen jueces de paz y comisarios en los

municipios que históricamente han fungido como encargados de impartir justicia en las comunidades mayas, pero que el mismo Estado, a través del Poder Judicial, ha procurado incluirlos en las lógicas de hacer justicia desde la visión oficial; pues como requisito reciente para ser juez de paz en gran parte de los municipios se solicita la Licenciatura en Derecho.

Bajo esta óptica, se pueden cuestionar las lógicas del Estado presentadas en numerosos protectores de los derechos humanos, pero que en la práctica no redundan en un beneficio a partir del cumplimiento y protección de estos, debido a que al tratar de implementarlos mediante leyes locales, como acontece con la Ley del Sistema de Justicia Maya, entran en conflicto con las prácticas tradicionales. O dicho de otra forma: acotan y restringen el derecho a la libre determinación, muy a pesar de que el mismo aparece como un discurso toral de los programas de política pública.

Ahora bien, lo anterior analizado se queda en el ámbito del deber ser y de datos cuantitativos que parten de la visión estatal, donde convergen los principios filosóficos y jurídicos positivados por el Estado. Lo que sigue es analizar el ámbito social y cultural, donde se observa al derecho desde los hechos, entender del orden al desorden para analizar las prácticas, representaciones y símbolos que se dan en el seno de la justicia maya del municipio estudiado.

Cuando se habla de justicia maya desde el plano normativo, es menester referirse a las fuentes del derecho para la solución de conflictos en los municipios, en el entendido de que los encargados de impartir justicia son los jueces de paz, y recientemente se creó la figura del juez maya, aunque en algunos casos los procesos son llevados por comisarios u otros personajes clave dentro de la comunidad.

El hecho de que un juez de paz o maya, se someta a todo un catálogo de leyes, impuestas por el Estado, no significa que haya dejado de actuar conforme con los usos y costumbres, pues como antes referimos muchos casos aún se perciben como prácticas de solución de conflictos conforme con los usos y costumbres. No obstante, quienes siguen desarrollando la tarea de jueces comunitarios en el estado son los llamados jueces de paz; para ello acudimos al municipio de Kopomá, al poniente de Yucatán, a realizar unas entrevistas.

Uno de los indicadores de la existencia de unidad comunitaria, es el compartir prácticas antiguas y propias de la justicia. En la región maya peninsular existe una diversidad de formas de procurar justicia; sin duda devienen del proceso cultural prehispánico, y acuñado durante la Colonia y los siglos XIX y XX, que se adecuaron a las instituciones nacionales. Las comunidades reconocen a sus jueces inmediatos y aceptan su jurisdicción. La persona que

ocupa el puesto de juez en comunidad es el juez de paz o el comisario, quien funge la labor de juez y debe atender las quejas y planteamientos de los pobladores, siendo imprescindible que conozca los llamados usos y costumbres del lugar. “La impartición de justicia sigue, de este modo, los lineamientos que la tradición ha dictado a lo largo del tiempo; en resumidas cuentas, lo que busca es mantener la armonía entre los vecinos” (Lizama y Bracamonte, 2014: 75).

¿QUÉ SE JUZGA?

Con base en los datos obtenidos, analizaremos los casos jurídicos más frecuentes y presentaremos un panorama general de los mismos, con el fin de estudiar a profundidad, a través del método sociológico jurídico, el sentido de los procesos, los jueces, las prácticas, las partes, el proceso judicial, las pruebas, los testigos, las representaciones y símbolos que giran en torno a la justicia maya. La justicia de paz es una figura propia del Estado nacional y los mayas la han reconfigurado, de acuerdo con sus usos y costumbres, dando pie al pluralismo jurídico del cual nos hemos referido en esta investigación.

El 10 de octubre del año 2014 se solicitó al Consejo de la Judicatura de Yucatán información sobre los diversos asuntos que habían atendido los jueces de paz de los municipios de Kopomá. En cumplimiento del artículo 102 fracción V de la Ley Orgá-

nica del Poder Judicial del Estado de Yucatán, consistente en remitir al Consejo de la Judicatura del Estado un informe trimestral sobre los casos que se ventilan en sus respectivos juzgados, el juez de paz de Kopomá informó de los asuntos atendidos y pendientes del 28 de febrero de 2013 al 30 de septiembre de 2014; estos datos nos ayudan a dar respuesta al cuestionamiento relativo a los tipos de casos que se atienden (Consejo de la Judicatura del Estado de Yucatán, 2014).

JUSTICIA EN KOPOMÁ: ¿POR QUÉ ESTE MUNICIPIO?

Una primera consideración tiene que ver con que los estudios de los mayas yucatecos han priorizado la región oriente sobre la poniente del estado, quizá por los diversos conflictos que a través de la historia se han acentuado en el oriente, por ejemplo, la Guerra de Castas en el siglo XIX.

Una segunda consideración sería en torno a la lengua, pues en este municipio que una gran cantidad de personas hablan lengua maya, como reflejan los datos del último Censo de Población y Vivienda, realizado por el Inegi en el año 2020 (Inegi, 2023).

Tabla 1. Población de tres municipios del poniente del estado de Yucatán

Municipio	Población total	Población que habla maya
Kopomá	2211	1082

Fuente: elaborado con base en el Censo Inegi 2020.

Por otro lado, esta comunidad es representativa en cuanto a que conserva tradiciones en su sistema de justicia comunitaria; esto se sabe gracias al trabajo de campo que se realizó en el municipio con el juez de paz, así como con otras personas que nos permitieron conocer sus experiencias en cuanto a la justicia comunitaria. Consideramos que dicho municipio nos permitió dar luz de aspectos diversos, por ejemplo, en Maxcanú, que es un municipio colindante, existe una oficina del Ministerio Público en la cual se denuncian delitos por la población de Kopomá, que podría reflejar lo mucho o poco que la gente prefiere ir con la autoridad estatal sobre la maya o viceversa.

Se observa que Kopomá (que significa hondonada de agua) no es un lugar muy poblado, donde la convivencia es cercana por parte de los habitantes. En el caso de Kopomá, las cifras de 2020 exponen que había en el municipio 660 hogares (0.1% del total de hogares en la entidad), de los cuales 90 estaban encabezados por jefas de familia. El tamaño promedio de los hogares en el municipio fue de 3.7 integran-

tes. El grado promedio de escolaridad de la población de 15 años o más en el municipio era en 2010 de sexto de primaria, frente al grado promedio de escolaridad de segundo de secundaria en la entidad. El municipio cuenta con dos escuelas preescolares, dos primarias y dos secundarias. No cuenta con bachillerato ni escuela de formación para el trabajo y tampoco con primaria indígena. El municipio tiene dos unidades médicas y el personal médico es de dos personas (Inegi, 2023).

La mayoría de las viviendas son de tipo block y concreto con albarradas. Según comentaron las personas existe un único fraccionamiento en Kopomá y calles más hacia dentro del municipio se observan algunas viviendas estilo casa maya, aunque debo decir que eran mínimas, se celebra la tradición de Ixpapules, donde se meten diversos animales en un cesto y son golpeados tipo piñata; en Kopomá no se ha cancelado esta fiesta muy a pesar de las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán; la diferencia con la tradición en Opichén es que se agrega el patear gallinas, generalmente por niños y jóvenes, hasta que mueran y los adultos suelen observar. En el municipio los inspectores de la Profepa aún no han solicitado la cancelación de la práctica.

En Kopomá la economía se basa en el sector servicios, pues se observan muchas tienditas, una farmacia, el molino, car-

nicería, papelerías, cantinas, materiales para construcción y ferreterías, aunque algunos informantes nos mencionaron que quedan algunas pocas personas que aún trabajan la milpa, que consideraron ya no es redituable “en estos tiempos”. El centro del municipio se encuentra con mucha actividad comercial. No se ven muchos vehículos estacionados, pues el mayor medio de transporte que se observa son triciclos, motocicletas y bicicletas. El mercado está justo enfrente de la plaza

En definitiva, existe una preponderancia por el centro de la cabecera municipal y lo mismo sucede en el caso de San Bernardo. Una informante señala que las personas que viven en Kopomá no se dedican a un oficio en particular, pues “hay gente que vende miel, gente que se dedica a la venta de leña y carbón, pero también hay varios hombres que se trasladan a Mérida para desarrollar el oficio de albañil”. Respecto al tipo de residencia, las mujeres al casarse se van a vivir a la casa del esposo y en los hogares se vive con los papás, las hermanas del esposo con sus respectivos esposos y los hermanos solteros, pues lo tradicional es que en la típica casa maya en un solo cuarto vivan todas las personas.

Algunos hogares cuentan con animales domésticos que crían para ayudarse en sus necesidades económicas, pues es común ver gallinas y pavos en los patios traseros de las casas. En otros casos el terreno es compartido y en él existen varias casas

mayas donde viven diversos miembros de la familia, es decir, la casa de los padres como las de los hermanos están pegadas una de la otra. Si bien hay acceso por la parte de enfrente, también se puede entrar a la casa por la parte trasera. Uno de los problemas para la gente que tiene una pequeña huerta es que las aves que crían destruyen lo que siembran, pues aunque hay albarradas que dividen una casa de la otra (no siempre sucede así), los animales pueden cruzar sin dificultad. Luego el trabajo con la colectividad de este municipio fue determinante para poder comprender las prácticas culturales y las representaciones sociales en torno al caso de la justicia maya en el poniente de Yucatán, entendiendo que únicamente el trabajo de campo nos permitió ver las particularidades que cada municipio tiene en cuanto a la aplicación de la justicia.

La función del juez de paz reviste formas que constituyen su especificidad, sin embargo, en los municipios yucatecos, se sustenta en la capacidad de conciliar a las partes para llegar a un acuerdo, en el cual se prioriza que ambas partes queden conformes. De hecho, se les exhorta para llegar a una conciliación y en caso de una falta, se le apercibe al infractor(a) para que no vuelva a cometerla; la fórmula de los jueces es que las partes firmen en el acta para sujetarlas a la jurisdicción de sus determinaciones.

Un elemento distintivo en las dinámicas de justicia en torno al rol del juez de paz, es que el mismo ya no resuelve de forma absoluta como hasta algunos años, ya que hoy en día informa de todo lo que ocurre al presidente municipal, pues este es quien lo designa como parte de su gabinete, lo que deriva en que el cargo está politizado, situación diferente a lo que acontecía años atrás donde él mismo era designado por la propia población conforme al prestigio, buen honor y sabiduría del sujeto.

Naturalmente que los asuntos que se resuelven ante los jueces de paz varían, dependiendo del tipo de problema demandado, pudiendo ser de índole familiar, penal, de tierras o de carácter civil. Tal situación implica que el juzgador aborde el problema conforme al conflicto, de tal manera que es preciso emplear y respaldarse en leyes que regulen las materias susodichas.

La dinámica de resolución de un conflicto comienza en el momento que alguna persona acude a las oficinas del juzgador, presentando una querrela contra la otra persona que supone le infligió un daño o violación de algún derecho, o en su caso el sujeto que acude solicitando ayuda para la resolución de algún trámite judicial. Del trabajo de campo, se logró saber que en el periodo 2013-2014 acudieron ante el juez comunitario del municipio de Kopomá, Yucatán 87 hombres y 79 mujeres con el fin de dar solución a diversas situaciones de corte familiar, civil, penal y mercantil,

las cuales se clasifican en comunitarias, vecinales, familiares (pensiones, separaciones conyugales, sucesiones, pleitos entre integrantes de la familia), mercantiles (deudas) y penales. A primera vista lo que los casos reflejan es la resolución inmediata de los mismos, a través de una sola audiencia oral llevada a cabo por el propio juez indígena, igualmente es evidente la interacción por parte del juez comunitario con las autoridades ministeriales de Maxcanú o incluso con otras autoridades, como las oficinas del DIF (Desarrollo integral de la Familia); una informante apuntó en torno a la intervención de otras autoridades: “los licenciados directos del DIF citaron a todos los discapacitados allá en el Palacio y ese día no estaba mi hermanita y llevamos a mi sobrina cuando llegó la hora le dicen a ella”.

Otro testimonio da cuenta de lo anterior: “porque cuando salió el presidente Emilio, nos estaba ayudando en el DIF.. cuatrocientos pesos mensuales y mercancía, de repente que en el DIF se nos dijo que se nos iba a dar solo el dinero o mercancía y si no que fuéramos a denunciar al Ministerio Público”. En esta tesitura, se observa que muchos de los asuntos familiares y penales consisten en citatorios requeridos por el Ministerio Público para llevarse a cabo a través del juez de paz. Los casos comunitarios consisten generalmente en pleitos entre vecinos, ya sea por chismes, insultos, golpes o presunciones de robos.

Por ejemplo, en el ámbito familiar los casos que suelen presentarse son los conflictos de parejas y pensiones alimenticias; en el ámbito civil, prescripciones y conflictos en torno a posesiones y propiedad; para el caso de conflictos de tipo penal, principalmente el vandalismo, drogadicción, robos, violencia intrafamiliar y vecinal. Una informante señaló en torno a la justicia: “es mala, muy mala, los jueces son corruptos acá, no ayudan a uno... son corruptos, no nos ayudan, solo a su gente conocida, el que la aplica es el juez del pueblo”. Incluso, señaló que tuvo que recurrir a un juez de Mérida por el desencanto en la forma en la que se intentaba resolver el conflicto ante el juez de la comunidad: “si el juez es corrupto... es el colmo, no sabe cómo lo sufrí, mi pobre hija fue la que más lo sufrió, tantas injusticias y que el que tiene la justicia no la use, se me hace injusto”. Otra persona entrevistada da cuenta de la mala labor del juez comunitario al referir: “pues en que no nos ayudó así, vas y le explicas tu problema, dice que de donde va a agarrar el señor, que no tiene, que sí le da, pero solo le va a dar 100 o 200 pesos semanales”.

Otro elemento que denota la justicia interlegal entre un sistema estatal oficial y el sistema comunitario apunta a la falta de apoyo que se brinda en la comunidad por parte de las autoridades indígenas, por ejemplo, una informante señaló que prefiere la justicia oficial: “a uno no le hacen

caso acá, al menos en Mérida todo tardó, pero se pudo resolver a mi favor”. Además, con el trabajo etnográfico se da cuenta de cómo intervienen múltiples autoridades para la solución de conflictos, lo que de nueva cuenta demuestra cómo operan los sistemas interlegales en las comunidades mayas de Yucatán. La informante señala que: “el papa de mi hija me golpeó varias veces y el juez no hacía nada, solo lo citaba, pero como él no quería acuerdos me mandaba el juez para que ponga mi denuncia en el Ministerio Público de Maxcanú, no es justo cómo tratan a uno en verdad, tampoco resolvía lo de mi pensión alimenticia el juez maya”. A su vez, los informantes dan cuenta del desencanto por el sistema de justicia indígena que, incluso, refieren las personas que priorizan este sistema es derivado de la necesidad producto del monolingüismo de la lengua maya; una informante verbigracia refiere que acudía al juez maya derivado de que su abuelita solo habla maya, no habla español, y a pesar de eso no obtuvo nunca una resolución favorable. Respecto al concepto de justicia la informante refiere que la justicia puede ser entendida como el hacer bien a la comunidad: “aplicar el bien, lo bueno para la sociedad, no ser corruptos ni beneficiar a nadie, trabajar para la gente”. Otra persona señaló: “acá es diferente porque, por ejemplo, cuando mi hermanita empezó su demanda acá fue allá y le dijeron que no

se podía, que tenía que pasar hasta ahí a Mérida”.

Por su parte, las cuestiones de tierras, contratos de traslaciones de dominio, cesiones de derechos, traspasos o donaciones son los más comunes. Paralelamente, la gente acude ante la autoridad a solicitar cartas que acrediten su calidad de vecinos del lugar o simplemente levantar un acta de declaración o querrela por la comisión de algún hecho delictivo.

Por ejemplo, una informante señaló que acudió ante el juez comunitario porque sus hijos los querían sacar de la casa, “no sé cómo el hijo tiene un documento de la casa a su favor”. No obstante, de nueva cuenta se advierte que el juez comunitario no realizó nada para solucionar el conflicto: “solo lo citó, hubo una audiencia y como no hubo ningún arreglo, no se consiguió nada, ese mi primo aún la quiere sacar, pobrecita, ella no sabe ni qué hacer, además es muy pobrecita, por eso le digo que es mala persona ese juez”. Otra informante apuntó: “el juez no nos ayudó en nada y fue cuando pasamos con el licenciado Pedro, le explicó su problema y fue cuando él comenzó a ver los trámites así y fue cuando por ahorita le están dando una mensualidad a ella, pero tardó como cuatro años”.

Finalmente, se observa otro rasgo que tiene que ver con la politización que ha venido teniendo el juez comunitario en los últimos años, ya que conforme con el

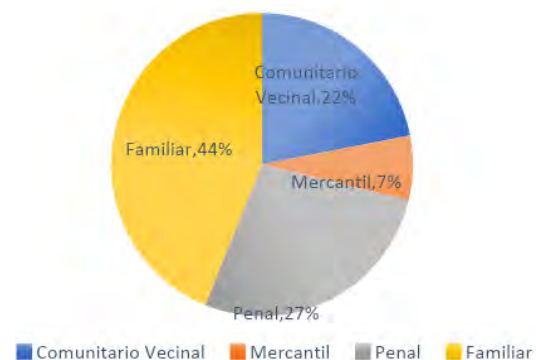
testimonio de informantes esta figura “antiguamente” era elegida por ser una persona sabia y respetada en el pueblo, y hoy en día forma parte del gabinete del presidente municipal o cuando cambian el presidente todos salen. Todos cambian.

Tabla 2. Casos en Kopomá (periodo 2013-2014)

Materia-asunto	Casos	Vía de solución
Comunitario-pleito vecinal	32	Conciliación
Mercantil-deudas en dinero	10	Conciliación
Penal: citatorios MP Maxcanú o juzgados penales	40	Remite caso a autoridad
Familiar, depósitos, pleitos de pareja, citatorios Prodemeffa o Juzgado Mixto Umán, sucesiones	64	Conciliación y/o remite caso a autoridad
Total de casos	146	

Fuente: elaboración propia con base en datos del Consejo de la Judicatura del Estado de Yucatán, 2014.

Figura 2. Porcentaje de casos en Kopomá (2013-2014)



Fuente: elaboración propia con base en datos del Consejo de la Judicatura del Estado de Yucatán (2014).

De lo narrado, se puede observar cómo se ha venido enajenando la justicia maya a la justicia del Estado, y cómo se ha venido aplicando una nueva forma de hacer justicia vinculada a una justicia politizada por los actores sociales y políticos de la comunidad. También, se da cuenta de la interlegalidad en la solución de conflictos, donde interviene la justicia social, pues el propio juez comunitario tiene la idea de que los conflictos se resuelven mejor en la capital del estado de Yucatán. Finalmente, se destaca la jurisdicción de leyes modernas, que trastocan la manera de hacer justicia en el municipio.

Igualmente, se da cuenta de cómo la justicia impartida por el juez comunitario no es bien vista por los actores sociales; además del elemento político, los propios juzgadores remiten a las quejas a otras instancias oficiales como juzgados en Mérida, o el DIF, lo cual da tintes de una justicia maya que día a día tiende a erosionarse para acoplarse a la justicia oficial, pues en el propio imaginario social no es bien vista, además de que existe un profundo desconocimiento sobre la ley de justicia maya, que como se ha mencionado, antes de garantizar el derecho humano a la libre determinación de las comunidades mayas de Yucatán, lo acota, define y limita de lo que se entiende por justicia maya por los legisladores que la promulgaron. Franca-mente se visualiza una justicia maya aliada al poder y directrices del Estado, la cual

por desgracia tiende a naturalizarse y ser vinculada a su interés como el interés de todos. En esta tesitura, el Estado demuestra que su propia justicia maya es la justicia de todos, la óptima para las sociedades mayas de Yucatán. Consideramos que el gobierno a través de sus instituciones tiende a despolitizar el tema de los derechos humanos a la libre determinación del pueblo maya, pues pareciera que no hay conflicto al institucionalizar sus leyes y mecanismos estatales.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo se plantean cuestiones que son dignas de consideración y que a través del método sociológico jurídico permitirán entender, a partir de los hechos, prácticas y representaciones sociales a mayor profundidad. Es evidente que un pluralismo jurídico entre los sistemas de justicia maya y el estatal está más que vigente en el estado de Yucatán, pues como tal quienes aplican la justicia maya son los jueces de paz, figura jurídica que deriva del ayuntamiento.

El derecho positivo relativo a los pueblos indígenas se ha encontrado en constante cambio. No podemos olvidar que el problema del reconocimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos originarios ha acarreado múltiples situaciones al Estado nacional, si bien el artículo 2 de la Constitución estipuló el respeto de los usos y costumbres de los pueblos indígenas

desde el año 2001, lo que sustentó jurídicamente la identidad de los pueblos, pero a su vez es un freno a nivel constitucional, pues el mismo artículo 2 señala la imposibilidad de ejercer los usos y costumbres en el seno de los pueblos indígenas cuando contraríen a la Constitución mexicana o a los derechos humanos, es decir, de alguna u otra manera nos encontramos ante un sistema que reconoce derechos, pero que impone apegarse a otros patrones que no rompan el orden nacional.

Considerando que el derecho a la aplicación de la justicia, según el derecho consuetudinario resulta un avance por ser hoy en día reconocido como derecho humano desde 2011, no ha sido articulado en materia jurídica en toda la amplitud requerida, como lo estipulan los diversos tratados internacionales, de los cuales México es parte y que son complementarios a la Constitución cuando se refieren a derechos humanos.

El problema jurídico radica en gran medida en una cuestión de legislaciones secundarias al propio artículo 2 constitucional, pues como hemos observado en el caso yucateco, la Ley del Sistema de Justicia Maya del 2014 es limitativa en cuanto a la competencia de los jueces mayas, toda vez que se coarta el ejercicio de este derecho humano a transacciones, infracciones administrativas y delitos de orden privado. ¿Era el fin del Estado nacional reconocer el derecho humano al ejercicio de

la justicia indígena con límites a la competencia? La respuesta es un contundente “no”, pues el derecho humano de libre determinación es un derecho amplio, que no tiene motivo de verse restringido.

Ahora bien, lo anterior analizado se queda en el ámbito del deber ser y de datos cuantitativos que parten de la visión estatal, donde convergen los principios filosóficos y jurídicos positivados por el Estado. Lo que sigue es analizar el ámbito social y cultural, donde observaremos al derecho desde los hechos; entender del orden al desorden para analizar las prácticas, representaciones y símbolos que se dan en el seno de la justicia maya de los tres municipios del poniente de Yucatán.

El imaginario que se tiene de la justicia maya fue construido desde diversos referentes que confluyeron, creados en las familias, en el pueblo, en la ciudad, pero también entre los que han sido partes en un litigio maya que se reflejan en la idea de una justicia restaurativa, buscando siempre el ideal de la equidad, dando lugar a las representaciones sociales en su papel de elementos centrales del proceso judicial maya.

Las entrevistadas coincidieron en el hecho de que la justicia en los pueblos se basaba en los usos y costumbres, que consistían en siempre buscar una conciliación entre las partes y que la parte sentenciada haga un servicio en favor de la comunidad. Otra informante fue una señora de

aproximadamente cuarenta años de edad, quien nos platicó sobre algunas ocasiones por las cuales ha recurrido con el juez de paz; una de ellas son complicaciones con su exesposo, ya que ella demostró un sentimiento negativo hacia el juez de su municipio, pues señaló que su caso fue resuelto en Mérida. Estas anécdotas sirven para recuperar precisamente la relación entre el sistema jurídico estatal y el sistema jurídico tradicional.

Los casos observados representan la relación entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario maya. Estas interacciones entre uno y otro sistema jurídico, así como la falta de eficacia percibida por algunos actores del sistema maya contra el sistema estatal, dan pie a las críticas y escepticismo de las personas, como Doña Rosy y Doña Norma.

A su vez, resulta interesante que un juez de paz puede atender todo tipo de casos, incluso delitos graves como violaciones, siempre y cuando las personas lleguen a un arreglo conciliatorio; esto representa una cuestión jurídica en el sentido de que los jueces de paz, a pesar de que tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado como la Ley de Justicia Maya los limitan en cuanto a la competencia de dichos asuntos, ellos llevaban a cabo los procesos de delitos graves, lo cual desde nuestro punto de vista se vincula con el derecho humano de libre determinación estipulado en el artículo 2 constitucional y diver-

sos tratados internacionales, firmados y ratificados por el Estado mexicano.

La interacción entre el gobierno del estado y los municipios de alguna u otra manera han modificado los usos y costumbres en cuanto a la justicia, pues muy a pesar de que se han ganado espacios en cuanto al reconocimiento del derecho humano de libre determinación de los pueblos originarios en materia de justicia, por el otro el tema de tornar efectivo dicho derecho sigue siendo el gran problema, pues las autoridades estatales, e incluso las leyes secundarias, son las que limitan el ejercicio jurisdiccional de los jueces comunitarios.

Igual queda claro que el discurso de la justicia maya se ha resignificado a partir de la interacción colectiva en la población que tiene muy presente la existencia de dos sistemas de derecho: el maya y el estatal. El derecho de esta forma es un conjunto de signos que forma parte de la cultura de las comunidades del poniente y el contenido semántico del mismo descansa precisamente en las prácticas de justicia, que consisten en acudir al juez de paz y restaurar los daños a favor de la comunidad o en ir ante las autoridades del derecho positivo. La idea de un pluralismo jurídico y de interlegalidad está por demás presente en las mentalidades de las personas; por ello la importancia de las reformas constitucionales, pero más importante será que dichas reformas y derechos humanos hoy reconocidos, se tornen efectivos.

REFERENCIAS

- Bolio, J. y Bolio H. (2021). Historia de la justicia maya en la península de Yucatán. *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, pp. 30-52. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México.
- Bolio, J., Bolio, H. y Munguía, A. (2020). Ordenamientos ecológicos territoriales, derechos humanos y vinculación jurídica. *Revista de Derecho Privado*, pp. 3-27, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Bracamonte, P. (2014). *Ante el etnocidio. Nuevas políticas públicas para los pueblos originarios*. Mérida, Yucatán: Ediciones de la Calle 70.
- Bracamonte, P., Lizama, J., & Solís, G. (2011). *Un mundo que desaparece. Estudio sobre la región peninsular*. México: CIESAS, CDI.
- Buenrostro, M. (2015). La justicia en manos de jueces indígenas mayas: balance de una década de la Ley de Justicia Indígena de Quintana Roo. En E. Krotz, *Sociedades mayas y derecho* (pp. 37-56). Mérida: Instituto de Investigaciones Antropológicas, UNAM, PROIMMSE, Universidad Modelo.
- Carpizo, J. (1989). *Diccionario Jurídico Mexicano (I-O)*. México: Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Consejo de la Judicatura del Estado de Yucatán. (2014). Respuesta a la solicitud 14514 hecha por Juan Pablo Bolio Ortiz. Mérida, Yucatán: Poder Judicial del Estado de Yucatán.
- Daes, E. (2002). El artículo 3o. del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: obstáculos y consensos. Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Ponencias de los Participantes y Síntesis. http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/es/seminarioLibreDeterIndigenas.pdf (vis. Nueva York: DD-RD).
- Farriss, N. (2012). *La sociedad maya bajo el dominio colonial*. Conaculta, INAH, Artes de México.
- INEGI. (23 de 03 de 2023). *Censo Población y Vivienda 2020*. Obtenido de <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/>
- Kuppe, R. y Potz, R. (1995). La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Antropología Jurídica*, 3, 9-45.
- Ley del Sistema de Justicia Maya. (2 de enero de 2017). *Poder Judicial del Estado de Yucatán, leyes*. <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/02/2014/DIGESTUM02317.pdf>: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/02/2014/DIGESTUM02317.pdf>
- Lizama Quijano, J. (2012). *Del pueblo a la urbe. El perfil maya de la blanca Mérida*. CIESAS.
- Lizama, J. y Bracamonte, P. (2014). Decir que somos quién somos. Compendio de resultados de encuestas a población maya de la península de Yucatán (2004-2012). México: Raíz de Sol.
- Mexicanos, C. P. (1 de Enero de 2017). *ordenjuridico*. [//www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf)

North, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Saussure, F. D. (1991). *Curso de lingüística general* (1ª ed., 1ª reimp.). Madrid: Alianza.

