

AÑO 7, NÚMERO 13, JULIO - DICIEMBRE 2023

Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

13 | 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 13. 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, otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor. ISSN: 2448-8739. Responsable de la última actualización de este número: La Dirección General de Comunicación Universitaria, 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 13 · JULIO - DICIEMBRE 2023

Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas

...

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

5

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Normas de Derecho Tributario para discapacitados y su desarmonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Uruguay

Lorena Vizcarret Tessore,
Universidad de la República
Oriental del Uruguay
ORCID: 0000-0002-8172-1058

7

El modelo social de discapacidad: implicaciones y directrices para pensar en políticas educativas incluyentes

David Armando Estrada
Gallegos, Instituto de
Investigaciones Jurídicas de
la UNAM
ORCID: 0000-0002-8610-9183

29

El recurso a razones en el derecho internacional privado

Jorge Alberto Silva Silva,
Asociación Nacional de
Profesores de Derecho
Internacional Privado
ORCID: 0000-0003-0809-5916

45

Arbitraje Comercial Internacional truncado. Cláusula arbitral defectuosa

Juan Manuel Saldaña
Pérez, Academia Mexicana
de Derecho Internacional
Privado y Comparado
ORCID: 0000-0003-0345-2072

67

PRESENTACIÓN

Es un placer presentarles el número 13 de la *Revista Especializada en Investigación Jurídica*. En esta edición me complace destacar el artículo del Dr. Jorge Alberto Silva Silva, reconocido como el internacional privatista más importante del país.

El artículo del Dr. Silva, titulado “El recurso a razones en el derecho internacional privado”, ofrece un análisis profundo y perspicaz sobre la importancia del razonamiento en este campo del derecho. Con su experiencia y conocimiento, el Dr. Silva arroja luz sobre cuestiones clave que enfrentamos en un mundo globalizado, contribuyendo significativamente al avance del entendimiento en este ámbito.

Estoy segura de que el trabajo del Dr. Silva será una lectura enriquecedora y provocadora para todos nuestros lectores, y espero que sus reflexiones inspiren nuevas discusiones y perspectivas sobre el derecho internacional privado.

Los invito a sumergirse en las páginas de este nuevo número y disfrutar de todas las contribuciones que ofrece. Que sea una fuente de conocimiento e inspiración para todos.

¡Gracias por su apoyo continuo a la revista!

Wendolyne Nava González
Editora en jefe



Normas de Derecho Tributario para discapacitados y su desarmonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Uruguay¹

Rules of Tax Law for the disabled and their disharmony with the International Law of Human Rights in Uruguay

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es comprobar la existencia de una desarmonización entre las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y parte de las normas del derecho tributario uruguayo que reglan las exoneraciones a los vehículos para discapacitados. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Constitución uruguaya y las normas emanadas de los órganos internos del Estado, cualquiera que sea su jerarquía, deben aplicarse facilitando el derecho a la movilidad. En consonancia, Uruguay adoptó dos modalidades de exoneración, según surjan de la potestad nacional o de la potestad de los gobiernos departamentales. Esta última presenta problemas de armonización desde 2018, con la entrada en vigencia e incorporación de los vehículos nacionalizados al Sistema Único de Cobro de Ingresos Vehiculares. Para cumplir con el objetivo descrito, el método se basó en la investigación cualitativa integrada por la exploración transversal, descriptiva e interpretativa que recoge la tradición uruguaya en la armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con las normas internas, comparando el estudio analítico del caso mencionado. Como conclusión, se observa una regresividad en la aplicación de las normas citadas que no llegan a darle una solución satisfactoria al problema.

Palabras clave: discapacidad, derecho tributario uruguayo, derecho internacional de los derechos humanos, exoneración tributaria.

1 Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Escribana Pública. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de la República Oriental del Uruguay (UdeLaR). Profesora de Derecho Civil. Facultad de Ciencias Económicas y de Administración. Universidad de la República Oriental del Uruguay (UdeLaR). ORCID <https://orcid.org/0000-0002-8172-1058>. Correo electrónico: lorena.vizcarret@fcea.edu.uy lorenavizcarret@gmail.com.

NORMAS DE DERECHO

TRIBUTARIO PARA DISCAPACITADOS Y SU DESARMONÍA CON EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN URUGUAY

ABSTRACT

This paper aims to prove the existence of disharmony between the rules of International Human Right Law and part of the rules of Uruguayan tax law that regulate exemptions for vehicles for the disabled. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Uruguayan Constitution, and the rules emanating from the internal organs of the State, whatever their hierarchy, must be applied to facilitate the right to mobility. Accordingly, Uruguay adopted two modalities of exemption, depending on whether they arise from national power or from the power of departmental governments. The latter has presented harmonization problems since 2018, with the entry into force and incorporation of nationalized vehicles into the Single Vehicle Revenue Collection System. To meet the described objective. To fulfill the described objective, the method was based on qualitative research integrated with cross-sectional, descriptive, and interpretive exploration that includes the Uruguayan tradition in the harmonization of International Human Right Law with internal regulations, comparing the analytical study of the case. In conclusion, the application of the above-mentioned regulations is regressive and does not provide a satisfactory solution to the problem.

Keywords: disability, Uruguayan tax law, International Human Right Law, tax exemption.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en Uruguay ha cambiado por completo el paradigma de la aplicación jerárquica de las normas jurídicas. Actualmente los legisladores —sean estos nacionales o departamentales— que pretendan modificar normas que han permanecido en el ordenamiento jurídico y no han sido tachadas de inconstitucionales, ni pretendido ser vistas por los colectivos a los

que reglan como problemáticas, deben ser extremadamente cuidadosos.

La vigilancia a la que se hace referencia debe ser tan celosa que incluso no puede caer ante el interés general. Lo antedicho se circunscribe en la reforma del sistema tributario departamental referente al impuesto patente de rodados, la cual desde 1985 establecía una exoneración total a la circulación de los vehículos para discapacitados. No obstante, en 2018 con la entrada en vigencia de Sistema Único de Cobro de Ingresos Vehiculares, esto cambió negativamente para los usuarios, que vieron sensiblemente reducido el beneficio, en aras del interés general.

En este trabajo se analiza la normativa anterior y posterior al cambio, la potestad tributaria de los gobiernos departamentales y su cercenamiento a través de la aplicación del sistema mencionado. Además, se muestra la incidencia de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la armonización de este instrumento con el derecho tributario interno.

Por otro lado, se busca en el estudio del sistema de defensa de los derechos humanos en la legislación uruguaya, conjuntamente con la aplicación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad, el indicio necesario para comprobar la existencia de una desarmonización entre las normas emanadas de los órganos internos del Estado y los preceptos del DIDH.

METODOLOGÍA

La presente investigación se aborda desde una estrategia cualitativa, con la intención de comprobar las causas, consecuencias e intenciones de los operadores del derecho y legisladores en el abordaje de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en la elaboración de normas para un caso particular. En segunda instancia, se compara la solución que se le dio al problema con la que se le debió dar, para inducir a la formación de una base sólida con miras a resolver casos futuros.

Se partió de la observación e interpretación del fenómeno social generado por la movilidad de las familias de las personas discapacitadas debido al daño que suscitó la medida descrita en la introducción. Posteriormente, se realizó una búsqueda bibliográfica exhaustiva, especializada en las incongruencias del sistema de los derechos humanos y el derecho tributario interno, pero no se encontró producción nacional que respondiera algunas de las preguntas que se formulan en este trabajo. Las que existían eran meramente enunciativas de la legislación.

Por otra parte, se utiliza una exploración transversal, descriptiva e interpretativa, inductiva y deductiva del caso en cuestión y de la prevalencia de unas normas sobre las otras. El resultado del ejercicio mencionado dio como comprobable la existencia de una desarmonización que fue soluciona-

da de manera insuficiente conforme a los estándares que el sistema exige.

REGÍMENES DE EXONERACIÓN DE VEHÍCULOS PARA DISCAPACITADOS

Régimen de potestad nacional

Existen dos regímenes de exoneración para vehículos automotores destinados a las personas con discapacidad. El primero fue consagrado en la ley número 13102 de régimen de importación de vehículos automotores para personas con discapacidad, de fecha 18 de octubre de 1962. Esta estableció un beneficio tributario para la importación de vehículos y sus piezas de repuesto. No obstante, solo se aplicaba a aquellos que padecían una discapacidad importante y definitiva o una de tipo transitoria que debía extenderse por un periodo de cinco años o más. Como se observa, se trataba de discapacitados motrices.

Posteriormente, la ley número 16736 de Presupuesto Nacional del 5 de enero de 1996, en su artículo 224, extendió el elenco de discapacidades, incluyendo a las personas ciegas. La legislación siguió evolucionando y la ley 16986 de Vehículos para Discapacitados agregó al artículo 10 de la ley 13102, un apartado por el cual se autorizó al Poder Ejecutivo a incluir vehículos de mayor cilindrada a la que originalmente se contemplaba (1500 centímetros cúbicos).

Conforme al avance de los derechos humanos en esta materia y con la ratificación por parte de Uruguay de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se otorga el beneficio a cualquier persona con discapacidad a criterio de los Ministerios de Economía y Finanzas y Salud Pública.

De todas formas, los interesados deben cumplir los criterios del Reglamento de Régimen de Importación de Vehículos para Uso de Personas Discapacitadas de 4 de agosto de 1999. Se establece su aplicación a los vehículos nuevos o usados que deben contar con dispositivos mecánicos para ser conducidos por personas con discapacidad y elementos auxiliares que les permitan ser trasladados por terceros. Además, deberán ser utilizados por la persona con discapacidad y no podrán venderse en un plazo inferior a cinco años.

Respecto a la extensión de la exoneración, este derecho alcanza a todos los tributos nacionales, derechos aduaneros y demás gravámenes a la importación, venta o circulación. El valor de los vehículos se calcula de acuerdo con el tamaño de su motor: más de 1500 centímetros cúbicos —18 000 dólares estadounidenses, valor CIF (costo, seguro y flete)—; menos de 1500 centímetros cúbicos —16.000 dólares estadounidenses, valor CIF, incluyendo el costo de los elementos de adaptación—.

En 2020, la ley de presupuesto sustituyó el artículo 10 de la ley 13102 en la re-

dación dada por el artículo 330 de la ley 18996, creando un criterio único que otorga el beneficio de la exoneración al valor que determine el Poder Ejecutivo. Si el valor del vehículo es mayor, el excedente se utilizará como base de cálculo para los impuestos correspondientes. En general, se debe apreciar que el criterio utilizado desde el inicio ha sido el valor CIF o valor de aduana.

Régimen de potestad departamental

Uruguay está dividido en 19 circunscripciones territoriales, llamadas departamentos, que poseen potestad tributaria y que son fijadoras y recaudadoras de impuestos, especialmente de la patente de rodados, tributo que habilita a los vehículos a circular en cada una de esas circunscripciones. Esto originaba que los ciudadanos propietarios de vehículos automotores corrieran hacia las intendencias cuya patente de rodados fuera menos gravosa.

Durante años, debían demostrar dónde residían, medida que la Intendencia de Montevideo, capital del país, exigía para evitar la circulación permanente de autos matriculados en otros departamentos que pagaban un valor exiguo por concepto de ese tributo. Este periodo fue conocido como la “guerra de las patentes”.

No obstante, los vehículos para discapacitados gozaron de una exoneración total respecto del tributo mencionado. Este extremo queda demostrado por el decreto

con fuerza de ley en su jurisdicción número 22515 de la Junta Departamental de Montevideo de 28 de noviembre de 1985, que exoneró a los dueños de automóviles importados al amparo de la ley 13102 del pago de la patente de rodados y gastos de empadronamiento.

La situación dio un vuelco con la promulgación de la ley número 18860, de Creación del Sistema Único de Cobro Ingresos Vehiculares (SUCIVE) el 23 de abril de 2011, que puso fin a la “guerra de las patentes”. Sin embargo, el criterio del beneficio cambió y se tiene en cuenta el valor de mercado del vehículo calculado de acuerdo con un “padronero” elaborado por una empresa privada, según constaba en el artículo 19 del Texto Ordenado del SUCIVE de 2020:

Exoneración de Patente para Vehículos p/Discapacitados Importados. Se exonerará a los vehículos importados al amparo de la ley 13102, del tributo de patente de rodados, hasta un monto de US\$ 16.000, coincidiendo con las condiciones y topes vigentes para su importación de acuerdo con el artículo 20 del decreto 51/2017. Cuando el valor del vehículo importado exceda el monto máximo habilitado a exonerar, tributará la diferencia en relación con su valor de mercado. En caso de no existir vehículos del tipo del importado en el padronero del SUCIVE, se determinará el mismo por parte de la consul-

tora del sistema en la forma habitual y en consulta con su importador o fabricante. La patente, que resulte de la diferencia entre el monto exonerado y su valor de mercado, se cobrará aplicando la normativa del régimen común del SUCIVE, rigiendo, además, las mismas fechas de vencimiento fiscal y alícuotas aplicables. A los efectos del sistema, el porcentaje resultante de la exoneración de cuando se importa el vehículo, se mantiene en los años siguientes. FUENTE: ACTA CSS 49/2018 - 15.03.2018. SESION CONGRESO DE INTENDENTES N.º 34, resolución 3 de fecha 12.4.2018. Exoneración de Patente para Vehículos p/Discapacitados Nacionalizados: Los vehículos que no hayan ingresado al país al amparo de la ley 13102 y sus decretos reglamentarios, aplicarán las mismas exoneraciones tributarias en la patente de rodados, a que refieren los incisos anteriores, que rigen para los importados por dicha ley. Los peticionantes de esta exoneración deberán presentar ante la Intendencia donde esté empadronado el automotor, todos los recaudos y certificaciones médicas que prueben la incapacidad de la persona a quien estará destinado el automotor por la razón de sus traslados. CSS 66/2019 (1.10.2019). Sesión Plenaria 52º del Congreso de Intendentes.

Por lo tanto, no solo cayó el beneficio de la exoneración total, sino que no se utili-

zó para calcular el monto de la misma el criterio del valor CIF o de aduana previsto por la ley.

POTESTAD TRIBUTARIA DE LOS GOBIERNOS DEPARTAMENTALES

Evolución histórica

La primera Constitución uruguaya de 1830 no les reconocía a las antiguas juntas económicas-administrativas (nombre que se les daba a los gobiernos departamentales en aquellas épocas) potestad tributaria originaria. Por el contrario, el art. 127 limitaba a poner al servicio de estas circunscripciones territoriales fondos y arbitrios que la ley señalara y en la forma que esta los estableciera.

La Constitución de 1918 cambió el sistema, disponiendo que la ley reconociera a las Asambleas Representativas (nombre que se les daba a los órganos legislativos departamentales en esa instancia) la facultad de crear impuestos. No obstante, les ordenada una sola limitación: no poder gravar el tránsito ni crear impuestos interdepartamentales a los artículos de producción nacional. Esta norma presentó diversos problemas debido a que no se delimitó correctamente la materia gravada nacional y departamental, lo que permitió la superposición de impuestos.

La Constitución de 1934, limitó la capacidad de los gobiernos departamentales en cuestiones financieras. La creación de

impuestos solo podía ser realizada por el Poder Ejecutivo, a solicitud del intendente (órgano del Poder Ejecutivo departamental), con el acuerdo de la Junta Departamental y el Tribunal de Cuentas.

Por otra parte, el art. 255 encomendaba a la ley la enumeración de las fuentes de recursos cuyo producto iba a ingresar en el tesoro departamental, sobre las cuales no podría recaer impuesto nacional, con lo que se evitaba la superposición de impuestos nacionales y departamentales, que había sido uno de los principales defectos del sistema anterior.

En la Constitución de 1952 se consagró un régimen autonómico, otorgando competencia legislativa en materia de impuestos, pero la limitó a los tipos taxativamente enumerados en la misma. Estas fuentes de ingresos de los gobiernos departamentales podían ser ampliadas por ley, siempre y cuando no se incurriera en una superposición impositiva. Por lo tanto, la creación de tributos les corresponde a las Juntas Departamentales, a proposición del Concejo Departamental (nombre del Poder Ejecutivo departamental de la época).

El régimen actual entró en vigencia con la Constitución de 1967, y centró la iniciativa privativa en el intendente para la creación de todos los tributos, art. 273, numeral 2. El art. 297 de la Constitución señala:

Serán fuentes de recursos de los Gobiernos Departamentales, decretados y administrados por estos:

- 1º) Los impuestos sobre la propiedad inmueble, urbana y suburbana situada dentro de los límites de su jurisdicción, con excepción, en todos los casos, de los adicionales nacionales establecidos o que se establecieren. Los impuestos sobre la propiedad inmueble rural serán fijados por el Poder Legislativo, pero su recaudación y la totalidad de su producido, excepto el de los adicionales establecidos o que se establecieren, corresponderá a los Gobiernos Departamentales respectivos. La cuantía de los impuestos adicionales nacionales, no podrá superar el monto de los impuestos con destino departamental.
- 2º) El impuesto a los baldíos y a la edificación inapropiada en las zonas urbanas y suburbanas de las ciudades, villas, pueblos y centros poblados.
- 3º) Los impuestos establecidos con destino a los Gobiernos Departamentales y los que se creen por ley en lo futuro con igual finalidad sobre fuentes no enumeradas en este artículo.
- 4º) Las contribuciones por mejoras a los inmuebles beneficiados por obras públicas departamentales.
- 5º) Las tasas, tarifas y precios por utilización, aprovechamiento o beneficios obtenidos por servicios prestados por

- el Gobierno Departamental, y las contribuciones a cargo de las empresas concesionarias de servicios exclusivamente departamentales.
- 6º) Los impuestos a los espectáculos públicos, con excepción de los establecidos por ley con destinos especiales, mientras no sean derogados, y a los vehículos de transporte.
- 7º) Los impuestos a la propaganda y avisos de todas clases. Están exceptuados la propaganda y los avisos de la prensa radial, escrita y televisada, los de carácter político, religioso, gremial, cultural o deportivo, y todos aquellos que la ley determine por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.
- 8º) Los beneficios de la explotación de los juegos de azar, que les hubiere autorizado o les autorice la ley, en la forma y condiciones que esta determine.
- 9º) Los impuestos a los juegos de carreras de caballos y demás competencias en que se efectúen apuestas mutuas, con excepción de los establecidos por ley, mientras no sean derogados.
- 10º) El producido de las multas: a) que el Gobierno Departamental haya establecido mientras no sean derogadas, o estableciere según sus facultades; b) que las leyes vigentes hayan establecido con destino a los Gobiernos Departamentales c) que se establecieran por

nuevas leyes, con destino a los Gobiernos Departamentales.

- 11º) Las rentas de los bienes de propiedad del Gobierno Departamental y el producto de las ventas de estos.
- 12) Las donaciones, herencias y legados que se le hicieren y aceptaré.
- 13º) La cuota parte del porcentaje que, sobre el monto total de recursos del Presupuesto Nacional, fijará la Ley Presupuestal.

Según lo descrito por este artículo, los gobiernos departamentales poseen autonomía tributaria, pero era de carácter excepcional, o de segundo orden, frente a la nacional, porque no se encontraba equiparada la potestad del gobierno departamental con el gobierno nacional (Valdés Costa, 1992, p. 254).

Esta derivación conducía a la posibilidad de que los gobiernos departamentales no pudieran regular ciertos aspectos generales de los tributos que solamente podían ser regulados por la ley nacional. Esta posición tiene reflejo sobre casos especiales y no tan claros, como los descritos supra, sino que su influencia puede verse en ciertas situaciones del derecho tributario material y formal, como los regímenes de prescripción y los modos de extinción de la obligación tributaria.

Sin embargo, otros tributaristas sostuvieron que la potestad del gobierno departamental es autónoma, y además originaria

porque emana de la propia Constitución. Por ello, esta no somete el ejercicio de la potestad a ningún acto legislativo nacional (Rodríguez Villalba, 1999, p. 66).

Por lo tanto, no existiendo ninguna norma constitucional que sujete la regulación departamental a una ley nacional, se debe concluir que la potestad es originaria y está igualada a la nacional para aquellas materias que la Constitución les reserva a los departamentos. La consecuencia de asumir esta tesis es que los gobiernos departamentales pueden crear sistemas de prescripción, de designación de responsables y exoneraciones distintos a los nacionales.

LA PATENTE DE RODADOS

Evolución histórica

De la lectura del artículo 297 no se desprende tan claramente que los gobiernos departamentales tienen potestad para fijar impuestos sobre los vehículos de transporte. La patente de rodados se origina en la ley orgánica de las juntas económico-administrativas de 1903, en el capítulo IV de las rentas propias de las juntas, artículo 18, inc. 2. No obstante, esta ley especifica que serán fijadas anualmente por el Cuerpo Legislativo. A partir del año 1918, las juntas pasarán a regularlas autónomamente.

En las constituciones de 1934 y 1942, las patentes de rodados permanecen como un

impuesto departamental, aunque en aquel momento comenzó a discutirse su naturaleza jurídica. Inicialmente se consideraba como una tasa, es decir, como un permiso para la circulación. Este pensamiento evoluciona con el cambio en las características de las patentes y se reconoce su calidad de impuesto porque lo que en realidad gravaban era la circulación del vehículo y no solo el servicio de la habilitación municipal para circular. Entonces, las constituciones de 1952 y de 1967 hablan de impuestos a los vehículos de transporte, admitiendo la potestad de los gobiernos departamentales para establecer tributos sobre vehículos con ruedas.

Es tan amplia la autonomía que les otorga el art. 297 que incluye la posibilidad de que algunos gobiernos departamentales establezcan presunciones de circulación como, por ejemplo, la posesión de la matrícula. Por ello, para liberarse del tributo se debe entregar la matrícula a la oficina correspondiente. Esta libertad otorgada por la Constitución a los gobiernos departamentales de establecer los montos, alícuotas, formas de prescripción, modos de extinción de la obligación tributaria, exoneraciones y sanciones, hizo que los mismos compitieran entre sí. De esta forma, aquellos que poseían un tributo de menor valor tenían mayor cantidad de contribuyentes.

Para solucionar el problema, el cuerpo legislativo, a iniciativa del Poder Ejecuti-

vo, sancionó la ley número 18456 de 26 de octubre 2008, denominada de regulación del empadronamiento de vehículos automotores. Esto llama la atención debido a que si la Constitución consagra una autonomía tributaria originaria, mal puede una ley imponer a los gobiernos departamentales una unificación de criterios para fijar los montos y demás circunstancias de derecho tributario sobre el impuesto patente de rodados.

Finalmente, se aprobó la ley 18860 del 11 de enero del 2012 de creación del Sistema Único de Cobro de Ingresos Vehiculares SUCIVE, que además unifica en un fondo nacional al tributo patente de rodados (Ruocco, 2011, p. 209). El artículo 1 de la ley 18456 se irroga la calidad de ley interpretativa del art. 297 de la Constitución y su artículo 2 sostiene que el hecho generador del impuesto se configurará en el domicilio permanente, o sea, en el que se tiene la residencia con el ánimo de permanecer.

Sin embargo, el gobierno departamental pierde su potestad a favor del legislador nacional, extremo que lesiona gravemente su autonomía, cuya acción se encuentra regulada en el art. 283 de la Constitución. Esta acción prevé que los intendentes podrán reclamar ante la Suprema Corte de Justicia por cualquier lesión que se infiera a la autonomía departamental. No obstante, no se efectuó reclamo alguno ante una ley que ostenta varias inconstitucionalidades. Las personas discapacitadas, hasta

entonces disfrutaban de las exoneraciones que fijaba cada gobierno departamental. Estas eran dictadas en consonancia con las necesidades y el derecho a la movilidad al que deben estar supeditadas las normas que se sancionan, cuyo objeto es la regulación de la accesibilidad.

En este devenir, entre la autonomía tributaria departamental, la existencia de una ley interpretativa y la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, existe un conflicto de derechos humanos (Ruocco, 2011, p. 201). La reducción en las exoneraciones de patentes de rodados a los vehículos para discapacitados abre la puerta a la regresividad.

LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Uno de los objetivos de la convención es delimitar el derecho a la movilidad, por ello su art. 20 inc. 1 será desde ahora crucial en el desarrollo de nuestra interpretación. Uruguay no fue un país de espaldas a la discapacidad, ni al derecho a la movilidad, basta ir hasta nuestra primera ley de discapacidad número 16095 del 20 de noviembre de 1989, de protección integral a las personas discapacitadas, cuyo art. 5 inc. C enumeraba entre sus derechos el de la autonomía, tanto física como económica.

Debe observarse que dicho derecho está en consonancia con la exoneración total de la patente de rodados que el gobierno departamental de Montevideo impuso en 1985, antes de la vigencia de esta ley. Demostrando así el interés por salvaguardar a las personas discapacitadas, aun sin tener vigente una ley que textualmente consagrara el derecho a la asequibilidad económica de la movilidad.

El trabajo de los organismos internacionales y el desarrollo cada vez mayor de la teoría de los derechos humanos en esta materia hicieron que se precipitara una serie de recomendaciones en 2006. Especialmente las de establecer normas de accesibilidad con carácter nacional, en lo referente a barreras arquitectónicas y ampliar la ley 16095. Podemos percibir, que a nivel departamental no existieron estas recomendaciones, lo que nos lleva a creer que se estaba cumpliendo con los estándares en la materia.

Es a través de la ley número 18418 de 20 de noviembre de 2008 que Uruguay aprueba la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ratifica el 11 de febrero de 2009. Además, sanciona la ley 18651 de 19 de febrero de 2010 sobre protección integral de personas con discapacidad, cumpliendo con la recomendación de modificar la vieja ley 16095.

Obsérvese que el mismo año que se sanciona la ley que suprime la potestad tributaria autónoma departamental respecto de

las exoneraciones y otros aspectos de la patente de rodados, se aprueba la Convención. Este extremo paradójico se sigue repitiendo aun con la promulgación de la ley de discapacidad que consagra el derecho a la autonomía y la asequibilidad de los medios de transporte, al igual que el art. 20 de la Convención.

Cabe preguntarse si existe una incidencia en el ordenamiento jurídico respecto de la ratificación de la Convención y su aplicación como norma de derecho interno. Uruguay posee un sistema especial de equiparación legislativa de los tratados internacionales, cuya ratio no está del todo resuelta por la doctrina luego de la aparición del DIDH. La Constitución uruguaya no contiene normas referentes a la jerarquía y recepción de las normas de Derecho Internacional por el derecho interno. El art. 168, inciso 20, establece que le compete al Poder Ejecutivo concluir y suscribir tratados, necesitando para su ratificación la voluntad del Poder Legislativo. Esta disposición establece dos momentos importantes: la aprobación y la ratificación del tratado.

El Poder Ejecutivo es el único órgano competente para negociar con los estados u organizaciones internacionales el contenido de estas normas y puede decidir si lleva a cabo una negociación o la suspende. No siempre el Poder Ejecutivo tuvo esa libertad, la Constitución de 1830 exigía darle noticia al Senado, extremo que fue eliminado en la Constitución de 1918. La potestad del

Poder Ejecutivo no está exenta del control del Poder Legislativo, este puede solicitar informes al Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitar la presencia en sala del ministro o constituir una comisión investigadora. Sin embargo, la otra cara de la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, salvaguarda el derecho del Ministerio a negarle la información solicitada o del ministro a no concurrir al llamado.

El proceso constitucional de negociación y firma de los tratados no requiere que el Poder Ejecutivo cumpla con el requisito del asesoramiento previo en la materia objeto del mismo. La firma de un tratado es un acto de gobierno y no posee, por tanto, control de juridicidad como los actos administrativos impugnables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, según lo establece el art. 147. Luego de producida la firma, el Poder Ejecutivo lo remite al Poder Legislativo para su aprobación. Debemos dejar sentado que el Poder Ejecutivo firmó la Convención referida el 3 de abril de 2007, en ese momento asumió la obligación de someter el instrumento a la aprobación del Poder Legislativo. Esta competencia de la Asamblea General se ejerce mediante un acto jurídico que se denomina “ley”, conforme al art. 85 inc. 7 que le asigna la atribución de aprobar por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada cámara, los tratados internacionales.

Hasta el momento el panorama es ambiguo, ya que por un lado se aprueba un tratado de derechos para las personas con discapacidad, y por el otro se cercena la potestad tributaria originaria de los gobiernos departamentales. Se les prohíbe mediante la ley de regulación de empadronamiento de vehículos automotores dictar normas con fuerza de ley en su jurisdicción para la exoneración total de la patente de rodados a automotores destinados a estas personas, dificultando la asequibilidad económica del derecho a la movilidad.

Entre tanto, la mencionada norma habilitó la redacción del Texto Ordenado del SUCIVE cuyo art. 19 fue transcrito en la subsección de régimen de potestad departamental. Debemos adentrarnos en el análisis de la significancia de la aprobación de un tratado en el seno del Poder Legislativo. Debe señalarse que nuestro régimen no es de ratificación parlamentaria, sino por el Poder Ejecutivo con aprobación previa del Poder Legislativo. No es de recibo considerar que la aprobación del tratado implique su transformación en derecho interno. Primeramente, porque aún no es una norma de derecho internacional, dado que no ha sido ratificada y no puede atribuírsele a la ley aprobatoria el contenido del tratado.

Se debe concluir entonces que, conforme al régimen constitucional, el Estado uruguayo no adquiere obligación inter-

nacional alguna mientras no sea ratificado. De manera que, entre el 3 de abril de 2007, fecha en que operó la firma, y el 11 de febrero de 2009, fecha de la ratificación, Uruguay no estaba obligado a cumplir con el art. 20 de la Convención y es en este lapso en el que se sancionó la ley regresiva. Según lo expresado supra, el tratado que ha seguido regularmente el proceso constitucional y ha sido ratificado, se considera una norma de derecho internacional y es aplicable en el derecho interno del Estado, sin necesidad de otros requisitos. Esta es la posición mayoritaria (Jiménez de Aréchaga, 1959, p. 29). No obstante, debemos precisar que algunos tratados internacionales parecen necesitar una adecuación de la legislación nacional para que puedan ser aplicados en el derecho interno. La pregunta que surge es: ¿Qué tipo de tratados son los que necesitan esa adecuación?

La jurisprudencia norteamericana desarrolló la distinción entre tratados internacionales *self-executing* y *non self-executing*. Esta distinción radica en la existencia de tratados susceptibles de aplicación inmediata o directa, sin que sea necesaria la existencia de una ley específica sobre la materia que regula ese tratado, y otros instrumentos internacionales que no son autoejecutables (Arbuet, 1996, p.357).

La distinción no siempre es sencilla y debe tenerse presente la voluntad de las partes. En el caso a estudio, la propia con-

vención, en su art. 4 inc. inciso a, se establece que los estados se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole para el disfrute de los derechos que ella promueve. No obstante, esta distinción debe manejarse con sumo cuidado.

En caso de duda, debe presumirse la ejecutabilidad del tratado, en el marco del art. 26 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, que prevé la regla *pacta sunt servanda*, es decir, la obligación de cumplir de buena fe el tratado cuando este se encuentre en vigor. Por lo tanto, aunque las partes hubieran previsto una adecuación en las normas internas, el tratado debe cumplirse en el *lapso* que transcurre desde la ratificación hasta la entrada en vigencia de las normas nacionales, resultado de la adecuación.

INCONGRUENCIA ENTRE UNA LEY ANTERIOR CONTRARIA A UNA CONVENCION INTERNACIONAL

Se debe precisar que el tratado constituye jerárquicamente en el ordenamiento jurídico uruguayo una norma similar a la ley, pero sin ser esta porque es fundamentalmente una norma internacional. La asimilación a la ley del tratado es a los efectos de salvaguardar la primacía de la Constitución sobre él. *A prima facie*, se debe concluir que si la convención es contraria a

una ley anterior, derogaría la norma legal incompatible.

Sin embargo, durante la mayor parte del siglo XX e inclusive en estos tiempos, con excepción de las normas de derechos humanos que tienen que ver con torturas y tratos inhumanos y degradantes, se ha entendido que es necesario que el tratado que derogue una ley incompatible anterior sea autoejecutable, es decir, no requiera una norma legislativa interna imprescindible para que sea posible su aplicación, aunque debe tenerse presente la presunción de ejecutabilidad (Arbuet, 1996, p. 358).

En el caso a estudio, se debe hacer una precisión. Entre el periodo en el que se sancionó la ley número 18418 de 20 de noviembre de 2008 denominada de regulación del empadronamiento de vehículos automotores, es decir, la norma anterior, incompatible con el tratado que entró en vigencia el 11 de febrero de 2009, había una ley de discapacidad que preveía el derecho a la autonomía de movimiento de los discapacitados, número 16095 de 1989.

Entonces cabe preguntarse si aunque no exista una ley posterior al tratado que garantice su ejecutabilidad, este puede hacerse ejecutable y derogar una norma incompatible anterior, si existe dentro del ordenamiento jurídico una ley que, aunque incompleta, garantice el cumplimiento de parte de las obligaciones que el tratado contiene. La respuesta parece concretarse en la presunción de ejecuta-

bilidad y en lo previsto por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que es la fuente convencional del Derecho Internacional que permite lograr ciertas características de precisión.

Además, se debe tener en cuenta que, en la reseña de recomendaciones realizada en 2006 por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en Uruguay (Bardazzano *et al.*, 2006, p.366) no estaba prevista la asequibilidad del derecho a la movilidad de los discapacitados. Quizás porque esta se encontraba garantizada, antes de la sanción de la ley de supresión de la potestad tributaria individual de los gobiernos departamentales.

SISTEMA DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN URUGUAY

Uruguay tiene una larga historia jurídica acerca del concepto de los derechos humanos como un conjunto de valores a respetar. Ha querido evolucionar en un sistema jurídico similar al de las naciones del norte de Europa, constituyendo un ombudsman o defensor del pueblo. Por ello se sancionó la ley número 18446 de 24 de diciembre de 2009, que creó el Instituto de los Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo y su modificativa la ley número 19763 de 21 de junio de 2019. La iniciativa fue, sin dudas, compatible.

No existía en Uruguay un sistema de defensa apriorística de los derechos hu-

manos, entendida como vía anterior a la judicial. La normativa prevé la posibilidad de presentar denuncias ante el organismo, las mismas pueden comunicarse por *e-mail* y su presentación carece de toda formalidad que pueda entorpecer o limitar al administrado. Puede solicitar información e investigar al organismo público denunciado y emitir recomendaciones, pero estas no constituyen actos administrativos, como consecuencia no son obligatorias. No obstante, el Instituto recibió innumerables denuncias de afectados por la supresión de las exoneraciones totales de la patente de rodados, emitiendo varias resoluciones, la más importante fue la número 848-2020. Fue destacable la respuesta que uno de los gobiernos departamentales, el de Montevideo, más precisamente, tuvo para con el pedido de información.

Especialmente en lo que se refiere a reconocer que el Texto Ordenado del SUCIVE constituyó un compromiso de gestión celebrado por la mayoría absoluta de sus integrantes, es decir, de los gobiernos departamentales, pues el SUCIVE se constituyó con la voluntad de todos los gobiernos departamentales en su conjunto. Esto denota que posee las mismas competencias en materia tributaria que cada uno de ellos, pero a su vez cada uno de estos renunció a su potestad tributaria en favor del conjunto.

De modo que, aunque el gobierno departamental tenga voluntad de establecer

una exoneración acorde con las necesidades de los discapacitados, se encuentra cercenado en su potestad por el art. 7 que establece que cualquier empadronamiento hecho por un gobierno departamental en violación a la ley 18456 será declarado nulo a petición de parte, sin perjuicio, de otras sanciones pertinentes. Por otro lado, la potestad tributaria originaria de los gobiernos departamentales es de orden constitucional, de manera que la inconstitucionalidad, es flagrante.

Aunque el organismo de derechos humanos hizo lo que la ley le pide a este respecto, no logró hacer reflexionar a los integrantes de los gobiernos departamentales bajo el compromiso de gestión que formaron de acuerdo con el art. 262 de la Constitución, denominado el Congreso de Intendentes. Además, reconocieron que quisieron equiparar las exoneraciones departamentales con las nacionales respecto del monto imponible de 16 000 dólares estadounidenses, pero que no utilizaron el criterio del valor CIF, sino el valor de mercado.

Las instituciones de derechos humanos se afianzan en un Estado siempre y cuando exista un código de valores que las acepte como tales, les dé importancia y obedezca sus recomendaciones, en la medida de lo posible. De lo contrario, su creación carece de sentido y se transforman en meras oficinas decorativas cuya finalidad es solamente a los efectos de ha-

cerle creer a la comunidad internacional que el país posee dichos institutos, pero la realidad debe ampararse en la verdad de su funcionamiento.

El segundo peldaño en la defensa de los derechos humanos en Uruguay lo constituye el Poder Judicial, que descansa en el principio de tutela jurisdiccional. Si bien es la vía de defensa por excelencia, muchos de los involucrados no desean seguirla, pues implica pérdida de tiempo y gastos. Sin embargo, los tribunales uruguayos son muy proclives a aceptar el control de convencionalidad cada vez que se enfrentan a un juicio cuyo objeto tiene relación con los derechos humanos.

Los sistemas para aceptar las normas provenientes del DIDH, en el derecho interno de un Estado, son variados. El primero de ellos sostiene la supraconstitucionalidad del DIDH, este sistema no es el adecuado en lo que respecta a la forma en que la Constitución uruguaya reglamenta la jerarquía de los tratados internacionales respecto de ella misma. La infraconstitucionalidad tampoco es una alternativa, porque el art. 72 de la Carta Magna señala expresamente que la enumeración de los derechos, deberes y garantías que ella misma hace, no excluye a otros que derivan de la personalidad humana y la forma republicana de gobierno.

Por consiguiente, el artículo mencionado franquea la entrada a la teoría del bloque de constitucionalidad como medio de

defensa de los derechos humanos; el ejemplo más claro surge de la sentencia número 365/2009, del 19 de octubre de 2019 (Formiento & Delpiazzo, 2010, p. 102), en la cual la Suprema Corte de Justicia reconoce por primera vez la existencia de un bloque de rango constitucional de normas que emanan de la conjunción de los artículos 72 y 82 de la Carta Magna. Esta sentencia sostiene que los tratados fruto del DIDH integran ese bloque de constitucionalidad. No define, de manera alguna, otras fuentes de las cuales surgen garantizados otros derechos que, si no se encuentran enumerados por la normativa interna o son ignorados por los operadores del derecho, podrían atacar la auto soberanía de la persona humana.

Respecto al contenido del bloque de constitucionalidad a lo largo de la evolución de esta teoría e inclusive en nuestro tiempo, existieron y existen bastantes dudas. En la década de los ochenta, se señalaba que no se había podido determinar con exactitud cuál era su contenido ni cuál era el elemento o rasgo que lo constituía como tal (Rubio, 1989, p. 10).

Después, en los noventa, la situación pareció aclararse en Latinoamérica a través de constituciones como la argentina, cuyo art. 75.22 enumera ciertas normas de DIDH, a las que se les atribuye rango constitucional expresamente. El mismo camino siguieron las constituciones colombiana y venezolana (Casas, 2006, p. 180).

La segunda década del siglo XXI vio la reforma de la Constitución mexicana, lo que dio como resultado una nueva redacción de los tres primeros párrafos del artículo 1º, que amplió las fuentes de los derechos humanos e incluyen la Carta y los tratados internacionales ratificados. Asimismo, persisten interrogantes acerca de la dimensión del bloque de constitucionalidad, especialmente en lo que respecta a su contenido.

Esto es relevante luego de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo que no solo se deben tener en cuenta los instrumentos internacionales, sino también la jurisprudencia de dicho tribunal, ya que es el intérprete último de dichos instrumentos. Por lo tanto, los Estados al ratificar soberanamente los instrumentos también admiten los posibles cambios interpretativos que realice la CIDH (Silva, 2018, p. 5).

En definitiva, en cuanto al caso en estudio parece haberse descubierto otra veta. Según lo expresado por los gobiernos departamentales en su respuesta al pedido de información de la Institución de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, el artículo 262 de la Constitución les permite la posibilidad de constituir acuerdos de gestión, pero ¿Qué sucede si en el seno de esos acuerdos se produce la regresión de algún derecho humano consagrado?

LA REGRESIVIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Es necesario dar cierta importancia al significado de la regresividad. Se tiene un punto de partida, donde sin que exista convención alguna sobre derechos de las personas con discapacidad se establece una exoneración total del impuesto patente de rodados. Este extremo se diferencia de la exoneración de los impuestos de fuente nacional, debido a que desde el principio estuvieron topetados con un mínimo no imponible. Por lo tanto, la regresividad no ocurre en este último caso.

La contracara de este principio es la progresividad, concepto que se encuentra vinculado a dos características: la irreversibilidad y la progresividad propiamente dicha. Luego del reconocimiento de un derecho, su aplicación resulta irreversible, surge una especie de cristalización (Uriarte, 2013, p. 53) que hace imposible su derogación o limitación.

Se debe tener presente que la disminución en la aplicación de ese derecho puede ampararse en el bienestar general, como lo expresa el art. 4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En resumen, la cuestión se hallaba en si los gobiernos departamentales podían recuperar la autonomía tributaria individual para legislar sobre las exoneraciones o no, ya que, de lo contrario, se

habría generado una situación que podría haber perjudicado el bienestar general.

Según el censo de 2011, el 15.8 % de la población uruguaya es discapacitada. No obstante, no se ha establecido un debate acerca de cuántos discapacitados motrices podrían tener la posibilidad de adquirir un vehículo automotor. Por lo tanto, el daño al bienestar general es nulo, ya que la disminución de la recaudación sería exigua.

Otra cuestión que debemos destacar es quién debe realizar el control de convencionalidad en un Estado. En el caso uruguayo, al igual que el control de constitucionalidad, el de convencionalidad debe ser efectuado por todas las autoridades, legislativas, jurisdiccionales y administrativas e inclusive los propios particulares deberán respetar el DIDH y utilizar la directriz de preferencia.

Esta regla se establece como solución a los casos de contradicción entre lo previsto por la Constitución y los sistemas de derechos humanos. Incluso, se puede extrapolarla a la contradicción entre una ley inconstitucional y lo establecido por una convención de derechos humanos, justificación que se verá más adelante.

En lo que respecta a la regulación de un derecho o a la garantía de sus estándares mínimos de protección, la directriz de preferencia elimina la jerarquización entre las normas y, por consiguiente, soluciona los conflictos entre ellas a través de la más

protectora (Risso, 2021, p. 314). Es evidente que el Congreso de Intendentes, que creó el Texto Ordenado del SUCIVE, debía haber controlado la regresividad en la disminución de la exoneración y el perjuicio que con ello ocasionaría, saltándose los estándares mínimos de protección.

¿CUÁLES SON LOS EFECTOS DE LA INCONVENCIONALIDAD DE UNA NORMA DE FUENTE NACIONAL?

El operador jurídico debe adecuar la norma de derecho interno, cualquiera que sea su jerarquía, a la Constitución y a la Convención Americana de los Derechos Humanos, y reconocer los pronunciamientos de la CIDH. Sin perjuicio, de la existencia de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, también los derechos vulnerados se encuentran protegidos por los tratados de derechos humanos que forman la base del sistema.

De acuerdo con el artículo 256 de la Carta Magna, en el ordenamiento jurídico uruguayo, una norma puede dejar de aplicarse si se declara inconstitucional mediante sentencia de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, la Constitución, debido al tiempo en que fue aprobada, no prevé ninguna directiva en relación con el control de convencionalidad. En consecuencia, cualquier tribunal podría dictarla; aunque el problema sea de competencia, existe un principio general de aplicación

del ordenamiento jurídico en su totalidad (Cassinelli, 2009, p. 220).

La posición más aceptada entiende que la competencia para la desaplicación de una norma que colide con el Pacto Internacional de Derechos Humanos (PIDH) corresponde a la Suprema Corte de Justicia, por ser esta norma también inconstitucional si se entiende que ella ingresa a la misma a través de la teoría del bloque (Esteva, 2012, p. 61) (Risso, 2021, p. 328). Esto deriva de la afirmación de que una norma que es no convencional también es inconstitucional, por la inclusión de las normas del DIDH en la Carta Magna a través del bloque constitucional.

Por otro lado, la Suprema Corte es la competente para resolver los conflictos de Derecho de Gentes, materia que engloba a los tratados internacionales. Lo que no se tiene en cuenta es que, desde el punto de vista práctico, esta solución no es la más acertada, ya que los damnificados deben iniciar una acción judicial que les implica gastos de dinero y tiempo, que no deberían realizar si el control lo practicara cada organismo del Estado.

Otra cuestión a tener en cuenta es que, una vez que la Suprema Corte de Justicia declara la inconstitucionalidad, esa norma de derecho interno dejará de aplicarse únicamente a los que pusieron en marcha el procedimiento judicial (Art. 259). De modo que la norma sigue dañando a los ciudadanos que por una u otra circuns-

tancia no pudieron acceder al proceso. Es por ello que en el caso a estudio esta vía no fue utilizada.

SOLUCIÓN DEL CASO Y CONCLUSIONES

Como se indicó en el apartado anterior, los damnificados no se presentaron ante la jurisdicción competente para resolver la cuestión planteada entre el artículo 19 del Texto Ordenado del SUCIVE y el artículo 20 de la Convención. La solución se alcanzó mediante el diálogo, cuyo fundamento jurídico fue insuficiente.

El Congreso de Intendentes modificó el mencionado artículo elevando el monto imponible del tributo para que las exoneraciones fueran casi totales. No obstante, persiste en el ordenamiento jurídico una norma que debió ser derogada y en su lugar se debería haber reconocido la exoneración absoluta del tributo de patente de rodados de la que gozaban antes, paradójicamente, de la ratificación de la convención citada.

Otro de los puntos a tener en cuenta es que los vehículos importados y empadronados, mientras subsistió el monto límite de 16.000 dólares estadounidenses, continúan sufriendo el alto costo del tributo debido a que la modificación se realizó para el futuro. El actual art. 19 dice:

Se establece que la exoneración del tributo de patente de rodados para vehículos importados o nacionalizados, ingresados al país mediante regímenes de importación especiales, o que en ocasión de su comercialización en plaza hayan sido asimilados para uso personal o al servicio de personas con discapacidades, según las definiciones dadas por la ley 13102 y su decreto reglamentario 51/2017, será del 100% del tributo para valores de mercado hasta U\$S 24.920. Cuando en un núcleo familiar haya dos personas con discapacidades, dicho monto será del doble. Se ratifica lo resuelto por el Congreso de Intendentes en su 10.^a Sesión Plenaria, incrementando el ficto de U\$S 16.000 fijado por el Mef para la tributación de importación, en 55,75 % (28,75 % de Imessi; 22 % de IVA y 5 % de Tasa Consular, sean o no vehículos procedentes del Mercosur). Cuando el valor de mercado supere el ficto de U\$S 24.920, se tributará por la diferencia de acuerdo con las alícuotas vigentes para la categoría fiscal del automotor. El comportamiento del valor del mercado será el mismo que para el resto del sistema: dinámico y sujeto a las variables de ajuste vigentes. FUENTE: RES. De 12.^a SESIÓN PLENARIA DEL CI (11.11.2021)

Se puede apreciar que para la determinación del monto imponible, sigue utilizándose el valor de mercado, criterio

menos beneficioso en comparación con la exoneración a nivel nacional.

Por lo tanto, quedó ampliamente demostrada la deficiencia de los órganos de mando internos para aplicar y armonizar las normas de DIDH con las normas que de ellos emergen. En consecuencia, existe una desarmonización de los estándares de derechos humanos y el derecho tributario que reglan las exoneraciones para estas personas especialmente protegidas por el sistema.

REFERENCIAS

- Arbuet, H. (1996). *Derecho Internacional Público*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Bardazzano, G., Camaño, D., Pan, J. (2006). *Estudio sobre armonización legislativa conforme a los tratados de derechos humanos ratificados por Uruguay u otras normas legales con fuerza vinculante*. Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay. PNUD <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23618.pdf>
- Casas Farfán, L. F. (2006). Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas. *Provincia*, (Especial).
- Cassinelli Muñoz, H. (2009). *Derecho Público: versión de las clases de curso dictadas en la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la Universidad de la República actualizada al 30 de junio de 2009*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Constitución de la Nación Argentina. UPC Legislación. Art. 75.22. 1994. <http://upcndigital.org/~legislacion/Indices/CIOT-Consti>

- tucion Nacional_igualdad.htm#:~:text=22.,-jerarquía superior a las leyes.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. IMPO. Art. 72. 1967. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967/72>
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. IMPO. Art. 82. 1967. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967/82>.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. Art. 147. IMPO. 1967. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967/147>.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. Art. 168 inc. 20. IMPO. 1967. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967/168>.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. IMPO. Art. 256. 1967 <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967/256>.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. IMPO. Art. 259. 1967 <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967/259>
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. Art 283. IMPO. 1967. <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967/283#:~:text=Los Intendentes o las Juntas, forma que establezca la ley>.
- Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tcc-convs.pdf>.
- Decreto 241/999. IMPO. 11 de agosto de 1999. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/241-1999>.
- Decreto 22515/ 1985. IMPO. 28 de noviembre de 1985. Uruguay <http://www.impo.com.uy/bases/decretos-junta-depart-montevideo/22515-1985>.
- Decreto. SUVIVE. 2020. IMNUBE <https://imnube.montevideo.gub.uy/share/s/wmXfwlD4QlarhRYQl9viNQ>.
- Decreto SUCIVE. INNUBE. Art. 19. 2023 https://montevideo.gub.uy/sites/default/files/biblioteca/sucivetextoordenado2022_0.pdf.
- Esteva Gallicchio, E. (2012). El control de convencionalidad. Situación en Uruguay. *Revista de Derecho Público*, 42.
- Formento, A., & Delpiazzo, J. M. (2010). Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad. *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, 9(18). <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/669/769>.
- Jiménez de Aréchaga, E. (1959). *Curso de Derecho Internacional Público*. Centro de Estudiantes de Derecho de Montevideo.
- Ley N° 13102. IMPO. 18 de octubre de 1962. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/13102-1962>.
- Ley N° 16095. IMPO. 20 de noviembre de 1989. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/16095-1989/1#:~:text=Establécese por la presente ley, otorgarles los beneficios%2C las prestaciones>.
- Ley N° 16736. IMPO. 5 de enero de 1996. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/>

- leyes/16736-1996/224#:~:text=Quedan comprendidos en la Ley, que padezcan de ceguera definitiva.
- Ley N° 16986. IMPO. 31 de julio de 1998. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/16986-1998/1>.
- Ley N° 18418. IMPO. 20 de noviembre de 2008. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18418-2008>.
- Ley N° 18446. IMPO. 24 de diciembre de 2009. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18446-2008>
- Ley N° 18456. IMPO. 26 de octubre de 2008. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18456-2008#:~:text=Declárase que los Gobiernos Departamentales, domicilios en sus respectivas jurisdicciones>.
- Ley N° 18651. IMPO. 19 de febrero de 2010. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18651-2010>.
- Ley N° 18860. IMPO. 11 de enero de 2012. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18860-2011#:~:text=creacion del sistema unico de, sistemas de alumbrado publico departamentales>.
- Ley N° 19763. IMPO. 21 de junio de 2019. Uruguay <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19763-2019/3>.
- Risso Ferrand, M. (2021). *Constitución y Estado de Derecho*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Villalba, G. (1999). *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Rubio Llorente, F. (1989). El Bloque de Constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27file:///C:/Users/khall/Downloads/Dialnet-ElBloqueDeConstitucionalidad-79403.pdf.
- Ruocco, G. (2011). Ley de Patente de Rodados: ¿avance o retroceso? *Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay*, de, 6. <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/804/798>.
- Silva Abbot, M. (2018). La notable incerteza que produce la incorporación de tratados de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad. *Pudentia Iuris*, 86. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2636/1/1484-5194-1-PB.pdf>
- Uriarte, D. (2013). *Curso de Derechos Humanos y sus Garantías*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Valdés Costa, R. (1992). *Instituciones de Derecho Tributario*. Depalma.



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

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2023.2.2>

FECHA DE RECEPCIÓN: 14 de septiembre 2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 27 de noviembre 2023

El modelo social de discapacidad: implicaciones y directrices para pensar en políticas educativas incluyentes

The social model of disability: implications and guidelines for inclusive educational policies

RESUMEN

El rediseño de las instituciones y de las normas jurídicas buscan construir esquemas que ayuden a crear sociedades igualitarias, es decir, donde la idea de justicia social se materialice para que todas las personas —incluidas aquellas con alguna discapacidad— encuentren los espacios adecuados para desarrollar su potencial como seres humanos y puedan tener las mismas oportunidades de crecimiento. Dar ese paso hacia estos esquemas implica adoptar y cumplir con los nuevos paradigmas que permitan transitar hacia esa meta. Así, una de estas áreas que debe adecuarse a estos nuevos enfoques es el educativo, pues es ahí en donde las personas adquieren las habilidades, saberes y competencias para integrarse al mundo laboral y para vivir con independencia y autonomía. En este sentido, el modelo social de discapacidad representa ese nuevo paradigma que implica adoptar los esquemas de una educación inclusiva. A partir de lo anterior, en este trabajo de investigación se propone como objetivo principal generar directrices que permitan diseñar una política educativa inclusiva y respetuosa de los derechos de las personas con discapacidad. Para ello, se usa el método comparado y deductivo para establecer aquellos esquemas que sirvan como directrices en el diseño de políticas educativas incluyentes. Se concluye que una política educativa inclusiva conlleva todo un trabajo sistemático en la forma de enseñar, de elaborar planes, textos y materiales de estudios, así como la capacitación para profesores y autoridades educativas para que puedan propiciar los espacios y adoptar e internalizar las actitudes que se necesitan en la educación inclusiva.

¹ Miembro del Sistema Estatal de Investigadores de Tabasco. Reconocimientos y premios institucionales: primer lugar en el Concurso de Ensayo sobre Gobierno Abierto, IVAI 2021; primer lugar en el Concurso de Ensayo Científico de la UJAT; segundo lugar en el Concurso de Ensayo sobre Gobierno Abierto 2022; tercer lugar en el Concurso de Ensayo Anticorrupción 2022. Correo electrónico: DavidStradaG@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8610-9183.

EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD:

IMPLICACIONES Y DIRECTRICES PARA PENSAR EN POLÍTICAS EDUCATIVAS INCLUYENTES

Palabras clave: educación inclusiva, derechos humanos, personas con discapacidad, modelo social de discapacidad.

ABSTRACT

The redesign of institutions and legal norms aims to build frameworks that help create egalitarian societies—societies where the idea of social justice materializes, allowing all individuals, including those with disabilities, to find suitable spaces to develop their potential as human beings and have equal opportunities for growth. Taking this step towards these frameworks involves adopting and adhering to new paradigms that facilitate the transition towards this goal. In this context, one area that must align with these new approaches is education, where people acquire the skills, knowledge, and competencies to integrate into the workforce and live independently. The social model of disability represents this new paradigm, implying the adoption of inclusive education schemes to overcome the education system that previously excluded individuals with disabilities from mainstream education. This research aims to generate guidelines for designing an inclusive and respectful educational policy for people with disabilities, using a comparative and deductive method to establish frameworks for inclusive educational policies. This approach leads to the conclusion that inclusive educational policy requires a systematic effort in teaching methods, developing plans, texts, and study materials, as well as training for teachers and educational authorities to create spaces and internalize the attitudes needed for inclusive education.

Keywords: inclusive education, human rights, disabled people, social model of disability

INTRODUCCIÓN

El modelo político social que sirve de base al Estado mexicano y a la totalidad de las leyes que han surgido a partir de la promulgación de la Constitución de 1917, se inspira en los valores y principios de la justicia social como elemento fundante del constitucionalismo contemporáneo.

neo, el cual busca superar las ideas de un Estado liberal mínimo marcado por tener como primacía la protección de las libertades fundamentales y la seguridad jurídica en las relaciones en sociedad. Sin embargo, aun cuando este modelo de Estado representa una superación a ese estadio de la sociedad en donde las desigualdades sociales y económicas se acentuaron en virtud de la desatención realizada a los grupos más desfavorecidos, este tampoco ha logrado cambiar la realidad de muchas personas que viven en situaciones precarias. La razón de ello no es un problema propio del diseño constitucional formulado por México y adoptado con sus variantes por las entidades federativas, sino del mal entendimiento que se ha tenido sobre la diversidad de personas y de ser persona, así como de los valores indisponibles para lograr sociedades justas, igualitarias e inclusivas.

Así, lo que se quiere sostener con esto es que los principios de igualdad y no discriminación, que son propios del Estado social, solo han servido, con todo y sus defectos, a una parte de la sociedad y se ha dejado en la exclusión a otros grupos de personas que también forman parte de ella. Por ejemplo, a las mujeres, grupos migrantes y a personas con discapacidades, pues, en el caso de estas últimas, las instituciones públicas y privadas y las figuras legales fueron diseñadas bajo un modelo médico de discapacidad que no las concibe

como personas con las mismas aspiraciones de superarse y desarrollar sus planes de vida, dejándolas en la exclusión social.

Desde el aspecto macrosocial, importante para esta investigación, ya que refiere a las desigualdades sociales que sufren las personas con discapacidad en virtud de la discriminación estructural que han padecido, se pueden observar los efectos que la exclusión tiene en ellas. Así se muestra en el ámbito educativo, ya que en este grupo social el 20.7% de los hombres y 21% de las mujeres no saben leer ni escribir. Esta brecha se agudiza con el tipo de discapacidad que padezcan, ya que el 4% de la población con discapacidad motriz no sabe leer ni escribir, mientras que el número aumenta al 44.3% cuando presentan dos o más discapacidades (principalmente discapacidad intelectual y alguna otra) y alcanza 50.9% entre las personas con discapacidad intelectual (Conapred; Inegi; CNDH, 2017, p. 31).

Ahora bien, en virtud de que la formación educativa es indispensable para el crecimiento social de las personas, se puede determinar que la exclusión en el ejercicio de este derecho impacta en el acceso al mercado laboral. En este sentido, las personas con discapacidad de 15 a 59 años sin instrucción formal se encuentran excluidas en mayor grado del mercado de trabajo, pues solo el 10.6% está inserta; mientras que el 56.4% que sí cuenta con estudios superiores sí están en el mundo

laboral, cifra aún baja en comparación con personas sin ninguna discapacidad, cuyo número asciende a 75.6% (Conapred; Inegi; CNDH, 2017).

Este escenario social, en donde las faltas de oportunidades y las desigualdades son una constante, son las que representan una violación a la dignidad humana, pues niega la posibilidad de que todas las personas desarrollen sus capacidades y un modo de vida acorde con sus ideales e intereses (Therborn, 2015, p. 9).

En este punto cabe preguntarse, ¿cómo construir sociedades justas en donde los derechos fundamentales de las personas con discapacidad sean reconocidos en igualdad de circunstancias para que tengan las mismas oportunidades de crecimiento y puedan participar en la sociedad? Tomando como punto de partida lo señalado sobre la gran brecha educacional que existe, surgen las preguntas ¿qué acciones, omisiones y retos se registran en las políticas educativas de Tabasco en relación con las personas que presentan una o varias discapacidades? ¿La política educativa en la entidad es congruente con el marco constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos? ¿Permite que los derechos y necesidades de las personas con discapacidad puedan ser respetados? ¿El sistema de educación en Tabasco es inclusivo y diseñado con base en el modelo social de discapacidad? De no ser así ¿Cómo generar líneas de acción

que permitan la inclusión de las personas con discapacidad en el sistema educativo con el fin de permitirles tener y llevar una vida independiente y autónoma?

En este tenor, el objetivo principal de este trabajo es generar directrices que permitan diseñar una política educativa inclusiva y respetuosa de los derechos de las personas con discapacidad. Para ello, se utilizaron los siguientes métodos: método deductivo, ir de los aspectos generales a lo individual en cuanto al estudio del marco jurídico de la materia; el método comparado, para un acercamiento a las realidades de las otras entidades federativas del país tanto en la aplicación de las obligaciones señaladas en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad como en las vías para construir políticas educativas inclusivas; el método hermenéutico, en cuanto a que los materiales que sustentarán parte de esta investigación son las leyes, tratados internacionales y criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En cuanto a la estructura, este estudio se divide en tres partes: la primera comprende el marco teórico de la materia desde un análisis comparativo; la segunda, relativa a los resultados; en la tercera se vierten los puntos conclusivos.

MARCO TEÓRICO

Dos modelos para entender la discapacidad

La estructura social en la que se han desarrollado las sociedades fue construida con base en esquemas excluyentes que, al normalizar actitudes y conductas, genera que diversos grupos de personas permanezcan en situaciones invisibilizadas, lo que provoca un menoscabo en su dignidad y en el reconocimiento de sus derechos fundamentales en igualdad de circunstancias.

En el caso de las personas con discapacidad, los modelos a través de los cuales se han elaborado políticas, programas y acciones para atender las necesidades de este grupo, así como el estudio y tratamiento dado en los espacios públicos y privados, varían a lo largo de la historia. En general, se estos parten de dos modelos para entender lo que representa ser persona con discapacidad. Así, se puede señalar, en un primer momento, el que fue denominado el modelo médico o rehabilitador, el cual consideraba a la discapacidad como algo natural ocasionado por alguna enfermedad o anomalía patológica, algo inherente a la persona misma (Alonso y Alemán, 2020, p. 239). Por ello, la discapacidad era tratada como un problema médico que buscaba la rehabilitación de las personas para que estas se adaptaran a la sociedad. Además, al ser consideradas en situación deficiente, estas necesitaban de la caridad

social para poder valerse por sí mismas, es decir, no se consideraba que pudieran actuar con autonomía e independencia y ser parte de la comunidad para participar activamente en ella.

Ante esta óptica y en virtud de la lucha de diversos movimientos de personas con discapacidad, surge el modelo social basado en los derechos humanos, que en comparación con el anterior, considera que la discapacidad no es propia de la persona, sino un problema fundamentalmente de origen social. Es decir, interpreta a la discapacidad como una construcción social derivada de estereotipos y prácticas discriminatorias que no tienen presente a las personas con discapacidad ni sus requerimientos específicos (Zaldívar, 2022, p. 117).

Así, las ideas que delinean los caracteres de este modelo son: primero, que la discapacidad es la situación de una persona en virtud de su interacción con el entorno social diseñado solo para una cierta forma de ser persona, y no considerando al total de la diversidad de formas en que las personas pueden desenvolverse. Segundo, al ser un modelo construido con un enfoque de derechos humanos, es imprescindible garantizar a este grupo todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, lo cual implica que los derechos a la igualdad, no discriminación, salud, educación, vida digna, entre otros, estén presentes en todas las políticas del Estado para poder incluirlas

en el desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad. Así, con base en ello, y marcando una diferencia con el modelo médico rehabilitador, es la sociedad la que debe adaptarse a la persona, y no la persona la que debe adaptarse a los esquemas sociales.

La educación inclusiva: un derecho para todos

Las escuelas constituyen el espacio vital para que niños, niñas y jóvenes establezcan vínculos de amistad y compañerismo, adquieran y desarrollen plenamente conocimientos, destrezas y valores que les permitan participar activamente en los diversos ámbitos sociales; sin embargo, a lo largo de la historia, la educación y los centros en donde se imparte han sido espacios que reflejan los prejuicios de las sociedades.

Así, por ejemplo, durante el siglo XIX y parte del XX, eran recurrentes las prácticas discriminatorias y de segregación que se daban en las escuelas de Estados Unidos hacia diversos grupos de personas conformadas por latinos, personas de color, mujeres, personas con discapacidades, entre otros. Esta exclusión social conllevó a estos grupos a luchar por sus derechos a recibir el mismo trato y tener acceso a las mismas condiciones educativas de las demás personas, ello al amparo de la Décima Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, alcan-

zar estos reconocimientos no fue tarea fácil, pues, además de luchar con actitudes sociales discriminatorias, también debían combatir leyes y prácticas judiciales que perpetuaban estas desigualdades. Esto es así, ya que las leyes de los estados como California, por mencionar alguno, permitían la segregación racial en las escuelas, pero además de ello, porque esta desigualdad de trato en las leyes era validada por las interpretaciones limitadas que hacían los jueces. Así, por ejemplo, en el Caso Plessy v. Ferguson de 1896, el juez determinó que la segregación de personas blancas y de color en los espacios públicos no era inconstitucional, dando paso con ello a la doctrina de “Iguales pero separados”, la cual sostenía como aceptable que se ofrecieran instalaciones públicas separadas debido a la nacionalidad o cualquier otro criterio en la medida de que tales instalaciones fueran similares (González & Del Rosario, 2015).

La denegación del derecho al acceso a la educación y el trato inequitativo a los niños con discapacidad también fue una práctica que se extendía a las leyes y que se convalidaban por las decisiones de jueces de aquel país. Por ejemplo, en 1892 el Tribunal Supremo de Massachusetts ratificó la exclusión de las escuelas públicas de Cambridge de un niño que padecía deficiencias mentales desde su nacimiento (Nussbaum, 2007, p. 203). La intuición que se deriva de los casos antes mencionados

es que la concepción, los estereotipos y prejuicios que la sociedad pueda tener sobre las personas se extienden a los espacios públicos, al momento de elaborar leyes, decisiones judiciales y en la forma en que se permite el ejercicio de los derechos básicos de las personas, como el derecho a la educación en este caso.

Ahora bien, es el propio sentir del ser humano lo que lo ha llevado, como mencionamos líneas arriba, a luchar por el respeto de su dignidad y sus derechos fundamentales. No pocas veces, la lucha ante los tribunales es la que ha permitido visibilizar a las personas excluidas e impulsar los ajustes normativos y actitudinales que conlleven a cambiar estas prácticas discriminatorias. Basta con dos ejemplos para resaltar este punto: el primero en el caso *Pennsylvania Association for Retarded Children v. Pennsylvania*, donde el tribunal federal resolvió que era obligatorio que las escuelas de Pennsylvania proporcionaran una educación adecuada y gratuita para los niños con discapacidades mentales. El segundo, con alcances más extensos que el anterior, fue el de *Mill v. Board of Education*, en el que se determinó que la denegación de una educación pública y gratuita a las personas con discapacidades constituía una violación. Además (y esto es de suma importancia para el ejercicio efectivo de cualquier derecho en cualquier contexto social, político y económico), el tribunal sostuvo que la vio-

lación al derecho a la educación no podía justificarse argumentando que el sistema no tenía suficientes recursos económicos y que incluir a los niños con discapacidad era demasiado costoso. Asimismo, las deficiencias en el sistema educativo del distrito de Columbia ocasionadas por el financiamiento deficiente o por la ineficacia administrativa no pueden pesar más que los derechos de los niños y niñas con discapacidad (Nussbaum, 2007).

Aun cuando los anteriores ejemplos son significativos para entender la lucha por espacios inclusivos en los centros escolares, no se considera oportuno que sea a través de los tribunales que se deban resolver estas situaciones. Es decir, si bien los tribunales juegan un papel principal en las democracias constitucionales, estos deben ser el último reducto al que se debe acudir para garantizar los derechos de todas las personas; pues el sistema que se precisa para materializar los derechos fundamentales empiezan por las garantías primarias, en manos de la administración pública y del legislador democrático, pues son estos los que tienen dentro de sus facultades la elaboración de leyes y políticas públicas, además de la elaboración y aprobación de los presupuestos.

Ahora bien, como ya se ha sostenido, el modelo social de discapacidad implica rediseñar todas y cada una de las políticas públicas para que estas sean inclusivas, racionales y que tomen como eje principal

las necesidades de las personas con discapacidad, y así poder remover los obstáculos a los cuales se enfrenten día a día en los diversos aspectos de la vida pública y privada. Es un paso no solo a la igualdad formal, sino también a la igualdad sustantiva entre personas.

De ahí que sea importante ir generando nuevas narrativas y nuevos esquemas para pensar las relaciones sociales, la prestación de servicios sociales, la elaboración de leyes y, en general, todo proceso social e institucional que permita la inclusión de toda persona y grupos de personas en la vida social, con el fin de que cada uno de estos pueda realizar su plan de vida acorde con el respeto de su dignidad como ser humano.

Por otra parte, esta nueva forma de entender las relaciones sociales y el respeto a los derechos fundamentales de toda persona con discapacidad debe ir dirigido a normar la conducta de los diversos sectores en su actividad como prestadores de servicios y como empleadores. Así lo ha precisado la Segunda Sala de la Suprema Corte del país al señalar que:

Si bien el derecho a una educación inclusiva es una responsabilidad primordial del Estado mexicano, lo cierto es que también los padres, las comunidades y los maestros son responsables de la educación inclusiva y su puesta en práctica. En efecto, debe considerarse

a todos esos grupos como participantes activos en la educación inclusiva, a fin de que los cambios educativos no sean simples transformaciones de nomenclatura, sino nuevas modalidades de relación pedagógicas entre todos los miembros de la comunidad educativa. De ahí que los maestros deben contar con dependencias o módulos especializados que les preparen para trabajar en entornos inclusivos, así como entornos de aprendizaje basados en experiencias prácticas en los que puedan desarrollar las aptitudes y la confianza para resolver problemas mediante el planteamiento de dificultades diversas en materia de inclusión. Asimismo, los padres y cuidadores de los alumnos pueden actuar como asociados en el desarrollo y la aplicación de los programas de enseñanza, incluidos los planes de enseñanza personalizada. (SCJN, 2019, p. 46)

De esta forma, la educación inclusiva implica “un proceso de reforma sistémica que conlleva cambios y modificaciones en el contenido, los métodos de enseñanza, los enfoques, las estructuras y las estrategias de la educación para superar los obstáculos con la visión de que todos los alumnos de los grupos de edad pertinentes tengan experiencias de aprendizaje equitativas y participativas y el entorno que mejor corresponda a sus necesidades y preferencias” (Comité de los Derechos

de las Personas con Discapacidad, 2016, p. 4). Deberes dirigidos, evidentemente, a los sistemas y centros educativos públicos y privados, los cuales ya no pueden seguir diseñándose como sistemas educativos especiales, sino que es necesario transitar a un modelo educativo incluyente, el cual contemple las necesidades de las personas en su diversidad y forma única de ser.

Así, la educación inclusiva debe entenderse como: 1.- un derecho fundamental de todo alumno, 2.- un principio que valora el bienestar de los alumnos, y en el que se respeta su dignidad y autonomía, 3.- un medio para hacer efectivo los otros derechos humanos, pues se constituye como el principal medio para que las personas con discapacidad salgan de la pobreza y obtengan los recursos para participar plenamente en la sociedad. 4.- es el resultado de un proceso de compromiso continuo y dinámico para eliminar las barreras que impiden el derecho a la educación (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016, p. 3).

Ante ello caben las preguntas ¿el sistema educativo de Tabasco se ha adaptado a este modelo?, ¿cuáles serían los elementos de una política educativa inclusiva? Para responder debemos analizar el marco normativo de la entidad para poder comprender su desarrollo.

RESULTADOS

El federalismo educativo

El federalismo mexicano es un modelo que debe entenderse a partir de las diversas reformas realizadas al texto constitucional en general y al artículo 73 en lo particular, y de las interpretaciones constitucionales a los artículos 115, 116 y 124 de la Constitución, para entender cuáles son las facultades expresas, las facultades implícitas y las facultades concurrentes que le corresponden tanto a la federación como a las entidades federativas.

Aunque el tema educativo se enmarca en las facultades concurrentes en virtud de lo dispuesto en los artículos 3 y 73 de la Constitución Política de México, para su entendimiento cabal se deben analizar las diversas disposiciones que señala la Ley General de Educación. Así, tratándose de la educación inclusiva, el artículo 114, fracción I de la Ley General de Educación señala que le corresponde de manera exclusiva a las autoridades educativas de los estados prestar los servicios de educación inclusiva.

Al analizar el marco jurídico educativo en Tabasco para observar si este guarda una relación de regularidad con las disposiciones internacionales y nacional sobre el tema, encontramos los siguientes puntos:

Primero: que la ley de educación de la entidad no hace referencia al modelo de educación inclusiva.

Segundo: la referida ley aún contempla dos sistemas educativos; por una parte, el sistema ordinario y, por el otro, el sistema de educación especial para personas con discapacidad.

Tercero: la ley vigente señala en la fracción XIII, del artículo 30, que es deber de las autoridades educativas fortalecer la educación especial.

Visto lo anterior cabe preguntarse, ¿la ley de educación de Tabasco es acorde con los estándares internacionales y convencionales? La respuesta es no, y aquí se presentan los argumentos para sostener que los tres puntos antes señalados dejan en un estado obsoleto al marco jurídico de la materia.

Respecto a los puntos primero y segundo arriba señalados, la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece en sus criterios que

...la educación especial no debe ni puede ser la estrategia en la que el Estado mexicano se base para lograr el acceso a una educación inclusiva, por el contrario, debe transitar progresivamente a la plena eficacia del derecho a la educación inclusiva, lo cual resulta incompatible con el mantenimiento de dos sistemas de enseñanza: uno general y otro de

enseñanza segregada o especial. En ese contexto, el Estado debe emprender acciones concretas para poner fin a la segregación en los entornos educativos garantizando que la enseñanza se imparta en aulas inclusivas y asegurarse de que todos los alumnos aprendan juntos. (Suprema Corte, 2019, p. 1090)

En cuanto al tercer punto, referente al deber de las autoridades educativas de fortalecer el sistema de educación especial, el mismo Tribunal ha sostenido que “resulta incongruente con el modelo de la educación inclusiva que, para establecer condiciones que permitan el ejercicio pleno del derecho a la educación de calidad de cada individuo, así como el logro de la efectiva igualdad en oportunidades en los servicios educativos, las autoridades educativas ‘fortalezcan la educación especial’, ya que para lograr una equidad educativa de facto o sustantiva, las autoridades estatales deben fortalecer la educación inclusiva dentro del sistema regular. Ello implica, entre otras consideraciones, que el Estado mexicano, lejos de contemplar sistemas paralelos y separados para los educandos –uno para personas con discapacidad y otro para las demás–, debe adoptar de manera progresiva las medidas concretas y deliberadas para que todos los niños, niñas y adolescentes, independientemente de sus condiciones o diferencias, aprendan

dan juntos” (Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, p. 38).

Por otra parte, basta ver los informes y la propia página web de la Secretaría de Educación de Tabasco para observar las omisiones que hay para establecer el modelo social de discapacidad en todas sus aristas. Por ejemplo, en la biblioteca digital que se encuentra en el sitio web de la Secretaría de Educación, y que da acceso a diversas áreas de la educación, no está diseñada para que pueda ser accesible a profesores, padres y madres de familias y de alumnos con discapacidad.

A todo esto, es importante señalar que no pasamos por alto que está vigente la Ley sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el Estado de Tabasco, la cual sí contempla la educación inclusiva, pero cae en el error de establecer en paralelo la educación especial, lo cual, como ya se señaló, resulta incompatible con la obligación de transitar hacia un sistema de educación inclusivo. Por otra parte, se incumple con las obligaciones señaladas por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General número 4 sobre el derecho a la educación inclusiva, en donde se señala, entre otras cosas, la obligación de derogar y armonizar todas las leyes educativas a lo dispuesto en la referida Convención.

En este aspecto, un punto importante es que en la elaboración de leyes y políticas públicas se deben tomar en cuenta la

participación y la consulta que se haga a las personas con discapacidad, con el fin de saber y escuchar sus necesidades, inquietudes, exigencias y sus aportes. De no cumplirse con esta obligación —como parte de las obligaciones internacionales del Estado mexicano—, se estaría violando el derecho a la consulta de este grupo de personas, teniendo como consecuencia declarar inconstitucional la ley que omitió tal proceso (en los últimos años la Suprema Corte declaró inconstitucional parte de la Ley General de Educación por no consultar a las personas con discapacidad y a las personas indígenas en el proceso de reforma a esta ley). La razón de mencionar este punto es porque la Ley sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el Estado de Tabasco pudo haber omitido este requisito.

Por otra parte, de las 32 entidades federativas 22 de ellas sí contemplan la educación inclusiva en la legislación educativa local (Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Tabasco y Veracruz, no la regulan en su propia ley).

Por otra parte, de las 22 entidades que sí contemplan la educación inclusiva en su ley, solo la de la Ciudad de México considera a la educación especial como una educación que se deba impartir de manera excepcional, mientras que las otras 21 entidades no hacen referencia ni distinción alguna entre educación inclusiva

y educación especial, cayendo, como ya mencionamos, en establecer dos sistemas en paralelo, cuando lo correcto debe ser la existencia del sistema de educación inclusiva, o como en el caso de la Ciudad de México, señalarse que la educación especial es solo de forma excepcional.

Tomando en cuenta todo lo anterior, es importante establecer, de forma general, las directrices y los elementos institucionales que deberían tener toda política educativa que precise cumplir con el modelo social de discapacidad y poder implementar a cabalidad la educación inclusiva.

Elementos institucionales y directrices de una política educativa

La metáfora del contrato social como explicación del surgimiento de las sociedades políticas y las instituciones del Estado, carece de diversos elementos para considerarla como una explicación acabada de las relaciones sociales, igualitarias y respetuosas de la dignidad humana. El argumento para explicar esta postura es dado por diversos pensadores y pensadoras como Martha Nussbaum, quien ha señalado que Locke, Hume y Rawls, identificaban en la suscripción de tal contrato solo la participación de personas libres y con idénticas capacidades, lo cual, como es claro, dejaba de lado a mujeres y personas con alguna discapacidad, ya sea porque no se les consideraba como personas con iguales derechos para participar en los

espacios de las tomas de decisiones o por considerar que las discapacidades eran hechos aislados que representaban a un sector de la población minoritario.

Esto ha tenido dos consecuencias: la primera, un menor goce de derechos fundamentales entre las personas excluidas, y, la segunda, la creación de espacios públicos y privados pensados solo para personas sin ninguna discapacidad, por lo cual se aísla más a las personas que tienen alguna diversidad funcional, ya sea de nacimiento o adquirida. Así, para revertir esta situación se debe pensar en una sociedad que tenga en cuenta las diversas formas de pensar, sentir y de ser persona.

Por ello debemos transitar hacia un enfoque que tome en cuenta las necesidades de todas las personas y construir espacios que se adapten a tales exigencias, este es el proceso hacia sociedades en las que todas las personas tengan las mismas oportunidades de crecimiento para lograr sus planes de vida de acuerdo con su cosmovisión. Es, como se propone la Agenda 2030 de Naciones Unidas, construir políticas para que nadie se quede atrás, para que todos avancen y sean tomados en cuenta, para que haya menos desigualdades sociales y para que las brechas económicas dejen de ser un motivo de explotación.

Un paso importante hacia ese objetivo es apostar por la educación, para que esta sea de calidad e inclusiva, para que se convierta en el espacio de interacción entre la

diversidad de personas en nuestro entorno. Pues “las escuelas, los maestros y las ideas crean y llenan un espacio intermedio. Suministran un contexto, no el único, pero con mucho el más importante, para el desarrollo de la comprensión crítica y la producción y reproducción de la crítica social” (Walzer, 2001, p. 208).

Tomando esta política global y el Marco de Acción para la realización del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4, que busca garantizar la educación inclusiva, equitativa y de calidad con el fin de promover oportunidades de aprendizaje permanente

para todos, nos proponemos señalar algunas directrices y elementos institucionales que pueden servir para una política educativa inclusiva general. Esto es acorde con la finalidad de la Reforma Constitucional de 2011 en Materia de Derechos Humanos, la cual estableció, en el artículo 1º de la Constitución Federal, que todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, deben promover, respetar, garantizar y proteger el goce de los derechos humanos. Siendo una de estas vías para garantizar esta obligación construir políticas públicas con enfoques de derechos humanos.

Elementos para una política educativa inclusiva

Elemento	Descripción
Grupo de personas a las que va dirigida	Todas las personas incluidas las personas con discapacidad
Derecho humano que se garantiza	Derecho a la educación inclusiva
Características de la educación inclusiva	<p>Debe contar con un enfoque que integre todos los sistemas: las autoridades educativas deben destinar todos los recursos económicos, materiales y personales para introducir cambios en las prácticas y políticas institucionales.</p> <p>Debe propiciar un entorno educativo integral: debe incorporar la cultura, las políticas y las prácticas necesarias para lograr la educación inclusiva en todos los niveles y en todos los ámbitos de la educación.</p> <p>Debe integrar a todas las personas: el objetivo es poner fin a la segregación en los entornos educativos. de ahí que se deba garantizar aulas y entornos inclusivos y accesibles.</p> <p>Debe apoyar el personal docente: todos los docentes y el personal educativo deben recibir la capacitación necesaria con el fin de adquirir los valores y las competencias necesarias para adaptarse a entornos de aprendizaje inclusivo.</p> <p>Debe fomentar el respeto y el valor de la diversidad: la educación inclusiva busca que todos los alumnos se sientan valorados, respetados, incluidos y escuchados. Para ello deben existir los mecanismos para prevenir los abusos y el acoso escolar.</p> <p>Debe propiciar un ambiente que favorezca el aprendizaje: se busca que los entornos de aprendizaje los alumnos se sientan seguros, apoyados, estimulados y puedan expresar sus opiniones.</p> <p>Debe permitir las transiciones efectivas: se busca que las personas con discapacidad reciban el apoyo para transitar del aprendizaje escolar a la formación profesional, y de esta al entorno laboral.</p> <p>Debe reconocer las asociaciones y permitir su participación: es necesario que las asociaciones de padres de familia, alumnos, maestros puedan integrarse para que conozcan y comprendan mejor la discapacidad.</p> <p>Debe ser supervisada: al ser la educación inclusiva un proceso continuo, esta debe estar sujeta a supervisión y evaluación para determinar si se están cumpliendo los objetivos</p>

Valores instrumentales	Son aquellos mecanismos que tienen como finalidad la búsqueda de determinados objetivos. Entre estas medidas se encuentran: Medidas de naturaleza negativa: son aquellos elementos que buscan evitar la discriminación a una persona con discapacidad Medidas de naturaleza positiva: son los elementos diferenciadores que buscan la nivelación contextual de las personas con discapacidad con el resto de la sociedad. Aquí se incluyen los ajustes razonables que se deben realizar en el ámbito educativo
Valores finales	Son las metas que se buscan alcanzar a través de los instrumentos antes señalados. Estos valores son: La igualdad formal y sustantiva La no discriminación La accesibilidad de los entornos educativos
Elementos institucionales	Mencionan Serrano y Vázquez que “los elementos institucionales básicos o características que el Estado debe considerar al momento de tomar medidas para cumplir con las obligaciones de garantizar, proteger o promover los derechos humanos. Si las medidas ejecutadas no consideran estos elementos, la obligación a cargo del Estado no se ha cumplido de forma adecuada” (Serrano & Vázquez, 2022, p. 153). Estos elementos son, de acuerdo con el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, los siguientes: Disponibilidad: implica la garantía de que existan en cantidad y calidad centros educativos para personas con discapacidad Accesibilidad: este elemento exige al Estado que todo el sistema educativo debe ser accesible, incluidos los edificios los planes de estudios, los métodos de enseñanza, etcétera Aceptabilidad: es la obligación de que todas las instalaciones, bienes y servicios relacionados con la educación se diseñen y utilicen de forma que tengan plenamente en cuenta las necesidades, las culturas, las opiniones y los lenguajes de las personas con discapacidad. Adaptabilidad: consiste en que los Estados adopten el enfoque de diseño universal para el aprendizaje, que consiste en un conjunto de principios que estructuran las acciones de los maestros y demás personal para crear entornos de aprendizaje adaptables y desarrollar la formación con el fin de responder a las diversas necesidades de todos los alumnos.

Fuente: elaboración propia con base en la Observación General número 4 sobre educación inclusiva del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y del Amparo en Revisión 410/2012 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CONCLUSIONES

Tomando en cuenta las preguntas y los objetivos de esta investigación, mencionamos las siguientes conclusiones:

Primera: las personas con discapacidad representan un grupo que históricamente ha sufrido de discriminación estructural y de la exclusión de los espacios públicos, educativos y laborales. Como se mencionó, la razón de ello fue generado por en-

tender que la discapacidad era el producto de una enfermedad, y que este grupo de personas poco o nada podía aportar a la sociedad. Sin embargo, la lucha por la igualdad derivó en el modelo social de discapacidad, el cual considera que la discapacidad es construida por la sociedad y esta es la que limita a las personas con diversidad de funcionamiento de los espacios públicos.

Segunda: las prácticas discriminatorias que se puedan dar en el sistema educa-

tivo no solo limitan sus efectos a este ámbito, sino que los expande a la esfera de la sociedad. Es decir, toda acción que tienda a generar distinciones o negar el acceso a los espacios de enseñanza, excluye a las personas de oportunidades de crecimiento y de toda posibilidad de ordenar su plan de vida conforme a sus fines y visiones. Así, sin un adecuado proceso en donde las personas puedan desarrollar sus habilidades, destrezas, talentos y desarrollo psicoemocional, complica la formación de ciudadanos libres, autónomos y capaces de contribuir a la sociedad. De ahí que sea necesario cambiar de paradigmas y rediseñar los sistemas educativos bajo enfoques incluyentes y respetuosos de los derechos fundamentales de las personas. Tarea que no pocas veces se pasa por alto, ya sea por desconocimiento de lo que se debe hacer o por la perpetuación de modelos que ya no son compatibles con los avances sociales e institucionales que se exigen desde el ámbito internacional.

Tercera: como se observó, en el estado de Tabasco aún existen tareas pendientes para transitar hacia un modelo de educación inclusiva, el cual es importante como presupuesto de sociedades igualitarias y equitativas.

Cuarta: el presupuesto obligatorio para la creación de políticas públicas incluyen-

tes son los siguientes: 1) conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y del corpus iuris internacional de los derechos humanos de las personas con discapacidad, esto, de conformidad con lo establecido en la Constitución y por ser fuente de obligaciones que los Estados deben acatar; 2) el conocimiento del modelo social de discapacidad, como paradigma a seguir por parte de los hacedores de políticas públicas; 3) voluntad política para materializar las leyes y programas que surjan en virtud de la armonización de las leyes nacionales e internacionales.

Quinta: al ser el modelo social de discapacidad un referente obligatorio en el diseño de leyes y políticas públicas (como es el caso de las políticas educativas incluyentes) estas precisan de la participación de las personas con discapacidad, tanto en el proceso de elaboración (al expresar sus necesidades, inquietudes y proponiendo ideas que deban considerarse) como en el seguimiento de su cumplimiento y en la revisión de los objetivos que se propongan alcanzar. Esto da paso a fortalecer la gobernanza, al incluir en todos los ciclos de la política educativa a las personas con discapacidad y a las asociaciones que los representen.

REFERENCIAS

Alonso Seco, J. M., & Alemán Bracho, C. (2020).

El sistema de servicios sociales: nuevas tendencias de España. Valencia: Tirant lo Blanch.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016). Observación General No. 4.

Conapred; Inegi; CNDH. (2017). *Encuesta Nacional sobre Discriminación*. México: Conapred.

González Oropeza, M., & Del Rosario Rodríguez, M. (2015). El caso Méndez V. Westminster y su contribución a la consolidación del derecho a la igualdad a través de su influencia en el caso Brown V. Board of education. *Isonomía*, núm. 42, pp. 149-167.

Inegi. (2021). *Estadísticas a propósito del Día Internacional de las Personas con Discapacidad* (datos nacionales). México: CNDH.

Nussbaum, M. C. (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. España: Paidós.

Serrano, S., & Vázquez, D. (2022). *Los derechos en acción: obligaciones y principios de derechos humanos* (2da ed.). México: FLACSO.

Therborn, G. (2015). *Los campos de exterminio de la desigualdad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Walzer, M. (2001). *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad* (2da. ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Zaldívar, A. (2022). *10 años de derechos humanos: autobiografía jurisprudencial*. México: Tirant lo Blanch.

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

2a. VIII/2019 (10a.) (Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, febrero de 2019).

2a. VI/2019 (10a.) (Suprema Corte de Justicia de la Nación, febrero de 2019).



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

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2023.2.3>

FECHA DE RECEPCIÓN: 02 de diciembre 2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 10 de enero 2024

El recurso a razones en el derecho internacional privado

The recouse to reasons in private international law

RESUMEN

El autor se cuestiona cómo interpretar los enunciados normativos de derecho internacional privado. Destaca la importancia de resolver “los casos difíciles”, según la terminología hartiana. Los juristas se encuentran ante una actividad compleja que se dificulta, por el empleo de expresiones ajenas al foro doméstico que no son fáciles de significar. Esto es, dada la especialidad del lenguaje objeto, la interpretación y aplicación de la normatividad internacional, presenta, normalmente, un “caso difícil” que requiere del reformulador razonamiento, ponderación y proporcionalidad de razones, pues no puede concluir solo mediante un simple *modus ponens*, ni afirmar que el derecho ya está previsto. Al momento de interpretar hay que aducir razones para la toma de la decisión final. En el caso de problemas de tráfico jurídico internacional, la toma de una decisión nunca debe carecer de racionalidad, siendo el juez el que debe realizar la actividad de mayor importancia: argumentar. La conclusión a la que se llega es que aunque es importante la decisión final, más lo es el procedimiento a seguir para llegar a esa decisión final.

Palabras clave: argumentación jurídica, derecho internacional privado, casos difíciles.

¹ Profesor Jubilado de Derecho de los conflictos y Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado. Promotor de la AMEDIP e investigador nacional CONAHCYT, nivel III.

EL RECURSO A RAZONES EN EL

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ABSTRACT

The author questions how to interpret the normative statements of private international law. He highlights the importance of solving “difficult cases,” according to Hartian terminology. Jurists are faced with a complex activity that is made difficult using expressions outside the domestic forum that are not easy to mean. That is, given the specialty of the object language, the interpretation and application of international regulations normally presents a “difficult case” that requires the reformulator’s reasoning, weighing and proportionality of reasons, since it cannot be concluded only through a simple *modus ponens*, nor affirm that the right is already provided for. When interpreting, reasons must be given for making the final decision. In the case of international legal traffic problems, decision-making should never lack rationality, with the judge being the one who must carry out the most important activity: arguing. The conclusion reached is that although the final decision is important, the procedure to follow to reach that final decision is even more important.

Keywords: legal argument, private international right, difficult cases.

¿Acaso no puede verse la dogmática jurídica como una gran fábrica de argumentos puestos a disposición de quienes se ocupan de la creación, aplicación e interpretación del derecho? Y si la experiencia jurídica consiste de manera tan prominente en argumentar, ¿no parece inevitable que la teoría del derecho tenga que construirse en una buena medida como una teoría de la argumentación jurídica?

Manuel Atienza (2004, p. 131)

INTRODUCCIÓN

En este artículo el objetivo es presentar razones o argumentos empleados en el derecho internacional privado (DIPr) para la reformulación de sus enunciados normativos. Entre una norma de conflicto (en adelante Nc) y el empleo de la normatividad extranjera o su rechazo se suscitan diversos problemas de racionalidad judicial.² Corresponden a problemas que no han sido fáciles de explicar, sobre todo cuando con frecuencia se recurre a la exégesis.

Destaca en el DIPr que parte de sus reformulaciones doctrinales se han reducido a exponer algunas resoluciones judiciales y, otras, cuyos argumentos han llegado a conformar modelos paradigmáticos del razonamiento iusprivatista.³ Toda Nc suele ser tomada como si solo fuese un enunciado normativo, a pesar de que para su conformación concurren otros enunciados. La Nc conduce a la toma en consideración de un orden jurídico extranjero. En verdad, sus juristas se encuentran ante una actividad compleja que se dificulta por el empleo de expresiones ajenas al foro doméstico que no son fáciles de sig-

nificar. Esto es, dada la especialidad del lenguaje objeto, la interpretación y aplicación de la normatividad internacional, presenta, normalmente, un “caso difícil” que requiere del reformulador razonamiento, ponderación y proporcionalidad de razones, pues no puede concluir solo mediante un simple *modus ponens*, ni afirmar que el derecho ya está previsto. Al momento de interpretar hay que aducir razones para la toma de la decisión final. Opera en la reformulación el razonamiento jurídico, del que dice Atienza (2013), “... es visto como una argumentación práctica de carácter peculiar en la que operan razones (premisas) de dos tipos: unas forman parte del sistema jurídico, y otras son razones extrasistemáticas, provenientes de la práctica jurídica” (p.13).

En el caso de problemas de tráfico jurídico internacional, la toma de una decisión nunca debe carecer de racionalidad, siendo el juez el que debe realizar la actividad de mayor importancia: argumentar. Aunque es importante la decisión final, más lo es el procedimiento a seguir para llegar a esa decisión. En este artículo, mi interés está en los procedimientos que construyen las razones (el proceso argumentativo) (Tamayo y Salmorán, 2013, pp. 160 y ss).

El juez, al momento de resolver, no se apoya ni reproduce un texto legal, necesariamente, enunciados explícitos del derecho positivo, como si fuese un robot. El juez crea razones ligadas con el problema

2 Una parte del presente artículo lo presenté en el XXXII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, Tijuana, 2009, bajo el título “Recurso a las razones en la aplicación de la norma de conflicto”.

3 Empleo la palabra *paradigma* con el significado kuhniano. Kuhn, T. S. (1971).

de tráfico jurídico internacional, produciendo significados y razonando su decisión. Si hay una disciplina jurídica complicada que requiere de razonamiento, esta es la del DIPr. Como expresa Atienza (2013)

[...] pues bien, la argumentación a propósito de este tipo de cuestiones tiene ciertas especificidades que caerían dentro de lo que hemos llamado la dimensión material de la argumentación y que se vinculan, por tanto, con el manejo metodológico de figuras como la norma de conflicto, el reenvío, el fraude de ley, la cláusula de orden público, etc. (p. 505)

Si el jurista interesado en el derecho conflictual no tiene una idea de cómo se regulan los pasos correspondientes al razonamiento para conducir una Nc a un caso concreto, su trabajo se le complica o anulará. Caerá en el caos y posiblemente en un simple “argumento de autoridad” (porque así se hace, así se ha dicho), cuando lo importante es saber el porqué de la decisión, diseñada, en especial, para un específico caso concreto. Es un elemento racional que debe estar presente en el reformulador de esta disciplina y el juez que resuelve.

El hecho es que tradicionalmente (bajo el enfoque metodológico del DIPr) ha gravitado conforme a una pureza formalista. La Francia del siglo XIX solo admitió que

el legislador es el creador del derecho. El juez no podía crearlo ni desentrañarlo (Escuela de la Exégesis). En el mejor de los casos tenía que descubrirlo (la *voluntas legislatoris*). Hoy en día, nadie niega que el juez, al interpretar, crea derecho. Incluso, que hasta sus precedentes judiciales son tomados en cuenta. Pero, además, tampoco basta el recurso a una lógica aristotélica conformadora de una justicia formal. El derecho requiere procurar una justicia material, que solo se obtiene mediante argumentos justificatorios. En general, es el juez, quien mayoritariamente (entre una infinidad de funcionarios), es el que crea la Nc y la norma incorporante.

Históricamente, el inicial positivismo formalista y la jurisprudencia de conceptos, dice Esteban de la Rosa (2020):

[...] ha determinado un alto grado de abstracción y generalidad, propia del positivismo normativista y de la jurisprudencia de conceptos (Ch. Wolff). La expresión más clara de dicha jurisprudencia de conceptos en DIPr tiene lugar por los autores que asumen un planteamiento formalista, de forma que las afirmaciones jurídicas están tan divorciadas de la realidad, que necesitan excepciones, reservas, correctivos (orden público, reenvío, etc.) (p. 13).

El hecho de llevar a la ejecución una Nc requiere de jueces capaces e inteligentes.

Staelens (1988) expresa que los jueces se enfrentan a una técnica considerada difícil y, a veces, calificada como “ajedrez jurídico”, queriendo decir, difícil y complicada (p.13). Cabe destacar que no está en lo incorrecto, pues la normatividad conflictual acusa vaguedad, ambigüedad y amplias lagunas. El trabajo del intérprete parte de los llamados casos difíciles, que solo se resuelven mediante argumentos. No aplica en su tarea, necesariamente, una lógica deductiva.

En esta segunda parte de la obra presento diversas proposiciones elementales, propias de la justicia material del derecho, relacionadas con algunos argumentos utilizados para conducir una *Nc* a una realidad social; argumentos acerca de cómo se hace efectiva la normatividad conflictual, cómo se justifican las decisiones. Como se podrá observar, su reformulación no siempre responde a significados semánticos, ni sintácticos preexistentes, ni esencialistas.

UN PRIMER ACERCAMIENTO

Los teóricos del derecho saben que el proceso de conformación de un enunciado legislativo es diferente al proceso de individuación de un enunciado conflictual. El hecho es que un enunciado conflictual del legislador no llega al caso concreto en forma directa, sino que en el camino de su puesta en ejecución se enlaza con otros problemas que es necesario tomar

en cuenta. Por puesta en ejecución quiero significar un proceso racional y razonable a seguir, así como un resultado (la individuación). La individuación implica una pluralidad de resultados u opciones posibles que se le presentan al juez en forma simultánea y, a veces, contradictoria.

Como dije, una cosa es un enunciado conflictual (el establecido por el legislador) y, otra, saber ¿cómo es que ese enunciado ha de ser llevado a un caso concreto? Esto nos acerca a responder a la interrogante ¿qué hay en el camino para la toma de una decisión jurídica que resuelva un caso real? Algo que no siempre se le muestra al estudiante.⁴ Al fin de cuentas, el derecho no puede ser definido como una acción mecánica que preceda al caso, sino como algo dinámico, que toma en cuenta al caso y a sus jueces. No en vano el derecho se ha conformado para normar realidades, conductas de seres humanos.

Un juez, que parte de un enunciado conflictual previsto por el legislador, intensifica su actividad intelectual, ya que requiere construir un discurso, propio de su razonamiento práctico prudencial, que le permita no solo producir una interpretación semántica, sino justificar su decisión; adecuar su decisión al caso a ser resuelto. La resolución de un caso requie-

⁴ Normalmente un profesor suele presentarle a sus alumnos un supuesto normativo o un problema de tráfico jurídico internacional, para luego decir, este se resuelve así (dando el resultado a la cuestión), pero, lo grave, es que no explica cuál es el razonamiento para llegar a esa respuesta.

re de argumentos que no necesariamente se han previsto y elaborado previamente (no están en una ley escrita, ni esta, parece sugerirlos), sino que esos argumentos se producen con posterioridad al caso o asunto concreto (*ex post facto*). La decisión final del juez deriva de una solución construida especialmente y no necesariamente deriva de una razón estándar, de mera búsqueda y descubrimiento (una *ratio legislatoris*). Aunque la ley contenga un auxilio (presuponga una justificación mínima), esto no sirve por entero para el razonamiento práctico a emplear.

Normalmente se exige que toda decisión judicial no solo se funde en un enunciado normativo de superior jerarquía, sino que requiere explicar el porqué de la decisión (se apela a la justificación interna y externa). La explicación se produce dando a conocer las razones o argumentos que condujeron a la decisión. Una interpretación y decisión supone, generalmente, un caso difícil,⁵ diferente al fácil o rutinario, para el que podríamos conformarnos con inferencias deducibles, disposiciones superiores de las que derive la decisión (justificación interna).

Para dar razones se requiere pasar por todo un proceso de construcción racional

que implica crear: en especial, aceptar que el juez (incluso, otro funcionario aplicador) crea derecho. El juez crea elementos en su paso de construcción y produce la decisión que ha creado. El resultado o decisión a que llega solo podrá ser correcta si se siguió un procedimiento razonablemente correcto, encadenando premisa tras premisa. Este procedimiento puede comprender reglas deductivas (cuando estas se prestan para el problema, como en los casos fáciles) o reglas argumentativas más complejas (como en los casos difíciles).

La operación intelectual que realiza un juez supone, al menos, que en su cadena argumentativa introduce valoraciones, calificaciones, toma en cuenta directivas y atribuye significados (a los hechos y al derecho). Esto es indiscutible para cualquier analista que hay un procedimiento y un resultado creativo. En el camino de una disposición conflictual para resolver un caso concreto (un camino de decisiones), el juez va construyendo un sendero racional de premisas en el cual va rechazando o haciendo efectivas diversas razones, por ejemplo, decidiendo que de “aplicarse” el derecho extranjero se propiciaría una vulneración al orden público.

Además de las actitudes y toma de decisión mencionadas, hay otras en las que el juez decide cómo hacer las cosas (el camino). Así, fija reglas para decidir (reglas propias de la argumentación), por ejemplo, el sentido que le debe dar a algunas

5 Por “caso difícil” me refiero a la hipótesis en que los enunciados (normalmente de textura abierta) conducen, aparentemente, a más de una solución, ya que las expresiones lingüísticas no son claras, lo que produce desacuerdos conceptuales. Las posibilidades pueden conducir a incorporar el orden extranjero o a rechazarlo.

expresiones lingüísticas, adoptando valores (*v.g.*, justicia, equidad) y produciendo significados de expresiones lingüísticas ambiguas y vagas. No olvidar que toma en cuenta que el significado de cada palabra proviene de cada uno de los seres humanos y que es cambiante, pues carecen de un significado inmanente y eterno.

La construcción de valores y significados presenta a un juez como un agente que está lejos de ser un autómatas o un Hércules dworkiniano. Es indudable que, a pesar de no recurrir necesariamente a un argumento silogístico, el juez crea derecho (Robles, 1985, p. 956). Como se observa, el derecho no se reduce a las palabras del legislador, sino que también comprende justificaciones y decisiones del juez (que también expresa con palabras y que debe vincularse con la realidad social). De aquí que al derecho suela vérselo como argumentación, no como algo ya dado, sino como actividad. Justificar una decisión – expresa Atienza– (2013):

[...] significa a menudo no tanto –o no solo– mostrar que es correcta (que es discursivamente racional), sino que permite alcanzar determinados fines. [...] No basta con reconocer que en la argumentación jurídica tienen lugar razonamientos consecuencialistas o teleológicos, sino que habría que mostrar también cómo se articulan estas dos dimensiones, esto es, cómo se relacionan entre sí

las razones finalistas y las razones de corrección (pp. 19 y ss.).

En el andar y creación de argumentos, la labor de los jueces es vista como *conformadora de modelos de razonamiento*, que otros jueces y juristas suelen tomarlos como modelos.⁶ Experiencia que nos dice que no se resuelve por medio de una simple subsunción, ni nos muestra un simple “desentrañar” el sentido de la ley, más bien nos muestra el apartado creativo del juez. Por ejemplo, cabe citar algunos modelos paradigmáticos empleados en los procesos de calificación, reenvío y cuestión previa, que no necesariamente han estado (ni están) prescritos explícitamente por el legislador, ni han derivado de algún silogismo. En general, estos modelos son objeto de la teoría de la decisión y la filosofía jurídicas. Con relación a modelos como estos, Wróblewski (1983) expresa que “... el paradigma de la justificación de la decisión judicial se concibe como el conjunto de condiciones esenciales para su justificación. El paradigma es el valor predictivo envolvente de una cultura jurídica determinada que define la noción de racionalidad expresada y en apoyada justificación” (p. 269).

A su manera, un Tribunal Colegiado (2006) ha expresado que la obligación constitucional de motivar y fundamentar:

⁶ Aunque referidos a la interpretación, Wróblewski les denomina “modelos de interpretación operativa”. (Wróblewski, 1988, p. 36).

[...] tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el “para qué” de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción.

En términos similares ocurre que el juez revisa si el orden extranjero es o no admitido; así, antes de proceder a su incorporación, revisa los contenidos del acto o el

enunciado normativo extranjero identificado, para aceptarlo o rechazarlo. En este camino, acepta o expresa razones negativas disímbolas: por ejemplo, por no armonizar la normatividad extranjera con la propia (*v.g.*, pugnar con el orden público o se trate de una institución desconocida); para reprimir y rechazar los medios que empleó una persona para alcanzar un enunciado normativo extranjero que no le corresponde (*v.g.*, fraude a la ley) o, por simple razón de venganza o represión al Estado extranjero (*v.g.*, por falta de reciprocidad) y, entonces, y solo hasta entonces, toma una decisión que resuelva el caso. Varias de estas formas de razonar han pasado como modelos de razones y han adquirido carta de naturalización entre los juristas.

INDIVIDUACIÓN DE UN ENUNCIADO NORMATIVO CONFLICTUAL

En el camino de la ejecución de un enunciado conflictual el juez pasa por la construcción de argumentos que lo conducen a resolver un caso concreto. Una disposición conflictual no se individua sin mediar argumentos. Entre el *input* y el *output* (*v.g.*, la norma incorporante o aquella que rechaza el enunciado extranjero) el juez realiza diversas operaciones intelectuales que difícilmente están previstas por el legislador como si fuesen “recetas de cocina”.

No encontramos en los textos legislados que se incluya algún enunciado que expli-

cite el razonamiento a seguir. La normatividad conflictual es un ejemplo de cómo es que el derecho legislado no presenta resultados completos, ni se observa un resultado previo al caso a resolver, pues el resultado deriva de argumentos o inferencias *ex post facto*, a cargo del juez. Es muy poco lo que para estos casos establece explícitamente la ley, aunque de esta podamos tomar en cuenta el “núcleo central de significado” (Hart, 1980, p. 15). Como escribe Wróblewski (1984):

Una norma en vigor puede imponer una específica forma de razonar, esto es lo que Wróblewski llama una “justificación legal mínima”, esta, se encuentra determinada por una norma relacionada con los procedimientos requeridos para la justificación.

En la práctica actual de los sistemas de derecho escrito no todas las decisiones judiciales están, de hecho, justificadas. Esto es así por razones pragmáticas bastante obvias. La ley determina algunos de sus elementos (‘justificación legal mínima de la decisión judicial’). La práctica judicial conforma de alguna manera los medios aceptados de justificar las decisiones, que pueden ir más allá de los requisitos de la ley (‘justificación jurídica concreta de la decisión judicial’). (pp. 254 y 267)

El juez, en estos casos difíciles, suele encontrarse (*ab initio*) ante un caso incierto. Observa que va a resolver un caso no previsto explícitamente, que hay una indeterminación legal. Se enfrenta, generalmente, con lo que suele denominarse *caso indeterminado*. La legislación conflictual está plagada de vaguedades, ambigüedades y amplias lagunas. ¿Qué hacer cuando un juez se encuentra frente a este tipo de problemas? Pudiera pensar en dos posibilidades:

- a) desechar el caso y no resolverlo, con el argumento de que la ley no proporciona soluciones, que no son claras o que el juez no es legislador, que es una simple “boca de la ley” (*non liquet*), o
- b) resolver el caso, sosteniendo que debe asumir una actitud inteligente y razonable, sobre todo, porque normalmente su orden jurídico prescribe que ningún asunto debe dejar de resolverse a pretexto de obscuridad de la ley,⁷ aunado al hecho de que puede fundarse en principios generales del derecho⁸ los cuales tiene que individualizar por medio de inferencias derivadas de su propio orden jurídico, no de postula-

7 *V.g.*, Art. 18, CCFed. “El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”.

8 *V.g.*, la *Ley sobre aplicación del derecho en casos de derecho civil con relación extranjera* de Taiwán (art. 30) prescribe que ante la falta de norma que regule la relación extranjera “se tomarán los principios generales del derecho”.

dos metafísicos,⁹ aunque para Dworkin solo corresponden a ciertas razones de peso para el caso a ser resuelto.

Resolver es la respuesta más racional y sensata, pues de lo contrario se produciría una denegación de justicia. El problema de tráfico jurídico, más que ser un problema legal o de legislación, es un problema de decisión, en el que la figura de mayor importancia es la del juez. Para resolver es necesario aceptar que el juez es creador. Hart (1980) ya se había percatado de esto, en efecto, afirma que “para regular [...] la legislatura establece guías muy generales y delega en un cuerpo administrativo creador de reglas, familiarizado con diversos tipos de casos, la tarea de modelar reglas adaptadas a las especiales necesidades de estos” (p. 163). El hecho es que difícilmente el juez contará con una disposición estándar que lo auxilie a recurrir a la discrecionalidad y razonamiento. La claridad del razonamiento podrá observarse en su *ratio decidendi*.

Recurrir a la discrecionalidad no significa emplear la arbitrariedad. La discrecionalidad judicial de que hablo tampoco es precisamente la del juez Hércules dworkiniano, donde la decisión marcada por una super racionalidad solo es una y es la correcta (el juez solo debe buscar y descubrir

la respuesta, no crearla, pues no se admiten respuestas indeterminadas).¹⁰

Lo que ha de aplicar es el derecho positivo, no algo ajeno, proveniente de la metafísica, de mera razón sin ataduras, alguna esencia celestial o inventar. El mismo derecho positivo le permite actuar. Cualquier juez goza de discrecionalidad a partir de los marcos que le impone el dogma legal (la discrecionalidad no es absoluta). Dentro de estos, el juez “nada” como si estuviera en una piscina (aunque restringido a las aguas de la piscina). No busca la decisión en lo preconcebido (determinista), porque no está preconcebida totalmente la decisión; pero tampoco ha de ser arbitrario.

El hecho de que una regla de la razón prohíba una decisión arbitraria, de esta no se sigue la posibilidad de recurrir a una decisión irracional. La discrecionalidad judicial, expresa Renteria (2007), viene a ser “la condición en que se encuentra el órgano judicial cuando vienen a faltar indicaciones jurídicas incontrovertibles que le señalen una (y solo una) respuesta para el caso que está resolviendo” (p. 38). Por su parte, afirma Real (2007), la discrecionalidad posibilita al juez cumplir con el *deber* de pronunciarse a favor de alguna de las partes, aun cuando no haya encontrado *ninguna* razón por la que decidir en un sentido o en contrario, o encuentra *tantas*

9 Sobre principios ver: Silva, J. A., 2008, 2009.

10 Para una defensa de esta tesis dworkiniana (que asesina a la discrecionalidad judicial), véase Real, (2007, pp. 406 y ss.).

como para fallar a favor de cualquiera de las dos (p. 386).

Algunos enunciados normativos tratan de cubrir la tarea relacionada con la individuación de una disposición conflictual; suelen incluir prescripciones que algunos juristas cubren bajo la etiqueta “normas generales del Derecho internacional privado”. Pero un examen de estos enunciados normativos nos muestra que no responden cabal y expresamente a lo complicado de los problemas de racionalidad en que se ve envuelto un juez y, mucho menos, a la realidad social a la que se dirigen.

Algunos juristas presentan esta problemática en un capítulo que etiquetan como “normas de aplicación del derecho extranjero” (Fernández y Sánchez, 2009, p. 14), o “técnicas de ajuste o adaptación” (Fernández, 2009, p. 14), otros prefieren hablar de “problemas concretos” que presenta lo que llaman el “método de las normas de conflicto”, como en las hipótesis de la calificación, la cuestión previa o el reenvío (Fernández, 1980, p. 349).

En general, para los profesores españoles se trata de “problemas de aplicación de la Nc”. Son, dicen los profesores Calvo y Carrascosa (2004), “problemas de aplicación”, inspirándose para ello en Kegel, y agregan que son “problemas inevitables” (p. 226). Para esto, también se recurre, en gran medida, a lo que suelen llamar “téc-

nicas de aplicación”, adaptación o coordinación.¹¹

Pero la cuestión es que no se trata de solo decir que son problemas de aplicación, eso no nos dice ni resuelve nada. Lo que requerimos es saber cómo se resuelven esos problemas, cómo se debe razonar.

En general, estos juristas coinciden claramente en presuponer medios, reglas o caminos para la puesta en ejecución de un enunciado conflictual. ¿Pero, cuáles son esos medios, reglas o caminos? Como se observa, los que escriben acerca del derecho no están ausentes de estas cuestiones, aunque por lo difícil, creen enfrentarse a un conocimiento esotérico (Jueger, 1993, p. 4) o impenetrable (demasiado difícil de solución). Por ello, es necesario admitir que el juez, al momento de resolver un caso concreto, tendrá que ir “más allá” de significados mecánicos, fijos y preconcebidos y resolver, por muy difícil que pueda parecer a partir de una razón práctica. Se debe tomar en cuenta que la función del derecho es resolver problemas reales, siendo estos, con los que debe adecuar el derecho positivo por medio de la actividad del juez.

Solo preguntémosnos ¿acaso los textos de una ley son tan claros que no merecen interpretación? El juez tampoco es “la boca

11 La técnica jurídica hace alusión a relaciones técnico-causales, o técnico-lógicas. Responde a un “tiene que”, no a un “debe de”. Es el medio o causa del fin. Es por lo que, a mi parecer, no encajan aquí estas reglas. (Robles, 2006, pp. 273 y ss; Robles, 1982, pp. 20, 71 y 140; Robles, 1985, p. 96; Lariquet, 2007, p. 221; Cárdenas, 2007, p. 108).

de la ley”, como lo dijera Montesquieu o la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México en algún momento (SJF, 1955). De esta manera, el juez no solo se queda con problemas de interpretación (que no significa descubrir o desentrañar significados), sino que debe asumir papeles de verdadera invención, inteligencia y creación, pero sin contrariar el núcleo central básico de la ley.

Con lo anterior estoy afirmando que no basta una interpretación semántica, ni sintáctica, ni una fundamentación en un texto del legislador, sino que el juez debe responder con decisiones racionales convincentes para los casos para los que el legislador no proporciona respuestas. Esto obliga al juez a presentar argumentos y justificar¹² el porqué de su decisión. Se trata de cuestiones que no siempre son abordadas por la teoría del derecho.¹³

Por justificación cabe entender un procedimiento racional suficiente y adecuado, en el que se enlazan una serie de premisas o inferencias orientadas a una

conclusión, pero que, además, sea aceptable por persuasiva y sus buenas razones.

Ejemplo. En el caso de un contrato en el que se pactó que un fabricante debe elaborar un específico producto, empaquetarlo, enviarlo a México, dejarlo en las puertas de la empresa compradora, está el problema de saber en cuánto tiempo debe fabricar y entregar el producto, cuando por un olvido el plazo no se estableció en el contrato. En este caso, el juez justificará explicando por qué ese producto necesita un específico tiempo para fabricarse, cuánto tiempo debe considerarse para transportarlo, cuánto para cruzar la frontera, incluyendo los problemas burocráticos que se presenten, tomar en cuenta tipo de transporte, carreteras, etc. Justificará otorgando un plazo a partir de cada acto necesario para dar cumplimiento al contrato, especificando horas, días, meses o años.

Cabe resaltar que por justificación no estoy significando hacer explicaciones sociológicas. En el ejemplo citado, el juez tiene que tomar en cuenta la realidad social, que varía de tiempo en tiempo y de lugar en lugar. En casos como estos no funcionan ni aplican criterios de otros lugares, ni los precedentes judiciales de otros tiempos. Incluso, tampoco aplican leyes en desuso, obsoletas o anacrónicas (Primera Sala, 2022).

12 Wróblewski afirma que “una decisión podría justificarse identificando los argumentos que la sustentan (justificación interna), justificando estos argumentos como buenas razones y los razonamientos justificativos como razonamientos apropiados (justificación externa)”. Más adelante expresa que lo que interesa son los argumentos que justifican la decisión interpretativa (Wróblewski, 1988).

13 Raz expresa que “no es función de la teoría jurídica justificar el derecho, sino explicarlo”. Tal vez deje este aspecto a la teoría de la decisión, porque además el juez sí tiene la obligación de dar a conocer las razones del porqué de su decisión (Raz, 1986, p. 169).

PROBLEMAS QUE SURGEN PARA LA TOMA DE LA DECISIÓN

¿Cómo es que un juez produce su decisión? Diversos juristas suelen apegarse al silogismo judicial (si p, entonces q); pero en la mayoría de los problemas que arroja la aplicación de un enunciado conflictual la respuesta no es de simple encajonamiento de la conclusión en una mera justificación deductiva. Es necesario pasar a una justificación de segundo nivel o externa, donde es necesario resolver diversos problemas de interpretación, razonamiento, relevancia y calificación.

Los casos en que un juez resuelve no se fundan, necesariamente, en textos explícitos en alguna ley; más bien, en la práctica observada, el juez comienza a resolver tomando en cuenta:

- a) Razones propias. Decisiones propias del juez, construyendo sus propios argumentos.
- b) Razones ajenas. Decisiones en las que el juez toma decisiones producidas con anterioridad. Generalmente, a partir de razonamientos difundidos por los dogmáticos o por decisiones judiciales anteriores.

Hoy en día es raro encontrar con pureza el primer tipo de decisiones, pues serían decisiones extraordinarias. Lo normal es

que se combine el argumento propio con el habido en decisiones anteriores.

El segundo tipo parece ser el más frecuente entre nuestros jueces. Parte de paradigmas que se iniciaron con la decisión dada a un caso real habido con anterioridad. Hasta el momento de resolverse solo era una decisión particular, no un paradigma. No obstante, llaman la atención y surge una aceptación; tomándola de casos similares y funcionan como argumentos de autoridad.¹⁴ Se suele recurrir a interpretaciones restrictivas o amplificadoras, otras sintácticas, prácticas, etcétera. A pesar de ello, los argumentos han sido contradictorios. Aunque, en el fondo, conforman una *consuetudo*.¹⁵

Estas decisiones parten de diversos grupos de cuestiones, por ejemplo:

- a) problemas en los que se admite una disposición conflictual, pero surgen problemas que complican su individuación. Es el caso de hipótesis de calificación del supuesto, reenvío y cuestión previa.
- b) problemas que se presentan con la imposibilidad de concretar una disposición conflictual, como ocurre en el caso en que se rechaza un enunciado normativo extranjero (v.g., las hipóte-

¹⁴ Como se observa, no exponen el argumento, sino que se remiten al argumento expresado en algún precedente judicial o algún texto doctrinario.

¹⁵ No me detendré en la forma en que se conforma la *consuetudo*. La mejor obra que explica esto es la de Tamayo y Salmorán, R. (2019).

sis de vulneración al orden público, la institución desconocida, el fraude a la ley y la falta de reciprocidad).

Para estos problemas se han generado decisiones, cuyos criterios han sido tomados, generalmente, como modelos de razonamiento,¹⁶ que no necesariamente se encuentran en las leyes, sino en la inteligencia del juez.

Cualquiera que sea el caso, recurrir a razonamientos no solo es importante porque definen la solución de un caso concreto, sino porque suelen trascender y alcanzar aceptación entre otros jueces; no derivan de un enunciado legislativo, sino de razonamientos judiciales. De alguna forma la obra teórica-jurídica de juristas especializados también expone modelos de manera paradigmática.¹⁷ Ocurre que varias de las decisiones han implicado un argumento, pero sin exponer el razonamiento. A veces les ha bastado o denominación del argumento. De igual manera, los decisiones producidas han apuntado mayoritariamente al qué hacer cuando se

presenta un problema, cuál es la forma de razonar la decisión.

Nino (1989) expresa que la actividad que realizan los jueces y profesores se apoya, normalmente, en la doctrina, lo que demuestra la función tan importante que esta tiene (Nino, 1989, p. 104; Lariquet, 2007, p. 213). Incluso, sobre todo la doctrina de alto nivel presenta modelos particulares del dogmático y modelos paradigmáticos, como los que he venido mencionando.

Algunos profesores de la disciplina suelen plantear a sus alumnos las respuestas a las que han llegado esos jueces, presentándolas como dogmas, modelos estándar, argumentos de autoridad. Los presentan como respuestas dadas, preconcebidas y aceptadas en todo tiempo y espacio, sin admitir discusión. Aunque este medio es aceptable, resulta incompleto. Los estudiantes requieren conocer de los argumentos producidos, pero también de cómo incentivarlos para una argumentación propia.¹⁸

La pretensión de corrección, a que suele llegar el sentido formalista de una de las tradiciones del positivismo es de gran importancia para la decisión; pero también suele ser olvidada, incluso en libros de texto o artículos de revista reconocidos.

Un efecto del comportamiento de algunos profesores produce problemas en el

16 Un desarrollo de modelos paradigmáticos de razonamiento puede verse en Wróblewski (1984).

17 No es equivocado construir modelos de razonamiento (razonamientos paradigmáticos), lo equivocado sería acoger esos modelos como modelos o ideas platónicas indestructibles. Aunque los modelos requieren de seguidores, no deben ser tomados como dogmas. El modelo hay que dejarlo en el lugar al que pertenece: en la galería de modelos. Kuhn expresa que “en la medida en que los trabajos de investigación normal puedan llevarse a cabo mediante el empleo del paradigma como modelo, no es preciso expresar de manera explícita las reglas y suposiciones” (Kuhn, 1971, p. 143).

18 Sobre ponderación véase Alexy, R. e Ibáñez, A. (2006).

personal formado (estudiantes). Recordemos aquellos excelentes estudiantes, con un alto promedio en su calificación que solo se quedaron con la respuesta para el caso, pero ignorando cómo se argumentó para resolver. En palabras de Tamayo (2021), esos estudiantes saben que saben, pero no saben qué hacer y decir (p. 27).

Veamos lo anterior con algo semejante o parecido: decirle a una persona que cierta conducta está prohibida es algo similar a lo que dice un cartel callejero (*v.g.*, prohibido fumar, nadar, tomar fotografías). Si a un estudiante solo se le dice prohibido o permitido un tipo de conductas, poco entenderá de lo que se le dice. Su conocimiento es incompleto e insatisfactorio. Es necesario mostrarle por qué se toma una decisión y cómo debe tomarse. El razonamiento a seguir le auxilia al estudiante a comprender lo que se le dice y porqué (el razonamiento subyacente). No se trata de que aprendan por mero acto de fe, sino de que conozcan el porqué. El “porqué” es un elemento sustancial del trabajo científico. Las clases en que el profesor solo habla impiden que el estudiante ejercite su razonamiento.

En el caso de varios jueces, su actividad suele reducirse en copiar el criterio expuesto en un precedente judicial y llevarlo mecánicamente al caso concreto. Les es más fácil recurrir a precedentes judiciales (generalmente solo un simple extracto) que tener que razonar y justificar por sí

misimos. Un criterio judicial, así tomado, encaja en un argumento de autoridad, en el que el juez obra como autómatas, ignorando la realidad social. Trata de realizar una tarea fácil en lugar de aducir razones y lograr una persuasión propia. En casos como estos, la expresión anquilosada de su razonamiento se encuentra atrofiada. Es obvio que con estas conductas el derecho judicial se estanca y no avanza.

Adelanto que en los modelos de razonamientos hasta ahora conformados encontramos problemas relacionados con la aplicación (o rechazo) de un enunciado conflictual. Para resolver algunos de los problemas a que me he venido refiriendo, las leyes de algunos países se inspiran en estos argumentos y los establecen en sus textos legislados, pero a manera de directrices.¹⁹

El derecho, en la perspectiva de Atienza (2013), no puede verse simplemente como un objeto de conocimiento, como algo que simplemente está ahí afuera, listo para ser descrito y replicado. El derecho es (si se quiere, además) una actividad, una empresa de la que cada juez forma parte, en la que se participa. La función del intérprete

19 Dworkin alude a estas directrices y Raz a aquellos poderes legislativos encargados “para promover determinados objetivos”. La concesión de legislar – dice Raz – puede estar cargada “con la imposición de un deber de emplearla de determinada manera”. Le denomina *poder delegado dirigido*. Se trata de “razones para la inclusión de nuevas normas jurídicas”. En cierta forma, no son meras instrucciones, sino normas para que se produzcan nuevas normas (Raz, 2001, pp. 262 a 264).

y aplicador del derecho no puede limitarse a retratar lo que existe; lo importante es que debe tener un propósito de mejora de esa práctica, de mejora del derecho (p. 121); actividad que realiza al saber reformularlo sin olvidar la realidad social a la que se dirige y el efecto que ha de producir. En la aplicación, el derecho no solo es letra, sino que requiere adecuación a la realidad a la que va dirigida y, esta, debe ser tomada en cuenta por el juez al momento de resolver. Lo anterior, importa en la función del intérprete y del aplicador.

A las diversas formas de razonar y justificar se les suele dar un nombre. En este sentido, lo que solo eran conceptos, argumentos, significaciones, entrecruzamiento de proposiciones, etcétera, son bautizados con un signo lingüístico que se considera conveniente por quien le pone el nombre. Ya de ahí en adelante, consensada la denominación, los que juzgan (jueces) y los que enseñan (profesores) suelen reducirse al signo, sin expresar el argumento, citando únicamente la denominación. Presentan así cada modelo, bajo un específico signo lingüístico, modelo o constructo que han venido a denominar calificación del supuesto, reenvío, fraude a la ley, etcétera.

MANIPULACIÓN CONFLICTUAL

Hay otro tipo de cuestiones más complicadas que se producen en el terreno de la práctica por medio de una Nc tradicional, pues suelen ocurrir casos en que se

presentan decisiones que admiten o rechazan reenvíos, los limiten y regulen. La experiencia ha mostrado, con frecuencia, que cuando se concreta una razón negativa o razones que admitan reenvíos (entre otros), el operador jurídico ha resuelto un caso difícil, esto es, un caso que requiere de argumentos, ponderación o proporcionalidad de razones, apoyo en los principios del orden jurídico, toma de una decisión a partir de los pocos elementos empíricos (los expresos) con que se cuenta y no de un simple *modus ponens*.

Los enunciados conflictuales previstos por un legislador no se escapan de la vaguedad y ambigüedad de los mismos, siendo esto lo que con frecuencia conduce a diversas significaciones. A pesar de la vaguedad y ambigüedad (la indeterminación semántica), se le emplean por el legislador en forma consciente, produciendo una textura abierta de los enunciados. De la indeterminación se han valido jueces y dogmáticos para conducir su discurso, vía manipulación retórica. De hecho, algunos enunciados son tomados como “cajón de sastre”, al que se le introduce todo aquello que, al final, no queremos admitir si se produjese la incorporación.

El estadio deliberativo,²⁰ esto es, el momento en el que el juez analiza la posibilidad de concretar una razón negativa (y, en su caso imponerla), no es fácilmente

20 Deliberación, de *deliberatio*, que, a su vez deriva de librare, pesar con la balanza. Estadio deliberativo, momento en que se hacen las deliberaciones.

detectable para los abogados en un asunto a ser resuelto.

Hay diversas expresiones y palabras (signos) en la normatividad conflictual cuyos significados vagos, conducen a significados diversos. Lo mismo ocurre con frases y palabras ambiguas, pues no resultan fácilmente comprensibles (significables) lo prescrito. Podemos encontrar expresiones tan ambiguas como “orden público” o “fraude a la ley”. Hart (1980) decía:

[...] si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad.

Pero ocurre que con las pocas palabras y frases que aparecen en los enunciados del legislador, difícilmente se podrá “extraer” respuestas jurídicas para aquellos casos que carecen de enunciados (lagunas) o en aquellos donde no son precisos. Aquí hay que comenzar por reconocer que en la legislación se presentan grandes espacios de discrecionalidad para el juez, que no descansan en meras reglas semánticas, sintácticas o lógicas (p. 160).

Un mal planteamiento del problema a resolver o el empleo o uso tergiversado de argumentos y falacias (la mala conducción a específicas significaciones de los

textos normativos), el recurso a la manipulación retórica (sobre todo en el discurso oral), pueden llevar a los jueces a resolver en sentido diferente a como otras personas estiman debería de haberse resuelto o conforme a lo que para algunos es lo razonable o, acaso, lo racional. En México, a estos procedimientos que distorsionan el camino a seguir les llamamos *chicanas* o *argucias legaloides*. En el ámbito doctrinario, y aun cuando se piense de buena fe, pero se ignora cómo argumentar (dar razones a favor o en contra), conduce a conformar acrobacias conceptuales.

Se trata de procedimientos o manipulaciones que tienen como propósito obstaculizar o impedir la recta aplicación del derecho o que se pueda continuar con un proceso. Estas prácticas suelen auspiciarse por los propios jueces o por los abogados de las partes. Juenger (1993) se encargó de denunciar que en EUA los jueces son dados a lo que él llamó *manipulación o subterfugios conflictuales*. Con estas expresiones comprende algunas prácticas judiciales artificiosas conforme a las cuales se recurre discrecionalmente a las cláusulas de reserva para evitar el reconocimiento e incorporación del orden jurídico extranjero; lo anterior –expresa–, con la finalidad de evitar la aplicabilidad de las normas conflictuales tradicionales. El sistema judicial –dice– ha sido criticado y (en gran medida) ha pasado a la historia de EUA (p. 45).

Esta manipulación –dice– se concreta de la siguiente forma. Una vez que un litigante alega a su favor el orden jurídico propuesto por una Nc, la autoridad recurre a falacias o interpretaciones tergiversadas para evitar autovincularse con ese orden jurídico (uso de irracionalidad o discrecionalidad distorsionada). Recurre a una calificación específica, al reenvío, a la excepción de vulneración al orden público u otra cláusula de reserva, etcétera. El subterfugio no es la institución aplicada, sino el pretexto (disimulo) utilizado para aplicarla. En el fondo, afirma Juenger, este mecanismo de discrecionalidad debilita la armonía de soluciones y “corrompe la argumentación jurídica”.

Juenger (1993) explica que estos subterfugios conflictuales esconden las tretas, escapatorias o excusas a que recurren algunos jueces para evitar la incorporación del orden jurídico a que conduce una Nc. La manipulación se observa luego de que un litigante alega a su favor un orden jurídico extranjero; pero la autoridad recurre a interpretaciones y manipulaciones para imponer una razón negativa (p. 44). En el fondo, esta actitud presupone una desmedida autoprotección de su sistema jurídico.

Un examen cuidadoso de las operaciones denunciadas no conduce a afirmar que lo incorrecto sea el empleo de la discrecionalidad; más bien, lo incorrecto es el uso o abuso que se hace de esta, con

finés que tratan de evitar una decisión jurídica justificada que conduzca a una vinculación entre ordenamientos jurídicos (las aparentes razones): un mal o tergiversado uso la discrecionalidad y recurso a falacias.²¹ Lo dicho por Juenger hace suponer razonamientos mal-intencionados, embrollados y carentes de raciocinio por parte de quienes recurren a estos juicios o formas de decidir, conduciendo a su auditorio a significados irracionales. De aquí la importancia de que la *ratio decidendi* de los jueces tenga que ser expresada con claridad, que justifique cada decisión. Un discurso científico a esto está llamado.

Por otro lado, tampoco cabe exigir una indiscutible objetividad (porque no se encontrará), cuando cierta objetividad se desplaza en la reconstrucción de los modelos e instituciones. En este sentido, expresa Ross (1997): “La racionalidad no es nunca, como sabemos, valorativamente neutra. Está dirigida por ciertos valores, que están más o menos condicionados por preferencias valorativas ideológicas. La racionalidad del razonamiento jurídico no difiere, en este respecto, de otras formas de racionalidad” (p. 120).²²

21 Toulmin explora estas falacias (Atienza, 2013, p. 94).

22 Wróblewski prefiere aludir a “la ideología operativa en la aplicación del derecho” (Wróblewski, 1998, p. 18).

CONFLUENCIA SIMULTÁNEA DE VARIAS NORMAS DE CONFLICTO

Hay varios ejemplos en los que se requiere de razonamientos; tales son los casos en que concurren diversas normas de conflicto (Nc). Aquí suelen surgir diversos tropiezos, entre otros:

- a) problemas de encuadramiento de los supuestos fácticos en los normativos (calificación), de remisión a un tercer ordenamiento jurídico (reenvío), dudas para el trato de otra cuestión (v.g., cuestión previa) o
- b) problemas de confluencia simultánea a un caso de varias normas de conflicto (una pluralidad), presentándole al juez un problema mayor, pues suele ocurrir que “no están armonizadas”.

En estas hipótesis cabe diferenciar dos tipos de problemas:

- a) aquellos en que solo aparece una Nc para resolver el caso (como los que hasta aquí me he venido refiriendo), o
- b) aquellos en que concurren simultáneamente varias Nc (tema al que me encamino).

Cuando concurren varias Nc se presentan problemas de amoldamiento, pero aquí se nos bifurcan o ramifican en diferentes hipótesis:

- a) que las Nc que concurren no son contradictorias entre sí, o
- b) las Nc que concurren resultan contradictorias al ser valoradas para la decisión final.

Trataré de explicar estas hipótesis.

Caso con una sola Nc. Se trata de una y única norma (en general, la mayoría de los ejemplos que he listado hasta aquí, caben en esta).

Caso en que concurriendo varias Nc no presentan contradicción entre ellas. En esta hipótesis es posible amoldarlas. Esto es, si en el caso concurren varios supuestos normativos y a cada uno se le designa un específico derecho extranjero, la solución es tomar en cuenta un derecho sustantivo extranjero para cada supuesto. Es en este caso cuando nos encontramos con el fenómeno conocido como *depeçage*.

Caso en que concurriendo varias Nc, resultan contradictorias entre sí. Se trata de la hipótesis que ofrece mayor problema en el razonamiento. Las Nc en presencia se contradicen entre sí, especialmente para la toma de la decisión final. La localización de varios ordenamientos jurídicos a regir para el caso a resolver, producen un gran problema si se aplicasen mecánicamente, por lo que es necesario recurrir a razonamientos que tiendan a compatibilizar el orden

jurídico designado y evitar un *laissez faire*. Los problemas de compatibilización resultan más complicados para el jurista.

LEGISLACIÓN MEXICANA

A reserva de explicar cada uno de los modelos que he mencionado, en el ordenamiento jurídico mexicano se suelen acoger algunos relacionados con:

- a) La calificación jurídica del supuesto
- b) El reenvío
- c) La cuestión previa

Al lado de estos modelos encontramos otros empleados para rechazar el orden jurídico extranjero, esto es, razones negativas. En estos, el orden jurídico mexicano y sus juristas acogen las siguientes:

- a) Los que impiden la vulneración al orden público
- b) Los vulneratorios de los derechos humanos
- c) Los que rechazan una institución desconocida
- d) Los creados con fraude a la ley
- e) Los que reaccionan ante la falta de reciprocidad

En general, no se trata necesariamente de razonamientos explícitos y anotados en las leyes, ni de actos arbitrarios, más bien suponen argumentos encaminados

al rechazo de una Nc. Los razonamientos paradigmáticos construidos por la dogmática son de gran importancia.

El juez que resuelva, al fin de cuentas, debe justificar su decisión, no solo frente a cada una de las partes del litigio, sino también, frente al tribunal superior (que podrá revisar su decisión), frente a la profesión jurídica y juristas, que auditarán sus argumentos, y frente al público general.²³

CONCLUSIÓN

Al juez y al reformulador del DIPr no le queda más remedio que acercarse a la argumentación para poder dar a conocer el lenguaje objeto, propio del DIPr. De no hacerlo, solo retratará un enunciado normativo, tal vez presentará un problema de tráfico jurídico internacional y su respuesta, pero dejará ausente la razón por la cual se llega a esa respuesta, lo que impactará negativamente en un justiciable, que no sabrá por qué se resolvió y cómo se resolvió; igualmente, en un estudiante, que poco entenderá de lo que se le dice dejándolo con un conocimiento incompleto e insatisfactorio.

²³ En palabras de Toulmin “cabría incluso decir que nuestras pretensiones extrajurídicas tienen que ser justificadas no ante sus majestades los jueces, sino ante el tribunal de la razón” (Atienza, 2013, p. 86).

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. e Ibáñez. A. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, Trotta.
- Calvo, A. y Carrascosa G., J. (2004). *Derecho internacional privado, vol. I*. Comares, Granada.
- Cárdenas Gracia, J. (2007). *La argumentación como derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.
- Esteban de la Rosa, G. (2020). Método y función del derecho internacional privado: hacia la más plena realización de los derechos humanos. *REEI*, 40.
- Fernández, J. C. y Sánchez, S. (1995). *Curso de derecho internacional privado*. Civitas, Madrid.
- Fernández Rozas, J. C. (2009). Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 25.
- Fernández, J. L. (1980). *Manual de derecho internacional privado. Libro segundo. La teoría*. Editorial de Derecho Reunidas, Madrid.
- Hart, H. L. A. (1980). *El concepto de derecho*. Editorial Nacional, México.
- Juenger, F. (1993). *Choice of Law and Multistate Justice*. Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers.
- Juenger, F. (1993). Balance y perspectivas de la década en Estados Unidos. En R. Carande. (Ed.). *Principios, objetivos y métodos del derecho internacional privado, perspectiva de una década*. Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid.
- Kuhn, T. S. (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Lariguet, G. (2007). *Dogmática jurídica y aplicación de normas*. Fontamara, México.
- Nino, C. S. (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Primera Sala. (2002). AR 318/2022. Registro: 2026756.
- Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Gedisa, Barcelona.
- Real, A. (2007). La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘border’ cases y ‘pivotal’ cases”. En *Problema, Anuario de filosofía y teoría del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Rentería, A. (2007). *Il labirinto della giustizia*. Milano, Franco Angeli.
- Robles, G. (1985). La decisión en el derecho y la tónica jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, nueva serie, año XVIII, (54).
- Robles, G. (2006). *Teoría del derecho; (fundamentos de teoría, comunicación del derecho)*, Civitas, Madrid.
- Robles, G. (1982). *Epistemología y derecho*. Pirámide, Madrid.

- Ross, A. (1997). *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba, Buenos Aires.
- Silva, J. A. (2008). Algunas notas sobre el concepto de principios del derecho en las resoluciones judiciales mexicanas relacionadas con el derecho internacional privado. *Conocimiento y cultura jurídica*, 1(2).
- Silva, J. A. (2020). *Rapsodia Jurídica. Selección de textos jurídicos*. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez.
- SJF, 5a época, Sala Auxiliar, revisión fiscal 207/50, 24 de agosto de 1955, registro: 384434.
- Staelens, P. (1988). El nuevo marco legal de los conflictos de leyes en México. *Alegatos*, 8.
- Tamayo y Salmorán, R. (2013). *Juris prudentia: more geométrico. Dogmática, teoría y metateoría jurídicas*. Fontamara, México.
- Tamayo y Salmorán, R. (2019). *Costumbre o eficacia. Condición necesaria y suficiente de existencia del derecho*. Fontamara, México.
- Tamayo y Salmorán, R. (2021). *Ciencia del derecho y enunciados, derecho y normas. Un enfoque de análisis conceptual y epistemología jurídica*. Tirant lo Blanch, México.
- Tribunales colegiados. (2006). AD 447/2005. Registro: 175082.
- Wróblewski, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas, Madrid.
- Wróblewski, J. (1983). Paradigms of justifying legal decisions. *Theory of Legal Science, Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund, Sweden.

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2023.2.4>

FECHA DE RECIBIDO: 08 de diciembre 2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 10 de enero 2024

Arbitraje Comercial Internacional truncado. Cláusula arbitral defectuosa

Defective Arbitration Clause. Truncated Commercial Arbitration

Resumen

El arbitraje comercial internacional es un medio eficaz de solución de diferencias, sin embargo, en la práctica encontramos procedimientos arbitrales truncados por la acción u omisión de la parte demandada que impide la solución de la controversia planteada, lo que se traduce en una denegación de justicia arbitral en perjuicio de la parte reclamante. Mediante el método dogmático, de análisis de casos y comparativo, la presente investigación tiene por objeto analizar algunos arbitrajes truncados, sus causas y consecuencias, a efecto de proponer recomendaciones preventivas que pueden adoptar las partes para llevar a buen fin el proceso arbitral, es decir, alcanzar la solución de la controversia y contribuir así a la efectividad y eficiencia del arbitraje como método de solución de disputas.

Palabras clave: lugar de arbitraje, nombramiento de árbitros, acuerdo arbitral, cláusula arbitral defectuosa, arbitraje frustrado, recurso de nulidad.

¹ Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A. C. (AMEDIP). Ex árbitro (panelista) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y Magistrado de la Tercera Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0345-2072>

SUMMARY

International commercial arbitration is an effective means of dispute resolution, however, in practice, we find arbitral procedures truncated by the action or omission of the defendant that prevents the resolution of the dispute raised, which translates into a denial of arbitral justice to the detriment of the claiming party. Through the dogmatic, case analysis and comparative method, the purpose of this research is to analyze some truncated arbitrations, their causes and consequences, to propose preventive recommendations that the parties can adopt to bring the arbitration process to a successful conclusion, that is, reach the solution of the controversy and thus contribute to the effectiveness and efficiency of arbitration as a method of dispute resolution.

Keywords: place of arbitration, appointment of arbitrators, arbitration agreement, defective arbitration clause, frustrated arbitration, appeal for annulment.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), quienes derivan sus poderes de un acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia (Siqueiros, 1992). La modernización de las comunicaciones y transportes, el aumento vertiginoso del intercambio comercial y del flujo de inversiones a nivel mundial y, en general, la globalización, han provocado un incremento importante de las controversias internacionales que han encontrado en el arbitraje un medio confiable y rápido de solución.

El proceso arbitral tiene grandes ventajas frente al procedimiento judicial, tales como celeridad, imparcia-

lidad y especialización de los árbitros. Las partes tienen la opción de conferir la resolución de su controversia a una persona o personas que, por su experiencia y especialización, pueden entender perfectamente las particularidades de la disputa. En el plano comercial internacional, las partes tienen en el arbitraje un foro neutral que les permite evitar litigar en el estado de la contraparte, motivo por el cual, en ocasiones el proceso arbitral no responde a una elección, sino a una auténtica necesidad (Cabrera, 2021, p. 45)

Es pertinente destacar que el arbitraje comercial internacional es un mecanismo de resolución de disputas que requiere de la interacción con el ordenamiento jurídico y los órganos judiciales de un Estado para determinadas funciones de apoyo y control, necesarias para el buen fin del procedimiento arbitral. En este orden de ideas, la sede del arbitraje tiene una importancia fundamental puesto que establece el vínculo jurídico entre el procedimiento arbitral y una jurisdicción determinada (Cabrera, 2021, p. 43).

A diferencia del proceso judicial donde se debe cumplir lo establecido en la ley, en el arbitraje las partes tienen diversas libertades, tales como decidir el número de árbitros, elegir al árbitro o árbitros, diseñar el procedimiento a seguir, si la diferencia se resolverá en equidad o en derecho y acordar el lugar o sede del arbitraje. Estas

libertades bien usadas pueden proporcionar grandes beneficios a las partes para la solución del conflicto, ya que brindan seguridad jurídica, celeridad, especialización del árbitro, economía y confidencialidad; sin embargo, mal utilizadas pueden entorpecer y hasta truncar el arbitraje.

El uso de las libertades en el arbitraje y, en particular, la de nombramiento de árbitros y la de selección del lugar o sede del arbitraje a que se hará referencia más adelante, requieren de conocimiento, experiencia jurídica y prudencia, ya que su mal uso puede tener efectos desastrosos, es decir, truncar el arbitraje e impedir la solución de la controversia. Lamentablemente, debido a un acuerdo de arbitraje defectuoso, en el mundo real se presentan arbitrajes truncados o frustrados que nunca resuelven una controversia, sean privados (particular c. particular), mixtos (particular c. Estado) o públicos (estado c. estado), estén previstos en una cláusula arbitral, en un contrato o en un tratado internacional, y respecto a cualquier materia, sea comercial, de inversiones u otra.²

En el medio, los arbitrajes truncados se ven como algo normal y legal, consecuencia de la torpeza o desconocimiento de las partes o de sus abogados. En este trabajo

2 El caso del Capítulo XX TLCAN (Hoy Artículo 31 del T-MEC) sobre el azúcar y el caso del órgano de Apelación de la OMC que desde 2017 no se integra, son dos ejemplos de arbitrajes públicos (estado c. estado) truncados por la negativa de una de las partes (EU) para nombrar árbitros, en perjuicio de la parte demandante.

se estudian algunos casos de denegación de justicia arbitral relativos a arbitraje comercial internacional y se muestra cómo una cuidadosa redacción o diseño de un acuerdo arbitral puede minimizar los riesgos de arbitrajes truncados. Para tal efecto, se plantean algunas medidas preventivas que pueden adoptar las partes para evitar la creación de cláusulas arbitrales patológicas que impidan la solución de la controversia en perjuicio de la parte demandante, situación que merma la confianza en el arbitraje como medio eficaz de solución de conflictos.

2. NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS

La libertad de las partes para nombrar árbitro o árbitros es piedra angular del arbitraje y requisito indispensable para la constitución del tribunal arbitral y la solución de la controversia. En el acuerdo arbitral las partes pueden convenir el número de árbitros y designar a la persona o personas que deben actuar como tal en una controversia presente o futura, o bien, indicar la forma o procedimiento que se debe seguir para su nombramiento. Lo que impera en el arbitraje es la voluntad de las partes expresada en el acuerdo arbitral y se debe respetar.

El arbitraje puede ser institucional o *ad hoc*. Es Institucional cuando las partes pactan en el acuerdo arbitral que el arbitraje, incluido el nombramiento del árbi-

tro o árbitros, se llevará a cabo conforme a las reglas establecidas en el reglamento de una determinada institución, por ejemplo el Centro de Arbitraje México (CAM), la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), la American Arbitration Association (AAA) y la International Chamber of Commerce (ICC), entre muchas otras. Es *ad hoc* el arbitraje cuando las partes crean sus propias reglas aplicables al proceso arbitral, incluido el procedimiento de nombramiento de árbitros.

En ocasiones las partes acuerdan, en lo general, la aplicación de un reglamento arbitral y formulan excepciones respecto a determinados aspectos. Por ejemplo, convienen en aplicar el reglamento de una institución arbitral (CANACO) excepto en lo relativo al nombramiento de árbitros. En este supuesto, formulan sus propias reglas de nombramiento de árbitros y asumen los riesgos y consecuencias que ello implica. Lo recomendable es someter el arbitraje al reglamento de una institución arbitral determinada que ha sido aplicado por años y probada su eficacia en múltiples controversias, y no asumir el riesgo de crear lo que se conoce en el medio arbitral como cláusulas arbitrales patológicas, es decir, reglas arbitrales defectuosas que pueden llegar a bloquear el nombramiento de los árbitros y la constitución del tribunal arbitral.

En otros casos las reglas de nombramiento de árbitros formuladas por las partes son poco claras, restringidas o cerradas, es decir, debido a una laguna legal no establecen la forma de proceder ante determinados supuestos, hayan sido pactadas en un contrato, en un acuerdo o en un tratado internacional; situación que ha sido aprovechada por la parte demandada que, con su simple inactividad u omisión o la de un tercero ajeno a la controversia provoca que no se nombren árbitros, no se constituya el tribunal arbitral y nunca se resuelva la diferencia planteada. A manera de ejemplo, enseguida se exponen algunos casos.

2.1. Econet Wireless c. First Bank of Nigeria

Este conflicto surge de un contrato de coinversión entre Econet Wireless International (Econet), una sociedad de Bermuda, First Bank of Nigeria y el First independent Networks Limited, cuyo propósito consiste en obtener una concesión de telefonía celular en Nigeria. El caso Econet es un claro ejemplo de un arbitraje comercial internacional frustrado. Las partes pactaron en el acuerdo arbitral que cualquier diferencia que surja respecto a la aplicación, interpretación o incumplimiento del referido contrato sería resuelta mediante arbitraje, conforme al Reglamento de Arbitraje la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976 (Reglamento de la

CNUDMI). También fijaron Nigeria como lugar o sede del arbitraje. Sin embargo, las partes acordaron una excepción en cuanto a la aplicación del referido reglamento. En lo relativo al procedimiento de designación de árbitros decidieron no aplicar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y crear sus propias reglas, por lo que designaron como autoridad nominadora de los tres árbitros al Juez presidente de la Corte de Nigeria, en los siguientes términos. El tribunal arbitral se integra por tres árbitros designados por el Juez Presidente de la Corte de Nigeria, a solicitud de una de las partes. El Juez Presidente especificará a uno de los tres árbitros como Presidente del Tribunal Arbitral (González, 2007, pp. 3-4).

Surgida la controversia, la autoridad nominadora designada por las partes, el Juez presidente de la Corte de Nigeria, simplemente se negó a nombrar árbitros. El procedimiento de nombramiento de árbitros acordado por las partes es defectuoso, pues no señaló la forma de designar árbitros ante la omisión de un tercero ajeno a la controversia (el Juez presidente). En consecuencia, el tribunal arbitral no se constituyó, la controversia nunca se resolvió, por lo que se denegó justicia arbitral en perjuicio de la parte reclamante (Econet). Sobre el particular, el Reglamento de la CNUDMI vigente al momento de celebrar el acuerdo arbitral (no aplicable en este caso) indicaba de manera clara el

procedimiento de nombramiento de los tres árbitros para integrar el tribunal, esto es, si la autoridad nominadora se negaba a realizar los nombramientos, una parte podría solicitar al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que designara a otra autoridad nominadora (CNUDMI, 1976). De haberse aplicado íntegramente el referido reglamento (sin excepciones) seguramente se hubieran nombrado los árbitros y resuelto la controversia.

2.2. *NIOC c. Israel*

El Estado de Israel y la sociedad iraní National Iranian Oil Company (NIOC) celebraron en 1968 un acuerdo de participación en el ámbito de las operaciones petroleras que estipulaba una cláusula de arbitraje que preveía, entre otros aspectos, que cada una de las partes designaría un árbitro y si los dos árbitros así designados no se ponían de acuerdo sobre la elección de un tercer árbitro, cualquiera de las partes podía solicitar al presidente de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI de París) que lo nombre.

Surgida la controversia en 1994, el Estado de Israel simplemente se negó a nombrar árbitro. La cláusula compromisoria no contempló la forma de designar al árbitro ante la omisión de la parte demandada. Al no constituirse el tribunal arbitral, la parte reclamante (NIOC) presentó su demanda ante el Tribunal de Grande Instance de

París, con el fin de que se nombrara al árbitro faltante. El Estado de Israel opuso la excepción de incompetencia, misma que fue declarada fundada por el Juez y desechada la demanda de NIOC (Tribunal de Casación, 2005).

Posteriormente, la Corte de Apelaciones de París y la Corte de Casación, respectivamente, admitieron la demanda al considerar que NIOC se encontraba en una incapacidad absoluta de acceder a toda jurisdicción, adoptar una actitud pasiva constituiría una “denegación de justicia”, y al existir un nexo con Francia, la denegación de justicia, aun cuando no forme parte de las condiciones previstas en el artículo 1493 del Código de Procedimiento Civil, puede otorgar competencia a las jurisdicciones francesas, siempre que se respete el orden público internacional, por lo que se le otorgó a Israel el plazo de un mes para la designación de su árbitro (Hecker, 2011, pp. 80-82). Los arbitrajes frustrados Econet y NIOC motivan a las siguientes reflexiones.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (la Ley Modelo de la CNUDMI) que contiene las reglas que regulan el arbitraje a nivel mundial y ha sido incorporada a las leyes arbitrales de un gran número de Estados, incluido México, señala la forma de nombrar árbitros ante la omisión de una de las partes o de un tercero, por lo que una medida preventiva es que en el acuerdo arbitral las

partes fijen la sede o lugar del arbitraje en un estado cuya *lex arbitri* incorpore íntegramente la Ley Modelo, a efecto de que señale con claridad la forma de proceder al nombramiento de árbitros ante la omisión de una parte o de un tercero. A manera de ejemplo, si las partes fijan a México como sede del arbitraje, la *lex arbitri* aplicable será el Código de Comercio (Título Cuarto. Del Arbitraje Comercial) cuyo artículo 1427, fracción IV, concordante con el artículo 11.4) de la Ley Modelo, establece:

Artículo 1427

IV.- Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una Institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que adopte las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo [...]

En este orden de ideas, en el caso Samsung Telecommunications America, Inc c. Bancomer S. A., la parte demandada (Bancomer) promovió un juicio de amparo contra la resolución de un tribunal

inferior, alegando, entre otras cosas, que cuando una parte se negaba a nombrar el árbitro que le correspondía, la controversia no podía someterse a arbitraje. El Tribunal Colegiado confirmó la resolución del tribunal inferior y precisó que, en caso de que una parte no designara el árbitro que le correspondía, el árbitro había de nombrarse judicialmente con arreglo a las disposiciones de la sección IV del artículo 1427 del Código de Comercio, concordante con el párrafo 4) del artículo 11 de la Ley Modelo.

Posteriormente, Samsung (la demandante) entabló una acción para que se nombrara árbitro sustituto, ya que el árbitro designado judicialmente para el demandado se desistió y Bancomer nuevamente se negó a nombrar un árbitro que lo sustituyera. El Juzgado desestimó las alegaciones de Bancomer y con fundamento en el artículo 1427 del Código de Comercio (Artículo 11 de la Ley Modelo) nombró un árbitro sustituto, sin el cual las partes no habrían podido zanjar sus litigios en el foro arbitral convenido entre ellas.³

3. LUGAR DEL ARBITRAJE

La elección de la sede o lugar del arbitraje es un aspecto de gran relevancia jurí-

³ Casos Relativos a la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje (LMA) México, Decimotercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Exp. DC 827/2000-13, Bancomer, S.A. (sucesor y cedente de Almacenadora Bancomer, S.A. de C.V.) v. Samsung Telecommunications America, Inc., 25 de enero de 2001.

dica para alcanzar un exitoso desarrollo del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, las partes suelen prestar a este aspecto menos atención del que merece. No son pocas las cláusulas en las que se omite convenirlo y, en las que se incluye, no siempre se fija con base en los criterios correctos. El lugar de arbitraje determina, entre otros aspectos: a) la competencia de los tribunales judiciales que pueden o deben intervenir en apoyo o control sobre el arbitraje; b) que el laudo está sujeto a la supervisión judicial por los tribunales de la sede con base en la ley sobre arbitraje *lex arbitri* de ese lugar; y c) la “nacionalidad” al laudo (Caivano, 2017).

La legislación aplicable al procedimiento arbitral y los órganos judiciales que intervienen en este, son los de la sede del arbitraje, es decir, los del Estado de ese lugar. El juez de la sede del arbitraje realiza, entre otras, las siguientes funciones de apoyo y control con base *la lex arbitri* de ese lugar: constitución del tribunal arbitral (nombramiento de árbitros); medidas cautelares; recurso de nulidad del laudo; y reconocimiento y ejecución del laudo.

3.1 *Saipem c. Bangladesh*

En 1990, la empresa Italiana Saipem S.p.A (Saipem o la demandante) y una entidad estatal, Bangladesh Oil Gas and Mineral Corp. (Petrobangla o demandada), celebraron un contrato de construcción de un gasoducto, regido por las leyes de Bangla-

desh que incluyó una cláusula arbitral en donde se acordó, entre otras cosas, aplicar el Reglamento de Arbitraje de la International Chamber of Commerce (Reglamento de la ICC). Sin embargo, las partes hicieron una excepción en cuanto a su aplicación y fijaron como sede del arbitraje, Dhaka, Bangladesh.⁴

Concluido el proyecto de construcción surgió una controversia entre las partes que, conforme a lo acordado en la cláusula arbitral, se sometió a arbitraje de la ICC. En el 2003, el tribunal arbitral emitió un laudo a favor de la demandante Saipem, condenando a Petrobangla a pagar a Saipem una compensación con intereses y a devolver un bono de garantía. Inconforme, Petrobangla demandó la nulidad del laudo arbitral de la ICC ante los tribunales de Dhaka, Bangladesh (sede del arbitraje). En abril de 2004, el Tribunal Superior de la Corte Suprema de Bangladesh resolvió anular el laudo de la ICC. Posteriormente, el 5 de octubre de 2004, Saipem presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) con base en el artículo 9 del Tratado Bilateral de Promoción y Protección de las Inver-

⁴ El Artículo 18 del Reglamento de la CCI vigente al momento de celebrar el acuerdo arbitral (no aplicable en este caso) dice que “La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido”.

siones celebrado entre los gobiernos de Italia y Bangladesh de 1990 (TBI) que dice:

Artículo 9

2. En caso de que dicha disputa no pueda resolverse amistosamente, se podrá someter a:

- a) el Tribunal de la Parte Contratante, en todas las instancias, que tenga competencia territorial;
- b) un Tribunal de Arbitraje ad hoc, conforme al Reglamento de Arbitraje CNUDMI;
- c) el CIADI.

En su solicitud de Arbitraje, Saipem invocó las disposiciones del TBI y solicitó al Tribunal del CIADI resolviera que al anular el laudo de la ICC, Bangladesh expropió una inversión de Saipem, motivo por el que debe pagar la compensación correspondiente. Para tal efecto presentó los siguientes argumentos (International Center for Settlement of Investment Disputes, 2007, pp. 61 y 62):

- El tribunal arbitral CCI emitió un laudo a favor de Saipem, condenando a Bangladesh, al pago de US \$12,500,000.00, más intereses.
- Las partes acordaron que el arbitraje se efectuara conforme a las Reglas del Reglamento de Arbitraje de la CCI, con lo que excluyeron la autoridad de los tribunales del lugar de arbitraje, es

decir, los tribunales de Dhaka, Bangladesh.

- La entidad estatal Petrobangla y los tribunales locales de Bangladesh se confabularon para anular el laudo arbitral de la CCI.
- El contrato de construcción del gasoducto celebrado entre Saipem y Petrobangla constituye una inversión conforme a lo establecido en el TBI.
- Los derechos inmateriales, incluido el laudo arbitral de la ICC, pueden ser objeto de expropiación. La anulación del laudo por los tribunales de Bangladesh es un acto de expropiación de una inversión de Saipem, sin compensación.

El 1 de diciembre de 2005 quedó constituido el Tribunal del CIADI. El 14 de mayo de 2006 Bangladesh presentó su contestación a la demanda de arbitraje y solicitó al Tribunal CIADI que declinara su jurisdicción, desechara la demanda y condenara a Saipem al pago de costas; en otras palabras, Bangladesh alegó que el Tribunal del CIADI no tiene jurisdicción para conocer de la referida controversia con base en los siguientes argumentos (International Center for Settlement of Investment Disputes, 2007, pp. 63,64,76 y135):

- No procede el arbitraje del CIADI. Saipem no realizó una inversión, puesto que las inversiones (extranjeras) se efectuaron con fondos locales, es decir,

con préstamos obtenidos en el Estado receptor.

- En la cláusula de arbitraje acordada en el contrato de construcción del gasoducto, las partes convinieron Dhaka como lugar de arbitraje y la Ley de Arbitraje de 1940 (ley del lugar) establece que los tribunales de Bangladesh tienen competencia para revocar la autoridad del Tribunal Arbitral de la ICC, “a menos que se exprese una intención contraria en el acuerdo de arbitraje” (The Arbitration Act, 1940), y no la hubo.
- Las reclamaciones de Saipem no se incluyeron en el consentimiento de Bangladesh al arbitraje. Es más, fueron excluidas expresamente las “sentencias u órdenes dictadas por cortes o tribunales competentes”, conforme a lo previsto en el artículo 5.1. (1) del TBI:⁵

Artículo 5.1.(1) Las Inversiones a las que se refiere este Acuerdo no estarán sujetas a ninguna medida que pueda limitar permanente o temporalmente sus derechos conjuntos de propiedad, posesión, control o disfrute, salvo que esté específicamente previsto por la ley y por sentencias u órdenes emitidas por Juzgados o Tribunales que tengan competencia [...]

⁵ Between The Government of the Republic of Italy and the Government of the People’s Republic of Bangladesh on The Promotion and Protection of Investments. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6029.pdf>

- Al aceptar a Dakha como el lugar del arbitraje de la ICC, Saipem asumió como un riesgo comercial un posible incumplimiento del laudo de la ICC en Bangladesh.
- Conforme a lo acordado en el artículo 9 del TBI, las controversias relativas a expropiación no son objeto de arbitraje. En otras palabras, solo son objeto de arbitraje del CIADI las diferencias relativas a la compensación, es decir, al monto del pago por expropiación, nacionalización o requisa.

Artículo 9.1. Cualquier disputa que surja entre una Parte Contratante y los inversionistas de la otra, relacionada con compensación por expropiación, nacionalización, requisa o medidas similares, incluidas disputas relacionadas con el monto de los pagos relevantes [...]

2. [...] el inversionista en cuestión podrá someter la disputa, a su discreción, para su solución a:

[...]

c) el CIADI.

- Saipem no agotó todos los recursos internos, no presentó recurso de apelación en contra de la sentencia del tribunal de Bangladesh que declaró la nulidad del laudo de la ICC.

Por su parte, el Tribunal arbitral del CIA-DI, en su Decisión sobre Jurisdicción y en el laudo arbitral, resolvió lo siguiente (International Center for Settlement of Investment Disputes, 2007, pp. 111, 136, 137, 141):

- Saipem sí realizó una inversión conforme al Artículo 25 del Convenio del CIADI, ya que el origen de los fondos es irrelevante.
- La jurisdicción del CIADI queda satisfecha si *prima facie* (a primera vista) los hechos invocados son susceptibles de constituir violaciones del TBI. Saipem demostró un caso *prima facie* de expropiación conforme al TBI.
- Se rechaza la exclusión de los actos judiciales del ámbito de las controversias cubiertas, puesto que el artículo 5 del TBI no crea inmunidad a favor del poder judicial.
- Los tribunales de la sede del arbitraje (Bangladesh) actuaron en violación de la Convención de Nueva York y de manera “ilegal, arbitraria e idiosincrásica”, lo que equivale a una violación de la protección otorgada a los inversores extranjeros.⁶
- El Tribunal arbitral sí tiene competencia para conocer de disputas relacionadas tanto al acto de expropiación (si

ha ocurrido) como a la compensación (monto a pagar).

- Condenó a Bangladesh al pago de una compensación equivalente al monto determinado en el laudo de la CCI, es decir, USD \$12,500,000.00, más interés, así como gastos y costas.

La Decisión de jurisdicción y el laudo CIADI del caso Saipem ameritan un estudio que excede el objeto del presente trabajo, sin embargo, por su relevancia y consecuencias se formulan los siguientes comentarios generales.

Bangladesh recurrió a “instrumentos del todo legales; es decir, a instrumentos lícitos que se volvieron ilegítimos en virtud de los efectos producidos, en especial, haber privado al inversionista de uno de los derechos fundamentales de que gozaba” (Hecker, 2011, p. 81). Bajo el argumento de que el TBI no concede inmunidad a los tribunales de Bangladesh, el Tribunal CIADI ignoró el principio de inmunidad soberana ampliamente aceptado a nivel internacional, que reconoce la inmunidad de los estados respecto a su *acta de iure imperii*, incluidos los actos de sus tribunales nacionales.

A mayor abundamiento, un estado goza de inmunidad de jurisdicción por sus *acta de iure imperii* y, en consecuencia, sin su consentimiento, es decir, sin renuncia expresa o tácita a su inmunidad, no puede ser juzgado ante los tribunales internos de

⁶ Los Artículos V y VI de la Ley Modelo y 34 de la Convención de Nueva York (1457 del Código de Comercio) establecen las causales (de oficio y a solicitud de parte) de nulidad de un laudo arbitral.

otro estado ni ante tribunales arbitrales.⁷ En cambio, un estado sí puede ser juzgado por la corte de otro estado o tribunales arbitrales, por su *acta de iure gestionis*, es decir comerciales o de derecho privado, fuera de su actividad como soberano, regidos por el derecho internacional privado (Saldaña, 2006, pp. 65 y 66). Las sentencias de los tribunales nacionales son *acta de iure imperii* y gozan de inmunidad soberana. Bangladesh no renunció a su inmunidad y lo manifestó de manera expresa en el TBI.

El Tribunal CIADI descalificó todos los argumentos relativos a su falta de competencia (resoluciones judiciales no arbitrables, acto de expropiación no arbitrable, etc.) y una diferencia sobre una posible denegación de justicia la convirtió en una controversia sobre expropiación, considerando para ello como inversión un laudo arbitral y como un acto de expropiación la anulación de dicho laudo por un tribunal judicial. En realidad, aun cuando no lo dijo, el tribunal del CIADI estiró la liga de su competencia para evitar una posible denegación de justicia en perjuicio de Saipem, tan es así que planteó “...si debe hacerse, en este caso, una analogía entre expropiación y denegación de justicia, para el efecto del agotamiento de los recursos internos, al ser un cuerpo judicial la au-

toridad responsable de la expropiación alegada” (International Center for Settlement of Investment Disputes, 2007, p. 152). Sin embargo, en el caso Lion c México el Tribunal CIADI señaló que la responsabilidad por expropiación derivada de las decisiones de los tribunales nacionales requiere la constatación de una denegación de justicia (Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones, 2021, parr. 188).

La expropiación implica la existencia de una propiedad y el Tribunal del CIADI consideró una decisión arbitral como una propiedad susceptible de ser expropiada, sin embargo, aún falta el argumento para considerarlo como una inversión. En el caso Saipem el tribunal arbitral solo indicó que el laudo es la consecuencia de un entorno contractual que visto en su conjunto es una inversión extranjera (Graham, 2010, p. 148).

Considerar un laudo arbitral como una inversión susceptible de ser expropiada mediante una sentencia de un tribunal judicial tiene diversas implicaciones jurídicas. Por ejemplo, supongamos que se selecciona un tercer Estado miembro del CIADI (no parte en la diferencia) como la sede del arbitraje. Surgida la controversia el tribunal arbitral de la ICC emite su laudo y el tribunal judicial de la sede del arbitraje anula el laudo emitido de manera “ilegal, arbitraria e idiosincrásica”, lo que equivale a una violación de la protección

⁷ Por su naturaleza, un acto es privado si cualquier individuo puede realizarlo y si dicho acto es realizado por el estado, es responsable, igual que un particular. A contrario sensu, si se trata de un acto que solo puede efectuar el Estado, será considerado como público, y por lo tanto inmune.

otorgada a los inversores extranjeros. La parte afectada solicita arbitraje del CIADI. A efecto de evitar una denegación de justicia ¿el tribunal del CIADI también estirará la liga de su competencia y resolverá un acto de expropiación a una inversión en el tercer Estado?

La experiencia del caso Saipem y otros arbitrajes truncados nos dice que al formular el acuerdo arbitral las partes deben poner mayor atención en la selección de la sede del arbitraje, ya que en ocasiones la sede arbitral no se fija o se selecciona considerando factores sin importancia o de menor relevancia como la cercanía, sin tomar en cuenta los aspectos jurídicos realmente importantes. La sede no es un concepto territorial o geográfico, es eminentemente jurídico, es un vínculo entre el arbitraje y la jurisdicción —legislativa y judicial— del país elegido (Caivano, 2017, p. 49).

La sede del arbitraje crea un vínculo entre el procedimiento arbitral y el ordenamiento jurídico de un lugar concreto (*lex loci arbitri*) que permite a los órganos judiciales de ese lugar ejercer las funciones de apoyo y control que el procedimiento arbitral necesita para alcanzar su buen fin. En otras palabras, la sede del arbitraje determina: a) La competencia de los tribunales judiciales de la sede para cumplir las funciones de apoyo y control sobre el proceso arbitral; b) La aplicación de la legislación arbitral de la sede del arbitraje; y c)

La nacionalidad del laudo (Cabrera, 2021, p. 49).

En la selección de la sede arbitral se deben considerar dos elementos principales: la legislación de arbitraje que rige en ese lugar y su Poder Judicial. En otras palabras, los aspectos que deben conducir a las partes en la selección del lugar del arbitraje son, entre otros: la ley arbitral de la sede debe reconocer el principio de no intervención judicial, salvo excepciones; los tribunales judiciales de la sede deben ser confiables, imparciales y respetuosos de la autonomía y decisiones arbitrales (Caivano, 2017, p. 8), es decir, que contribuyan al impulso y no a la obstaculización del juicio de árbitros (Vásquez, 2009, p. 109 y ss); la legislación de la sede debe incorporar la Ley Modelo de la CNUDMI que contiene los principios fundamentales que regulan el arbitraje a nivel internacional y que ha sido incorporada en decenas de legislaciones nacionales; y el estado sede debe ser parte de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York).

Otro aspecto fundamental a considerar en la selección del lugar o sede del arbitraje es el relativo al recurso de nulidad en contra del laudo, es decir, la posibilidad de anular el laudo por los tribunales del Estado sede del arbitraje con base en la *lex arbitri* de ese lugar. La *lex arbitri*, en concordancia con la Ley Modelo, debe es-

tablecer las causales de anulación de un laudo arbitral por parte de los tribunales judiciales de la sede del arbitraje.⁸

Es importante tomar en cuenta que actualmente hay una tendencia a la desaparición del recurso de nulidad y en consecuencia de la sede del arbitraje. Algunos tribunales ya aceptan la ejecución de un laudo previamente anulado en otro Estado. El Artículo VI de la Convención de Nueva York permite la ejecución de un laudo anulado por el tribunal del país sede del arbitraje, salvo que el juez de ejecución considere lo contrario, y el Artículo VII establece que las partes interesadas tienen el derecho a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque. Lo anterior ha sido aprovechado por algunos países “para hacer prevalecer su derecho interno sobre el texto internacional a fin de ejecutar laudos anulados por los tribunales del lugar de la sede arbitral”, tal es el caso de Francia. En Estados Unidos puede observarse una evolución en el mismo sentido (Pereznieta y Graham, 2006, pp. 197 y 198). No obstante, la sede del arbitraje sigue siendo un factor determinante para atribuir competencia a los tribunales judiciales que deben brindar apoyo y control sobre el arbitraje.

⁸ Artículo 1457 del Código de Comercio, concordante con los Artículos V y VI de la Ley Modelo y 34 de la Convención de Nueva York.

En ocasiones la incorporación de la Ley Modelo a la ley arbitral de los estados es incompleta o contiene pequeñas modificaciones que pueden entorpecer y hasta bloquear el procedimiento arbitral, por lo que es importante conocer a detalle la *lex arbitri* de la sede del arbitraje, así como su interpretación y aplicación por parte de los tribunales judiciales competentes. A manera de ejemplo, el artículo 1464 del Código de Comercio (acorde con el artículo 11 de la Ley Modelo) establece que el juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje “en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio”. Sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 1424 del mismo Código de Comercio, el juez remitirá a las partes al arbitraje “en cualquier momento” que se le solicite. Respecto a la contradicción de las referidas disposiciones del Código de Comercio, el Tribunal Colegiado ha resuelto lo siguiente: “La remisión al arbitraje puede solicitarse en cualquier etapa del procedimiento, hasta antes del dictado de la sentencia definitiva”, criterio que evidentemente contraviene lo establecido en la Ley Modelo y entorpece el procedimiento arbitral (Suprema Corte de Justicia).

Lo recomendable es que las partes fijen de manera expresa la sede del arbitraje o sometan el arbitraje al reglamento de una institución arbitral en donde se señale la

forma de fijarla. En ocasiones seleccionan la sede de manera implícita al indicar una ley estatal acorde con la Ley Modelo, aplicable al procedimiento arbitral (*lex arbitri*). A manera de ejemplo, si las partes acuerdan someter el arbitraje a la ley mexicana, es decir, al Código de Comercio (Título Cuarto. Del Arbitraje Comercial). Conforme a su artículo 1415, las disposiciones del referido título se aplicarán al arbitraje comercial internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio de México. En otras palabras, al acordar la aplicación del Código de Comercio, las partes implícitamente fijan la sede del arbitraje en México.

Adicionalmente, gran número de leyes arbitrales nacionales (incluido el Código de Comercio (artículo 1436) acordes con la Ley Modelo (artículo 20) indican que, si las partes no fijan sede del arbitraje, “el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes”. Sin embargo, es pertinente dejar claro que esta disposición solo aplica cuando las partes no fijan la sede del arbitraje, pero seleccionan la *lex arbitri* mexicana (Código de Comercio) aplicable al procedimiento arbitral.

4. CONCLUSIONES

Econet Wirelles c. First Bank of Nigeria, NIOC c. Israel. y Saipem c. Bangladesh son solo algunos ejemplos de arbitraje co-

mercial internacional frustrados, debido a cláusulas defectuosas en lo relativo al nombramiento de árbitros y a la selección del lugar del arbitraje, que han impedido la solución de la controversia planteada, en perjuicio de la parte demandante.

Al momento de formular el acuerdo arbitral, las partes deben poner especial atención en la selección de la sede del arbitraje, a efecto de evitar la creación de cláusulas arbitrales patológicas que puedan llegar a truncar o bloquear el proceso arbitral.

Las partes deben tener muy presente que el lugar o sede del arbitraje es un concepto eminentemente jurídico, no territorial o físico, ya que determina la competencia de los tribunales judiciales que pueden ejercer sus funciones de apoyo y control del proceso arbitral y la aplicación de la *lex arbitri* de ese lugar, aspectos fundamentales para el nombramiento de árbitros ante la ausencia de acuerdo o de incumplimiento de las partes y para resolver la nulidad del laudo arbitral y su ejecución, entre otros.

Las partes deben seleccionar la sede del arbitraje en función de dos elementos principales, la legislación de arbitraje que rige en ese lugar y su Poder Judicial. Esto es, la sede del arbitraje debe tener, entre otros, los siguientes atributos: debe ser en un tercer estado diferente a la nacionalidad de las partes; la *lex arbitri* de la sede debe reconocer el principio de no intervención judicial; la *lex arbitri* debe incorporar

la Ley Modelo de la CNUDMI que contiene los principios fundamentales que regulan el arbitraje comercial internacional; los tribunales judiciales de la sede deben ser confiables, imparciales y respetuosos de la autonomía y decisiones arbitrales; y el estado de la sede del arbitraje debe ser parte de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, a efecto de tener mayor seguridad en cuanto a la ejecución del laudo arbitral.

Es importante revisar que la *lex arbitri* de la sede del arbitraje que se seleccione adopte de manera integral y correcta la Ley Modelo, ya que en ocasiones su incorporación es incompleta, es decir, se adopta parcialmente, con modificaciones aparentemente insignificantes que cobran relevancia al momento de resolver una controversia, mismas que pueden entorpecer y hasta impedir su solución, tal es el caso del artículo 1424 del Código de Comercio que permite solicitar la remisión al arbitraje en cualquier momento del proceso judicial, antes de emitir sentencia, en tanto que el artículo 11 de la Ley Modelo establece que debe solicitarse en el primer escrito sobre el fondo del litigio.

5. BIBLIOGRAFÍA

Cabrera, G. (2021). La sede del arbitraje como vínculo jurídico entre un procedimiento arbitral y una jurisdicción. En J. L. Collantes. (Coord.). *La sede y ordenamiento aplicable en*

el arbitraje internacional: enfoques cruzados, 1ª. Ed., Perú, 2021, Volumen 96.

Caivano, J. (2017). La sede del arbitraje. *Revista El Derecho*, 272(14). Disponible en: <https://www.medyar.org.ar/opinion1705.php>

González, F. (2007). El caso Econet: requiem por un acuerdo arbitral frustrado. *Pauta, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional*.

Graham, J. A. y Treviño, C. (2010). La no ejecución de un laudo arbitral comercial internacional como expropiación indirecta. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*.

Hecker C. (2011). La Denegación de Justicia al Inversionista Extranjero. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones (7)*.

Pereznieto L. y Graham, J. (2006). ¿La muerte programada del estado sede del arbitraje? *Revista Latinoamericana de mediación y arbitraje*, VI(2).

Saldaña, J. M. (2006). La inmunidad soberana de Pemex en los tribunales de los Estados Unidos de América. En E. Quintana (Coord.). *Panorama Internacional de Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

Siquerios, J. L. (1992). El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada. *Varia jurídica de la Escuela Libre de Derecho*. Fondo para la Difusión del Derecho, México.

Vásquez, M. F. (2009). ¿Están preparados los países latinoamericanos para ser sede de arbitrajes? *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, 10(2).

Leyes y tratados

Apelación: 01-13.742.02-15.237 (2005). Tribunal de Casación, Sala Civil 1, boletín del 1 de febrero de 2005, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052101/>

Casos relativos a la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje (LMA) México (2001). Decimotercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Exp. DC 827/2000-13, Bancomer, S.A. (sucesor y cedente de Almacenadora Bancomer, S.A. de C.V.) v. Samsung Telecommunications America, Inc.

Código de Comercio (1889). DOF.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

La remisión al arbitraje puede solicitarse en cualquier etapa del procedimiento, hasta antes de dictado de la sentencia definitiva. Suprema Corte de Justicia, Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados, Tesis I.3º C.425 (10ª) Décima Época, Registro digital 2021586.

Lion México Consolited L.P. c. Estados Unidos Mexicanos. (2021). Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones. Caso No. ARB(AF)/15/2, Laudo de fecha 20 de septiembre de 2021, parr.188.

Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional. (1985, 2006). Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ONU.

Reglamento de Arbitraje (1976). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Reglamento de Arbitraje (2021). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Saipem S.P.A. v. The People of Bangladesh, Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures (2007). International Center for Settlement of Investment. March 21, 2007.

The Arbitration Act, 1940, PK066, Pakistán (1940). Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/497239>

