



Consulta nuestra revista en línea:
<http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/>
<https://doi.org/>



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

AÑO 10, NÚMERO 17
JULIO - DICIEMBRE 2022





DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomelí Vanegas

SECRETARIO GENERAL

Manuel Torres Labansat

COORDINADOR GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Fernando Guadalupe Flores Trejo

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Pedro Salazar Ugarte

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En portada: Martha Chávez Padrón, Joseph Raz, Mariano Jiménez Huerta, Jeremy Bentham, Julien Bonnacase
Diseño de portada: Maestra en Derecho Martha Aurora Ramírez Espinoza y Martha Ailyn Gallardo Ramírez

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, Año 10, No. 17, julio - diciembre 2022, es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, <http://derecho.posgrado.unam.mx/revista>, correo: revista.rpd@posgrado.unam.mx. Editor en Jefe: Dra. Abril Uscanga Barradas. Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2012-042613595600-102, ISSN: 2007-5995, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Dr. Fernando Guadalupe Flores Trejo, Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Col. Copilco, Del. Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, fecha de la última modificación, 23 de diciembre de 2021.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA

Martha Aurora Ramírez Espinoza

SUBDIRECTORA

José Manuel Guevara García

EDITOR

David Antonio Reyes Díaz

Javier Cancino Jiménez

Yuriria Maryem Domínguez Juárez

SECRETARÍA EDITORIAL

Francisco Javier Chan Chan

ASESOR EDITORIAL

Daniel Rosete Pacheco

Brenda Olalde Gómez

Bruno Daniel Godínez Guzmán

ASISTENTE EDITORIAL

Susana Monserrat Gil Vilchis

ENLACE Y GESTIÓN EDITORIAL

Héctor Alejandro Ramírez Medina

ENCARGADO DE DIFUSIÓN Y DIVULGACIÓN

CONSEJO EDITORIAL

Juan Antonio García Amado
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Perfecto Andrés Ibáñez
TRIBUNAL SUPREMO, ESPAÑA

Sergio García Ramírez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Flavia Emilia Carbonell Bellolio
UNIVERSIDAD DE CHILE

Raúl Carrancá y Rivas
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María Patricia Kurczyn Villalobos
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Francisco Javier De Lucas Martín
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

Jordi Ferrer Beltrán
UNIVERSIDAD DE GIRONA, ESPAÑA

Flavia Daniela Freidenberg Andrés
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

José María Serna de la Garza
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Carlos Bernal Pulido
UNIVERSIDAD DE MACQUARIE, SYDNEY

Carlos Francisco Quintana Roldán
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jorge Fernández Ruiz
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Rafael Luis Hernández Marín
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

Enrique Cáceres Nieto
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

CONSEJO ASESOR

Jesús Aquilino Fernández Suarez

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Victoria Iturralde Sesma

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

Juan José Iniesta Delgado

UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

María del Pilar Gutiérrez Santiago

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Benjamín Rivaya García

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Sandra Gómora Juárez

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM**

Tiago Gagliano Pinto Alberto

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
PARANÁ, BRASIL**

Leonor Suárez Llanos

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Amós Arturo Grajales

UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA

Marta Ordás Alonso

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Rodrigo Brito Melgarejo

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Oscar Cruz Barney

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM**

José Manuel Cabra Apalategui

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, ESPAÑA

Javier Díez García

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Luis Ángel Ballesteros Moffa

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Antonio Peña Freire

UNIVERSIDAD DE GRANADA, ESPAÑA

Bernardo Andrés Gallegos Mendoza

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Imer B. Flores Mendoza

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM**

José Antonio Álvarez León

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN, UNAM**



ÍNDICE

ARTÍCULOS

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO
MEXICANO DEL TRABAJO ······ 13
Porfirio Marquet Guerrero

DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CAMPESINOS.
EXPECTATIVAS REALES O BUENOS PROPÓSITOS ······ 45
David Chacón Hernández

DESIGUALDAD SOCIOECONÓMICA Y ACCESO A LA JUSTICIA:
APORTACIONES DE LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA ······ 91
Adolfo Eduardo Cuitláhuac Montoya López

LA EVENTUAL ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES Y
CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR ······ 127
Jaime Andrés Villacreses Valle

DECLARACIÓN SOBRE PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS
QUE RIGEN LOS CONTRATOS PENDIENTES DE EJECUCIÓN
EN EL CONCURSO MERCANTIL MEXICANO ······ 149
Susana Dávalos Torres

VINO Y LIBRE COMERCIO: EL VINO EN LOS TRATADOS
COMERCIALES INTERNACIONALES FIRMADOS POR MÉXICO ······ 187
Oscar Cruz Barney

LA ALIANZA DEL PACÍFICO ······ 223
Ruperto Patiño Manffer

FACULTADES REGULATORIAS ESTATALES DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE
LAS INVERSIONES. EL CASO UBER - COLOMBIA ······ 257
Anyela Madelein Argoty Pantoja; Carlos H. Reyes Díaz

RESEÑAS

LA TENSION ENTRE EL PRINCIPIO DE LAICIDAD Y EL DEBER
DE PROTEGER EL PATRIMONIO CULTURAL RELIGIOSO.
UNA OBRA DE SERGIO ALEJANDRO PARRA FERNANDEZ ······ 293
Pauline Capdevielle

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL DR. PABLO RAÚL BONORINO RAMÍREZ ······ 305
Abril Uscanga Barradas

ENTREVISTA AL DR. RICARDO ALBERTO GUIBOURG ······ 315
Abril Uscanga Barradas

ENTREVISTA AL DR. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO.....	329
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	
INSTRUCTIVO PARA AUTORES	341



LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO

MEXICAN LABOR LAW FUNDAMENTAL PRINCIPLES

PORFIRIO MARQUET GUERRERO¹

RESUMEN: La expresión “Principios Fundamentales” alude a las ideas que constituyen el fondo filosófico, ético y jurídico de una disciplina determinada, incluida en particular la relativa al Derecho del Trabajo, específicamente al que ha surgido, ha evolucionado y se ha consolidado con características propias en México. Su conocimiento, análisis y sistematización, contribuyen a una mejor comprensión de su esencia, sentido, alcances y trascendencia. En México, algunos de estos Principios están plasmados en la Constitución desde 1917, aunque no es forma explícita; se reiteraron, desarrollaron y ampliaron en la Ley Federal del Trabajo de 1931 y posteriormente en forma más ordenada y sistemática en la de 1970. En las reformas posteriores, la de 2012 tuvo el mérito de incorporar la noción del “trabajo decente”, creada por la Organización Internacional del Trabajo, además de profundizar en particular los criterios de igualdad y de no discriminación y agregar la noción de la capacitación con alusión a las ideas de la productividad, la calidad en el trabajo y un sentido de

¹ Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la que obtuvo el Título de Licenciado en Derecho y el Grado de Doctor en Derecho, en ambos con Mención Honorífica. Profesor de Asignatura B Definitivo por Oposición en Derecho Individual del Trabajo, Derecho Colectivo del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo. También imparte la Asignatura de Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la UNAM. Ostenta una antigüedad académica de más de 48 años. Es Investigador Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. En la actualidad es Profesor de Carrera de Tiempo Completo Definitivo por Oposición y Director del Seminario de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: pmarquetg@derecho.unam.mx ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7960-9788>

beneficios compartidos. La reforma laboral de 2019 sólo tuvo algunos cambios de redacción

PALABRAS CLAVE: *Principios Fundamentales; Derecho Mexicano del Trabajo; Artículo 123 Constitucional; Ley Federal del Trabajo; Reforma Laboral.*

ABSTRACT: The expression “fundamental principles” refers to ideas that constitute the philosophical, ethical and juridical background of any given discipline, even Labor Law, in this case specifically the one originated, evolved and consolidated with its own characteristics in Mexico. Its study, analysis, knowledge and systematization, contribute to a better understanding of its essence, meaning, scope and even transcendence. In Mexico, some of those Principles are even embedded in the Constitution since 1917, although not explicitly; they were reiterated, developed and broadened in the 1931 Federal Labor Act, and later included, in a more ordered and systematic fashion, in the 1970 Federal Labor Law Act. The subsequent 2012 reforms, and the merit of incorporating the notion of “decent labor”, devised by the International Labor Organization, besides broadening the equality and non-discrimination criteria and adding the notion of training referring to the ideas of productivity, job quality and a sense of shared benefits. The 2019 reforms only included some drafting changes.

KEYWORDS: *Fundamental principles; Mexican Labor Law; Article 123 of the Mexican Constitution; Federal Labor Act; Labor Reform.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Los principios fundamentales del derecho mexicano del trabajo en la Constitución de 1917; III. Los principios fundamentales del derecho mexicano del trabajo en la ley federal del trabajo de 1970; V. Los principios fundamentales del derecho mexicano del trabajo en la reforma de 2012 a la ley federal del trabajo; VI: Los principios fundamentales del derecho mexicano del trabajo en la reforma de 2019 a la Ley Federal del Trabajo; VII. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La expresión “Principios Fundamentales” implica la referencia a ciertas ideas que constituyen el fondo filosófico, ético y jurídico de una disciplina determinada, de modo que puede estar referida a cualquier materia, pero particularmente también al Derecho del Trabajo y más específicamente al que ha surgido y ha evolucionado en México con características propias, sin perjuicio de que desde luego, hayan tomado en cuenta lo que ha acontecido y acontece en otros países en torno a las relaciones laborales. El conocimiento, sistematización y análisis de estos principios, permite una mejor comprensión de la esencia de los contenidos de nuestra disciplina².

Por otra parte, es importante señalar que en el caso del Derecho Mexicano del Trabajo, estos Principios se reflejan en la normatividad laboral desde sus orígenes, la mayoría se han mantenido no obstante algunas reformas posteriores y otros se han adicionado precisamente en las modificaciones que dicha normatividad ha experimentado a través del tiempo hasta la versión actual. En razón de lo anterior, pretendemos exponer y analizar dichos Principios, desde el surgimiento formal del Derecho Mexicano del Trabajo en la Constitución de 1917 y la inclusión en ella del artículo 123, hasta la versión actualmente vigente, tanto en el texto constitucional como en el de la legislación reglamentaria correspondiente.

II. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos actualmente en vigor, fue promulgada el 5 de febrero y entró en vigor el 1º de mayo de 1917. En su Título Sexto, denominado “Del Trabajo y de la Previsión Social”, quedó incluido el artículo 123, conformado

² Cfr. Mario de la Cueva.. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Decimoquinta edición. Tomo I. Editorial Porrúa. México, 1998, pág. 107.

originalmente por treinta fracciones, referidas a los temas mencionados. Es importante señalar que en su versión original, el párrafo inicial del citado precepto constitucional establecía lo siguiente:

“El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo”.

Aunque son varias las consideraciones que se derivan del citado párrafo inicial del artículo 123 constitucional, por ahora cabe destacar que en claro respeto al régimen federal de gobierno adoptado en la Constitución de 1917, siguiendo la tradición de sus antecesoras del siglo XIX, la de 1824 y la de 1857, se determinó que la legislación reglamentaria en esta naciente disciplina, correspondería a los órganos legislativos de cada entidad federativa. La referencia al Congreso de la Unión se explica por considerarlo el órgano legislativo del entonces Distrito Federal.

Lo anterior, propició que las aludidas entidades federativas expidieran diversas legislaciones en materia de trabajo, entre fines de 1917 y 1928, ya que en 1929 se reformó el comentado párrafo inicial, para eliminar la referida facultad de los congresos locales y se determinó centralizar y concentrar la facultad legislativa en materia laboral en el Congreso de la Unión, depositario del Poder Legislativo Federal, quedando insubsistentes las leyes laborales estatales, que serían sustituidas en 1931, por una sola Ley de aplicación general y uniforme en todo el territorio nacional y para todas las relaciones laborales, con independencia de si la actividad económica fuera o no de jurisdicción federal.

De la lectura del citado párrafo inicial, en su versión original, del artículo 123 constitucional, se desprende como primer principio fundamental del derecho mexicano del trabajo, el del respeto al federalismo y a la autonomía legislativa de las entidades federativas, lo cual se advierte con mayor evidencia de la expresión referida a las leyes estatales, de que estarían fundadas “...en las necesidades de cada región”.

Este principio dejó de estar vigente en virtud de la ya mencionada reforma constitucional de 1929, con independencia de que tal reforma fuera propiciada por situaciones inevitables e ineludibles de carácter económico y social, ya que se generaban situaciones, derechos laborales y obligaciones patronales heterogéneas, lo que a su vez permitía condiciones de trabajo desiguales y dificultaba la atención de los conflictos de trabajo en ramas de actividad industrial, principalmente de jurisdicción nacional como la minería o el petróleo, que se manifestaban en varias entidades federativas de la República, de tal manera que ninguna autoridad estatal tenía facultades fuera de su ámbito territorial y por tanto no tenía una capacidad real para solucionar dichos conflictos. Incluso fue necesaria la discutible y polémica creación en 1927 de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, cuya constitucionalidad quedó convalidada con la ya mencionada reforma constitucional de 1929.

Por otra parte, del mismo párrafo inicial original del artículo 123 constitucional, se desprende la idea del efecto expansivo de la normatividad laboral, que aunque la doctrina no lo considera como un principio fundamental, sino como una característica del Derecho del Trabajo, no por ello deja de ser muy importante. En efecto, de la redacción que se comenta, se advierte que la relación de actividades que se mencionan es enunciativa y no exhaustiva, ya que termina diciendo "... y de una manera general todo contrato de trabajo", lo que ha permitido que en los años posteriores dicha normatividad se fuera extendiendo a diversas formas de prestación de servicios que originalmente no se consideraban como de naturaleza laboral.

En referencia a la idea de la progresividad en el Derecho Mexicano del Trabajo, es pertinente comentar que el contenido del artículo 123 constitucional, en su versión original, estaba conformado por treinta fracciones, en algunas de las cuales se advierten varios de los principios fundamentales reconocidos y sistematizados por la doctrina laboralista. La idea de la progresividad, a semejanza del efecto expansivo ya comentado, ha sido expuesta por la doctrina

antes mencionada, como uno de los caracteres del Derecho Mexicano del Trabajo más que como un principio fundamental³.

Sin embargo, es importante comentar que la expresión “bases” que se observa en el párrafo inicial del precepto constitucional que se comenta, significa el punto de partida para el desarrollo y evolución progresiva de sus contenidos específicos, como lo son la determinación de la jornada máxima de ocho horas, prevista en la fracción I; el establecimiento del derecho de los trabajadores a un día de descanso cada semana de trabajo, por lo menos, contenido en la fracción IV; así como el establecimiento de los salarios mínimos, regulado en la fracción VI. En estas disposiciones se advierte que los beneficios establecidos obligatoriamente en favor de los trabajadores, no pueden ser soslayados o incumplidos, pero si pueden ser mejorados desde la perspectiva del mayor beneficio para la persona trabajadora.

La libertad de trabajo constituye indudablemente uno de los principios fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo. Su expresión normativa más clara, desde el punto de vista del Derecho Constitucional, no se advierte explícitamente en el artículo 123, sino en la versión original de los artículos 4º y 5º de la propia Constitución, ubicados en el capítulo denominado originalmente “De las Garantías Individuales” y que cuentan con antecedentes previos no sólo en el ámbito mexicano, sino en el de otros países que reconocieron este derecho en una perspectiva individualista desde varios siglos antes.

En efecto, como magistralmente lo reseña Mario de la Cueva:

“A partir de la Declaración de derechos de la Constitución francesa de 1793, el mundo habla de la libertad de trabajo como uno de los derechos del hombre. El principio fue reconocido en nuestra Constitución de 1857 y pasó a la Carta Magna de Querétaro, la que en el artículo cuarto lo expresó diciendo que ‘a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode...’. Nos encontramos frente a un primer aspecto de la libertad, que significa que cada hombre es libre para

³ *Cfr.* De la Cueva. Op. Cit. Págs. 96 y siguientes.

escoger el trabajo que le acomode, esto es, puede seleccionar la profesión que le plazca por corresponder a sus aptitudes, a sus gustos o a sus aspiraciones, una libertad que posteriormente se objetivará en una actividad concreta: la ebanistería, la mecánica o el estudio y el ejercicio de la medicina o de la arquitectura”⁴.

Por su parte, el prestigiado jurista mexicano Ignacio Burgoa, en su obra clásica sobre “Las Garantías Individuales”⁵, identificadas doctrinalmente con los Derechos Humanos Individuales, las clasifica en cuatro categorías básicas: las de igualdad, las de libertad, las de propiedad y las de seguridad jurídica.

Particularmente, dedica el Capítulo Sexto a las garantías de libertad y como primera expresión a la libertad de trabajo, la cual estaba normativamente contenida en las versiones originales de los ya mencionados artículos 4º y 5º de la Constitución. Al respecto, el ilustre Maestro Burgoa señala que “Libertad de trabajo es una de las garantías que más contribuyen a la realización de la felicidad humana, que es, según afirmamos, en lo que se resuelve toda la teleología del hombre dentro de un terreno de normalidad”⁶.

Como ya se comentó, la libertad de trabajo tiene importantes antecedentes en diversos ordenamientos jurídicos del pasado, expedidos por diferentes países. Ya se mencionó antes, como el Maestro De la Cueva cita a la Constitución francesa de 1793, en tanto que el Maestro Burgoa expresa que en Inglaterra, el derecho común inglés ya reconocía desde tiempos más remotos la libertad de trabajo. Desde luego, es importante señalar que el fenómeno de la esclavitud prevaleció en muchos países del mundo durante siglos, incluso en el caso de los Estados Unidos de América, entre otros, hasta mediados del siglo XIX, el que representa la limitación más extrema a toda manifestación de la libertad, incluida desde luego la de trabajo.

⁴ De la Cueva, *op. Cit.* Pág. 109.

⁵ Ignacio Burgoa. *Las Garantías Individuales*. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México, 1972. Particularmente el Capítulo Sexto de esta obra, dedicado a la *Libertad de Trabajo*, comprende las páginas 327 a 364.

⁶ *Ibidem*, pág. 327.

En el caso de México, es interesante mencionar, en adición a lo expresado por Mario de la Cueva respecto del reconocimiento de la libertad de trabajo en la Constitución mexicana de 1857, que varios autores de reconocido prestigio, comentan que en la Constitución de Apatzingán de 1814, se reconocía ya, aunque de manera implícita, la libertad de trabajo, señalando que en el artículo 38 de dicho ordenamiento, cuyo texto se consideró fue tomado del contenido en el artículo 17 de Declaración Francesa de 1793, se determinaba que ningún género de cultura, industria o comercio podía ser prohibido a los ciudadanos, excepto los que forman la subsistencia pública. Entre los autores que expresan lo anterior, cabe mencionar al propio Ignacio Burgoa, en tanto que por lo que se refiere específicamente a la Constitución de Apatzingán al Doctor José Gamas Torruco⁷, reconocido constitucionalista mexicano.

El principio de la libertad de trabajo ha tenido un importante reconocimiento internacional, por una parte a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en París, Francia en 1948, concretamente en su artículo 23, así como por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la que ha considerado el tema como fundamental, según lo resuelto en la Conferencia General celebrada en 1998, en particular en los Convenios 29 “sobre el trabajo forzoso” adoptado en 1930 y ratificado por México en 1934, así como el 105 “sobre abolición del trabajo forzoso”, adoptado en 1957 y ratificado por México en 1959.

La igualdad aplicada a las relaciones laborales, también se ha considerado como Principio Fundamental desde el texto original de la Constitución mexicana de 1917, en particular en atención a lo dispuesto en la fracción VII del artículo 123, “Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacio-

⁷ *Idem*, pág. 362. José Gamas Torruco.. *Los derechos del hombre en la Constitución de Apatzingán*. En: *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2014. Páginas 386 y 387.

alidad”. Este principio ha tenido un desarrollo considerable, tanto en los ordenamientos secundarios nacionales, según se comentará posteriormente, como en los instrumentos internacionales, como la ya citada Declaración Universal de los Derechos Humanos que en la parte relativa de su artículo 23 establece que “...toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna a igual salario por trabajo igual”, así como por parte de la OIT que calificó este principio como fundamental, en su Declaración de 1998 y consideró dentro de los Convenios Fundamentales al 100 “sobre igualdad de remuneración”, adoptado en 1951 y ratificado por México en 1952, así como al 111 “sobre la discriminación (empleo y ocupación)”, adoptado en 1958 y ratificado por México en 1961.

La idea de la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos por los trabajadores, también se ha considerado como principio fundamental desde la Constitución de 1917, lo que se desprende de lo dispuesto en la fracción XXVII inciso h) del artículo 123, en el sentido de que “...serán condiciones nulas y no obligarán a los contratantes, aunque se expresen en el contrato”, todas las estipulaciones “...que impliquen renuncia de algún derecho consagrado en favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores”.

III. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1931.

Como ya se dijo en líneas anteriores, en 1929 se reformó el párrafo inicial del artículo 123 constitucional para concentrar y centralizar la facultad legislativa en materia de trabajo, otorgándola al Congreso de la Unión, depositario del Poder Legislativo Federal, dejando insubsistentes las leyes estatales que las entidades federativas expedieron entre 1917 y 1928, propiciando una legislación nacional uniforme, mediante la expedición de la primera Ley Federal del Trabajo, que entró en vigor el 18 de agosto de 1931.

En este ordenamiento se reiteran como principios fundamentales las ideas de la libertad de trabajo, la de igualdad aplicada a las relaciones laborales, así como la calidad de irrenunciable de los derechos adquiridos por los trabajadores. También se reiteran las ideas del efecto expansivo y la progresividad de la normatividad laboral, con independencia de que la doctrina laboralista las considere como caracteres y no propiamente como principios fundamentales, diferencia que no resta la importancia y trascendencia de estas ideas.

Es interesante mencionar, que la Ley Federal del Trabajo de 1931 incorporó en el texto de su artículo 9º la determinación de que en todas las empresas, el patrón deberá contratar por lo menos a un 90% de trabajadores mexicanos en categorías de técnicos y no calificados, así como que los médicos al servicio de las empresas deberán ser mexicanos, se entiende que en su totalidad, aunque se admitía la posibilidad de que la Junta de Conciliación y Arbitraje pudiera autorizar, en el caso de los técnicos, la reducción temporal del porcentaje referido, así como también se establecía que dicha disposición no aplicaría respecto de gerentes, directores, administradores, superintendentes y jefes generales de las empresas, quienes generalmente tienen la calidad de representantes del patrón.

Este principio, que prevalece en el texto de la Ley Federal del Trabajo vigente desde 1970, se puede considerar de constitucionalidad discutible, considerando el texto de la fracción VII del original artículo 123 constitucional, que no ha sido materia de modificación, aunque se refiera sólo al salario y aluda únicamente a los factores sexo y nacionalidad. En todo caso, es contrario a las tendencias universales más recientes.

La Ley Federal del Trabajo de 1931 incluyó algunas otras ideas que podrían haber sido consideradas entonces como principios, pero que por sus características en la actualidad han perdido importancia, al extremo de que ya no aparecen en la Ley laboral de 1970. Es el caso de la obligación general para los patrones de impartir órdenes a los trabajadores en castellano; así como el reconocimiento

de las libertades de comercio y de tránsito en los centros de trabajo y en dirección a éstos, ideas previstas en los artículos 10, 11 y 13 del citado ordenamiento.

IV. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO EN LA VERSIÓN ORIGINAL DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1970

La Ley Federal del Trabajo que entró en vigor el 1° de mayo de 1970, desde su versión original, expresa en forma más ordenada y sistemática, lo que se consideró como principios fundamentales del Derecho del Trabajo mexicano.

Es oportuno comentar, que la mayoría de los principios que se regulan en los ordenamientos laborales antes reseñados, se reiteran en forma más clara y ordenada en la versión original de la Ley laboral vigente, además de que se agregan algunos otros, que no necesariamente son novedosos pero que si se exponen de mejor forma.

La primera idea que se puede considerar un auténtico principio fundamental del Derecho Mexicano del Trabajo, está expresada en el artículo 2° de la Ley, la que establece que:

“Las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones”.

De este breve precepto se desprende el objetivo más importante de la normatividad laboral, que se concreta en la idea del equilibrio y la justicia social en las relaciones laborales. Es pertinente precisar que la alusión a la expresión “las normas de trabajo”, implica la inclusión de todas las fuentes primarias de la materia, las constitucionales, las legales, las reglamentarias y las convencionales. La idea del equilibrio mencionado, supone que la normatividad laboral, empezando por el contenido original del artículo 123 constitucional vigente desde 1917, no pretende el exterminio del capitalismo ni la instauración de una dictadura del proletariado, como podrían opinar algunos radicales, sino básicamente propiciar mediante la

regulación de derechos y prerrogativas en favor de las personas trabajadoras, un mayor poder de negociación que propicie una relación igualitaria entre empleadores y trabajadores, a efecto de lograr el establecimiento de condiciones de trabajo que permitan a los trabajadores alcanzar una existencia decorosa, sin comprometer la sustentabilidad de las empresas como unidades productivas, generadoras de fuentes de empleo. Cabe señalar que esta idea ya estaba expresada en la Constitución desde 1917, en la fracción XVIII del artículo 123, la que indica en la parte que interesa que:

“Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital”.

Aunque la disposición constitucional citada está referida específicamente al derecho de huelga, la Ley Federal del Trabajo de 1970 adopta el principio, lo generaliza a la normatividad laboral en su conjunto y lo proyecta de manera también general, a las relaciones entre trabajadores y patrones.

Otras ideas que se traducen en auténticos principios fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo, se desprenden de lo dispuesto en la versión original del artículo 3° de la Ley Federal del Trabajo de 1970, el que establecía en su primer párrafo:

“El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia”.

Este texto coincide en lo esencial, con el contenido en la llamada *Carta de Bogotá de 1948*, por medio de la cual se creó a la Organización de Estados Americanos (OEA), en particular en su artículo 29, inciso b). La coincidencia no es casual, ya que la presencia de Mario de la Cueva es común en ambos ordenamientos, participando en la redacción del Proyecto que se convertiría en la Ley Federal del Trabajo de 1970, como parte de la Comisión Redactora designada

por el entonces Presidente de la República Gustavo Díaz Ordaz, en tanto que en relación a la Carta de la OEA, participó conjuntamente con Jaime Torres Bodet, como parte de la delegación mexicana que intervino en su redacción⁸.

El texto tiene un carácter eminentemente humanista, implica una idea de solidaridad social, expone la idea del trabajo como derecho y como deber de características sociales; reitera el reconocimiento a las libertades, obviamente incluye la de trabajo; establece la exigencia de reconocer la calidad de ser humano del trabajador y el consecuente respeto que le merece esa calidad; así como el imperativo de que las condiciones de trabajo deben asegurar la protección de la vida, la salud y el acceso a un nivel económico decoroso para el trabajador como individuo y como jefe de familia.

El principio de la protección de la vida y de la salud del trabajador, como uno de los objetivos de las normas de trabajo, se expresa normativamente desde las fracciones XIV y XV del artículo 123 constitucional, se desarrolla en el Título Noveno de la Ley Federal del Trabajo, se precisa en el Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo y se detalla por medio de algunas Normas Oficiales Mexicanas expedidas por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

El principio que plantea que las condiciones de trabajo deben propiciar el acceso a un nivel económico decoroso para el trabajador, no solo como individuo, sino en su calidad común de jefe de familia, se refleja en la normatividad laboral contenida en las disposiciones que regulan las prestaciones económicas a favor del trabajador, como el salario, el salario mínimo y la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, desde lo establecido en las fracciones VI, VII, VIII, IX, X y XI del original artículo 123 constitucional, así como en los artículos 82 al 131 de la Ley Federal del Trabajo de 1970.

⁸ *Cf.* De la Cueva. Op. Cit. Pág. 33.

La versión original de la Ley Federal del Trabajo de 1970 también reitera el principio de igualdad, en el segundo párrafo del artículo 3º, pero incorpora expresamente otros criterios además del sexo, como la edad, el credo religioso, la doctrina política, así como la condición social y lo generaliza a todas las condiciones de trabajo y no sólo al salario, omitiendo referirse expresamente al factor nacionalidad.

La Ley laboral que se comenta, en su artículo 6º, también incorporó como principio fundamental, el reconocimiento de que las normas del derecho internacional del trabajo, derivadas de los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 constitucional, sean aplicables a las relaciones de trabajo en lo que beneficie al trabajador, en concordancia con lo establecido en el artículo 19, párrafo 8 de la Constitución de la OIT⁹

V. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO EN LA REFORMA DE 2012 A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

La Ley Federal del Trabajo vigente desde el 1º de mayo de 1970, ha experimentado numerosas modificaciones, sin embargo, los preceptos que se refieren a los principios fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo, como los artículos 2º, 3º y 4º, no fueron afectados por dichas reformas, algunas de importancia por el número de preceptos modificados, como la Reforma de 1980, sino hasta la Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 30 de noviembre, que entró en vigor el 1º de diciembre de 2012.

Desde los últimos años del siglo XX, después de la Reforma de 1980, se comentaba entre los laboristas mexicanos la posibilidad de que se redactara una nueva Ley Federal del Trabajo, o por lo menos reformas de importancia y trascendencia, en la que su contenido se ajustara a las circunstancias económicas, sociales y políticas de la época, relativa al fin de un siglo e incluso de un milenio y el

⁹ *Cfr.* Constitution de l'Organisation Internationale du Travail. Bureau International du Travail Geneve, 1969, pág. 17

inicio de un nuevo siglo y de un nuevo milenio. Sin embargo, la idea de que cualquier nuevo ordenamiento o reforma laboral importante, tenía que ser producto de acuerdos entre las organizaciones de trabajadores y las patronales más representativas, impidieron que se concretara ese propósito, no obstante que se elaboraron varios proyectos que no lograron alcanzar el consenso que se pretendía.

En este orden de ideas, transcurrieron varios sexenios gubernamentales y más de tres décadas sin que se produjeran reformas de importancia y trascendencia, sin dejar de mencionar que si hubo algunas de importancia relativamente secundaria, como las que permiten la nacionalidad múltiple de los trabajadores y las que establecieron los llamados “finés de semana largos”, que determinaron como días de descanso obligatorio el primer lunes del mes de febrero, así como el tercer lunes de los meses de marzo y de noviembre de cada año, en vez de conmemorar a la Constitución, tanto la de 1857 como la de 1917, al natalicio de Benito Juárez y al inicio de la Revolución Mexicana de 1910.

Fue al final del régimen presidencial de Felipe Calderón Hinojosa, en el año 2012, que se aprueba por el Congreso de la Unión una importante Reforma Laboral que modificó un gran número de preceptos, incluyendo algunos relativos a los principios fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo que habían permanecido inmutables por más de 40 años. Es importante señalar que en esta Reforma básicamente se respetaron los principios fundamentales consignados con anterioridad, por lo que las novedades consistieron en la incorporación explícita de algunos principios que tácitamente estaban reconocidos; la adición expresa de la idea del trabajo decente, creada por la OIT en 1998; así como la mayor especificidad de los criterios relativos al principio de igualdad y de no discriminación.

El 9 de agosto de 2012, el llamado Poder Revisor de la Constitución, aprobó una reforma constitucional que faculta al Presidente de la República para presentar o impulsar, el día de la apertura de cada período de sesiones, hasta dos iniciativas ante el Congreso de

la Unión, a las que se les dio el carácter de preferentes, lo que implica la obligación del Poder Legislativo Federal de darles un trámite prioritario, debiendo cada Cámara en su turno, discutir y votar la Iniciativa correspondiente, en un plazo máximo de treinta días naturales. En ejercicio inmediato y por primera vez de esta facultad, el entonces Presidente de la República presentó el 1° de septiembre de 2012, dos iniciativas preferentes, una de ellas relativa precisamente a la Ley Federal del Trabajo, la que se analiza, se discute y se aprueba en apenas once días, no obstante lo cual experimentó algunos cambios importantes, producto del debate legislativo, que modificaron algunos aspectos importantes que contenía la Iniciativa presidencial, lo que finalmente dejó insatisfechas tanto a las organizaciones de trabajadores como a las patronales, al extremo que algún destacado representante empresarial afirmó, refiriéndose al proyecto contenido en la Iniciativa antes aludida y a lo resuelto en primera instancia por los diputados, que éstos “... lo deformaron, lo mutilaron y sobrerregularon figuras que generarían empleo, y después en la Cámara de Senadores la politizaron, así se aprobó la Reforma”¹⁰.

De la lectura de la Exposición de Motivos que precedió al texto de la Iniciativa de reformas a la Ley Federal del Trabajo, presentada el 1° de septiembre de 2012, se especificaron 51 objetivos que se pretendían alcanzar mediante la modificación de aspectos relativos a los principios fundamentales, a derechos individuales y colectivos, a la organización, estructura y facultades de algunas autoridades del trabajo, así como a cuestiones de carácter procesal.

Para efectos de este ensayo, sólo comentaremos las modificaciones relacionadas con los principios fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo, sin perjuicio de que los demás temas que experimentaron algún cambio han sido analizados en otros estu-

¹⁰ Tomás H. Natividad Sánchez. “La reforma laboral de 2012: su historia e interpretación. (Interpretación válida del artículo 15-a relacionado al outsourcing). En: “A cinco años de la Reforma Laboral: efectos, perspectivas y retos. Homenaje a Néstor de Buen Lozano. Tirant lo Blanch. México, 2019, pág. 259.

dios, ensayos y eventos académicos. Al respecto, en la Exposición de Motivos de la Iniciativa que se comenta, al aludir al contenido de ésta y como la primera de las 51 propuestas concretas que se enumeran, se encuentra la relativa a la incorporación de la idea del trabajo decente, en los términos siguientes:

“1. Incorporar la noción del trabajo decente que promueve la Organización Internacional del Trabajo, para destacar los elementos que deben imperar en cualquier relación laboral, que no son otros, más que el respeto a la dignidad humana del trabajador; la no discriminación por razón de género, preferencia sexual, discapacidad, raza o religión; el acceso a la seguridad social; el salario remunerador; la capacitación continua para el incremento de la productividad; la seguridad e higiene en el trabajo; la libertad de asociación; la autonomía y democracia sindical; el derecho de huelga y la contratación colectiva. Cabe señalar que el concepto de trabajo decente a que se hace referencia es acorde con la aspiración que nuestro texto constitucional prevé como trabajo digno”¹¹.

La mención expresa contenida en la citada Exposición de Motivos de la Reforma Laboral de 2012, en el sentido de que la noción del trabajo decente que se plantea incorporar al contenido de la Ley Federal del Trabajo, corresponde a la que promueve la Organización Internacional del Trabajo, claramente alude a la Declaración de dicha Organización, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, debidamente adoptada por la Conferencia General de la propia Organización, en el curso de su octogésima sexta reunión, celebrada en Ginebra y cuya clausura se declaró el 18 de junio de 1998¹².

¹¹ Exposición de Motivos de la Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el Presidente de la República a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión el 1º de septiembre de 2012, pág. 6.

¹² Organización Internacional del Trabajo. “*Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*”. Adoptada por la Conferencia General de la OIT en su octogésima sexta reunión, celebrada en Ginebra y cuya clausura se declaró el 18 de junio de 1998. <http://web.oit>.

El texto relativo establece que la Declaración comprende 4 áreas: la libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil, y; la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Por tanto, al quedar comprendidas estas 4 áreas en la noción de trabajo decente, su adopción en la Reforma Laboral mexicana de 2012, implicó la incorporación conjunta de los contenidos de las 4 áreas ya referidas, aunque algunos de ellos ya estaban reconocidos en la normatividad laboral mexicana desde 1917 en el artículo 123 constitucional, así como en la Ley Federal del Trabajo de 1931 y después en la de 1970.

Sin embargo, tomando como referencia el texto original de los artículos 2° y 3°, se pueden señalar cuales fueron las novedades normativas en la Reforma Laboral de 2012, en relación a los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, en los términos siguientes:

Se modificó la redacción del primer párrafo del artículo 2° de la Ley laboral, no necesariamente para mejorarla, reiterando la idea de que el principal objetivo de las normas de trabajo es la consecución del equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones, expresión ésta que se sustituye por la referencia a los factores de la producción, capital y trabajo, agregándose la frase "...así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales", aludiendo a la noción del trabajo decente, promovida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), según se indica en la Exposición de Motivos antes citada.

Sin embargo, la redacción del nuevo texto supone que las expresiones digno y decente significan lo mismo, lo cual no es exacto, ya que la noción de trabajo decente comprende o engloba varias ideas específicas de las que el trabajo digno o el respeto a la dignidad del trabajador derivada de su calidad de ser humano es sólo una parte, cuyos alcances fueron comentados con anterioridad¹³.

¹³ El comentario crítico no significa que esta confusión de significados tenga alguna consecuencia adversa para las personas trabajadoras, ya que *trabajo decente* y *trabajo digno* son nociones compatibles o amigables, sólo que una es más amplia y comprende a la otra.

Por tanto, la novedad normativa más importante de la Reforma Laboral de 2012 en este aspecto, es la incorporación de la noción de trabajo decente, que como se desprende de la Declaración de 1998 de la OIT, comprende cuatro ejes temáticos concretos: la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva; la libertad individual de trabajo y la prohibición de prácticas que pretenden limitarla; el respeto a la igualdad y la proscripción de toda forma de discriminación en relación al empleo y al trabajo; así como la protección de los menores de edad, principalmente respecto de las relaciones de trabajo.

Adicionalmente, el texto reformado del artículo 2° de la Ley laboral, alude con mayor especificidad a los factores que implican discriminación, agregando a los previstos en la versión anterior del artículo 3° de la propia Ley, relativos a la raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina o condición social, los referidos al origen étnico, nacionalidad, género en vez de sexo, discapacidad, condiciones de salud, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil.

La Reforma Laboral de 2012 profundizó la regulación del derecho de igualdad en las relaciones de trabajo, particularmente respecto al factor de género, al que dedica los párrafos cuarto y quinto del artículo 2°, así como el segundo párrafo del artículo 3°, el cual incluso podría considerarse redundante y reiterativo, precisando en los párrafos finales del artículo 2° la idea de la igualdad sustantiva de trabajadoras y trabajadores frente al patrón, la eliminación de la discriminación contra las mujeres “...que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral”, resaltando particularmente el acceso a las mismas oportunidades, pero sin dejar de considerar “...las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres”, idea que se conoce como la perspectiva de género.

Respecto al mismo principio de igualdad laboral, en referencia al aspecto del género, en la misma Reforma de 2012 se adicionó un artículo 3° Bis, en el que se describen las nociones de hostigamiento y de acoso sexual, que aunque no aplican exclusivamente para las

mujeres trabajadoras, estadísticamente son ellas quienes con mayor frecuencia son las víctimas de estas conductas que ocurren en el desempeño de las relaciones de trabajo, determinándose también responsabilidades para los autores de dichas conductas.

En el nuevo texto del artículo 2° de la Ley laboral, se incluye también dentro de la noción de trabajo decente, al empleo con acceso a la seguridad social¹⁴; a la percepción del salario remunerador, que ya estaba previsto antes en el artículo 3° con la expresión de que el trabajo debe asegurar un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia; el derecho del trabajador a recibir capacitación; así como la reiterada adopción de condiciones de seguridad e higiene, para prevenir riesgos de trabajo, idea esta última que fue incluida desde 1917 en el texto del artículo 123 en su fracción XV.

Por lo que se refiere a la consideración de que la capacitación es una característica de la noción del trabajo decente, es pertinente comentar que en el texto del artículo 2° reformado, se alude específicamente a la recepción por parte de las personas trabajadoras, de una “...capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos”, expresión que tiene rasgos de interés patronal, al adoptar las ideas del incremento a la productividad y de los beneficios compartidos, que se reflejaron también en algunas modificaciones en los preceptos que integran el Capítulo

¹⁴ El acceso del trabajador a la seguridad social como componente de la noción del *trabajo decente*, es un tema en sí mismo, ya que en congruencia con los contenidos del Derecho Internacional del Trabajo, principalmente referido a los convenios de la OIT, implicaría tomar como referencia el contenido del Convenio 102, sobre normas mínimas de seguridad social, adoptado por la Organización en 1952 y ratificado parcialmente por México en 1961. En México, la gran diferencia entre la formalidad y la informalidad en las relaciones laborales es precisamente el acceso a la seguridad social.

III Bis del Título Cuarto de la Ley Federal del Trabajo¹⁵.

En este mismo sentido, los párrafos tercero y cuarto del artículo 3° de la Ley laboral, cuyo contenido también fue materia de una reforma posterior, establecen respectivamente que: “No se consideraran discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada”; Así como la disposición que califica como de interés social la promoción y vigilancia “...de la capacitación, el adiestramiento, la formación para y en el trabajo, así como la certificación de competencias laborales, la productividad y la calidad en el trabajo, la sustentabilidad ambiental, así como los beneficios que éstas deban generar tanto a los trabajadores como a los patrones”.

El balance relativo a la efectividad de la Reforma de 2012 tiene en la doctrina laboralista una calificación preponderantemente negativa, sin perjuicio de que las modificaciones que generaron mayor polémica han sido calificadas como constitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Respecto de las reformas y adiciones relativas a los principios fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo, la de mayor relevancia corresponde a la adopción de la noción del trabajo decente, principalmente por la inclusión del acceso a la seguridad social y por la adopción de los derechos colectivos, si bien dicha inclusión tiene en principio efectos declarativos y por tanto será necesario una política pública adecuada, representa un avance importante en relación con el tema que nos ocupa.

¹⁵ Es oportuno comentar que cuando en septiembre de 2012, el entonces Presidente de la República Felipe Calderón Hinojosa, presentó ante la Cámara de Diputados la Iniciativa que proponía reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, un importante sector de la doctrina laboralista la consideró como de tendencia en favor de los patrones, en atención a las propuestas en materia de regulación de la subcontratación, de nuevos contratos eventuales de trabajo, de limitación a los salarios vencidos y de esta perspectiva en relación a la regulación de la capacitación de los trabajadores, con el enfoque del incremento a la productividad y de los beneficios compartidos. También es pertinente apuntar que algunas de las propuestas originales fueron modificadas en el debate legislativo.

VI. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO EN LA REFORMA DE 2019 A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

La Reforma Laboral de 2019 alude al Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 1° de mayo de 2019. Las modificaciones contenidas en este Decreto tuvieron como principal y teórico propósito regular y dar efectividad a la conocida como Reforma Laboral constitucional, contenida en el diverso Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Laboral, publicado en el Diario Oficial de 24 de febrero de 2017.

Cabe comentar que aunque el Decreto de 2017 refiere estar dedicado temáticamente a la Justicia Laboral, en su contenido también se ocupa de aspectos relativos tanto a la Libertad Sindical como a la Negociación Colectiva, razón por la cual la denominación del Decreto de 2019 tiene mayor congruencia con el contenido de ambas reformas. Por otra parte, en el artículo Segundo Transitorio del Decreto de 2017 se estableció lo siguiente:

“El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas deberán realizar las adecuaciones legislativas que correspondan para dar cumplimiento a lo previsto en el presente Decreto, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del mismo”.

No obstante lo señalado por el precepto transitorio citado, los órganos legislativos aludidos no cumplieron en el tiempo señalado con las adecuaciones legislativas correspondientes, las cuales signifi-

caban la expedición de nuevos ordenamientos y la modificación de otros, tanto en el ámbito federal como en el de cada una de las entidades federativas, cumpliéndose el año referido el 25 de febrero de 2018 sin que dichas adecuaciones se hubieran llevado a cabo. Posteriormente, como consecuencia de diversas presiones, algunas de ellas de instancias extranjeras, derivadas de compromisos que México asumió en la negociación de instrumentos internacionales, en especial los contenidos en el Tratado México-Estados Unidos-Canadá, conocido coloquialmente como el TEMEC, el Congreso de la Unión aprobó las aludidas adecuaciones que quedaron contenidas en el citado Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 1° de mayo de 2019.

Sin embargo, al analizarse y discutirse las propuestas de adecuaciones legislativas en el ámbito federal por parte del Congreso de la Unión, se incluyeron otros temas que no tenían relación directa con los referidos en la Reforma Constitucional de 2017 en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva, entre los cuales se pueden mencionar las reformas a los párrafos primero y cuarto del artículo 3°; al inciso a) de la fracción I del artículo 4°; a las fracciones III y VI del artículo 5°; así como la adición de un artículo 3° Ter, todos estos de la Ley Federal del Trabajo, relativos precisamente a los principios fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo, por lo que procederemos a continuación a comentar cada una de ellas.

Por lo que se refiere a la reforma al artículo 3° de la Ley Federal del Trabajo, en su párrafo primero, en parte restauró el texto anterior a la Reforma Laboral de 2012, al establecer en su frase inicial: “El trabajo es un derecho y un deber social. No es artículo de comercio y exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta...”, texto casi igual al de la versión original de 1970.

En el mismo párrafo, la siguiente frase incorpora otra idea que forma parte del principio de igualdad, al señalar: “...así como el reconocimiento a las diferencias entre hombres y mujeres para obtener

su igualdad ante la ley”, que de manera más explícita reconoce que las diferencias naturales entre hombres y mujeres no es obstáculo para alcanzar la igualdad ante la Ley, pero al reconocer diferencias naturales, matiza la idea de una igualdad simple por una de equidad o de perspectiva de género. Como sea, desde el punto de vista de una adecuada redacción, este principio por lo menos debió ubicarse en otro párrafo, como estaba en la versión original de este numeral.

De nuevo en el mismo párrafo primero del artículo 3° de la Ley laboral, se agregó lo siguiente: “Debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida digna y la salud para las y los trabajadores y sus familiares dependientes”. Esta idea es similar a la que estaba consignada en la versión original de 1970 del artículo que se comenta, que fue suprimida en la Reforma de 2012. Las diferencias entre el texto de 1970 y el que se reincorpora en la Reforma de 2019, son la adición de la palabra “digna” después de la palabra “vida”; la mención expresa a “las y los” trabajadores; así como la modificación en la redacción sin cambiar la idea, al referirse la versión de 2019 a “...sus familiares dependientes”, en tanto que la versión original de 1970 aludía al “...trabajador y su familia”, sin utilizar el término dependientes. Es pertinente comentar que estas diferencias, básicamente de redacción, no alteran el sentido de las ideas contenidas en el precepto que se analiza.

Por último en relación al mismo primer párrafo del artículo 3° de la Ley laboral, la Reforma de 2019 no restauró la alusión a “...un nivel económico decoroso” como parte de los objetivos de las condiciones de trabajo, que se contenía en la versión original de 1970 y que fue suprimida sin razón en la Reforma de 2012.

En la comentada Reforma Laboral de 2019, se modificó también el párrafo final del mismo artículo 3° para quedar en los términos siguientes:

“Es de interés social un ambiente laboral libre de discriminación y de violencia, promover y vigilar la capacitación, el adiestramiento, la formación para y en el trabajo, la certificación de competencias

laborales, la productividad y la calidad en el trabajo, la sustentabilidad ambiental, así como los beneficios que éstas deban generar tanto a los trabajadores como a los patrones”.

La idea que se agrega a este párrafo es reiterativa en relación al tema de la proscripción de toda forma de discriminación, que ya estaba, y que sigue estando considerada en el texto del segundo párrafo del artículo 2º de la misma Ley, como parte de la noción del trabajo decente, incorporada en la reforma de 2012. Es pertinente comentar que esta reiteración no era necesaria, pero tampoco afecta los derechos de los trabajadores.

En la Reforma Laboral de 2019 se adicionó un nuevo artículo identificado como 3º Ter, después del 3º Bis que se agregó en la Reforma laboral de 2012, que contiene una especie de “glosario o catálogo de términos”, referido a las nociones de “autoridad conciliadora”, “autoridad registral”, “Centros de Conciliación”, “Constitución”, “Día”, “Tribunal”, así como “correr traslado”, que podría haberse sumado a los ya descritos en el artículo anterior que se ocupa de las nociones de hostigamiento y acoso. Como comentario crítico, se puede expresar que como “glosario de términos”, el texto adicionado resulta insuficiente, que técnicamente como ya se dijo, podía haberse agregado al artículo 3º Bis y que de cualquier manera, no se puede considerar como precepto regulatorio de principios fundamentales del Derecho del Trabajo, aunque tampoco afectan los derechos e intereses de los trabajadores.

Por lo que se refiere a la reforma al artículo 4º, fracción I, inciso a) de la Ley laboral, sólo modificó la alusión a las Juntas de Conciliación y Arbitraje por “el Tribunal”, en congruencia con los cambios en materia de Justicia Laboral contenidos en la misma Reforma de 2019, que básicamente determina sustituir a las Juntas de Conciliación y Arbitraje por Tribunales Laborales, adscritos al Poder Judicial de la Federación y a los poderes judiciales correspondientes a cada entidad federativa.

En relación a las reformas al artículo 5°, fracciones III y VI de la Ley Federal del Trabajo, a semejanza del precepto anterior, sólo modifican la referencia a las Juntas de Conciliación y Arbitraje por “Tribunal”, también en congruencia con las reformas en materia de Justicia Laboral.

En el mismo artículo 5° que se comenta, se adicionaron dos nuevas fracciones, la XIV y la XV, en los términos siguientes:

“Artículo 5° Las disposiciones de esta Ley son de orden público por lo que no producirá efecto legal ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca:
XIV.- Encubrir una relación laboral con actos jurídicos simulados para evitar el cumplimiento de obligaciones laborales y/o de seguridad social, y
XV.- Registrar a un trabajador con un salario menor al que realmente recibe”.

Respecto del contenido de estas dos nuevas fracciones del artículo 5° de la Ley laboral, cabe comentar en relación a la fracción XIV, una genérica intención de negar eficiencia jurídica y por tanto validez, a cualquier acto de simulación laboral, dando prioridad a los hechos reales sobre los aspectos formales, supuesto que puede tener múltiples aplicaciones que tendrían que ser analizadas y determinadas en cada caso concreto¹⁶.

¹⁶ Puede mencionarse al respecto, la frecuente práctica de celebrar supuestos contratos civiles de prestación de servicios profesionales mediante el pago de honorarios, para encubrir una auténtica relación de trabajo. Muchas veces, los rasgos inherentes a la subordinación, factor determinante de una relación laboral, se desprende de lo expresamente pactado, como el señalamiento de un horario habitual y de una determinada adscripción, en tanto que en otros casos en los que esto se omite, la acreditación de dichos rasgos en el desempeño materia y habitual de los servicios, en el desarrollo de un procedimiento laboral, generalmente desembocan en resoluciones favorables al demandante, a quien se reconoce la calidad de trabajador y por tanto la aplicación de sus derechos laborales. De cualquier manera, la determinación específica depende de las circunstancias particulares de cada caso concreto, incluidas las de carácter procesal.

Por lo que hace al contenido de la nueva fracción XV ya mencionada, no queda claro a que registro se refiere y ante qué persona, entidad o autoridad se lleva a cabo, pudiendo resultar aplicable a registros de naturaleza fiscal o de seguridad social, ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o ante las instituciones de seguridad social, principalmente el Instituto Mexicano del Seguro Social. El efecto sería no reconocer validez al dato falso y proceder a regularizar la situación anotando la cuantía real del salario.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Una vez descrita la evolución normativa en relación a los principios fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo, principalmente referida a la Ley Federal del Trabajo, a manera de balance, expresamos las consideraciones siguientes:

1. El principio de la libertad de trabajo, con un enfoque preponderantemente individualista, debe ser considerado el más antiguo, ya que con independencia de los antecedentes remotos que datan de varios siglos atrás, está expresamente reconocido en México desde la Constitución de 1857 y fue reiterado en la Constitución de 1917 en los artículos 4° y 5° en su versión original. Incluso, la idea original de mantener el texto de la Constitución mexicana del siglo XIX, significó el punto de partida del debate que culminó con la redacción por separado de los derechos o garantías individuales, del artículo 123, ubicado en el Título Sexto del ordenamiento constitucional. La trascendencia de este principio es más evidente, por el hecho de estar considerada también como principio fundamental por la Organización Internacional del Trabajo.
2. El efecto expansivo de la normatividad laboral, considerado por la doctrina como uno de los caracteres del Derecho Mexicano del Trabajo más que como un principio fundamental, ha sido comentado en este ensayo por su gran importancia y trascendencia. Aunque no está mencionado expresamente en el artículo 123 constitucional, debe considerársele implícito en atención a la redacción del párrafo inicial de dicho precepto.

3. La idea de la progresividad de la normatividad laboral, también considerada por la doctrina como uno de los caracteres de la materia más que como principio fundamental, también fue tratada en este ensayo por las mismas razones que el efecto *expansivo*, por lo que de la misma manera, debe estimarse que está implícito en el artículo 123 constitucional, en particular en el texto de su original párrafo inicial.
4. La idea de la igualdad aplicada a las relaciones laborales, debe ser considerada como uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, así como los correlativos efectos negativos, traducidos particularmente en la proscripción de toda forma de discriminación en relación al ingreso al trabajo y en el desempeño del mismo. En este ensayo se señala que se trata de un principio previsto expresamente en términos escuetos, desde la versión original del artículo 123, pero qué en ordenamientos posteriores, en particular en la Ley Federal del Trabajo y sus diversas reformas, ha profundizado sus alcances aludiendo exhaustivamente a la eliminación de diferentes criterios de discriminación, lo cual incluso se ha convertido en una política pública no limitado al ámbito laboral. A semejanza de la idea de la libertad de trabajo, la noción de la igualdad en las relaciones laborales también ha sido considerada como principio fundamental por la Organización Internacional del Trabajo.
5. La idea de la nulidad de la renuncia de los derechos laborales adquiridos en favor de los trabajadores, también debe considerarse como uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo. Está regulado desde la versión original de 1917 en el artículo 123 constitucional, particularmente en la fracción XXVII desde su versión original y ha sido replicado tanto en la Ley Federal del Trabajo de 1931 como en la de 1970.
6. Aunque con un alcance más específico, referido al derecho de huelga, el artículo 123 constitucional, fracción XVIII, desde la versión original de 1917, mencionó la idea del equilibrio y de la armonía en las relaciones entre trabajadores y patrones, la que se incluyó en forma expresa y con mayor amplitud en la versión original de la segunda Ley Federal del Trabajo, vigente desde 1970. Por su importancia y trascendencia, esta idea también debe ser considerada como un principio fundamental del Derecho Mexicano del Trabajo.

7. El humanismo quedó claramente reflejado en nuestro Derecho del Trabajo, particularmente en el texto original del artículo 3° de la Ley Federal del Trabajo vigente desde 1970, al incluir expresamente las ideas de humanizar el trabajo, determinando que no es una mercancía ni un artículo de comercio, así como al establecer imperativamente el respeto a la dignidad humana del trabajador, ideas que se inspiraron en el contenido de la Carta de Bogotá de 1948 en la que se constituyó a la Organización de Estados Americanos (OEA). En el ensayo se comenta la participación personal de Mario de la Cueva en la redacción de ambos ordenamientos.
8. La idea de la protección de la vida y de la salud del trabajador como principio fundamental en las relaciones laborales, quedó implícitamente reconocida desde la versión original del artículo 123 de la Constitución en sus fracciones XIV y XV, en las que se advierte la adopción de la teoría de la responsabilidad objetiva, aplicable en las relaciones de trabajo, tanto en el aspecto preventivo como en el compensatorio. Esta idea, que debe ser considerada como principio fundamental del Derecho del Trabajo, ha sido desarrollada en forma detallada en la normatividad nacional en diversos ordenamientos, tales como la Ley Federal del Trabajo en su Título Noveno, el Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo, en algunas Normas Oficiales Mexicanas expedidas por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y en los diversos ordenamientos en materia de seguridad social. Este principio quedó expresamente establecido en el texto original del artículo 3° de la Ley laboral de 1970, fue suprimido en la Reforma de 2012 y restaurado, con algún ajuste de redacción, en la Reforma de 2019, como ahora se encuentra.
9. Es especialmente importante comentar que la Ley Federal del Trabajo de 1970, desde su versión original, reconoció expresamente la adopción e incorporación del contenido de los tratados internacionales celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 constitucional, que serán aplicables a las relaciones de trabajo en el ámbito nacional, en todo lo que beneficien al trabajador, en congruencia con lo establecido por la Constitución de la Organización

Internacional del Trabajo, adelantándose por varias décadas, a la importante y trascendente reforma constitucional al artículo 1º, llevada a cabo en 2011.

10. La principal aportación de la Reforma Laboral de 2012 relacionada con los principios fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo, consistió en la incorporación expresa al texto de la Ley Federal del Trabajo, de la idea del trabajo decente, noción creada por la Organización Internacional del Trabajo en la Declaración emitida por la Conferencia General en 1998, incorporación que implicó el reconocimiento explícito de algunos principios fundamentales que ya estaban regulados y de otros que lo estaban sólo de manera implícita, pero que por su gran importancia y trascendencia, es mejor su incorporación expresa, como son los derechos laborales colectivos, la protección de los menores de edad y los beneficios de la seguridad social, todo lo cual quedó comprendido en el entonces nuevo texto del artículo 2º de la Ley Laboral.
11. En la reforma Laboral de 2012 se incluyó también, tanto en el entonces nuevo texto del segundo párrafo del artículo 2º, como en el nuevo texto del párrafo tercero del artículo 3º, como parte de la noción de trabajo decente, así como un tema de interés social, la idea de la capacitación, que ya estaba regulada en la Ley Federal del Trabajo desde la Reforma Laboral de 1978, pero con un enfoque diferente, al incluir las ideas de la productividad, de los beneficios compartidos, así como de la calidad en el trabajo, lo que se complementó con algunos ajustes a los preceptos que integran el contenido del Capítulo III Bis del Título Cuarto de la propia Ley laboral.
12. En relación a la regulación jurídica de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo en México, la Reforma Laboral de 2019 modificó dos párrafos del artículo 3º de la Ley Federal del Trabajo, aunque sin cambiar su esencia, por lo que pueden considerarse básicamente como ajustes de redacción, salvo la parte en que se matiza el principio de igualdad de género, al aludir al reconocimiento expreso de las diferencias entre hombres y mujeres, sin afectar la noción de igualdad sustantiva, que se mantiene en el texto del quinto párrafo del artículo 2º que se incorporó a la Ley laboral en la Reforma de 2012.

En suma, soslayando aspectos relativos a redacción, el balance sobre la temática materia de este ensayo es positivo. En nuestra opinión, el mérito principal corresponde a la versión original de la Ley Federal del Trabajo de 1970, ya que incorporó a la Ley citada en forma expresa los principios fundamentales que la normatividad laboral tácitamente reconocía, pero ordenándolos y sistematizándolos con gran técnica jurídica. La Reforma Laboral de 2012 tuvo el mérito de incorporar expresamente la noción del trabajo decente. La Reforma de 2019 se ocupa principalmente de aspectos de redacción, salvo la precisión de la idea de la perspectiva de género. De cualquier manera, los principios fundamentales materia de este ensayo, contribuyen de manera muy importante a la orientación y aplicación jurídica sobre la normatividad laboral, conservando gran continuidad y congruencia desde 1917, año en que inicia su vigencia el artículo 123 constitucional, hasta la normatividad actual.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BURGOA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. Séptima edición. Editorial Porrúa. México, 1972.
- DE LA CUEVA, MARIO. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo I. Décimo quinta edición. Editorial Porrúa. México, 1998.
- GAMAS TORRUCO, JOSÉ. Los derechos del hombre en la Constitución de Apatzingán. En: Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2014.
- NATIVIDAD SÁNCHEZ, TOMÁS H. “La Reforma Laboral de 2012: Su historia e interpretación. (Interpretación válida del artículo 15 relacionado al *outsourcing*). En: “A cinco años de la Reforma Laboral: efectos, perspectivas y retos. Homenaje a Néstor de Buen Lozano. Tirant Lo Blanch. México, 2019.

Organización Internacional del Trabajo. “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, Adoptada por la Conferencia General de la OIT en su octogésima sexta reunión, celebrada en Ginebra y cuya clausura se declaró el 18 de junio de 1998. <http://web.oit>

Organisation International du Travail. Bureau International du Travail. Geneve, 1969.

DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CAMPE- SINOS. EXPECTATIVAS REALES O BUENOS PROPÓSITOS

DECLARATION ON THE RIGHTS OF PEASANTS. REAL EXPECTA- TIONS OR GOOD INTENTIONS

DAVID CHACÓN HERNÁNDEZ¹

RESUMEN: El éxito de la declaración campesina debe depender de la difusión que se haga de ella, la seriedad con la que los gobiernos del sistema ONU la tomen y el seguimiento que se le dé, especialmente si, como otras declaraciones, le sigue en futuro próximo, la elaboración de una convención que permita crear obligaciones jurídicas más puntuales. Si bien, las convenciones suelen no ser firmadas y ratificadas por muchos gobiernos, al menos se debe buscar que lo hagan el mínimo de miembros con lo cual un instrumento de esa naturaleza entre en vigor. Una vez hecho esto, la *declaración campesina* adquirirá fuerza para ser utilizada como criterio de aplicación interpretación en favor del campesinado de muchas partes del mundo.

PALABRAS CLAVE: *Campesinos, derechos humanos, reforma agraria, desigualdad, desarrollo.*

ABSTRACT: The success of the peasant's declaration must depend on the dissemination that is made of it, the seriousness with which the governments of the UN system take it and the follow-up that is given to it, especially if, like other declarations, it is followed in the near future, by the elaboration of a convention that makes it possible to create more specific legal

¹ Dr. en Derecho por la UNAM, Lic. en Derecho por la UAM-Azc. Profesor investigador en el Departamento de Derecho de la UAM-Azc., Miembro del Área de Investigación en Derechos Humanos y Alternatividad Jurídico Social. Miembro del SIN, con diversas publicaciones en temas relacionados a derechos humanos, derecho social y derechos indígenas. Contacto: <dchbms@hotmail.com>, ORCID:< 0000-0002-5543-7651>.

Fecha de recepción: 10 de octubre de 2022. Fecha de aceptación: 2 de noviembre de 2022.

obligations. Although, the conventions are not usually signed and ratified by many governments, at least the minimum number of members with which an instrument of this nature enters into force should be sought. Once this is done, the peasant declaration will gain strength to be used as a criterion of application and interpretation in favor of the peasantry of many parts of the world.

KEYWORDS: *Peasants, human rights, agrarian reform, inequality, developing.*

SUMARIO: I. Introducción. II. La ruta de la *declaración campesina*. III- Proyección hermenéutica de la *declaración Campesina*. IV. Los aspectos positivos de la declaración. V. El campesinado y el derecho a la tierra. VI. Expectativas para el futuro del campesinado como sujeto de derechos humanos. VII. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

La declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, venía representando una deuda pendiente de los organismos internacionales que emiten o procuran instrumentos jurídicos de protección de derechos humanos en favor de un grupo amplio de la población mundial que se encuentra, sin lugar a duda, en condición de vulnerabilidad.

Se llevaban años de trabajar en torno a proyectos de declaración, mas no se había concretado algo tan importante. La comunidad internacional cuenta ya con declaraciones y convenios para proteger a sectores demográficos en desventaja, como lo es el caso de las mujeres, de los niños, de los indígenas, de los migrantes, los adultos mayores, las personas con capacidades disminuidas o especiales y hasta de personas en condición de cárcel, pero no para los productores y trabajadores de zonas rurales. Había un faltante visible si

consideramos que, en diversos períodos históricos, los campesinos se han hecho presentes, incluso con revoluciones tanto violentas como pacíficas, en el intento de defender sus tierras y, junto con ellas, el derecho a vivir en un espacio con los recursos que allí se encuentran.

A pesar de que hay modelos de apropiación por comunidades campesinas, la industrialización creciente en la mayoría de los países que hoy existen como naciones independientes generó una marginación del sector primario, no solo en términos de lo que significaba la producción en la economía, sino en la manera en cómo es vista la población rural.² Muchas historias de discriminación de personas recién trasladadas del campo a la ciudad se han presentado, producto de la desnivelación socioeconómica entre los sectores de las demografías nacionales. La población urbana como más avanzada, más abierta a las nuevas formas de pensar y de comportarse, mientras que la población rural ha sido puesta como retrógrada, conservadora y, como tal, poco próspera. Las dedicaciones del ámbito rural han sido devaluadas al grado de que los ingresos de los trabajadores de zonas rurales son mucho menores a los de los empleos en la ciudad. Esto ha traído una serie de problemas no solo de discriminación, de formación estructural de la pobreza, sino del abandono del campo para que, las personas con *ambición*, con ganas de mejorar, migren hacia la ciudad a buscar un modelo de vida que se ha planteado como superior, formándose así un imaginario social muy sólido en ese sentido, y que a la vez impulsa a conceptualizar lo que cada sujeto es según su medio de vida.

² La distinción de la población rural y urbana es distinta en cada país, independientemente que en sus características hay ciertos rasgos que las identifican unas y otras en todas las latitudes. Solo a manera de ejemplo, en México, la población rural es aquella que vive en comunidades menores a 2500 habitantes. Para diferencias algunas definiciones entre una población y otra, consúltese el documento de CEPAL siguiente: *Definición de población urbana y rural utilizadas en los censos de los países latinoamericanos*. Disponible en: https://www.cepal.org/sittes/default/files/def_urbana_rural.pdf

Para información de México véase: https://www.cuentame.inegi.org.mx/población/rur_urb.aspx?tema_

De este derrotero, que ha tomado la división entre lo urbano y lo rural, han surgido problemáticas causales que no son fáciles de revertir, verbigracia la inequitativa distribución del ingreso que desemboca en pobreza, en abandono de las comunidades, en bajo nivel educativo, en déficit nutricional, en niveles ínfimos de atención a la salud, entre muchas otras. La fuerza del arraigo que la población rural tenía sobre la tierra y sus recursos es cada vez más débil; lo que antes impedía dejar la tierra, ahora ya no es un obstáculo y muchas personas se alejan de lo que hoy tiene poco valor social. La difusión de la cultura de los medios de comunicación, así sean nacionales o locales, representan ser mecanismos de reproducción de la desigualdad al difundir estereotipos en los que la vida rural tiene ya, no solo poco valor, sino muy poco atractivo. La diversión, el placer y la felicidad que representa el bullicio, el movimiento, las buenas relaciones públicas e interpersonales, el conocimiento y lo más desarrollado de la cultura, se encuentran en los grandes centros urbanos en donde están los lugares más propicios para obtener esas satisfacciones.

En función de lo que se reproduce culturalmente, la vida rural es *aburrida* y por lo tanto poco apreciada. Lo más importante de ella es que significa ser fuente de alimentos. La agricultura ahora es vista como un sector de la economía que se valora por sus aportaciones al Producto Interno Bruto, más que como un entorno necesario en cualquier sociedad nacional. La medición económica es el medio para determinar la importancia de lo que es el desempeño productivo y, asociado a ello, a los estilos de vida.

Dado lo anteriormente dicho, la declaración campesina debe representar, aunque sea solo un intento, el poder replantear, no solo derechos para una población vulnerable, sino el valor del concepto de persona, con independencia de su dedicación y sus estilos de vida.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, los campesinos son un sector muy amplio y variado que se había quedado rezagado en cuanto al reconocimiento de estos derechos. A partir de la emisión de la Declaración Campesina, se

abren algunas expectativas que pueden llegar a conseguir un mayor nivel de bienestar para la clase de personas a quien va dirigida la protección. Con este análisis se pretende encontrar algunos puntos esenciales con los que el objetivo de este instrumento pueda llegar a ser efectivo en pro de los campesinos.

II. LA RUTA DE LA DECLARACIÓN CAMPESINA.

El tema de los instrumentos convencionales, que se pueden determinar como espacio de albergue de derechos humanos, tiene algunos antecedentes. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) contiene ciertos convenios que protegen a las personas que trabajan en la agricultura, sin embargo, el nivel de protección no es tan amplio como el que detona la todavía joven *declaración campesina*. A pesar de lo restringido de la protección, no dejan de ser importantes puesto que se tratan de convenciones que tienen fuerza jurídica para quienes los han ratificado.

De los 190 convenios de la OIT, 13 de ellos regulan aspectos como la edad mínima en el trabajo rural (no.10), el derecho de asociación de trabajadores rurales (no.11), cuestiones sobre accidentes de trabajo (no.12), el seguro de enfermedad (no.25), vejez (no.36), invalidez (no.38), muerte (no.40), métodos de fijación de salarios mínimos (no.99), vacaciones pagadas (no.101), sobre el trabajo en las plantaciones (no.110), inspección en el trabajo (no.129), sobre organizaciones de trabajadores rurales (no.141), seguridad y salud (no.184). Por supuesto que estos convenios se constriñen a proteger única y exclusivamente cuestiones de carácter laboral que representan protecciones para los trabajadores rurales, especialmente en la categoría de lo que podríamos denominar jornaleros rurales y obligaciones para los patrones que los emplean. Estos instrumentos no van más allá en la protección limitada, por ejemplo, el derecho a la propiedad de las tierras, de los recursos, o en el establecimiento de un derecho al agua o a la alimentación.

Es necesario enfatizar que son instrumentos importantes para proteger a los trabajadores que, conforme a *la declaración campesina*, son precisamente campesinos o personas que trabajan en zonas rurales. Cada uno de estos instrumentos representa, desde mi punto de vista, antecedentes de lo que posteriormente la ONU y no la OIT, a través del Consejo de Derechos Humanos, emitiría como una declaración. Mientras que los convenios mencionados son específicos en materia estrictamente laboral, la *declaración campesina* es integral, pues busca proteger un espectro más amplio de personas, por ejemplo, pequeños propietarios de una parcela, recolectores o cazadores, pescadores, mujeres y hombres que se enfocan en trabajar de manera principal o accesoria cuestiones artesanales o la dedicación al comercio o al pastoreo de ganado, todo ello en pequeña escala. El campesinado al que se refiere la declaración, no necesariamente son trabajadores asalariados, sino trabajadores por cuenta propia, independientemente que sean o no propietarios. Y para el caso de que sean asalariados, incluye también a trabajadores migrantes.

Por ese sentido, los grandes acaparadores no pueden ser considerados campesinos, no hay puntos de comparación entre quienes tienen una dedicación material a las actividades agrícolas, en gran mayoría de sobrevivencia y entre quienes detentan la tierra como una empresa en la cual la producción se efectúa con mano de obra asalariada.³

Para llegar a la declaración campesina, se gestó todo un proceso de análisis y discusión en la esfera internacional que inició desde los años 90 y que tuvo un momento importante cuando organizaciones no gubernamentales, impulsadas por “La Vía Campesina”, crearon en el 2008 un documento denominado *Declaración de los derechos de las campesinas y campesinos* que se forjó en diversas reuniones en años

³ Chacón, David. “¿Y qué hay de los derechos humanos campesinos?”. En: Revista ALEGATOS, No. 100, septiembre-diciembre, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, 2018, pp.815-841.

anteriores. Ese documento fue presentado en las Naciones Unidas con la exigencia de que debía gestarse una Convención Internacional de los Derechos de las Campesinas y los Campesinos que los protegiesen como era el caso de los trabajadores.⁴ Una vez realizado un primer análisis de lo que se podía considerar una deuda histórica, la Asamblea General de las Naciones Unidas determinó, en septiembre de 2012, que fuera el Consejo de Derechos Humanos (DD HH) de las Naciones Unidas el encomendado para llevar a cabo el proceso de discusión con el objeto de elaborar, no una Convención, sino un proyecto de declaración.

Para tales efectos fue formado un grupo de trabajo intergubernamental de composición no limitada que incluyó representantes de Estados y organizaciones civiles. El grupo de trabajo se estableció como de composición abierta, lo que indicaba que se podían sumar representantes de gobiernos que desearan con el fin de analizar la situación de los derechos de los campesinos y de personas que trabajaran en zonas rurales, que para entonces era perceptible la necesidad de que este sector de la demografía mundial no tenía la misma o análoga protección de otros grupos desaventajados. El carácter de vulnerabilidad y las problemáticas agrarias han estado muchos años de manifiesto, lo que indicaba que había que buscar soluciones para mejorar. Una vez conformado, “El citado grupo de trabajo celebró su primera reunión en Ginebra del 15 al 19 de julio de 2013.”⁵ De esta reunión surgió un primer proyecto de declaración que comenzó a difundir las intenciones del Consejo de Derechos Humanos. La encargada de presidir y dirigir los trabajos

⁴ Declaración de los Derechos de las Campesinas y los Campesinos, Disponible en: <https://viacampesina.org/es/wp-content/uploads/sites/3/2010/05/declaracion-SP-2009.pdf>

⁵ *Vid*, Revista *Voz del Mundo Rural*, No. 15, marzo 2014, Ed. Federación Internacional de los Movimientos de Adultos Rurales Católicos (FIRMAC). El documento está disponible para consulta en: [www.fimarc.org/Castellano/VMR\(E\)/VMR%20115%20\(S\).pdf](http://www.fimarc.org/Castellano/VMR(E)/VMR%20115%20(S).pdf)

de discusión, redactar y presentar el proyecto fue la embajadora de Bolivia ante las Naciones Unidas, Angélica C. Navarro Llanos. Este proyecto fue el documento base sobre el cual se guiarían las siguientes reuniones y debates.

El 27 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su sesión 26^o, emitió la resolución 26/26, sobre la “Promoción de los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales”.⁶ En ella se reconocen las complicaciones que tiene la agricultura mundial y las condiciones de la población que vive en zonas rurales, así como los problemas del hambre y la pobreza de gran parte de la población, especialmente la población rural. Como decisiones de esa reunión, se pide al presidente-relator que se hagan consultas oficiosas con los gobiernos, los grupos regionales, las organizaciones intergubernamentales, la sociedad civil, representantes de los campesinos y partes interesadas. Además, se pide que el mismo presidente-relator del grupo de trabajo elabore, resultado de esas consultas, un nuevo Proyecto de Declaración con el que, en próximas reuniones, fuera la guía de siguientes debates.

En 2015, del 2 al 6 de febrero fue celebrada la segunda reunión del grupo de trabajo al amparo del Consejo, lo que motivó un debate más amplio respecto del proyecto de declaración que se tenía. En esa reunión, se celebraron diversas mesas de trabajo con distintas temáticas, todas ellas enfocadas en el contenido del proyecto de declaración en la que se hicieron precisiones e inclusiones conceptuales. De ello surgió un informe para el Consejo de Derechos Humanos.

En mayo de 2016, se efectuó la tercera reunión del grupo de trabajo, igualmente con la participación de diversas organizaciones internacionales de la sociedad civil. En esta reunión se perfiló con

⁶ *Cfr.*, Informe del Consejo de Derechos Humanos. Resolución 26/26 de junio 2014. En: <<https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/59/63>, p.215 y ss.>

mayor detalle lo que se denominó la versión avanzada del proyecto de declaración, especialmente en lo que toca a la inclusión de nuevos derechos como los relacionados al *derecho a las semillas*, cuestión que no era apoyado por los países más desarrollados, lo que no generó resultados conclusivos. Aun así, se perfiló el documento complementado de las versiones anteriores, lo que motivó a que al año siguiente hubiera una nueva reunión conforme a la cual los interesados presentaran sus posiciones. Esto nos demuestra que el camino de la declaración no era llano.

En mayo de 2017, se celebró en Ginebra la cuarta reunión del grupo de trabajo con el objeto de profundizar la discusión del proyecto de declaración, lo que fue posible con propuestas más amplias y con mayores perspectivas a las originalmente trabajadas. Este nuevo proyecto se perfilaba como el mejor para ser aprobado en el seno del Grupo de Trabajo Intergubernamental del Consejo de Derechos Humanos, no obstante, de ser objetado por algunos países en partes especiales. A pesar de esas objeciones, el Proyecto de Declaración tuvo un buen impulso cuando en septiembre de este año, el Consejo de Derechos Humanos volvió a emitir resolución para promover los derechos de los campesinos, lo que puso las bases para que al año siguiente se presentara el último borrador del proyecto de declaración.

El año 2018 es fundamental en la formación de este instrumento. En el marco del 39° periodo de sesiones, celebrado del 10 al 28 de septiembre, el Consejo de Derechos Humanos vuelve a emitir resolución, pero esta vez aprobando la última versión de la *declaración campesina*, la que se presentaría finalmente a la Asamblea General el 8 de octubre. Se trata de la versión más acabada, la definitiva después de varios años de intensas reuniones y aportaciones para que, finalmente, en el Septuagésimo tercer período de sesiones celebrado el 17 de diciembre del mismo año, el máximo órgano de las Naciones Unidas, en resolución A/RES/73/165, aprobara formal-

mente la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales”, cuyo texto fue publicado el 21 de enero de 2019.

Desde entonces, dando seguimiento, presentando propuestas y debatiendo, participaron también diversas organizaciones campesinas de corte internacional en las que destacan, *La Vía Campesina* que “es un movimiento internacional que reúne a millones de campesinos, agricultores pequeños y medianos, sin tierra, jóvenes y mujeres rurales, indígenas, migrantes y trabajadores agrícolas de todo el mundo. Tiene 182 organizaciones miembros de 81 países.”⁷; la *Federación Internacional de los Movimientos de Adultos Rurales Católicos*, que “aglutina un conjunto de movimientos afiliados, organizaciones asociadas, organizaciones de contacto e instituciones de contacto en todos los continentes y sus regiones. Al ser un movimiento de convicción y afiliación católica, tiene una cercana relación con el Vaticano. Aboga por conseguir mejores condiciones de vida para los campesinos y personas rurales y busca que el mundo llegue a la “soberanía alimentaria”.⁸ Es una entidad consultiva con de la ONU, la UNESCO, la FAO y del Consejo Económico Social; el *Centro Europa – Tercer Mundo* (CETIM), que “se considera a sí misma un Centro de investigaciones y de publicaciones sobre las relaciones entre el Tercer Mundo y Europa, por lo que se dedican a documentar y analizar sobre diversas temáticas. Tiene estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (el ECOSOC), a la vez que es un canal de transmisión de críticas y propuestas de diversos movimientos de masas, organizaciones de base, sindicatos y ONG”;⁹ *Food First Information and Action Network* (FIAN), la cual “Es una organización de corte internacional que, desde su fundación en

⁷ Disponible en: <<https://viacampesina.org/es/la-voz-de-los-campesinos-y-de-las-campesinas-del-mundo5/>>

⁸ *Vid.*, <http://www.fimarc.org/Castellano/Bienvenida.htm>

⁹ CETIM. “No existe un mundo desarrollado y otro subdesarrollado, sino un solo mundo maldesarrollado” En: <<https://www.cetim.ch/legacy/es/cetim.php>>

1986, lucha por la erradicación del hambre, la malnutrición, que son consideradas violaciones de derechos humanos. Trabaja en más de 50 países;¹⁰ *Bread For All Foundation*, VIVAT International, entre otras, que son organizaciones con un gran número de miembros pertenecientes a varios países.

En cuanto a organizaciones internacionales, es evidente que estuvo presente en el proceso impulsando la *declaración campesina*, la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en menor medida, las cuales pusieron en la mesa instrumentos que ellas habían desarrollado y que resultaban pertinentes para los propósitos de la declaración, las que incluían acciones de consultoría.¹¹

Ha sido evidente que la declaración generó un impulso en cuanto a las esperanzas de mejorar material y formalmente las condiciones de la población campesina, pero también es cierto que las organizaciones partícipes consideran que tal instrumento es apenas un principio y no un fin con el que se puede llegar a lograr los objetivos paulatinamente. Desde luego que también hay actitudes de incredulidad en cuanto a la característica de la declaración que, al no ser una convención, puede ser solo un documento que no tenga aplicación material por la falta de obligaciones concretas de los diferentes gobiernos. No obstante, queda abierta la puerta para que, en un futuro, ojalá muy cercano, se convoque a crear convenios internacionales que refuercen lo dicho por *la declaración campesina*.

¹⁰ FIAN Internacional. “Por el Derecho a la Alimentación y a la Nutrición.” En: <https://www.fian.org/es/fian-internacional>

¹¹ Geneva Academy. *Negociación de una Declaración sobre los derechos de los Campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales*. Université de Geneve, Faculty of Law, 2015.

III. PROYECCIÓN HERMENÉUTICA DE LA DECLARACIÓN CAMPESINA.

El derecho internacional de los derechos humanos es un conjunto de disposiciones convencionales y declarativas conforme a las cuales se ha buscado proteger, primeramente, a todo ser humano sin distinción alguna; en seguida, ha tratado de ampliar su protección a segmentos de la sociedad mundial que comportan características de desventaja frente a otros grupos minoritarios o poderosos, considerando que existe en el mundo y en el contexto nacional de cada país, una desigualdad manifiesta.

Frente a este contexto, una vez formada la Organización de Naciones Unidas, se pensó en emitir sendos instrumentos de protección de las personas, independientemente de su condición social y cultural. De este modo, poco tiempo después de emitidas la Declaraciones, tanto la Universal de los derechos humanos y la Declaración Americana de los Deberes del Hombre, ambas en 1948, se conformaron diversos instrumentos cuyo objetivo es proteger, ya no solo la persona en general, sino a la persona con ciertas características, ya fuere la diferencia racial, de género, la dedicación laboral, lo cultural, de nacionalidad o de posición económica. Esta protección continuó ampliándose en la concepción colectiva, individual o ambas simultáneamente, lo que permite ahora encontrar protección también en la cuestión de edad, de capacidades, de situación jurídica, entre otras.¹²

En las siete décadas posteriores al surgimiento de las declaraciones, se han generado una extensa red de instrumentos, ya sean solo declarativos con obligatoriedad moral, sino otros tendientes a establecer una vinculación jurídica como son las convenciones y los protocolos que de ellas se derivan. Asimismo, la instrumentación internacional presenta programas de acción, principios rectores, reglas de seguimiento y otros que buscan hacer que los Estados,

¹² *Cfr.*, Buergenthal, Thomas. *Derechos Humanos Internacionales*. México, Ediciones Gernika, 1996.

independientemente de si los han adoptado formalmente o no, se apeguen a las disposiciones en el objetivo general de proteger los derechos humanos citados en la Carta de las Naciones Unidas, en cuyo preámbulo señala expresamente que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos a “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

En ella misma, en el primer artículo, se manifiestan los propósitos y principios que, entre ellos están: “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.” Lo anterior nos indica que existe un compromiso moral y, de cierta forma jurídica, respecto de todo aquello que las Naciones Unidas proclamen declarativa o convencionalmente como derechos humanos.

Aunque suele decirse que los contenidos de una declaración no son vinculantes jurídicamente como los convenios ratificados, sí lo son en el aspecto moral. Son tomados como deberes morales que difícilmente admiten una posición contraria por los Estados miembros de las organizaciones lo que permite dar también un uso jurídico. Entonces, dichas declaraciones... “pueden adquirir un valor jurídico que no es de ninguna manera desdeñable. En algunos casos equivalen a una interpretación de reglas o de los principios que la Carta ya contiene y que son, por consiguiente, obligatorios para los Estados miembro de gran autoridad en virtud de la categoría que poseen en las Naciones Unidas.”¹³ Primeramente, los derechos de una declaración son criterios orientadores para ser aplicados jurisdiccionalmente, tanto en las

¹³ Sorensen, Max. *Manual de derecho internacional público*. México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p.188.

controversias internacionales como en las nacionales. Con los criterios de una declaración se ha venido formando jurisprudencia por interpretación, lo que permite que sí tengan un uso jurídico y no solo moral; los contenidos de las declaraciones se han convertido, en este aspecto, en verdaderos fundamentos de normas del derecho internacional y del derecho común en los países.

Por lo dicho, es importante no desdeñar las declaraciones que, además, si son efectivamente generales y dan muy poco y, algunas, ningún margen de contradicción. Tienden a ser criterios dogmáticos cuya no aceptación pone en tela de juicio a los detractores y resta valor moral a todo discurso de crítica destructiva. Un Estado parte de la organización en donde se ha votado una declaración, queda muy mal parado si acaso desdeña los principios por los que ese mismo Estado ha votado.

Aunque las declaraciones pueden no ser completas y contener deficiencias, lo que permite ser objeto de críticas válidas, eso no les resta mérito ni las coloca como instrumentos malévolos. Para considerar lo anterior, hay que hacer notar que una organización como las Naciones Unidas han alcanzado un nivel de credibilidad muy alto. Que existen pugnas, es cierto, pero también lo es que cuando se emite una declaración, es porque hay un nivel de consenso amplio. Ese consenso es el vehículo que permite que el contenido de las declaraciones sea el fundamento de otros derechos, tanto de la esfera internacional como de las legislaciones de un país; es, digamos de otro modo, una verdadera fuente de nuevos derechos que se consagrarán en leyes positivas.

Respecto de la *declaración campesina*, creo que su carácter debe ser como las otras, una fuente de prerrogativas y obligaciones jurídicas para el derecho internacional y para las legislaciones internas de los Estados. Se convierten en compromisos que los gobiernos de los países adquieren para crear legislaciones que contemplen estos derechos o que las existentes no los socaven. De igual forma, se conviertan en criterios de orientación a la hora de aplicar reglas en mandatos

jurisdiccionales a razón de convertirse en verdadera jurisprudencia, no solo en el ámbito nacional, sino en controversias internacionales. Por último, esta declaración debe ser fundamento y motivo para la creación de convenciones que amplíen el ámbito de protección de un sector demográfico muy importante que lo necesita.

Se trata de una declaración con aspectos *sui géneris* y que se distinguen con respecto a otras. Cuando se emite una declaración, es muy común que las relacionen a otras del mismo rango, pero también con otros instrumentos convencionales. Eso indica que los derechos proclamados se complementan y que ya son aplicables, es decir, que entraron en vigor para países que los ratifican. En este aspecto, la *declaración campesina* no es la excepción, pues en la parte del preámbulo, específicamente en la segunda consideración, se mencionan un conjunto de instrumentos convencionales y, además, se mencionan convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo y a otros de carácter universal y regional.

Lo anterior conduce a pensar en una condición de interrelación entre esta *declaración campesina* y todos los instrumentos que por algún término se puedan relacionar. A su vez, hay un carácter también complementario en el sentido de que los derechos de esta declaración también se encuentran apoyados por reglas convencionales. Lo más probable es que en los miembros del Consejo de derechos humanos, y posteriormente en los representantes estatales ante la ONU, haya subsistido una intención de crear un instrumento, que no fuere aislado del resto de los que forman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que fuera una declaración siempre concatenada a muchos instrumentos que pudieren servir de complemento a las lagunas o deficiencias que ésta hubiere podido tener.

Otra característica es el preámbulo tan amplio que consta de 33 párrafos que, además son considerandos que permiten ver las intenciones del Consejo de Derechos Humanos y de la Asamblea General. Sin duda es un detalle que pudiere pasar desapercibido, más el cúmulo de contenido hace que no sea trivial. En esta parte

de la declaración se abordan preocupaciones sobre temas que padece el campesinado mundial como son el de la desigualdad, bajo desarrollo, la pobreza, hambre, malnutrición, la degradación del medio ambiente, desalojos y desplazamiento forzado, explotación, dificultad en el acceso a los recursos naturales, la emigración y hasta el suicidio de campesinos. También destaca, en varios de esos considerandos, una mención a los derechos humanos, pretendiendo posicionar esta declaración como contenido de un arsenal de prerrogativas fundamentales en el derecho internacional de los derechos humanos. De manera textual, el último párrafo del preámbulo señala que la Asamblea General de Naciones Unidas, como máximo órgano de proclamación, está:

Convencida de la necesidad de que se protejan mejor los derechos humanos de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales y de que se interpreten y se apliquen de forma coherente las normas y los principios internacionales de derechos humanos relativos a esta cuestión.

Esta consideración da por hecho, entonces, que la *declaración campesina* está contenida por derechos humanos que se complementan a su vez con otros instrumentos, tanto declarativos como convencionales y otros que representan un complemento de estos últimos.

Dicho así, una parte del éxito de la *declaración campesina* va a depender de la difusión que la ONU y otros organismos filiales hagan de ella; también será muy importante la seriedad con la que los gobiernos del sistema ONU la tomen, así como el seguimiento que se le dé a las recomendaciones, especialmente si, como otras declaraciones, le sigue en futuro próximo, la elaboración de una convención que permita crear obligaciones jurídicas más puntuales. Si bien, las convenciones suelen no ser firmadas y ratificadas por muchos gobiernos, al menos se debe buscar que lo hagan el mínimo de miembros con lo cual un instrumento de esa naturaleza entre en vigor. Una vez hecho esto, la *declaración campesina* adquirirá fuerza para ser utilizada como criterio de aplicación e interpretación.

IV. LOS ASPECTOS POSITIVOS DE LA DECLARACIÓN.

Es evidente que resaltar lo bueno y positivo que la Declaración Campesina puede aportar a la causa del campesinado mundial. Si bien, es posible que para muchos este instrumento no sea totalmente satisfactorio, es necesario someter al escrutinio y ver uno solo de esos aspectos, sino en un ánimo de objetividad, ver las contribuciones positivas que pueden ayudar a la causa campesina, tanto como ser críticos y observar lo que debe mejorar, todo en función de una actitud de progreso, justamente como deben ser los derechos humanos.

Respecto de lo positivo, noto que hay al menos una serie de temas cuya inclusión es portadora de una tendencia progresista. Entre ellas encontramos el aspecto integral de sujeto que forma el campesinado. La declaración abarca a varios sujetos dedicados a varias actividades y no solo a la agricultura como suele verse la cuestión campesina. El hecho de que tienda a proteger a pastores, a pescadores, a ganaderos, a agricultores en diversas especialidades, a trabajadores, recolectores, silvicultores, comerciantes y artesanos, es un avance muy importante, lo que nos lleva tomar respeto por un instrumento que buscó el mayor nivel de protección desde la presentación de su proyecto.

Esta declaración no se constriñe a proponer cuestiones de carácter económico y social que ayuden al campesinado a atemperar su situación de pobreza, sino que es un instrumento que se articula con otros derechos civiles, políticos y de aquellos que son considerados de carácter difuso. Como mera referencia puedo citar el caso del derecho a la seguridad conforme al cual se manifiesta la prohibición de que los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales no sean afectados por procesos legales mediante detenciones o reclusiones arbitrarias, o que no sean sujetos a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por este contenido, pareciere que esa parte está cubierta con el pacto internacional de derechos civiles y políticos, más la realidad demuestra que por su situación

cultural y la desventaja de la que son objetos en el comparativo con otros sectores de la sociedad, muchas veces la población rural es más fácilmente sujeta a violaciones de derechos de esta índole. Ello se debe a que, en la mentalidad de todos aquellos que participaron en la elaboración de la declaración campesina, como los que la aprobaron, está reconocido que los abusos por el Estado y la sociedad son más comunes y recurrentes en la población con menos preparación, y de estas, encontramos a la población campesina.

Otro ejemplo que me parece digno de mención es una serie de derechos que también se encuentra en otras declaraciones y en el ya citado pacto de derechos civiles y políticos, además de otros instrumentos. Ellos son la libertad de pensamiento, creencias, conciencia, religión, opinión, expresión a reunión pacífica. Aunque están también presentes en otros instrumentos internacionales, la importancia de que aquí se hubieren plasmados tiene que ver también con el hecho de resaltar que la población campesina no siempre tiene garantizados estas atribuciones o que, aún en caso de existir en las leyes, quedan en el plano de la formalidad y no son cabalmente cumplidas. Me parece que la mención de estos derechos en los que aparentemente no hay una relación directa con el progreso y desarrollo, especialmente económico y social de la clase campesina, es para dar énfasis e integralidad a una serie de derechos que no son complementarios o colaterales, sino derechos concretos que influyen también en la vida de los campesinos como elementos que permiten desarrollar con más ahínco sus actividades cotidianas, eventuales y extraordinarias. Dicho, en otros términos, la fe y todas las creencias religiosas son un elemento articulador con los quehaceres de dedicación en su ámbito.

Un aspecto digno de destacarse es que esta declaración campesina es también una contribución a las cuestiones medio ambientales en tres sentidos. Uno, el de dar a los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales el derecho de acceder a los recursos naturales que les sean necesarios para su vida de sus costumbres y,

junto con ello, a participar en la gestión de esos recursos, según lo menciona el artículo 2. Segundo, de conservar y proteger el medio ambiente y, junto con ello, la capacidad de sus tierras, evitando que sean contaminadas con materiales, sustancias o desechos peligrosos según lo dispone el artículo 18. En tercer sentido, establece que, cuando no sean ellos los que deban acceder a esos recursos, deben ser consultados. Esta obligación por parte de los gobiernos y atribución para los campesinos coincide con lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo respecto de los derechos de los pueblos indígenas, así como de las declaraciones de la ONU y de la Organización de Estados Americanos respecto también de los derechos indígenas. Debemos enfatizar que entre el campesinado y las personas que trabajan en zonas rurales, una gran cantidad de ellos tienen precisamente una identidad cultural diversa.

En este mismo sentido, el derecho a la consulta, que se extiende a todo el campesinado, aún al que no sea de alguna cultura étnica, adquiere además una connotación adicional a lo que se menciona en los instrumentos para pueblos indígenas. Las consultas, según el artículo segundo, debe llevarse a cabo con la participación, activa, libre, efectiva, significativa e informada de los campesinos. Por supuesto que esto, en función de la interdependencia de los derechos humanos, se concatena con la consulta que se debe realizar para los pueblos y comunidades indígenas que es, previa, libre, informada, culturalmente adecuada y propositiva. Luego, de la conjunción, tanto del Convenio 169 de la OIT y la declaración campesina, obtenemos que las consultas deben ser amplias y cumplidas, de lo contrario, las acciones que lleven a cabo los gobiernos u otros agentes en torno a los recursos del campesinado pueden ser violatorias de derechos humanos, lo que daría pauta al resarcimiento del daño o, en su defecto, a la indemnización correspondiente.

La declaración en comento no podía dejar de lado el derecho al desarrollo de la clase campesina. Sabemos que, conforme a la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo,¹⁴ es un derecho humano de toda persona, lo que puede hacer pensar que se trata solo de una acentuación de este derecho. No obstante, también adquiere sentido que se haga mención especial en la declaración campesina debido a que el desarrollo, en donde menos y a quien menos ha llegado es a las zonas rurales. Debemos considerar que el desarrollo no significa solamente un tema de corte económico, sino que ese instrumento lo extiende a las dimensiones de lo social, cultural y político. En cualquiera de esas esferas, hay un gran atraso del campesinado, lo que produce que la declaración campesina abogue porque no haya rezago en este medio.

El problema de la emigración de las zonas rurales es un tema que no está ajeno en la declaración campesina. Esta declaración se aplica en los términos que sean concernientes a los trabajadores migrantes y a su familia. Y no podía ser menos puesto que es un hecho que la migración rural es una de las más altas en comparación a otros sectores de las sociedades nacionales que más expulsan migrantes. Ya sea a las ciudades dentro del mismo país, ya sea al extranjero, los campesinos y familiares abandonan sus comunidades por necesidad de obtener mejores ingresos. “El número de personas que trabajan en la agricultura ha disminuido en este milenio hasta los 884 millones -un 27 % de la mano de obra mundial- frente a los 1 050 millones -un 40 % de la fuerza laboral global- en el año 2000.”¹⁵ La falta de tierra como propietarios es uno de los factores que más influyen en la decisión de abandonar el espacio rural, sin embargo, se ha visto en algunos países, como el caso de México, que, aun con la propiedad de una parcela, también emigran porque

¹⁴ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

¹⁵ Anuario Estadístico de la FAO. Octubre de 2020, Disponible en: <http://www.fao.org/news/story/es/item/1316478/icode/>

ya no es rentable su producción y se van en la búsqueda de mejores niveles de vida. “La mayoría de las investigaciones llegan a la conclusión de que la migración responde más a las condiciones económicas de México que a las muy publicitadas de Estados Unidos.”¹⁶ Esto quiere decir que, independientemente de si tienes medios de ingreso en su lugar de origen, las personas migran por obtener mayores ingresos con la esperanza de mayor bienestar. En esa tesitura, y vinculado a lo dicho en el párrafo anterior, el desarrollo de los campesinos se extiende al acceso de los recursos para obtener bienestar y lograr un arraigo que impida el abandono de la tierra por necesidad y falta de oportunidades.

El hecho de tratar el problema del desplazamiento forzado es una medida muy positiva. El interés que ha causado la explotación de los recursos naturales y de articular proyectos de desarrollo en zonas rurales ha causado muchos efectos nocivos para la población campesina. Los gobiernos, en contubernio con las empresas, muchas de ellas transnacionales, se confabulan para desplazar a los campesinos de sus tierras sin dar siquiera las garantías adecuadas de restitución de condiciones semejantes a las que se tenían antes del desplazamiento. Al propiciar la expulsión, privilegian el interés por la acumulación del capital sin importar el bienestar de las comunidades rurales.¹⁷ En este tema, hay dos numerales que mencionan esta cuestión. El artículo 12 conforme al cual los Estados deberán proporcionar mecanismos para prevenir o resarcir frente a los desplazamientos arbitrarios, y el artículo 17 conforme al cual se prohibirán los desalojos forzosos, arbitrarios e ilegales y no se apli-

¹⁶ Lowell, Lindsay, et. al. “La demografía de la migración de México a Estados Unidos.” En: Escobar, Agustín y Martin, Susan (Coords.). *La gestión de la migración México-Estados Unidos: Un enfoque binacional*. México, SEGOB, INAMI, CIESAS, Colección Migración, 2008.

¹⁷ Hernández Nieto, Carolina. “Neoextractivismo: tendencia del desplazamiento interno forzado”. En: DERENSOR. *Revista de Derechos Humanos*, Número 4, año XIV, abril 2016. p. 22-23.

carán como medios punitivos. En todo caso, una vez consensada la retirada, la búsqueda de soluciones que restituyan a los campesinos sus tierras, sus recursos o sus medios de vida.

El reconocimiento a las mujeres, de modo específico, a la igualdad y a la no discriminación, es otro de los aciertos que contiene la declaración, contenido que fue incluido en los debates desde los borradores. La promoción de su empoderamiento, según lo reza el artículo 4, es algo que permite que las mujeres campesinas puedan participar en todas las acciones en condiciones de igualdad y de modo efectivo. Asimismo, se mencionan derechos de acceso a la salud a través de sistemas de seguridad social, o acceder a todo tipo de educación formal e informal, o incluso, a la propiedad de la tierra y sus recursos. Se trata de generar las expectativas que otros instrumentos en favor de las mujeres también promueven. En la actualidad es un tema imprescindible considerando que una parte muy importante de la población rural, de hecho, la mayoría, la componen mujeres y que ellas se dedican a trabajar en todas las actividades que pueden incluir, preparación de la tierra, cultivo, recolección, procesamiento, producción artesanal y comercio de todo lo necesario para la contribución de mantenimiento del gasto familiar. En no pocos casos, son ellas el principal sustento de la familia, lo que no puede menos que ser reconocido a través del impulso de derechos específicos.

Este instrumento de protección al campesinado alcanza a la niñez. Según estipula el artículo 13, en combinación con el 15, que estarán protegidos contra los trabajos peligrosos o forzados. Como sabemos, por su condición cultural están propensos a ser víctimas de trata y esclavitud. La explotación en el campesinado tiene muchos rostros y uno de ellos estriba en pagar salarios miserables o trabajar en condiciones insalubres y peligrosas con el uso, principalmente de sustancias químicas tóxicas. Desde luego que esta declaración trata de evitar esa situación, lo que representa, sin duda, un acierto que debe concretarse y hacerse real.

También se apunta a pensar en la niñez a través de cuidarlos con mejor atención a la salud, a los servicios de educación y la lucha por evitar la malnutrición. “Se estima que en 2020 padecieron hambre en todo el mundo de 720 a 811 millones de personas. Si se toma el punto medio del rango estimado (768 millones), en 2020 sufrieron hambre unos 118 millones de personas más que en 2019, cifra que se eleva hasta 161 millones más si se tiene en cuenta el límite superior del rango estimado.”¹⁸ En el informe *El Estado Mundial de la Infancia 2019. Niños, Alimentos y Nutrición*, de la UNICEF, se estimaba que, por razones de mala alimentación, 149 millones de niños padecen retraso en el crecimiento o son demasiado pequeños para su edad, mientras que 50 millones sufren emaciación (adelgazamiento morbosos).¹⁹

El trabajo asalariado del campesinado mundial ha ido en aumento. Como se decía, el desarraigo de sus comunidades permite que el proceso de movilización lleve al desempeño de las labores como jornaleros. Ya sea en el sector industrial o agrícola, las condiciones de trabajo no siempre son las mejores. La seguridad e higiene en las áreas de labor no siempre son las adecuadas, lo que vuelve el desempeño del trabajo como peligroso. Se suma además el manejo de productos peligrosos para la salud, lo que no corresponde con el otorgamiento de servicios de seguridad social. En este tenor, el artículo 14, en combinación con el artículo 22 dispone de medidas para que los Estados prevengan riesgos o se atiendan los daños a la salud y se les otorgue seguridad social a los trabajadores, no solo nacionales sino también a los migrantes.

¹⁸ Informe El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2021. Disponible en: <www.fao.org/3/cb4474es/online/cb4474es.html>

¹⁹ *El Estado Mundial de la Infancia 2019: Niños, alimentos y nutrición*. UNICEF, Nueva York, octubre 2019. Disponible en: <www.unicef.org/es/comunicados-prensa/la-mala-alimentación-perjudica-la-salud-de-los-niños-en-todo-el-mundo-advierde>

El derecho de asociación no es una excepción en la declaración campesina. Se plantea el derecho de relacionarse colectivamente a través de organizaciones para varias cuestiones entre las que desatacan, participar en la preparación y aplicación de políticas y programas que afecten su vida, sus tierras y medios de subsistencia, según lo señala el artículo 10. Tienen, en este mismo tenor, derecho a fundar sindicatos, cooperativas o cualquier otra organización para proteger sus intereses. Debemos suponer que este derecho está más que justificado por lo que con antelación se comentaba. El aumento de la mano de obra asalariada de personas provenientes de zonas rurales puede integrarse en asociaciones de las ramas en las que ahora se desenvuelvan. No obstante, en sus propias comunidades pueden crear asociaciones rurales en calidad de productores para mejor desarrollar sus métodos de producción, comercialización, gestión de recursos o cualquier otra actividad que sea de su beneficio.

En esta declaración se apuntalan derechos que, en combinación con otros instrumentos, hacen patente atribuciones como el derecho al agua, del que sabemos que es un recurso vital, tanto para el consumo humano como pecuario, agrícola y de acuacultura. Un campesinado sin la garantía del suministro del recurso representa una persona que no vive en condiciones dignas como ser humano, de hecho, es impensable el trabajo del campo sin agua. Este derecho, según lo estipula el artículo 21, no se queda solamente en la posición pasiva de ser suministrados, sino de poder administrar los recursos hídricos que en las zonas rurales se almacenan, precisamente para poder repartirlos entre los productores rurales y la población que en esas ellas vivan.

Del mismo modo, otros derechos también se ponen de manifiesto como el de promover y proteger los conocimientos tradicionales, las innovaciones y sus prácticas, como lo dice el artículo 20. Junto con este derecho también se filtran otros tales como el derecho a mantener, controlar, proteger a desarrollar sus propias semillas, según lo determina el artículo 19. Hay que añadir que aun cuando no

desarrollen semillas propias, también tienen derecho a acceder a ellas, lo que entraña la obligación del Estado de apoyar en la forma que sea necesaria para que puedan adquirirlas. Estos derechos se relacionan con la desventaja en la que se aponen con relación a las grandes empresas agroalimentarias, especialmente las que desarrollan actividad de investigación científica y que han venido modificando las semillas y poniendo en riesgo aquellas que dan origen a métodos tradicionales de cultivos. Puede decirse que de aquí se deriva un derecho a conservar los métodos tradicionales, independientemente de que sean o no atractivos para la producción en gran escala o que sean atractivos para el comercio. Este derecho no solo apunta a conservarse con un estilo de producción, sino también evitar los actos monopólicos de las grandes empresas multinacionales. Se dice que son cuatro las grandes corporaciones de este tipo que controlan más del 70% del mercado mundial de semillas modificadas genéticamente y productos químicos fitosanitarios. Ellas son Bayer, quien absorbió a la legendaria Monsanto, ChemChina que adquirió a Syngenta, DuPont que se fusionó con Dow Chemical, y BASF.²⁰ El problema de la modificación genética de las semillas es que están protegidas por las normas de propiedad industrial a través de patentes, lo que impide que se produzcan, y si se hace, deben pagar los derechos correspondientes. Otra forma de hacer pagar por la modificación genética es a través de la adquisición de la nueva semilla, en la que, en su precio, lleva ya la cuota respectiva de los trabajos de variación. Ante esto, solo nos queda señalar que la modificación genética todavía no convence a muchos bajo el riesgo de que de ello derivan tanto daños a la salud como a la tierra en donde se cultivan.²¹

²⁰ Vid, *Empresas Líderes del mercado mundial de semillas y fitosanitarios*. Disponible en: <<https://ruralnet.com.ar/empresas-lideres-del-mercado-mundial-de-semillas-y-fitosanitarios/>>

²¹ Cfr, Cotter, Janet, et. al. *Veinte años de fracaso. Por qué no han cumplido sus promesas los cultivos transgénicos*. Madrid, Greenpeace, 2016.

Otro punto muy importante es el relacionado a la inseguridad por motivos de amenazas o atentados contra quienes defiende los recursos. El campesinado es un sector vulnerable, no solo por su condición socioeconómica, sino por otros motivos tales como su nivel educativo, sus prácticas culturales que son desdeñadas por un sector muy importante de la población, cuando no del Estado, y ello debidamente a que las formas de pensamiento y creencias de lo rural son consideradas atrasadas, más aún si son comunidades indígenas con sistemas normativos propios y usos y costumbre de aplicación solo en sus espacios. El atraso económico y social es una condición producida por la discriminación, pero a su vez reproductora de ella. En este tenor, las acciones en contra del campesinado son difíciles de sancionar, lo que reproduce y acentúa el nivel de desventaja. Dadas estas condiciones, los grandes propietarios de plantaciones, empresas desarrolladoras y otros actores, a menudo atentan contra la libertad y la integridad física de los líderes de las comunidades. No es gratuito el hecho de que hayan surgido el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, mejor conocido como los *Acuerdos de Escazú*. Este instrumento fue firmado el 4 de marzo de 2018, en Escazú (Costa Rica). En su artículo noveno, punto 3, expresamente se señala que:

Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo.²²

²² Vid, *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas, Santiago, CEPAL, 2018. P.30

América Latina es la región en donde más defensores ambientales han sufrido atentados, muchos de ellos mortales. Según datos de la organización internacional *Global Witness* (“Testigo Global”), en el año 2018, se contabilizaron en promedio más de tres asesinatos de defensores ambientales por semana; en el 2019, se registró la muerte de 212 activistas defensores ambientales, en tanto que, en el 2020, los ataques mortales fueron 227. De estos últimos, el 72% ocurrió en América Latina.²³ Para el caso de nuestro país, “Según un informe del Centro Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA), entre 2012 y 2019 se cometieron cerca de 500 ataques contra ambientalistas. El informe señala que 141 de los ataques estuvieron relacionados con protestas contra proyectos de generación eléctrica, seguidos de la minería, con 71 casos.”²⁴ El 80% de los ataques mortales contra defensores ambientales son a personas indígenas.²⁵ Una realidad innegable es el hecho de que quienes defienden el medio ambiente a través de la defensa de los recursos naturales son los campesinos. Esa es la razón por la que, esta declaración, aprobada unos meses después de los acuerdos de Escazú, en el mismo año de 2018, abogara en artículo 12, abogara por un derecho de acceso a la justicia que integrara, la garantía de que se acceda a procedimientos imparciales para resolver controversias tanto como contar con posibilidades reales de recursos judiciales tales como “la apelación la restitución, la indemnización, la compensación a la reparación.” Además, proporcionar mecanismos eficaces para resarcir violaciones a derechos humanos, entre los que se incluyen “despojarlos arbitrariamente de sus tierras a recursos naturales o privarlos de sus medios de subsistencia a de su

²³ Véase el último informe de *Global Witness* de septiembre de 2021 denominado “Última Línea de Defensa”. En: <www.globalwitness.org/es/last-line-defence-es/>

²⁴ Disponible en: <<https://es.insightcrime.org/noticias/noticias-del-dia/ambientalistas-de-mexico-asesinados-por-su-resistencia-a-proyectos-energeticos/>>

²⁵ Consúltese en: <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/08/01/el-80-de-los-activistas-ambientales-asesinados-en-mexico-son-indigenas/>

integridad, a toda forma de sedentarización o desplazamiento de población por la fuerza.” El espíritu de la declaración campesina denota que es muy importante derribar dificultades y obstáculos para que los campesinos, cuando se trate de defender sus intereses, puedan acceder a la justicia sin temor de que los aparatos judiciales estén en contra de ellos.

V. EL CAMPESINADO Y EL DERECHO A LA TIERRA.

En este apartado me propuse abordar, de manera más enfática, el contenido del artículo 17 que puede ser denominado el derecho a la tierra. Ciertamente, se presenta como un derecho muy importante y su sola mención genera expectativas muy amplias que pueden no ser cumplidas. Es evidente que de bote pronto podamos pensar en una obligación de los Estados de aplicar políticas de reparto agrario, sin embargo, visto este dispositivo con más detenimiento, podemos encontrar aspectos que lo afirman, pero también, aspectos que lo evaden. Establecer el derecho a la tierra es sin duda un avance, más no tan grande como lo pudieron haber esperado los propios campesinos y, en especial, las personas que trabajan en zonas rurales y que carece de la tierra en propiedad.

Ahora como antaño, quien carece de tierras y solo es un ocupante de ella en calidad de arrendatario, poseedor tolerado o jornalero agrícola, no puede menos que esperar que un día se le reconozca la propiedad de lo que viene trabajando. Esta esperanza denota, sin duda, una forma de seguridad para familias no propietarias que no solo esperan serlo, sino que representa una aspiración para el futuro pretendiendo que sus hijos lleguen a tener la certeza de un derecho estable y no la incertidumbre que ellos han vivido.

La declaración explícitamente establece que los campesinos “tienen derecho a acceder a la tierra, las masas de agua, las aguas costeras, las pesquerías, los pastos a los bosques, así como a utilizarlos y gestionarlos de manera sostenible para alcanzar un nivel de vida

adecuado” ... De entrada, no se señala que este derecho de acceso debe ser en propiedad. Pueden acceder en calidad de poseedores o por ser trabajadores y eso podría ser suficiente para el contenido de esta disposición.

Un acercamiento como garantía de acceso se estipula en el punto 3 del mismo artículo, conforme al cual, “Los Estados adoptarán medidas apropiadas para proceder al reconocimiento jurídico de los derechos de tenencia de la tierra, incluidos los derechos consuetudinarios de tenencia de la tierra que actualmente no estén amparados por la ley, reconociendo la existencia de modelos y sistemas diferentes.” Si bien tampoco se menciona que el reconocimiento jurídico de la tenencia de la tierra sea en propiedad, al menos podría interpretarse que, como poseedores o como trabajadores, alguna protección especial debe tener. Precisamente parte del carácter confuso de esta fórmula radica en poder decir que hay un derecho a la propiedad de la tierra o lo contrario, que no lo hay y que basta con que se dé cierta protección legal para cumplir con lo dicho en la declaración.

La parte difusa sobre la interpretación del derecho de acceso a la tierra se puede resolver con el punto 6 conforme al cual se menciona lo siguiente:

6. Si procede, los Estados adoptarán medidas apropiadas para llevar a cabo reformas agrarias a fin de facilitar un acceso amplio y equitativo a la tierra y a otros recursos naturales necesarios para que los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales puedan disfrutar de condiciones de vida adecuadas, y para limitar la concentración y el control excesivos de la tierra, teniendo en cuenta su función social.

Este es el punto más álgido, no solo de este artículo 17, sino de toda la declaración. ¿De qué serviría tanta protección si no se sella con la garantía de la propiedad que, en su caso, podría dar una reforma agraria?

La mayor parte de los problemas de los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales estriba en la falta de certeza en la tenencia de la tierra. No es suficiente la posesión como tampoco es suficiente la protección que como trabajadores se pueda tener. El mejor estímulo para un campesino es y será tener en propiedad una parcela que le permita trabajarla como propietario. Si bien, la sola propiedad material no otorga el ingreso y todos los satisfactores, si es un factor esencial para el desarrollo de las familias que viven en la zona rural.

Hay otro problema adicional a la interpretación si lo que se pretende es que los campesinos sean o no propietarios por excelencia de la tierra y los recursos. Este problema es la concepción de reforma agraria que se ha citado. Hay para quienes es una política agraria de reparto, hay para quienes es una política agraria de beneficios al campesinado, pero no únicamente de reparto. Si esta última concepción es la que se adopta, entonces, el concepto de reforma agraria no debe ser visto únicamente como mecanismo de reparto de la tierra sino como un proceso de transformación socioeconómica y jurídica de todo lo que acontece en el campo.

Independientemente de cualquier concepción, “la reforma agraria es un proceso y no solo un acto legal y económico o social. Como tal, está abocado, a profundos y constantes reajustes dentro de un contexto político muy dinámico que obedezca a metas concretas [...]”.²⁶

Debemos decir que una reforma agraria es un fenómeno integral que impacta en toda la estructura rural, tanto en la parte humana como en lo material. Transforma la estructura de la tenencia de la tierra, pero también, puede influir en los procesos de producción, en el reparto de los bienes, en la forma de vida de quienes allí se desenvuelven. Los cambios de una reforma agraria deben ser, por

²⁶ *Martínez Ríos, Jorge. Seminario Latinoamericano sobre reforma agraria y colonización. México, UNAM, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 1975, p. 29.*

supuesto, para bien de la población y no solo para beneficio de un grupo privilegiado. “Como ha logrado establecerse por especialistas de estas materias, la reforma agraria surge como una necesidad social frente a la incitación histórica representada por la miseria y la degradación social y económica de las poblaciones rurales existentes en diversas regiones y continentes.”²⁷

Cualquiera de las políticas de reforma agraria que se implementen debe luchar en contra de la pobreza además de buscar condiciones que permitan a los campesinos apropiarse de sus recursos. Esto nos lleva a afirmar que las reformas agrarias no deben ser solo de dotación de tierras, sino de la búsqueda de múltiples programas que den soluciones a los variados problemas que no siempre son para todos, sino que se regionalizan. De este modo, en algunas partes de una nación el problema puede ser la infraestructura hídrica, en otros lugares la concentración de tierras y el poco acceso en calidad de propietarios; otros lugares pueden presentar problemas climáticos, otros, problemas de carácter social que impactan en el alto índice de emigración. Los problemas del campo, que se pueden en conjunto aglutinar en lo que he denominado la *aporética agraria* (estudio científico de los problemas relacionados a la vida rural), pueden ser focalizados y con ello tener una mejor perspectiva de su solución. En esas perspectivas debe inmiscuirse cualquier proyecto de reforma agraria para dar configuración a los planteamientos políticos y jurídicos.

De situaciones como estas no escapa México. Dada la gran diversidad de problemas, para muchos campesinos una nueva reforma agraria no le otorgaría tierra si acaso ya la tienen. Implica generar modelos de desarrollo que los involucre para que trabajen lo que ya poseen y no sucumban a la tentación de migrar para trabajar en espacios en donde creen obtener mejores ingresos. La

²⁷ Vázquez Alfaro, Guillermo. *Teoría Mexicana de la reforma agraria. Congreso Mundial de Desarrollo Rural. En memoria de Lucio Mendieta y Núñez*. México, Unión Mundial de Agraristas Universitarios, CONCAP, 1988.

tierra debe ser el medio con el que el campesinado viva dignamente, se mantenga apegado a su tierra y tenga el estímulo de hacerla productiva en cualquier actividad que le sea conveniente. Para esos efectos se deben buscar formas de que el esfuerzo del campesinado tenga la recompensa de un buen ingreso.

El gran error de muchas reformas agrarias implementadas fue pensar en que la problemática del campo se terminaba con solo dar la propiedad de la tierra; poco se pensó que la tierra necesita insumos para que produzca y que éstos se obtienen con créditos que cada vez son más difíciles de conseguir. En ese aspecto, la política crediticia para el campesinado no ha sido la más adecuada y eso nos lo demuestra el descenso del crédito agropecuario desde la década de los 50s hacia años recientes.²⁸

En este sentido, la política de subsidios que en gran medida sustituyó a la política de otorgamiento de créditos, no ha sido suficiente ni eficiente, lo que no ha impedido el abandono de las tierras. Mucho se puede decir de este tema y señalar, incluso, números de cómo ha operado el sector rural, pero lo que al final cuenta son dos cosas como medio de prueba para demostrar lo ineficiente de esta política. La primera, el nivel de producción de muchos productos no ha crecido al ritmo de las necesidades del aumento de la población, a tal grado que se tiene que importar. Un ejemplo claro de ello es el del maíz que es para los mexicanos el símbolo de la producción agrícola y el grano más consumido. En las últimas décadas, tan solo desde la vigencia del Tratado de Libre Comercio, se pasó de ser un país exportador de maíz a uno de los principales importadores.

²⁸ Para un estudio del descenso del crédito, véase a Del Ángel Mobarak, Gustavo A. *Transformaciones del Crédito Agropecuario. El caso de FIRA en perspectiva histórica*. México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C., Documento de Trabajo # 320, 2005, p.8. Consultado en: <<http://cide-osu.cide.edu/Sample%20Website/pagina%20web/3.Documentos/DT%20FIRA%20delangel.pdf>>

Actualmente somos el segundo lugar que más maíz compra al extranjero, mientras que estamos dejado de ser uno de los principales productores.²⁹

Bajo este esquema es como se tiene que aplicar una política de reforma agraria, por lo que debe abandonarse la idea de que significa solamente reparto de tierras para convertirse en una política, garantizada jurídicamente, de creación de oportunidades de alcanzar una vida digna en las que puede o no incluir el reparto de tierras con la respectiva función social. No obstante, el reparto no puede ser una concepción agotada por el hecho de argumentar el pretexto de que ya no hay tierras que repartir. Las hay y muchas. Solo que, para garantizar el derecho de acceso a la tierra, los organismos internacionales deben ser más enfáticos en declararlo un derecho humano, lo que motiva a la convocatoria de una convención que apuntale y corrija lo dicho en la declaración.

Por lo general, los derechos de propiedad relativos a la tierra se conciben sin tener en cuenta los derechos humanos. Sin embargo, se trata de una cuestión esencial ya que los derechos relativos a la tierra tienen un impacto real sobre el disfrute del derecho a la alimentación, a la vivienda, a la salud, al trabajo, a un medio ambiente saludable, al desarrollo [...] y sin acceso a la tierra, muchos pueblos o comunidades están privados de sus medios de subsistencia, como puede observarse un poco por todo el mundo.³⁰

Para que el derecho a la tierra rural por los campesinos sea un derecho humano y un derecho fundamental, se hace imprescindible buscar que la tierra tenga una función social. Este término que no está ausente en la declaración campesina, hay que darle mayor

²⁹ *Reporte del mercado de maíz*, enero 2020, SAGARPA, ASERCA, CIMA. En: <https://www.cima.aserca.gob.mx/work/models/cima/pdf/cadena/2020/Reporte_mercado_maiz_200120.pdf>

³⁰ *Cfr.*, Klobber, Milena y Lordel, Margot. (2014). *Derecho a la tierra*. Traducción de María Josep Parés, Ginebra, Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2014.

importancia. El punto 6 del artículo 17 de la declaración, mismo que fue ya citado, menciona la expresión, pero no la define. Para ello, hay que apegarse a lo dicho originalmente por León Duguit, autor del concepto de función social de la propiedad conforme a la cual, si un bien determinado es utilizado en aquello para lo que fue creado, ésta se cumple. Así dicho, la tierra en el ámbito rural fue concebida para la producción agrícola o ganadera, lo que debe obligar jurídicamente a los tenedores a volverla productiva, de tal suerte que, aquellos bienes que no son utilizados en aquello para lo que fueron concebidos, puede llegar a ser afectado por el Estado y destinarlo a través de otras personas en su finalidad.³¹ Quiere decir que si por diferentes motivos hay espacios de tierra en zonas rurales que han sido abandonadas, esos mismos deben ser afectados jurídicamente en procesos legales que permitan la sustitución por otros campesinos carentes que sí la quieran utilizar.

El derecho de acceso a la tierra consagrado en la declaración campesina no puede ser una facultad absoluta como en la antigüedad romana se concibió. El derecho de usar, gozar y disponer (abuso) entrañó también entonces una clara facultad negativa de no usar, no gozar y no disponer.³² Ahora, bajo las necesidades actuales, estas atribuciones absolutas desaparecen para generar un equilibrio en el derecho de propiedad entre las facultades y las obligaciones.

Por lo anterior señalado, el derecho de acceso a la tierra puede ser una garantía para los campesinos ya propietarios, pero debe ser también una garantía y un derecho humano para las personas que trabajan en zonas rurales que no son propietarios pero que deben serlo si ese es su objetivo. La declaración no debe ser interpretada de una manera en que el derecho de acceso a la tierra sea un dere-

³¹ Vid, Duguit, León. “Sexta Conferencia. La Función social de la propiedad.” En: *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Ediciones Coyoacán, 2007.

³² Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducción de José Ferrández González, México, Editora Nacional, 1959, p. 230.

cho de los que ya la poseen y no la trabajen; tampoco debe ser una obligación forzada si acaso alguien no desea ser propietario socavando la libertad de dedicación. Antes que nada, el ser campesino debe ser vista como una condición libre de cada persona; la pertenencia a una comunidad rural también es de libre opción. Pero en caso de pertenecer a alguna, debe darse protección, al individuo y a la comunidad. Y la mejor protección tanto a la persona como a la comunidad, es garantizarle el derecho a poseer y controlar la tierra, pero también acceder a otros bienes asociados como la vivienda y los recursos que hay en el entorno.³³ La tierra debe dejar de ser un bien mercantilizado con un valor estrictamente monetario para ser visto en otra perspectiva, justamente como un bien social y cultural de los individuos, las familias y las comunidades.

VI. EXPECTATIVAS PARA EL FUTURO DEL CAMPESINADO COMO SUJETO DE DERECHOS HUMANOS.

La mayoría de los derechos que se declaran para los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales se pueden clasificar como aquellos denominados económicos y sociales. Si bien, algunos se pueden tomar como derechos de primera generación por proteger al individuo como los mencionados en el artículo sexto, en esencia van dirigidos al campesinado como clase social con desventajas y desigualdades surgidas desde hace mucho tiempo en las relaciones sociales. El campesinado y los pueblos indígenas, a quien también se dirige la declaración, están provistos de una concepción de carácter colectivo o comunitario casi por inercia, lo que significa una razón fundamental para entender por qué este instrumento es un conjunto de derechos sociales.

³³ Gilbert, Jeremie. *Derecho a la Tierra como Derecho Humano: Argumentos a favor de un Derecho Específico a la Tierra*. En Sur. Revista Internacional de derechos humanos. v. 10 • n. 18 • dic. 2013, pp. 123-146.

A diferencia de los individuales, los derechos sociales han tenido mayores dificultades a la hora de concretarlos. Estas limitaciones se deben a las capacidades que muchos Estados tienen para cumplirlos. Recordemos que los derechos individuales, por lo común, son de abstención por los poderes públicos. Quiere decir que basta con que el Estado sea omiso en la esfera de las libertades positivas de los ciudadanos para que los derechos del individuo sean respetados, es así que el Estado, con el simple hecho de no intervenir, restringiendo las libertades más allá de lo que las leyes le permiten, estaría respetando los derechos humanos de la primera generación.

En cambio, los derechos económicos, sociales y culturales son prestacionales, lo que nos indica que los Estados deben esencialmente invertir recursos para cumplir con ellos. Invertir en infraestructura sanitaria es muy importante para que los servicios de salud sean dignos de los ciudadanos; invertir en educación es la mejor forma de cumplir con el derecho a la educación de niños y jóvenes; asimismo, repartir la tierra es una de las mejores formas de cumplir con la clase campesina y permitir su desarrollo individual, familiar y comunal.

De cualquier forma, tampoco se debe asumir en completa pureza que los derechos individuales no obliguen al Estado a invertir en gasto público o social. Por ejemplo, para que se concrete el derecho a la información, se hace necesario que el Estado no solo no limite las fuentes en donde el ciudadano se informe, sino que se requiere una importante inversión para que existan los medios informativos que le permitan al ciudadano conocer que ocurre dentro de su país y fuera de él. Asimismo, en los derechos sociales, también hay algunas situaciones en las que el Estado no solo gasta, sino que también se abstiene. Ejemplo de ello es la obligación de no intervención en la democracia sindical, o bien, el respeto de la autonomía de las comunidades indígenas en la regulación de sus relaciones internas.

Ahora bien, con relación a los derechos campesinos, la declaración, aun cuando pretendamos ubicarla en la plataforma de los derechos colectivos con el deber de ofrecer prestaciones y realizar

gasto en favor de las personas desaventajadas, también contempla algunos supuestos de abstención. Verbigracia, o no impedir la libre circulación de los campesinos o la no intervención a una dedicación determinada. Otra, la prohibición para que las comunidades rurales en lo colectivo y los campesinos como individuos, no sean afectados con obras de desarrollo sin ser consultados, o bien, derivado de ello, impedir que sean desplazados de sus tierras por la ejecución de obras de desarrollo que, para el caso, la abstención radica en no otorgar los permisos o las concesiones. Otro ejemplo de abstención se ubica en la obligación de respetar el derecho de los campesinos a asociarse y a formar sindicatos y cooperativas sin que el poder público pueda intervenir para impedirlo. El resultado de esto es que la declaración campesina contempla una serie de derechos que se pueden ubicar en una u otra generación sin que por ello se pierda el objetivo que es mantener la dignidad de los seres humanos.

Si acaso se hablara de derechos difusos o de los considerados de tercera o ulterior generación, encontramos en la declaración campesina algunos de carácter difuso como son los derechos ambientales. En especial, se menciona en el artículo 18 “el derecho a la conservación a protección del medio ambiente o de la capacidad productiva de sus tierras, así como de los recursos que utilizan a gestionan.” Debe saberse que los derechos difusos que hasta ahora se reconocen para la humanidad o para los grandes sectores de la población, también son derechos del campesinado en virtud de una fórmula que podemos denominar de *amplitud* y de *inclusión*. Sírvase el argumento lógico *a fortiori* conforme al cual, si todas las personas del orbe tienen derechos generalizados y universales, también lo tienen los campesinos. Esta fórmula es extensiva a todos los derechos humanos independientemente de que se mencione o no la calidad de campesino en todo el andamiaje convencional.

Por lo tanto, a partir de esta declaración, los campesinos dejan de ser sujetos invisibles en cuanto a su identidad específica para ser incorporados como sujetos al Derechos Internacional de los Derechos Hu-

manos (DIDH). El gran problema al que se enfrentará en el futuro el campesinado es a que las actitudes de diferenciación discriminatoria por parte de la sociedad urbana en cada país se reduzcan al mínimo, dado que la discriminación es uno de los grandes obstáculos para que los derechos humanos alcancen un nivel óptimo de respeto.

Otro gran reto para el futuro de la declaración campesina se encuentra en la aplicación de modelos económicos – especialmente de corte neoliberal- que privilegian la inversión en gran escala de agentes poderosos,³⁴ lo que permite, o la concentración máxima de la tierra y de otros recursos asociados al agro, o la excesiva concentración del ingreso y no precisamente en manos del campesinado. Los modelos económicos deben transformarse en función de privilegiar al sector primario en la ruta de permitir que entre la población rural exista mayor cuota de plusvalor por el trabajo que se despliega.

Relacionado a los desajustes de la economía, los factores sociales también deben sufrir una transformación de modo que el campesinado deje de ser visto como la clase social más baja que exista en la estructura social. Los beneficios de explotar la tierra y los recursos que se asocian a ella deben generar mayores utilidades concretas para el campesinado, bajo todos los argumentos justificativos de que la población campesina es como una especie de propietaria primigenia de esos recursos. Si bien, sabemos que el campesinado no cuenta con el capital para invertir en los grandes proyectos de desarrollo, como tampoco tiene la experiencia gerencial, bien puede ser considerado un socio que aporta capital humano y que por ello merece mejores condiciones de trato, ya sea para ser un trabajador, ya sea para ser persona asociada, en lo individual y en lo colectivo.

Al menos esos tres factores pueden permitir el empoderamiento del campesinado que le devuelva un lugar preponderante en las relaciones sociales y en las relaciones de producción, de no ser así, las expectativas que la declaración solo serán buenos propósitos.

³⁴ Calva, José Luis. *México más allá del neoliberalismo: opciones dentro del cambio global*. México, Plaza y Janés Editores, 2000.

Adicionalmente, los derechos de la declaración deben ser proyectados, en el plazo más breve posible, en una convención que sea considerada obligatoria para todos los Estados firmantes. En esa misma dirección, los organismos internacionales que la proyecten deben multiplicar los esfuerzos de promoción para que muchos países la firmen y la ratifiquen.

A diferencia de otros instrumentos cuyos compromisos generados son del Estado firmante en el sentido de dar informes a los organismos promotores, para esta declaración y una potencial convención derivada, el interés del campesinado no puede quedarse sujeto a la voluntad de Estado en el que reside, ya sea como ciudadano o como migrante. Para evitar informes incompletos o falseados de aparente protección al más débil, se debe dar carácter de sujeto fiscalizador a las organizaciones campesinas internacionales para que, con la fuerza adquirida y la posición alcanzada en sus relaciones con los organismos filiales de la ONU, sean capaces, no solo de denunciar la falta de respeto de los derechos del campesinado de cualquier país, sino de neutralizar las acciones depredadoras de las grandes corporaciones transnacionales que, en la actualidad, parecen ser el principal enemigo de los productores rurales en pequeña escala.

El campesinado organizado a nivel mundial sostiene una lucha en favor de los derechos campesinos que incluyen, el derecho a la alimentación, a una nutrición de calidad y el derecho a conservar la propiedad de las semillas con las que tradicionalmente han producido sus cosechas. Esta cruzada se ha intensificado en la medida en que surgió el proyecto de la declaración campesina. Se han presentado argumentos muy sólidos debido a que sin semillas no hay agricultura. “Los sistemas de semillas campesinas alimentan al mundo y son resilientes en tiempos de desastres naturales. No obstante, estos sistemas hacen frente a graves amenazas debido a la creciente captura corporativa de las semillas y la naturaleza y a la destrucción acelerada de la biodiversidad agrícola.”³⁵ De he-

³⁵ Observatorio del Derecho a la Alimentación y a la Nutrición. *Las semillas en manos*

cho, esas grandes corporaciones multinacionales de las que ya se ha dado cuenta, han comenzado a monopolizar los derechos mediante normas de protección a la propiedad industrial. Esta es en gran medida la razón por las que este derecho, ahora humano, se plasma en la *declaración campesina*. Una vez que se ha establecido en ella, lo que debe venir son diversos instrumentos que prioricen la protección para el campesinado y las colectividades en las que se encuentran, de un derecho a las semillas sin que deban ser obligados a pagar licencias por el uso que de ellas hagan.

Se debe saber que el hecho de que ahora se protejan los derechos a las semillas y su manejo por el campesinado, no impide la operación monopólica de las multinacionales, lo que tiene como claro objetivo no es solamente el control del mercado mundial de las semillas, sino el de obligar a todos los usuarios de ellas a pagar los precios que se impongan. Por ello, hoy más que nunca, con la Declaración Campesina en mano, se deben de revertir todas aquellas disposiciones nacionales que solamente protegen a las empresas y desprotegen al campesinado. La labor no es sencilla, pero al menos hoy se tienen más fuertes argumentos para iniciar este proceso de deslegitimación en favor de los agentes económicos más grandes y en favor de los campesinos con los que, a su vez, se concatenaría este derecho de mantener sin afectación el manejo de los recursos fitogenéticos, con otros derechos como el de la propiedad de las tierras que cultivan y el derecho a la alimentación vinculado a una nutrición suficiente y de calidad.

VII. CONCLUSIONES.

El surgimiento de una *declaración campesina* va más allá de sostener que el campesinado mundial está suficientemente protegido. El problema central consiste en establecer cómo se protegerá mejor. La emisión de un instrumento como esta declaración no es por sí

de los pueblos. Países varios, Organizaciones varias. 2016.

misma una garantía sino el punto de partida. Por ello, en el futuro, el debate debe enfocarse, más que al contenido, a señalar el camino que se ha de seguir para que la normatividad que está intrínseca tenga mayor fuerza de aplicación.

El trayecto que se ha seguido para obtener un instrumento como *la declaración campesina* no ha sido sencillo y mucho menos llano. Si bien, la Organización Internacional del Trabajo ha generado diversos convenios que protegen a los trabajadores rurales, la eficiencia de ellos no es de gran altura, y su radio de protección jurídica no incluye a muchas personas que viven en el ámbito rural. Incluso, si creemos que este instrumento no presentó obstáculos, estaríamos en un error puesto que hay intereses, especialmente de gobiernos que tutelan con privilegios a grandes empresas transnacionales que pueden ser considerados como los principales enemigos del campesinado por varias razones en las que se destacan, los deseos de concentrar importantes porciones de tierra por los recursos que contienen; el control de los recursos fitogenéticos –entre ellos las semillas- que les posibilita poder llegar a ser monopolios u oligopolios; el control de los flujos comerciales a nivel internacional con los productos de mayor demanda; la promoción del campesinado como fuerza de trabajo que garantice una demanda de trabajo con sueldos precarios y obtención de grandes tajadas de plusvalía.

Ante lo dicho, el cumplimiento de los contenidos de la *declaración campesina* no debe estar encomendada solamente a los gobiernos nacionales y a los organismos internacionales promoventes, a quienes continuamente burlan con informes falseados. Es muy importante otorgar facultades de fiscalización a las organizaciones campesinas de influencia mundial de modo que se mantenga la presión, no solo a que los países tomen en serio este instrumento, que no será la panacea por razones de fuerza vinculante, sino que busquen presionar a los organismos a generar una convención que pueda ser adoptada con estándares de obligatoriedad. En esa dirección, los derechos del campesinado no solo requieren de obligaciones morales de los gobiernos, sino de obligaciones jurídicas fuertes para que sean efectivos.

Por tal motivo, la declaración campesina debe representar un punto de salida y no la meta en los anhelos de protección de las personas que viven de y en las zonas rurales. Los niveles de desigualdad que se registran son alarmantes y para ello se requieren normas, planes, programas y acciones contundentes en ánimo de acabar con esa desigualdad y no solamente atemperarla. Con el conocimiento de que se necesitan muchas acciones para lograr un verdadero desarrollo de la población campesina, debe destacarse que es absolutamente necesario implementar políticas de reforma agraria que contenga, no solamente la asignación de tierras en propiedad para los campesinos carentes, sino aplicar otras que permitan obtener ingresos justos y competitivos como el control de los recursos materiales e intangibles de las tierras y territorios en que habitan, especialmente –aunque no únicamente- si los campesinos tienen una identidad étnica específica y esta tiene que ver con una cosmovisión vinculada a lo que comúnmente llaman “la madre tierra”.

Es el reposicionamiento económico del campesinado debe ser la principal vía para que deje de ser la población más desvalorada, esto es, el último peldaño de la escala social. Como seres humanos deben dejar de ser sujetos discriminados y para esto la declaración ofrece apenas un intento de ello, por lo que, en el futuro, los esfuerzos deben redoblar para acrecentar el arsenal jurídico de su protección, tanto desde el ámbito internacional como nacional. Por lo pronto, debemos saber que la protección de los derechos humanos del campesinado apenas comienza y falta mucho camino por recorrer.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

ANUARIO ESTADÍSTICO DE LA FAO SOBRE ALIMENTACIÓN Y AGRICULTURA, Octubre 2020. En < <http://www.fao.org/news/story/es/item/1316478/icode/>>

- BUERGUENTHAL, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*. México, Ediciones Gernika, 1996.
- CALVA, José Luis, *México más allá del neoliberalismo: opciones dentro del cambio global*. México, Plaza y Janés Editores, 2000.
- CETIM. “No existe un mundo desarrollado y otro subdesarrollado, sino un solo mundo mal desarrollado” En: <<https://www.cetim.ch/legacy/es/cetim.php>>
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), “Definición de Población Urbana y Rural.” En: <https://www.cepal.org/sittes/default/files/def_urbana_rural.pdf>
- CHACON, David. “¿Y qué hay de los derechos humanos campesinos?”. En: Revista ALEGATOS, No. 100, septiembre-diciembre, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, 2018.
- COTTER, Janet, Et. al., *Veinte años de fracaso. Por qué no han cumplido sus promesas los cultivos transgénicos*. Madrid, Greenpeace, 2016.
- DEL ÁNGEL, Mobarak, Y Gustavo A. *Transformaciones del Crédito Agropecuario. El caso de FIRA en perspectiva histórica*. México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C., Documento de Trabajo # 320, 2005. p.8. Consultado en: <http://cideosu.cide.edu/Sample%20Website/pagina%20web/3.Documentos/DT%20FIRA%20delangel.pdf>
- DUGHIT, León. “Sexta Conferencia. La Función social de la propiedad.” En: *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos Posada, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera,
- GENEVA ACADEMY. *Negociación de una Declaración sobre los derechos de los Campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales*. Université de Geneve, Faculty of Law, 2015.

- GILBERT, Jeremie. (2013). “Derecho a la Tierra como Derecho Humano: Argumentos a favor de un Derecho Específico a la Tierra.” En: *Sur. Revista Internacional de derechos humanos*. v. 10, n. 18, pp. 123-146.
- HERNANDEZ NIETO, Carolina. “Neoextractivismo: tendencia del desplazamiento interno forzado”. En: DERENSOR. *Revista de Derechos Humanos*, Número 4, año XIV, abril, 2016.
- INFORMA DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 26/26 de junio 2014. En: <<https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/59/63>, p.215 y ss.>
- INFORME *GLOBAL WITNES*, septiembre de 2021 denominado “Última Línea de Defensa”. En: <www.globalwitness.org/es/last-line-defence-es/>
- INSIGHTCRIME.ORG. “Ambientalistas de México asesinados por su resistencia proyectos energéticos.” En: <<https://es.insightcrime.org/noticias/noticias-del-dia/ambientalistas-de-mexico-asesinados-por-su-resistencia-a-proyectos-energeticos/>>
- KLOBER, Milena y Lordel, Margot *Derecho a la tierra*. Traducción de María Josep Parés, Ginebra, Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2014.
- LOWELL, Lindsay, et. al. “La demografía de la migración de México a Estados Unidos.”
- En: Escobar, Agustín y Martin, Susan (Coords.). *La gestión de la migración México-Estados Unidos: Un enfoque binacional*. México, SEGOB, INAMI, CIESAS, Colección Migración, 2008.
- OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA ALIMENTACION Y A LA NUTRICION. *Las semillas en manos de los pueblos*. Países varios, Organizaciones varias. 2016.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. “Anuario Estadístico de la FAO.” En: <<http://www.fao.org/news/story/es/item/1316478/icode/>>

PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducción de José Ferrández González, México, Editora Nacional, 1959.

Reporte del mercado de maíz, enero 2020, SAGARPA, ASERCA, CIMA. En: <https://www.cima.aserca.gob.mx/work/models/cima/pdf/cadena/2020/Reporte_mercado_maiz_200120.pdf>

RURALNET, *Empresas Líderes del mercado mundial de semillas y fitosanitarios*. Disponible en: <https://ruralnet.com.ar/empresas-lideres-del-mercado-mundial-de-semillas-y-fitosanitarios/>

SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

UNICEF, *El Estado Mundial de la Infancia 2019: Niños, alimentos y nutrición*. Nueva York, octubre 2019. Disponible en: <www.unicef.org/es/comunicados-prensa/la-mala-alimentación-perjudica-la-salud-de-los-niños-en-todo-el-mundo-advierte>

VAZQUEZ ALFERO, Guillermo. *Teoría Mexicana de la reforma agraria. Congreso Mundial de Desarrollo Rural. En memoria de Lucio Mendieta y Núñez*. México, Unión Mundial de Agraristas Universitarios, CONCAP, 1988.

VIA CAMPESINA. “Globalicemos la lucha, Globalicemos la esperanza”. En: <<https://viacampesina.org/es/la-voz-de-los-campesinos-y-de-las-campesinas-del-mundo5/>>

FIRMAC, *Voz del Mundo Rural*, No. 15, marzo 2014, Federación Internacional de los Movimientos de Adultos Rurales Católicos. En <<http://www.fimarc.org/Castellano/Bienvenida.htm>>

DESIGUALDAD SOCIOECONÓMICA Y ACCESO A LA JUSTICIA: APORTACIONES DE LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

SOCIOECONOMIC INEQUALITY AND ACCESS TO JUSTICE: CONTRIBUTIONS OF THE ADMINISTRATIVE CONCILIATION

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ¹

RESUMEN: El presente explica el concepto de la desigualdad socioeconómica y su impacto en cualquier Estado en el ámbito de la impartición de justicia. De igual manera, explica la importancia del acceso a la justicia a cualquier persona en un Estado, su estrecha relación con la pobreza y el cómo se debe ponderar para una armonía social en donde los medios alternativos de solución de controversias son fundamentales dando como resultado la llamada justicia administrativa.

Asimismo, se explica el trato Constitucional que en nuestro país se les ha dado a los medios alternativos de solución de controversias y su aplicación práctica para lograr una mejor igualdad socioeconómica.

PALABRAS CLAVE: *Desigualdad social; justicia; conciliación administrativa; medios alternativos de solución de controversias, Constitución.*

ABSTRACT: This article explains the concept of socio-economic inequality and its impact on any State in the field of the administration of justice. In the same way, it explains the importance of access to justice for any person in a State, its close relationship with poverty and how it should be considered for social harmony where alternative means of dispute resolution

¹ El autor es Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, actualmente es Profesor de tiempo completo titular “B”, tanto en la licenciatura como en el Posgrado de la Facultad de Derecho. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3667-7876>.

Fecha de recepción: 29 de abril de 2022. Fecha de aprobación: 03 de noviembre de 2022.

are essential, resulting in the called administrative justice. Likewise, explains the Constitutional treatment that in our country has been given to the alternative means of dispute resolution and its practical application to achieve better socio-economic equality.

KEYWORDS: *social inequality, justice, administrative conciliation, alternative means of dispute resolution, Constitution.*

SUMARIO: I Introducción; II. La desigualdad social y el acceso a la justicia; III. Principios rectores del servicio público; IV. Mecanismos alternativos de solución de controversias y la Conciliación Administrativa; V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La justicia a lo largo del tiempo ha sido de las aspiraciones más importantes del ser humano, muchos textos se han escrito al respecto, libros, pensamientos, discursos, sueños han rondado sobre este tema, sin embargo, el siglo XXI en su lucha por consolidar los derechos humanos de todas las personas se ha visto en la necesidad de abordar este concepto a partir del contexto de la desigualdad.

Lamentablemente en el mundo, la desigualdad se ha incrementado en lugar de reducirse, haciendo que la justicia se vuelva más lejana para aquellos que no se ven beneficiados de la riqueza, por ello el presente, abordará cómo la conciliación como mecanismo alterno de solución de controversias, es una propuesta humana y cercana a las personas para disminuir esas brechas y dar acceso a la justicia a los individuos que han caído en el olvido de la función jurisdiccional.

Inicialmente, el presente artículo expondrá desde el punto de vista socioeconómico, la desigualdad social como problema central de la humanidad, y en general del Estado; asimismo se explicará el derecho de acceso a la justicia, como uno de los principales dere-

chos vulnerados y de difícil acceso para las personas en situación de pobreza, quienes encuentran una serie de obstáculos para servirse de la administración de justicia.

Posteriormente se explicarán los principios rectores del servicio público, abordando los de adaptación, continuidad, igualdad, celeridad y gratuidad, con base en los cuales, el Estado logra la eficaz prestación de los servicios públicos, y los que resultan directrices para garantizar el sistema de administración de justicia, así como el derecho de acceso efectivo a la justicia, mismo que asiste a todas las personas por mandato Constitucional.

Finalmente, se abordará al estudio de los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) y en específico a la Conciliación Administrativa, a partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de junio de 2008, y por la cual se reconoció a nivel federal que: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias...” Ello, como una solución ante la excesiva carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y la dilación de un proceso jurisdiccional, configurando mecanismos verdaderamente eficaces para la solución de controversias.

II. LA DESIGUALDAD SOCIAL Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

La existencia de la desigualdad social a lo largo de la historia ha representado un problema central para la humanidad, si bien es cierto, en todo momento han existido formas de gobierno que en teoría parecen ser más equitativas e igualitarias, hay otros sistemas que han batallado más para lograrlo, sin embargo, en uno y en otro caso, uno de los aspectos más importantes para ello, debe sustentarse en el respeto a los derechos del individuo tanto en lo personal, como en su relación con el Estado y su participación en las diversas formas de gobierno.

En la antigüedad, la igualdad social en la “polis” se conseguía limitando a la ciudadanía a un pequeño grupo de hombres que detentaban la propiedad, lo cual hoy en día resulta contrario a cualquier idea de justicia, sin embargo, no deben olvidarse historias como la del antiguo bloque soviético, de China, de Cuba y otros regímenes, en donde la “equidad social” se alcanzaba reprimiendo cualquier concepto de ciudadanía democrática como a la misma sociedad civil, esta última siendo el lugar natural para el ejercicio de cualquier derecho.²

Por lo cual, resulta claro que evocar dichas formas de gobierno, nos lleva a una idea de un Estado o régimen autoritario, que de ninguna manera puede ser el camino para un desarrollo equitativo y tendiente a una justicia social e igualitaria.

A nivel mundial la desigualdad se ha convertido en un problema social grave que, sin lugar a duda, a raíz de la pandemia del Coronavirus SARS-CoV-2 que mantiene al país y al mundo en vilo, se ha visto agravada. Esto ha generado una serie de problemáticas sociales en materia económica, donde día a día las personas pierden su trabajo o, en el peor de los escenarios, ha generado pérdidas económicas, inflación y crisis alrededor del mundo, del cual México no ha sido la excepción, donde claramente el tema de la desigualdad socioeconómica se ha acrecentado de manera exponencial.

En México a raíz de la emergencia sanitaria, la desigualdad se ha agravado de manera evidente, dejando expuestas formas diversas e inequitativas de distribución de los ingresos de la población, lo que ha impedido a las personas acceder de manera igualitaria a servicios de salud o bien, a los diversos servicios para cubrir sus necesidades inherentes a un bien vivir, convirtiendo a la desigualdad en un obstáculo para ejercer el derecho de acceso a la justicia.

² Traducción de Alma Mancilla. El artículo original en inglés fue publicado en el sitio web de Latin American Studies Association, <<http://lasa.international.pitt.edu/98democratization.htm>> Citado en: Oxhorn, Philip, *Desigualdad social, Sociedad Civil y los límites de la ciudadanía en América Latina, Economía, Sociedad y Territorio*, vol. III, núm. 9, 2001, pág. 154. Disponible en: <https://redpobreza.org.mx/index.php/est/article/view/368/371>

En un buen gobierno se debe garantizar que todas las personas tengan el mismo acceso a la justicia para la solución de sus conflictos, ya que es un principio básico del estado de derecho, el cual, constituye un derecho humano fundamental, que implica una obligación del Estado para garantizar condiciones iguales en la administración de justicia para todas las personas en la resolución de sus conflictos.

Lo anterior implica además, que los Estados tienen la obligación positiva de remover los obstáculos que impiden o limitan el acceso a la justicia.³ Sin embargo, uno de los principales obstáculos para acceder a la justicia es el costo de la asesoría y representación legal⁴, primera barrera a vencer para la población en situación de pobreza y grupos marginados, sin dejar de lado otros gastos “básicos” para el acceso a la justicia, como el pago de derechos por servicios como la expedición de copias certificadas, búsqueda de expedientes, gestión de notificaciones y hasta transporte.

De conformidad con las cifras del Consejo Nacional de Evolución de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) con respecto a la medición de la pobreza a nivel nacional, en México durante el año 2016 en promedio existían 52.2 millones de personas en situación de pobreza y para el año 2020 se incrementó a 55.7 millones de personas⁵, esto sin dejar de observar el impacto económico generado en recientes fechas por la guerra entre la Federación de

³ Despouy, Leandro, *Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2008, pág. 115. Disponible en: <https://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf>, consultado el 06 de octubre de 2022.

⁴ Esferas temáticas “Acceso a la justicia”, ONU. Disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>, consultado el 10 de octubre de 2022.

⁵ Medición de la Pobreza. CONEVAL. <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx> consultado el 10 de octubre de 2022.

Rusia y Ucrania, configurando otro retroceso en la lucha contra la pobreza, conforme un reciente estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).⁶

Escenarios que alejan la posibilidad de una pronta recuperación en términos de pobreza, y por el contrario, evidencian la tendencia en aumento de las cifras de este sector de la población, agravando en consecuencia las carencias sociales desde acceso a los servicios básicos, de educación, salud, vivienda, hasta vulnerar precisamente el derecho de acceso a la justicia.

Así, el fenómeno de la pobreza representa en las personas una distinción al ejercer el derecho de acceso a la justicia, los procesos judiciales establecidos en las leyes resultan ser una carga económica para los ciudadanos, sin dejar de observar que la pobreza no sólo se mide en razón de privaciones económicas, pues una persona pertenece al sector pobre de la población cuando tiene al menos una carencia social, como rezago educativo, falta de acceso a servicios de salud, vivienda digna, acceso a la alimentación, entre otros.

En este contexto, indica Selim Jahan, que la pobreza es una negación de los derechos humanos porque atenta contra la libertad, destruye la dignidad humana e implica discriminación e injusticias,⁷ basta con revisar al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual, especifica que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos, además de referir en lo esencial que su servicio será gratuito e imparcial; no obstante, este reconocimiento constitucional está lejos de cumplirse en la práctica, donde las dilaciones procesales y el funcionamiento incorrecto del sistema de administración de justicia incentivan la desigualdad social.

⁶ Repercusiones en América Latina y el Caribe de la guerra en Ucrania: ¿cómo enfrentar esta nueva crisis? ONU. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47912/3/S2200419_es.pdf, consultado el 6 de octubre de 2022.

⁷ Citado en Hernández Licon, Gonzalo, Aparicio Jiménez, Ricardo y Mancini Fiorella (Coordinadores), “Pobreza y Derechos Sociales en México”, México, 2018, CONEVAL, UNAM, IIS, pág. 45.

Los números más recientes en México indican que en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa como instancia jurisdiccional en dicha materia, se radicaron durante el año 2020, un total de 1,216 asuntos⁸ y para el periodo de 2021 se radicaron un total de 2,363⁹ asuntos, es decir, poco más del doble que el año anterior, configurando una tendencia al incremento de asuntos jurisdiccionales, y por ende a la carga de trabajo de esta instancia.

Sin dejar de observar que dichos números se vieron afectados por la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID 19), aún vigente, la cual impactó en la administración de justicia, al suspender labores y posteriormente reanudar con medidas preventivas de salud, como reducción de horarios y menos afluencia de personal y justiciables, disminuyendo cuantitativamente el número de asuntos radicados en años anteriores, pero que indudablemente continuarán incrementando.

Por lo tanto, la desigualdad social y el actual sistema de impartición de justicia, ha llevado a que la conflictiva social se haya modificado y en donde los medios de solución de controversias convencionales son incapaces de hacer frente a dicha circunstancia, dejando claro, que el acceso a la justicia pronta y expedita solo es accesible para algunos cuantos, incluso, derivado de la citada emergencia sanitaria se implementó con mayor presencia el uso de las tecnologías de la información, que sobra decir, no están al alcance de los grupos vulnerables.

En el caso el sistema romanista y formalista que impera en México, las personas que se ven en conflicto con la ley tienen temor fundado a enfrentarse a procesos jurisdiccionales largos, onerosos

⁸ *Cf.* Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Memoria Anual 2020, p. 44. Disponible en: http://transparencia.tfja.gob.mx/cesmdfa/01/memo_act/2017/mem_2017_princ.pdf. Consultado el 11 de octubre de 2022.

⁹ *Cf.* Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Memoria Anual 2021, p. 51. Disponible en: <https://www.tfja.gob.mx/media/media/memorias/MemoriaAnual2021/index.html> Consultado el 11 de octubre de 2022.

y complejos donde imperan los formalismos procesales, los que en muchos casos hacen de su pretensión ante la justicia un expediente más, una estadística, sin alcanzar la solución a su conflicto y mucho menos el acceso a la justicia.

Por ejemplo, precisamente los juicios que se promuevan ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa inician una vez que el justiciable agotó en una instancia previa el recurso administrativo previsto para el caso concreto (generalmente en la ley que regula el acto administrativo impugnado), es decir, se trata de una segunda etapa a la que se acude en los asuntos contenciosos administrativos, y en la cual, existen formalidades especiales para su tramitación, sea que se presente de forma escrita o bien a través del denominado Juicio en Línea.

De esta forma, si analizamos los plazos para la sustanciación de este medio ordinario de defensa en la materia administrativa, se advierte que, presentado el escrito inicial de demanda, se concede un plazo de 30 días para producir su contestación, y posteriormente el desarrollo de toda la actividad probatoria, resaltando que en este tipo de procedimientos imperan pruebas periciales, por ejemplo, la contable, cuyo desahogo requiere de plazos como 10 días para protestar el cargo de perito y 15 días para presentar su dictamen, plazo que puede incluso prorrogarse, sumando 5 días para la presentación de alegatos y 45 días para emitir la sentencia definitiva.¹⁰

Aunado a la ausencia en los procesos jurisdiccionales de la cercanía entre los jueces o autoridades jurisdiccionales como impartidoras de justicia y los particulares que someten las controversias a su conocimiento, faltando al principio de inmediación y demostrando en muchos casos indiferencia en las solicitudes de los gobernados

¹⁰ Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de diciembre de 2005, última reforma 27 de enero de 2017. Disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=HpCAHl9wwarDa35+atpLYVEXJDAiHv8I7WkNwrmNactWoNHer49KyuqPYcGK9g2U>

para hacer valer sus derechos, es por ello que la conciliación es una propuesta alternativa donde las partes encuentran cómo solventar su problemática a través del diálogo, poniendo fin a cualquier disputa futura.

Si bien es cierto la democracia puede minimizar la desigualdad socioeconómica, lo anterior tampoco significa de ninguna manera que deje de existir, pues el término desigualdad siempre ha existido junto con la humanidad, debido a que en las economías de mercado, aún y cuando se plantee una nivelación social siempre existirá una resistencia a mejorar los niveles de equidad por parte de algunos grupos.

Esto es así, pues si tomamos la idea que al existir una brecha enorme en la desigualdad socioeconómica los riesgos de las políticas de redistribución se pueden incrementar, teniendo como consecuencia que las reformas sustanciales sean menos probables para aquellos países en que se requieren para la nivelación de dicha desigualdad.¹¹

En el caso de México, no puede afirmarse que sea un Estado constitucional y democrático de Derecho,¹² ya que a partir de los factores de desigualdad social y económica diversos grupos sociales tradicionalmente discriminados se han visto limitados en el ejercicio de sus derechos, precisamente como el de acceso a la justicia pronta, expedita y gratuita para todos, dado que es bien conocido que las clases altas tienen mayores probabilidades de solventar sus conflictos cuando llegan a tribunales en relación con los más desprotegidos económicamente hablando.

Así, a partir de las consideraciones ya referidas, se ha venido desarrollado la segunda generación de derechos humanos, mismos que llevan el nombre de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESC), los cuales tienen como objetivo proteger inte-

¹¹ Oxhorn, Philip, “Desigualdad social, Sociedad Civil y los límites de la ciudadanía en América Latina, Economía, Sociedad y Territorio”, vol. III, núm. 9, 2001, pág. 155. Disponible en: <https://redpobreza.org.mx/index.php/est/article/view/368/371>

¹² Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías: La ley del más débil”, Editorial Trotta, España, 2016, pág. 59.

reses difusos de la sociedad, lo que significa que no sólo una persona es titular de ellos y por tanto, dicha persona no es la única legitimada para hacerlos valer, sino que el Estado debe de respetarlos a toda costa, y tienen la finalidad de disminuir las brechas de desigualdad social, para que todas las personas puedan ejercer efectivamente todos sus derechos por el simple hecho de ser personas.

En ese sentido, el concepto de Estado democrático y constitucional de Derecho, así como la reforma al artículo 1º la Carta Magna, imponen al Estado una serie de obligaciones tanto de carácter positivo como negativo¹³ que tienen como objetivo generar un desarrollo progresivo de los derechos humanos de segunda generación, los cuales a partir del principio de interdependencia, provocaran un impacto positivo en los derechos de primera generación como el acceso a la justicia o la prohibición de la autotutela, recordando que el valor fundamental de estos es la dignidad, que se traduce en el reconocimiento de todos los seres humanos como personas de derecho.

En tal sentido, el acceso a la justicia en igualdad de condiciones es uno de los principales derechos vulnerados en países en donde exista la desigualdad socio-económica, por lo cual, resulta preocupante señalar que aquellas personas que se encuentran en situación de pobreza no cuentan ni con medios económicos, ni con conocimientos básicos para hacer valer sus derechos a través de las instancias encargadas de impartir justicia, lo cual trae como consecuencia, en muchas ocasiones, que estas no puedan acceder a la justicia y con ello configurar la impunidad.

Así las cosas, aún y cuando la ley sea general y de aplicación universal, el servicio de administración de justicia tiene un problema grave, las posibilidades de acceso a la justicia serán distintas dependiendo del contexto de cada individuo, por lo tanto, resulta de poca utilidad que el Estado reconozca de manera formal un derecho si el

¹³ Quintana Osuna, Karla, “*Los retos del control de convencionalidad*”, Biblioteca de Derecho Procesal, Editorial Porrúa, 2019, México, pág.15

titular o titulares del mismo no pueden acceder de manera efectiva al sistema de justicia en cualquiera de sus ámbitos para ejercer cualquier derecho que se encuentre reconocido en las leyes.

Ahora bien, al hablar de desigualdad socio-económica debe tomarse en cuenta que no sólo se trata de la pobreza como causa de vulnerabilidad para el acceso a la justicia, ya que existen otras circunstancias que limitan su pleno ejercicio, como ocurre en el caso de las personas indígenas, las pertenecientes al colectivo LGBTI+ o con discapacidad, por señalar algunas, quienes recurrentemente son discriminados para el acceso a la justicia en diversas determinaciones y normas que no les reconocen todo sus derechos, lo que indudablemente limita ese derecho fundamental de acceso a la justicia igualitaria de todas las personas y con ello el reconocimiento de otros derechos previstos tanto en los instrumentos internacionales como en las normas nacionales.

De esta forma, es obligación de los Estados que los derechos que en su conjunto deben ser tutelados por éste, a través de los diferentes sistemas judiciales, extrajudiciales o administrativos, y partiendo del mandato constitucional que otorga a cualquier persona titular de un derecho la posibilidad de acceder a ellos, sea de manera efectiva, ágil y oportuna. Ello, al amparo del principio de igualdad ante la ley, el cual juega un papel importante para el acceso a la justicia, toda vez que parte del principio de prohibición de la discriminación, entendiendo a la igualdad como la inexistencia de distinción entre los individuos para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

El anterior razonamiento se encuentra contemplado en la Carta Magna, en sus primeros artículos¹⁴, los cuales ponderan las mismas condiciones que deben imperar entre todos los mexicanos en aspectos como educación, libertad, dignidad, salud, acceso a la justicia, entre otros, por lo cual, resulta claro que es obligación del Estado el

¹⁴ Véase la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en su versión en línea en el link: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (diputados.gob.mx), consultado el día 5 de marzo del 2021.

velar porque dichos derechos sean respetados en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos mexicanos sin distingo alguno en cuanto a su condición socio-económica, raza, religión o sexo, por señalar algunos aspectos que día a día son vulnerados.

Desde esta perspectiva, el acceso a la justicia resulta ser un “medio para exigir el goce o restablecimiento de otros derechos”¹⁵, el cual, se extiende a lo largo de todo proceso judicial y hasta la ejecución de la sentencia. Esto implica que el principio de igualdad y las condiciones de accesibilidad y efectividad, deben darse no sólo al inicio sino durante todo el proceso para su resolución y su debida cumplimentación, de esta forma, la inexistencia de medios idóneos para el acceso a la justicia priva a las personas de ejercer sus derechos de manera eficaz, pronta y expedita, lo que conlleva irreductiblemente a la vulneración del efectivo ejercicio del mismo.

Por lo tanto, el término acceso a la justicia resulta ser “un derecho en sí mismo y, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o quebrantados”¹⁶ lo cual nos permite entender que una de sus particularidades es la vinculación que tiene con el conjunto de derechos, principalmente con el derecho al debido proceso y al derecho a la igualdad entre otros.

De acuerdo a lo antes mencionado, resulta claro que el Estado debe contribuir y brindarle todos los elementos necesarios a los operadores del sistema de justicia para que asuman la función correspondiente que les ha sido otorgada, preocupándose en todo momento por la vigencia de las libertades y garantías fundamentales, así como del mejoramiento de acceso a la justicia para aquellos sectores que se encuentren menos favorecidos en la estructura social, teniendo en consideración que son aquellos que cuentan con

¹⁵ Despouy, Leandro, *“Acceso a la Justicia: Impacto de la Pobreza Sobre los Derechos Humanos”*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2008, pág. 115. Disponible en: <https://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf>

¹⁶ *Ídem.*

dificultades para la defensa de sus intereses, para lo cual siempre deberán existir principios que delimiten la función de la impartición de la justicia ya referida.

III. PRINCIPIOS RECTORES DEL SERVICIO PÚBLICO

Resulta claro que el Estado es el encargado de la impartición de justicia, por lo cual, es importante examinar los principios rectores del servicio público y relacionarlos con el funcionamiento del sistema de administración de justicia, ello para poder determinar los diferentes factores que puedan explicar el mayor o menor grado de acceso a la justicia y los medios judiciales y extrajudiciales para lograr superar las problemáticas que se han manifestado anteriormente.¹⁷

En primer lugar, el servicio público debe caracterizarse por la “continuidad”, es decir el Estado debe ir en atención y protección al interés general, por lo cual el servicio público en ningún momento debe dejar de prestarse a los ciudadanos.

En cuanto al sistema de administración de justicia, en México fue suspendida su continuidad durante el año 2020 en razón de las medidas preventivas por la emergencia sanitaria que azotó al país y al mundo, sin embargo, dada la relevancia de la impartición de

¹⁷ Méndez, Juan. “*El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos.*” Acceso a la justicia y la equidad: estudio en siete países de América Latina. Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pág. 17. Disponible en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/6286684/acceso_a_la_justicia_juan_mendez.pdf?response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEl_Acceso_a_la_Justicia_un_enfoque_desde.pdf&Expires=1618427292&Signature=PuSm7UZQMHAjR9P5add3QbcBgefGHimtXl7G~pkDXwzJEauWvLCf5zxEFnPBjcr9wAzJYvzYjARTrgoF4ZZs1Z-7yoBZK2-xVMcC2P75M6ZVBdN5nNlLeq4kZT4aHSuX7u~Q22gAfH2EntYOCWr5azCeXpplnw6Yw537~N6bwYxCJQ~ma9bE22QugHunwTGiPll-R7uFU2shdmzUFMbmreLlvCZ8CGEa7hfJcAeI45Gw53rNvEbaYjQFfOCXfh-VHyIHA-Nd6AjX2QZ6Ez0AfqZV4vhlZKtfiTmwCbMvYMJHfhYUvllh-QK~b3oprWwE10OsXyzBtQuz~liOQpzdFs6a7UFg__&Key-Pair-Id=APKA-JLOHF5GGSLRBV4ZA

justicia como actividad esencial del Estado, se retomaron las labores jurisdiccionales, pero con desafíos por enfrentar, tales como la reducción de aforo en el personal o la utilización prioritaria de las tecnologías de la información.

En segundo lugar, la “adaptación”, dicho principio hace referencia al tratamiento de adaptabilidad del servicio como salvaguarda del derecho al acceso a la justicia, toda vez que, ante la inminente variación de condiciones sociales y económicas, el Estado debe preocuparse por someterse a cambios, reformas o innovaciones que permitan el acceso a la justicia de manera general y no exclusiva para los ciudadanos.

Un ejemplo claro en cuanto al retardo de la justicia se da cuando las partes, amparadas en diversas normas y a la propia burocracia, presentan recursos o procedimientos que tienden a dilatar un proceso y que impactará forzosamente en la frustración de la protección de los derechos fundamentales, por lo que el Estado debería tomar en consideración una adaptación en la impartición de justicia a través de las nuevas variables tales como los medios alternativos de solución de controversias que tienen como finalidad la administración de justicia pronta y no entrar en procesos jurisdiccionales.

El tercer principio es el de la “igualdad”, el cual resulta ser de suma importancia tanto en el ámbito jurídico como en los derechos humanos, toda vez que es primordial para una adecuada impartición de justicia ya que debe accederse a través de igualdad de condiciones para los diferentes sujetos procesales.¹⁸ La igualdad, debe garantizar que en la forma en que se aplica la ley no exista discriminación, ni distinción por motivos de género, raza, origen, condición socioeconómica o cualquier otra razón, así como el brindar a los gobernados el acceso igualitario ante los tribunales.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 18.

Este principio en el ámbito de los derechos humanos se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a un juicio justo, previsto tanto en las disposiciones constitucionales como en diversos instrumentos internacionales tales como el artículo 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; así como el 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; este derecho es una de las piedras angulares de protección de derechos humanos¹⁹, ya que la protección de otros derechos depende del acceso a la justicia.

Por su parte, la “celeridad” resulta ser el cuarto principio, el cual resulta tener mayores barreras en el acceso a la justicia, esto debido a la inoperancia o desinterés de los servidores públicos encargados de la impartición de justicia, por lo que dicho derecho humano se ve sumamente violentado ante la sobrecarga laboral de asuntos en las diferentes instituciones encargadas de la impartición de justicia.

Por último, hay que entender que el principio de “gratuidad” en la impartición de justicia debe ser entendido de manera relativa, ya que generalmente los ciudadanos deben afrontar un pago indirecto, ya que muchas veces los costos de operación resultan ser excesivos, lo cual, imposibilita a que se lleven a cabo procesos judiciales por todos los ciudadanos, situación que debería de ser preocupante para el Estado, ya que al hablar de la brecha de desigualdad económica en nuestro país se deberían de implementar políticas públicas con la finalidad de que no se vulnere el acceso a la justicia.²⁰

Por otra parte, en un Estado de Derecho existen diversos principios relacionados a los del servicio público ya descritos, tales como el principio de legalidad, al de división de poderes y el respecto a

¹⁹ Indicadores sobre el derecho a un juicio justo, del Poder Judicial del Distrito Federal, Vol. 1, México, 2012, pág. 15. Disponible en: <https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/estadistica/indicadores/>

²⁰ Méndez, Juan. “*El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos.*” *Acceso a la justicia y la equidad: estudio en siete países de América Latina.* Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, págs. 17-19.

los derechos de las personas.²¹ De esta forma, destaca el principio de legalidad, el cual hace referencia a la actuación de la autoridad apegada estrictamente a las facultades reconocidas en la ley, y por el cual, se sustentaría la implementación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, al establecer en las leyes procedimientos más cortos y eficaces en la solución de conflictos.

Sin embargo, la falta de acceso a la justicia produce una exclusión social de una gran parte de la población, lo anterior, debido a que existen diferentes contextos ya sean culturales, económicos o sociales que resultan ser determinantes al momento de querer ejercer este derecho, teniendo como consecuencia la pérdida de legitimidad social al sistema judicial, razón por la cual las personas poco a poco han optado por elegir otros medios procesales alternativos.

Así las cosas, es menester que el Estado brinde medios que faciliten de manera efectiva la tutela de los derechos de los particulares y que den solución a sus controversias ya que los sistemas de impartición de justicia han dejado de tener credibilidad debido a aspectos como la corrupción, lentitud en el proceso, costos de acceso, saturación y condiciones de desigualdad en los procesos, entre otros, por lo cual se han buscado otro tipo de soluciones como son los mecanismos alternativos de solución de controversias, mismos que el Estado ha ido reconociendo paulatinamente.

Por ello, se considera necesario que los mecanismos alternativos de solución de conflictos formen una manera efectiva paralela a los métodos convencionales de impartición de justicia, a fin, de lograr una mejor convivencia social, retomando con ello, la importancia de la Conciliación Administrativa, la cual puede zanjar esa desigualdad en aras de un acceso efectivo a la justicia y a la solución de los conflictos de manera más sana, menos desgastante, pero sobre todo, de un acceso más económico y eficaz para las personas.

²¹ Sánchez-Castañeda Alfredo, Márquez Gómez Daniel y Beatriz Camarillo Cruz, Coordinadores, *Desafíos de los Medios Alternativos de Solución de Controversias en el Derecho Mexicano Contemporáneo*, México, 2020, Pág 116. Disponible en: <https://www.defensoria.unam.mx/web/publicaciones/Desafios-medios.pdf>

La idea antes citada, tiene sustento en criterios de oportunidad, igualdad, equidad y sobre todo en un ámbito de mejora social, la cual es necesaria para buscar un mejor equilibrio y en donde todas las partes inherentes al Estado podrán alcanzar los aspectos de plenitud y satisfacción necesarios para el libre desarrollo de la personalidad y de su identidad.

IV. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC) Y LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

Ahora bien, para abordar el tema en cuestión, es importante señalar que el acceso a la justicia administrativa se encuentra vinculada justamente a los cambios estructurales que se encuentran operando a través de la administración pública y el derecho administrativo, y con todo ello al Estado Social de derecho en su conjunto.²²

Los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC), resultan ser una solución ante los sistemas judiciales que de manera continua se ven en una situación de decadencia debido entre otros aspectos, a la sobrecarga de asuntos y la falta de eficacia, de esta forma, los MASC tienen como finalidad el atender las necesidades de los individuos de una manera eficaz buscando una solución a su problemática sin tener que pasar por todas las etapas de un proceso jurisdiccional.

Es importante señalar que los mecanismos alternativos de solución de controversias en México se volvieron permisibles de manera general y sin ninguna limitante a partir de la Reforma de junio del 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma en la cual se les reconoce en el artículo 17, misma que tiene el objetivo particular de auxiliar al Poder Judicial ante la problemática de

²² Pielow, Johann Christian. “El acceso a la justicia administrativa. Contencioso-administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados”. México: Unam, 2007, pág. 255. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2445/15.pdf>

las grandes cargas de trabajo que traen como consecuencia un gran retraso y rezago en la solución de las controversias que eran puestas de conocimiento por las personas a los órganos jurisdiccionales.

Bajo este contexto, Luis Miguel Díaz señala que el uso de las MASC “... una opción para fortalecer el sistema de impartición de justicia en nuestro país. No se trata de acortar la responsabilidad del Poder Judicial sino de racionalizar el uso de los recursos y al mismo tiempo de brindar al individuo y a la sociedad opciones para el manejo de sus conflictos”.²³

Por lo tanto, los mecanismos alternativos de solución de controversias resultan ser para la Suprema Corte de Justicia aquellos procedimientos los cuales consisten en que “[...] las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición) [...]”²⁴, reconociendo a los mecanismos como un derecho.

Para aportar una definición de los MASC, se utilizará la señalada por Beatriz Camarillo Cruz²⁵ al referir: “...se entienden como los medios o mecanismos a los cuales pueden tener acceso los ciudadanos para solucionar sus controversias, y que se consideran

²³ Otero Varela, Juan Manuel, “*Mecanismos Alternos De Solución De Controversias (Masc) En Las Adquisiciones, Arrendamientos, Servicios Y Obras Públicas. Su Marco Jurídico Y Evolución*”, Derecho Administrativo, Tribunal Federal de Justicia Administrativa, México, pág. 7. Disponible en: https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r22_trabajo-3.pdf

²⁴ Véase el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis 2004630. III.2o.C.6 K (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Libro XXV. Octubre de 2013. Pág. 1723: ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO.

²⁵ Sánchez-Castañeda Alfredo, Márquez Gómez Daniel y Beatriz Camarillo Cruz, Coordinadores, *Desafíos de los Medios Alternativos de Solución de Controversias en el Derecho Mexicano Contemporáneo*, México, 2020, pág. 119. Disponible en: <https://www.defensoria.unam.mx/web/publicaciones/Desafios-medios.pdf>

alternativos a los procedimientos judiciales ordinarios y cuya actuación responde a una serie de principios, como lo son el principio de prontitud, inmediatez y economía.”

En esa tesitura, generalmente son tres los medios alternativos de solución de controversias que se prevén en la legislación mexicana: la conciliación, la mediación y el arbitraje. Por lo que, se enfocarán las siguientes líneas a las aportaciones de la conciliación en la justicia administrativa.

A nivel Constitucional, la conciliación como mecanismo alterno de solución de conflictos ha pertenecido al ámbito del derecho laboral y se encuentra reconocida en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁶, el cual ha sido el punto de partida del derecho administrativo para buscar una solución de conflictos a través de esta figura tratando de llegar a una armonía social.

Al referir el término “conciliación”, se debe entenderse a la actividad (de conciliación), o un resultado (la resolución de la conciliación)²⁷; del mismo modo en lo que se refiere a la acción de conciliar debe entenderse como “arreglar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí”. Es decir, puede ser resultado de la iniciativa de una de las partes interesadas, o bien a través de la participación de un tercero, mismo que puede ser un particular o un funcionario público, en este último supuesto se está ante la función de administración de justicia, misma que se encarga el propio Estado.

En este orden de ideas, la conciliación es un mecanismo alterno para solucionar controversias jurídicas, mediante la cual las partes en conflicto recurren a un tercero, llamado conciliador, el cual es-

²⁶ Véase el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en su versión en línea en el link: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (diputados.gob.mx), consultado el día 5 de marzo del 2021.

²⁷ Cisneros Farias Germán, López Olvera Miguel Alejandro y Fernández Ruiz, Jorge (coord.), *Justicia Administrativa. Segundo Congreso de Derecho Administrativo*, Serie Doctrina Jurídica, número 367, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, pág. 550. Disponible en el sitio web: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11304>

tará encargado de dirigir la discusión entre las partes y a su vez encaminarlas para que lleguen a un acuerdo, proponiéndoles formas para solucionar el conflicto existente entre ellas.

Desde una perspectiva sociológica, “la conciliación se refiere no tanto a aquella conformidad que se obtiene espontáneamente, sino a la que es obra de una intervención humana dirigida a tal fin”,²⁸ a su vez la jurisprudencia mexicana, se refiere a la conciliación como: “El sistema que tiene por objeto rehacer la voluntad misma de las partes, y consecuentemente, el más indicado para resolver conflictos de la manera más equitativa.”²⁹ “La conciliación es un medio de resolución pacífico que anima a las partes a llegar a un arreglo que ponga termino a sus diferencias”.³⁰

Así las cosas, la conciliación tiene como finalidad poner fin a un proceso o bien evitar que se inicie uno y de ello dependerá una armonía y equilibrio social el cual como se señaló anteriormente, estará supeditado al aspecto legislativo, lo cual, nos permite alejarnos de una disputa que probablemente pueda terminar en el ámbito jurisdiccional y con ello, aspectos costosos y desgastantes tanto a nivel económico, como personal y de salud. En tal sentido, en el aspecto social la llamada conciliación administrativa, resultará fundamental para lograr el fin señalado.

Para poder entender mejor la figura de la conciliación, es relevante estudiar su naturaleza en donde destacan tres posturas: la primera que considera que la conciliación es un acto pertinente al

²⁸ *Ibidem*, pág. 551. Disponible en el sitio web: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11304>.

²⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, apéndice, t. V. Tesis 86, 2000 t. V, pág. 52.

³⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, Tesis XIX.1° 22C, julio de 1999, pág. 846.

ámbito de la jurisdicción voluntaria sobre el cual deben conocer los órganos judiciales, pero en donde su actividad no es propiamente jurisdiccional.³¹

La segunda que atribuye a la conciliación una naturaleza respecto a la sucedánea actividad jurisdiccional, ya que tienen la misma finalidad: alcanzar una solución en un conflicto;³² y finalmente, para otros autores la conciliación es un proceso especial, que al no estar reservado para satisfacer necesidades procesales genéricas, no puede configurarse como una manifestación de proceso ordinario.³³

Tomando en consideración lo antes señalado, se puede concluir que la conciliación se trata de una institución procesal que tiene como función la solución de controversias en la sociedad de manera pacífica y voluntaria, evitando un proceso jurisdiccional impuesto por el Estado para la solución de un conflicto, pero bajo la tutela del Estado y dentro del sistema de justicia, teniendo como principio rector el acceso a la justicia para todos.

De esta forma, la conciliación en el aspecto social va de la mano con la llamada conciliación administrativa, la cual es impartida justamente por el propio Estado a fin de solventar las controver-

³¹ Gómez Orbaneja-Herce Quemada, *Derecho procesal*, 2a ed., Madrid, 1949, Vol. I, pág. 523, citado en: Venegas Álvarez, Sonia, “*En Defensa de la Conciliación en el Contencioso Administrativo*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pág. 554. Disponible en el sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/23.pdf>

³² Carnelutti, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uteha, 1944, t.I, p. 203, citado en: Cisneros Farias Germán, López Olvera Miguel Alejandro y Fernández Ruiz, Jorge (coord.), “*Justicia Administrativa. Segundo Congreso de Derecho Administrativo*”, Serie Doctrina Jurídica, número 367, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, p. 555. Disponible en el sitio web: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11304>

³³ Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1945, t II, vol. I pp.11 y 12. Citado en: Cisneros Farias Germán, López Olvera Miguel Alejandro y Fernández Ruiz, Jorge (coord.), “*Justicia Administrativa. Segundo Congreso de Derecho Administrativo*”, Serie Doctrina Jurídica, número 367, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, pág. 551. Disponible en el sitio web: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11304>

sias existentes o futuras de los miembros de la sociedad ya sea con el propio Estado, o incluso con particulares cuando se refieran a situaciones de consumo o servicios. Así, para poder entender la conciliación administrativa es importante hacer referencia a la Justicia Administrativa, toda vez que esta incluye desde leyes de procedimientos administrativos, hasta instituciones de protección de intereses difusos y colectivos,

Para Héctor Fix-Zamudio al intentar establecer un concepto de la justicia administrativa, refiere que este vocablo se utiliza de manera ambigua, lo mismo para comprender los instrumentos jurídicos para la solución de conflictos administrativos que para señalar a la jurisdicción administrativa, términos que no son equivalentes como a primera vista pudiera pensarse.

Sin embargo, en sentido estricto la justicia administrativa es un concepto mucho más amplio que los instrumentos procesales en sentido estricto, ya que abarca todas las instituciones jurídicas establecidas para resolver las controversias que surgen entre los órganos administrativos y éstos con los particulares, pero también ante los organismos de jurisdicción de carácter administrativo, ya sea que estos últimos estén situados formalmente dentro de la esfera del Ejecutivo, o bien incorporados al Poder Judicial.³⁴

De lo ya referido, resulta claro que la Justicia Administrativa evidencia que la administración pública resulta ser bastante compleja tanto en su estructura como en sus actividades, ya que de manera frecuente los derechos de los particulares son vulnerados por servidores públicos, por lo que cada arbitrariedad por parte de la autoridad significa una violación al Estado de Derecho. Por lo cual,

³⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Concepto y contenido de la justicia administrativa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pág. 150, en Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz (derecho procesal), Cienfuegos Salgado, David, López Olvera, David, Serie Doctrina Jurídica, núm. 215, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005. Disponible en su versión en línea en el sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/9.pdf>

resulta evidente que deben existir medios de defensa al servicio de los particulares ya que sin la existencia de los mismos se dejaría al ciudadano en estado de indefensión violando así su derecho al acceso a la justicia.

En ese orden de ideas, puede entenderse que la conciliación como una forma de administración de justicia, permite rechazar la idea de que dicho mecanismo de solución de controversias en ningún momento es utilizado como una forma de impedir el acceso a la justicia, pues está en sí misma, es una forma constitucional de acceder y administrar justicia.

Conforme a lo anterior y tomando en consideración que la conciliación es un mecanismo alternativo para la administración de justicia, requiere, necesariamente, identificar que la misma puede darse en dos vertientes, la conciliación preventiva y la sucesiva; la primera será cuando el legislador instituya la conciliación previa al inicio del proceso contencioso³⁵, este tipo de conciliación tiene como propósito que las controversias sean resueltas antes de llegar a una vía contenciosa, teniendo como finalidad que se desahogue la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y así cumplir con el principio de celeridad en la administración de justicia.

En tanto que la conciliación sucesiva, es cuando el legislador brinde la oportunidad de acudir ante un conciliador en cualquier momento, siempre y cuando el órgano jurisdiccional no haya emitido su resolución, esto sin importar si la función conciliadora se encomienda al mismo juez de la causa, o a un órgano distinto, es decir, extraprocesal.³⁶

³⁵ Lara Martínez, Arturo (coord.), “*Nuevas Tendencias de la Justicia*”, en Venegas Álvarez, Sonia (comp), “Medios alternos de solución de conflictos: *En Defensa De La Conciliación En El Contencioso Administrativo*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Ed. Novum, 2016, pág. 556. Disponible en el sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/23.pdf>

³⁶ *Ibidem*, pág. 556.

Como ejemplo de la conciliación preventiva, en materia laboral a partir de la Reforma en la materia del año 2019, se instituyó la obligación a las partes, de acudir primeramente a la conciliación antes de llegar a un proceso jurisdiccional; mientras como conciliación sucesiva se señala como ejemplo aquella que llevan organismos del Estado especializados en la conciliación como la Procuraduría Federal del Consumidor.

Bajo ese contexto, en la conciliación participan los mismos sujetos que en el proceso contencioso administrativo, es decir, se trata de un proceso heterocompositivo y trilateral basado en el principio de voluntariedad de las partes. Sin embargo, el conciliador aún y aunque proponga soluciones que se encuentren dentro del marco legal, en ningún momento podrá imponer la resolución de la misma forma en que lo hace un juez en el momento de dictar su sentencia ya que en este supuesto es la propia voluntad de las partes la que decide sujetarse al mismo.

Si se toma en cuenta que en materia administrativa, en un proceso jurisdiccional, el conciliador puede ser el mismo juez, magistrado o servidor público que labore en los juzgados administrativos o en un órgano externo encargado de impartir justicia, se puede comprender que de manera preferente es el mismo juez quien actúa como conciliador, toda vez que resulta ser un sujeto especializado en la materia, por lo que tendrá un mejor manejo entre lo pretendido y lo resistido.

Sin embargo, este hecho en determinado momento también puede ser un impedimento para el acceso a la justicia para las clases más desprotegidas, dado que posiblemente lleva a erogar más recursos, sin dejar de observar que muchas personas ni siquiera tienen el acceso a este tipo de instancias debido a que genera tiempo que muchas veces tienen que invertir en su trabajo en lugar de en buscar la solución de su problemática.

Por lo antes expuesto, debe considerarse que el particular actúa la mayoría de las veces como demandante en el ámbito administrativo, por lo que para poder participar en la fase conciliatoria se le debe requerir que goce de capacidad de ejercicio y sobre todo que considere que se ha vulnerado su esfera jurídica por un acto o resolución administrativa.

Sin embargo y pese a las complicaciones que existen, los mecanismos conciliatorios tienen una gran ventaja, ya que permiten a cualquier particular a someter sus controversias sin entrar al ámbito jurisdiccional, toda vez que si bien es cierto en este mecanismo alternativo de solución de conflictos no es necesario que se contrate los servicios profesionales de un abogado por parte del particular, tal y como se debe hacer en el caso de iniciar un juicio ante el Tribunal contencioso administrativo, lo cierto es que brinda mayores posibilidades al grueso de la ciudadanía de acceder a la justicia en materia administrativa y con ello buscar un equilibrio social.

En números, la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) encargada de desarrollar y dirigir los procedimientos de conciliación en beneficio de los consumidores que enfrentan un problema respecto de los diversos proveedores de bienes y servicios, durante el año 2019 recibió 7,780 quejas, de las cuales pudo conciliar el 84.73%; y para el año 2020 recibió un total de 11,820 quejas, logrando conciliar el 88.7%³⁷ de las mismas, lo que se traduce en el buen funcionamiento de este ente público conciliador.

Además, esta autoridad administrativa tiene reconocida en la ley la fuerza de cosa juzgada y de aparejada ejecución en los convenios aprobados ante dicha autoridad, dando certeza jurídica a las partes sobre la fuerza vinculante de los acuerdos alcanzados en las

³⁷ Informe Anual 2020. PROFECO. Procuraduría Federal del Consumidor, Disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/659948/INFORME_ANUAL_PROFECO_2020.pdf

audiencias de conciliación. Lo que necesariamente implica un beneficio en la implementación de los medios alternativos de solución de controversias.

Así, al hablar de desigualdad socioeconómica y acceso a la justicia, debe entenderse como una realidad hoy en día y que impacta de manera negativa al principio básico de igualdad ante la ley y al derecho a un juicio justo, toda vez que para los particulares, los procesos judiciales pueden ser excesivamente costos, por lo que muchas veces optan por no dar inicio a ningún tipo de procedimiento judicial, escalando así los conflictos que entre las personas pudieran surgir y viendo restringido su acceso a la impartición de justicia como limitante de la tutela judicial efectiva.

De esta forma, un mecanismo alternativo de solución de controversias como es la conciliación, representa una disminución de costos para las partes, menores plazos en la resolución de su conflicto, menos requisitos de forma en los escritos, reducción de las etapas procesales, evita la contratación de servicios de asesoría jurídica e incluso de erogaciones cotidianas en gastos de trámite, como expedición de copias certificadas o traslado al lugar de la autoridad (en el caso de PREOFECO existe la conciliación a través de la vía telefónica).

Así, aunque la conciliación resulta ser un instrumento de gran ayuda para la resolución de conflictos y siguiendo el principio de igualdad, el Estado debe tratar no sólo de equiparar jurídicamente a todos los ciudadanos, sino de considerar la diversidad que existe entre los particulares y en atención a esta diversidad, garantizar a todos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a la justicia, lo cual significaría atender a ciertos grupos de la población de un modo específico y a su vez ofreciendo una protección diferenciada.

En consecuencia, el Estado debe prestar atención en sus políticas públicas para poder eliminar aquellos obstáculos que impiden el ejercicio del derecho de acceso a la justicia consagrado para todas las personas, teniendo mayor incidencia en aquellos sectores de la población que se encuentran en situación de vulnerabilidad,

extrema pobreza o desventaja social y cultural, por lo cual, el no combatir a la desigualdad en el acceso a la justicia, refuerza y retroalimenta la desigualdad económica y social en que se encuentra una persona.

A nivel internacional ha sido reconocido que existe una gran demanda por el acceso a la justicia, especialmente en los grupos menos protegidos, pues debe decirse que incluso los ciudadanos con mejores oportunidades tienen dificultades para el acceso a la justicia, sea por el sistema de justicia que impera en el país o bien por el gran número de asuntos que se ventilan ante las autoridades de justicia. Por ello debe tenerse una mayor apertura a las formas alternativas de solución de controversias.

A manera de ejemplo a fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia existe el Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales impulsado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA),³⁸ el cual se estableció para procurar a las comunidades y grupos más vulnerables, destacando entre sus beneficios el promover una cultura de diálogo, respeto y paz en la resolución de conflictos. Creado precisamente para contribuir a mejorar los niveles de acceso a la justicia de las poblaciones más vulneradas a través de mecanismos alternativos de solución de controversias.

Se ha demostrado que a través de este programa se proporcionan servicios de difusión de información jurídica, orientación y mediación a estos sectores de la población; trámites encargados por los juzgados locales; charlas comunitarias y acompañamiento de personas de la comunidad en sus diligencias.

En México, al igual que en otros países de la región, uno de los principales obstáculos para el acceso a la justicia que encuentra las personas en condiciones de desigualdad, es el costo por la asesoría

³⁸ Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales. Consultado en: <https://pij-oea.org/>

jurídica y servicios de un profesionalista del derecho, en este aspecto, el Estado como principal responsable de garantizar la impartición de justicia, podría implementar políticas públicas como el proporcionar asistencia jurídica gratuita, además de impulsar campañas de divulgación pública sobre la materia jurídica y difusión de los derechos de las personas, que en muchos casos se deja en manos de organizaciones no gubernamentales.

Igualmente, las políticas públicas en estos sectores de la población impulsan a que cada vez más personas cuenten con una solución a sus conflictos y no abandonen sus pretensiones jurídicas por motivos como los costos o la complejidad en el desarrollo del procedimiento jurisdiccional.

Un caso importante en materia de políticas públicas se tiene en el Estado de México, entidad que desde el año 2017 creó dentro de la Administración Pública, la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos³⁹ como una dependencia del ejecutivo local, la cual tiene como una de sus principales políticas públicas las denominadas “Caravanas por la Justicia Cotidiana”, dirigidas a los habitantes que se ubican en un grado de marginación jurídica, en tal sentido, se trata de un programa que reviste características como asistencia jurídica temprana y justicia itinerante.⁴⁰

En este orden de ideas, un sistema de acceso a la justicia ya sea a través del sistema judicial o por mecanismos alternos de solución de controversias, debe velar por la igualdad para todos y solo así, podrá constituirse un instrumento eficaz para la superación de la desigualdad socioeconómica en México.

³⁹ El 13 de septiembre de 2017 se publicó en el Periódico Oficial Gaceta del Gobierno el decreto número 244 por el que se reformó la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México. Disponible en <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2017/sep133.pdf>

⁴⁰ Caravanas por la Justicia Cotidiana. Disponible en: <https://caravanas.edomex.gob.mx/acerca-caravanas>

De esta forma, el sistema judicial debe caracterizarse por ser un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas y en especial para aquellas que se encuentran en una condición de vulnerabilidad, contribuyendo así a un sano desarrollo y progreso o en su caso, brindar los medios adecuados para lograr la llamada Justicia Administrativa mediante instituciones especializadas para cada caso.

En el estado mexicano desde el año 2016 se expidió un Decreto⁴¹ para establecer acciones administrativas a implementarse en la Administración Pública Federal para llevar a cabo la conciliación como medio alternativo de solución de controversias con los particulares, con fundamento precisamente en el artículo 17 constitucional y cuyo objeto es evitar una innecesaria prolongación de los juicios así como, de los costos tanto para los ciudadanos, como para los órganos jurisdiccionales y la Administración Pública Federal.

Este Decreto, representa un paso importante para robustecer el precepto constitucional citado, pues refiere una serie de beneficios en la implementación de los MASC, no obstante, el camino por recorrer es largo, ya que hace uso de una deficiente técnica jurídica y establece procedimientos complicados para la aprobación de la conciliación como medio de solución de un conflicto.

En ese tenor, se considera pertinente expedir una Ley General de Mecanismos de Solución de Controversias, en la cual, se establezcan las directrices a seguir tanto en la Administración Pública Federal, como para las administraciones locales, de aplicación en todas las materias del derecho, y que además represente un verdadero cumplimiento al mandato constitucional logrando con ello robustecer el sistema de impartición de justicia.

⁴¹ Decreto. Diario Oficial de la Federación, 29 de abril de 2016. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5435464&fecha=29/04/2016#gsc.tab=0

Ahora bien, no debe dejarse a un lado que la desigualdad en el acceso a la justicia no sólo se centra en la pobreza, ya que existen diversas condiciones que limitan el pleno acceso, por lo que el reto que se plantea es enorme, ya que si bien es cierto se han incorporado a nuestro sistema judicial nuevos instrumentos para la solución de conflictos, la realidad es que sigue sin existir un equilibrio en oportunidades al momento en que cualquier individuo quiera hacer valer cualquier derecho que este reconocido en las normas mexicanas.

De esta forma, los medios alternativos de solución de conflictos implementados en las instituciones como la ya citada Procuraduría Federal del Consumidor y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) en cuestiones bancarias, por citar algunas, han contribuido a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condiciones de vulnerabilidad.

Sin embargo, aún existe mucho trabajo por hacer con la finalidad que todo individuo tenga acceso a la justicia sin que exista un obstáculo enorme llamado desigualdad socioeconómica, por lo cual, el fortalecimiento de éstos órganos públicos forzosamente generará un mayor equilibrio social y el aligerar la carga en los ámbitos jurisdiccionales, logrando con ello una mejor justicia socio-económica.

V. CONCLUSIONES

Uno de los mayores retos en la actualidad para cualquier Estado debe ser el buscar una igualdad socioeconómica en cada uno de sus rubros, a fin de poder encontrar el equilibrio entre la función y los servicios públicos para que con ello los gobernados logren un equilibrio social, para lo cual, es tarea primordial del propio Estado establecer los mecanismos necesarios para ello.

En tal sentido, los medios alternativos de solución de controversias son una herramienta que poco a poco debe ir teniendo mayor importancia para que el Estado logre salvaguardar uno de los prin-

cipios fundamentales como es la impartición de justicia en condiciones de igualdad para todos los gobernados, ya que en la actualidad los medios tradicionales además que se encuentran saturados, no permiten el accesos a todos los individuos en las mismas condiciones ya son solamente derechos que se han podido llevar a la práctica de manera integral.

Así, el Estado por medio de la justicia administrativa tiene un papel fundamental dentro de los objetivos gubernamentales, para lo cual, la conciliación en todos sus ámbitos de aplicación resulta ser fundamental, ya que en la medida en la que se resuelvan los problemas de los gobernados con los servidores públicos, y se encuentren verdaderas soluciones en donde todos queden conformes, los primeros vivirán en una armonía social, buscando un desarrollo integral primero de manera personal y posteriormente interactuando con todos los demás miembros de la sociedad logrando el tan anhelado equilibrio social.

En tal sentido, si existe un acceso a la justicia eficaz en cada uno de los ámbitos en que los gobernados se encuentran, es que éstos tengan un mejor desarrollo tanto personal, como con su comunidad, lo cual impactará en una armonía social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BERMEJO GALÁN, Jaime Camilo, “*La Conciliación Prejudicial Contenciosa Administrativa*”, Jurídicas CUC, 2015. Disponible en: <https://dialnet-LaConciliacionPrejudicialContenciosaAdministrativa-5162526.pdf>.

CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uteha, 1944, t.I, p. 203, citado en: Cisneros Farias Germán, López Olvera Miguel Alejandro y Fernández Ruiz, Jorge (coord.), “*Justicia Administrativa. Segundo Congreso de Derecho Administrativo*”, Serie Doctrina Jurídica, número 367, Instituto de

- Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, p. 555. Disponible en el sitio web: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11304>
- CARAVANAS POR LA JUSTICIA COTIDIANA. Disponible en: <https://caravanas.edomex.gob.mx/acerca-caravanas>
- CISNEROS FARIAS, Germán, López Olvera Miguel Alejandro y Fernández Ruiz, Jorge (coord.), *“Justicia Administrativa. Segundo Congreso de Derecho Administrativo”*, Serie Doctrina Jurídica, número 367, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11304>
- DESPOUY, Leandro, *“Acceso a la Justicia: Impacto de la Pobreza Sobre los Derechos Humanos”*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2008. Disponible en: <https://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf>
- Esferas temáticas, *“Acceso a la justicia”*, ONU. Disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>
- FERRAJOLI, Luigi, *“Derechos y garantías: La ley del más débil”*, Editorial Trotta, España, 2016.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Concepto y contenido de la justicia administrativa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, en Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz (derecho procesal), Cienfuegos Salgado, David, López Olvera, David, Serie Doctrina Jurídica, núm. 215, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/9.pdf>
- GALVÁN PAREJA, Gustavo y Álvarez Pérez Víctor, *“Pobreza y Administración de Justicia”*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, año V, no. 15. Disponible en: https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual-data/publicaciones/economia/15/pdf/pobreza_justicia.pdf

GÓMEZ ORBANEJA-HERCE, Quemada, *Derecho procesal*, 2a ed., Madrid, 1949, Vol. I, pág. 523, citado en: Venegas Álvarez, Sonia, “*En Defensa de la Conciliación en el Contencioso Administrativo*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Disponible en el sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/23.pdf>

GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1945, t II, vol. I pp.11 y 12. Citado en: Cisneros Farias Germán, López Olvera Miguel Alejandro y Fernández Ruiz, Jorge (coord.), “*Justicia Administrativa. Segundo Congreso de Derecho Administrativo*”, Serie Doctrina Jurídica, número 367, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, pág. 551. Disponible en el sitio web: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11304>

Indicadores sobre el derecho a un juicio justo, del Poder Judicial del Distrito Federal, Vol. 1, México, 2012, Disponible en: <https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/estadistica/indicadores/>

Informe Anual 2020. PROFECO. Procuraduría Federal del Consumidor, Disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/659948/INFORME_ANUAL_PROFECO_2020.pdf

LARA MARTÍNEZ, Arturo (coord.), “*Nuevas Tendencias de la Justicia*”, en Venegas Álvarez, Sonia (comp), “*Medios alternos de solución de conflictos: En Defensa De La Conciliación En El Contencioso Administrativo*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Ed. Novum, 2016, pág. 556. Disponible en el sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/23.pdf>

Medición de la Pobreza. CONEVAL. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>.

Memoria Anual 2020, Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Disponible en: http://transparencia.tfja.gob.mx/cesmdfa/01/memo_act/2017/mem_2017_princ.pdf

Memoria Anual 2021, Tribunal Federal de Justicia Administrativa.
Disponibile en: <https://www.tfja.gob.mx/media/media/memorias/MemoriaAnual2021/index>

MÉNDEZ, Juan. “*El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos.*” Acceso a la justicia y la equidad: estudio en siete países de América Latina. Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. Disponible en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/6286684/acceso_a_la_justicia_juan_mendez.pdf?response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEl_Acceso_a_la_Justicia_un_enfoque_desde.pdf&Expires=1618427292&Signature=PuSm7UZQMHAjR-9P5add3QbcBgefGHimtXl7G~pkDXwzJEauWvLCf5zxE-FnPBjcr9wAzJYvzYjARTrgoF4ZZs1Z7yoBZK2-xVMc-C2P75M6ZVBdN5nNlLeq4kZT4aHSuX7u~Q22gAfH2EnTYOCWr5azCeXpplnw6Yw537~N6bwYxCJQ~ma9bE22QugHunwTGiPlIR7uFU2shdmzUFMbmrELvCZ8CGEa7hffjCaeI45Gw53rNvEbaYjQFfOCXfh-VHyIHA-Nd6AjX2QZ6Ez0AfqZV4vhlZKtfiTmwCbMvYMJHfhYUvlhQK~b3oprWwE10OsXyzBtQuz~liOQpz-dFs6a7UFg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

NEGRO ALVARADO, Dante Mauricio, “*XXV Curso de Derecho Internacional*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4635/6.pdf>

OTERO VARELA, Juan Manuel, “*Mecanismos Alternos De Solución De Controversias (Masc) En Las Adquisiciones, Arrendamientos, Servicios Y Obras Públicas. Su Marco Jurídico Y Evolución*”. Derecho Administrativo, Tribunal Federal de Justicia Administrativa, México Disponible en el sitio web: https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r22_trabajo-3.pdf

- OXHORN, Philip, “*Desigualdad social, Sociedad Civil y los límites de la ciudadanía en América Latina, Economía, Sociedad y Territorio*”, vol. III, núm. 9, 2001. Disponible en: <https://redpobreza.org.mx/index.php/est/article/view/368/371>
- PIELOW, Johann Christian. “*El acceso a la justicia administrativa. Contencioso-administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*”. México: Unam, 2007. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2445/15.pdf>
- Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales. Consultado en: <https://pifj-oea.org/>
- QUINTANA OSUNA, Karla, “*Los retos del control de convencionalidad*”, Biblioteca de Derecho Procesal, Editorial Porrúa, 2019, México.
- Repercusiones en América Latina y el Caribe de la guerra en Ucrania: ¿cómo enfrentar esta nueva crisis?, ONU. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47912/3/S2200419_es.pdf
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, Márquez Gómez Daniel y Beatriz Camarillo Cruz, Coordinadores, *Desafíos de los Medios Alternativos de Solución de Controversias en el Derecho Mexicano Contemporáneo*, México, 2020, Disponible en: <https://www.defensoria.unam.mx/web/publicaciones/Desafios-medios.pdf>
- SEPÚLVEDA, Magdalena, “*El acceso a la justicia en tiempos de desigualdad y pobreza*”, Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation, Noviembre 14, 2018. Disponible en: <https://www.icriict.com/icriict-in-the-news/2018/11/14/el-acceso-a-la-justicia-en-tiempos-de-desigualdad-y-pobreza#:~:text=La%20falta%20de%20acceso%20a,la%20pobreza%20y%20sus%20causas>

TORRES ROJAS, Gloria Milena, “*La conciliación prejudicial administrativa como requisito de procedibilidad en la jurisdicción administrativa*”, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, 2017.

1. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (diputados.gob.mx).

Decreto número 244 por el que se reformó la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México. Disponible en <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2017/sep133.pdf>

Decreto. Diario Oficial de la Federación, 29 de abril de 2016. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5435464&fecha=29/04/2016#gsc.tab=0

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de diciembre de 2005, última reforma 27 de enero de 2017. Disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=HpCAHl9wwarDa35+atpLYVEXJ-DAiHv8I7WkNwrmNactWoNHer49KyuqPYcGK9g2U>

2. TESIS JURISPRUDENCIALES

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN y su Gaceta, Novena Época, t. X, Tesis: XIX.1° 22C, julio de 1999.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN y su Gaceta, t. V, Tesis: 86, 2000.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN y su Gaceta. Libro XXV, 2004630, III.2o.C.6 K (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Octubre de 2013.

LA EVENTUAL ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

THE EVENTUAL ADOPTION OF PROVISIONAL AND PRECAUTIONARY MEASURES IN THE SANCTIONING ADMINISTRATIVE PROCEDURE

JAIME ANDRÉS VILLACRESES VALLE¹

RESUMEN: En este artículo académico se propone reflexionar en qué casos procede la eventual adopción de las medidas provisionales o también llamadas medidas cautelares en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador. Se aborda el tema de la justificación del por qué y para qué existen estas instituciones jurídicas; su regulación en algunos países de Iberoamérica como son España, El Salvador, México, Ecuador y Perú; sus características; requisitos, pero, de manera especial, se enfatiza en el requisito de la motivación; la posibilidad de impugnación de estas; y, finalmente, se anotan unas reflexiones que son el resultado del estudio de las fuentes consultadas, desde la normativa comparada, la doctrina y la jurisprudencia.

¹ Profesor de Derecho Administrativo en Pregrado y Posgrado. Ha dictado las materias de Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo en la Universidad de las Américas-UDLA (Quito-Ecuador, Universidad Internacional SEK (Quito-Ecuador) y en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Presidente del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social (IDEAS) de Ecuador. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Ex Asociado Senior en Robalino Abogados (Ex Ferrere abogados). Candidato Doctoral en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña-España. Especialista Superior y Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar. Especialista Superior en Contratación Pública por la misma universidad. Experto en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Abogado por la Universidad de las Américas (UDLA). Ex Asesor de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Contacto: jaimevillacreses@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1260-5221>

Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2022. Fecha de aprobación: 27 de octubre de 2022.

PALABRAS CLAVE: *Medidas provisionales; medidas cautelares; procedimiento administrativo sancionador; oportunidad; urgencia; necesidad; proporcionalidad; motivación; impugnabilidad.*

ABSTRACT: In this academic article it is proposed to reflect on in which cases the eventual adoption of provisional measures or also called precautionary measures proceeds in the development of the sanctioning administrative procedure. The issue of the justification of why and for what these legal institutions exist is addressed; its regulation in some Latin American countries; features; requirements, but, in a special way, the requirement of motivation is emphasized; the possibility of impugment these; and, finally, some final reflections are noted that are the result of the study of the sources consulted from the comparative regulations, the doctrine and the jurisprudence.

KEYWORDS: *Provisional measures; precautionary measures; sanctioning administrative procedure; opportunity; urgency; necessity; proportionality; motivation; impugment.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Justificación de las medidas provisionales y cautelares; III. Regulación de las medidas provisionales o cautelares en el procedimiento administrativo sancionador; 1. España; 2. El Salvador; 3. México; 4. Ecuador; 5. Perú; IV. La motivación como requisito fundamental; V. Impugnabilidad; VI. Reflexiones finales; VII. Fuentes consultadas.

1. INTRODUCCIÓN

Para empezar con el estudio del tema propuesto, es importante recordar las enseñanzas de Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, quienes sostienen que el procedimiento administrativo sancionador es una paradigmática manifestación de la doble función de garantía que tienen todos los procedimientos administrativos,

que buscan: (i) el acierto en la aplicación de la ley al caso concreto y (ii) la tutela del ciudadano, de forma que se asegure la legalidad subjetiva. En definitiva, el procedimiento administrativo sancionador se caracteriza por la búsqueda del equilibrio entre la protección de los intereses públicos (que lleva a sancionar determinadas conductas infractoras del ordenamiento jurídico) y la garantía de los derechos del inculpado².

Por su parte, Sánchez Morón señala que mediante la facultad otorgada a la Administración para imponer sanciones para quienes vulneren la legalidad administrativa, el legislador persigue garantizar la observancia de esta y, de las limitaciones y deberes que se imponen a los ciudadanos por las normas jurídicas o a través de actos administrativos de obligado cumplimiento: órdenes, requerimientos, denegación de autorizaciones, etc.³.

Sin embargo, para el ejercicio de la potestad sancionadora y los instrumentos que con ella se otorgan, es necesario que las personas comprendan que la Administración hace uso de esta, para proteger el interés general y en reacción a las conductas contrarias al ordenamiento jurídico. En este sentido, es inexorable contar con la colaboración social en el trabajo de las autoridades. Al respecto, Nieto enseña que:

resulta imposible el ejercicio eficaz de la potestad sancionadora si no media una decidida colaboración social. Importa, en consecuencia, alterar hasta el mismo fondo los planteamientos tradicionales: no se trata de la Administración contra los ciudadanos (como ahora se piensa) sino del Estado junto a los ciudadanos contra los infractores. Mientras no tenga lugar este cambio de mentalidad, la política

² Manuel Gómez Tomillo y Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Segunda edición (Navarra: Thomson-Aranzadi, 2010), 698.

³ Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo. Parte General*, Décimo séptima edición (Madrid: Tecnos, 2021), 697.

represiva seguirá siendo tan inútil como arbitraria y en modo alguno servirá para el logro de su verdadero objetivo: el cumplimiento de las normas.⁴

En este trabajo, se pretende explicar cómo debe ser una adecuada adopción de las medidas provisionales y cautelares, como herramientas del procedimiento administrativo, con especial utilidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, que buscan proteger el interés general ante incumplimientos de la normativa administrativa y posible afectación a los bienes jurídicos protegidos. Se analizará, además, su finalidad, el momento procedimental para su adopción, sus requisitos, posible impugnabilidad, entre otros.

II. JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES

En palabras de Blanquer, una medida cautelar es la decisión que se toma en el curso de un proceso judicial o un procedimiento administrativo, para asegurar la efectiva consecución de determinado fin o precaver los obstáculos que puedan dificultar su efectiva consecución⁵.

Los procedimientos administrativos sancionadores consumen tiempo y son excesivamente largos; al menos, los que tienen mayor complejidad. Por ello, inexorable es que la problemática existente sea atendida con oportunidad por parte de la Administración, para que la resolución que pudiera recaer surta efecto y así evitar el riesgo de que en el desarrollo del procedimiento, se produzcan circunstancias que impidan este objetivo. Estas son entonces las circunstancias que justifican la posibilidad de la eventual adopción de medidas provisionales o cautelares en el procedimiento administrativo sancionador.

⁴ Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, Quinta edición (Madrid: Tecnos, 2012), 36.

⁵ David Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo: los actos administrativos 3.2*, Esfera (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 1059.

Entonces, es importante considerar que durante la tramitación del procedimiento pueden existir retrasos que dificulten que el mismo logre al fin esperado, por la asimetría o la discordancia en el calendario, entre lo que sucede en el seno del expediente y lo que acaece en la realidad extra procedimental. Aclara Blanquer que, se trata de gestionar un riesgo y de prevenir u orillar el peligro de que la resolución no produzca su efecto útil, que es lo que sucede cuando no se producen o materializan las consecuencias prácticas que dimanen de la resolución o declaración burocrática dictada al final de la tramitación del procedimiento ⁶.

Por ello, como se ha dicho, la adopción de medidas provisionales y cautelares es necesaria para la protección de intereses en juego y los bienes jurídicos protegidos, en tanto se produce una decisión de carácter definitiva sobre el fondo del asunto e impedir la prosecución de la conducta ilícita, toda vez que la misma no ha sido desvirtuada.

Sobre las características de las medidas provisionales, Velázquez Tolsá las enumera y explica acertadamente de la siguiente manera:

- a) Provisionalidad: no tiene vigencia indefinida ni carácter definitivo o de permanencia en el tiempo pues, responden a la necesidad de reaccionar ante la comisión de una infracción, sin esperar a que haya recaído la resolución sancionadora.
- b) Excepcionalidad: surgen a causa de efectos gravosos que se puedan provocar. Su adopción debe ser excepcional.
- c) Instrumentalidad: son consideradas instrumentales o de carácter accesorio de un procedimiento sancionador principal y siguen la suerte de este.
- d) Mutabilidad: deben dictarse atendiendo a todas las circunstancias del momento de su adopción y durante el desarrollo del procedimiento, de modo que, si aquellas varían o desaparecen, las medidas deberán modificarse o suprimirse.
- e) Discrecionalidad: proviene de los casos en que, no es reglada la

⁶ *Ibid.*

adopción de medidas provisionales, en estos casos, la adopción de la medida se basa en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, porque una medida desproporcionada o irrazonable no sería cautelar, tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso.

- f) Homogeneidad: las medidas deben ser proporcionales a las sanciones que corresponden a la infracción que ha motivado su adopción
- g) Urgencia: las medidas deben ser adoptadas de forma inmediata en el procedimiento, para evitar que la infracción cometida ocasione afectación y perjuicios mayores al bien jurídico tutelado⁷.

Es importante precisar que la adopción de medidas provisionales o cautelares adoptadas en el procedimiento administrativo -como lo sostiene la doctrina especializada- no se trata de una medida sancionadora, porque su función no es represiva. Éstas, son medidas restrictivas de derechos cuya misión es asegurar el resultado de un determinado procedimiento sancionador. Evidentemente, al igual que las sanciones, tienen un contenido limitador de la esfera jurídica a los administrados o, incluso, ablatorio, pero a diferencia de aquellas es siempre provisional, porque su razón de ser estriba en el aseguramiento de la decisión final, de tal forma que se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga final al procedimiento administrativo⁸ o el cambio de las circunstancias del momento en el que fueron adoptadas.

Se debe tener claro que, la adopción de medidas provisionales o cautelares en el procedimiento administrativo sancionador no implica un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, puesto que la razón de la sustanciación de este es verificar si los hechos constituyen una infracción administrativa y es solo al final, cuando la autoridad competente estará en condiciones de pronunciarse y resolver

⁷ Francisco Eduardo Velázquez Tolsá, *Derecho administrativo sancionador mexicano*, Segunda edición (Madrid: Bosch México, 2021), 213.

⁸ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 716.

imponiendo o no la sanción.

Explica Blanquer que las medidas cautelares no se adoptan por la Administración en un procedimiento autónomo o independiente, sino en una fase instrumental o sub-procedimiento de un procedimiento principal, que puede ser tanto declarativo como ejecutivo⁹. En este punto, aclaramos que, más adelante, haremos una breve revisión del procedimiento para la eventual adopción de las medidas provisionales y cautelares en la legislación comparada.

Con lo expuesto, se justifica la posibilidad de que las autoridades que sustancian o intervienen en un procedimiento administrativo sancionador, tengan la facultad de adoptar las medidas provisionales o cautelares, según corresponda, pues, en el caso de justificarse su necesidad y éstas no se adoptan de manera oportuna, incluso podría haber la posibilidad de que se declare la responsabilidad patrimonial de la administración por incumplir el deber de actuar. A continuación, algunos ejemplos:

- En materia urbanística: si la autoridad verifica que está realizando un proceso constructivo sin permisos y sin medidas de seguridad, lo cual podría poner en riesgo la vida de los trabajadores de la obra o las personas que habitan en el predio colindante. En este caso, la autoridad podría suspender el proceso constructivo.
- En materia ambiental: si la autoridad verifica una estación de servicio de gasolina que tiene fugas de combustible, lo cual podría ocasionar una explosión en cualquier momento y poner en riesgo la vida de las personas. En este caso, la autoridad podría clausurar o suspender la actividad de esta estación de servicio.
- En materia de ruidos molestos o contaminación acústica: si la autoridad verifica una actividad que genera un nivel de contaminación acústica que excede los límites normativamente admitidos o que los niveles de vibración sean claramente perceptibles en los predios colindantes, afectando así a la paz, orden y a la convivencia pacífica con las personas. En este caso, la autoridad podría clausurar o suspender la actividad gravosa.

⁹ Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo*, 1314.

- En materia de bienestar animal: si la autoridad constata actividades prohibidas como la pesca ilegal, en la que podría retener la embarcación en la que se realiza dicha actividad; o, en casos donde se evidencia maltrato a animales domésticos, donde podría incluso proceder el retiro del animal a sus dueños para su recuperación y posterior inicio de un proceso de adopción.
- En materia de transporte aéreo: si la autoridad verifica la realización de actividades de transporte aéreo sin los permisos de operación correspondientes, podría proceder la retención de las aeronaves con el fin de salvaguardar la vida de los pasajeros.

III. REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES O CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Una vez que hemos explicado para qué sirven las medidas provisionales o cautelares en el procedimiento administrativo sancionador, es necesario revisar cómo están reguladas en las leyes del procedimiento administrativo de algunos países de Iberoamérica. Para ello, hemos escogido las leyes de España, El Salvador, México, Ecuador y Perú que, a criterio del autor, por sus diferencias en el texto que regulan las figuras jurídicas propuestas, aportan para cumplir el objetivo de este trabajo académico que es entender cómo debe ser una adecuada adopción de las medidas provisionales y cautelares en el procedimiento administrativo sancionador. Las normas que se citarán contienen textos similares a las de otras leyes del procedimiento administrativo de otros países de Iberoamérica; razón por la cual, creemos que no es necesario mencionarlos.

Así pues, a continuación, se expone la regulación de las medidas provisionales y cautelares en el procedimiento administrativo en los países mencionados:

1. ESPAÑA

En España, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece en su artículo 56, la posibilidad de que se adopten “medidas provisionales” antes del inicio de procedimiento y una vez iniciado éste.

Antes del inicio del procedimiento, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, solo podrá adoptar las medidas provisionales, que resulten recesarias y proporcionadas, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados y siempre de manera motivada. Estas medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción.

La norma además es tajante al disponer que las medidas provisionales quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o, cuando el acto de inicio de este no contenga un pronunciamiento expreso sobre las medidas.

Otra posibilidad se puede dar cuando, iniciado el procedimiento, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, de manera motivada, pueda adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

La misma norma establece que las medidas provisionales que se pueden adoptar son:

- a) Suspensión temporal de actividades.
- b) Prestación de fianzas.
- c) Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.

- d) Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.
- e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.
- f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.
- g) Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.
- h) La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas.
- i) Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

La norma española referida también establece que no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Estas medidas, además, podrán ser dejadas sin efecto o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no se pudieron tener en cuenta en el momento de su adopción. Finalmente, se establece que las medidas provisionales que se adopten, una vez iniciado el procedimiento, se extinguirán cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al mismo.

2. EL SALVADOR

En el Salvador, la Ley de Procedimientos Administrativos, publicada en el Decreto N° 856 de 15 de diciembre de 2017, contiene en su artículo 78, la regulación para la adopción de medidas provisionales muy similar a la establecida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de España.

Esta norma contempla la posibilidad de que se puedan adoptar las medidas provisionales antes y una vez iniciado el procedimiento. La norma coincide con la española incluso en el tiempo de quince días para que las medidas provisionales adoptadas antes del inicio del procedimiento sean confirmadas, modificadas o levantadas en el acto de inicio de este.

3. MÉXICO

En México, las medidas provisionales se encuentran reguladas por la ley de la materia en la que el legislador considere que se pueden aplicar. La ley, establecerá la forma y términos para su procedencia, así como, los casos en los que podrían solicitarse¹⁰.

Para el procedimiento administrativo general, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 4 de agosto de 1994, en su artículo 44, solo contemplan la posibilidad de que, iniciado el procedimiento, el órgano administrativo pueda adoptar las medidas provisionales establecidas en leyes administrativas de la materia y las establecidas en la referida ley, para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existieren suficientes elementos de juicio para ello.

No existen mayor desarrollo al respecto de estas medidas en la ley citada.

4. ECUADOR

En Ecuador, el Código Orgánico Administrativo (“COA”), publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 31 de 7 de julio de 2017, contempla la posibilidad de que se puedan adoptar medidas provisionales de protección (Art. 180 y ss.) y medidas cautelares (Art. 189 y ss.) durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador.

¹⁰ Francisco Eduardo Velázquez Tolsá, *Derecho administrativo sancionador mexicano*, Segunda edición (Madrid: Bosch México, 2021), 211.

Las medidas provisionales de protección, conforme lo establece el artículo 181, se las pueda adoptar, antes del inicio del procedimiento administrativo, esto es, en la etapa de actuaciones previas, siempre que concurren las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de una medida urgente;
- b) Que sea una medida necesaria y proporcionada;
- c) Que la motivación no se fundamente en meras afirmaciones.

El mismo artículo 181 del COA, establece que estas medidas deben ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acto de inicio del procedimiento que no podrá ser emitido y notificado en un término mayor a diez días desde su adopción, con lo cual se establece un límite temporal a las mismas.

Si no se emite y notifica el acto de inicio con el pronunciamiento sobre las mismas en el término establecido; o, si se emite y notifica el acto, sin el pronunciamiento sobre su confirmación, modificación o levantamiento, éstas quedan sin efecto.

En el artículo 182 del COA, se establece que no se podrán adoptar medidas provisionales de protección que impliquen violación de derechos amparados constitucionalmente o que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados.

Por su parte, en el artículo 190 del COA, se establece la posibilidad de que, iniciado el procedimiento, el órgano competente, pueda adoptar, de oficio o a petición de persona interesada, las medidas cautelares proporcionales y oportunas para asegurar la eficacia de la resolución.

Estas medidas cautelares, pueden ser modificadas o revocadas, de oficio o a petición de persona interesada, durante la tramitación del procedimiento, en virtud de circunstancias imprevistas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

Es importante considerar que, la caducidad del procedimiento extingue la medida cautelar previamente adoptada (Art. 191 COA).

El acto administrativo que suponga la adopción de medidas cautelares destinadas a asegurar la eficacia de la resolución adoptada se puede ejecutar sin notificación previa (Art. 192 COA).

Este cuerpo legal, enumera las mismas medidas provisionales de protección y medidas cautelares que se pueden adoptar, en la etapa procedimental correspondiente, que son:

- a) Secuestro.
- b) Retención.
- c) Prohibición de enajenar.
- d) Clausura de establecimientos.
- e) Suspensión de la actividad.
- f) Retiro de productos, documentos u otros bienes.
- g) Desalojo de personas.
- h) Limitaciones o restricciones de acceso.
- i) Otras previstas en la ley.

1. PERÚ

En Perú, la Ley del Procedimiento Administrativo General o Ley N° 27444, en su artículo 256, contempla la posibilidad de que la autoridad que tramita el procedimiento administrativo pueda disponer, en cualquier momento, la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. Estas medidas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretende garantizar en cada supuesto concreto.

Así también, la norma establece que no se pueden dictar medidas que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de sus derechos.

Estas medidas, no pueden extenderse más allá de lo que resulten indispensable para cumplir con los objetivos cautelares concurrentes en el caso concreto.

Se debe considerar que si durante la tramitación del procedimiento, la autoridad constata que las medidas de carácter provisional ya no son indispensables o que se ha producido un cambio de situación, éstas deben ser modificadas, sustituyéndolas por otras o revocadas.

Ahora bien, luego de revisar la legislación comparada para la eventual adopción de las medidas provisionales o cautelares en el procedimiento sancionador, hemos visto que hay casos en los que se faculta para la adopción de estas antes del inicio del procedimiento y una vez iniciado este. Al respecto, es necesario hacer algunas puntualizaciones:

Si la adopción de las medidas provisionales se da antes del inicio procedimiento del procedimiento, será en etapa de actuaciones o averiguaciones previas. En otras palabras, se dará en la etapa de inspección administrativa.

Al respecto, Blanquer sostiene que son pocas, muy pocas las normas que regulan las medidas provisionales verdaderamente ligadas a la inspección administrativa, es decir, las medidas que sirven para impedir que, durante el desarrollo de las actuaciones de averiguación o comprobación burocrática, desaparezcan, se destruyan o alteren las fuentes de información que son relevantes ¹¹.

Entonces, los casos en los que los inspectores podrán adoptar medidas provisionales o provisionalísimas son casos de urgencia inaplazable, intervenciones de emergencia, donde puedan desaparecer las pruebas o los fondos para determinar responsabilidades o cuando exista un escenario de riesgo inminente y dañoso para los intereses generales, cuya persistencia deba cesar.

Si las medidas se adoptan una vez iniciado el procedimiento que será lo más recomendable, el órgano competente será el instructor y las mismas tendrán un carácter cautelar.

IV. LA MOTIVACIÓN COMO REQUISITO FUNDAMENTAL

La motivación de las actuaciones administrativas en las que se disponga la adopción de medidas provisionales o cautelares debe aludir a los requisitos legales específicos previstos para su adopción: finalidad, contenido, adecuación al fin, ponderación de intereses¹².

¹¹ *Ibid.*, 1103.

¹² Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y*

Como ya se expuso, para la adopción de estas medidas, la normativa iberoamericana, en general, exige que las mismas sean:

- Necesarias;
- Proporcionales;
- Idóneas.

Para cumplir con estos parámetros, estas deben servir para la protección provisional de los intereses o fines afectados y, deben estar suficientemente motivadas, para así conocer con certeza el fundamento objetivo, racional y razonable que las justifique¹³.

El “periculum in mora” o peligro en la demora del tiempo que transcurra hasta que se emita la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo, exige a la autoridad una razonable gestión del riesgo de que se pierda el efecto útil de la resolución. Entonces, las medidas se podrán adoptar, con carácter preventivo -no sancionatorio-, si existe un peligro o riesgo relevante, ante el cual, la inactividad burocrática podría causar un perjuicio mayor.

Sobre los parámetros expuestos y el test de proporcionalidad la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado:

El test de proporcionalidad tiene, pues, cuatro elementos: a) Un fin constitucionalmente válido; b) idoneidad, c) necesidad, y d) la proporcionalidad propiamente dicha. La ausencia de uno de dichos elementos sería suficiente para considerar que la medida no supera el test de proporcionalidad¹⁴.

En otro caso, la misma Corte Constitucional ha sostenido que:

Sobre esta base, corresponde analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, por lo cual se debe valorar 1) si existen otras alternativas menos gravosas para alcanzar el fin legítimo antes

Práctica del Derecho Penal Administrativo, 721.

¹³ Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo*, 1350.

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, dentro del caso No. 11-18-CN.

expuesto, o es el único medio para alcanzarlo; 2) si es adecuada para contribuir a la realización del objeto invocado; y, 3) si es apropiada para desempeñar su función protectora, es decir si es el instrumento menos perturbador para conseguir el resultado deseado¹⁵.

En este sentido, en la motivación de la adopción de las medidas provisionales o cautelares se deberán justificar estos parámetros con el fin de que se cumpla con su función preventiva y protectora del interés general, que siempre prevalecerá sobre el interés particular, conforme lo establece el artículo 83 de la Constitución de la República y el artículo 38 del COA del Ecuador.

En ese sentido, con la adopción de las medidas provisionales o cautelares en un procedimiento administrativo se podría prevenir y proteger una posible afectación a la seguridad o la vida de las personas, al orden, a la convivencia ciudadana, al bienestar animal, al derecho a vivir en un ambiente sano libre de contaminación, al derecho a la protección de datos de carácter personal, al uso adecuado del espacio público, entre otros.

Finalmente, es categórica la doctrina en señalar que serían inválidas y contrarias a Derecho, las medidas provisionales o cautelares que se impongan por parte de la Administración de manera apodíctica, y se adopten sin ninguna justificación o motivación. También cuando la fundamentación exteriorizada es insuficiente o inadecuada para la legitimar el específico contenido del acto en la que se adopta. Se explica que esto ocurre cuando no hay una auténtica justificación del fundamento legitimador de la medida, sino solo una frase genérica, vaga y hueca que ni aporta datos o circunstancias fácticas, ni tampoco se ajusta a las peculiares circunstancias del caso, y que con frecuencia se limita a reproducir el texto de un precepto normativo que es general y abstracto¹⁶.

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019, dentro del caso No. 5-19-OP.

¹⁶ Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo*, 1352.

V. IMPUGNABILIDAD

Si bien las medidas provisionales o cautelares se adoptan en actos de trámite, las mismas tienen efectos directos e inciden en la esfera jurídica de los particulares, pues, podrían lesionar derechos subjetivos y, por tanto, su eficacia no es solo intra-procedimental. En este sentido, los actos en los que se adopten estas medidas con las que se puedan lesionar derechos subjetivos, no siempre tendrán únicamente el contenido y efectos de un acto de trámite.

Por ello, en palabras de Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, carecería de sentido tener que esperar a la terminación del procedimiento sancionador para poder impugnar una medida cuya eficacia ha sido temporal y termina necesariamente con la adopción de la resolución en dicho procedimiento. Por eso, hay que entender que las medidas provisionales [o las medidas cautelares] son impugnables autónomamente ¹⁷.

Al respecto, es importante señalar que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de España, en su artículo 56, al final del número 2, contempla la posibilidad de que se pueda interponer un recurso en contra del acto de inicio del procedimiento administrativo (acto de trámite) con el que se confirme, modifique o levante una medida provisional.

Velázquez Tolsá cita Silva de la Puerta quien sostiene que carecería de fundamento demorar el control de legalidad de la medida provisional al momento del dictado de la sanción, pues, podría generar perjuicios irreversibles, por esa razón es susceptible de ser recurrida. Así también, el mismo autor, cita a Pons Cánovas, quien afirma que las medidas provisionales son susceptibles de ser impugnadas, en todos los casos, de forma directa e independiente a cualquier otro acuerdo adoptado en el procedimiento, debido a la

¹⁷ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 726.

trascendencia de los efectos que pueden producir en los derechos e intereses de sus destinatarios ¹⁸.

Para Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, la jurisprudencia en España -y que nos sirve de insumo para el estudio del tema propuesto- es prácticamente unánime en el reconocimiento de la posibilidad de impugnación autónoma de las medidas provisionales que puedan adoptarse en un procedimiento sancionador como recuerda el Tribunal Supremo (STS de 7 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4012]) pero también el propio Tribunal Constitucional en su sentencia TC 235/1998 (RTC 1998, 235), F. 3º:

[...] la interpretación realizada por el Tribunal Militar Central y ratificada por el Tribunal Supremo que parte de la identificación de la medida cautelar con un simple acto de trámite, a los efectos de su impugnación separada, resulta desproporcionadamente formalista y rigorista y no toma en consideración la existencia de los intereses legítimos susceptibles de protección. En efecto, a pesar del carácter instrumental y provisional de las medidas cautelares, de su dependencia del expediente principal y de su vigencia temporal, no cabe ignorar que la resolución cautelar presenta una relevancia y trascendencia propias en cuanto tiene una incidencia directa e inmediata en los derechos e intereses legítimos del afectado y puede causar una pérdida irreversible de tales derechos e intereses [...]. Y es esta afectación o incidencia directa e inmediata en derechos e intereses susceptibles de protección, lo que determina que estos actos deben tener, en lo que se refiere a su eventual impugnabilidad, es decir, a los efectos de acceso a la jurisdicción y de su correspondiente control judicial, las mismas garantías que los actos definitivos ¹⁹.

Expuesta la posibilidad de que sí se puedan impugnar los actos en los que se adopten medidas provisionales y cautelares, es importante también considerar que la doctrina, con base en la jurisprudencia,

¹⁸ Velázquez Tolsá, *Derecho administrativo sancionador mexicano*, 221.

¹⁹ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 726-27.

ha señalado que si la impugnación del interesado fuera exitosa y se anulase la medida provisional adoptada por la autoridad competente (o si invalida la resolución finalmente adoptada), entonces puede existir fundamento adecuado para reclamar la indemnización de daños y perjuicios causados, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Empero, la doctrina también enfatiza en que, si el acto se anula, pero es razonable la interpretación de las normas realizada por la Administración al adoptar una medida provisional (y aunque discutible, la cautelar tiene fundamento jurídico), el interesado tendrá que soportar las consecuencias derivadas de las medidas adoptadas por las autoridades competentes. En efecto, según los Tribunales, a efectos de responsabilidad patrimonial, hay un cierto margen de error de tolerancia con las irregularidades administrativas, que deben ser estoicamente soportadas por los ciudadanos sin percibir compensación alguna ²⁰.

VI. REFLEXIONES FINALES

- De lo expuesto, queda claro que los actos en los que se adopten medidas provisionales o cautelares en los procedimientos administrativos sancionadores deben tener una suficiente reflexión y que éstos sirvan para garantizar que la decisión que pongan fin al procedimiento sea fructífera, cumpla su finalidad, así como para precautar y proteger los intereses en juego.
- Las medidas provisionales o cautelares deben tener relación con la posible sanción que se vaya a imponer y el bien jurídico protegido, pues, está prohibida la adopción de cualquier medida que no pretenda asegurar la eficacia de la resolución y cumplir con su función preventiva y protectora.

²⁰ Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo*, 1366.

- Es incorrecto hacer una crítica negativa con un análisis ligero a la adopción de las medidas provisionales o cautelares en los procedimientos administrativos sancionadores, pues, en ocasiones, quienes las adoptan, terminan siendo héroes que evitan que se causen perjuicios mayores. Por ejemplo: (i) al suspender una obra sin permisos y que se esté realizando de manera antitética poniendo en riesgo la vida de las personas; (ii) realizando el retiro de un animal que sea víctima de maltrato; (iii) suspendiendo la actividad de una fábrica que realice descargas contaminantes a un río, entre otras.
- Si bien es cierto hay la prohibición de adoptar medidas provisionales y cautelares, cuando se puedan causar daños de imposible reparación, también se debe tomar en cuenta que, para el reclamo de estos, se deben cumplir los requisitos para la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Administración, entre ellos, que la víctima no tenga la obligación jurídica de soportar el daño. Entonces, en el caso de existir una conducta contraria al ordenamiento jurídico de la persona reclamante, este requisito no se cumpliría.
- La motivación para la adopción de las medidas provisionales y cautelares constituye una de las garantías más importantes para las personas, misma que debe aludir a los requisitos legales específicos previstos para su adopción, a su finalidad, contenido, adecuación al fin, ponderación de intereses.
- La normativa citada contempla que las medidas cautelares, pueden ser modificadas o revocadas, de oficio o a petición de persona interesada, durante la tramitación del procedimiento, cuando cambien las circunstancias y hechos por las que fueron adoptadas. Al respecto, es importante señalar que, una vez que la autoridad tenga conocimiento de un cambio en las circunstancias por las que fue adoptada y, más aún, si la conducta del interesado está acorde con el ordenamiento jurídico, la medida deberá dejarse sin efecto, lo antes posible. Esto, por cuanto la doctrina ha señalado que, también habrá responsabilidad patrimonial y se vulnerará la proporcionalidad, en los casos que exista “tardanza padecida en su levantamiento”, a pesar de tratarse de medidas cautelares correcta-

mente adoptadas, con efectos lesivos para el que la sufre²¹. Empero, consideramos que, no podrá haber responsabilidad patrimonial de la Administración, si sus funcionarios no conocen el cambio de las circunstancias por las que se adoptó la medida.

- Como hemos visto, la eventual adopción de medidas cautelares y provisionales también está informada por los principios del procedimiento administrativo sancionador como el de proporcionalidad y el de necesidad, mismos que permiten mantener el equilibrio entre el ejercicio de la potestad sancionadora, el interés general y los derechos fundamentales.

VII. FUENTES CONSULTADAS:

1. NORMATIVA:

ECUADOR, Código Orgánico Administrativo (“COA”), publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 31 de 7 de julio de 2017.

EL SALVADOR, Ley de Procedimientos Administrativos, publicada en el Decreto N° 856 de 15 de diciembre de 2017.

ESPAÑA, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

MÉXICO, Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994.

PERÚ, Ley del Procedimiento Administrativo General o Ley N° 27444.

2. HEMEROGRAFÍA:

BLANQUER CRIADO, David. *El inicio del procedimiento administrativo: los actos administrativos* 3.2. Esfera. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

²¹ Marta Silva de Lapuerta et al., *Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Tomo I.*, Tercera (Navarra: Thomson-Aranzadi, 2013), 437.

- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, y SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Segunda edición. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2010.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Quinta edición. Madrid: Tecnos, 2012.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Décimo séptima edición. Madrid: Tecnos, 2021.
- SILVA DE LAPUERTA, Marta, GARCÍA MALSIPICA, Silvia, HERRANZ VEGA, Mariano, España, y Ministerio de Justicia. Abogacía General del Estado. Servicio Jurídico del Estado. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Tomo I*. Tercera. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2013.
- VELÁZQUEZ TOLSÁ, Francisco Eduardo. *Derecho administrativo sancionador mexicano*. Segunda edición. Madrid: Bosch México, 2021.

3. JURISPRUDENCIA:

- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, dentro del caso No. 11-18-CN.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Dictamen No. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019, dentro del caso No. 5-19-OP.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sentencia TC 235/1998 (RTC 1998, 235).
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 7 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4012]).

PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS QUE RIGEN LOS CONTRATOS PENDIENTES DE EJECUCIÓN EN EL CONCURSO MERCANTIL MEXICANO

PRINCIPLES AND ASSUMPTIONS GOVERNING CONTRACTS PENDING EXECUTION IN THE MEXICAN COMMERCIAL BANKRUPTCY

MA. SUSANA DÁVALOS TORRES¹

RESUMEN: Los contratos pendientes de ejecución están regulados por la Ley de Concursos Mercantiles mexicana en unos cuantos artículos; no obstante, se requiere de un análisis no solo de sus características sino también de los principios concursales que les son aplicables dada su complejidad para determinar qué son y cuál es su tratamiento.

En la Ley de Concursos Mercantiles se introdujeron una serie de novedades frente a lo que anteriormente disponía la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Estos cambios y la falta de claridad de sus disposiciones, se ha traducido en una pluralidad de interpretaciones doctrinales de lo que significan los principios que rigen al concurso mercantil y de lo que es un contrato pendiente de ejecución. El resultado es incertidumbre jurídica, pues, dependiendo de la interpretación de los principios y de lo que es o no es un contrato pendiente de ejecución son las consecuencias jurídicas para el deudor y su contraparte en un contrato.

Este estudio tiene como finalidad abrir la discusión sobre los principios que rigen los contratos pendientes de ejecución y sus características, y así contribuir al estudio del tratamiento de estos contratos para buscando la mejor aplicación de las normas relativas a este tema.

¹ Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesora de asignatura de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: sdavalost@comunidad.unam.mx

PALABRAS CLAVE: *principios, contratos pendientes de ejecución, concurso mercantil, insolvencia.*

ABSTRACT: Executory contracts are regulated by the Mexican Ley de Concursos Mercantiles in a few articles; however, an analysis is required not only of their characteristics but also of the bankruptcy principles that are applicable to them given their complexity to determine what they are and what their treatment is a series of innovations were introduced in this law compared to what was previously provided by the Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. These changes and the lack of clarity of its provisions have resulted in a plurality of doctrinal interpretations of what the principles that govern commercial bankruptcy purport and what a contract pending execution means. The result is legal uncertainty, because, depending on the interpretation of the principles and what is or is not an executory contract are the legal consequences for the debtor and his counterparty in a contract.

The purpose of this study is to open the discussion on the principles that govern contracts pending execution and their characteristics, and thus contribute to the study of the treatment of these contracts in order to seek the best application of the regulations related to this topic.

KEYWORDS: *principles, executory contracts, bankruptcy, insolvency.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Principios; 1. Universalidad; 2. Trato igual entre acreedores o par conditio creditorium; 3. Reorganización de la empresa viable; 4. No excepcionalidad; III. Presupuestos de los contratos pendientes de ejecución; 1. Sentencia que tiene por efecto la formación de la masa concursal; 2. Características del contrato bilateral pendiente de ejecución; A. Clasificación de los contratos pendientes de ejecución; B. De los contratos traslativos de dominio y los de garantía; IV. Disposición de los contratos pendientes de ejecución en el concurso mercantil; V. Conclusiones; VI. Fuentes de información

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los contratos pendientes de ejecución no es nuevo en nuestro país, pues los regulaba. Los contratos pendientes de cumplimiento eran un tema relevante en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos² (en adelante LQSP), pues la ley permitía que en la quiebra se llegara a un convenio, abriendo la posibilidad de que subsistiera la empresa en operación. En este procedimiento, el síndico quedaba facultado para decidir el cumplimiento de los contratos bilaterales pendientes de ejecución total o parcial, previa autorización del juez, escuchando la opinión del interventor. Por otra parte, la contraparte podía exigir al síndico que declarara si iba a cumplir o rescindir el contrato aun antes de que hubiese llegado el momento de su cumplimiento (art. 139 LQSP).

Además de la quiebra, la LQSP establecía otro procedimiento, la suspensión de pagos (art. 94 LQSP), la cual solamente el deudor podía solicitar para obtener la quita o la espera de sus acreedores o ambas, mediante la celebración de un convenio con sus acreedores (art. 403 LQSP). Durante este procedimiento el deudor conservaba la administración de los bienes y la empresa continuaba en operación bajo la vigilancia del síndico (art. 410 LQSP). Con base en el artículo 492 de la ley, que disponía que “[e]n todo lo no previsto expresamente para la suspensión de pagos y el convenio preventivo, se aplicarán las normas de la quiebra y del convenio de la misma, siempre que no contradigan la esencia y caracteres de aquéllos”, se seguía lo dispuesto por la Sección Tercera sobre Contratos Bilaterales Pendientes en la quiebra. Dado que en la suspensión de pagos el deudor quedaba a cargo de la administración de los bienes, éste quedaba facultado para decidir sobre el cumplimiento de estos contratos, escuchando la opinión del síndico.

² Diario Oficial de la Federación de 20 de abril de 1943.

Durante la vigencia de la LQSP se emitieron algunos criterios jurisprudenciales particularmente interesantes, en cuanto a la naturaleza de algunos contratos y la rescisión³; no obstante, la doctrina no se ocupó de su análisis.

La vigente Ley de Concursos Mercantiles⁴ (en adelante LCM) también regula a los contratos pendientes de ejecución. Esta ley prevé una etapa de conciliación⁵ (arts. 2 y 3 LCM) que tiene como

³ Suspensión de pagos. Los bienes provenientes de arrendamiento financiero pueden excluirse del proceso de. No puede considerarse que un contrato de arrendamiento financiero tenga la característica de un crédito, pues tal contrato tiene como finalidad el arrendamiento de un bien y aun cuando en ese documento se contemple la posibilidad de transferir los derechos de propiedad de los bienes arrendados, si no se advierte que la arrendataria se hubiere acogido a tal supuesto, y en cambio sólo opta propiamente por un arrendamiento puro y simple, tales circunstancias imponen la observancia de lo establecido en los artículos 158 y 159 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos; esto es que ante la ausencia de la transferencia de propiedad de los bienes arrendados, sí pueden separarse éstos de la masa de la quiebra, mediante la demanda o acción de separación. Tesis: I.3o.C.682 C, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XIII, Abril de 1994, página 441 Registro digital: 212968

SUSPENSION DE PAGOS, CONCEDIDA. EL INCUMPLIMIENTO DE LA FALLIDA NO CONSTITUYE CAUSA DE RESCISION. La acción rescisoria ejercitada en materia concursal no sigue las reglas generales de la rescisión, ya que la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos regula ciertos puntos con matices diferentes a la procedencia de la rescisión ordinaria, pues debe tomarse en cuenta el especial estado económico de la fallida, quien por estar en una difícil situación económica y para rehabilitarse, se ha acogido a la vía legal de la suspensión de pagos, la que concedida judicialmente, interrumpe cualquier tipo de pago; de modo tal que el simple incumplimiento, es decir el no pago, no puede constituir en sí una causa de rescisión, por lo que la ley prevé que debe ser la sindicatura, y en última instancia la voluntad de la fallida, la que determine si está de acuerdo en cumplir o no con el contrato. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VII, Enero de 1991, página 485, Registro digital: 224250

⁴ Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 2000

⁵ **CONVENIO DE CONCILIACIÓN A QUE SE REFIERE EL TÍTULO QUINTO DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES. PUEDE CELEBRARSE TANTO EN LA ETAPA DE CONCILIACIÓN COMO EN LA DE QUIEBRA.** En la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, se es-

finalidad lograr un convenio con los acreedores del comerciante concursado que permita la supervivencia de la empresa;⁶ esto en

tablece la voluntad del legislador de dotar de mecanismos a las diversas etapas del concurso mercantil, las cuales son: 1) Verificación (etapa preliminar). El Juez que conoce del asunto es auxiliado por un visitador, quien tiene como únicas funciones las de solicitar las medidas precautorias necesarias para conservar la empresa y verificar la contabilidad del comerciante. 2) Conciliación. Su finalidad es maximizar el valor social de la empresa fallida mediante un convenio entre el comerciante y sus acreedores, por lo que la celebración de éste es conseguir y reflejar un concurso de voluntades. Tiene duración de ciento ochenta y cinco días naturales, contados a partir del día en que se haga la última publicación en el Diario Oficial de la Federación de la sentencia de concurso mercantil, con opción a dos prórrogas de noventa días naturales cada una contados a partir de la fecha en que concluya el plazo citado cuando consideren que la celebración de un convenio esté próximo a ocurrir, por lo que en ningún caso el plazo de la etapa de conciliación y sus prórrogas correspondientes podrán exceder de trescientos sesenta y cinco días naturales contados a partir de la fecha en que se hubiese realizado la última publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación. 3) Quiebra. Tiene como finalidad básica la venta de la empresa del comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran, para el pago a los acreedores reconocidos. No obstante, en la etapa de quiebra puede surgir el acuerdo entre los acreedores y el deudor que permita dar por concluido el concurso mercantil por convenio y asegurar la continuidad de la empresa. Ello es así, porque a la luz del artículo 262 de la ley de la materia, en su fracción quinta prevé que en la etapa de quiebra es dable la aprobación de un convenio por el comerciante y la totalidad de los acreedores reconocidos, lo que da lugar a la terminación del concurso mercantil. Por ende, el convenio en los concursos mercantiles juega un papel fundamental para fomentar la participación de los acreedores, preservando sus garantías y protegiendo debidamente los derechos e intereses de los acreedores comunes, reflejando el consenso de voluntades entre los acreedores. Tesis I.3o.C.116 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, marzo de 2013, Registro Digital 2004434.

⁶ CONVENIO MERCANTIL EN LA ETAPA DE QUIEBRA. SU APROBACIÓN ESTÁ SUPEDITADA A QUE SE RESUELVAN TODOS LOS RECURSOS INTERPUESTOS CONTRA LA SENTENCIA DE RECONOCIMIENTO, GRADUACIÓN Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS, CONFORME AL ARTÍCULO 233 DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES. De conformidad con el citado artículo, si al momento en que deba terminarse el concurso mercantil existen recursos pendientes de resolver contra la sentencia de reconocimiento de créditos, el Juez deberá esperar para declarar la terminación del concurso hasta que éstos se resuelvan. Ahora bien, una forma prevista por la ley para terminar el concurso mer-

razón de que la Ley de Concursos Mercantiles fue diseñada con el objeto de maximizar el valor de una empresa en crisis mediante su conservación, con lo cual se protege el empleo de sus elementos humanos se evita la repercusión económica negativa a la sociedad, producida por la pérdida de una empresa que le proporciona bienes o servicios, y se recupera el esfuerzo empresarial que dicha empresa representó para su titular. En caso de que fuese imposible conservar

cantil se actualiza al momento en que se aprueba un convenio y éste puede celebrarse tanto en la etapa de conciliación como en la quiebra; sin embargo, de acuerdo con las características de cada una de éstas, dicho precepto sólo es aplicable a la segunda, porque sólo en este caso la finalidad de la norma es compatible con el propósito de la etapa en la que se presenta el convenio. Por otra parte, en la conciliación la empresa continúa operando y se busca que los acreedores obtengan su pago de acuerdo con las condiciones pactadas en el convenio que se presente en esta etapa, el cual deberá prever reservas suficientes para responder por el importe de las diferencias que pudieran resultar de las impugnaciones que se encuentran subjúdicadas, de conformidad con el artículo 153 de la propia ley. En cambio, como la quiebra tiene como finalidad la venta de la empresa, unidades o de los bienes que la integran para hacer pago a los acreedores, tiene sentido que se condicione la terminación del concurso mercantil hasta que se resuelvan todos los recursos contra el reconocimiento de créditos, pues aun cuando la ley impone la obligación al síndico que prevea el pago para todos los acreedores, no puede perderse de vista que los repartos concursales deben realizarse hasta que se pague a todos los acreedores y mientras existan bienes que enajenar; de ahí que sea relevante conocer el resultado de las impugnaciones para determinar si debe pagarse alguna suma derivada del resultado de dichos recursos, o si las cantidades previstas para el pago de acreedores que impugnaron alguna cuestión relacionada con el reconocimiento de su crédito, pueden aplicarse a otros adeudos, por lo que es razonable que no pueda terminarse el concurso en el caso de la quiebra, hasta que se conozca el resultado de dichas impugnaciones, porque en ese supuesto el pago no puede postergarse ya que deben liquidarse todos los adeudos mientras existan bienes y no con posterioridad como sucede en la conciliación, salvo que exista un convenio que así lo establezca; sin embargo, para ello debe conocerse el resultado de las impugnaciones, a fin de establecer cómo se aplicarán los recursos obtenidos de la venta de la empresa como unidad productiva o de sus bienes; consecuentemente, la aprobación del convenio mercantil en la etapa de quiebra está supeditada a que se resuelvan todos los recursos interpuestos contra la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Tesis I.5o.C.103 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, septiembre de 2019, Registro Digital 2023070.

la empresa en manos de sus dueños (...) preservar el valor económico de la empresa o de los bienes y derechos que la integran mediante un procedimiento de liquidación ordenada que maximizara el producto de la enajenación y diera trato equitativo al comerciante y sus acreedores.⁷

La ley dispone que, durante la etapa de conciliación, la administración de la empresa corresponde al comerciante (art. 74 LCM), pero que el conciliador es la persona facultada para decidir sobre la continuación o resolución de los contratos pendientes de ejecución (art. 75 LCM). Por otra parte, en la quiebra este tema es irrelevante, pues bajo la LCM, la empresa del deudor no subsiste, por lo que se dan por terminados los contratos.

La discusión sobre los efectos del concurso mercantil en los contratos bilaterales pendientes de ejecución en el concurso mercantil mexicano incipiente,⁸ destacando el trabajo del tratadista Luis

⁷ Exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, Diario de Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, LVII Legislatura, Año III, Primer Período Ordinario, Sesión Núm 23, 23 de noviembre de 1999. https://www.senado.gob.mx/64/diario_de_los_debates/documento/1079.

⁸ Es interesante observar que, de los países de Iberoamérica, solamente en España el tema ha sido ampliamente discutido. Ver. Bermejo, Nuria “La prenda de créditos futuros y los contratos pendientes de ejecución”, Anuario de derecho concursal, Núm 46, España, 2019, pp. 7-49; Díaz de la Chica, Salvador, “los contratos pendientes de ejecución por ambas partes durante las negociaciones de reestructuración en la propuesta directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva”, Anuario de derecho concursal, Núm. 44, España, 2018, pp. 99- 158; Bermejo, Nuria, “Prenda de créditos futuros y contratos pendientes de ejecución en el concurso (Assignment of Future Receivables and Executory Contrats in Bankruptcy)”, InDret, Vol. 3, 2018; Rodríguez Russo Jorge, “La resolución unilateral de los contratos pendientes de ejecución en la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial: Primeras reflexiones en torno a la ley interpretativa No. 18.937”, Revista de la Facultad de Derecho, Núm. 32, Uruguay, 2013, pp. 277-290. Salinas Adelantado, Carlos “Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos”, Anuario de derecho concursal, Núm 24, España, 2011, pp. 99-135; Piñel López, Enrique, “Efectos del Concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos prejudiciales para la masa”, Revista de derecho concursal y para concursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia

Manuel Meján.⁹ Como el autor lo expone en su trabajo, este tema es importante por su peso en los procedimientos concursales y la complejidad en su tramitación. (...) Para un deudor en concurso de acreedores, cualquier situación contractual existente significa que de ella se derivan derechos y obligaciones; o para decirlo en términos financieros: el activo y el pasivo aparecen en el balance. Si estas

cia y legislación, Núm. 2, España, 2005; Buitrago Robles, Régimen de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores. Especial referencia a los contratos de tracto sucesivo”; Sancho, María Antón, “Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores. La reciprocidad como presupuesto para la aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley concursal” Anuario de derecho concursal, Núm 32, España, 2014, pp. 285-325; Orús Charro, Martín, “Declaración de concurso y contratos”, *Ars Iuris Salmaticensis*, Vol. 5, Núm. 1, pp. 109-128; Bozzo Hauri, Sebastián, “La excepción del contrato no cumplido en materia concursal en España”, *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 26, Núm. 1, Colombia, Julio, 2013, pp. 29-47; Gómez Mendoza, María, “Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, España, 2005, pp. 2787-2829; Montserrat Valero, Anotnio, “Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales”, *Anuario de derecho concursal*, Núm 14, España, 2008, pp. 73-120; Antonio Jesús, Sánchez Rodríguez, “Contratos de suministro (agua, gas natural y electricidad) y procedimientos concursales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Núm. 32, pp. 217-231, España 2020; Tamara, Funes Beltrán, “Efectos de la declaración del concurso de acreedores sobre el contrato de franquicia”, *Revista General de Derecho Procesal*, Núm, 48, p. 8; Eduardo María, Valpuesta Gastamina, “La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 de la Ley Concursal)”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, Núm. 27, pág. 101-116; Moreno Sánchez Moraleda, Ana, “Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales”, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2010; Martínez Flórez, Aurora, “Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso”, *Anuario de derecho concursal*, Núm 13, España, 2008, pp. 57-114; Valpuesta Gastaminza, Eduardo María, “La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 Ley Concursal): algunos aspectos controvertidos”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal; Anales de doctrina, praxis y legislación*, Núm 27, España, 2017, pp. 101-116; Fernández González-Regueral, María de los Ángeles, “Efectos del concurso sobre los contratos bilaterales”, *Actualidad civil*, Núm 16, España, 2006, 1909-1933.

⁹ Meján, Luis Manuel C., “Executory Contracts in Mexican Insolvency Law”, *Mexican Law Review*, Nueva Serie, Vol XI, No. 1, pp. 187-197

relaciones son principalmente pasivas, la mejor manera de resolver la insolvencia es eliminarlas lo antes posible. Si, por el contrario, constituyen un activo, es necesario aprovechar al máximo su valor. La decisión que se tome sobre activos y pasivos puede marcar la diferencia tanto en la elección de la reorganización o liquidación como, en ambos casos, es el resultado final.¹⁰

La ley es clara en relación con la facultad del conciliador para decidir sobre la continuación o resolución de estos contratos, pero determinar qué es o qué no es un contrato pendiente de ejecución para después decidir si se continúa con su cumplimiento o se resuelve es complejo, sobre todo en un contexto en el que los principios que orientan la ley concursal no son explícitos y a nivel doctrinal no hay un consenso.

Este estudio tiene como finalidad abrir la discusión sobre los principios que rigen los contratos pendientes de ejecución y sus características, y así contribuir al estudio del tratamiento de estos contratos para buscando la mejor aplicación de las normas relativas a este tema.

II. PRINCIPIOS

Existen diferentes principios que rigen a los procedimientos de insolvencia; algunos son estrictamente procesales, mientras otros son de carácter sustantivo. Asimismo, hay algunos principios que están explícitamente mencionados por la Ley de Concursos Mercantiles¹¹

¹⁰ Idem, p. 189 y sig

¹¹ Conforme al artículo 1º de la Ley de Concursos Mercantiles señala que: “[c]on el fin de garantizar una adecuada protección a los acreedores frente al detrimento del patrimonio de las empresas en concurso, el juez y los demás sujetos del proceso regulado en esta Ley deberán regir sus actuaciones, en todo momento, bajo los principios de trascendencia, economía procesal, publicidad y buena fe”.

Cabe destacar que en la exposición de motivos se expresó que:

[L]os criterios más importantes que orientaron el desarrollo de la Iniciativa fueron los siguientes:

mientras que hay otros que han sido identificados por la doctrina con base en sus disposiciones.¹²

Los principios que rigen a un procedimiento de insolvencia son de suma importancia para orientarlo, sobre todo en temas complejos y técnicos como el tratado en este texto. No explicaremos todos los principios que rigen al concurso mercantil mexicano sino solamente los relativos a los contratos pendientes de ejecución en la conciliación, a saber: 1) universalidad, 2) trato igual entre acreedores, 3) reorganización de la empresa viable y 4) no excepcionalidad.

III. UNIVERSALIDAD

La universalidad del concurso mercantil se explica en dos planos. Por un lado, el principio de universalidad se refiere a la universalidad

- a) Maximizar el valor social de la empresa;
- b) Conservar el equilibrio entre deudor y acreedores, para que ambos sean plenamente respetados;
- c) Inducir el flujo de información relevante que permita a los interesados participar constructivamente;
- d) Respetar en lo posible las relaciones contractuales preexistentes;
- e) Adecuar los incentivos para facilitar un arreglo voluntario entre los deudores y acreedores;
- f) Propiciar soluciones extrajudiciales;
- g) Apoyar a los jueces en aspectos técnicos y administrativos del procedimiento, para que puedan enfocar sus esfuerzos a las tareas jurisdiccionales y
- h) Simplificar los trámites judiciales y procedimientos administrativos para hacerlos más transparentes y expeditos, reduciendo oportunidades e incentivos para litigios frívolos.

¹² Por ejemplo, Alfonso Pasapera, en su espléndido libro sobre los principios que rigen al concurso mercantil, identifica los siguientes principios: interés público, conservación y viabilidad de la empresa, insolvencia objetiva, igualdad de trato y organización colectiva de los acreedores, unicidad e integridad del patrimonio concursal, jurisdicción federal, celeridad procesal, no acumulación, profesionalización y especialización concursal, conciliación, actualización de valores reales, reciprocidad y cooperación internacional, trascendencia, publicidad, buena fe y economía procesal. Cfr. Pasapera Mora, Alfonso, Principios y Preguntas de Derecho Concursal, Ed. Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2ª ed., México, 2018.

dad del patrimonio del comerciante: “es uno, y por lo tanto, todos sus bienes conforman la masa concursal con la cual deberá hacer frente a sus obligaciones de pago”,¹³ de ahí que los procedimientos de insolvencia recaen en todo el patrimonio del deudor, integrando la llamada masa concursal.

La masa concursal comprende todos los bienes y derechos del concursado (masa activa), así como todas sus deudas (masa pasiva). La tratadista Arcelia Quintana explica que la masa activa es el “conjunto de bienes y derechos presentes y embargables que forman al activo patrimonial del comerciante, deriven éstos de la actividad mercantil del comerciante o no”¹⁴ y, siguiendo el principio de unicidad o indivisibilidad del patrimonio, “se puede concluir que los bienes y derechos futuros que ingrese al patrimonio del deudor, pasarán a formar parte de la masa activa de la quiebra, siempre y cuando no sean inembargables o inalienables”¹⁵. Por otra parte, la masa pasiva “se conforma por la suma de todos los créditos que pueden ser exigidos al comerciante quebrado”.¹⁶

Cabe mencionar que el artículo 179 de la Ley de Concursos Mercantiles establece excepciones a la integración de la masa concursal en los siguientes términos: “El comerciante conservará la disposición y la administración de aquellos bienes y derechos de su propiedad que sean legalmente inalienables, inembargables e imprescriptibles”, que son a los que se refiere el artículo 434 del Código Federal de Procedimientos Civiles.¹⁷

¹³ Hernández Hernández, Francisco Abimael, “El concurso mercantil: ¿sigue siendo un juicio universal?”, *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, año V, julio diciembre de 2018, IIJ-UNAM, México, p. 204.

¹⁴ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Concursos Mercantiles*, 4ª ed. Ed. Porrúa, 20202, p. 76.

¹⁵ *Idem*

¹⁶ *Ibidem*, p. 77

¹⁷ ARTICULO 434.- No son susceptibles de embargo:
I.- Los bienes que constituyan el patrimonio de familia, desde su inscripción en el Reg-

Además de la universalidad del patrimonio del concursado, el principio de universalidad también se refiere a la atracción procesal y la acumulación. La atracción procesal es “la cualidad competencial por la que el juez de atribución principal adquiere facultades para conocer de otros juicios”¹⁸ de carácter singular pendientes de tramitación o de tramitación futura. La atracción procesal tiene

istro Público de la Propiedad; Fe de erratas a la fracción DOF 13-03-1943

II.- El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles de uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos, no siendo de lujo;

III.- Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor esté dedicado;

IV.- La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados, a efecto de lo cual oír, el tribunal, el informe de un perito nombrado por él, a no ser que se embarguen juntamente con la finca;

V.- Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales;

VI.- Las armas y caballos que los militares en servicio activo usen, indispensables para éste, conforme a las leyes relativas;

VII.- Los efectos, maquinaria e instrumentos propios para el fomento y giro de las negociaciones mercantiles e industriales, en cuanto fueren necesarios para su servicio y movimiento, a efecto de lo cual oír el tribunal el dictamen de un perito nombrado por él; pero podrán ser intervenidos juntamente con la negociación a que estén destinados;

VIII.- Las mieses, antes de ser cosechadas; pero sí los derechos sobre las siembras;

IX.- El derecho de usufructo, pero sí los frutos de éste;

X.- Los derechos de uso y habitación;

XI.- Los sueldos y emolumentos de los funcionarios y empleados públicos;

XII.- Las servidumbres, a no ser que se embargue el fundo a cuyo favor estén constituidas; excepto la de aguas, que es embargable independientemente;

XIII.- La renta vitalicia, en los términos establecidos en el Código Civil;

XIV.- Los ejidos de los pueblos y la parcela individual que, en su fraccionamiento, haya correspondido a cada ejidatario, y

XV.- Los demás bienes exceptuados por la ley.

En los casos de las fracciones IV y VII, el nombramiento del perito será hecho, cuando el tribunal lo estime conveniente, al practicar la revisión de que trata el artículo 68.

¹⁸ Briseño Sierra, Humberto, citado por Medina Lima, Ignacio, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, 4º ed., Porrúa-UNAM, 1994, México, p. 262.

como consecuencia la acumulación procesal, que consiste en la concentración de juicios para evitar “la duplicidad o multiplicidad de situaciones y relaciones procesales”,¹⁹ así como resoluciones contradictorias en donde existe conexidad.

A diferencia de los procedimientos de insolvencia en otros sistemas jurídicos, la LCM impide la acumulación de juicios singulares que se encuentran en trámite al dictarse la sentencia de concurso mercantil, tal como lo dispone el artículo 84 de la LCM:

Las acciones promovidas y los juicios seguidos por el Comerciante, y las promovidas y los seguidos contra él, que se encuentren en trámite al dictarse la sentencia de concurso mercantil, que tengan un contenido patrimonial, no se acumularán al concurso mercantil, sino que se seguirán por el Comerciante bajo la vigilancia del conciliador, para lo cual, el Comerciante debe informar al conciliador de la existencia del procedimiento, al día siguiente de que sea de su conocimiento la designación de éste

No obstante, lo previsto en el párrafo anterior, el conciliador podrá sustituir al Comerciante en el caso previsto en el artículo 84 de esta Ley Después de dictada la sentencia de concurso mercantil, podrán iniciarse por separado otros procedimientos de contenido patrimonial en contra del Comerciante, los que serán tramitados ante las autoridades competentes bajo la vigilancia del conciliador, sin que esos juicios deban acumularse al concurso mercantil.

No obstante, según lo resuelto en el Amparo en Revisión 349/2013, esta disposición no vulnera el principio de seguridad jurídica ni desconoce el principio de universalidad pues el convenio debe prever reservas suficientes para satisfacer los créditos que resulten de los juicios pendientes²⁰

¹⁹ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10 ed., Ed. Oxford, México, 2004, p. 301.

²⁰ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 349/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 28 de

pues la propia ley contiene diversos preceptos encaminados a hacer efectivo dicho principio, de forma que la sentencia de reconocimiento de créditos que se emita contenga el reconocimiento de todos los que son a cargo del comerciante, independientemente de su situación particular; además, la universalidad radica en que el procedimiento concursal tome en cuenta todos los adeudos a cargo del comerciante, y no necesariamente en que los juicios vinculados a dichos créditos tenga que resolverlos el juez concursal.

Por otra parte, la LCM permite que algunos créditos privilegiados como los fiscales se sigan pagando independientemente del concurso mercantil (art. 69 LCM) y que la ejecución de los acreedores garantizados sea tramitada por separado (art. 213 LCM).

En consideración a estas disposiciones, Alfonso Pasapera afirma que la no acumulación es un principio que rige al concurso mercantil mexicano,²¹ por lo que, este autor no se refiere al principio de universalidad, sino al principio de unicidad e integridad del patrimonio concursal.²²

Como bien lo señalan diversos autores, estas excepciones al principio de universalidad operan en detrimento del comerciante y de los acreedores que participan del concurso mercantil, pues “significa gastos innecesarios tanto para el aparato judicial como para las partes al tener que enfrentar además del concursal los procedimientos particulares; por otro lado, aún más grave, existe la posibilidad de obtenerse medidas precautorias y sentencias contradictorias”²³

Independientemente de esta discusión doctrinal y práctica de los impedimentos que establece la LCM a la acumulación, los contratos pendientes de cumplimiento no se rigen por el artículo 84; por

agosto de 2013.

²¹ Pasapera, Alfonso, *op. cit.*, pp. 66 y sig.

²² *Ibid.*, pp. 53 y sig.

²³ Guerra González y Asociados, “Universalidad y atracción procesal del procedimiento concursal mexicano”, FORBES, México, 21 de julio de 2016, p. 171.

el contrario, se rigen por el principio de universalidad pues desde un inicio forman parte de la masa concursal pero, al tratarse de contratos pendientes de cumplimiento, es hasta que se decide su cumplimiento o su rescisión que se determina si resulta una obligación contra la masa (masa pasiva) o a favor de la masa (masa activa) (art. 92 LCM).

IV. TRATO IGUAL ENTRE ACREEDORES

Este principio consiste en sujetar a todos los acreedores a un solo procedimiento de tal manera que todos obtengan la satisfacción de sus créditos en partes proporcionales.²⁴

²⁴ El concurso mercantil requiere de la existencia de una colectividad de acreedores pero para su solicitud basta con que uno de ellos la presente (art.21 LCM). Cfr. CONCURSO MERCANTIL. SU DECLARACIÓN PUEDE SER SOLICITADA POR UN SOLO ACREEDOR DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 9o., FRACCIÓN II Y 21, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY DE LA MATERIA. El artículo 9o., fracción II, de la ley en cita, prevé: “Será declarado en concurso mercantil, el comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones.-Se entenderá que un comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones cuando: ... II. Cualquiera acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil del comerciante y éste se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones I y II del artículo siguiente.”. A su vez el diverso 21 de la misma legislación, establece: “Podrán demandar la declaración de concurso mercantil cualquier acreedor del comerciante o el Ministerio Público. ...”. De la interpretación de los artículos citados se advierte que uno solo de los acreedores puede solicitar la declaración de insolvencia del comerciante, entendiéndose como cualquiera, de acuerdo al Diccionario Panhispánico de Dudas, Editorial Santillana, Ediciones Generales S.L., 2005, página 192 “adjetivo indefinido que denota que la persona o cosa a la que se refiere es indeterminada”. En ese sentido, aun cuando el diverso precepto 11, fracción II, de la mencionada ley, establece que se presumirá que un comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones, cuando incumpla en el pago de sus obligaciones a dos o más acreedores distintos, de todas suertes los numerales transcritos autorizan que sólo uno de ellos pueda demandar la declaración de insolvencia; de ahí que no se requiera más de uno para ello. Tesis VI.1o.C.104 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, julio de 2007, Registro Digital 172065.

Por el principio de *par conditio creditorum* se realiza una “poda de privilegios”,²⁵ derivados del principio *prior in tempore prior in iure* (que opera fuera del concurso mercantil) de los acreedores considerados individualmente en beneficio de la colectividad.

Aunque el origen del principio *par conditio creditorum* ha sido ubicado en el Derecho Romano por diversos autores,²⁶ el Análisis Económico del Derecho ofrece una explicación muy didáctica que vale la pena rescatar por su importancia para los procedimientos de insolvencia de la actualidad. Esta corriente metodológica, parte de explicar el llamado problema de la acción colectiva, que consiste en que, una vez que el deudor ha caído en insolvencia, los acreedores compiten entre sí para obtener el pago sus créditos antes que los demás, pues saben que no hay bienes suficientes para que el deudor pague por completo a todos sus acreedores. Esto provoca una estampida que resulta en el desmantelamiento de la empresa del deudor, agravando el problema de insolvencia y dejando al resto de los acreedores sin la posibilidad de obtener el pago de sus créditos.²⁷ En otras palabras, sin el principio *par conditio creditorum*, el cobro de deudas por una colectividad de acreedores a un deudor insolvente, imperaría la ley del más fuerte, es decir, el más grande y más fuerte (con más información y más recursos) es quien gana sin importar si es a expensas de los demás acreedores.

Por el principio de trato igual entre acreedores, todos los acreedores del deudor tienen derecho a obtener el pago de sus créditos a pro rata hasta donde alcancen los bienes. Este principio se encuen-

²⁵ Término empleado por Juana Pulgar Esquerria al explicar los principios que rigen al concurso mercantil, *cfi.* Pulgar Esquerria, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid, 2005, p. 149.

²⁶ *Cfi.*, Ruz Lartiga, Gonzalo, “La regla *par conditio creditorum*: ¿Mito o realidad del derecho concursal? De los orígenes históricos de la regla y su expresión en el derecho concursal”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, no. 32, julio 2019, pp. 71-100.

²⁷ *Cfi.*, Jackson, Thomas, *Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Beard Books, Washington DC, 2001, pp. 7 y sig.

tra en los artículos que van del 217 al 228 de la LCM, mediante el cual se establece la clasificación y prelación de los créditos contra la masa concursal.

Cabe aclarar que el principio *par conditio creditorum* está en armonía con la prelación de créditos.²⁸ Al respecto, Alfonso Pasapera

²⁸ En la contradicción de tesis 2/2018, que merece ser debidamente analizada y debatida en otro espacio, el Pleno del Primer Circuito negó el reconocimiento de los consumidores como una categoría especial, lo que implicaba un orden de prelación superior a los acreedores comunes, esto con base en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Cfr. PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS CONCURSOS MERCANTILES. LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRO PERSONA NO JUSTIFICAN LA CREACIÓN DE UNA CATEGORÍA ESPECIAL PARA LOS CONSUMIDORES, DIFERENTE DE LA DERIVADA DEL ARTÍCULO 217 DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES. La aplicación del principio de interpretación conforme con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige optar por aquella interpretación de la que derive un resultado acorde al Texto Supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más sentidos, a fin de preservar su constitucionalidad y garantizar la supremacía del orden constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden público, mientras que el principio *pro persona*, se actualiza cuando el operador jurídico advierte que dos o más normas son aplicables al caso y debe elegir la que otorga la protección más amplia a la persona o bien, cuando existe una norma aplicable pero que admite diversas interpretaciones que se traducen en mayor o menor protección a los derechos fundamentales, de modo que la obligación de resolver conforme a ese principio se traduce en la elección de la norma o interpretación más favorable para la persona, de entre las que resulten aplicables al derecho reconocido; en el caso, el artículo 217 de la Ley de Concursos Mercantiles es claro en cuanto a su contenido normativo al prever, por exclusión, los créditos de los consumidores como comunes, ya que no son créditos contra la masa, ni son de carácter fiscal o laboral, lo que se corrobora en el artículo 222 de esa ley al señalar que son acreedores comunes todos aquellos que no estén considerados en los preceptos 218 a 221, 222 Bis y 224 de ese ordenamiento, quienes cobrarán a prorrata sin distinción de fechas, por lo que no existe razón para hacer una interpretación conforme ni cobra aplicación el principio *pro persona*, porque la norma mencionada no es confusa, de modo que no admite más interpretaciones, tampoco se contrapone con otra u otras disposiciones, ni puede considerarse como alguna laguna u omisión del legislador. Consecuentemente, los principios aludidos no justifican la creación de una categoría especial para los consumidores, diferente de la derivada del artículo 217 citado. Tesis PC.I.C. J/68 C (10a.), Pleno del Primer Circuito, Semanario Judicial de

afirma que:²⁹

El principio *par conditio creditorum* se basa en el axioma jurídico siguiente: mismas causas, mismas consecuencias, iguales supuestos normativos mismos efectos jurídicos. Así, la igualdad de trato entre los acreedores se determina por la situación jurídica en que se encuentra cada acreedor, esto es por la actualización de la hipótesis normativa en que coloque a cada acreedor y cumpliendo con el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Aurelio Gurrea Martínez explica que este principio debe de entenderse de manera estricta, es decir, en armonía con la prelación de créditos, pues su desconocimiento atentaría contra el principio de seguridad jurídica, desincentivando el crédito.³⁰

Dado que el momento en que el conciliador decide el cumplimiento o rescisión de los contratos pendientes de ejecución es posterior a la sentencia de concurso, es hasta entonces es posible determinar si hay un derecho a favor o un crédito contra la masa y su prelación.

V. REORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA VIABLE

Como consecuencia de las crisis financieras de finales de los noventa, se llegó a la conclusión de que la insolvencia no era necesariamente una consecuencia de la mala administración del comerciante o de un fraude sino de un ciclo económico. Por esta razón, ya no se castiga al deudor insolvente con la liquidación, sino que inclu-

la Federación y su Gaceta, Novena Época, agosto de 2018, Registro Digital: 2017698.

Para una crítica sobre el sistema de prioridades ver Bebhuck, Lucian Ayre & Fried, Jesse M., “The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy”, *Yale Law Journal*, Col. 105, 1996, pp. 857-934

²⁹ Pasapera Mora, Alfonso, *op. cit.*, supra 8, p. 35

³⁰ *Cfr.* Gurrea Martínez, Aurelio, “Hacia un nuevo paradigma en el estudio y el diseño del derecho concursal en Iberoamérica”, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Working Paper Series 7/2016, p. 13

so se le da una oportunidad para que pueda sobrevivir a ese ciclo económico. Incluso, si la insolvencia es consecuencia de la mala administración del deudor, independientemente de las acciones penales a que haya lugar, si su empresa es viable, la ley concursal permite su subsistencia. Hay que tomar en cuenta también que el deudor insolvente tiene a su vez otros acreedores cuya solvencia puede salir afectada si se liquida a su deudor. Por todas estas razones es que se justifica la reorganización.³¹

Cabe destacar que no todo tipo de empresas se rescatan sino solamente aquellas que son viables. Se trata de empresas que, una vez superadas las circunstancias que las llevaron a la insolvencia, puede seguir generando ganancias. Una empresa inviable, por el contrario, es aquella cuyo valor futuro es negativo, es decir, que, aun dándole un tiempo y espacio para su recuperación, en un futuro va a seguir generando pérdidas.³² Por ejemplo: pensemos en una fábrica de alambres de cobre cuyo equipo de manufactura se vuelve obsoleto al aparecer la fibra óptica. Considerando que hasta el momento ha sido bien administrada y que cuenta con trabajadores calificados, lo óptimo sería darle una oportunidad para reequiparse para producir cables de fibra óptica que le permita seguir en el mercado. Se trata de una empresa que, de cambiar su equipo de manufactura, puede seguir generando ganancias, es decir, es viable. Por el contrario, supongamos que, por cuestiones técnicas, la producción de fibra de vidrio no solamente requiere de equipo de manufactura sino de materia prima que no puede conseguirse fácilmente en el país, así como otros elementos que no dependen de la empresa y que hacen básicamente imposible que ésta pueda dedicarse a la producción de cables de fibra óptica. En este caso se trata de una empresa sin

³¹ *Cfr.*, Claessens, Stijn, *et. al.* (ed.), *Resolution of Financial Distress. International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws*, WBI Development Studies, World Bank, Washington D.C., 2001.

³² Para una explicación más detallada de este término ver, Pasapera Mora, Alfonso, *op. cit.*, pp. 8 y sig.

posibilidad de continuar en el mercado ya que ha quedado desplazada por los productores de cables de fibra óptica, es decir, no podrá generar ganancias sino pérdidas. Esta es una empresa inviable.

El concurso mercantil debe buscar entonces la reorganización de la empresa viable. Este principio se encuentra en el artículo 1° de la Ley de Concursos Mercantiles que dispone:

La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios. Con el fin de garantizar una adecuada protección a los acreedores frente al detrimento del patrimonio de las empresas en concurso, el juez y los demás sujetos del proceso regulado en esta Ley deberán regir sus actuaciones, en todo momento, bajo los principios de trascendencia, economía procesal, celeridad, publicidad y buena fe.

Es por esta razón que, como lo dispone el artículo 2° de la misma ley, el concurso mercantil “consta de dos etapas sucesivas, denominadas de conciliación y quiebra” y que la finalidad de la conciliación como lo señala el artículo 3° de la misma ley “es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos”.³³

³³ CONCURSO MERCANTIL. EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE LO DECLARA SOBRE EMBARGOS DECRETADOS DURANTE EL PERIODO DE RETROACCIÓN. De la interpretación sistemática de los artículos 43, fracción IX y 65 de la Ley de Concursos Mercantiles se deduce que el legislador previó una disposición inhibitoria del embargo o de su ejecución contra bienes o derechos del comerciante durante la etapa de conciliación o, en su caso, en el periodo de quiebra, a excepción de que se trate de créditos laborales o fiscales. En ese sentido, el mandato contenido en la sentencia que declara el concurso mercantil, sólo suspende o detiene la posible ejecución de embargos decretados en procedimientos judiciales seguidos contra el comerciante. Por su parte, la retroacción de la resolución relativa tiene por objeto evitar y, de ser necesario, declarar la ineficacia de los actos o maniobras fraudulentas hechas por el comerciante para librarse de la responsabilidad que sigue de la cesación generalizada de sus pagos, por lo que sólo incide sobre actos de disposición

VI. NO EXCEPCIONALIDAD

Este es uno de los principios que rigen a los procedimientos de insolvencia en todos los sistemas jurídicos, pero cuyo análisis, frecuente y aventuradamente, se omite. La no excepcionalidad del derecho de insolvencia complementa al principio *par conditio creditorum* y contribuye a delinear los límites del principio de reorganización de la empresa.

Para explicar este principio, resulta indispensable el artículo 13 constitucional que consagra la igualdad jurídica al prohibir las leyes prohibitivas; éstas “se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia”,³⁴ pues son contrarias al principio

efectuados por él mismo con terceras personas -las que se enumeran en los diversos artículos 114, 115, 116 y 117-, que lesionen su patrimonio como prenda común de sus acreedores, con el objeto de recuperar bienes indebidamente detraídos. En este contexto, no están sujetos a la acción revocatoria, prevista en el diverso artículo 113, los embargos provenientes de procedimientos judiciales, efectuados durante el periodo de retroacción, debido a que la ley citada no los cataloga como actos cometidos en fraude de acreedores ni los presume como tales; además, porque se originan por mandato judicial como consecuencia de lo actuado en los juicios correspondientes; de ahí que dicha sentencia concursal no tiene el efecto legal de dejar insubsistentes los aseguramientos ya decretados o ejecutados con anterioridad, sino que suspende el mandamiento de embargo o su ejecución en los bienes o derechos ya asegurados durante el periodo de retroacción, por lo que sólo opera hacia el futuro. Tesis III.5o.C.47 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, abril de 2018, Registro Digital 2016546.

³⁴ Cfr. LEYES PRIVATIVAS. SU DIFERENCIA CON LAS LEYES ESPECIALES. Las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que atentan contra el principio de igualdad jurídica; mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o a varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción y permanencia, dado que se aplican

de igualdad jurídica.³⁵

La insolvencia es una situación azarosa, irregular y que tiene efectos devastadores para el deudor y sus acreedores, los cuales, en algunos casos, trascienden al mercado nacional e internacional, no obstante, esto no quiere decir que la insolvencia se trate de un estado de excepción y que, por lo tanto, el derecho concursal desconoce de manera general derechos o establece privilegios. Por el contrario, se trata de un derecho cuya finalidad es ofrecer la mejor solución a la insolvencia a través de un procedimiento especializado con base en determinados principios. Por lo tanto, es un derecho que cumple con las características de generalidad, abstracción y permanencia; es decir, es un sistema de normas jurídicas aplicables a una categoría de personas, comerciantes, en una situación de incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones (art. 9o LCM) y cuya

a todas las personas que se colocan dentro de las hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional. Registro: 196732, Jurisprudencia P./J. 18/98, Pleno SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Novena época, t. VII, marzo de 1998, p. 7. 34 LEYES PRIVATIVAS. Es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta (es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación, y se apliquen sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto no sean abrogadas). Una ley que carece de esos caracteres va en contra del principio de igualdad, garantizado por el artículo 13 constitucional, y aun deja de ser una disposición legislativa en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia. Las leyes pueden considerarse como privativas, tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad se refiere a las leyes de todas las especies, y contra la aplicación de las leyes privativas protege el ya expresado artículo 13 constitucional. Registro digital: 804074, Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Época, Semanario Judicial de la Federación. Volumen XCIII, Primera Parte, página 40.

³⁵ *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXVII, núm. 111, septiembre-diciembre, 2004, p. 802.

vigencia continúa después de aplicarse a casos concretos.

En relación con los contratos pendientes de ejecución, Luis Manuel Meján considera que “[l]a base es un principio general: las disposiciones relativas a las obligaciones y los contratos, así como las estipulaciones de las partes continuarán aplicándose”.³⁶ Sin embargo, “la ley concursal establece algunas excepciones que consisten en cambiar los términos de la ley y la voluntad de las partes bajo los términos de los fines generales de la ley concursal, lo que es una ley de excepción”.³⁷

Esta afirmación puede complementarse con lo que Arcelia Quintana explica sobre este tema: “siguiendo la máxima jurídica de que la voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos, subsisten las obligaciones, los contratos y los pactos entre las partes, salvo los casos de excepción que la ley establece”.³⁸ No obstante, “[c]on el objeto de proteger la masa, no tendrá validez legal cualquier modificación a las cláusulas contractuales que perjudiquen al comerciante con motivo de la solicitud o demanda de concurso mercantil, salvo las excepciones establecidas en la LCM”.³⁹ Además, “[l]a sentencia de declaración de concurso mercantil no afectará la validez de los contratos celebrados sobre bienes de carácter estrictamente personal, de índole no patrimonial o relativos a bienes o derechos cuya administración y disposición conserve el comerciante, es decir, lo que son legalmente inalienables, inembargables e imprescriptibles”.⁴⁰

Por lo tanto, la ley concursal reconoce la validez de los contratos, la voluntad de las partes y las leyes que lo rigen, pero establece límites a la voluntad de las partes atendiendo a los principios que

³⁶ Meján, Luis Manuel C., *op. cit.*, p. 190.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, p. 132

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Idem*, p. 134

lo rigen, en específico a proteger a la masa concursal de cláusulas de terminación o que incrementen la deuda con motivo de la solicitud del concurso mercantil, tal como lo dispone el artículo 87 de la LCM: [s]e tendrá por no puesta, salvo las excepciones expresamente establecidas en esta Ley, cualquier estipulación contractual que con motivo de la presentación de una solicitud o demanda de concurso mercantil, o de su declaración, establezca modificaciones que agraven para el Comerciante los términos de los contratos”. Recordemos que la autonomía de la voluntad tiene como límite la licitud, los derechos de tercero y el orden público (art. 6º C.Civ. Fed.), con lo que la ley concursal está en armonía.

La exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles confirma lo que hasta aquí hemos explicado al señalar como principio “el estricto cumplimiento de los contratos libremente convenidos”, pues es “el pilar de una sociedad libre y democrática. Es la base de la seguridad jurídica que es el presupuesto del desarrollo económico de cualquier sociedad.” Por lo tanto, el concurso mercantil, al ser un procedimiento especializado, tiene algunas peculiaridades que deben estar bien delimitadas por la ley, tal como lo expresa el artículo 86 de la Ley de Concursos Mercantiles: “[c]on las excepciones que señala esta Ley continuarán aplicándose las disposiciones sobre obligaciones y contratos, así como las estipulaciones de las partes”, sin que esto se entienda como desconocer derechos o crear privilegios de manera general.

VII. TRATO PENDIENTES DE EJECUCIÓN

No todo tipo de contratos cuyo cumplimiento está pendiente al tramitarse el concurso mercantil puede considerarse como un contrato pendiente de ejecución. En esta sección explicaremos las circunstancias que se requieren para que un contrato caiga en este supuesto.

VIII. SENTENCIA QUE TIENE POR EFECTO LA FORMACIÓN DE LA MASA CONCURSAL

Los contratos bilaterales pendientes de ejecución son parte de la masa concursal y por ello es imprescindible determinar el acto procesal a partir del cual ésta se forma, así como sus efectos en los contratos.

La Ley de Concursos Mercantiles se refiere a la masa desde la etapa de visita de verificación, en el artículo 30, al señalar como uno de sus objetivos “solicitar al juez las medidas precautorias que estime necesarias para la conservación de la masa”, pero en realidad la integración de la masa concursal, para efectos de los contratos pendientes de ejecución, se forma a partir de la sentencia que declara el concurso. Vale la pena recordar que la sentencia de quiebra, que también tiene por efecto la formación de la masa concursal cuando no procede la conciliación, es irrelevante para efectos de los contratos pendientes de cumplimiento pues en la quiebra la empresa se liquida.

En relación con la sentencia de declaración de concurso mercantil y la formación de la masa concursal, el artículo 43 de la Ley de Concursos Mercantiles dispone que el juez debe incluir en ésta: a) la orden al comerciante concursado de suspender el pago de las deudas contraídas con anterioridad a que comience a surtir sus efectos la sentencia de concurso mercantil, excepto los que se hayan realizado para la operación ordinaria de la empresa (fr. VIII), b) la orden de suspender todo mandamiento de embargo o ejecución durante la etapa de conciliación (fr. IX), d) la fecha de retroacción (fr. X), e) la orden al conciliador de iniciar el procedimiento de reconocimiento de créditos (fr. XIII), y f) el aviso a los acreedores para solicitar el reconocimiento de sus créditos (fr. XIV).

Los efectos de la sentencia de concurso mercantil son determinantes en cuanto a la masa concursal pues paraliza la actividad del comerciante para disponer de sus bienes y la actividad de sus

acreedores para ejercer individualmente su derecho de exigir del deudor el cumplimiento de sus obligaciones, salvo algunas excepciones tales como los créditos fiscales y los créditos laborales en los términos del artículo 65 de la Ley de Concursos Mercantiles:

Desde que se dicte la sentencia de concurso mercantil y hasta que termine la etapa de conciliación, no podrá ejecutarse ningún mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del Comerciante.

Cuando el mandamiento de embargo o ejecución sea de carácter laboral, la suspensión no surtirá efectos respecto de lo dispuesto en la fracción XXIII, del apartado A, del artículo 123 constitucional y sus disposiciones reglamentarias, considerando los salarios de los dos años anteriores al concurso mercantil; cuando sea de carácter fiscal, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 de este ordenamiento.⁴¹

⁴¹ CONCURSOS MERCANTILES. NO DEBEN APLICARSE DE MANERA SUPLETORIA LAS REGLAS RELATIVAS AL SECUESTRO JUDICIAL, PROPIO DE LOS JUICIOS EJECUTIVOS MERCANTILES CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA OBTENER EL PAGO DE LOS HONORARIOS PROFESIONALES DEL CONCILIADOR, AL ESTAR VINCULADO SU IMPORTE A LA OBTENCIÓN DE UN CONVENIO Y A SU DESEMPEÑO. Al interpretar de manera relacionada los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., fracción V, 165, 217, 224 y 333 de la Ley de Concursos Mercantiles y las reglas 44, 49 y 51 de las que con carácter general emite la Junta Directiva del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, se concluye que la finalidad del procedimiento concursal es satisfacer el interés público mediante la conservación de la empresa sometida a éste, evitando que el incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago ponga en riesgo su viabilidad y la de las demás con las que mantiene relación de negocios; que la adopción de un convenio es una de las formas de obtener la regularización de la marcha normal de la empresa en conflicto; que los honorarios de los funcionarios concursales, entre los que se encuentra el conciliador propuesto por dicho instituto son créditos contra la masa y deben pagarse con antelación a lo adeudado a los acreedores reconocidos y que el importe de éstos debe ser congruente con las funciones desempeñadas, entre lo que se encuentra, de manera destacada, la obtención de un convenio. Por tanto, el pago de la suma que se apruebe como retribución por la participación de dicho especialista en un procedimiento de esta naturaleza, al ser de realización preferente al que se efectúe a los diversos acreedores reconocidos y depender directamente de lo realizado, no puede mantenerse ajeno al cumplimiento y ejecución que se

La función del conciliador está íntimamente ligada a la masa pues se encarga de “coordinar todo el proceso administrativo de elaborar, ajustar, corregir, autenticar los créditos en cuanto a su calidad, clase y monto, aprobación y firma del convenio concursal conciliatorio”, así como de declarar “si se opondrá al cumplimiento del contrato” (art. 92 LCM).

IX. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO BILATERAL PENDIENTE DE EJECUCIÓN

Luis Manuel Meján denomina a estos contratos como contratos de ejecución y los define como “son contratos celebrados con anterior a la declaración de concurso y cuyo cumplimiento se encuentra en trámite o pendiente, ya sea porque los contratos son de carácter sucesivo o porque están sujetos a un término o condición”.⁴² En relación con el término o condición, es necesario matizar esta afirmación, pues como se explicará en otro apartado, el término o la condición no son un elemento sine qua non de los contratos pendientes de ejecución pues pueden estar presentes en otros contratos que la Ley de Concursos Mercantiles da automáticamente por terminados (art. 88 LCM), es decir, hay que atender tanto a las modalidades como a otras características de los contratos para determinar

dé al convenio suscrito, ante lo cual, no existe razón legal o lógica que justifique la obtención del numerario respectivo, mediante la instrumentación de un procedimiento de ejecución, propio de los juicios regulados por el Código de Comercio, en el que se embargue y remate la masa concursal, ya que incorporar al proceso de concurso mercantil, de manera supletoria esa institución, sería contrario a la teleología otorgada por el legislador federal a esta clase de juicios, en la medida en que podría generarse la descapitalización de la negociación fallida, si se le extrajera, antes de que se pueda realizar el convenio alcanzado en los términos y plazos pactados, el importe de lo que corresponde al conciliador por su participación en ese juicio. Tesis VI.2o.C.487 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, junio de 2006, Registro Digital 174928.

⁴² Meján, Luis Manuel C., *op. cit.*, 188 y sig.

que se trata no sólo de contratos pendientes sino de contratos pendientes de ejecución.

Luis Manuel Meján también distingue a los contratos pendientes de ejecución de los contratos concluidos después del inicio del procedimiento de insolvencia, los cuales “se tratan como parte de un negocio en curso y normalmente deben tratarse como gastos ordinarios en la operación comercial”.⁴³

Por lo tanto, no todos los contratos celebrados por el deudor antes de la declaración de concurso mercantil son de contratos pendientes de ejecución, sino que cuentan con ciertas características.

1. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PENDIENTES DE EJECUCIÓN

Los contratos que se encuentran en esta categoría son los contratos preparatorios (art 92 LCM), contratos traslativos de uso, goce y disfrute de un bien como el arrendamiento (art. 106 LCM).

Artículo 106.- El concurso mercantil del arrendador no resuelve el contrato de arrendamiento de inmuebles.

El concurso mercantil del arrendatario no resuelve el contrato de arrendamiento de inmuebles. No obstante lo anterior, el conciliador podrá optar por la resolución del contrato en cuyo caso, deberá pagarse al arrendador la indemnización pactada en el contrato para este caso o, en su defecto, una indemnización equivalente a tres meses de renta, por el vencimiento anticipado.

También son el suministro (art 98 LCM) el comodato, el depósito, el mandato, la comisión (art. 100 LCM), la prestación de servicios profesionales (art. 107 LCM), el de seguro (art. 109 y 110 LCM) y los contratos asociativos (art. 111 LCM).

De lo anterior podemos concluir que los contratos pendientes de ejecución se pueden clasificar como:

⁴³ *Ibidem*

- a) Contratos bilaterales en oposición a unilaterales. Son contratos que crean obligaciones recíprocas para las partes. La doctrina civilista emplea el término de contratos sinalagmáticos pues hay un enlace en las contraprestaciones: ambas partes tienen prestaciones que realizar, a diferencia de los contratos unilaterales en los que, aunque hay dos partes, la obligación es a cargo de una sola de ellas.
- b) Contratos onerosos en oposición a gratuitos. Son contratos en los que los provechos son recíprocos para las partes. Esto a diferencia de los contratos gratuitos en los que solamente una de las partes obtiene un beneficio, mientras que para la otra es un acto de liberalidad. En estos contratos no se encuentran los contratos gratuitos. Recordemos que bilateralidad y onerosidad no son lo mismo. Puede haber un contrato unilateral pero oneroso como es el caso del contrato de mutuo con interés.
- c) Contratos de tracto sucesivo. Recordemos que por su ejecución los contratos se dividen en contratos de ejecución instantánea y contratos de ejecución sucesiva. Los contratos de ejecución instantánea son aquellos en los que el cumplimiento de la obligación se lleva a cabo en un solo acto en un instante. Por otro lado, los contratos de ejecución sucesiva son aquellos en los que sus efectos perduran a través del tiempo y se subdividen en contratos de ejecución continuada y contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento periódico. Los contratos de ejecución continuada son aquellos en los que el cumplimiento de la obligación se realiza a través de un solo acto que se prolonga a través del tiempo, mientras que los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento periódico requieren que para el cumplimiento de la obligación se lleven a cabo varios actos en diferentes momentos. Los contratos de los que estamos hablando son contratos de tracto sucesivo.
- d) Contratos pendientes de ejecución. Se trata de contratos bilaterales, onerosos y de tracto sucesivo en los que las partes no han cumplido totalmente con la obligación, por lo que no es posible determinar si existe un crédito a favor o una deuda en contra del deudor. El problema de los contratos pendientes de ejecución es

que son parte de la masa y representan tanto un crédito a favor como una deuda en contra la masa concursal, hasta que se decide sobre su cumplimiento o resolución, en cuyo caso entonces se puede determinar si resulta un derecho a favor o un crédito contra la masa. Son contratos pendientes de ejecución y no contratos pendientes simplemente, pues de éstos últimos, la ley determina si la declaración de concurso mercantil tiene por efecto darlos por terminados o por cumplidos, sin facultar al conciliador para determinar su resolución. Cabe destacar que el término de contratos pendientes de ejecución, tal como lo señala la Ley de Concursos Mercantiles mexicana, se toma del inglés *executory contracts*;⁴⁴ para nosotros el término jurídico más preciso es “contrato pendiente de cumplimiento”.

En resumen, no se trata de contratos totalmente cumplidos o incumplidos, sino que su cumplimiento quedó suspendido por efecto de la declaración de concurso mercantil porque así lo ha dispuesto la ley con la finalidad de que el conciliador valore si su cumplimiento es valioso para la masa concursal.

2. DE LOS CONTRATOS TRASLATIVOS DE DOMINIO Y LOS DE GARANTÍA

En general, no son contratos pendientes de ejecución los contratos traslativos de dominio como la permuta, la compraventa, la donación y el mutuo como los de garantía porque en estos contratos la obligación consiste claramente en un crédito a favor o una deuda en contra del deudor.

Por esta razón, el artículo 93 de la Ley de Concursos Mercantiles, dispone que la compraventa, si el deudor o comerciante concursado pagó el precio, entonces se considera un crédito a favor de la masa; por el contrario, si no ha pagado, el vendedor se puede oponer a la entrega de la cosa (art. 94 LCM). En relación con la compraventa de bienes inmuebles, si el concursado es el vendedor, el comprador

⁴⁴ *Cfr.*, 11 U.S. Code 365, *Executory contracts and unexpired leases*

puede exigir la entrega previo pago (art. 95 LCM), pero no así, si el comprador es el concursado (art. 96 LCM).

La compraventa sujeta a término que no ha vencido al momento en que se declara el concurso mercantil y la compraventa por entregas son consideradas por la ley concursal como contratos pendientes de ejecución, es decir, el conciliador está facultado para decidir su resolución (arts. 97 y 98 LCM).

En relación con el contrato de mutuo, es importante considerar los artículos 88 y 89 de la Ley de Concursos Mercantiles. De acuerdo con la fracción I el artículo 88 de la Ley de Concursos Mercantiles, la sentencia que declara el concurso mercantil tiene como efecto:

- I. Se tendrán por vencidas sus obligaciones pendientes;
- II. Respecto de los créditos sujetos a condición suspensiva, se considerará como si la condición no se hubiere realizado;
- III. Los créditos sujetos a condición resolutoria se considerarán como si la condición se hubiere realizado sin que las partes deban devolverse las prestaciones recibidas mientras la obligación subsistió;
- IV. La cuantía de los créditos por prestaciones periódicas o sucesivas se determinará a su valor presente, considerando la tasa de interés convenida o, en su defecto, la que se aplique en el mercado en operaciones similares tomando en consideración la moneda o unidad de que se trate y, de no ser esto posible, intereses al tipo legal;
- V. El acreedor de renta vitalicia tendrá derecho a que se le reconozca el crédito a su valor de reposición en el mercado o, en su defecto, a su valor presente calculado conforme a las prácticas comúnmente aceptadas;
- VI. Las obligaciones que tengan una cuantía indeterminada o incierta, precisarán su valoración en dinero, y
- VII. Las obligaciones no pecuniarias deberán ser valoradas en dinero; de no ser posible lo anterior, el crédito no podrá reconocerse.

El artículo 89 además ordena que los créditos dejan de causar intereses y se convierten en UDIS, excepto si cuentan con garantía real.⁴⁵

⁴⁵ CONCURSOS MERCANTILES. EL ARTÍCULO 89 DE LA LEY RELATI-

El contrato de cuenta corriente se da por terminado (art 101 LCM), así como el reporto (art. 102 LCM), préstamo de valores (art. 103 LCM), contratos diferenciales o de futuros y operaciones financieras derivadas (art. 104 LCM).

Vale la pena aclarar que estas disposiciones relativas al vencimiento anticipado de la Sección I sobre Regla general y vencimiento anticipado del Capítulo V De los efectos en relación con las obligaciones del Comerciante, no solamente son aplicables a los contratos de mutuo o de garantía, sino a todos contratos celebrados antes de la declaración de concurso mercantil que no califican como contratos pendientes de ejecución.

X. DISPOSICIÓN DE LOS CONTRATOS PENDIENTES DE EJECUCIÓN EN EL CONCURSO MERCANTIL

La Ley de Concursos Mercantiles dedica la Sección II a los contratos pendientes; sin embargo, como ya hemos explicado no todos los contratos pendientes son contratos pendientes de ejecución pues si

VA, AL PREVER LA OBLIGACIÓN DE CONVERTIR EN UNIDADES DE INVERSIÓN (UDIS) LOS CRÉDITOS CONTRATADOS EN MONEDA NACIONAL O EXTRANJERA, CON O SIN GARANTÍA, NO VIOLA EL DERECHO A LA LIBERTAD CONTRACTUAL. El precepto invocado establece las reglas para convertir en UDIS los mencionados créditos, después de dictada la sentencia de concurso mercantil; a su vez, el artículo 88 de la referida ley señala que para determinar la cuantía de los créditos a cargo del comerciante, a partir de que se dicte dicha resolución, se tendrán por vencidas todas sus obligaciones pendientes, las cuales procurarán valorarse en dinero, toda vez que la UDI, por ser sólo una unidad de cuenta, se solventa entregando su equivalente en moneda nacional. En ese sentido, el artículo 89 de la Ley de Concursos Mercantiles, al prever la obligación de convertir en UDIS los créditos contratados con o sin garantía real en moneda nacional o extranjera, no viola el derecho a la libertad contractual, porque no modifica el objeto de los contratos celebrados entre el comerciante concursado y los acreedores, pues éste subsiste y sólo se transforma la cantidad adeudada en UDIS para actualizar el monto de la obligación de pago en moneda nacional, al ritmo de la inflación, la cual finalmente será solventada en moneda nacional. Tesis 1a.XVII/2013(10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, enero de 2013, Registro Digital 2002484

no califican como estos últimos, la ley determina su vencimiento anticipado o si ha quedado cumplido y por lo tanto es fácil determinar si hay un crédito a favor o una deuda en contra del deudor. Por lo tanto, de toda esta sección, el artículo clave en este tema es el 92, que dispone:

Los contratos, preparatorios o definitivos, pendientes de ejecución deberán ser cumplidos por el Comerciante, salvo que el conciliador se oponga por así convenir a los intereses de la Masa. El que hubiere contratado con el Comerciante, tendrá derecho a que el conciliador declare si se opondrá al cumplimiento del contrato. Si el conciliador manifiesta que no se opondrá, el Comerciante deberá cumplir o garantizar su cumplimiento. Si el conciliador hace saber que se opondrá, o no da respuesta dentro del término de veinte días, el que hubiere contratado con el Comerciante podrá en cualquier momento dar por resuelto el contrato notificando de ello al conciliador. Cuando el conciliador esté a cargo de la administración o autorice al Comerciante la ejecución de los contratos pendientes, podrá evitar la separación de los bienes, o en su caso exigir su entrega, pagando su precio

De este artículo se desprenden los siguientes elementos

- 1) La sentencia de declaración de concurso no da por terminados estos contratos pendientes de cumplimiento como sí sucede con otros contratos.
- 2) El efecto de la sentencia de declaración de concurso es triple:
 - Obliga al comerciante concursado, quien continúa al frente de la administración de la masa bajo la vigilancia del conciliador, a seguir cumpliendo con el contrato, a menos que el conciliador se oponga al cumplimiento del contrato.
 - El conciliador tiene la facultad de oponerse al cumplimiento si éste implica un costo mayor que un beneficio para la masa concursal.
 - El tercero puede oponerse al cumplimiento del contrato sobre lo que el conciliador tiene 20 días para decidir. En caso de no dar respuesta en este término, el contrato se tiene por resuelto.

La rescisión del contrato en uno y otro caso se considera crédito común, pues se trata de aquellos que no se encuentran clasificados en otras categorías (art. 222 LCM). Por otra parte, el tratamiento del cumplimiento del contrato y los gastos que resulten de éste, no están expresamente en la ley, pero, de la lectura de los artículos relativos a los gastos que debe realizar el comerciante para lograr el mantenimiento de la masa concursal y llevar a buen puerto la conciliación con los acreedores, se puede concluir que califica como crédito contra la masa, cuyo orden de prelación es superior al de los créditos con algún privilegio o garantía y comunes (arts. 75, 224 y 117 LCM).

XI. CONCLUSIONES

Los contratos pendientes de ejecución están regulados por la Ley de Concursos Mercantiles en unos cuantos artículos; por lo que, para determinar qué son y cuál es su tratamiento, se requiere de un análisis no solo de sus características sino también de los principios concursales que les son aplicables.

Como se ha expuesto en este texto, diferentes autores identifican diferentes principios concursales y el significado de cada uno de ellos, siendo, en algunos casos contrarios. Asimismo, hay diferencias en cuanto a los criterios que se emplean para calificar a un contrato como pendiente de ejecución, lo cual se traduce en una variedad de supuestos jurídicos y sus consecuencias para el deudor y para su contraparte en el contrato.

La pluralidad de interpretaciones doctrinales de los principios concursales y de lo que es un contrato pendiente de ejecución es consecuencia tanto de la falta de claridad de sus disposiciones como de la introducción de novedades en el procedimiento de la Ley de Concursos Mercantiles frente a los procedimientos de la anterior Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, teniendo como consecuencia incertidumbre jurídica.

Los concursos mercantiles no son frecuentes, pero no por ello son menos importantes que otros procedimientos; por el contrario, su función jurídicoeconómica es esencial para evitar que la insolvencia del deudor tenga como desenlace el desmantelamiento de su empresa, en el que además el acreedor más fuerte, con más recursos y más información, obtiene el pago completo de la deuda en detrimento de los demás acreedores, además de crear la posibilidad de desencadenar la insolvencia de sus acreedores. La relevancia del concurso mercantil requiere, por lo tanto, de abrir la discusión sobre los principios que lo rigen y de conceptos como el de los contratos pendientes de ejecución.

XII. FUENTES DE INFORMACIÓN

BEBCHUCK, Lucian Ayre & Fried, Jesse M., “The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy”, *Yale Law Journal*, Col. 105, 1996.

CLAESSENS, Stijn, et. al. (ed.), *Resolution of Financial Distress. International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws*, WBI Development Studies, World Bank, Washington D.C., 2001.

Diario Oficial de la Federación de 20 de abril de 1943.

Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 2000.

Exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, Diario de Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, LVII Legislatura, Año III, Primer Período Ordinario, Sesión Núm 23, 23 de noviembre de 1999. https://www.senado.gob.mx/64/diario_de_los_debates/documento/1079.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVII, núm. 111, septiembre-diciembre, 2004.
- GUERRA GONZÁLEZ y Asociados, “Universalidad y atracción procesal del procedimiento concursal mexicano”, *FORBES*, México, 21 de julio de 2016.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10 ed., Ed. Oxford, México, 2004.
- GURREA MARTÍNEZ, Aurelio, “Hacia un nuevo paradigma en el estudio y el diseño del derecho concursal en Iberoamérica”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Working Paper Series 7/2016*.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Francisco Abimael, “El concurso mercantil: ¿sigue siendo un juicio universal?”, *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, año V, julio diciembre de 2018, IJ-UNAM, México.
- JACKSON, Thomas, *Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Beard Books, Washington DC, 2001.
- MEJÁN, Luis Manuel C., “Executory Contracts in Mexican Insolvency Law”, *Mexican Law Review*, Nueva Serie, Vol XI, No. 1.
- MEDINA LIMA, Ignacio, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, 4° ed., Porrúa-UNAM, 1994, México.
- Tesis: I.3o.C.682 C, *Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo XIII, Abril de 1994, página 441 Registro digital: 212968.
- Tesis I.3o.C.116 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, marzo de 2013, Registro Digital 2004434.

- Tesis I.5o.C.103 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, septiembre de 2019, Registro Digital 2023070.
- Tesis III.5o.C.47 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, abril de 2018, Registro Digital 2016546.
- Tesis VI.1o.C.104 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, julio de 2007, Registro Digital 172065.
- Tesis VI.2o.C.487 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, junio de 2006, Registro Digital 174928.
- Tesis 1a.XVII/2013(10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, enero de 2013, Registro Digital 2002484.
- PASAPERA MORA, Alfonso, Principios y Preguntas de Derecho Concursal, Ed. Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2ª ed., México, 2018.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid, 2005.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, Concursos Mercantiles, 4ª ed. Ed. Porrúa, 2020.
- Sentencia recaída al Amparo en Revisión 349/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 28 de agosto de 2013.

VINO Y LIBRE COMERCIO: EL VINO EN LOS TRATADOS COMERCIALES INTERNACIONALES FIRMADOS POR MÉXICO

WINE AND FREE TRADE: WINE IN INTERNATIONAL TRADE AGREEMENTS SIGNED BY MEXICO

OSCAR CRUZ BARNEY¹

RESUMEN: Existen regulaciones vinícolas avanzadas en Estados Unidos, Argentina, Chile, la Unión Europea y otras más en el continente americano de las que podemos tomar ejemplo y que se deben tener en cuenta a la hora de regular a la industria mexicana. La regulación en cada caso obedece a experiencias regionales y nacionales. Nuestros principales socios comerciales constituyen mercados muy importantes de producción, comercialización y consumo de vino: conocer como quedó el sector en los tratados comerciales firmados por México es por ello de la mayor importancia. La regulación en el T-MEC y en el TLCUEM versión 2020 (que a julio de 2022 no ha entrado en vigor) debe tenerse presente.

PALABRAS CLAVE: *Vino, regulación, comercio de vino, tratados internacionales, denominación de origen, etiquetado.*

ABSTRACT: There are advanced wine regulations in the United States, Argentina, Chile, the European Union, and others in the American continent from which we can take examples

¹ Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro de la Association Internationale des Juristes du Droit de la Vigne et du Vin/International Wine Law Association, Paris, Francia. Integrante de la Delegación Mexicana ante la Organización Internacional de la Viña y el Vino OIV en los grupos: DROCON, Derecho e información al consumidor; CIII Economía y Derecho y SECUAL, Seguridad Alimentaria. Contacto: ocbarney@unam.mx ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7927-1564>

Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2022. Fecha de aprobación: 03 de noviembre de 2022.

that should be taken into account when regulating the Mexican industry. The regulation in each case is based on regional and national experiences. Our main trading partners are very important markets for the production, marketing and consumption of wine: knowing how the sector is regulated in the trade agreements signed by Mexico is therefore of the utmost importance. The regulations in the T-MEC and in the 2020 version of the EU-Mexico FTA (which has not entered into force as of July 2022) must be taken into account.

KEYWORDS: *Wine, regulation, wine trade, international treaties, appellation of origin, labeling.*

SUMARIO: I. Introducción; II. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el T-MEC; III. El Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea; III.1 Las indicaciones geográficas que la Unión Europea busca proteger en el territorio Mexicano; IV. El Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea sobre el reconocimiento mutuo y la protección de las denominaciones en el sector de las bebidas espirituosas de 1997; V. Conclusión; VI. Bibliografía y fuentes.

1. INTRODUCCIÓN

La producción de vino constituye una actividad de enorme tradición en el mundo occidental. La producción, almacenamiento, venta y consumo de vino ha sido objeto de atención de los juristas y de legisladores; interesa regular la relación entre el consumidor y el vino, las calidades², la salud y desde luego el pago de impuestos. Recientemente se presenta un especial interés en la regulación de la producción de vinos biológicos en el contexto del

² Sobre la noción de calidad del vino en el siglo XX véase Vialard, Antoine, “L'idée de qualité dans le droit viti-vinicole du XXe siècle”, en CERHIR, *Le vin à travers les âges, produit de qualité, agent économique*, Bordeaux, Éditions Féret, 2001, pág. 119 y sigs.

derecho comunitario europeo.³ Se entiende como vino biológico aquel que es producto de la agricultura biológica conforme a la regulación comunitaria europea.⁴

Se puede hablar así de una “civilización del vino”⁵, reflejada en el arte, la literatura, la arquitectura, la religión, la historia y como veremos, el derecho, que tiene también amplia presencia en América, en países productores como Argentina, Chile, Uruguay, Brasil, Estados Unidos y desde luego México.

El cultivo de la uva cubre globalmente cerca de 7.7 millones de hectáreas y produce más de 70 millones de toneladas de uva anualmente, lo que convierte a la uva en el cultivo frutícola más importante a nivel mundial. Cabe destacar que el 70% de la producción de uva se destina a la vinificación, el resto es uva de mesa, se convierte en jugo de uva o en uva pasa.⁶

Existe una *cultura del vino* de la cual México forma parte y está llamado a desempeñar un papel cada día más relevante. No será sino hasta el siglo XX que la industria vitivinícola mexicana entre

³ Véase Hakim, Nader, “Lectures de la norme communautaire sur le vin biologique du 8 mars 2012”, en Bahans, Jean-Marc et Hakim, Nader (Dir.), *Le droit du vin à l'épreuve des enjeux environnementaux. Histoire et actualités du droit viticole*, Bordeaux, Féret, 2015. Asimismo Bahans, Jean-Marc, “Vins biologiques et signes distinctifs de la qualité environnementale”, en Bahans, Jean-Marc et Hakim, Nader (Dir.), *Le droit du vin à l'épreuve des enjeux environnementaux. Histoire et actualités du droit viticole*, Bordeaux, Féret, 2015.

⁴ Mur, Alain, “La définition du vin biologique dans le droit de l'Union Européene”, en Bahans, Jean-Marc et Hakim, Nader (Dir.), *Le droit du vin à l'épreuve des enjeux environnementaux. Histoire et actualités du droit viticole*, Bordeaux, Féret, 2015, pág. 103.

⁵ Gautier, Jean-Francois, *Histoire du vin*, 2a ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1996, págs. 11 y sigs.

⁶ Durand-Viel, Sébastien y Cobbold, David, *Les cépages*, France, Hachette Vins, 2020, pág. 33.

a una nueva etapa de desarrollo, sobre todo en el último cuarto del mismo. La anhelada expedición de la *Ley de Fomento a la Industria Vitivinícola*⁷ dejó huecos importantes que deben cubrirse.

Según información del Consejo Mexicano Vitivinícola, en México se producen 2.5 millones de cajas de vino al año cuya calidad ha sido reconocida con 1,500 medallas nacionales e internacionales hasta el momento.

En México son 14 los estados productores: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Durango, Guanajuato, Jalisco, Nuevo León, Querétaro, Puebla, San Luis Potosí, Sonora y Zacatecas. Se cultivan en el país 37,000 hectáreas que producen cerca de medio millón de toneladas de las que el 12.5% se utiliza para la elaboración de vinos de mesa.⁸

Uno de los grandes faltantes de la *Ley de Fomento a la Industria Vitivinícola* es la inclusión de estímulos fiscales a la producción de vino mexicano, estos estímulos podrían en un momento dado afectar el buen destino y éxito de las exportaciones a los mercados internacionales, si bien nada impide eliminar los impuestos especiales al consumo de vinos en el mercado mexicano, tanto nacionales como de importación.

Existen regulaciones avanzadas en Estados Unidos, Argentina, Chile, la Unión Europea y otras más en el continente americano de las que podemos tomar ejemplo y que se deben tener en cuenta a la hora de regular a la industria mexicana, escuchando siempre sus necesidades y opinión. La regulación en cada caso obedece a experiencias regionales y nacionales; en México deben tomarse en cuenta y definirse qué clase de industria vinícola queremos tener y que visualizamos en veinte, cincuenta y cien años.

⁷ Véase Cruz Barney, Oscar, *La Ley General de Fomento a la Industria Vitivinícola*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie o colección: Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia Nacional, Número 10, 2019.

⁸ El vino mexicano en número. Disponible en: <https://uvayvino.org.mx/2020/11/30/el-vino-mexicano-en-numeros/> Consultado: 2 de octubre de 2022.

Nuestros principales socios comerciales constituyen mercados muy importantes de producción, comercialización y consumo de vino: conocer como quedó el sector en los tratados comerciales firmados por México es por ello de la mayor importancia. La regulación en el T-MEC y en el TLCUEM versión 2020 (que a octubre de 2022 no ha entrado en vigor) debe tenerse presente.

II. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y EL T-MEC

Las negociaciones para el TLCAN iniciaron en el mes de junio de 1991 y como señalamos concluyeron en agosto de 1992. La rúbrica del texto negociado se presentó en septiembre de 1992 y el Ejecutivo lo firmó el 17 de diciembre de ese mismo año. La aprobación por la Cámara de Senadores de México se produjo el 22 de noviembre de 1993, para entrar en vigor el primero de enero de 1994.⁹

Como ya hemos señalado, el propósito fundamental fue el establecimiento de una zona de libre comercio, pero en realidad se rebasó el límite tradicional de estos acuerdos y se incluyeron muchos temas más que han convertido al TLCAN en un acuerdo *sui generis* de gran ambición contextual.¹⁰

En una carta dirigida a Charles E. Schumer líder del partido demócrata en el Senado de los Estados Unidos fechada el 18 de mayo de 2017¹¹, finalmente el United States Trade Representative, Robert E. Lighthizer notificó al Congreso de aquel país la intención

⁹El TLCAN se publicó en el Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de diciembre de 1993.

¹⁰ Cruz Barney, Oscar, La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pág. 62.

¹¹ Su texto en Carta de Robert E. Lighthizer a Charles E. Schumer, en <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTA%20Notification.pdf>

del titular del Ejecutivo estadounidense de iniciar negociaciones comerciales con Canadá y México relativas a la “modernización” del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Lo anterior conforme a la sección 105(a)(1)(A) de la Ley de Responsabilidad y Prioridades Comerciales Bipartidistas del Congreso de 2015 (*Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act* de 2015) y a las facultades que le fueron delegadas por el titular del Ejecutivo.

El Tratado México, Estados Unidos, Canadá o T-MEC fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del lunes 29 de junio de 2020, mismo que junto con su Protocolo modificador sustituyeron al TLCAN, sin perjuicio de algunas disposiciones establecidas en el T-MEC que refieren a normas del TLCAN.¹²

En el caso de Estados Unidos, la legislación estadounidense sobre vino ha evolucionado de disposiciones destinadas al combate de la ebriedad al sistema actual que involucra disposiciones locales, estatales y federales en la materia. Sostiene Richard Mendelson:¹³

Since the early days of the republic, Americans have turned to the law to achieve their social goals with respect to wine, devising elaborate systems of legal incentives, subsidies, restrictions, and penalties in an effort to shape behavior. American laws since the early seven-

¹² DECRETO Promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho; del Protocolo Modificador al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en la Ciudad de México el diez de diciembre de dos mil diecinueve; de seis acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados por intercambio de cartas fechadas en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho, y de dos acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados en la Ciudad de México, el diez de diciembre de dos mil diecinueve, en Diario Oficial de la Federación del día 29 de junio de 2020.

¹³ Mendelson, Richard, *From Demon to Darling: A Legal History of Wine in America*, University of California Press, 2009, pág. 16.

teenth century have regulated everything from the manufacture and marketing of wine to its distribution and consumption, and these laws have been almost continuously generated, dismantled, revived, revised, and reimagined. The content of the laws and regulations regarding wine has varied dramatically as cultural perspectives on alcoholic beverages changed.

Será en el siglo XX que Ernest y Julio Gallo¹⁴ ayudaron a crear y desarrollar tanto un mercado de consumidores de vino y una industria vitivinícola en los Estados Unidos, así el consumo de vino fue aceptado social y jurídicamente “No longer was alcoholism viewed as a sin, but as a disease that does not afflict casual drinkers.”¹⁵

El papel de la Universidad de California, *Campus* Davis fue fundamental en el desarrollo y conocimiento de la elaboración de vinos y del territorio¹⁶

En el caso de Canadá, se trata de un importador neto de vinos, en donde Francia e Italia son los líderes en valor y volumen según procedencia, seguido de Estados Unidos. España ocupa el quinto lugar en valor y el sexto en volumen con un 9,7% y 8,8% de cuota de mercado respectivamente.¹⁷

a) Capítulo 3: Agricultura.

El Capítulo 3 del T-MEC se refiere al tema de la agricultura y su Artículo 3.11 incluye entre sus Anexos el Anexo 3-C, que se aplica al comercio de bebidas destiladas, vino, cerveza y otras bebidas alcohólicas.

¹⁴ Véase el caso *E. & J. Gallo Winery v. Gallo Cattle Co.*, 967 F.2d 1280 (9th Cir. 1992) y su análisis en Robertson, Carol, *The little red book of wine law*, Chicago, American Bar Association, 2008, p. 67

¹⁵ *Ibidem*, p. 119.

¹⁶ Roca, Josep y Puig, Imma, *Tras las viñas. Un viaje al alma de los vinos*, 2ª ed., Navarra, Debate, 2016, p. 21.

¹⁷ Véase Parreño Parreño, Juan, *Estudio de mercado. El mercado del vino en Canadá 2020, España, Oficina Económica y Comercial de España en Toronto, ICEX España Exportación e Inversiones*, 2020.

El Artículo 3.C.1 dentro del Anexo 3-C se refiere a la Venta y Distribución Internas de Bebidas Destiladas, Vino, Cerveza u Otras Bebidas Alcohólicas, mismo que es aplicable al vino y bebidas que contienen vino. Se aclara que los párrafos 3 y 4 de dicho Artículo no aplican a México.

Se establece que las medidas relacionadas con la distribución de bebidas destiladas, vino, cerveza u otras bebidas alcohólicas se ajustarán a lo dispuesto en el artículo 2.3 del T-MEC (Trato Nacional).

Se establece asimismo que si una Parte exige que las bebidas destiladas, vino, cerveza u otras bebidas alcohólicas se listen para su distribución o venta en su territorio, las medidas relacionadas con el listado deberán:

- a) Conformarse con el Artículo 2.3 (Trato Nacional);
- b) No crear barreras encubiertas al comercio;
- c) Estar basadas en consideraciones comerciales; y
- d) Ser transparentes, incluido el establecimiento de criterios transparentes para las decisiones relativas al listado.

Asimismo, si una Parte exige que las bebidas destiladas, vino, cerveza u otras bebidas alcohólicas se listen para su distribución o venta en su territorio, esa Parte deberá, con respecto a las decisiones de la entidad que ejerce la autoridad gubernamental respecto al listado:

- a) Proporcionar con prontitud una decisión sobre cualquier solicitud del listado;
- b) Proporcionar con prontitud una notificación por escrito de las decisiones relativas a la solicitud del listado al solicitante y, en caso de una decisión negativa, proporcionar una declaración de la razón del rechazo; y
- c) Establecer procedimientos administrativos de apelación para listar decisiones que proporcionen resoluciones rápidas, justas y objetivas.

Si un distribuidor o minorista ejerce autoridad gubernamental con respecto a la venta o distribución interna de bebidas destiladas, vino, cerveza u otras bebidas alcohólicas, cualquier recargo de precios cobrado por esa entidad deberá cumplir con el Artículo 2.3 (Trato Nacional) y esa entidad otorgará a las bebidas destiladas, vino, cerveza u otras bebidas alcohólicas de otra Parte un trato no menos favorable que el trato otorgado a un producto similar de cualquier otra Parte o de una no Parte.

Si un distribuidor o minorista ejerce autoridad gubernamental con respecto a la venta o distribución interna de bebidas destiladas, vino, cerveza u otras bebidas alcohólicas, esa entidad puede cobrar el diferencial del costo real del servicio entre la distribución o venta de bebidas destiladas, vino, cerveza u otras bebidas alcohólicas de otra Parte y distribución o venta de productos nacionales o regionales. El costo del servicio debe ser razonable y acorde con el servicio. Cualquier diferencial de costo de servicio referido previamente no excederá la cantidad real por la cual el costo de servicio auditado para el producto de la Parte exportadora exceda el costo de servicio auditado para el producto de la Parte importadora.

Una Parte podrá mantener o introducir una medida que limite las ventas en las instalaciones de una bodega o destilería a aquellos vinos o bebidas destiladas producidas en sus instalaciones.

Se aclara que ninguna Parte adoptará o mantendrá ninguna medida que requiera que las bebidas destiladas, vino, cerveza u otras bebidas alcohólicas importadas de otra Parte para embotellar se mezclen con bebida destilada, vino, cerveza u otras bebidas alcohólicas de la Parte importadora.

El Artículo 3.C.3 del Anexo 3-C se refiere a vino y bebidas destiladas. Define “vino” como “una bebida que se produce por la fermentación alcohólica completa o parcial exclusivamente de uva fresca, mosto de uva o productos derivados de uvas frescas y como se defina en el ordenamiento jurídico y regulaciones de cada Parte”.

Este Artículo se aplica a la elaboración, adopción y aplicación de los reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad adoptados o mantenidos por cada Parte en el nivel central de gobierno que puedan afectar el comercio de vino y bebidas destiladas entre las Partes, que no sean medidas sanitarias o fitosanitarias o especificaciones técnicas preparadas por un organismo gubernamental para los requisitos de producción o consumo de los organismos gubernamentales.

Se establece que cada Parte deberá poner sus leyes y regulaciones relativas al vino y bebidas destiladas disponibles en línea.¹⁸

Una Parte puede exigir que una etiqueta de vino o bebidas destiladas sea:

- a) Clara, específica, veraz, precisa y no engañosa para el consumidor;
- b) Legible para el consumidor; y
- c) Esté fijada firmemente al contenedor si la etiqueta no es parte integral del contenedor.

Cada Parte deberá permitir que la información obligatoria se muestre en una etiqueta suplementaria colocada en un recipiente de bebidas destiladas. Cada Parte permitirá que esas etiquetas suplementarias se coloquen en un recipiente importado de bebidas destiladas después de la importación, pero antes de que el producto se ponga a la venta en el territorio de la Parte. Una Parte podrá exigir que la etiqueta suplementaria sea colocada antes de salir de la aduana.

Una Parte podrá exigir que la información indicada en una etiqueta suplementaria colocada en una bebida destilada o en un envase de vino no entre en conflicto con la información de una etiqueta existente.

¹⁸ Si bien en el caso de México las disposiciones aplicables están en línea, no están reunidas en un solo sitio.

Se establece asimismo que cada Parte permitirá que el contenido alcohólico por volumen indicado en una etiqueta de vinos o bebidas destiladas se exprese por alcohol por volumen (alc/vol), por ejemplo 12% alc/vol o alc12% vol, y sea indicada en términos porcentuales a un máximo de un punto decimal, por ejemplo 12.1%.

Cada Parte permitirá el uso del término “vino” como nombre del producto. Una Parte podrá requerir una etiqueta de vino para indicar el tipo, categoría, clase o clasificación del vino. La información deberá ser presentada en un solo campo de visión para un contenedor de vino.

Si una Parte requiere una etiqueta de vino para indicar información que no sea:

- a) Nombre del producto;
- b) País de origen;
- c) Contenidos netos; o
- d) Contenido de alcohol,

deberá permitir que la información se indique en una etiqueta suplementaria colocada en el recipiente del vino y permitirá que la etiqueta suplementaria se coloque en el envase del vino importado después de la importación, pero antes de que el producto se ponga a la venta en el territorio de la Parte, y podrá exigir que la etiqueta suplementaria se coloque antes del despacho en la aduana.

Si una Parte tiene más de un idioma oficial, puede requerir que la información en una etiqueta de vinos o bebida destilada aparezca en igual importancia en cada idioma oficial.

Se aclara que ninguna Parte podrá exigir una marca de fecha en el envase, etiqueta o empaque de vino o de bebidas destiladas, incluidos los siguientes o versiones de los siguientes:

- a) Fecha de producción o fabricación;
- b) Fecha de caducidad (fecha de último consumo recomendada, fecha de vencimiento);
- c) Fecha de durabilidad mínima (fecha de caducidad), mejor calidad antes de la fecha;

- d) Fecha límite de venta;
- e) Fecha de empaquetado; o
- f) Fecha de embotellado,

Ninguna Parte exigirá que la etiqueta o el envase de vino o bebidas destiladas contenga la traducción de una marca o nombre de marca. Una Parte puede exigir que una marca comercial o nombre comercial no entre en conflicto con ninguna información obligatoria en la etiqueta.

Es importante destacar que ninguna Parte podrá impedir las importaciones de vino de otras Partes sobre la base de que la etiqueta del vino incluya los siguientes términos: chateau, classic, clos, cream, crusted, crusting, fine, bottled vintage tardío, noble, reserva, ruby, special reserve, solera, superior, sur lie, leonado, vintage o estilo vintage.

Ninguna Parte podrá requerir una etiqueta o envase de vino para divulgar una práctica enológica, salvo que sea para cumplir con un objetivo legítimo de salud o seguridad humana con respecto a esa práctica enológica.

Asimismo, cada Parte permitirá que el vino se etiquete como Icewine, ice wine, ice-wine o una variación similar de esos términos, solo si el vino está hecho exclusivamente a partir de uvas naturalmente congeladas en la vid.

Se prohíbe que una Parte importadora exija que el vino o bebidas destiladas importados sean certificados por un organismo oficial de certificación de la Parte en cuyo territorio se produjeron los vinos o bebidas destiladas o por un organismo de certificación reconocido por la Parte en cuyo territorio se produjeron los vinos o bebidas destiladas con respecto a:

- a) Las declaraciones de vinos vintage, varietales, regionales o de denominación de origen; o
- b) Materias primas y procesos de producción de bebidas, salvo que la Parte importadora pueda exigir:

- i) Que el vino o las bebidas destiladas se certifiquen con respecto a los subpárrafos (a) o (b) si la Parte en cuyo territorio se produjo el vino o las bebidas destiladas requiera esa certificación, o
- ii) Que el vino esté certificado con respecto al subpárrafo (a) si la Parte importadora tiene una preocupación razonable y legítima relativa a una declaración de vinos vintage, varietal, regional o de denominación de origen, o que las bebidas destiladas estén certificadas con respecto al subpárrafo (b) si la certificación es necesaria para verificar reclamos tales como edad, origen, o normas de identidad.

Cada Parte procurará evaluar las leyes, regulaciones y requisitos de las otras Partes con respecto a las prácticas enológicas, con el objetivo de alcanzar acuerdos que dispongan la aceptación de las Partes de los mecanismos de cada una para regular las prácticas enológicas, de ser apropiado.

Finalmente respecto al etiquetado, cada Parte deberá permitir que una etiqueta de vino o bebida destilada incluya:

- a) Declaraciones con respecto a la calidad;
 - b) Declaraciones sobre procesos de producción; y
 - c) Dibujos, figuras o ilustraciones,
- siempre que no sean falsos, engañosos, obscenos u ofensivos, tal como se defina en el ordenamiento jurídico de cada Parte.

Se destaca que nada de lo señalado afecta los requisitos de información obligatorios o la capacidad de una Parte para hacer cumplir sus leyes y regulaciones de propiedad intelectual, salud y seguridad.

b) Capítulo 20: Derechos de Propiedad Intelectual.

La Sección E se refiere a Indicaciones Geográficas y el Artículo 20.29 al reconocimiento de las mismas por las Partes del Tratado. Las Partes reconocen en el T-MEC que las indicaciones geográficas pueden ser protegidas a través de una marca, o un sistema *sui generis* u otros medios legales.¹⁹

¹⁹ Sobre las IG en México y su relación con el vino mexicano véase Cruz Barney,

Si bien una Parte no estará obligada a aplicar lo siguiente a las indicaciones geográficas para vinos y bebidas espirituosas o a las solicitudes o peticiones para esas indicaciones geográficas, cuando una Parte dispone procedimientos administrativos para la protección o el reconocimiento de indicaciones geográficas, sea a través de una marca o de un sistema *sui generis*, con respecto a las solicitudes para esa protección o las peticiones de ese reconocimiento, esa Parte deberá:

- a) Aceptar esas solicitudes o peticiones sin requerir la intercesión de una Parte en nombre de sus nacionales;
- b) Procesar esas solicitudes o peticiones sin imponer formalidades excesivamente gravosas;
- c) Asegurar que sus leyes y regulaciones sobre la presentación de esas solicitudes o peticiones se encuentren fácilmente disponibles para el público y establezcan claramente los procedimientos para estas acciones;
- d) Poner a disposición información suficiente que permita al público en general obtener orientación sobre los procedimientos para la presentación de solicitudes o peticiones y sobre la tramitación de esas solicitudes o peticiones en general; y permitir a un solicitante, un peticionario, o el representante legal de éstos averiguar el estado de solicitudes y peticiones específicas;
- e) Requerir que solicitudes o peticiones puedan especificar una traducción o transliteración particular para la cual busca protección;
- f) Examinar solicitudes o peticiones;
- g) Asegurar que esas solicitudes o peticiones sean publicadas para oposición y prever procedimientos para la oposición a indicaciones geográficas sujetas a solicitudes o peticiones;
- h) Otorgar un periodo razonable de tiempo durante el cual una persona interesada pueda oponerse a la solicitud o petición;

Oscar, “Las denominaciones de origen y el vino mexicano”, en Tortolero Cervantes, Francisco (Coord.), Tres retos regulatorios para el sector vitivinícola de México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 50, 2021.

- i) Requerir que decisiones administrativas en procedimientos de oposición sean razonadas y por escrito, las cuales puedan proporcionarse por medios electrónicos;
- j) Requerir que decisiones administrativas en procedimientos de cancelación sean razonadas y por escrito, las cuales puedan proporcionarse por medios electrónicos, y
- k) Disponer que la protección o reconocimiento otorgado a una indicación geográfica pueda ser cancelado.

Para mayor certeza, si una Parte dispone que los procedimientos antes descritos se apliquen a las indicaciones geográficas sobre vinos y bebidas espirituosas o a las solicitudes o peticiones de esas indicaciones geográficas, esa Parte no está obligada a proteger o reconocer una indicación geográfica de cualquier otra Parte con respecto de productos vitícolas respecto de los cuales la indicación pertinente es idéntica a la denominación habitual de una variedad de uva existente en el territorio de esa Parte.

III. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea es el principal productor de vino del mundo. Entre 2016 y 2020, la producción media anual fue de 165 millones de hectolitros y en 2020 representó el 45% de la superficie vitivinícola a nivel mundial, el 64% de la producción y el 48% del consumo. El vino es el sector agroalimentario más grande de la UE en términos de exportación (7,6% del valor agroalimentario exportado en 2020).²⁰

²⁰ *Vino*, Comisión Europea. Disponible en: https://agriculture.ec.europa.eu/farming/crop-productions-and-plant-based-products/wine_es

El vino es uno de los principales productos agroindustriales de la Unión Europea que son exportados a México. En 2017 representaron el 6.1% de las importaciones del sector provenientes de la UE con un monto de 92 millones de dólares, bajo la fracción arancelaria 2204.21.02²¹

En abril de 2020 finalizaron las negociaciones para la modernización del Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea. En su momento, la secretaria de Economía, Graciela Márquez y el comisario de Comercio de la Comisión Europea, Phil Hogan, anunciaron dicha conclusión. Cabe destacar que el texto modernizado del TLCUEM todavía no entra en vigor y su contenido puede sufrir modificaciones pues será final hasta el momento de su firma.²²

Con la nueva versión del acuerdo se pretende ilegalizar la venta en México de imitaciones de 340 alimentos y vinos característicos de regiones específicas de la UE, tales como Champagne, jamón de Parma y vinagre balsámico de Módena.²³

Se dedica una sección al comercio de vinos y licores, que aplica a los productos vitivinícolas y las bebidas espirituosas de las partidas 2204, 2205 y 2208 del Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Mercancías, Designación y Codificación, o “Sistema Armonizado”, hecho en Bruselas el 14 de junio de 1983.

Las variedades de vid que pueden utilizarse en vinos importados de una Parte y comercializados en el territorio de la otra Parte son variedades de plantas de *Vitis vinifera* e híbridos de *Vitis vinifera* sin perjuicio de la existencia de legislación más restrictiva que una Parte pueda tener con respecto a vino producido en su territorio.

²¹ *Sector agroindustrial*. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/330038/TLCUEM_ficha_Agroalimentario.pdf Fecha de consulta: 14 de abril de 2022.

²² *Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea*. Disponible en: <https://www.gob.mx/tlcuem>

²³ *Acuerdo comercial UE-México*, Comisión Europea. Disponible en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/july/tradoc_157163.pdf

A) PRÁCTICAS DE VINIFICACIÓN

La Unión Europea deberá autorizar la importación y comercialización en su territorio para consumo humano de productos vitivinícolas originarios de México y elaborados de conformidad con:

- a) Las definiciones de productos autorizadas en México por las leyes y reglamentos acordados por las Partes,
- b) Las prácticas y restricciones enológicas autorizadas en México conforme a las leyes y reglamentos acordados por las partes o que de otro modo hayan sido aprobadas para su uso en vinos de exportación por la autoridad competente, en la medida en que sean recomendadas y publicado por la Organización Internacional de la Vid y el Vino, en adelante denominada “OIV”.
- c) Queda excluida la adición de alcohol o aguardiente para todos los vinos que no sean vinos de licor. a los que sólo se puede añadir alcohol de origen vinícola o aguardiente de uva. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de añadir alcohol distinto del alcohol de origen vinícola en la elaboración del “Vino generoso”, siempre que dicha adición se indique claramente en el etiquetado.

Por su parte México deberá autorizar la importación y comercialización en su territorio para consumo humano de productos vitivinícolas originarios de la Unión Europea y producidos de conformidad con:

- a) Las definiciones de productos autorizadas en la Unión Europea por las leyes y reglamentos acordados por las Partes,
- b) Las prácticas y restricciones enológicas autorizadas en la Unión Europea por las leyes y reglamentos acordados por las Partes.
- c) Queda excluida la adición de alcohol o aguardiente para todos los vinos que no sean vinos de licor. a los que sólo se puede añadir alcohol de origen vinícola o aguardiente de uva.

Las Partes podrán decidir conjuntamente agregar, eliminar o modificar referencias a definiciones de productos, prácticas y restricciones enológicas. Tales decisiones se adoptarán por consenso.

B) ETIQUETADO DE VINOS Y LICORES

Se establece que ninguna Parte requerirá que cualquiera de las siguientes fechas o su equivalente aparezca en el envase, etiqueta o empaque de un vino o licor:

- a. Fecha de envasado;
- b. Fecha de embotellado;
- c. Fecha de producción o fabricación;
- d. Fecha de caducidad, fecha de duración mínima, mejor calidad antes de la fecha.

Una Parte podrá exigir la exhibición de una fecha de duración mínima por la adición de ingredientes percederos o por una duración considerada por el productor menor o igual a doce meses.

Ninguna Parte podrá exigir que las traducciones de marcas comerciales, nombres comerciales o indicaciones geográficas aparezcan en los envases, etiquetas o envases de vinos y bebidas espirituosas. Cada Parte permitirá que la información obligatoria, incluidas las traducciones, se muestre en una etiqueta adicional adherida a un envase de vino y bebidas espirituosas. Se pueden colocar etiquetas complementarias en un contenedor de vinos o licores importados después de la importación pero antes de ofrecer el producto a la venta en el territorio de la Parte, siempre que la información obligatoria de la etiqueta original se refleje de manera completa y precisa.

Se permitirá:

El uso de códigos de lote de identificación y, cuando estén presentes, se preservarán para que no se eliminen.

El uso de dibujos, figuras, ilustraciones y reivindicaciones o leyendas en las botellas en tanto no sustituyan a la información obligatoria del etiquetado y no induzcan a error al consumidor sobre las características reales y la composición de los vinos y bebidas espirituosas.

El vino y las bebidas espirituosas no estarán sujetos al etiquetado de alérgenos con respecto a los alérgenos que se hayan utilizado en la fabricación y preparación de la bebida espirituosa y que no estén presentes en el producto final.

Para el comercio de vino entre las Partes, un vino originario de la Comunidad Europea podrá ser descrito o presentado en México con una indicación del tipo de producto como se especifica en el propio TLCUEM.

Las siguientes denominaciones están protegidas con respecto a vinos y bebidas espirituosas, de conformidad con el Convenio de París:

- a) El nombre de un Estado miembro de la Unión Europea para los vinos y bebidas espirituosas originarios del Estado miembro de que se trate,
- b) El nombre de los Estados Unidos Mexicanos o de México y sus Estados.

Las Partes permitirán que las etiquetas de vinos o bebidas espirituosas expresen el contenido alcohólico volumétrico en las siguientes siglas:

- a) % Alc. vol.
- b) % vol. alc.
- c) % alc. vol.
- d) % alc vol.
- e) % Alc.
- f) % Alc./Vol.
- g) Alc()%vol.
- h) % alc./vol.
- i) alc.()%vol
- c) Certificación de vinos y licores

Para los productos vitivinícolas importados de una Parte y comercializados en la otra Parte, la documentación y certificación que pueda ser requerida por cualquiera de las Partes se limitará a lo establecido en el Tratado. Asimismo, las Partes acordaron no

someter la importación de vino originario del territorio de la otra Parte a requisitos de certificación de importación más restrictivos que cualquiera de los establecidos en el Acuerdo, si bien podrán aplicar reglamentos nacionales, con el fin de identificar productos adulterados o contaminados, después de la importación definitiva.

En caso de disputa, los métodos de análisis reconocidos como métodos de referencia son aquellos que cumplen con los estándares recomendados por Organizaciones Internacionales tales como la Organización Internacional para la Estandarización (ISO), pero en caso de que tales métodos no existan, las partes reconocerán los métodos de la OIV.

Las Partes autorizarán la importación en su territorio de bebidas espirituosas de conformidad con las normas que rigen el documento de certificación de importación y los informes de análisis previstos en su legislación interna.

En el caso de Tequila y Mezcal importados por la Unión Europea, las Autoridades Aduaneras Europeas requerirán la presencia del certificado de autenticidad de exportación de dichos productos emitido por los Organismos de Evaluación de la Conformidad acreditados y aprobados por las autoridades mexicanas.

Las Partes se reservan el derecho de introducir requisitos de certificación de importación adicionales temporales para vinos y licores importados de la otra Parte en respuesta a preocupaciones legítimas de política pública, como la salud o la protección del consumidor, o para actuar contra el fraude. En este caso, la otra Parte deberá recibir información adecuada con tiempo suficiente para permitir el cumplimiento de los requisitos adicionales, si bien dichos requisitos no se extenderán más allá del período de tiempo necesario para responder a la preocupación particular de política pública en respuesta a la cual fueron introducidos. Se aclara que lo anterior es sin perjuicio de las leyes y reglamentos de cada Parte para la comercialización y comercialización de dichos productos.

C) REGLAS APLICABLES

A menos que se disponga lo contrario en el Tratado, la importación y comercialización de productos cubiertos por la Sección dedicada al comercio de vinos y licores comercializados entre las Partes, se realizará de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables en el territorio de la Parte de importación.

D) MEDIDAS TRANSITORIAS

Los productos que, a la fecha de entrada en vigor del Tratado, hayan sido producidos, descritos y presentados de conformidad con las leyes y reglamentos internos de las Partes y sus obligaciones bilaterales entre sí, pero de una manera prohibida por la Sección dedicada al comercio de vinos y licores comercializados entre las Partes, pueden ser comercializados bajo las siguientes condiciones:

- i) Por mayoristas o productores, por un período de 2 años.
- ii) Por los minoristas, hasta que se agoten las existencias.
- f) El Subcomité de comercio de vinos y bebidas espirituosas y cooperación.

Se establece un Subcomité sobre el Comercio de Vinos y Bebidas Espirituosas con el propósito de implementar y monitorear el desarrollo de la Sección dedicada al comercio de vinos y licores comercializados entre las Partes, para con ello intensificar su cooperación e intercambiar información. Corresponde al Subcomité determinar por consenso su propio reglamento.

Las Partes a través del Subcomité mantendrán contacto y deberán cooperar en todos los asuntos relacionados con la implementación y el funcionamiento de la Sección. En particular, las Partes se deberán asegurar de que se notifiquen oportunamente las modificaciones de las leyes y reglamentos sobre las materias cubiertas por la Sección que tengan un impacto en los productos comercializados entre ellas.

El Subcomité deberá velar por el correcto funcionamiento de la Sección y podrá hacer recomendaciones y adoptar por consenso decisiones según lo dispuesto en el Tratado.

E) COOPERACIÓN EN EL COMERCIO DE VINOS Y BEBIDAS ESPIRITUOSAS.

Las Partes acordaron cooperar y abordar cuestiones relacionadas con el comercio de vinos y bebidas espirituosas, en particular:

- Definiciones de productos, certificación y etiquetado de vinos;
- Uso de variedades de uva en la vinificación y etiquetado de las mismas;
- Definiciones de productos, certificación y etiquetado de bebidas espirituosas.

Cada Parte se obliga a designar los órganos y autoridades responsables de la aplicación/ejecución de la Sección, a fin de facilitar la asistencia mutua entre sus autoridades. Cuando una Parte designe más de un organismo o autoridad competente, garantizará la coordinación del trabajo de dichos organismos y autoridades. En ese caso, una Parte también deberá designar una autoridad de enlace única que deberá servir como punto de contacto único para la autoridad u organismo de la otra Parte. En este sentido, las Partes se deberán informar mutuamente los nombres y direcciones de los organismos y autoridades a que se refiere este artículo a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor del Tratado.

F) INCORPORACIÓN DE ACUERDO EXISTENTE.

El Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos Mexicanos sobre el Reconocimiento Mutuo y la Protección de las Bebidas Espirituosas, hecho en Bruselas el 27 de mayo de 1997, enmendado se considera incorporado al Tratado y forma parte de

este. Las disposiciones del Acuerdo sobre Bebidas Espirituosas de 1997, enmendado e incorporado al TLCUEM, prevalecerán en la medida en que exista una inconsistencia entre las disposiciones de ese acuerdo y cualquier otra disposición de este Tratado.

1. LAS INDICACIONES GEOGRÁFICAS QUE LA UNIÓN EUROPEA BUSCA PROTEGER EN EL TERRITORIO MEXICANO

En el Diario Oficial de la Federación del día 10 de agosto de 2017²⁴ se publicó el AVISO por el cual se dan a conocer y se somete a consulta las indicaciones geográficas que la Unión Europea busca proteger en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos en el marco de las negociaciones de la modernización del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por otra.

Recordemos que, como señala Ana Alba Betancourt, la función de una indicación geográfica es la de identificar el lugar del que un producto es originario, siempre que debido a ese origen el producto tenga determinada calidad, reputación o característica relacionada a su origen.²⁵ Cuando un producto protegido por una Indicación Geográfica se exporta se busca extender la protección al Estado destino, a través de la cooperación internacional.²⁶

²⁴ AVISO por el cual se dan a conocer y se somete a consulta las indicaciones geográficas que la Unión Europea busca proteger en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos en el marco de las negociaciones de la modernización del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por otra, en Diario Oficial de la Federación del día 10 de agosto de 2017.

²⁵ Alba Betancourt, Ana, “Marcas e indicaciones de origen en productos vitivinícolas”, en Tortolero Cervantes, Francisco (Coord.), Tres retos regulatorios para el sector vitivinícola de México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 50, 2021, pág. 35.

²⁶ En este sentido González Martín, Nuria, “Reglas internacionales aplicables en

La Unión Europea propuso a México una importante lista de nombres en los que busca el reconocimiento y protección como indicación geográfica en el territorio nacional. Un número importante de nombres se refiere a vinos de diversos países de la Unión Europea.²⁷

IV. EL ACUERDO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LA COMUNIDAD EUROPEA SOBRE EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y LA PROTECCIÓN DE LAS DENOMINACIONES EN EL SECTOR DE LAS BEBIDAS ESPIRITUOSAS DE 1997

Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de julio de 1997, el Acuerdo entre los estados unidos mexicanos y la comunidad europea sobre el reconocimiento mutuo y la protección de las denominaciones en el sector de las bebidas espirituosas fue hecho en Bruselas, el veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y siete. Plantea que sobre la base de los principios de no discriminación y reciprocidad, las Partes Contratantes acuerdan facilitar y promover entre sí los intercambios comerciales de bebidas espirituosas. El Acuerdo se aplica a los productos de la partida 2208 del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías.

México para el diseño de futuras indicaciones geográficas en el sector vitivinícola”, en Tortolero Cervantes, Francisco (Coord.), Tres retos regulatorios para el sector vitivinícola de México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 50, 2021, pág. 41.

²⁷ Téngase presente que los nombres identificados en la lista con (*) se encuentran protegidos en territorio nacional conforme a lo previsto en el Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen.

¹os nombres identificados con (***) cuentan con reconocimiento conforme al Arreglo de Lisboa, no obstante, actualmente son objeto de impugnación.

A) DEFINICIONES

El Acuerdo incluye una sección de definiciones que son las siguientes:

- a) “Bebida espirituosa originaria de”, seguido del nombre de una de las Partes Contratantes: una bebida espirituosa que figure en el Anexo del Acuerdo y que haya sido elaborada en el territorio de dicha Parte Contratante;
- b) “Designación”: las denominaciones utilizadas en el etiquetado, en los documentos que acompañen a la bebida espirituosa durante su transporte, en los documentos comerciales como facturas y albaranes (guías) y en la publicidad;
- c) “Etiquetado”: el conjunto de las designaciones y demás indicaciones, señales, ilustraciones o marcas que caractericen a la bebida espirituosa y aparezcan en el mismo recipiente, incluido el dispositivo de cierre, en el colgante unido al recipiente o en el revestimiento del cuello de la botella;
- d) “Presentación”: las denominaciones utilizadas en los recipientes y su dispositivo de cierre, en el etiquetado y en el embalaje;
- e) “Embalaje”: los envoltorios de protección, tales como papeles, fundas de paja de todo tipo, cartones y cajas, utilizados para el transporte de uno o varios recipientes.

B) DENOMINACIONES INCLUIDAS EN EL ACUERDO

Las Partes acordaron una actualización a la lista de denominaciones de bebidas espirituosas contenidas en el Acuerdo. Con esta actualización, México no únicamente asegura la continuidad de protección de las denominaciones “Tequila”, “Mezcal”, “Sotol” y “Charanda”, sino que extiende la protección que prevé el Acuerdo a las denominaciones “Bacanora” y “Raicilla”.

La actualización del Acuerdo de Bebidas Espirituosas surtió efectos a partir del 31 de enero de 2020, tanto en México como en la Unión Europea, es en el Artículo 3 que se establece el campo de protección del Acuerdo al establecer que quedan protegidas las

siguientes denominaciones:

- a) Por lo que se refiere a las bebidas espirituosas originarias de la Comunidad Europea, las que figuran en el Anexo I actualizado.
- b) Por lo que se refiere a las bebidas espirituosas originarias de los Estados Unidos Mexicanos, las que figuran en el Anexo II actualizado.

En México, las denominaciones protegidas de la Comunidad:

- Sólo podrán ser utilizadas en las condiciones previstas en la legislación y reglamentación de la Comunidad, y
- Se reservan exclusivamente a las bebidas espirituosas originarias de la Comunidad a las que sean aplicables.

Por su parte, en la Comunidad, las denominaciones protegidas mexicanas:

- Solo podrán ser utilizadas en las condiciones previstas en la legislación y reglamentación de los Estados Unidos Mexicanos, y
- Se reservan exclusivamente a las bebidas espirituosas originarias de los Estados Unidos Mexicanos a las que sean aplicables.

C) MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Se acuerda que sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del *Acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relativos al comercio* que figuran en el Anexo 1C del Acuerdo que instituye la Organización Mundial del Comercio, las Partes Contratantes deberán adoptar todas las medidas necesarias, con arreglo al Acuerdo, para garantizar la protección mutua de las denominaciones protegidas, utilizadas para la designación de bebidas espirituosas originarias del territorio de las Partes Contratantes. Cada Parte Contratante proporcionará a las partes interesadas los medios jurídicos necesarios para evitar la utilización de una denominación para designar una bebida espirituosa que no sea originaria del lugar designado por dicha denominación o del lugar donde dicha denominación se ha venido usando tradicionalmente.

Se aclara que las Partes Contratantes no denegarán la protección

establecida en las circunstancias definidas en los apartados 4, 5, 6 y 7 del artículo 24 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Dicho artículo 24 se refiere a las Negociaciones internacionales y sus excepciones. Establece en los apartados 4, 5, 6 y 7 lo siguiente:

4. Ninguna de las disposiciones de esta Sección impondrá a un Miembro la obligación de impedir el uso continuado y similar de una determinada indicación geográfica de otro Miembro, que identifique vinos o bebidas espirituosas en relación con bienes o servicios, por ninguno de sus nacionales o domiciliarios que hayan utilizado esa indicación geográfica de manera continua para esos mismos bienes o servicios, u otros afines, en el territorio de ese Miembro a) durante 10 años como mínimo antes de la fecha de 15 de abril de 1994, o b) de buena fe, antes de esa fecha.

5. Cuando una marca de fábrica o de comercio haya sido solicitada o registrada de buena fe, o cuando los derechos a una marca de fábrica o de comercio se hayan adquirido mediante su uso de buena fe:

- a) antes de la fecha de aplicación de estas disposiciones en ese Miembro, según lo establecido en la Parte VI; o
- b) antes de que la indicación geográfica estuviera protegida en su país de origen;

las medidas adoptadas para aplicar esta Sección no prejuzgarán la posibilidad de registro ni la validez del registro de una marca de fábrica o de comercio, ni el derecho a hacer uso de dicha marca, por el motivo de que ésta es idéntica o similar a una indicación geográfica.

6. Nada de lo previsto en esta Sección obligará a un Miembro a aplicar sus disposiciones en el caso de una indicación geográfica de cualquier otro Miembro utilizada con respecto a bienes o servicios para los cuales la indicación pertinente es idéntica al término habitual en lenguaje corriente que es el nombre común de tales bienes o servicios en el territorio de ese Miembro. Nada de lo previsto en esta Sección obligará a un Miembro a aplicar sus disposiciones en el caso de una indicación geográfica de cualquier otro Miembro utili-

zada con respecto a productos vitícolas para los cuales la indicación pertinente es idéntica a la denominación habitual de una variedad de uva existente en el territorio de ese Miembro en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

7. Todo Miembro podrá establecer que cualquier solicitud formulada en el ámbito de la presente Sección en relación con el uso o el registro de una marca de fábrica o de comercio ha de presentarse dentro de un plazo de cinco años contados a partir del momento en que el uso lesivo de la indicación protegida haya adquirido notoriedad general en ese Miembro, o a partir de la fecha de registro de la marca de fábrica o de comercio en ese Miembro, siempre que la marca haya sido publicada para entonces, si tal fecha es anterior a aquella en que el uso lesivo adquirió notoriedad general en dicho Miembro, con la salvedad de que la indicación geográfica no se haya usado o registrado de mala fe.

La protección se aplicará incluso cuando se indique el origen auténtico de la bebida espirituosa o cuando la denominación figure traducida o acompañada de términos tales como “clase”, “tipo”, “estilo”, “modo”, “imitación”, “método” u otras expresiones análogas que incluyan símbolos gráficos que puedan originar confusión.

En caso de que existan denominaciones homónimas de bebidas espirituosas, la protección se concederá a cada una de las denominaciones. Las Partes Contratantes determinarán las condiciones prácticas necesarias para diferenciar las indicaciones homónimas en cuestión, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar un tratamiento equitativo a los productores afectados y de no inducir a error a los consumidores.

Las disposiciones del Acuerdo se deberán entender sin perjuicio del derecho de toda persona a emplear para fines comerciales su nombre o el nombre de su predecesor en el negocio, siempre que dicho nombre no se utilice de forma que pueda inducir a error a los consumidores.

Cabe destacar que conforme al Artículo 8 del Acuerdo, las Partes

Contratantes no quedarán obligadas a proteger una denominación de la otra Parte Contratante que no esté protegida en su país de origen, que haya dejado de estar protegida o que haya caído en desuso en dicho país.

Las Partes Contratantes deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que, en caso de exportación y de comercialización de bebidas espirituosas originarias de las Partes Contratantes fuera de sus respectivos territorios, las denominaciones protegidas de una de las Partes Contratantes en virtud del Acuerdo no se utilicen para designar o presentar una bebida espirituosa originaria de la otra Parte.

En la medida en que la legislación de las Partes Contratantes lo permita, la protección proporcionada por el Acuerdo se extenderá a las personas físicas y jurídicas y a las federaciones, asociaciones y organizaciones de productores, comerciantes o consumidores con sede en la otra Parte Contratante.

Si la designación o la presentación de una bebida espirituosa, sobre todo en la etiqueta o en los documentos oficiales o comerciales o en su publicidad, incumplieren los términos del Acuerdo, las Partes Contratantes aplicarán las medidas administrativas o iniciarán los procedimientos judiciales necesarios para luchar contra la competencia desleal o impedir de cualquier otro modo la utilización abusiva del nombre protegido.

D) ÁMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN

El Acuerdo se aplica en los territorios en los que sea aplicable el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en las condiciones previstas por dicho Tratado, por un lado, y en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos, por otro.

E) EXCLUSIONES

El Acuerdo no es aplicable a las bebidas espirituosas:

- a) Que estén en tránsito en el territorio de una de las Partes Contratantes, o
- b) Que sean originarias de una de las Partes Contratantes y se envíen en pequeñas cantidades a la otra Parte Contratante.
Se considerarán pequeñas cantidades:
 - a) Las cantidades de bebidas espirituosas que no excedan de 10 litros por viajero, que vayan en el equipaje personal del mismo;
 - b) Las cantidades de bebidas espirituosas que no excedan de 10 litros, enviadas de particular a particular;
 - c) Las bebidas espirituosas incluidas en los cambios de residencia de particulares;
 - d) Las cantidades de bebidas espirituosas importadas con fines de experimentación científica y técnica, hasta un límite de un hectolitro;
 - e) Las bebidas espirituosas destinadas a las representaciones diplomáticas, consulares y organismos similares, importadas con exención de derechos;
 - f) Las bebidas espirituosas incluidas en las provisiones de a bordo de los medios de transporte internacionales.

F) ORGANISMOS RESPONSABLES DEL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO

Cada una de las Partes Contratantes es responsable de designar a los organismos responsables del control de la aplicación del Acuerdo (en México es la Secretaría de Economía). En caso de que uno de los organismos señalados tuviera motivos para sospechar:

- a) Que una bebida espirituosa que sea o haya sido objeto de una transacción comercial entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad, no cumple las disposiciones del Acuerdo o la normativa comunitaria o mexicana aplicable al sector de las bebidas espirituosas, y

b) Que dicho incumplimiento reviste un especial interés para la otra Parte Contratante y puede dar lugar a medidas administrativas o a un procedimiento judicial, dicho organismo deberá informar de ello inmediatamente a la Comisión y a los organismos competentes de la otra Parte Contratante.

La información facilitada deberá ir acompañada de documentos oficiales, comerciales o de otro tipo, indicándose asimismo las posibles medidas administrativas o procedimientos judiciales. Concretamente, la información incluirá los siguientes datos sobre la bebida espirituosa en cuestión:

- a) El productor y la persona en posesión de la bebida espirituosa;
- b) La composición de dicha bebida;
- c) Su designación y presentación;
- d) La naturaleza de la infracción de las normas de producción y comercialización.

G) CONSULTAS

Las Partes Contratantes deberán celebrar consultas cuando una de ellas considere que la otra no ha cumplido alguna de las obligaciones contraídas con arreglo al Acuerdo. La Parte Contratante que solicite la celebración de consultas facilitará a la otra Parte toda la información necesaria para examinar detalladamente el caso en cuestión. En caso de que un retraso suponga un riesgo para la salud humana o merme la eficacia de las medidas de control del fraude, se podrán adoptar medidas provisionales de salvaguarda, sin consulta previa, siempre que se celebren consultas inmediatamente después de la adopción de dichas medidas.

En caso de que, tras la celebración de las consultas las Partes Contratantes no hayan logrado acuerdo alguno, la Parte que haya solicitado las consultas o adoptado las medidas provisionales de salvaguarda, podrán tomar las medidas cautelares pertinentes necesarias para la aplicación del Acuerdo.

H) EL COMITÉ MIXTO

Se crea un Comité Mixto formado por representantes de la Comunidad y de los Estados Unidos Mexicanos, que se reunirá alternativamente en la Comunidad y en los Estados Unidos Mexicanos a petición de una de las Partes Contratantes y conforme a las necesidades de aplicación del Acuerdo.

Corresponde al Comité mixto velar por el correcto funcionamiento del Acuerdo y examinar todas las cuestiones que plantee la aplicación del mismo. Concretamente, el Comité mixto podrá formular recomendaciones que contribuyan al logro de los objetivos del Acuerdo.

Las Partes Contratantes podrán modificar de mutuo acuerdo las disposiciones del Acuerdo, con el fin de ampliar su cooperación en el sector de las bebidas espirituosas.

En la medida en que la legislación de una de las Partes Contratantes se modifique para proteger denominaciones distintas de las que figuran en los Anexos del Acuerdo, la inclusión de dichas denominaciones tendrá lugar una vez finalizadas las consultas, en un plazo de tiempo razonable.

V. CONCLUSIÓN

México tiene grandes oportunidades de crecimiento para su sector vitivinícola. El mercado interno debe ser atendido y cubierto en mayor medida. El desarrollo de la cultura del vino en los consumidores mexicanos será un detonante importante para las inversiones en el campo, si bien la carencia de una regulación adecuada impide un desarrollo ordenado y racional del área.

El que los principales socios comerciales de México serán grandes productores y/o importadores y consumidores vitivinícolas significa tanto un reto como una enorme oportunidad. Un reto por la enorme competencia que representa en el mercado interno la

presencia de una vasta variedad de etiquetas extranjeras a precios competitivos; una oportunidad para que, contando con la regulación y disciplinas adecuadas, los vinos mexicanos puedan alcanzar estándares mínimos de calidad que permitan conquistar los mercados de exportación, ya abiertos por el régimen de libre comercio imperante.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

1. BIBLIOGRAFÍA

ALBA BETANCOURT, Ana, “Marcas e indicaciones de origen en productos vitivinícolas”, en Tortolero Cervantes, Francisco (Coord.), *Tres retos regulatorios para el sector vitivinícola de México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 50, 2021.

BAHANS, Jean-Marc, “Vins biologiques et signes distinctifs de la qualité environnementale”, en Bahans, Jean-Marc et Hakim, Nader (Dir.), *Le droit du vin à l'épreuve des enjeux environnementaux. Histoire et actualités du droit viticole*, Bordeaux, Féret, 2015.

CRUZ BARNEY, Oscar, “Las denominaciones de origen y el vino mexicano”, en Tortolero Cervantes, Francisco (Coord.), *Tres retos regulatorios para el sector vitivinícola de México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 50, 2021.

_____, *La Ley General de Fomento a la Industria Vitivinícola*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie o colección: Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia Nacional, Número 10, 2019.

- _____, Oscar, *La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- DURAND-VIEL, Sébastien y Cobbold, David, *Les cépages*, France, Hachette Vins, 2020.
- GAUTIER, Jean-Francois, *Histoire du vin*, 2a ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1996.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Reglas internacionales aplicables en México para el diseño de futuras indicaciones geográficas en el sector vitivinícola”, en Tortolero Cervantes, Francisco (Coord.), *Tres retos regulatorios para el sector vitivinícola de México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 50, 2021.
- HAKIM, Nader, “Lectures de la norme communautaire sur le vin biologique du 8 mars 2012”, en Bahans, Jean-Marc et Hakim, Nader (Dir.), *Le droit du vin à l'épreuve des enjeux environnementaux. Histoire et actualités du droit viticole*, Bordeaux, Féret, 2015.
- MENDELSON, Richard, *From Demon to Darling: A Legal History of Wine in America*, University of California Press, 2009.
- MUR, Alain, “La définition du vin biologique dans le droit de l'Union Européene”, en Bahans, Jean-Marc et Hakim, Nader (Dir.), *Le droit du vin à l'épreuve des enjeux environnementaux. Histoire et actualités du droit viticole*, Bordeaux, Féret, 2015.
- PARREÑO PARREÑO, Juan, *Estudio de mercado. El mercado del vino en Canadá 2020*, España, Oficina Económica y Comercial de España en Toronto, ICEX España Exportación e Inversiones, 2020.
- ROCA, Josep y Puig, Imma, *Tras las viñas. Un viaje al alma de los vinos*, 2ª ed., Navarra, Debate, 2016.

TORTOLERO CERVANTES, Francisco (Coord.), *Tres retos regulatorios para el sector vitivinícola de México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 50, 2021.

VIALARD, Antoine, “L’idée de qualité dans le droit viti-vinicole du XXe siècle”, en CERHIR, *Le vin à travers les âges, produit de qualité, agent économique*, Bordeaux, Éditions Féret, 2001.

2. FUENTES

Acuerdo Comercial UE-México. Disponible en: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/july/tradoc_157163.pdf>

Acuerdo sobre el Reconocimiento Mutuo y la Protección de las Denominaciones de las Bebidas Espirituosas entre México y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, hecho en México el 30 de noviembre de 2020.

AVISO por el cual se dan a conocer y se somete a consulta las indicaciones geográficas que la Unión Europea busca proteger en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos en el marco de las negociaciones de la modernización del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por otra, en Diario Oficial de la Federación del día 10 de agosto de 2017.

Carta de Robert E. Lighthizer a Charles E. Schumer. Disponible en: <<https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTA%20Notification.pdf>>

Comisión Europea, *Agriculture and rural development, Vino*. Disponible en: <https://agriculture.ec.europa.eu/farming/crop-productions-and-plant-based-products/wine_es>

Consejo Mexicano Vitivinícola, El Vino Mexicano en Números. Disponible en: <<https://uvayvino.org.mx/2020/11/30/el-vino-mexicano-en-numeros/>>

DECRETO Promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho; del Protocolo Modificatorio al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en la Ciudad de México el diez de diciembre de dos mil diecinueve; de seis acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados por intercambio de cartas fechadas en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho, y de dos acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados en la Ciudad de México, el diez de diciembre de dos mil diecinueve, en Diario Oficial de la Federación del día 29 de junio de 2020.

E. & J. Gallo Winery v. Gallo Cattle Co., 967 F.2d 1280 (9th Cir. 1992), en Robertson, Carol, *The little red book of wine law*, Chicago, American Bar Association, 2008.

TLCUEM, Ficha Agroalimentario. Disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/330038/TLCUEM_ficha_Agroalimentario.pdf>. Consultada el 14 de abril de 2022.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de diciembre de 1993.

Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea. Disponible en: <<https://www.gob.mx/tlcuem>>

LA ALIANZA DEL PACÍFICO

THE PACIFIC ALLIANCE

RUPERTO PATIÑO MANFFER¹

RESUMEN: En este documento se analiza el nacimiento, estructura, funcionamiento y resultados de la Alianza del Pacífico, en la que participan Colombia, Chile, México y Perú, que se ha reconocido como el mecanismo de integración económica más importante en Latinoamérica, con base en el Acuerdo Marco y su Protocolo Adicional y se analiza la problemática que deriva de la multiplicación de acuerdos comerciales regionales cuyo funcionamiento se ve obstaculizado por las diversas reglas de origen que limitan la expansión del comercio internacional.

ABSTRACT: This document analyzes the birth, structure, operation and results of the Pacific Alliance, in which Colombia, Chile, Mexico and Peru participate, which has been recognized as the most important economic integration mechanism in Latin America, based on in the Framework Agreement and its Additional Protocol and analyzes the problems arising from the multiplication of regional trade agreements whose operation is hampered by the various rules of origin that limit the expansion of international trade.

PALABRAS CLAVE: *Alianza del Pacífico; Acuerdo Marco; Protocolo Adicional; Organización Mundial de Comercio; Acuerdos comerciales regionales; reglas de origen.*

¹ Doctor en Derecho; especialista en comercio internacional; Panelista y Árbitro en diversos Tratados de Libre Comercio; académico e investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; datos de contacto: rupertopat@derecho.unam.mx

Fecha de recepción: 16 de mayo de 2022. Fecha de aceptación: 05 de diciembre de 2022.

KEYWORDS: *Pacific Alliance; Framework Agreement; Additional Protocol; World Trade Organization; Regional trade agreements; rules of origin.*

SUMARIO: Introducción. I. La Alianza del Pacífico; I.1 Antecedentes; I.2 El Acuerdo Marco; I.3 El Protocolo Adicional del Acuerdo Marco; I.4 Estados que tiene la categoría de observadores de la Alianza del Pacífico; I.5 Estados Asociados a la Alianza del Pacífico; I.6 Acuerdos comerciales entre los Estados de la Alianza del Pacífico; I.7 Estructura de la Alianza del Pacífico; I.8 Determinación del origen de las mercancías en los acuerdos comerciales regionales; I.9 El Certificado de Origen Electrónico en la Alianza del Pacífico: II. Tesis de Jurisprudencia del Poder Judicial Mexicano sobre la Verificación del Origen de las Mercancías Importadas a México; III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Alianza del Pacífico² se reconoce como el mecanismo de integración regional más importante en Latinoamérica, creado en el año 2011 por iniciativa de cuatro estados de la región, Colombia, Chile, México y Perú, en el que actualmente, participan mas de 59 estados que han alcanzado el estatus de país observador para que, previa negociación con el bloque, alcancen la condición de países asociados, tal como ya sucede con Singapur y próximamente con Australia, Canadá y Nueva Zelanda.

Dadas estas condiciones, hemos considerado conveniente escribir los avances de la investigación que estamos realizando sobre la Alianza del Pacífico, que incluye la estructura, funcionamiento y resoluciones adoptadas por los Presidentes de los países miembros, en cada una de las Cumbres del mecanismo, concentrando nuestra

² Alianza del Pacífico (1 de octubre de 2021). <https://alianzapacifico.net> (A del P, 2021)

atención en las consecuencias adversas que se derivan de la multiplicación de acuerdos comerciales regionales y consecuentemente de la aplicación de diversos criterios de origen de las mercancías, situación que se ha convertido en un obstáculo al crecimiento del comercio internacional más que un mecanismo de promoción al mismo.

En efecto, la suscripción de acuerdos comerciales regionales, celebrados bajo la modalidad de zonas de libre comercio, se ha multiplicado en todo el mundo. Actualmente la Organización Mundial de Comercio reporta que tiene noticia de la existencia de más de quinientos acuerdos comerciales regionales, es decir, prácticamente todos los países que son miembros de la OMC han transformado la excepción contenida en el artículo XXIV-5 del GATT de 48/94, que autoriza la creación de zonas de libre comercio y uniones aduaneras, en la regla y el principio de no discriminación contenido en el artículo primero del GATT de 47/94 se ha convertido en la excepción.³

Para lograr este objetivo dividimos el presente artículo en tres apartados; en el primero, analizamos los temas relevantes sobre la creación, estructura y funcionamiento de la Alianza del Pacífico, sus antecedentes; el Acuerdo Marco; el protocolo adicional del Acuerdo Marco; los países observadores; los países asociados y la problemática que se genera a partir de la inclusión de diversos criterios de origen, contenidos en los acuerdos comerciales regionales suscritos por los países que son fundadores de la Alianza del Pacífico. En el segundo apartado analizamos los criterios del Poder Judicial Mexicano expresados por conducto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de las facultades de las autoridades administrativas para cerciorarse del cumplimiento de las disposiciones en materia aduanera y el origen de las mercancías y en el último apartado expresamos nuestras conclusiones.

³ Organización Mundial de Comercio (OMC, 2021). https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm

II. LA ALIANZA DEL PACÍFICO

1 ANTECEDENTES

El 28 de abril del 2011, reunidos en la ciudad de Lima, Perú, en el marco de la Cumbre Presidencial de Lima, para una integración profunda, los presidentes de Colombia, Chile, México y Perú convinieron en lo siguiente:

“Establecer la Alianza del Pacífico para la conformación de un área de integración profunda en el marco del Arco del Pacífico Latinoamericano, que aliente la integración regional, así como un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de nuestras economías. A tal efecto, expresamos nuestro firme compromiso de avanzar progresivamente hacia el objetivo de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.”⁴

Posteriormente, el 4 de diciembre de 2011, en el marco de la II Cumbre de la Alianza del Pacífico, reunidos los cuatro presidentes de los países mencionados en la ciudad de Mérida, en el estado de Yucatán de México, con la participación, además, del presidente de la República de Panamá, acordaron girar instrucciones a sus ministros de Comercio y de Relaciones Exteriores, para avanzar y profundizar las tareas orientadas a alcanzar los objetivos esperados.

Las instrucciones giradas a los ministros de Comercio Exterior y de Relaciones Exteriores de los cuatro estados participantes se contienen en catorce párrafos, de los que únicamente, por razón de espacio, reproducimos los siguiente:

“Con el objetivo de seguir trabajando de manera decidida en lograr etapas superiores de integración, instruimos:

1. A los ministros de Comercio y de Relaciones Exteriores a concluir los trabajos del Acuerdo Marco con el fin de suscribir un tratado constitutivo fundacional de la Alianza del

⁴ (A del P, 2021), <https://alianzapacifico.net/descarga-documentos-declaraciones-presidenciales/>

Pacífico, en un plazo no mayor de seis meses a partir de la fecha de la celebración de esta II Cumbre.

2. El inicio de negociaciones sobre Comercio Electrónico en complemento a los Tratados de Libre Comercio vigentes entre los países de la Alianza; así como, la evaluación de la factibilidad de negociar disposiciones adicionales a las establecidas en los acuerdos internacionales de inversión vigentes entre los países de la Alianza que incorporen cláusulas de última generación, en particular en lo referente a las inversiones sostenibles y la promoción de inversiones y, de ser el caso, se inicien las negociaciones respectivas.
3. El inicio de los trabajos en materia de obstáculos técnicos al comercio, respecto de transparencia, cooperación regulatoria y técnica, y buenas prácticas regulatorias en 2012.
4. El Establecimiento de un sistema de certificación de origen electrónico; el inicio de los trabajos para la implementación del Operador Económico Autorizado y posterior reconocimiento mutuo; para la implementación local de Ventanillas Únicas y la definición del mecanismo para su posterior interoperabilidad.
5. a 14...⁵

Y en la IV Cumbre de Presidentes de la Alianza del Pacífico, celebrada el 6 de junio de 2012, en Paranal - Antofagasta, Chile, los Jefes de Estado de los cuatro países integrantes de la Alianza, Sebastián Piñera Echenique, de Chile; Ollanta Humala Tasso, de Perú; Juan Manuel Santos Calderón, de Colombia y Felipe Calderón Hinojosa, de México, celebraron la suscripción del Acuerdo Marco para el establecimiento de la Alianza del Pacífico, como instrumento jurídico que sienta las bases de la iniciativa de integración regional y dictaron instrucciones a sus autoridades de cada estado contenidas en catorce párrafos de los que, por razones de espacio, únicamente transcribimos las cuatro primeras, por considerarlas de la mayor relevancia.

⁵ (A del P, 2021)

- “1. Se avance paralelamente en las negociaciones en materia de eliminación de aranceles y reglas de origen, incluyendo la acumulación de origen, con el propósito de tener resultados a fin del año 2012.
 2. Se constituya un Grupo Técnico de Asuntos Institucionales para que negocie, entre otros asuntos, un régimen de solución de controversias.
 3. Se continúe avanzando en el sistema de certificación electrónica de origen entre los cuatro países de la Alianza del Pacífico y esté listo para implementarse, de ser posible, antes de diciembre del año 2013.
 4. Se continúe avanzando en la implementación de la interoperabilidad de las ventanillas únicas y el reconocimiento mutuo del Operador Económico Autorizado. Asimismo, se continúen los trabajos con miras a alcanzar un acuerdo de cooperación aduanera entre los países de la Alianza del Pacífico.
- 5 a 14...”⁶

2 EL ACUERDO MARCO⁷

El Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico es el instrumento jurídico por el que se crea formalmente la Alianza del Pacífico conformada por Colombia, Chile, México y Perú.

Para tener una mejor comprensión de la naturaleza económica y jurídica de este bloque de integración regional, reproducimos a continuación la descripción de la Alianza y sus objetivos, publicados en su página electrónica oficial, de la que hemos extraído el siguiente texto:

“La Alianza del Pacífico nació como una iniciativa económica y de desarrollo entre cuatro naciones de América Latina:

⁶ (A del P, 2021)

⁷ Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (AM, 2021), <https://alianzapacifico.net/descarga-documentos-acuerdo-marco-alianza-del-pacifico/>

Chile, Colombia, México y Perú. Desde ese momento hasta la fecha, la Alianza se ha convertido en el eje de una nueva forma de hacer negocios en el continente. ¿Cuál es el secreto del éxito de esta unión? La clave está en la articulación de fuerzas más allá de las fronteras territoriales. Este es un mecanismo de articulación política, económica, de cooperación e integración que busca encontrar un espacio para impulsar un mayor crecimiento y mayor competitividad de las cuatro economías que la integran. Los miembros de la Alianza del Pacífico confían que esto es posible a través de un avance progresivo de la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas. Mientras los lazos se fortalecen dentro de la Alianza, hay un trabajo en paralelo para convertir al bloque en una potencia mundial de negocios y oportunidades. Es por ello por lo que **LOS DIVERSOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ORIGEN DE LAS MERCANCIAS** uno de sus principales mercados objetivo es el que se extiende en el litoral asiático del Pacífico, una de las regiones fundamentales de la economía global. El trabajo conjunto de los cuatro países también se demuestra con la presencia de la Alianza del Pacífico en ferias de promoción internacional. Estas actividades son coordinadas desde los grupos técnicos especializados que hay dentro de la Alianza.

Por ahora son 26 equipos divididos en temas como Facilitación del Comercio y Cooperación Aduanera, expertos que analizan las propuestas del Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico, Pymes, Servicios y Capitales, así como los grupos técnicos del Medio Ambiente y Crecimiento Verde, el subgrupo del Operador Económico Autorizado (OEA), entre otros. Así la consolidación del bloque de la Alianza del Pacífico sigue fortaleciéndose y sirviendo de ejemplo para la región.”

Formalmente el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico es un tratado internacional regional cuyos objetivos son, según lo manifiestan los estados suscriptores en el preámbulo del documento, los siguientes:

“CONVENCIDAS que la integración económica regional constituye uno de los instrumentos esenciales para que los Estados de América Latina avancen en su desarrollo económico y social sostenible, promoviendo una mejor calidad de vida para sus pueblos y contribuyendo a resolver los problemas que aún afectan a la región, como son la pobreza, la exclusión y la desigualdad social persistentes.”

“DECIDIDAS a fortalecer los diferentes esquemas de integración en América Latina, como espacios de concertación y convergencia, orientados a fomentar el regionalismo abierto, que inserte a las Partes eficientemente en el mundo globalizado y las vincule a otras iniciativas de regionalización.”

“CONCIENTES de que este proceso de integración tendrá como base los acuerdos económicos, comerciales y de integración vigentes entre las Partes a nivel bilateral, regional y multilateral, y que deberá contribuir a profundizar sus relaciones económicas y comerciales.”

“REAFIRMANDO los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), del Tratado de Montevideo 1980, así como de los acuerdos de libre comercio y de integración entre las Partes, los mismos que ofrecen una excelente plataforma que facilita y propicia la integración de nuestras economías;”

“CONSIDERANDO la condición de Países Miembros de la Comunidad Andina de la República de Colombia y de la República del Perú, y los compromisos que de él se derivan para estos estados;”

“COMPROMETIDAS a ofrecer a los agentes económicos un marco jurídico previsible para el desarrollo del comercio de bienes y servicios, y de la inversión, a fin de propiciar su participación en las relaciones económicas y comerciales entre las Partes;”

“DECIDIDAS a establecer reglas claras y de beneficio mutuo entre las Partes, que propicien las condiciones necesarias para un mayor crecimiento y la diversificación de las corrientes del comercio, el desarrollo y la competitividad en sus economías”;

“CONVENCIDAS de la importancia de facilitar el libre movimiento de personas entre las Partes, como un mecanismo que coadyuve a crear mejores condiciones de competitividad y desarrollo económico;”

“CONCIENTES de la necesidad de impulsar la cooperación internacional para el desarrollo económico de las Partes y para la mejora de su capacidad competitiva;”

“CONSIDERANDO los avances de las Partes en materia de desarrollo y crecimiento económico inclusivo y el fortalecimiento de los valores y principios democráticos comunes;”

“REAFIRMANDO como requisitos esenciales para la participación en la Alianza del Pacífico la vigencia del Estado de Derecho y de los respectivos órdenes constitucionales, la separación de los Poderes del Estado, y la promoción, protección, respeto y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales;”

“CONFIRMANDO la voluntad de construir la Alianza del Pacífico como un espacio de concertación y convergencia, así como un mecanismo de diálogo político y de proyección hacia la región de Asia Pacífico.”

“RESUELTAS a reafirmar los lazos especiales de amistades, solidaridad y cooperación entre sus pueblos.”

“ACUERDAN lo siguiente:

De los diecisiete artículos que integran el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, únicamente transcribiremos, por razones de espacio, los primeros dos artículos y el título de los otros quince, en consideración de que el texto íntegro se puede consultar en la página oficial de la Alianza del Pacífico cuyos datos de localización ya hemos mencionado.

“Artículo 1. Constitución de la Alianza del Pacífico.

Las partes constituyen la Alianza del Pacífico como un área de integración regional.”

“Artículo 2. Democracia y Estado de Derecho

Las Partes establecen como requisitos esenciales para la participación en la Alianza del Pacífico los siguientes:

- a) la vigencia del Estado de Derecho, de la Democracia y de los respectivos órdenes constitucionales;
- b) la separación de los Poderes del Estado; y
- c) la protección, la promoción, respeto y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales

“Artículo 3. Objetivos

“Artículo 4. El Consejo de ministros

“Artículo 5. Aprobación de decisiones y otros acuerdos de la Alianza del Pacífico

“Artículo 6. Naturaleza de las decisiones y otros acuerdos de la Alianza del Pacífico

“Artículo 7. La Presidencia Pro Tempore

“Artículo 8. Relación con otros acuerdos

“Artículo 9. Relación con Terceros

“Artículo 10. Estados Observadores

“Artículo 11. Adhesión de Nuevos Estados Parte

“Artículo 12. Solución de Diferencias

“Artículo 13. Entrada en Vigor

“Artículo 14. Depositario

“Artículo 15. Enmiendas

“Artículo 16. Vigencia y Denuncia

“Artículo 17. Artículo Final”

Una característica sobresaliente que se contiene en el artículo 2 del Acuerdo constitutivo de la Alianza del Pacífico, consiste en la condición que los países que deseen incorporarse a dicho bloque de integración deben cumplir, específicamente nos referimos al inciso c) del mencionado dispositivo, en el que se establece la defensa, promoción y respeto a los derechos humanos, condición por la que

el Acuerdo Marco es considerado como un acuerdo comercial de cuarta generación. Los acuerdos comerciales de cuarta generación se identifican por la convergencia que establecen entre las normas jurídicas que regulan el comercio internacional de mercancías y servicios y las convenciones, protocolos y tratados internacionales referidos a la promoción, defensa y vigencia de los derechos humanos.

3 EL PROTOCOLO ADICIONAL DEL ACUERDO MARCO⁸

Y en cumplimiento de los objetivos y principios establecidos en el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, los Presidentes de los Estados parte, Juan Manuel Santos Calderón, de Colombia; Sebastián Piñera Echenique, de Chile; Ollanta Humala Tasso, de Perú y Enrique Peña Nieto, de México, se reunieron en Cartagena de Indias, D. T. y C., República de Colombia, y suscribieron el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, que formalmente corresponde a un Acuerdo de Libre Comercio por el que se establece una Zona de Libre Comercio, en los términos establecidos en el artículo XXIV, párrafo 5 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, conocido como el GATT de 1947/94, por sus siglas en inglés.⁹

El Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio de la Alianza del Pacífico, comparte la estructura e incluye los temas que son propios de esta clase de acuerdos comerciales regionales; se integra con 19 capítulos y cinco anexos.

⁸ Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (PAAP,2021). <https://alianzapacifico.net/descarga-documentos-protocolo-adicional-al-acuerdo-marco-de-la-alianza-del-pacifico/>

⁹ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 94. 2021) https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_02_s.htm. El Artículo XXIV párrafo 5 del GATT 94 establece: “Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, a condición de que:”.

Los temas que se incluyen en el Protocolo adicional al Acuerdo Marco, que como hemos mencionado corresponden a un acuerdo regional de libre comercio, son los siguientes:

- CAPÍTULO 1. Disposiciones Iniciales.
- CAPÍTULO 2. Definiciones Generales.
- CAPÍTULO 3. Acceso a mercados.
- CAPÍTULO 4. Reglas de Origen y Procedimientos Relacionados con el Origen.
- CAPÍTULO 5. Facilitación del Comercio y Cooperación Aduanera.
- CAPÍTULO 6. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.
- CAPÍTULO 7. Obstáculos Técnicos al Comercio
- CAPÍTULO 8. Contratación Pública.
- CAPÍTULO 9. Comercio Transfronterizo de Servicios.
- CAPÍTULO 10. Inversión.
- CAPÍTULO 11. Servicios Financieros.
- CAPÍTULO 12. Servicios Marítimos.
- CAPÍTULO 13. Comercio Electrónico.
- CAPÍTULO 14. Telecomunicaciones.
- CAPÍTULO 15. Transparencia.
- CAPÍTULO 16. Administración del Protocolo Adicional.
- CAPÍTULO 17. Solución de Diferencias.
- CAPÍTULO 18. Excepciones.
- CAPÍTULO 19. Disposiciones Finales.
- Anexo 3.4. Eliminación de Aranceles Aduaneros.
- Anexo 4.2. Requisitos Específicos de Origen.
- Anexo I. Listas de Chile; de Colombia; de México; Reservas Estatales Lista de México
- Anexo II. Listas de Chile; de Colombia; de México y de Perú

4. ESTADOS QUE TIENEN LA CATEGORÍA DE OBSERVADORES DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO

En la fecha en que realizamos la investigación necesaria para la elaboración de este trabajo (octubre del 2021), la Alianza del Pacífico informa que son 59 estados los que han obtenido la condición de país observador. Los estados que han alcanzado esta condición son los siguientes:

Países observadores de la Alianza del Pacífico¹⁰

AMÉRICA	AFRICA	ASIA	EUROPA		OCEANÍA
Argentina	Egipto	Corea	Alemania	Hungría	Australia
Canadá	Marruecos	Emiratos	Armenia	Italia	Nueva
Costa Rica		Árabes	Austria	Lituania	Zelandia
Ecuador		Unidos	Azerbaiyan	Noruega	
El Salvador		Filipinas	Bélgica	Países	
Estados		India	Belarús	Bajos	
Unidos		Indonesia	Croacia	Polonia	
Guatemala		Israel	Dinamarca	Portugal	
Haití		Japón	Eslovaquia	Reino	
Honduras		Kazajistán	Eslovenia	Unido	
Panamá		R.P. China	España	R. Checa	
Paraguay		Singapur	Finlandia	Rumania	
República		Tailandia	Georgia	Serbia	
Dominicana			Grecia	Suiza	
Trinidad y				Turquía	
Tobago				Ucrania	
Uruguay					

En el artículo 10 del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico se establece que los estados que soliciten su participación como estados observadores de la Alianza del Pacífico, podrán ser admitidos

¹⁰ (A del P, 2021), <https://alianzapacifico.net/paises-observadores/>

con la aprobación por unanimidad del Consejo de Ministros, en tanto que en el artículo 11 del Acuerdo Marco establece que dicho instrumento queda abierto a la adhesión de los estados que así lo soliciten y tengan vigente un acuerdo de libre comercio con cada una de las Partes, es decir, con Colombia, Chile, México y Perú.

5. ESTADOS ASOCIADOS A LA ALIANZA DEL PACÍFICO¹¹

A la fecha de la consulta realizada para la elaboración de este trabajo (octubre de 2021) en la página oficial de la Alianza del Pacífico se informa que Singapur es el primer país que ha adquirido el estatus de país asociado a la Alianza del Pacífico al haber concluido un acuerdo de libre comercio entre ambas partes y que próximamente se concluirán las negociaciones con Australia, Nueva Zelanda y Canadá que son candidatos para incorporarse como estados asociados de la Alianza.

También es probable que los once países que son parte del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, conocido como el TIPAT o CPTPP, pudieran ingresar en bloque a la Alianza del Pacífico como estados asociados, toda vez que en dicho bloque comercial participan tres de los cuatro países que integran la Alianza del Pacífico, es decir, México, Perú y Chile son estados signatarios del TIPAT y únicamente se esperaría a que Colombia se incorpore al TIPAT para que se cumpla el requisito establecido en el Acuerdo Marco de mantener un acuerdo de libre comercio con los cuatro países que forman la Alianza para que se pudieran incorporar a este mecanismo los once países que son signatarios del TIPAT.

Actualmente son signatarios del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT), los siguientes estados: Canadá, Australia, Vietnam, Singapur, Brunei, Nueva Zelanda, Japón,

¹¹ (A del P, 2021), <https://alianzapacifico.net/estado-asociado/>

Perú, Chile, Malasia y México. Actualmente, dicho tratado entró en vigor para Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Singapur y se considera que próximamente pudiera ingresar a este bloque comercial el Reino Unido de Gran Bretaña que el 1 de febrero del año en curso (2021) comunicó su interés por incorporarse al mismo.¹²

6 ACUERDOS COMERCIALES ENTRE LOS ESTADOS DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO

Los cuatro países que integran la Alianza del Pacífico han suscrito, además, acuerdos de libre comercio bilaterales, que desde luego deberían asimilarse al Protocolo Adicional del Acuerdo Marco, ya que resulta innecesario y hasta pudiera generar cierta clase de conflictos comerciales mantener vigentes dos acuerdos comerciales diferentes celebrados por los mismos signatarios.

Las reglas de origen en los acuerdos bilaterales de libre comercio celebrados entre los estados fundadores de la Alianza del Pacífico,¹³ de los acuerdos comerciales bilaterales que han celebrado entre sí los cuatro estados fundadores de la Alianza del Pacífico, hemos extraído la disposición específica sobre la determinación del origen de las mercancías regionales, para hacer evidentes las distorsiones que se pueden presentar en el comercio regional bilateral, frente al comercio del bloque comercial creado por la Alianza del Pacífico y frente a otros mercados con los que también están vigentes diversos acuerdos comerciales de la misma naturaleza jurídica.

A continuación, transcribimos las reglas para determinar el origen de las mercancías contenidas en cada uno de los acuerdos bilaterales mencionados.

¹² Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT, 2021). <https://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico>

¹³ Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE-2021); http://www.sice.oas.org/ctyindex/MEX/MEXAgreements_s.asp

Acuerdo México-Colombia (ACE 33), de fecha 13 de junio de 1994
Artículo 6-03: Bienes originarios.

1. Un bien será originario del territorio de una Parte cuando:
 - a) sea obtenido en su totalidad o producido enteramente en territorio de una o más Partes según la definición del artículo 6-01;
 - b) sea producido en territorio de una o más Partes a partir exclusivamente de materiales que califican como originarios de conformidad con este artículo;
 - c) sea producido en territorio de una o más Partes a partir de materiales no originarios que cumplan con un cambio de clasificación arancelaria y otros requisitos según se especifica en el anexo a este artículo y el bien cumpla con las demás disposiciones aplicables de este capítulo;
 - d) sea producido en territorio de una o más Partes a partir de materiales no originarios que cumplan con un cambio de clasificación arancelaria y otros requisitos, y cumpla con un requisito de valor de contenido regional, según se especifica en el anexo a este artículo, así como con las demás disposiciones aplicables de este capítulo;
 - e) sea producido en territorio de una o más Partes y cumpla con un requisito de valor de contenido regional según se especifique en el anexo a este artículo, así como con las demás disposiciones aplicables de este capítulo;
 - f) excepto para los bienes comprendidos en los capítulos 61 a 63 del Sistema Armonizado, sea producido en territorio de una o más Partes, pero uno o más de los materiales no originarios utilizados en la producción del bien no cumplen con un cambio de clasificación arancelaria debido a que:
 - i) el bien se ha importado a territorio de una Parte sin ensamblar o desensamblado, pero se ha clasificado como un bien ensamblado de conformidad con la Regla General 2(a) del Sistema Armonizado; o

- ii) la partida para el bien sea la misma tanto para el bien como para sus partes y esa partida no se divida en subpartidas o la subpartida sea la misma tanto para el bien como para sus partes; siempre que el valor de contenido regional del bien, determinado de acuerdo con el artículo 6-04, no sea inferior al porcentaje establecido en el anexo a este artículo o en el artículo 6-18, y el bien cumpla con las demás disposiciones aplicables de este capítulo.
2. Para los efectos de este capítulo, la producción de un bien a partir de materiales no originarios que cumplan con un cambio de clasificación arancelaria y otros requisitos, según se especifica en el anexo a este artículo, deberá hacerse en su totalidad en territorio de una o más Partes, y todo requisito de contenido regional de un bien deberá satisfacerse en su totalidad en territorio de una o más Partes.

Acuerdo México-Chile (ACE 41), de fecha 17 de abril de 1998

Artículo 4-03: Bienes originarios

1. Salvo que se disponga otra cosa en este capítulo, un bien será originario del territorio de una o ambas Partes cuando:
 - a. sea obtenido en su totalidad o producido enteramente en territorio de una o ambas Partes, según la definición del artículo 4-01;
 - b. sea producido en el territorio de una o ambas Partes a partir exclusivamente de materiales que califican como originarios de conformidad con este capítulo;
 - c. sea producido en el territorio de una o ambas Partes a partir de materiales no originarios que cumplan con un cambio de clasificación arancelaria y otros requisitos, según se especifica en el anexo 4-03 y el bien cumpla con las demás disposiciones aplicables de este capítulo;
 - d. sea producido en el territorio de una o ambas Partes a partir de materiales no originarios que cumplan con un cambio de clasificación arancelaria y otros requisitos, y el bien cumpla con un valor de contenido regional, según se especifica en el anexo 4-03, y con las demás disposiciones aplicables de

este capítulo;

- e. sea producido en el territorio de una o ambas Partes y cumpla con un valor de contenido regional, según se especifica en el anexo 4-03, y cumpla con las demás disposiciones aplicables de este capítulo; o
- f. excepto para los bienes comprendidos en los capítulos 61 al 63 del Sistema Armonizado, el bien sea producido en el territorio de una o ambas Partes, pero uno o más de los materiales no originarios utilizados en la producción del bien no cumplan con un cambio de clasificación arancelaria debido a que:
 - i. el bien se ha importado a territorio de una Parte sin ensamblar o desensamblado, pero se ha clasificado como un bien ensamblado de conformidad con la regla 2(a) de las Reglas Generales de Interpretación del Sistema Armonizado, o
 - ii. la partida para el bien sea la misma tanto para el bien como para sus partes y los describa específicamente y esa partida no se divida en subpartidas o la subpartida sea la misma tanto para el bien como para sus partes y los describa específicamente;siempre que el valor de contenido regional del bien, determinado de acuerdo con el artículo 4-04, no sea inferior al 50 por ciento cuando se utilice el método de valor de transacción o al 40 por ciento cuando se utilice el método de costo neto, y el bien cumpla con las demás disposiciones aplicables de este capítulo a menos que la regla aplicable del anexo 4-03 bajo la cual el bien está clasificado, especifique un requisito de valor de contenido regional diferente, en cuyo caso deberá aplicarse ese requisito.

2. Para efectos de este capítulo, la producción de un bien a partir de materiales no originarios que cumplan con un cambio de clasificación arancelaria y otros requisitos, según se especifica en el anexo 4-03, deberá hacerse en su totalidad en territorio de una o ambas

Partes, y todo valor de contenido regional de un bien deberá satisfacerse en su totalidad en el territorio de una o ambas Partes.

Acuerdo México-Perú, (ACE 67), de fecha 06 de abril de 2011

Artículo 4.2: Mercancías originarias

1. Salvo que en este Capítulo se disponga algo distinto, serán consideradas originarias:

a) las mercancías obtenidas en su totalidad o producidas enteramente en territorio de una o ambas Partes:

i) minerales extraídos en territorio de una o ambas Partes;

ii) vegetales cosechados en territorio de una o ambas Partes;

iii) animales vivos, nacidos y criados en territorio de una o ambas Partes;

iv) mercancías obtenidas de la caza, pesca o acuicultura en territorio de una o ambas Partes;

v) mercancías obtenidas de animales vivos en territorio de una o ambas Partes, sin que su obtención implique el sacrificio de dichos animales;

vi) peces, crustáceos y otras especies marinas obtenidas fuera del territorio de las Partes por barcos registrados, matriculados, abanderados o reputados como tales por alguna de las Partes, según su legislación, a través de modalidades tales como afiliación, arrendamiento o fletamento;

vii) mercancías producidas a bordo de barcos fábrica a partir de las mercancías identificadas en el numeral (vi), siempre que tales barcos fábrica estén registrados, matriculados, abanderados o reputados como tales por alguna de las Partes, según su legislación, a través de modalidades tales como afiliación, arrendamiento o fletamento;

viii) mercancías obtenidas por una Parte o una persona de una Parte, del lecho o del subsuelo marino, fuera del territorio de las Partes, siempre que la Parte tenga derechos para explotar ese lecho o subsuelo marino;

ix) desechos y desperdicios derivados de la producción en el

territorio de una o ambas Partes o de mercancías usadas recolectadas en el territorio de una o ambas Partes, siempre que esas mercancías sirvan sólo para la recuperación de materias primas; y

- x) mercancías producidas en territorio de una o ambas Partes, exclusivamente a partir de las mercancías mencionadas en los numerales (i) al (ix);
 - b) las mercancías producidas enteramente en territorio de una o ambas Partes, a partir exclusivamente de materiales originarios, de conformidad con este Capítulo; o
 - c) las mercancías producidas enteramente en territorio de una o ambas Partes utilizando materiales no originarios, cumpliendo con las reglas específicas de origen establecidas en el Anexo al Artículo 4.2.
2. Asimismo, la mercancía deberá cumplir con las disposiciones de este Capítulo que resulten aplicables.

7 ESTRUCTURA DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO¹⁴



8 DETERMINACIÓN DEL ORIGEN DE LAS MERCANCÍAS EN LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES

Uno de los temas que ha generado mayor incertidumbre entre los operadores del comercio exterior en los países que son signatarios de diversos tratados de libre comercio, se deriva de los diferentes criterios que deben cumplirse para determinar el origen de las mercancías, con el objetivo de asegurar que únicamente se beneficien de las preferencias arancelarias y no arancelarias, las mercancías que acrediten ser originarias de los países que son signatarios del

¹⁴ (A de P, 2021), <https://alianzapacifico.net/organigrama-y-objetivos/>

acuerdo comercial en cuestión; sin embargo, dada la multiplicación de acuerdos comerciales y debido a que cada acuerdo comercial determina diferentes criterios para determinar el origen de las mercancías de exportación e importación, dichas disposiciones se han convertido más en una distorsión al comercio internacional que en una facilitación del mismo.

Este es el caso de los cuatro países que han establecido la Alianza del Pacífico, pues además del capítulo cuatro del Acuerdo de Libre Comercio que suscribieron como Protocolo Adicional del Acuerdo Marco, cada uno ellos son signatarios de diversos acuerdos de libre comercio celebrados con diferentes países o grupo de países, en los que también se incluyen capítulos específicos sobre las reglas de origen que deben cumplir las mercancías para ser beneficiarias de las preferencias arancelarias y no arancelarias.

En el siguiente cuadro se da noticia de los acuerdos de libre comercio que actualmente están vigentes entre cada uno de los cuatro países miembros de la Alianza del Pacífico con otros estados de dentro y fuera de la región latinoamericana.

Acuerdos de libre comercio suscritos por los países signatarios de
la Alianza del Pacífico¹⁵

¹⁵ Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE), (1 de octubre de 2021), http://www.sice.oas.org/agreements_s.asp

COLOMBIA	CHILE	MÉXICO	PERÚ
<p>*A Del Pacífico, *Comunidad Andina, *Asociación Europea De Libre Comercio(Aelc) *Canadá, Chile, *Corea, *Costa Rica, *Estados Unidos, *Israel, *Mercosur (Aap. ce No. 72 *México, *Unión Europea, *Panamá, *Reino Unido *Triangulo Del Norte (El Salvador, Guatemala Y Honduras)</p>	<p>*A Del Pacífico, *Reino Unido, *Indonesia, *Uruguay *Argentina, *Hong Kong, China, *Tailandia, *Vietnam *Malasia, *Turquía, *Australia, *Japón *Colombia, *Perú, *Panamá, *China *Nueva Zelanda, Singapur Y Brunei Darussalam *Asociación Europea De Libre Comercio (Aelc) *Acuerdo Amplio Y Progresista De Asociación Transpacífico (Cptpp) *Estados Unidos, Corea Del Sur *Unión Europea, *Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras Y Nicaragua), *México (Ace 41), *Canadá, *Mercosur (Ace 35) *Ecuador (Aap. Ce. No. 65), *India, *Bolivia, *Venezuela, *Argentina</p>	<p>*A Del Pacífico, *T-Mec (Canadá-Estados Unidos-México), *Acuerdo Amplio Y Progresista De Asociación Transpacífico (Cptpp), *Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras Y Nicaragua), *Perú (Ace No. 67), *Bolivia (Ace No. 66), *Japón, *Panamá, *Uruguay (Ace No. 60), *Asociación Europea De Libre Comercio (Aelc), *Israel, *Chile (Ace No. 41), *Unión Europea (Eu), *Colombia, *Mercosur (Ace No. 54), *Argentina (Ace No. 6), *Brasil (App.ce No. 53), *Paraguay (Aap.r 38), *Ecuador (App 29), *Reino Unido.</p>	<p>*A Del Pacífico, *Comunidad Andina, *Acuerdo Amplio Y Progresista De Asociación Transpacífico (Cptpp) *Australia, *Honduras, *Unión Europea, *Japón, *Costa Rica, *Panamá *México (Ace 67), *Corea, *China, *Canadá, *Singapur *Chile, *Estados Unidos, *Mercosur (Ace 58) *Tailandia, *Reino Unido, *Guatemala *Asociación Europea De Libre Comercio (Aelc)</p>

Los criterios para determinar si una mercancía es originaria de la Alianza del Pacífico se establecen en el artículo 4.2 del Protocolo Adicional del Acuerdo Marco que establece:¹⁶

Artículo 4.2: Criterios de Origen

Salvo que se disponga algo distinto en el presente Capítulo, una mercancía será considerada originaria de una Parte cuando sea:

Partes, de conformidad con el Artículo 4.3;

(b) producida enteramente en el territorio de una o más Partes, a partir exclusivamente de materiales que califican como originarios, de conformidad con el presente Capítulo, o

(c) producida en el territorio de una o más Partes, a partir de materiales no originarios, siempre que cumplan con los Requisitos Específicos de Origen de conformidad con el Anexo 4.2;

y la mercancía cumpla todas las demás disposiciones aplicables en el presente Capítulo.

Y como se ha mencionado anteriormente, tres de los cuatro países fundadores de la Alianza del Pacífico son al mismo tiempo signatarios de otros acuerdos comerciales regionales en los que también se incorporan capítulos específicos en los que se incluyen reglas para determinar el origen de las mercancías regionales; tal es el caso, por ejemplo, del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) que ya hemos mencionado y en el que se incluye el artículo 3.2, que establece las reglas para determinar el origen de las mercancías producidas en la región comprendida en el tratado:

Artículo 3.2: Bienes Originarios Salvo que en este Capítulo se disponga lo contrario, cada Parte dispondrá que un bien es originario si éste es:

¹⁶ (PAAP, 2021). <https://alianzapacifico.net/descarga-documentos-protocolo-adicional-al-acuerdo-marco-de-la-alianza-del-pacifico/>

- (a) totalmente obtenido o producido enteramente en el territorio de una o más de las Partes como se establece en el Artículo 3.3 (Bienes Totalmente Obtenidos o Producidos);
- (b) producido enteramente en el territorio de una o más de las Partes, a partir exclusivamente de materiales originarios; o
- (c) producido enteramente en el territorio de una o más de las Partes usando materiales no originarios, siempre que el bien cumpla todos los requisitos del Anexo 3-D (Reglas de Origen Específicas por Producto).

y el bien satisfice con todos los demás requisitos aplicables de este Capítulo.¹⁷

Y aunque el texto de ambas disposiciones es similar, en la práctica diaria del comercio internacional, es necesario decidir si las mercancías en cuestión son originarias de la Alianza del Pacífico o de la región cubierta por el TIPAT dado que el contenido regional de las mismas normalmente es diferente.

Si consideramos que en todos los acuerdos de libre comercio en los que participan indistintamente los Estados de la Alianza del Pacífico se incorporan, *mutatis mutandis*, capítulos sobre reglas de origen similares, resulta que en la práctica diaria del comercio internacional entre los países que han celebrado acuerdos de libre comercio, los importadores y exportadores de mercancías deben decidir bajo que reglas de origen realizarán sus operaciones, al considerar que los diversos criterios para determinar el origen de las mercancías, no les permiten exportar sus mercancías a todos los mercados vinculados por los acuerdos comerciales, aprovechando el beneficio de las preferencias arancelarias y no arancelarias, porque para cada mercado de destino deberán cumplir con la específica regla de origen acordada en el tratado comercial involucrado.

¹⁷ (TIPAT, 2021). <https://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico>

9 EL CERTIFICADO DE ORIGEN ELECTRÓNICO EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO¹⁸

Por las razones que hemos expuesto anteriormente, adquiere relevante importancia la decisión acordada por la Comisión de Libre Comercio del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco que en su reunión del 28 de junio del 2017, adoptó mediante la Decisión No. 4 el Procedimiento General para la Emisión y Recepción de Certificados de Origen Emitidos y Firmados Electrónicamente en el Marco de la Interoperabilidad de las Ventanillas Únicas de Comercio Exterior en la Alianza del Pacífico.

De las características relevantes de esta modalidad de Certificados de Origen Electrónicos, se destaca la inclusión de una modalidad más expedita para que la autoridad competente genere los Certificados de Origen firmados electrónicamente y los transmita a través de la plataforma de interoperabilidad de la Ventanilla Única de Comercio Exterior a la parte importadora de manera automática. Una vez firmada la solicitud de validación con la firma electrónica del exportador, se generan dos documentos: 1) El Certificado de origen en formato XML y 2) El certificado de origen electrónico en formato PDF.

De los beneficios que se pueden derivar del mecanismo de certificados de origen electrónicos, se destacan los siguientes: a) Agiliza la emisión de los Certificados de Origen electrónicos; b) Simplifica los procedimientos; c) Elimina el uso de papel; d) Garantiza la autenticidad del certificado electrónico; e) Disminuye costos y tiempos; f) Permite que la autoridad competente de una respuesta oportuna a las solicitudes de los exportadores y; g) Facilita a los operadores económicos el intercambio comercial.

¹⁸ (A del P,2021), <https://alianzapacifico.net/grupo-tecnico-de-facilitacion-del-comercio-y-cooperacion-aduanera/>

Consideramos que un mecanismo similar podría proponerse a otros bloques comerciales mediante la armonización de los criterios para determinar el origen de las mercancías, con el objetivo de que las reglas de origen funcionen como un detonador de más y mejor comercio y no, como sucede actualmente, en una limitación a las oportunidades de expansión del comercio interregional.

II. TESIS DE JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL MEXICANO SOBRE LA VERIFICACIÓN DE ORIGEN Y LAS FACULTADES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MATERIA ADUANERA.

Acerca de la complejidad que supone constatar el origen de las mercancías, a cargo de la autoridad aduanera en México, para la determinación del trato arancelario y no arancelario que debe aplicarse a las mismas, el Poder Judicial de la Federación del Estado Mexicano, ha resuelto los casos que se le han presentado aplicando como criterio de jurisprudencia, *mutatis mutandis*, el contenido en las tesis que a continuación transcribimos:

VERIFICACIÓN DE ORIGEN DE MERCANCÍAS. EL ARTÍCULO 7-06 DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (TLCG2) Y LA REGLA 14 DE LAS REGLAS DE CARÁCTER GENERAL RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES EN MATERIA ADUANERA DE ESE ACUERDO INTERNACIONAL, NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, POR EL HECHO DE QUE NO ENUNCIEN EXHAUSTIVAMENTE LA DOCUMENTACIÓN REQUERIDA EN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO PARA OBTENER UN TRATO ARANCELARIO PREFERENCIAL, AL SER VÁLIDO QUE ELLO QUEDE A CONSIDERACIÓN DE LA AUTORIDAD.

El procedimiento de verificación de origen deriva de la facultad de la autoridad aduanera prevista en los artículos 42 del Código Fiscal de la Federación y 144 de la Ley Aduanera, para corroborar si un bien importado al territorio de alguna de las Partes signantes del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia califica como originario o no y, por tanto, si existe la posibilidad de la realización de una actividad que genere el pago de tributos nacionales, para lo cual, se podrá revisar la documentación e información que resulte acorde con las disposiciones fiscales correspondientes (es decir, las relativas a la contabilidad, comprobantes fiscales, libros, registros, entre otras). Por su parte, el artículo 7-06 y la regla 14 mencionados prevén la información necesaria para llevar a cabo dicha facultad, ya que lo que se busca es acreditar que las mercancías, para obtener un trato arancelario preferencial, efectivamente cumplen con las reglas de origen y, por ello, establecen cuáles son los registros y documentos relativos al origen del bien que se deben proporcionar a la autoridad, a saber, los referentes a: la adquisición, los costos, el valor y el pago del bien exportado y de todos los materiales utilizados en su producción, los cuales se conservarán durante un mínimo de cinco años, a partir de la fecha de la importación. En estas condiciones, es válido que sea la autoridad la que considere qué documentos se requieren en el procedimiento señalado para acreditar que las mercancías son originarias del territorio de una de las Partes, dado que los procesos de producción de cada una son diferentes y no es posible enunciar, de manera exhaustiva en el precepto del tratado y la regla citados, la documentación requerida; de ahí que éstos no violan el principio de seguridad jurídica, previsto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁹

TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE. PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE ORIGEN DE LOS BIENES IMPORTADOS PREVISTO EN ÉL.

¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2021), <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>; Registro digital: 2020573, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: I.10o.A.116 A (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 70, Septiembre de 2019, Tomo III, página 2269.

Si un bien importado bajo trato arancelario preferencial es originario de alguna de las partes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el procedimiento de verificación de origen de las mercancías importadas se puede iniciar tanto con el exportador como con el productor, ya que de la correcta interpretación de su artículo 506 y de la regla 39 de la resolución por la que se establecen las reglas de carácter general relativas a la aplicación de las disposiciones en materia aduanera de dicho tratado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el quince de septiembre de mil novecientos noventa y cinco, no se advierte que exijan forzosamente un orden a seguir, ya que el productor o exportador pueden llenar y firmar el citado certificado de origen; por tanto, el procedimiento de verificación de origen puede iniciarse indistintamente con cualquiera de ellos.²⁰

FACULTADES DE COMPROBACIÓN SOBRE MERCANCÍAS DE DIFÍCIL IDENTIFICACIÓN. EL ARTÍCULO 152 DE LA LEY ADUANERA, AL NO ESTABLECER UN PLAZO CIERTO PARA QUE LA AUTORIDAD EMITA Y NOTIFIQUE EL ACTA DE OMISIONES O IRREGULARIDADES, VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

El artículo 152 de la Ley Aduanera establece un procedimiento al término del cual la autoridad aduanera puede determinar tres consecuencias jurídicas: contribuciones omitidas, cuotas compensatorias y/o sanciones. Este procedimiento se inicia una vez que la autoridad aduanera ha ejercido una de las siguientes facultades comprobatorias: reconocimiento aduanero, segundo reconocimiento, verificación de mercancías en transporte, revisión de documentos durante el despacho o ejercicio de facultades de comprobación. Si en el ejercicio de alguna de estas facultades, la autoridad lo encuentra procedente, debe emitir un acta circunstanciada de los he-

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2021), <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>; Registro digital: 186396, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.1o.A.76 A, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVI, Julio de 2002, página 1421

chos u omisiones que impliquen la omisión de contribuciones, cuotas compensatorias y, en su caso, la imposición de sanciones, con lo cual inicia el procedimiento aduanero, pues con la notificación de dicha acta se le otorga al particular interesado un plazo de diez días para ofrecer pruebas y formular alegatos contra las imputaciones que se le realizan en el acta inicial. Una vez cerrada la etapa de pruebas y alegatos, la autoridad da por integrado el expediente y, a partir de ahí, cuenta con un plazo de cuatro meses para emitir resolución sobre el asunto. Ahora bien, si las mercancías analizadas por la autoridad aduanera son de difícil identificación, en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley de la materia, deben tomarse muestras de las mismas y mandarlas examinar, para determinar su naturaleza y composición. Lo anterior debe tener lugar antes de la emisión del acta que da inicio al procedimiento referido, por constituir un elemento de juicio necesario para su contenido. Pues bien, como se observa, en la norma analizada no se establece un plazo dentro del cual la autoridad debe emitir y notificar el acta de omisiones o irregularidades, una vez que ha ejercido alguna de sus facultades comprobatorias y ha recibido los resultados de laboratorio correspondientes, cuando se trate de mercancías de difícil identificación, lo cual viola la garantía de seguridad jurídica, que ha sido definida por esta Suprema Corte, en relación a normas procesales, como aquella que permite a los particulares hacer valer sus derechos e impide a la autoridad actuar con arbitrariedad. Lo anterior, dado que la referida falta de plazo abre la posibilidad a la autoridad aduanera para determinar cuándo emitir y notificar el acta que da inicio al procedimiento aduanero sin constreñirse a un límite acorde a los objetivos que la ley busca con el procedimiento aduanero, pudiendo así escoger cualquiera que considere conveniente, con lo que es evidente que no se satisface uno de los objetivos esenciales de la garantía de seguridad jurídica, esto es, proscribir la arbitrariedad de la actuación de la autoridad. Debe aclararse, sin embargo, que este criterio no debe hacerse extensivo a aquellos casos en los cuales el procedimiento de fiscalización no versa sobre mercancías de difícil identificación, pues en éstos la citada acta de omisiones

o irregularidades se debe realizar de forma inmediata al reconocimiento o segundo reconocimiento aduanero y, por tanto, en esos casos no existe la condición de arbitrariedad que conlleva violación a la garantía de seguridad jurídica.²¹

INFRACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO A LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE REGULACIONES Y RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 176, FRACCIÓN II, DE LA LEY ADUANERA. NO PUEDE IMPUTARSE AL AGENTE ADUANAL.

Del análisis sistemático de los artículos 1o., 36, 36-A, 40, 41, 52, 53 y 54 de la Ley Aduanera, se colige que “quienes introducen o extraen mercancías del territorio nacional” son el propietario o el tenedor de éstas, el remitente en exportación o el destinatario en importación y el mandante por los actos que haya autorizado. Por tanto, sólo dichos sujetos están constreñidos al pago de impuestos al comercio exterior y al cumplimiento de las regulaciones y restricciones no arancelarias y a otras medidas de regulación al comercio exterior y, por esta razón, únicamente a ellos puede atribuírseles la infracción prevista en el artículo 176, fracción II y sancionada por el artículo 178, fracción IV, ambos de la ley mencionada, consistente en no acatarlas, sin que pueda imputarse a los agentes aduanales, pues éstos son exclusivamente promotores del despacho de mercancías y actúan como consignatarios, mandatarios y/o representantes de los importadores y exportadores (propietario, tenedor, destinatario, remitente o mandante); de ahí que su actuación y correlativa responsabilidad deriva de las obligaciones que, por su calidad, expresamente les confiere la ley, en el caso, la obligación de asegurarse de que el importador o exportador cuenta con los documentos que acrediten el cumplimiento a las obligaciones que en materia de regulaciones y restricciones no arancelarias rijan para

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2021), <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>; Registro digital: 167506, Instancia: Primera Sala, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 1a./J. 40/2009, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Abril de 2009, página 290

las mercancías y, en correlación con ello, verificar que junto con el pedimento de importación se anexe la documentación que lo compruebe. En consecuencia, sólo pueden ser sujetos de las infracciones previstas en el artículo 184, fracciones I y IV, sancionadas por el artículo 185, fracción III, del ordenamiento citado, en relación con su diverso 194, por omitir transmitir o presentar oportunamente la información que compruebe el cumplimiento de las obligaciones en materia de regulaciones y restricciones no arancelarias, pues dicho proceder sí es propio de un agente aduanal, como promotor del despacho de mercancías.²²

III. CONCLUSIONES

Como conclusiones derivadas de lo que hemos expuesto anteriormente, es nuestro objetivo compartir con los lectores seis propuestas que en nuestra opinión resultan altamente relevantes para el desarrollo de comercio exterior de la región latinoamericana; dichas conclusiones son las siguientes:

- 1) Deseamos destacar la multiplicación excesiva de la suscripción de acuerdos comerciales regionales en que han participado prácticamente la totalidad de los países miembros de la Organización Mundial de Comercio, convirtiendo la excepción contenida en el artículo XXIV párrafo 5 del GATT de 48/94 que autoriza, como excepción al principio de no discriminación contenido en el artículo I del propio Acuerdo General, la creación de zonas de libre comercio y uniones aduaneras. Como resultado de esta multiplicación de acuerdos comerciales regionales, la excepción se ha convertido en la regla y la regla en la excepción, generando múltiples distorsiones en el comercio internacional debido, espe-

²² Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2021), <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>; Registro digital: 2022596, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Administrativa, Tesis: (IV Región) 1o. 32 A (10^a), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 82, Enero de 2021, Tomo II, página 1322.

cialmente, a las reglas de origen que en cada acuerdo comercial se incorporan.

- 2) Y en relación con esta multiplicación de acuerdos comerciales regionales, destacamos la importancia jurídica y económica que tiene la Alianza del Pacífico, como un mecanismo de integración latinoamericano, que además ha despertado enorme interés en países de los cinco continentes, al grado de contar actualmente con 59 países observadores y cuatro países ubicados fuera de la región que han negociado su calidad de estados asociados: Singapur, Australia, Nueva Zelanda y Canadá.
- 3) Evidenciamos que el libre comercio se ve obstaculizado por los diferentes criterios de origen que se contienen en los diversos acuerdos comerciales regionales negociados bajo la figura jurídica de zonas de libre comercio.
- 4) Proponemos que los países que participan en más de un acuerdo comercial regional, como lo es el caso de los cuatro países suscriptores de la Alianza del Pacífico, inicien negociaciones multilaterales dirigidas a armonizar las reglas de origen en los acuerdos regionales que resulten pertinentes, con el objetivo de reducir y, en su caso, eliminar, la incertidumbre que se ha generado entre los exportadores e importadores por los diferentes criterios de origen que se contienen en los acuerdos comerciales regionales.
- 5) Destacamos la importancia de la creación del Certificado de Origen Electrónico que se ha establecido en la Alianza del Pacífico, como un camino adecuado para promover la facilitación del comercio regional.
- 6) Compartimos importantes criterios de jurisprudencia publicados por el Poder Judicial de la Federación de México, sobre la importancia y complejidad que se deriva de la determinación del origen de las mercancías que se importan a México.

IV. FUENTES DE INFORMACIÓN

Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (AM, 2021), <https://alianzapacifico.net/descarga-documentos-acuerdo-marco-alianza-del-pacifico/>

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 94, 2021) https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_02_s.htm.

Alianza del Pacífico (1 de octubre de 2021). <https://alianzapacifico.net> (A del P, 2021)

Organización Mundial de Comercio (OMC, 2021). https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm

Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (PAAP,2021). <https://alianzapacifico.net/descarga-documentos-protocolo-adicional-al-acuerdo-marco-de-la-alianza-del-pacifico/>

Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE-2021); http://www.sice.oas.org/ctyindex/MEX/MEXagreements_s.asp

Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE), (1 de octubre de 2021), http://www.sice.oas.org/agreements_s.asp

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2021), <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>;

Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TI-PAT, 2021).

<https://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico>

FACULTADES REGULATORIAS ESTATALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES. EL CASO UBER - COLOMBIA

STATE REGULATORY POWERS FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. THE UBER - COLOMBIA CASE

ANYELA MADELEIN ARGOTY PANTOJA¹

CARLOS H. REYES DÍAZ²

RESUMEN: La empresa estadounidense Uber ha tenido problemas para operar regularmente en algunos países. Colombia fue el primer país del que en algún momento esta empresa decidió retirarse como consecuencia de decisiones del gobierno. Esto pudo haber ocasionado controversias internacionales de inversión si no fuera por el arreglo acordado entre el inversionista y el gobierno. En este documento se analizan las razones de ambas partes que motivaron y resolvieron el problema, así como las posibles repercusiones de una eventual controversia arbitral internacional.

PALABRAS CLAVE: *Uber, inversión, transporte, controversia, soberanía, arbitraje.*

ABSTRACT: The US Company Uber has faced problems to operate normally in several countries. Colombia was the first country from which Uber decided to depart, due to several governmental decisions. This could have provoked an international investment dispute, except from the fact that both parties decided to settle the controversy. This paper focuses on both parties' arguments that motivated and solved the conflict, as well as the repercussions of a possible international arbitration dispute.

¹ Licenciada en Derecho. Estudios de Especialización en Derecho. Fes Acatlán, UNAM. <anyelamadelein@hotmail.com> ORCID: 0000-0003-4848-6970.

² Profesor de Tiempo Completo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. <creyesd@unam.mx> ORCID: 0000-0001-5809-1046.

Fecha de recepción: 22 de agosto de 2022. Fecha de aprobación: 27 de octubre de 2022.

KEYWORDS: *Uber, investment, transportation, dispute, sovereignty, arbitration.*

SUMARIO: I. Antecedentes; II. Línea de tiempo; III. Demanda COTECH S.A.S. contra UBER y Decisión; IV. Fundamentos de la Decisión de la SIC; V. Recurso de Apelación; VI. Fundamentos adicionales del Tribunal Superior de Bogotá; VII. ¿Qué ocurrió con UBER después de su salida del país?; VIII. Alternativa no litigiosa; IX. Derechos de inversión; X. Soberanía e inversión; XI. Expectativas de inversión; XII. Límites al Concepto de Soberanía; XIII. Objetivos legítimos; XIV. Conclusión.

I. ANTECEDENTES

La compañía estadounidense Uber llegó a Colombia en el año 2013. Para el año 2019, ya había reunido más de 88.000 conductores y más de 2.2 millones de usuarios.³ Uber significó para Colombia un gigantesco desarrollo económico en el sector del transporte.⁴ Sin embargo, desde su llegada Uber batalló con muchas circunstancias, la persecución por parte de los taxistas, de la policía y las autoridades de Colombia; en reiteradas ocasiones el Ministerio de transporte aseguró que Uber era una plataforma ilegal, lo que significaba una gran barrera, no solo para los conductores de la plataforma, sino para sus clientes.⁵

³ Uber Newsroom, “Uber deja de funcionar en Colombia”, Colombia, 11 de enero de 2020, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-deja-de-funcionar-en-colombia/>

⁴ Uber Newsroom, “Uber inicia el año reunido con socios y conductores”, Colombia, 7 de febrero de 2019, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-se-reune-con-socios-conductores/>

⁵ Uber Blog, “La violencia es inaceptable”, Colombia, 17 de enero de 2017, <https://www.uber.com/es-CO/blog/la-violencia-es-inaceptable/>

El 20 de diciembre de 2019, como resultado de un proceso por competencia desleal adelantado por Cotech S.A.S. en contra de Uber, la Superintendencia de Industria y Comercio⁶ de Colombia ordenó a Uber, suspender la prestación de sus servicios en Colombia, fundamentando su decisión en que esta empresa incurrió en competencia desleal por violación de normas, desvío de clientes y conducta anticompetitiva.⁷

El objetivo de este trabajo consiste en poner en contexto y determinar los límites a las facultades gubernamentales para interponerse en inversiones extranjeras válidamente establecidas en un país, bajo el argumento del cumplimiento de objetivos legítimos de la sociedad. Aunque este caso no llegó aún a arbitraje, sirve de ejemplo para identificar que, cada vez con más frecuencia, las autoridades de un país toman decisiones que ponen en riesgo intereses extranjeros como respuesta de presiones sociales, gremiales y bajo el escudo de la protección de intereses generales que colocan al Estado en posición de posibles demandas en arbitrajes de inversión.

⁶ Es la autoridad nacional de protección de la competencia, los datos personales y la metrología legal, protege los derechos de los consumidores y administra el Sistema Nacional de Propiedad Industrial, a través del ejercicio de sus funciones administrativas y jurisdiccionales. Ver: <https://www.sic.gov.co/nuestra-entidad>

⁷ Juez asignado a la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106”, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019, <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestación-del-servicio-de-transporte-uber>

II. LÍNEA DE TIEMPO

15/05/2012: Entrada en vigor del TLC Colombia – EE. UU.⁸

01/10/2013: UBER llega a Colombia por primera vez.⁹

21/04/2016: COTECH demanda a UBER ante la SIC.¹⁰

20/12/2019: SIC falla en contra de UBER y ordena su salida del país.¹¹

09/01/2020: UBER manifiesta que Colombia está violando el TLC con EE. UU.¹²

31/01/2020: UBER se va de Colombia.¹³

20/02/2020: UBER vuelve a Colombia con un nuevo modelo de negocio.¹⁴

18/06/2020: Tribunal superior de Bogotá revoca decisión de la SIC.¹⁵

⁸ Acuerdo de promoción comercial entre las Repúblicas de Colombia y los Estados Unidos de América: <https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/estados-unidos/texto-final-del-acuerdo/texto-final-estados-unidos.pdf.aspx>

⁹ Uber Newsroom, “Uber inicia el año reunido con socios y conductores”, Colombia, 7 de febrero de 2019, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-se-reune-con-socios-conductores/>

¹⁰ Juez asignado a la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106”, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019, <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestacion-del-servicio-de-transporte-uber>

¹¹ *ibidem*

¹² El país, “Uber dice que demandará a Colombia por violar TLC con estados Unidos”, 9 de enero de 2020, <https://www.elpais.cr/2020/01/09/uber-dice-que-demandara-a-colombia-por-violar-tlc-con-estados-unidos/>

¹³ Uber Newsroom, “Uber deja de funcionar en Colombia”, Colombia, 11 de enero de 2020, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-deja-de-funcionar-en-colombia/>

¹⁴ Uber Blog, “Uber se reinventa por Colombia”, El Salvador, 18 de febrero de 2020, <https://www.uber.com/es-SV/blog/uber-se-reinventa-por-colombia/>

¹⁵ Tribunal superior del Distrito judicial – Sala séptima civil de decisión, “Sentencia anticipada, proceso verbal por competencia desleal No. 110013199001201602106 03,” 18 de junio de 2020, <https://imgcdn.larepublica.co/cms/2020/06/19090449/z.-SENTENCIA-ANTICIPADA-UBER-1.pdf>

19/06/2020: UBER anuncia revisión del fallo para definir sus próximos pasos.¹⁶

III. DEMANDA COTECH S.A.S. CONTRA UBER Y DECISIÓN

El 21 de abril del año 2016 Cotech S.A.S. – Taxis libres (empresa colombiana), demandó a Uber BV, Uber Technologies INC y Uber Colombia S.A.S. por competencia desleal, ante la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, entidad que el 20 de diciembre de 2020 declaró que las demandadas incurrieron en actos de competencia desleal, desviación de clientela y violación de normas sobre competencia desleal, y ordenó que cesaran de manera inmediata la prestación de sus servicios; además de ordenar a las empresas prestadoras del servicio de telecomunicaciones (Claro, Movistar y eTb), suspender sus datos, acceso a redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación en relación con la aplicación Uber.¹⁷

Es importante destacar que el fallo de la SIC no incluía plataformas de transporte similares como *Didi*, *Cabify* y *Beat*, que operan en el mismo sector que Uber. En los argumentos de la sentencia, el juez de la SIC precisa que las órdenes derivadas de la audiencia y posterior sentencia se proferirían en relación con la nominación denominada Uber y no para cualquier otra aplicación que pueda ser utilizada con los mismos fines.

¿Por qué una medida gubernamental se dirige exclusivamente a una plataforma y no a todas las que caen en el mismo supuesto de posible afectación a las empresas de transporte de taxis nacionales?

¹⁶ Uber. “Decisión del Tribunal de Bogotá reversa fallo de la SIC”, 19 de junio de 2020, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/decision-del-tribunal-superior-de-bogota-reversa-fallo-de-la-sic/>

¹⁷ Juez asignado a la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106”, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019, <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestacion-del-servicio-de-transporte-uber>

A la luz de disposiciones contenidas en acuerdos de inversión esta es una clara medida discriminatoria, amparada en derechos como los de trato nacional y trato de nación más favorecida, como se analizará más adelante.

Durante el proceso, Uber propuso la excepción de prescripción. En materia de competencia desleal, la prescripción aparece en el artículo 23 de la Ley 256, este artículo señala que las acciones de competencia desleal prescriben en dos años a partir del momento del que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal, y en todo caso por el transcurso de 3 años contados a partir del momento de la realización del acto.¹⁸

Sin embargo la SIC estableció que, tratándose de actos continuados, el término prescriptivo no debe correr mientras las conductas se sigan cometiendo, es decir, mientras subsista la comisión de la conducta el acto se realiza nuevamente día tras día, de ahí que, frente a los comportamientos continuados el término de prescripción no empieza a computarse hasta en tanto los comportamientos no hayan cesado, por lo tanto la SIC decidió en audiencia que la excepción de prescripción extintiva¹⁹ no estaba probada, y que, por tanto, los actos de competencia desleal no estaban afectados por el término de prescripción.

En este sentido, la SIC ordenó el cese de la prestación de servicios de Uber y declaró que Uber incurrió en actos de competencia desleal, desviación de clientela y violación de normas. En cumplimiento al fallo de la SIC, en febrero de 2020 Uber dejó de operar definitivamente en todo el territorio nacional. En un comunicado a través de su página de internet, Uber comunicó:

“La compañía considera que la decisión es arbitraria pues va en contra del ordenamiento jurídico colombiano, violando el debido proceso y derechos constitucionales. Por esta razón, apeló inmedia-

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ La prescripción extintiva es el modo por el cual, luego de transcurrido un periodo de tiempo sin que el titular del derecho o de la acción la ejerza, se extinguen las acciones o derechos ajenos que se encontraban en cabeza de dicho sujeto.

tamente este fallo y está utilizando todos los recursos legales para defender el derecho de 2 millones de usuarios de elegir cómo se mueven por las ciudades y la oportunidad de 88.000 socios conductores registrados en la aplicación de generar ganancias adicionales para el sustento de sus familias. Uber respeta la ley y las decisiones emitidas por las autoridades. Sin embargo, decisiones como está, responden también a la ausencia de una reglamentación del servicio de movilidad colaborativa a través de plataformas tecnológicas en Colombia. Uber fue la primera compañía en ofrecer al país una alternativa de movilidad innovadora y confiable. Hoy, seis años después, Colombia es el primer país del continente en cerrarle las puertas a la tecnología.²⁰

IV. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE LA SIC

La autoridad colombiana justificó su decisión con las siguientes premisas:²¹

Debido a que la conducta desleal no ha cesado, la excepción de prescripción no prospera.

Uber no está legalmente constituida, ni habilitada por la autoridad competente como una empresa de transporte público en Colombia, lo cual le permitió obtener una ventaja significativa frente a Cotech.

Uber está infringiendo las normas de transporte público, al prestar sus servicios sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

Uber, al no someterse a las tarifas reguladas, afecta a los taxistas que no pueden usar el precio del servicio como un elemento para competir.

²⁰ Uber Newsroom, “Uber deja de funcionar en Colombia”, Colombia, 11 de enero de 2020, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-deja-de-funcionar-en-colombia/>

²¹ Juez asignado a la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106”, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019, <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestación-del-servicio-de-transporte-uber>

Uber obtuvo una ventaja competitiva por la violación de normas, pues no ha agotado trámites administrativos, no se somete a exigencias, trabajo geográfico, restricciones de ingreso, tarifas, etc.

Ante un mercado altamente regulado, quien no cumple con la regulación infringe la ley porque se coloca en condiciones más favorables que no pueden ser igualadas.

Los jueces están sometidos al imperio de la ley, por lo que, al encontrar elementos que dan cuenta de la ventaja competitiva de Uber sobre los taxis, no se pueden dejar pasar por alto.

V. RECURSO DE APELACIÓN

El 18 de junio de 2020 el Tribunal superior de Bogotá revocó la sentencia proferida por la SIC el 20 de diciembre de 2019, y declaró probada la excepción de prescripción extintiva propuesta por Uber, en consecuencia, dio por terminado el proceso. El Tribunal Superior de Bogotá estableció que sí hubo prescripción porque estaba vencido el plazo de dos años para que se avanzara en los procesos por competencia desleal, pues esta última habría iniciado en el 2012 y la demanda fue radicada el 21 de abril de 2016. En opinión del Tribunal:

Establece el artículo 23 de la Ley 256 de 1996, que “las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal (prescripción ordinaria) y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto (prescripción extraordinaria)”. (Se resalta). En punto a la prescripción extintiva, se ha dicho que tiene su razón de ser, no solamente ante la inercia o desidia del titular del derecho, sino también, en “el orden público [del que incluso hizo gala el a quo para hacer una distinción no prevista por el legislador] y la paz social”³¹ y en el “interés de la consolidación de las situaciones adquiridas”³². En últimas, “desde cuando se llegó a

la convicción de que la pretensión no podía permanecer indefinidamente sin ejercicio, porque de por medio estaba, no sólo el interés de la persona legitimada para recibirla de resolver la incógnita al final de un proceso, que no estaba a su alcance proponer, sino también en un interés general o público de liquidar la pendencia, la idea de la perpetuidad de la pretensión y del derecho subyacente vino a menos, en obsequio del apremio de certeza y seguridad. De manera que, como consecuencia del transcurso de un determinado periodo y la ausencia de reconocimiento del respectivo derecho por parte del beneficiario de tal fenómeno, opera sin más la prescripción, cuyos efectos conllevan la “extinción del derecho mismo y no tan solo de la acción o pretensión correspondiente”²²

VI. FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

En argumentos adicionales de este órgano jurisdiccional, se resaltó que:

La SIC omitió aplicar las normas de interpretación de las leyes de prescripción, pese a ser su obligación aplicarlas;

La SIC desbordó el ámbito de sus facultades como autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales;

La SIC ignoró que Uber es un intermediario entre dos personas en una situación de oferta y demanda, por lo que la normatividad del sector transporte no le resulta aplicable;

La medida de restricción a la libertad de expresión no es admisible. Las órdenes de la SIC carecen de proporcionalidad, objetividad e imparcialidad;

Las acciones derivadas de competencia desleal requieren perjuicios, o cuando menos, amenaza en los intereses económicos del demandante, lo cual no se probó;

²² Tribunal superior del Distrito judicial – Sala séptima civil de decisión, “Sentencia anticipada, proceso verbal por competencia desleal No. 110013199001201602106 03,” 18 de junio de 2020, <https://imgcdn.larepublica.co/cms/2020/06/19090449/z.-SENTENCIA-ANTICIPADA-UBER-1.pdf>

La sentencia de la SIC incurrió en un grave defecto fáctico y de valoración probatoria;

La desviación de clientela carece de sustento, no se probó, y se demostró amplia y correctamente que Uber no actuó de mala fe; no hay nexo causal entre la actividad de Uber y la desviación de clientela;

La orden emitida contra los prestadores de servicios de telefonía celular emite una orden a entidades que no fueron parte del proceso;

No se acreditó la ventaja competitiva, pues Uber y Cotech estaban en condiciones de igualdad; ni Uber ni Cotech son empresas de transporte público individual de pasajeros en vehículos taxi autorizados;

Las plataformas disruptivas no pueden ser consideradas contrarias a la libre competencia; sino pro competitivas a diferencia de la conclusión de la SIC;

Debe protegerse la neutralidad tecnológica.

En concordancia con lo resuelto por el Tribunal, la decisión de la SIC involucró la ausencia de un debido proceso, pues el fallo que expulsó a Uber de Colombia, no se sujetó a las normas jurídicas sobre la prescripción extintiva de la oportunidad de demandar, la neutralidad tecnológica, ni a otras normas de carácter fundamental. Esto denota la modificación de las reglas impuestas a Uber en un principio, desvirtuando a cabalidad las expectativas básicas debido a las cuales Uber decidió realizar su inversión, pues desde su llegada a Colombia en el año 2013, hasta el año 2019, su tipo de negocio no se había visto cuestionado o sancionado por ninguna autoridad judicial o administrativa.²³

²³ Diversas decisiones arbitrales ISDS han apoyado las expectativas del inversionista. Véase, por ejemplo, MTD (n289) (144); CMS (n202) (279); *Azurix* (n188) (371); *Parkerings* (n219) (333); *Siemens* (n213)(298-299). Aunque en tiempos recientes, tanto tribunales como tratados se han apartado de este criterio bajo el argumento de garantizar que las autoridades estatales puedan adoptar medidas necesarias para proteger objetivos legítimos. El T-MEC, por ejemplo (Art. 14.6.4) dispone que cualquier acción u omisión que pudiera desvirtuar dichas expectativas, no constituye violación del nivel mínimo de trato; también el Anexo 14-B n. a p. 19 del mismo Tratado, exige que el gobierno haya otorgado garantías escritas y vinculantes al inversionista para poder

En este sentido, el Estado Colombiano revirtió de manera arbitraria situaciones preexistentes, en las cuales Uber se había basado para instaurar su modelo de negocio y poner en marcha su operación económica y comercial en Colombia, tales como el acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, que entró en vigor el 15 de mayo de 2012, y a partir del cual, en el año 2013 Uber decidió poner en marcha su negocio.

En situaciones similares como las demandas arbitrales de inversión contra Argentina, de principios de este siglo, se argumentó que los arbitrajes deberían de tomar en consideración situaciones excepcionales de emergencia (en ese caso, por la crisis económica y financiera) por las cuales se adoptaron medidas radicales encaminadas a la protección del interés público.²⁴ En este caso de Uber, las decisiones difícilmente se podrían considerar como medidas de emergencia, ya que no fue explicado con suficiencia las razones justificables de interés público que las motivaron.

VII. ¿QUÉ OCURRIÓ CON **UBER** DESPUÉS DE SU SALIDA DEL PAÍS?

Después de conocerse la decisión de la SIC en contra de Uber, el 9 de enero de 2020, la emisora colombiana W Radio y otros medios del país, difundieron la noticia según la cual Uber había enviado una carta al presidente de Colombia de ese entonces, Iván Duque, en la que manifestaba su decisión de demandar al país por violar el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, después de que en diciembre del año 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) suspendiera los servicios de Uber por competencia desleal.

considerarse la medida como expropiatoria. Más sobre este tema, ver: *Paparinskis, Martin. The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, pp. 252 y ss.

²⁴ Sobre este tema, ver: Binder, Christina. Necessity Exceptions, the Argentine Crisis and Legitimacy Concerns. En: Treves, Tulio (Ed.), et. al. *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*. Routledge, 2014, p. 202.

Según la W radio, el abogado López Forastier estableció: “Escribo en nombre de Uber para informarle que ha surgido una disputa de inversión en virtud del capítulo diez del Acuerdo de Promoción Comercial de Estados Unidos y Colombia (el tratado) como resultado de las medidas adoptadas por la República de Colombia.”²⁵

«Uber es una empresa organizada bajo las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos, que ha realizado varias inversiones en Colombia» y precisa que Uber Colombia, al estar organizada bajo las leyes de Colombia, es una subsidiaria de Uber. «En consecuencia, Uber es un inversor protegido de los Estados Unidos y Uber Colombia es una empresa protegida en virtud del Tratado», precisa la misiva. El texto señala que una serie de medidas recientes impuestas por Colombia, como la medida de la SIC, «han tenido un grave impacto adverso en las inversiones de Uber» en el país, y cuestiona que la medida del organismo requiera que las compañías de telecomunicaciones suspendan las transmisiones, el almacenamiento y el acceso a la plataforma de Uber. Asimismo, considera que la orden de la SIC fue «emitida bajo circunstancias cuestionables», ya que la misma fue publicada el 20 de diciembre, es decir, el último día del calendario judicial en Colombia. Para Uber tal acción tiene «la aparente intención de impedir su revisión inmediata en apelación», y cuestionó que, «en contraste, otras compañías de Colombia y terceros países que ofrecen formas similares... no han sido sometidas al mismo tratamiento y continúan operando... sin interferencia similar de la República.»²⁶

²⁵ El país, “Uber dice que demandará a Colombia por violar TLC con estados Unidos”, 9 de enero de 2020, <https://www.elpais.cr/2020/01/09/uber-dice-que-demandara-a-colombia-por-violar-tlc-con-estados-unidos/>

²⁶ Ibidem.

VIII. ALTERNATIVA NO LITIGIOSA

Veinte 20 días después de su salida del país, el 20 de febrero de 2020 Uber a través de su cuenta de Twitter: @UberColombia publicó “Uber se reinventa por Colombia, un nuevo camino juntos”, anunciando su regreso a Colombia bajo la modalidad de arrendamiento de automóviles con conductor, como una forma de adaptarse temporalmente para poder conectar a millones de personas y reducir los daños ocasionados por las medidas adoptadas por la SIC estableció Uber en su sitio web.²⁷

Uber envió un mensaje a conductores y usuarios estableciendo que este nuevo modelo sería temporal, y que permitiría a sus usuarios llegar a su destino alquilando un carro con un conductor, aceptando un contrato a través de la aplicación. Después de la publicación y envío de este mensaje a los conductores y usuarios de Uber, la aplicación quedó habilitada nuevamente, con la diferencia de que al momento de solicitar un viaje, los usuarios debían aceptar un contrato de arrendamiento de vehículo con su conductor.

La aplicación además explicó a sus conductores que, si aceptan usar Uber, “reconocen y aceptan que Uber es un proveedor de servicios de tecnología que no ofrece servicios de transporte, no funciona como transportista, ni opera como agente para el transporte de viajeros”²⁸, a diferencia de cómo se realiza en otros países.

Pese a la decisión de la SIC, Uber se dio a la tarea de buscar una alternativa para quedarse en Colombia, llevando a cabo un nuevo tipo de negocio: el arrendamiento de vehículos con conductor, pues de no reinventar su aplicación, miles de usuarios y conductores se verían

²⁷ Uber Blog, “Uber se reinventa por Colombia”, El Salvador, 18 de febrero de 2020, <https://www.uber.com/es-SV/blog/uber-se-reinventa-por-colombia/>

²⁸ Anadolu agency, “Uber Vuelve a Colombia como una plataforma de arriendo de carros con conductor”, 2° de febrero fe 2020, <https://www.aa.com.tr/es/mundo/uber-vuelve-a-colombia-como-una-plataforma-de-arriendo-de-carros-con-conductor/1739865>

perjudicados. La decisión de Uber da cuenta del cambio de modelo de negocio por completo, esto, a fin de adaptarse tanto a la sentencia de la SIC como a las normas y presiones sociales colombianas.

No obstante, el 18 de junio de 2020, el Tribunal Superior de Bogotá encargado de resolver la apelación propuesta por Uber después de la sentencia proferida por la SIC, revocó el fallo de esta última, a lo que Uber publicó:

Celebramos la decisión que el Tribunal Superior de Bogotá tomó el día de hoy, que reversa un fallo injusto proferido por la SIC el pasado 20 de diciembre. Agradecemos a nuestra comunidad de arrendadores y arrendatarios por su apoyo incondicional en este año tan difícil. Este hito nos da aún más energía para aportar en las soluciones que el país necesita... La tecnología y la innovación cumplen un rol clave en el desarrollo y competitividad de nuestro país. Colombia debe ser un país que defiende la neutralidad de red y genera condiciones favorables para la inversión local y extranjera. Haremos una revisión detallada del fallo para definir nuestros próximos pasos, particularmente en lo relacionado con el modelo disponible en Colombia desde febrero de este año.²⁹

Los obstáculos llevaron a Uber a replantear las cosas, pensar diferente y buscar nuevas alternativas para su negocio; de esta manera, a pesar de la decisión del tribunal superior de Bogotá que revocó la decisión tomada por la SIC el 20 de diciembre de 2019, la compañía continúa con el negocio de arrendamiento de vehículos con conductor hasta el momento; sumado a esto, el 25 de septiembre de 2021 a través de su cuenta oficial de Twitter, Uber dio a conocer la alianza que realizó con TaxExpress, una empresa de taxis, con la cual crearon la opción de arrendamiento denominada Uber Taxi, alianza que permite que los usuarios registrados en Uber puedan pedir un taxi, y que los conductores de TaxExpress pueden acceder

²⁹ Uber. “Decisión del Tribunal de Bogotá reversa fallo de la SIC”, 19 de junio de 2020, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/decision-del-tribunal-superior-de-bogota-reversa-fallo-de-la-sic/>

a la tecnología de Uber; esto, “con el fin de generar oportunidades para más personas, y como una muestra de reconciliación entre quienes han estado en orillas diferentes”.³⁰

Adicionalmente, el 26 de julio de 2022 Uber dio a conocer que su aplicación presentará más alternativas de movilidad, además de que se expandirá a otras ciudades. Así pues, dio inicio a una nueva modalidad de arrendamiento de vehículos, denominada: UberAcuerdo, consistente en que el arrendador y el usuario negocian y definen el valor final del arrendamiento. “Una vez que el usuario elige su origen y destino, la aplicación de Uber sugiere alternativas de precios basados en el tiempo y la distancia, posteriormente el arrendador podrá aceptar, rechazar o contraofertar las ganancias de las solicitudes de los usuarios. En caso de contraofertar, la aplicación de Uber mostrará al arrendador otras alternativas de ganancias y éste podrá seleccionar con la que esté de acuerdo.”³¹

En la actualidad, Uber sigue trabajando en Colombia bajo un esquema de negocios distinto, *sui generis* respecto de su tradicional forma de operar en otras partes del mundo, pero que le permite mantener su operación y evitar el desgaste de un proceso arbitral internacional que, aunque pudiera resultar victorioso, le garantizaría a la empresa una indemnización económica en lugar de la posibilidad de continuar operando, como lo hace hasta hoy.

Las empresas afectadas por decisiones arbitrarias o injustificables de los gobiernos no siempre deciden iniciar arbitrajes para encontrar solución a sus problemas. En este caso, Uber decidió reinventarse bajo una modalidad que le permitiera subsistir a pesar de todas las trabas impuestas de manera injusta a su operación. Es lo

³⁰ Uber Newsroom, “Uber Taxi en alianza con TaxExpress es una realidad en Colombia”, Colombia, 11 de agosto de 2021, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-taxi-en-alianza-con-taxexpress-es-una-realidad-en-colombia/>

³¹ Uber Blog, “Tú eliges tus ganancias, ambos eligen el precio. Eso es Uber Acuerdo”, Colombia, 23 de junio de 2022, <https://www.uber.com/es-CO/blog/uber-acuerdo-colombia/>

que el Banco Mundial ha denominado como “divorcio silencioso”, la ruptura de relaciones entre el inversionista y el Estado sin rupturas legales ni litigios.³²

Para infortunio de la estadística, estos “divorcios” a los que se refiere el Banco Mundial, pasan totalmente desapercibidos, tanto para la literatura académica como para los gobiernos y se convierten en puntos ciegos para la formulación de políticas de inversión.³³

IX. DERECHOS DE INVERSIÓN

Cuando los inversionistas extranjeros deciden iniciar el procedimiento arbitral, generalmente se apoyan en las siguientes bases jurídicas. Para el caso de Uber, el Acuerdo de promoción comercial entre las Repúblicas de Colombia y los Estados Unidos de América, es un tratado comercial vigente desde mayo de 2012.³⁴ Este acuerdo contiene un Capítulo Diez de inversión, y se considera un Acuerdo Internacional de Inversión (también conocido como *Treaty with Investment Provision*, o TIP), ya que no se limita de manera exclusiva a las inversiones, como lo hacen los tratados bilaterales de inversión (TBI) y que coexisten con mucha frecuencia de manera simultánea. No es este el caso porque Colombia y Estados Unidos carecen de un TBI, de manera que la protección bilateral de inversiones se limita al tratado comercial más amplio.

Este capítulo diez contiene un texto genérico como lo establecen la mayoría de tratados de este tipo en la actualidad, en un modelo congruente con los negociados por Estados Unidos en esa época y

³² Echandi Gurdíán, Roberto. Mecanismos de gestión de conflictos entre inversionistas y Estados: La necesidad de retomar el objetivo original del Derecho Internacional de la Inversión. Logos, enero-junio 2021, Vol. 2, p. 86. ISSN 2215-5910.

³³ Ibidem.

³⁴ Ver: <https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/estados-unidos/texto-final-del-acuerdo/texto-final-estados-unidos.pdf.aspx>

que se divide en dos partes, una sustantiva que enuncia los derechos que se protegen y las facultades y limitaciones estatales respecto de las operaciones de inversión extranjera en sus territorios; y otra relativa a aspectos procesales por la que se establecen mecanismos como el arbitraje inversionista-Estado para el caso de violaciones a dichos derechos de inversión.

Se consideran derechos de inversión el Trato Nacional, el de Nación Más Favorecida, el Nivel Mínimo de Trato o Trato Conforme con el Derecho Internacional (incluidos Trato Justo y Equitativo y Protección y Seguridad Plenas) y la expropiación y medidas equivalentes.

Estos derechos generalmente se entienden vulnerados con la adopción, implementación o ejecución de normas jurídicas o medidas regulatorias estatales. Para el caso de que esto suceda, los tribunales arbitrales internacionales son a los que les corresponde resolver llegado el momento y con argumentos como los que se mencionan a continuación.

X. SOBERANÍA E INVERSIÓN

Cuando se trata de establecer los límites del Estado en materia regulatoria surgen de inmediato conceptos como “soberanía” y “autodeterminación”. Estos conceptos, aunque tienen una innegable connotación ideológica, no son ilimitados, están sujetos, en principio, al cumplimiento del derecho. El estado de derecho es, entonces, el parámetro fundamental para determinar los límites del Estado en materia legislativa y regulatoria. El problema surge cuando se intenta colocar por un lado la facultad soberana y por el otro a los derechos de inversión, como si se tratara de dos extremos opuestos e irreconciliables. Esto es un mito, existen límites a la regulación estatal sin que por ello se llegue al extremo de restringir la soberanía, elemento esencial de todo Estado.

Como punto de partida el Estado tiene amplia facultad legislativa y regulatoria; no obstante, sobre este tema, se ha dicho también que los arbitrajes inversionista-Estado (ISDS) no tienen atribuciones para cuestionar las políticas nacionales de las Partes en tratados internacionales, sean comerciales o de inversión, tal y como lo ratificaron decisiones como las de *Philip Morris v. Uruguay*³⁵ (2016) y *Eli Lilly v. Canadá*³⁶ (2017) y que los tratados comerciales no impiden que un país reforme y actualice su derecho interno porque se entiende que las autoridades nacionales buscan proteger objetivos legítimos de interés general como el medio ambiente, la seguridad, la salud, y otros.

Lo que se establece en los tratados es el compromiso de que, al proteger dichos objetivos, las autoridades lo harán sin afectar innecesariamente los derechos de propiedad de inversionistas e inversiones extranjeras, y que, de hacerlo, tendrán que indemnizar económicamente a los afectados. Es decir, se espera que “el Estado no actuará de manera irracional, contraria al interés público o de manera desproporcionada.”³⁷

Conceptos imprecisos en leyes, reglamentos, o cualquier otra disposición jurídica que carece de definiciones claras y dan amplio margen de interpretación a las autoridades al tomar decisiones, son claros ejemplos de lo anterior. Además, estas medidas podrían llegar a ser irreversibles si se prolongan en el tiempo. La decisión

³⁵ *Philip Morris v. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo 8 de julio de 2016. Para. 422. Es indiscutido en las decisiones de los más recientes tribunales constituidos en casos de inversión que los requisitos para las expectativas legítimas y la estabilidad jurídica como manifestaciones del estándar de TJE no afectan los derechos del Estado a ejercer su poder soberano para legislar y a adaptar su sistema jurídico a circunstancias variables.

³⁶ *Eli Lilly v. Canada*. Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017, Para. 426. “...it is not the role of a NAFTA Chapter Eleven tribunal to question the policy choices of a NAFTA Party.”

³⁷ *Charanne c. España*, Arbitraje 062/2012, del 21 de enero de 2016. Laudo Final, para. 514.

de *Charanne* dejó claro que el Estado no alteraría los derechos de inversión cuando los cambios “no sean caprichosos o innecesarios, y que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente.”³⁸ Las premisas sobre las cuales se construyó la afectación a Uber dejan más dudas que certezas respecto de la política pública que pretende implementarse, empezando por la falta de claridad en la diferencia de políticas aplicadas a Uber respecto de las otras empresas del mismo ramo.

Los Principios de *Standstill*³⁹ y de *Ratchet*,⁴⁰ son claros ejemplos por los cuales los gobiernos no pueden cambiar las circunstancias de lo ya acordado en un tratado, ni implementar reformas más restrictivas a los compromisos pactados, sino únicamente conceder mayor apertura.

Tratados como el TLC Colombia-EE. UU. tampoco otorgan al gobierno la posibilidad de aplicar retroactivamente su ley y retroceder el grado de apertura de un sector previamente consolidado, ni siquiera bajo el argumento de que dichas acciones son producto del ejercicio soberano de la política interna. Hacerlo podría significar una clara violación al tratado internacional.

No obstante, en ocasiones los tribunales se han pronunciado respecto de las políticas estatales como argumentos suficientes ante posibles violaciones de derechos de inversión. El tribunal de *Mami-*

³⁸ Charanne, para. 517.

³⁹ Véase, por ejemplo, el TBI Argentina-Panamá. Art. 3º: “Ninguna de las partes contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, incluyendo modificación o derogación de leyes, que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra parte contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, definidas en la legislación del Estado receptor, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal.”

⁴⁰ Cfr. Artículo 14.12 c) del Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC).

doil,⁴¹ resolvió que el trato justo y equitativo envuelve a los inversionistas extranjeros en la esfera de las políticas racionales de interés general. No está creado para favorecer los intereses de los inversionistas por encima de los intereses económicos y sociales.

Es verdad también que los precedentes no son obligatorios para controversias futuras, sino meramente referenciales y tienen que tomarse con cautela, por ello se pueden encontrar precedentes en uno y en otro sentido, aplicables incluso en temas que no son de naturaleza similar, sin que uno prevalezca por encima de otro.

Paulsson⁴² explica esto con el argumento de que no hay contradicción entre la tarea de decidir un caso en lo individual (cuando se trata de un tribunal efímero como estos arbitrajes) y contribuir en consciencia con el acrecentamiento del derecho internacional. La redacción de una decisión debería de resistirse a la tentación de citar observaciones errantes, sólo porque parecieran darle soporte a una decisión ya tomada previamente. Los árbitros, antes de darle importancia a decisiones previas, deben de tomar en consideración que estos precedentes no son de ninguna manera obligatorios para el caso que analizan.

Es de sentido común que ningún inversionista extranjero podría esperar que el Estado no reforme sus leyes, el derecho es dinámico y evoluciona para adaptarse a nuevas realidades, lo que un gobierno establece puede no ser lo correcto para otro porque las circunstancias pueden cambiar. Pero, cómo lo resolvió el caso de *Parkerings v. Lituania* (2007): “todo hombre de negocios o inversionista sabe que las leyes evolucionan con el tiempo. Sin embargo, lo que está pro-

⁴¹ Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24, Award 30 March 2015, Para. 614. En: Islam, Rumana. *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*. Springer, 2018, p. 109.

⁴² Paulsson, Jan. *The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration*. En: Yannaca-Small, Katia. *Arbitration Under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, Second Edition, Oxford University Press, 2018, p. 100.

hibido al Estado es actuar de manera injusta, irrazonable o inequitativa en el ejercicio de su facultad legislativa.” (traducción propia) En esto vale detenerse un poco.

Dicho de otra forma, se espera que los cambios jurídicos no sean caprichosos o innecesarios, y que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente, como ya se mencionó respecto de la decisión de *Charanne*. El Estado tiene la obligación de apegarse a sus normas, o como lo resolvió el tribunal de ADC v. Hungría: “cuando un Estado firma un tratado..., se compromete a cumplir con él, y debe observar las obligaciones de protección de las inversiones que asumió a través de dicho tratado y no ignorarlas mediante el argumento posterior del derecho de regular del Estado.”⁴³

La decisión de ADC v. Hungría dejó claro que, una cosa es afirmar que el inversionista desarrollará sus actividades en cumplimiento con las leyes y reglamentaciones del Estado receptor, y otra muy distinta es implicar que el inversionista también debe estar dispuesto a aceptar todo lo que decida hacerle el Estado receptor. Cuando un inversionista opera en un país distinto del suyo y en él se cumplen las formalidades jurídicas para operar de manera legítima, lo menos que se espera es que las autoridades nacionales no interfieran de manera arbitraria o injustificable en dichas operaciones. Sin embargo, incluso estas expectativas de inversión tienen sus límites.

⁴³ ADC v. Hungary. ICSID Case No. ARB/03/16, October 2, 2006. Para. 423. The Tribunal cannot accept the Respondent’s position that the actions taken by it against the Claimants were merely an exercise of its rights under international law to regulate its domestic economic and legal affairs. It is the Tribunal’s understanding of the basic international law principles that while a sovereign State possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries. As rightly pointed out by the Claimants, the rule of law, which includes treaty obligations, provides such boundaries. Therefore, when a State enters into a bilateral investment treaty like the one in this case, it becomes bound by it and the investment- protection obligations it undertook therein must be honored rather than be ignored by a later argument of the State’s right to regulate.

Las medidas colombianas que afectaron a Uber constituyeron cambios drásticos del régimen jurídico vigente en Colombia establecido desde 1996. La justificación de dichas medidas es que se basaban en atribuciones estatales, aunque el objetivo a proteger pudiera reivindicar un monopolio del transporte como el de taxis.

La defensa de medidas gubernamentales anclada en principios de soberanía debe de ser muy cuidadosa, de lo contrario se estará ante un abuso de estas facultades soberanas, o como lo dice *Sornarajah*, las violaciones contractuales (aplica también a inversiones extranjeras sin contrato de por medio) derivadas del uso de facultades soberanas del Estado, bien podrían derivar en la infracción del derecho internacional.⁴⁴

El problema surge también cuando las medidas gubernamentales expresan contenidos ideológicos que, aunque podrían considerarse razones justificables a los intereses nacionales, al mismo tiempo podrían ser argumentos idiosincráticos para violaciones de derechos de inversión.

Las razones de la SIC para establecer estas medidas violatorias de los derechos de inversión se basaron en la prestación del servicio de transporte, estableciendo que sea público o privado, “la intervención estatal es imperativa para reglamentar y controlar esa actividad... las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación (o autorización) para (poder) operar”⁴⁵. En reiteradas ocasiones, el juez estableció que Uber había infringido las normas del sector de transporte público al prestar dicho servicio sin cumplir con los requisitos necesarios para poder hacerlo.

⁴⁴ Sornarajah, M. *The International Law of Foreign Investment*. Cambridge University Press, 2010, p. 14.

⁴⁵ Juez asignado a la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106”, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019, <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestación-del-servicio-de-transporte-uber>

De acuerdo con el juez, Uber decidió no someterse a la normatividad aplicable a su negocio, decisión que le permitió prestar el mismo servicio que prestan las empresas legalmente habilitadas, pero sin los obstáculos de tener que cumplir estrictas medidas del sector transporte.

De modo que, en palabras del juez encargado del proceso:

Uber obtuvo una ventaja competitiva a partir de la violación de normas, en tanto que no ha tenido que: agotar los trámites administrativos obligatorios para la prestación del servicio, no ha tenido que someterse a las múltiples exigencias aplicables a los prestadores del servicio público de transporte en vehículo taxi, no ha tenido que someterse a las limitaciones geográficas, no ha tenido que someterse a las restricciones de ingreso de vehículos al parque automotor, y mucho menos a la afectación de tarifas. Es decir que ha podido llevar a cabo el ejercicio competitivo de manera más libre que quienes prestan el mismo servicio en condiciones de sometimiento a la regulación... Ante un mercado altamente regulado, quien no cumple con la regulación, compite en condiciones más favorables que no pueden ser igualadas, aunque quisieran, por lo que la única posibilidad de competir frente a Uber sería optar por violar la ley.⁴⁶

En contextos de inestabilidad jurídica y política es razonable que se reclame la falta de protección y seguridad de inversionistas e inversiones. Este estándar, que algunos identifican como derivación del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional, requiere que el Estado receptor de la inversión cumpla con las funciones básicas del Estado moderno: mantener el orden público y la seguridad. No se requiere protección del Estado, sino protección por medio del Estado; es decir, por los canales que el propio Estado establece para garantizar que los inversionistas no sean objeto de acciones despóticas y arbitrarias.⁴⁷

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Mantilla Blanco, Sebastián. Full Protection and Security in International Investment Law. Springer, 2018, p. 613.

Un argumento aceptado por el tribunal de *Eiser v. España* refiere que, si los inversionistas invirtieron en un país fue porque las normas constitucionales y legales así lo permitían; cambiar con posterioridad las leyes (y esto aplica también a decisiones administrativas) implica una transformación abrupta y radical de las circunstancias que motivaron esas inversiones en primer lugar. La aplicación retroactiva de la ley tiene efectos adversos en las inversiones del sector. Insistimos, el Estado no está impedido a realizar estos cambios, pero de consolidarse, los representantes del Estado tendrían que defenderse justificando que sus acciones son el resultado de perseguir un objetivo legítimo y que dichas reformas eran la única manera o la manera razonable y de menor impacto (*In dubio mitius*) a las inversiones extranjeras para cumplir con la protección de dicho objetivo, de lo contrario, podría verse obligado a indemnizar sumas millonarias.

Los cambios repentinos y radicales a normas jurídicas, así como la falta de estabilidad del marco jurídico han sido considerados violatorios del estándar de trato justo y equitativo en varias controversias. Dicho de otro modo, las condiciones estables y equitativas claramente forman parte del estándar de trato justo y equitativo como lo ha resuelto el tribunal de *Plama c. Bulgaria*⁴⁸ y el tribunal de *Occidental v. Ecuador*, respecto de que existe un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo cuando “el marco dentro del cual la inversión se realizó y opera ha sido cambiado de una manera importante”⁴⁹ por el Estado demandado.

⁴⁸ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, para. 173.

⁴⁹ *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Final, 1 de julio de 2004, para. 183.

XI. EXPECTATIVAS DE INVERSIÓN

Las inversiones extranjeras generan expectativas a los inversionistas, no en el sentido económico solamente, sino en cuanto a la libertad de realizar sus actividades sin obstáculos ni restricciones discriminatorias e injustificables por parte del Estado receptor, que es lo que realmente importa para defensa de los derechos de inversión. Si se obtienen o no las ganancias esperadas es un tema que no compete al Estado, excepto si las pérdidas son consecuencia de medidas irrazonables de sus autoridades.

La decisión de *El Paso v. Argentina*⁵⁰ estableció que dichas expectativas deben contemplar la posibilidad real de que se instrumenten cambios y modificaciones razonables en el marco legal por parte de las autoridades competentes, pero dichos cambios o modificaciones deben de estar dentro de los límites de las facultades que les fueron conferidas por ley. De acuerdo con esta decisión, apartarse del mandato legal constituye una violación de las expectativas.

El Tribunal de *Eiser v. España*⁵¹ consideró que las expectativas legítimas están vinculadas al trato justo y equitativo y por ello buscan limitar las acciones gubernamentales respecto de las medidas regulatorias previamente establecidas y que dieron origen a la decisión de llegar a invertir a un país, pues estas acciones de gobierno privan a los inversionistas del valor de su inversión.

Las expectativas legítimas, al menos en decisiones y tratados recientes, no son ya como lo fueron antes, violatorias en principio del nivel mínimo de trato y esto ya es aceptado incluso en tratados de reciente creación. El capítulo 14 de Inversión de T-MEC, por ejemplo, establece de manera general la no aplicación de las expectativas del inversionista como factor para considerar la violación del Nivel Mínimo de Trato, aunque deja abierta una breve posibilidad.

⁵⁰ Cfr. *El Paso Energy International Co. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, para. 400.

⁵¹ *Eiser v. España*, Caso CIADI ARB/13/36, Laudo del 4 de mayo de 2017, para. 382.

Dice textualmente el Capítulo 14 del T-MEC que “el simple hecho de que una Parte tome u omite tomar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.”⁵² Esta es una novedad en la renegociación del acuerdo de América del Norte, el anterior TLCAN no lo establecía y precisamente por ello algunos arbitrajes ampararon estas expectativas, como la decisión de *Tecmed v. México*, que ya ha caído en desuso.

La excepción del mismo Capítulo 14, en lo relativo al Anexo 14-B se refiere a expropiación indirecta. De acuerdo con el párrafo 3 inciso a) ii) se requiere de una investigación que considere, entre otros factores, que la medida en que se basó el acto gubernamental interfiere con expectativas inequívocas y razonables respaldadas por la inversión. Hasta aquí, parece que no cambia nada, pero esta disposición tiene una nota a pie de página (19) que matiza esta afirmación. Esta nota refiere de manera concreta que la razonabilidad de dichas expectativas depende de “si el gobierno proporcionó al inversionista garantías escritas vinculantes y de la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental o del potencial de regulación gubernamental en el sector pertinente.” Un ejemplo de esto podría ser una cláusula de estabilización⁵³ en un tratado o en un contrato, la cual los Estados se cuidan de no incluir en la actualidad.

Lo complejo de las expectativas de inversionistas extranjeros radica en la evidente contradicción que existe entre las acciones que realizan los gobiernos para atraer inversiones, en primer lugar, y las que se adoptan en un segundo momento y que intentan afectar

⁵² T-MEC, Capítulo 14. Inversión. artículo 14.6, párrafo 4, relativo al Nivel Mínimo de Trato.

⁵³ En un estudio amplio sobre estas cláusulas, ver: Gjuzi, Jola. *Stabilization Clauses in International Investment Law. A Sustainable Development Approach*. Springer, 2018.

y hasta expulsar a los inversionistas del país, ya que las medidas adoptadas tienen por consecuencia su afectación económica, en los términos en los que resolvió el tribunal de *El Paso v. Argentina*.⁵⁴

La estabilidad y previsibilidad del marco jurídico, al igual que la congruencia en la toma de decisiones gubernamentales son elementos esenciales de cualquier expectativa de inversión. Cualquier acción que se aparte de estos principios es una señal de violación de derechos de inversión, como el trato justo y equitativo y de la protección jurídica, además por supuesto, de claras violaciones a compromisos convencionales.

Haciendo a un lado las interpretaciones de algunos tribunales arbitrales, el hecho de generar condiciones para atraer inversiones para luego revertirlas bajo el escudo de una nueva reflexión ideológica, de presiones sociales, de cambios radicales de políticas nacionales, no puede justificarse bajo el argumento de lo cambiante del derecho, los cambios repentinos pueden ser motivo de falta de congruencia por parte de los gobiernos y atentan directamente contra la certeza jurídica y la protección y seguridad de las inversiones.

XII. LÍMITES AL CONCEPTO DE SOBERANÍA

Dicho lo anterior, es necesario recalcar que la soberanía no es un concepto absoluto, admite excepciones. Los gobernantes tienen la obligación de apegarse al marco jurídico de sus países, al mismo tiempo que deben de cumplir con compromisos y estándares internacionales. Si no existieran límites a la soberanía nacional, los gobernantes en turno tomarían decisiones sin repercusiones, pues la soberanía les otorgaría esta libertad y ello provocaría un deterioro irreversible del estado de derecho.

El derecho, entonces, sirve de contención al poder, le pone límites, le condiciona el actuar a los gobernantes y promueve la estabilidad social, económica y política de los países. La soberanía es una

⁵⁴ *El Paso v. Argentina*, para. 384.

premisa básica que sostiene a una comunidad nacional para que decida el camino que mejor le conviene, pero al igual que sucede con la libertad personal, requiere que se tome en cuenta a los demás que cuentan también con los mismos derechos y obligaciones.

Soberanía es un concepto que reconoce la existencia de libertades, pero también de obligaciones. Ejercerla no significa contar con una licencia irrestricta, sino reconocer los valores y principios de una sociedad en constante cambio, y estar siempre consciente de los límites que le impone a un país formar parte de una comunidad internacional, incluso cuando lo que se pretende es amparar objetivos legítimos de interés público.

Las facultades legislativas y regulatorias de un Estado tendrán siempre prioridad, no se debe de temer a demandas internacionales como algo *a priori*, ya que se estaría fomentando aquello que en la práctica se ha conocido como el “*regulatory chill*”, o “enfriamiento regulatorio”, por el cual los gobiernos se abstienen de adoptar y adaptar su derecho a nuevas circunstancias por el miedo a demandas internacionales. Esto no debería de ser así, pero es necesario reflexionar respecto de las afectaciones que una medida gubernamental conlleva y definir, con un análisis técnico jurídico, si dicha medida atenta contra compromisos de tratados internacionales, o si es lo suficientemente justificable para ser defendida desde la perspectiva de la protección de objetivos legítimos nacionales.

La tarea de análisis en este sentido les corresponde a los legisladores, pero también es una obligación de la academia darles a las autoridades las herramientas para reflexionar, antes de tomar decisiones que pudieran ser lesivas a los intereses del país. Los efectos de reformas radicales e irreflexivas no sólo les incumben a los operadores públicos y privados. Las consecuencias se ven reflejadas en toda la población.

Para bien o para mal, los tratados comerciales y de inversión vigentes constituyen obligaciones jurídicas que no están sujetas a condiciones políticas. Dejar de cumplirlos es un lujo que un país no

siempre puede darse. Es mejor buscar alternativas que, al ser suficientes, sean también menos lesivas a los intereses de inversionistas e inversiones extranjeras, si no se quiere pagar indemnizaciones cuantiosas.

XIII. OBJETIVOS LEGÍTIMOS

Las medidas nacionales, para no ser violatorias de derechos de inversión, tienen que estar respaldadas por razonamientos que justifiquen que dicho cambio radical es necesario para cumplir con objetivos legítimos de interés general.

Estos objetivos generalmente consisten en cuestiones como la protección del medio ambiente, la salud, la seguridad, la competencia y otros. Estas medidas deben de sostenerse en principios de soberanía pero que deben ser probados más allá de las declaraciones políticas; es decir, sobre bases respaldadas jurídicamente. Deben incluso coincidir con tendencias mundiales, respaldarse incluso en buenas prácticas del derecho comparado.

La falta de justificación suficiente constituye también violación del principio de trato justo y equitativo y de protección y seguridad, ampliamente reconocidos por el derecho internacional de las inversiones.

Las medidas nacionales deben de cumplir con compromisos internacionales de inversión y no contravenir las obligaciones de trato establecidas en tratados y capítulos de inversión. Por ejemplo, que éstas:

no sean discriminatorias a favor de inversionistas nacionales o de otros países;

no sean arbitrarias, opacas, ni contrarias al marco legal interno o debido proceso;

no afecten las expectativas legítimas de los inversionistas; y/o

no expropian directa o indirectamente la inversión.⁵⁵

⁵⁵ Reporte especial TLCs - Principales garantes de las reglas del juego. SAI Derecho & Economía, marzo 2021.

Para mayor explicación, la discriminación se traduce en medidas que afectan a principios como los de trato nacional, trato de nación más favorecida, trato conforme al derecho internacional (incluido trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas), y expropiación o medidas equivalentes.

Uno de los roles más importantes del estándar de trato justo y equitativo en inversiones consiste en controlar el ejercicio discrecional de las autoridades del Estado.⁵⁶ Entre más amplias sean las atribuciones de las autoridades y mayores los márgenes de decisión que puedan impactar de forma negativa a los inversionistas, mayor será la posibilidad de incurrir en violación de este estándar internacional.

XIV. CONCLUSIÓN

El Estado tiene facultades soberanas respecto de su derecho interno y los tratados comerciales no impiden realizar reformas jurídicas o adoptar medidas administrativas, pero los compromisos comerciales y de inversión, al igual que los arbitrajes en este tema, sirven como mecanismos de contención cuando el nivel de riesgo país es alto. Los Estados no deberían de minimizar la importancia del riesgo que implica tener que indemnizar a empresas afectadas por cantidades millonarias, más en este momento de crisis sanitaria, política y económica mundial.

Los gobiernos tienen la obligación de construir bases sólidas para mantener la estabilidad social, económica e institucional. Para algunos gobernantes, estos objetivos se logran por la vía de la consolidación de la soberanía tradicional reflejada en el control estatal. Nada les impide a los Estados realizar estos objetivos, pero si para

⁵⁶ Hepburn, Jarrod. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford University Press, UK, 2017, p. 16. “...one of the key roles of the FET standard in investment law is, as with domestic administrative law, to control exercises of executive discretion.”

lograrlo se recurre a revertir normas y derechos adquiridos, es probable que se tenga que pagar un precio para lograrlo, y a veces ese precio es demasiado alto, por desgracia.

Uber decidió no enfrentar a Colombia en un arbitraje internacional (al menos por ahora) y en ello pueden darse dos lecturas. Primera, habrá quien piense que es mejor un mal arreglo que un buen pleito, es decir, la victoria de la política sobre el derecho, algo que le ha permitido a la empresa mantener sus operaciones en Colombia, aunque bajo un esquema jurídico distinto.

Segunda, la decisión de Colombia de dejar abierta una puerta para que Uber continuara sus operaciones podría considerarse como una buena estrategia nacional que le ha evitado, por ahora, ser objeto de demandas internacionales. Esto no debe de interpretarse como una estrategia que podrá replicarse en todos los ramos y sectores económicos, ni tampoco en cualquier época, pero por ahora ha funcionado. Esto tampoco quiere decir que los razonamientos basados en la defensa de la soberanía han triunfado, porque sería incorrecto. El Estado colombiano y la comunidad internacional, en lo general, deben de cuidar siempre la obligación de justificar en derecho sus medidas internas.

Respaldar las decisiones de autoridad en la norma jurídica es la mejor garantía del cumplimiento de objetivos legítimos y del respeto a los derechos de propiedad.

XV. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. BIBLIOGRAFÍA.

CHAISSÉ, Julien; et. al. *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer 2021.

ECHANDI Gurdián, Roberto. Mecanismos de gestión de conflictos entre inversionistas y Estados: La necesidad de retomar el objetivo original del Derecho Internacional de la Inversión. *Logos*, enero-junio 2021, Vol. 2, p. 86. ISSN 2215-5910.

- GJUZI, Jola. *Stabilization Clauses in International Investment Law. A Sustainable Development Approach*. Springer, 2018.
- HEPBURN, Jarrod. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford University Press, UK, 2017.
- ISLAM, Rumana. *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*. Springer, 2018.
- MANTILLA BLANCO, Sebastián. *Full Protection and Security in International Investment Law*. Springer, 2018.
- PAPARINSKIS, Martins. *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*. Oxford University Press, 2013.
- SAI Derecho & Economía. Reporte especial TLCs - Principales garantes de las reglas del juego, marzo 2021.
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, 2010.
- TREVES, Tulio (Ed.), et. al. *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*. Routledge, 2014.
- YANNACA-SMALL, Katia. *Arbitration Under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, Second Edition, Oxford University Press, 2018.

2. CASOS.

- ADC v. Hungary. ICSID Case No. ARB/03/16, October 2, 2006.
- Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12. Laudo del 14 de julio de 2006.
- Charanne c. España, Arbitraje 062/2012, del 21 de enero de 2016. Laudo Final.
- CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8. Laudo del 12 de mayo de 2005.

Eiser v. España, Caso CIADI ARB/13/36, Laudo del 4 de mayo de 2017.

El Paso Energy International Co. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011.

Eli Lilly v. Canada. Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017.

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24, Award 30 March 2015.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7. Laudo del 25 de mayo de 2004.

Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Final, 1 de julio de 2004.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8. Laudo del 11 de septiembre de 2007.

Philip Morris v. Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo 8 de julio de 2016.

Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008.

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8. Laudo del 17 de enero de 2007.

3. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Ley 256 de 1996: Normas sobre competencia desleal.

Ley 1166 del año 2007 aprobó el TLC entre Colombia y EE. UU.

Sentencia de la SIC: 20 de diciembre de 2019.

Sentencia de revocación de la sentencia proferida por la SIC el 20 de diciembre de 2019: 18 de junio de 2020.

4. PÁGINAS WEB

Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: <<https://www.sic.gov.co>>

Acuerdo de promoción comercial entre las Repúblicas de Colombia y los Estados Unidos de América. Disponible en: <<https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/estados-unidos/texto-final-del-acuerdo/texto-final-estados-unidos.pdf.aspx>>

Uber Newsroom, “Uber deja de funcionar en Colombia”, Colombia, 11 de enero de 2020. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-deja-de-funcionar-en-colombia/>>

Uber Blog, “Uber se reinventa por Colombia”, El Salvador, 18 de febrero de 2020. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-SV/blog/uber-se-reinventa-por-colombia/>>

Uber. “Decisión del Tribunal de Bogotá reversa fallo de la SIC”, 19 de junio de 2020. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/newsroom/decision-del-tribunal-superior-de-bogota-reversa-fallo-de-la-sic/>>

Uber Newsroom, “Uber Taxi en alianza con TaxExpress es una realidad en Colombia”, Colombia, 11 de agosto de 2021. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-taxi-en-alianza-con-taxexpress-es-una-realidad-en-colombia/>>

Uber Blog, “Tú eliges tus ganancias, ambos eligen el precio. Eso es Uber Acuerdo”, Colombia, 23 de junio de 2022. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/blog/uber-acuerdo-colombia/>>

Uber Newsroom, “Uber inicia el año reunido con socios y conductores”, Colombia, 7 de febrero de 2019. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-se-reune-con-socios-conductores/>>

Uber Blog, “La violencia es inaceptable”, Colombia, 17 de enero de 2017. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/blog/la-violencia-es-inaceptable/>>

Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019. Disponible en: <<https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-pres-tación-del-servicio-de-transporte-uber>>

Tribunal superior del Distrito judicial – Sala séptima civil de decisión, “Sentencia anticipada, proceso verbal por competencia desleal No. 110013199001201602106 03,”, 18 de junio de 2020. Disponible: <<https://imgcdn.larepublica.co/cms/2020/06/19090449/z.-SENTENCIA-ANTICIPADA-UBER-1.pdf>>

Anadolu agency, “Uber Vuelve a Colombia como una plataforma de arriendo de carros con conductor”, 2 de febrero fe 2020. Disponible en: <<https://www.aa.com.tr/es/mundo/uber-vuelve-a-colombia-como-una-plataforma-de-arriendo-de-carros-con-conductor/1739865>>

5. ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

El país, “Uber dice que demandará a Colombia por violar TLC con estados Unidos”, 9 de enero ce 2020. Disponible en: <<https://www.elpais.cr/2020/01/09/uber-dice-que-demandara-a-colombia-por-violar-tlc-con-estados-unidos/>>

LA TENSION ENTRE EL PRINCIPIO DE LAICIDAD Y EL DEBER DE PROTEGER EL PATRIMONIO CULTURAL RELIGIOSO. UNA OBRA DE SERGIO ALEJANDRO PARRA FERNANDEZ¹

THE TENSION BETWEEN THE PRINCIPLE OF SECULARISM AND THE DUTY TO PROTECT RELIGIOUS CULTURAL HERITAGE. A WORK BY SERGIO ALEJANDRO PARRA FERNANDEZ

PAULINE CAPDEVIELLE²

Los estudios en torno a religión, política y derecho son objeto, en los últimos años, de un renovado interés en América Latina, en sociedades cada vez más plurales y complejas, tanto a nivel religioso, cultural como ideológico. Lejos de ser un problema resuelto, la cuestión religiosa sigue siendo espinosa, como puede apreciarse en materia educativa, en la definición e implementación de políticas sexuales y reproductivas, el trato igualitario hacia minorías confesionales, las subvenciones estatales a entidades religiosas, para mencionar algunas problemáticas. Otra de las cuestiones que desvela las tensiones no resueltas entre lo político y lo religioso es la relación —extremada compleja, diversa y rica— entre religión y cultura. Este tema, muy poco abordado hasta ahora, es precisamente el núcleo de la reflexión que ofrece Sergio Alejandro Fernández Parra, en su obra titulada *La tensión entre el principio de laicidad y el deber de proteger el patrimonio cultural religioso*.

¹ Parra Fernández Bogotá Sergio Alejandro, Universidad Externado de Colombia, 2022.

² Investigadora Asociada “C” de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ-UNAM). Maestría y Doctorado en derecho público por la Universidad Aix-Marseille III (Francia) con estudios posdoctorales en la UNAM. Contacto: <pcapde@unam.mx>. ORCID< <https://orcid.org/0000-0002-7298-8850>>.

Este libro debe leerse en el marco de las discusiones que ha tenido el Tribunal Constitucional colombiano en materia religiosa a partir de 1991, año en que se adoptó una nueva Constitución que puso fin al histórico régimen de catolicidad en Colombia. Aprovechando que el nuevo texto se quedara mudo sobre la fórmula de relaciones entre el Estado y la(s) iglesia(s), el máximo tribunal del país determinó el carácter laico del Estado, a partir de los conceptos de pluralismo y de neutralidad que han de caracterizar el actuar público. Sobre esta base, edificó, mediante un esfuerzo jurisprudencial sumamente sostenido y sofisticado, un modelo jurídico de Estado laico operacional y orientado a resolver casos difíciles. Asimismo, examinó diferentes situaciones conflictivas a la luz del principio de laicidad: trato a religiones mayoritaria y minoritarias, consagración del Estado a una devoción católica, exoneraciones fiscales a entidades religiosas, educación religiosa en escuelas públicas, y más recientemente, eutanasia y derecho legal al aborto, para mencionar algunas. También, el Tribunal Constitucional ha trabajado en torno a la cuestión de la protección y promoción de los bienes culturales de origen religioso, la cual se encuentra en el cruce de dos diferentes mandatos constitucionales: la obligación del Estado de someterse al principio de laicidad —que implica una estricta neutralidad respecto a credos particulares— y el deber de promover la cultura y proteger el patrimonio cultural colombiano.

Antes de adentrarnos en este preciso tema, es importante señalar que la obra excede por mucho el examen jurídico de los bienes culturales de origen religioso. Si bien la reflexión se inscribe en un marco de análisis claramente jurídico e incluso jurisprudencial, no descuida los aspectos analíticos y conceptuales de la problemática, ni tampoco prescinde de una mirada sociológica o al menos, cercana a los desafíos que nacen en la práctica. De esta manera, se trata de una obra muy rica, que aporta valiosas claves de lectura y comprensión del fenómeno religioso y su regulación en la esfera pública.

El primer capítulo está dedicado a examinar lo que podríamos llamar el ecosistema de la laicidad, esto es, el conjunto de conceptos, principios y doctrinas asociados con dicho principio: la separación del Estado y de las iglesias, la neutralidad estatal, la libertad de conciencia y de religión, la educación laica, entre otros. A lo largo de este recorrido, el autor define un concepto robusto y sugerente de laicidad, que resulta útil para contrarrestar la promoción de modelos de laicidad “positiva” o de “colaboración”. Pues lo dice con claridad Fernández Parra: el Estado laico no tiene la vocación de proteger las doctrinas particulares y/o las instituciones religiosas, sino el derecho de las personas a elegir libremente y vivir de conformidad con las convicciones y creencias de su elección. La diferencia puede parecer tenue, pero es fundamental, especialmente, en un escenario regional e internacional marcado por el resurgir de fenómenos religiosos fundamentalistas. Dichos movimientos han lanzado una ofensiva para exigir, a nivel internacional, la protección de los sentimientos religiosos de los creyentes, narrativa peligrosamente cercana a la idea de blasfemia. En una misma veta argumentativa, tampoco puede el Estado laico ser confundido con la libertad religiosa: su deber es amparar por igual todas las visiones del mundo, sean religiosas, ateas o agnósticas. Así las cosas, el Estado laico no puede ser comprometido con una valoración positiva del hecho religioso, porque significaría dejar descuidadas a las personas que no profesan creencias algunas. Ha de reconocer, simplemente, su incompetencia para tratar una cuestión que solo puede resolverse, construirse y consolidarse en la esfera íntima de las personas.

Este último punto se vincula estrechamente con uno de los argumentos más provocativos de la obra, desarrollado en el segundo capítulo: la calificación de Colombia como un Estado, sino laico, *pluriconfesional*. Lo anterior debido a la referencia a Dios en el preámbulo de la Constitución de 1991, la permanencia del concordato firmado entre el Estado y el Vaticano en 1973, la educación religiosa en las escuelas tanto privadas como públicas, y finalmen-

te, la extensión de los privilegios históricos de la Iglesia católica a otras instituciones religiosas. La cuestión educativa, en particular, es objeto de un examen profundizado por parte del autor, quien no duda en cuestionar la compatibilidad entre un Estado que se ostenta como laico y las asignaturas (optativas) de religión en los establecimientos públicos. Así pues, y retomando un argumento del libro, si bien los padres tienen el derecho a educar a sus hijas e hijos de acuerdo con sus convicciones, ello no significa que los Estados estén obligados a suplir esta función. La falta de claridad entre las esferas política y religiosa argumenta el autor, genera un sinnúmero de dificultades en materia educativa: ¿cómo asegurarnos de que todos los credos van a ser representados?, ¿qué hacer con el alumnado que no desea recibir esta enseñanza?, ¿qué pasa cuando los dogmas de una religión desconocen los derechos humanos, en particular, el derecho a la no discriminación?

En este mismo capítulo se aborda otro tema de gran relevancia, que constituye una de las especificidades del régimen colombiano de laicidad: la creación jurisprudencial de un *lemon test* criollo para juzgar la compatibilidad de una ley o decisión administrativa con el principio de laicidad. El *lemon test* original surgió en la jurisprudencia de la Corte de EEUU en 1970³, para determinar si el apoyo del Estado a alguna institución religiosa viola o no el mandato de no establecimiento religioso contenido en la primera enmienda de la Constitución. En particular, la Corte debe verificar que la disposición tenga un propósito secular, no busque promover o dificultar el ejercicio de una religión ni tener como consecuencia un compromiso excesivo del Estado con una organización religiosa en particular. Por su lado, la versión colombiana —criolla— se basa en los criterios siguientes. Una disposición será acorde con la Constitución cuando: *i*) no establezca una religión o iglesia oficial; *ii*) el Estado no

³ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Lemon v. Kurtzman*, Estados Unidos, 1971, p. 602.

se identifique formalmente con una confesión en particular, *iii*) ni tampoco simbólicamente; *iv*) no persiga de manera preponderante una finalidad religiosa, menos aún cuando expresa una preferencia entre diferentes confesiones; *v*) no adopte políticas o acciones cuyo impacto principal sea promover, beneficiar o perjudicar una determinada religión o iglesia y *vi*) no tenga un único motivo religioso sino también propósitos seculares.

Traer a colación el *lemon test* criollo es importante, puesto que ha sido utilizado para resolver las posibles tensiones entre la protección de bienes culturales de origen religioso y el mandato constitucional de laicidad. Se trata de un tema extremadamente delicado, puesto que, si se entiende la laicidad de forma estricta, se corre el riesgo de desconocer bienes religiosos de alto valor cultural. Al contrario, una concepción demasiado laxa de laicidad podría tener como consecuencia que el Estado favorezca el fenómeno religioso bajo consideraciones culturales, y en particular, a la religión mayoritaria. Al respecto, el autor muestra que el régimen jurídico de la cultura en Colombia le permite a cualquier bien o manifestación convertirse en parte del patrimonio cultural nacional, sin que importe realmente su valor o su importancia cultural.

Al respecto, el tercer capítulo de la obra está orientado a definir algunas nociones que pueden parecer —por lo menos para las y los estudiosos del derecho— sumamente complejas. Se trata por ejemplo del concepto de cultura y de patrimonio cultural, siendo este último entendido no solamente como bienes materiales —bienes y inmuebles— sino también como manifestaciones inmateriales, tales como expresiones, conocimientos, representaciones y técnicas. Respecto al complejo y polisémico concepto de cultura, el autor recoge la definición de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de 2001, que lo entiende como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores,

las tradiciones y las creencias”. De acuerdo con el autor, esta definición, que enfatiza la idea de *rasgos definitorios*, tiene la ventaja de entender como culturales algunos elementos que no reconocidos abiertamente por el Estado y la sociedad y de esta manera, poder identificar los que no son compatibles con los valores constitucionales. Lo anterior es importante, puesto que debe guardarse en mente que el reconocimiento como cultura de un hecho o manifestación no genera en sí mismo la obligación del Estado de protegerlo; al contrario, en un Estado constitucional solo pueden ser protegidas las manifestaciones culturales que son acordes con los principios y valores recogidos en el texto constitucional.

Dejado claro lo anterior, los dos últimos capítulos de la obra ahondan en el régimen jurídico del patrimonio cultural colombiano y en particular, en las dificultades asociadas con el patrimonio cultural católico. Para entender cabalmente la problemática de fondo respecto a los bienes culturales de origen religioso, es necesario señalar que existen dos procedimientos para que un bien o manifestación formen parte del patrimonio cultural de la nación. El primero, de índole administrativa, implica que las autoridades competentes analicen si un bien o una manifestación tiene un valor cultural de carácter histórico, estético o simbólico, sin que importe si se trata de bienes o manifestaciones de carácter religioso. El segundo es de carácter legislativo; en este caso el Congreso de la República toma la decisión de expedir, mediante el procedimiento legislativo ordinario, una ley que reconozca que una manifestación o un bien tiene el carácter de patrimonio cultural. En este procedimiento, no existe una obligación de que el bien o manifestación pase por un análisis valorativo, sino que basta con la apreciación del legislador. De esta manera, el autor advierte que estas decisiones suelen ser meramente políticas y favorecer los bienes o manifestaciones católicas, lo que sería una forma disfrazada de destinar recursos públicos a la Iglesia mayoritaria. En un mismo sentido, otro problema es que, cuando los bienes culturales son designados como tal por el legislador, no

existe reglamento o manual técnico alguno respecto a su utilización o conservación. Asimismo, no existe certeza sobre las obligaciones que tienen quienes ostentan la propiedad de esos bienes o manifestaciones, lo que da pie a que en realidad se trate de un mecanismo vedado para favorecer a la Iglesia católica.

La problemática anterior, advierte Fernández Parra, es de mayor importancia en el caso de los bienes o manifestaciones de índole religiosa, pues debemos recordar que éstos fueron creados para cumplir funciones religiosas, litúrgicas o rituales, objetivos que a menudo se mantienen presentes cuando adquieren la categoría de culturales y en el momento en que son declarados parte del patrimonio cultural. Esto puede provocar conflictos y tensiones entre el valor cultural del bien y el uso religioso para el que fue creado, piénsese por ejemplo a catedrales o demás templos con un importante valor histórico y arquitectónico. En este tipo de situaciones, pueden entrar en conflicto dos intereses jurídicos distintos: por un lado, el derecho a libertad religiosa de los creyentes, que enfatizarán su valor religioso; por el otro lado, el reconocimiento de su valor cultural, que podría justificar la limitación de su utilización.

La solución de la Ley General de Cultura colombiana es que siempre ha de primar el valor religioso por encima del cultural. Sin embargo, al presumir la preeminencia del interés religioso sobre el cultural, desconoce que uno de los objetivos más importantes del reconocimiento como patrimonio cultural de un bien es su protección y conservación. Precisamente en tales casos se vuelve útil accionar un test de ponderación, que pueda determinar la jerarquía entre ambos intereses en tensión. El autor nos propone un test que sirva para determinar si es posible compatibilizar el uso religioso del bien con su conservación, o, de lo contrario, si debe primar el fin religioso sobre el valor cultural. Para ello se debe determinar: 1) Si el uso del bien es idóneo y necesario para dar cumplimiento a los dogmas religiosos y; 2) Si el bien cultural puede ser reemplazado por otro. En opinión del autor, esta ponderación ha de realizarse

en el momento de otorgar la declaración de bien patrimonial, pues si no fuera posible armonizar el uso religioso y el valor cultural del bien o manifestación, entonces no tendría que otorgarse el carácter de patrimonio cultural al mismo.

No se trata de un asunto meramente técnico. Actualmente, en Colombia, la gran mayoría de los bienes y manifestaciones de origen o interés religioso declarados parte del patrimonio cultural pertenecen a la Iglesia católica, lo que permite afirmar que la expresión “patrimonio religioso” es equiparable a patrimonio cultural católico. En la mayoría de los casos, la inclusión de los bienes y manifestaciones culturales de interés u origen religioso en el catálogo cultural colombiano no tuvieron como intención la protección de valores culturales, sino más bien de propósitos ocultos, entre ellos, la evasión de la obligación de financiar a las organizaciones religiosas y la prohibición de promoción de los dogmas de la Iglesia católica.

Muy interesante es el caso de los edificios católicos declarados patrimonio cultural de la Nación por parte del legislador. Ahí, Fernández Parra muestra que basta con que el legislador invoque un motivo secular —por ejemplo, la promoción del turismo— para que dichas declaraciones superen un control de constitucionalidad y se consideren acorde con el principio constitucional de laicidad. Un buen ejemplo de la utilización abusiva de esta prerrogativa es la Ley 667 del 2001, la cual se expidió para rendir honores a la beatificación de un ciudadano colombiano. En este caso, el legislador ordenó el cambio de nombre de un templo parroquial a “Beato Mariano de Jesús Euse Hoyos”, siendo dicho edificio declarado patrimonio cultural y por lo tanto, susceptible de ser financiado con recursos públicos para su mantenimiento y su conservación. Dicho procedimiento violó abiertamente el principio de separación, pues el Estado no puede intervenir en un asunto propio de una organización religiosa como lo es la denominación de sus templos o edificios. De esta manera, el apoyo económico al culto mayoritario constituye con frecuencia la razón de ser de las declaratorias de patrimonio

cultural, dado que vienen acompañadas de la autorización para que el Estado destine recursos para la conservación y protección de los bienes de culto de la Iglesia católica. Toda vez que en estos casos no se determinó técnicamente si los inmuebles tienen una importancia cultural que amerite su inclusión en el catálogo del patrimonio cultural, el autor afirma que el legislador realiza este tipo de reconocimientos con el objeto de destinar recursos públicos para la Iglesia católica. Se busca eludir, de esta manera, el principio de laicidad y el mandato de neutralidad estatal que debe tener el Estado respecto de la(s) iglesia(s).

En definitiva, el libro de Sergio Alejandro Fernández Parra pone el dedo en un problema político y jurídico complejo y no exento de ambigüedades y zonas oscuras: las relaciones que mantienen la potestad civil y religiosa en sociedades seculares. Asimismo, muestra que más allá de las disposiciones constitucionales y legales, no son escasas las situaciones prácticas en las que vuelve a diluir la autonomía entre el Estado y la(s) iglesia(s). Si bien la obra se inscribe en el contexto colombiano, arroja incómodas preguntas para el escenario mexicano, cuyo régimen jurídico en materia de protección de bienes culturales es sumamente nebuloso. De esta manera, la lectura de la obra *La tensión entre el principio de laicidad y el deber de proteger el patrimonio cultural religioso* no dejará de generar inquietudes y abrir nuevos ejes de reflexión para todas las personas interesadas en el tema.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL DR. PABLO RAÚL BONORIO RAMÍREZ CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDADE DE VIGO.

REALIZADA POR LA DRA. ABRIL USCANGA BARRADAS

REDACCIÓN: ABRIL USCANGA BARRADAS¹



PABLO RAÚL BONORINO RAMÍREZ, es Doctor en Derecho por la Universidad de León (España), licenciado en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina), Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidade de Vigo. Dirige el grupo de investigación interdisciplinario AGAF, financiado por la Xunta de Galicia en sus programas de excelencia. Es el investigador principal del proyecto “Sesgos cognitivos y discrecionalidad judicial” financiado por el MINECO y FEDER. Preside la Asociación Española de Derecho y Literatura creada a finales del año pasado. Coordina la Liga de Debate de la Universidade de Vigo desde el año 2013. Ha publicado artículos en revistas especializadas españolas y extranjeras y varias monografías en editoriales de reconocido

¹ Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La redacción de la entrevista estuvo a cargo de Abril Uscanga Barradas, con la colaboración de Yuriria Maryem Domínguez Juárez y Ricardo Pérez Luna.

prestigio. Su último libro es *Sesgos, argumentación y decisión judicial* publicado por la editorial Thompson-Reuters/ Aranzadi en el año 2022.”.

ENTREVISTA AL DR. PABLO RAÚL BONORINO RAMÍREZ

Dra. Abril Uscanga Barradas: Muy buenas tardes, estimado Doctor Pablo Bonorino. Me da mucho gusto poder saludarlo, le agradezco haber aceptado la invitación a esta entrevista en la cual espero que podamos tratar un tema bastante interesante, el Derecho y la Literatura, en el cual es usted un experto.

Dr. Pablo Raúl Bonorino Ramírez: Me gustaría, primero que nada, saludarte, estimada Abril, es un gusto poder estar aquí, platicando contigo.

AUB: Me gustaría preguntarte, ¿cuál consideras que es la importancia de la relación entre el Derecho y la Literatura?, ¿cómo consideras que empezó dicha relación? En algunos países, es evidente que la relación entre Derecho y Literatura ha tenido mayor desarrollo que en otros, ¿podrías contarnos un poco acerca de esto?

PRBR: Sí, este movimiento estuvo muy presente en Estados Unidos ya en la década de los setenta, para los ochenta ya era un movimiento consolidado incluso en el ámbito académico, en los Seminarios de Derecho y Literatura. Por otro lado, en Europa fueron más reticentes al cambio, aunque con el paso de los años y con más personas interesadas en este tema, se fue formando una comunidad.

Dentro del ámbito jurídico, la relación entre el Derecho y la Literatura es interdisciplinar, no está limitada a la Teoría o a la Filosofía del Derecho, aunque dentro de estas disciplinas se aprovecha la relación entre las obras literarias y el Derecho. Por ejemplo, en el estudio de la Historia del Derecho resulta muy útil hacer uso de las obras literarias para reconstruir algunas formas jurídicas a las que ya no se tiene acceso.

AUB: Me parece demasiado interesante esto que nos estás comentando, sobre todo porque eres realmente un conocedor del tema. Hace poco estaba leyendo uno de tus artículos relacionados con el empleo de la literatura en la enseñanza del Derecho, que es precisamente lo que comentaste sobre la influencia de la literatura. Evidentemente tendría que influenciarnos porque un abogado que no lee, que no se acerca a la literatura, no solo se ve limitado desde un aspecto de cultura general, sino también se ve limitado en la cuestión creativa.

Estaba pensando en algunos de los grandes autores, tales como Shakespeare. Entonces, sobre este autor en particular, me gustaría preguntarte, ¿cómo se pueden utilizar sus obras, sus clásicos, dentro del Derecho?

PRBR: Ya que estamos hablando de un movimiento que se genera en el mundo anglosajón, es muy común que se traten las grandes obras de la literatura anglosajona, son las que más han sido analizadas por parte de los juristas.

La riqueza que tiene la obra de Shakespeare la hace propicia para que se realice un análisis desde el punto de vista jurídico. Por ejemplo, la obra “El Mercader de Venecia” es realmente útil en el estudio del Derecho ya que el núcleo de la obra, el clímax, es un juicio.

Cuando se analiza la bibliografía que se ha generado en torno a “El Mercader de Venecia”, hay trabajos que tienen que ver con el uso de las situaciones como ejemplo para motivar la discusión, es una obra utilizada para tratar de reconstruir cómo fue evolucionando la administración de justicia, ¿cómo era la práctica jurídica? Eso no se puede transmitir mediante un documento nada más, pero si se toma en cuenta que Shakespeare, al escribir sus obras, debía poner en escena situaciones que fueran creíbles para el auditorio, entonces se puede considerar como una fuente bastante fiable acerca de esos elementos jurídicos. Toda obra aspira a ser verosímil incluso una obra ambientada en un futuro post apocalíptico, porque si no es verosímil el espectador rompe los lazos con lo que pasa con los

personajes, con lo que pasa en la trama, se desentiende de la ficción, así que también se utiliza como fuente de reconstrucción de la práctica jurídica.

Cuando se clasifican las obras de Shakespeare, se clasifican en tres géneros: comedias, dramas históricos y tragedias. El criterio es, más o menos, si la historia termina en boda, es comedia; si termina en muerte, es tragedia; y si está basada en la crónica histórica reciente, es un drama histórico. Así, “El Mercader de Venecia”, originalmente se ubica dentro de las comedias, pero dentro de la trama el villano es el judío Shylock, entonces después de la Segunda Guerra Mundial la interpretación que se realiza de la obra cambió, la obra nos pone ante una serie de preguntas y de dilemas morales y políticos importantísimos en la actualidad, muy distintos a las que tuvieron otros lectores en los siglos pasados.

Así, se tiene una obra sobre la que los filósofos pueden discutir sobre el formalismo jurídico, sobre las teorías de la interpretación, sobre la incidencia de la argumentación moral, sobre el proceso judicial, e incluso sobre la manera en que el Derecho puede ser utilizado para perseguir minorías, aunque sea manteniendo una fachada de igualdad ante la ley. Además, funciona como fuente histórica sobre cómo se resolvían las disputas en esa época. Esto nos da una idea sobre todo lo que se puede sacar de una obra de Shakespeare si uno quiere leerla desde una perspectiva jurídica.

AUB: Hay tanto que decir al respecto de la relación entre Derecho y Literatura. Estaba pensando, por ejemplo, en Hamlet. ¿Qué podrías decirnos de esta otra obra?

PRBR: Hamlet es la obra trágica de Shakespeare más conocida, incluso quienes no han leído sus obras conocen la figura del hombre vestido de negro, con una calavera y diciendo “to be or not to be”. Simplemente es la carta de presentación de Shakespeare.

Personalmente creo que desde el punto de vista del Derecho se podría utilizar “Hamlet” para reflexionar sobre el problema de la prueba.

Hamlet recibe la visita del fantasma de su fallecido padre, quien le dice que su tío lo asesinó. En otro periodo histórico con este elemento de fe, el sujeto ya habría tenido conocimiento suficiente, pero Hamlet está en un momento en que eso no le alcanza; primero, porque el fantasma dice que está en el purgatorio, y hay un jaleo en la Inglaterra de esa época entre los católicos y los protestantes. En la iglesia anglicana una de las cosas que desaparecieron es el purgatorio, entonces Hamlet duda cuestionándose cómo saber si es fantasma es realmente su padre o si es un demonio que lo quiere condenar al realizar un acto de venganza irracional. Esa duda no hubiera ocurrido en otro periodo histórico, entonces Hamlet se ve obligado a buscar pruebas para lo cual construye lo que hoy llamaríamos una abducción manipulativa, pero ¿qué es una abducción manipulativa?

El sujeto utiliza al fantasma, lo que sería una fuente no racional según los parámetros modernos, pero que al personaje le sirve para hacer una conjetura importante sobre lo que pudo haber ocurrido con su padre. Su hipótesis es que asesinaron a su padre, entonces el sujeto construye un dispositivo como si la hipótesis fuera cierta para encontrar en el mundo real ciertas reacciones que confirmarían su conjetura.

¿Cuál es el dispositivo que plantea Hamlet? Plantea una obra de teatro en la cual se reproduce exactamente lo que su padre le contó, la hipótesis, para tener la confirmación del asesinato a partir de la reacción del rey. Su hipótesis era que si el rey se empezaba a poner enfermo, esto se debería a que dentro de su conciencia se había tocado algún elemento que no debería de estar ahí si no fuera el asesino del padre de Hamlet.

Otro ejemplo de abducción manipulativa dentro de las obras literarias se da con Sherlock Holmes. En uno de sus relatos, él tiene que recuperar una carta que compromete a un personaje de la realiza, dicha carta la tiene Irene Abner, una mujer muy lista. Sherlock está seguro de que ella guarda la carta en su casa; ahora bien, si la

tiene en la casa, ¿cómo saber en qué lugar la guarda? Para descubrirlo, Sherlock se disfraza de vagabundo, entra en la casa, finge sentirse mal, y pide un vaso con agua para hacer tiempo y poder observar con atención lo que sucede, pues había montado como dispositivo que sus secuaces tirasen una bomba de humo en una de las ventanas y que gritasen “¡Fuego!”, así, de acuerdo con su hipótesis, en el momento en que ella sienta que se está quemando la casa, lo primero que haría sería mirar hacia donde se encontrase escondida la carta, pues es lo que querría proteger.

Lo que no sabía Sherlock Holmes es que la mujer era tan lista que después se disfrazó y descubrió que Holmes era quien se había hecho pasar por el vagabundo. Así, cuando Sherlock reportó a la policía donde se encontraba la carta, cuando estos fueron a buscarla, solo encontraron una carta de Irene pidiendo disculpas a Sherlock. Entonces el producto de la historia es una abducción manipulativa exitosa, pero que no da los frutos que debería de dar porque al final el plan de Sherlock fue frustrado por la misma Irene.

Por mencionar otro ejemplo de abducción, ya no dentro de la literatura, sino dentro del cine, haré referencia a la película argentina ganadora del Oscar, “El secreto de sus ojos”. En esta película hay una escena en que se tiene al asesino de la mujer en el juzgado, la conjetura es: “este sujeto es un psicópata asesino que asesinó a una mujer, es un monstruo y como tal, debe tener una psiquis desequilibrada”. Pero en su abducción manipulativa los abogados adoptan una actitud que parece contraria, pues dicen cosas como: “¿Por qué no dejamos en libertad a este pobre tipo? ¿A quién podría matar con los bracitos que tiene?”, de esta forma tratan de manipularlo con comentarios del tipo: “No creo que este pueda tener relaciones sexuales, nunca en su vida, tal vez no sabe ni lo que es”. En ese momento, el psicópata reacciona y cuenta los detalles de cómo cometió el crimen, aunque después esto no sirva como prueba en el proceso judicial.

Una forma más de mostrar la relación del Derecho con otras disciplinas se encuentra en una serie que salió hace poco en plataformas de streaming con la actriz Nicole Kidman, en la cual hay una escena donde al sujeto en el estrado lo ponen en una situación en la que se descontrola y termina dando pistas de que en realidad sí pudo haber realizado el acto del que se le acusa.

Pero regresando a Shakespeare, estas obras clásicas de la literatura hablan de cosas que todavía nos importan y que pueden ser utilizadas en la actualidad.

AUB: Totalmente de acuerdo contigo, Pablo. Justamente eso es lo que estaba reflexionando, ¿hasta dónde se puede ligar al Derecho con la literatura, o con el cine? Esto lo dejo sobre la mesa. Hay algo a lo que hiciste referencia y que me parece es parte del movimiento de Derecho y Literatura, es el tema del Derecho como ficción. ¿Consideras que el Derecho es ficción?

PRBR: El Derecho es muy real, lo sabemos todos los que pagamos los impuestos todos los años, es un ejemplo muy trivial, pero sin el Derecho esto no pasaría. Otro ejemplo de que tan real es el Derecho se ha dado a partir de la pandemia; cuando entramos al tren, debemos usar la mascarilla, pero cuando estamos en el andén podemos no usarla, actuamos permanentemente en función del Derecho.

Ahora bien, dentro del funcionamiento del Derecho, hay importantes espacios para las ficciones. El Derecho, como casi todo, está plagado de ficciones, tenemos la ficción de la independencia de la toma judicial, tenemos la ficción del carácter estrictamente jurídico de los fallos de las cortes judiciales, son ficciones prácticamente intocables, sin ellas pareciera que el Derecho no pudiera funcionar como funciona, esto queda de manifiesto muy claramente en la teoría de Kelsen.

Kelsen es uno de los grandes juristas que reconstruye la idea de Derecho señalando incluso la necesidad de contar con una ficción a la que llama norma fundante básica, pues sin esta ficción no se puede explicar por qué los criterios de identificación de los sistemas jurídicos se encuentran en las Constituciones.

Hay un volumen, dentro de una colección de libros de teoría jurídica publicada en México, que trata sobre ficciones jurídicas en Bentham. Para este autor los derechos humanos son la ficción más nociva que se haya construido, son un “sinsentido sobre zancos”. Para él, la idea misma de derechos humanos es una ficción, así que tenemos un espacio importante para las ficciones en el Derecho, para que la práctica del Derecho funcione como funciona, para que la manera de entender el Derecho siga más o menos como la conocemos y la podamos construir, pero lo que tú mencionabas tiene otra dimensión.

Cuando la gente relaciona el Derecho y la Literatura, tienes a gente preguntándose cuáles son los elementos para construir una historia, cómo se construye una historia exitosa, qué hace que una historia funcione y otra no funcione. Muchos juristas también se hacen estos cuestionamientos, pues al construir un relato de los hechos tiene que contar que pasó.

En ese momento muchos piensan que es necesario tener un elemento para que ese relato, cuando lo tengamos que hacer ante un tribunal, en un alegato o en una sentencia, sea un relato y allí tendríamos que ir a alegar a la literatura, entendida también como teoría literaria. También mucha gente que quiere hablar de interpretación jurídica adopta este tipo de estrategia y se pregunta dónde se ha discutido más sobre lo que significa interpretar, con lo que se remiten a las teorías que se están desarrollando con respecto a cómo se interpreta una obra literaria para ver que se puede traer que sea de beneficio para el campo del Derecho.

AUB: Me ha encantado la intervención porque has retomado justamente todo lo que implica el movimiento, sobre todo el cómo se acerca la literatura al Derecho y un poco de esta diferenciación que tú haces en tu artículo acerca del Derecho como literatura.

Quiero preguntarte algo que me parece muy serio y me gustaría tener tu opinión porque, si bien has dicho, este movimiento tuvo su surgimiento en Estados Unidos y en Europa ha trascendido tanto que ya hay obra literaria con respecto a ello, también es cierto que todavía quedan algunos puntos no tan claros de la relevancia de la seriedad del Derecho y la Literatura. Entonces quiero preguntarte, cuál es tu opinión?, ¿por qué es importante el Derecho y la Literatura?

PRBR: Yo creo que todas estas relaciones y conexiones que hemos ido señalando y ejemplificando a lo largo de esta conversación ponen de manifiesto la riqueza que tiene para el jurista aproximarse a este tipo de obras, me estoy refiriendo a las obras que refieren al derecho y literatura. La semana pasada se abrió la primera cátedra de cómic en una universidad española financiada por una editorial, el comic es una de las herramientas fundamentales, así como hoy en día los videojuegos. He dirigido trabajos de grado donde se hacía un trabajo similar al que se está proponiendo en el derecho y la literatura, pero con un medio que hace treinta años era impensable que tuviera la relevancia que tiene en la vida de nuestros jóvenes, es decir, los videojuegos. Yo diría que el Derecho es un ámbito muy conservador, así que hay que hacer un esfuerzo para demostrar la relevancia de este tipo de estudios presentando trabajos serios.

Esta semana vamos a tener un encuentro al cual están invitados dos magistrados del Tribunal Constitucional, el expresidente y la exvicepresidenta, quienes son apasionados de este tipo de trabajos y han escrito mucho sobre el tema.² Creo que de esta manera podemos

² A raíz de ese encuentro se constituyó la *Asociación Española de Derecho y Literatura*, que tiene planeado realizar su primer congreso internacional en octubre de 2023. En breve estará operativa su página web en la dirección: derechoyliteratura.org

empezar a deshacernos de algunos prejuicios e ir generando espacios, lo cual va a ser difícil porque siempre nos miran diciendo: “Ahí viene el loco de Bonorino con su cartel de Derecho y Literatura, de cine y derecho, dirigiendo trabajos sobre videojuegos, pero que no puede hacer que nuestros estudiante estudien Derecho y tienen que venir siempre con estas cosas”, pero nosotros tenemos que entrar por los sitios por los que se está transmitiendo el conocimiento, no se transmite solo con lecciones, está llegando por todas estas vías y tenemos que entender a nuestros estudiantes, ser conscientes de todos los mensajes que están recibiendo para filtrarlos, para ser muy críticos con ellos, aunque vengan de un videojuego.

AUB: Me encanta de verdad, yo creo que efectivamente, Pablo, tú has tratado lo que nos parece más relevante: entender que el Derecho puede ser aprendido de diferentes formas y que en realidad la Filosofía del Derecho puede ser uno de los múltiples medios para los compañeros, para los alumnos, que quieran conocer otras formas de acercarnos al Derecho. Tenemos que mutar con las cuestiones que nos rodean y las circunstancias y lo que le gusta a los alumnos, también puede ser una de las vías importantes para que se acerquen a lo que nosotros queremos, el aprendizaje de calidad. Muchísimas gracias, Pablo. Yo de verdad le diría a todos los que nos leen que se acerquen a tus libros y a lo que tú estás haciendo porque es algo bastante novedoso, y sobre la cual se ha ido generando una esfera donde cada vez más académicos se integran. Otra vez, muchísimas gracias, Pablo.

PRBR: No, gracias a ti, Abril, por permitir este diálogo. Hasta pronto.

ENTREVISTA AL DR. RICARDO ALBERTO GUIBOURG
PROFESOR TITULAR EMÉRITO Y DIRECTOR DE LA
MAESTRÍA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA UNI-
VERSIDAD DE BUENOS AIRES.

REALIZADA POR LA DRA. ABRIL USCANGA BARRADAS
REDACCIÓN: ABRIL USCANGA BARRADAS¹



RICARDO ALBERTO GUIBOURG es Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Con relación a su actividad académica, es profesor titular emérito e imparte la cátedra de Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, es director de la Maestría en Filosofía del Derecho, impartiendo las materias de “Enfoque analítico”, “Seminario de análisis ontológico-gnoseológico”, “Seminario de análisis ético”, “Aplicación analítica del derecho”, y “Seminario de tesis”. También es profesor en cursos de Doctorado (“Introducción a la Epistemología”, “Análisis Ético”, “Estructuras

¹ Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La redacción de la entrevista estuvo a cargo de Abril Uscanga Barradas, con la colaboración de Yuriria Maryem Domínguez Juárez y Karen Yanelly Vázquez Hernández.

Argumentales”, “Teoría y Práctica de la Tesis”) y es profesor en la Maestría en Magistratura (“Bases del Pensamiento Judicial”). Con relación a su actividad profesional, hasta 2010 fue juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Desde 2010 hasta 2014, dirigió una investigación sobre análisis de Criterios Judiciales titulada “Hacia un procedimiento laboral formulario”.

ENTREVISTA AL DR. RICARDO ALBERTO GUIBOURG

Abril Uscanga Barradas: Siempre será un placer platicar con un gran jurista, teniendo en esta ocasión al Doctor Ricardo Alberto Guibourg.

Ricardo Alberto Guibourg: Muchísimas gracias, estimada Abril, por darme la oportunidad de platicar contigo.

AUB: Hay un tema que nos parece muy relevante y es aquel intitulado como “Hacia una revolución jurídica”, quisiéramos preguntarle acerca de este tópico. ¿A qué se hace referencia cuando se habla de una revolución jurídica?

RAG: Con mucho gusto respondo a tu pregunta. Hablo de la revolución jurídica recordando la Revolución Copernicana, pero permíteme explicar un poco más acerca de esta revolución. Es necesario señalar que gracias a los principios del Renacimiento se produjo un cambio fundamental en la epistemología y en la metodología con influencia en muchas ramas de la ciencia en general.

Pero ¿en qué consistió esta Revolución Copernicana? Mucha gente sostiene que Copérnico fue quien planteó que la Tierra giraba alrededor del Sol, y no al revés. Yo me atrevería a decir que eso ni siquiera es cierto. Es un hecho que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero también es cierto que la Tierra gira alrededor del Sol, todo depende del punto de vista, lo cual voy a ejemplificar. Supongamos que alguien está caminando hacia el sur tranquilamente, y va a una velocidad de un kilómetro por hora. ¿Hacia dónde se di-

rige esta persona? Se dirige al sur, a un kilómetro por hora, sí. Pero este señor está caminando dentro del vagón de un tren y el tren se dirige hacia el norte a cien kilómetros por hora. Entonces, ¿a dónde va? Va hacia el norte, a cien kilómetros por hora. Pero las vías del tren están sujetas al suelo y la superficie de la Tierra gira hacia al este a razón de cuarenta kilómetros por día. Entonces, el hombre en realidad va hacia el este muy ligeramente. Pero si lo magnificamos, la Tierra entera gira alrededor del Sol, y ya no hay norte, sur, este u oeste. Entonces, ¿para dónde va este hombre? En respuesta, va hacia donde la Tierra se mueve. Pero el Sol también se mueve rumbo a la constelación de Leo, entonces, el hombre se mueve hacia la constelación de Leo.

Todas las respuestas son correctas, lo que pasa es que cada una de ellas toma un parámetro de referencia distinto. Entonces, desde el punto de vista del parámetro de la Tierra, el Sol gira alrededor de la Tierra, y todas las estrellas también; pero si lo miramos desde el punto de vista del Sol, la Tierra gira alrededor del Sol; pero si lo miramos ahora desde el punto de vista de la constelación de Leo, el Sol y la Tierra se dirigen hacia ella. Es decir, el problema no es para dónde gira la Tierra, el tema fundamental de la Revolución Copernicana fue el abandono de la confusión entre valoración y verificación, en otras palabras, dejar la autoridad tradicional de los autores y dejar de pensar que fuera de Aristóteles no había nada más que mirar, tal y como los astrónomos de Pisa le dijeron a Galileo. Galileo trató de mostrarle a los astrónomos de Pisa que Saturno tiene lunas, pero ellos negaban que fuera cierto, pese a que Galileo intentó convencerlos de que lo verificaran a través del telescopio, sin embargo, para los astrónomos de Pisa era imposible que Saturno tuviera lunas porque Aristóteles nunca dijo que las tuviera.

Los astrónomos de Pisa tenían razón desde el punto de vista de sus parámetros, mismo que era tener como única verdad lo que Aristóteles había dicho. Sin embargo, triunfó la confusión de los parámetros de Galileo y de Copérnico, misma que consistía en

creer más en la verificación empírica que en lo dicho por Aristóteles o por cualquier otro sabio. Esta es la gran Revolución Copernicana, dejar de lado las supersticiones epistemológicas y metodológicas de la antigüedad y adherirse a un nuevo método, lo cual significó una salvación para las ciencias empíricas.

Ahora veamos en que estado está el Derecho, porque gracias a la Revolución Copernicana todas las ciencias avanzaron de un modo acelerado. El Derecho ha evolucionado mucho, ha incorporado tecnología como la imprenta, el teléfono, la máquina de escribir, y las computadoras. Cualquier cosa que sea beneficiosa para el Derecho, este la incorpora aunque sean tecnologías científicas ajenas a este.

Aunque el Derecho también tiene una tecnología particular, propiamente jurídica, que se encuentra en el mismo punto en el cual Justiniano la dejó en el siglo VII. Es decir, los contenidos del Derecho no han evolucionado mucho, aunque sus dinámicas sí lo han hecho. Hay quien dicta las leyes: el emperador, el rey, el führer, el Parlamento, la Asamblea Constituyente, entre otros; hay personas que las aplican, son los jueces en todas las épocas; hay algunos colegas que se pasean en los foros ofreciendo sus servicios a los ciudadanos para convencer a los jueces de sus intereses, y hay otras personas que además de eso escriben libros, enseñan en la universidad y tratan de estudiar este fenómeno del Derecho atreviéndose a teorizar sobre el mismo, pero cabe aclarar que esta práctica de análisis no ha cambiado desde Justiniano, siempre ha sido igual.

En cuanto a resultados, por un lado, el hombre llegó a la luna, hay comunicaciones instantáneas, la vida se hizo más cómoda, pero los procesos judiciales son lentísimos en relación con los otros avances. Hay un grado de imprevisibilidad de las sentencias judiciales, se multiplican las instancias, ante el temor de lo que puede ocurrir en la primera instancia, instauramos una Cámara de Apelación; ante el temor de lo que esta pueda decidir, se instaura un Tribunal de Casación, después remitimos el asunto a una Corte Suprema, ya después no sabemos qué más hacer para asegurar que las

sentencias judiciales sean correctas y no nos damos cuenta de que el problema que tenemos es que no existe un método para decidir qué quiere decir “correcto”, de modo que, cuanto más instancias propongamos, lo único que se hace es multiplicar el problema sin proveer una solución.

Los juristas escriben libros divergentes para cada tema, libros dirigidos a dos, tres o cuatro bibliotecas, pero pese al intento de los juristas, la aplicación de las leyes está muy lejos de ser asegurada, porque cada uno hace lo que cree que puede. Las leyes son controvertidas, las sentencias son controvertidas; por lo tanto, como no hay manera de ponerse de acuerdo de si el Parlamento lo hizo bien o si el Juez lo hizo mal todo esto termina resolviéndose por votaciones, es decir, en el Parlamento se vota y se hace lo que la mayoría decide. Pero fíjate, que curioso, si quien votó en minoría estuviera equivocado por haber votado en minoría, tal vez estaríamos pensando en destituirlo por ser un mal juez, pero a nadie se le ocurre eso, se le sigue respetando. Pero podría suceder que quizá uno de los jueces del Tribunal estaba de licencia y fue reemplazado provisionalmente por otro juez que venía de otro Tribunal, y este es el que hizo que el voto fuera mayoritario, en este caso se sigue respetando la decisión, consideramos que así son las cosas. Pero las cosas son así porque no tenemos más remedio, así ha sido desde Justiniano y hasta estos momentos, esto es lo mejor que hemos podido conseguir, pero podemos lograr cosas un poco mejores.

Entonces se me ocurre a mí que podríamos intentar hacer en el Derecho una revolución al estilo de la Revolución Copernicana. Quizá no de la misma forma, porque el Derecho no es lo mismo que la física, no es lo mismo que la astronomía, pero sí algo que nos permita desechar las supersticiones epistemológicas y atenernos a métodos que funcionen, creo que muchas cosas cambiarían en este sentido.

AUB: Me ha parecido muy interesante este concepto de revolución jurídica. A veces Revolución y Derecho son dos conceptos que se consideran hasta antítesis uno del otro. Pero creo que en esta caso

en particular sirve entender que, como Thomas Kuhn consideraba, los periodos de calma pueden cambiar y generar periodos de agitación, que son los más proclives a generar cambios, a generar ese rompimiento de paradigmas y crear nuevos esquemas. Entonces, Doctor, quisiera preguntarle algo que tiene que ver mucho con lo que ha comentado anteriormente, me refiero su opinión con respecto a la práctica del Derecho. Desde su postura, ¿el Derecho podría dejar de ser discrecional?

RAG: Justamente de esto estaba hablando, de la mayor o menor discrecionalidad, es imposible eliminar la discrecionalidad, pero ¿se puede aumentar o se puede disminuir? En occidente están cada vez más convencidos de que hay que aumentar la discrecionalidad y a mí me parece que esto es tecnológicamente nefasto.

Cuando la gente habla de cambios en el Derecho, de una revolución jurídica, está pensando en que las leyes sean más justas. Yo no estoy hablando de justicia, yo quiero hablar de la tecnología jurídica y los defectos que son originados por varios factores que pueden identificarse, uno de ellos es el impulso de la evolución del Derecho.

La ciencia siempre tiende a progresar. ¿A cargo de quién está el avance de las ciencias? De los científicos. ¿Cuál es la profesión de los científicos? Hacer avanzar la ciencia. Tal vez lo consigan o tal vez no, pero a eso se dedican. El avance del Derecho, ¿en qué manos de quién está? En las de los abogados. ¿Cuál es la función de los abogados?, ¿hacer avanzar al Derecho? No, de ninguna manera. Su función es ganar juicios, persuadir a los jueces de los principios o intereses que ellos quieren defender, es decir, si el Derecho avanza, lo hace por casualidad, no porque los abogados lo busquen, los abogados están en otra lucha, este es un tema muy interesante.

Otro problema que tenemos es el lenguaje. Usamos palabras llenas de contenido emotivo, esto no tiene nada de malo, el lenguaje tiene estas palabras y tenemos que usarlas, lo malo es que las empleamos como si no tuvieran contenido emotivo, como si fueran puramente cognoscitivas. Recuerdo un pasaje de un excelente filósofo

argentino, Genaro Carrió, que planteaba un escenario en el cual los abogados se quejaban de que los honorarios que les fijan los jueces son muy bajos y pedían que se aumenten, entonces este pedido era recogido por dos periódicos que dan las noticias, uno de ellos dice: “Los auxiliares de la justicia reclaman emolumentos acorde con la responsabilidad social que representa.” y otro dice: “Las aves negras quieren ganar aún más”. Los dos diarios dijeron lo mismo, dijeron la verdad, pero con palabras emotivas totalmente opuestas unas a las otras, nosotros hacemos lo mismo sin darnos cuenta.

Hablamos de libertad y desorden, cuando no nos damos cuenta de que la libertad es el desorden que aprobamos y el desorden es la libertad que no aprobamos. Hablamos de igualdad y de mérito y queremos apreciar el mérito y tener igualdad pero todos estos conceptos de alguna forma son contradictorios. Tendríamos que establecer un término medio, pero no nos damos cuenta de eso, como si fueran cosas independientes. Todo esto dificulta nuestra comunicación porque condiciona el significado de la palabra a los sentimientos de cada uno.

En tercer lugar hay un tema filosófico que es el método. Entiendo por método el camino que puede llevarnos al conocimiento de cualquier cosa y hay dos métodos que funcionan: el cálculo para todo lo que implica a las matemáticas y a la lógica, y la observación para todo lo que sea averiguar sobre el mundo que nos rodea. Pero la humanidad está mayoritariamente convencida de que la realidad comprende más allá de objetos y acontecimientos materiales, y por lo tanto observables. Así, resurge la vieja controversia de los universales; salen a la luz los universales metafísicos, por ejemplo, el verdadero matrimonio es entre hombre y mujer. Pero ¿qué es lo verdadero? Todo esto es metafísico.

Un cuarto problema filosófico es el ontológico. Pensemos en objetos ideales, como lo justo y lo injusto; creemos que estos objetos se pueden aprender mediante el examen de nuestra conciencia. Si nosotros le preguntamos a nuestra conciencia, nuestra conciencia

nos va a dar una respuesta segura, pero se parece al mago que saca al conejo de la galera, alguien puso el conejo antes en la galera, alguien puso antes en nuestra mente la respuesta que nos da cuando le preguntamos algo. ¿Quién le puso esa respuesta? La pusieron nuestros padres, nuestra crianza, nuestra educación, los libros que hemos leído, los profesores que hemos escuchado, nuestras propias reacciones frente a las vicisitudes de la vida que son distintas para cada individuo. Todo eso llena nuestra cabeza y cuando metemos la mano a nuestra mente sacamos algo, pero luego vemos que cuando nuestro vecino hace lo mismo, saca otra cosa. ¿Cuál la verdad, la suya o la nuestra? Ninguna es verdadera, no hay ningún método que decida la verdad.

Si la conciencia nos permitiera averiguar las interrogantes metafísicas, la vida sería muy distinta. No necesitaríamos de jueces, ni de gobiernos, ni de democracia, ¿para qué recurrir a gente que se puede equivocar fácilmente, si tenemos un método para averiguar la verdad? Pero como no podemos averiguarla, necesitamos planes alternativos, como la democracia, son los mejores planes que hemos podido inventar, por eso debemos defenderlos.

En cuanto al Derecho, ¿para qué sirve el Derecho? El Derecho sirve para dos cosas, para obligar y para prohibir, porque si no se pudiera obligar ni prohibir todas las conductas serían facultativas. Los derechos subjetivos solamente pueden concebirse en el marco de un sistema que tiene obligaciones y prohibiciones, es decir, no podríamos concebir un sistema jurídico que solo contuviera normas permisivas, no serviría para nada, las normas permisivas solo sirven como excepción a las prohibiciones o como promesa de no prohibición, pero nuestra cultura jurídica está encantada con la figura de los derechos que solo configuran beneficios como un concepto básico del sistema jurídico.

Ahora todos son derechos y nadie se anima a hablar de obligaciones porque todo el mundo está esperando que les aseguren derechos, de esta manera se omiten total o parcialmente las obligaciones

que están destinadas a asegurar los derechos y las Constituciones se convierten en catálogos de buenos deseos. Todos tienen derecho a la felicidad, al bienestar, todos tienen derechos, fantástico, pero es también necesario que los legisladores hagan algo a favor de eso y que los jueces sepan resolver las causas de manera convincente, pero no dicen cómo y este es un gravísimo defecto técnico del Derecho. Es tan políticamente correcto, tan aprensivo con los derechos y las garantías que al estar tan enfocado en ello puede ocasionar que se desvirtúen las vías por las cuales se imparte justicia. Es decir, queremos justicia, y la justicia la trae un mensajero que es la ley; pero a veces el mensajero nos trae injusticia, a nuestra manera de ver, y en lugar de protestarle a quien mandó al mensajero, desacreditamos al mensajero. Si no confiamos en los legisladores, ¿con que mecanismos los vamos a limitar?, ¿quién custodia a los custodios? Los limitamos mediante los derechos humanos que son mandatos de optimización, como diría Robert Alexy.

¿Qué tenemos que conseguir? Consigamos la felicidad para todo el mundo. La gente está muy contenta con los derechos que le garantizan y presta poca atención al hecho de que en realidad no goza de ellos. Las cosas empeoran por la falta de seguridad jurídica. Desde el punto de vista jurídico técnico estamos matando al Derecho, estamos destruyendo al sistema jurídico porque queremos que diga lo que queremos que diga y no siempre lo dice, de modo que tendríamos que hacer que el Derecho alcanzara al menos algunas de las ventajas del pensamiento que sirvieron en su momento de base a la ciencia, es decir, una revolución al estilo de la Revolución Copernicana. No sé si mi respuesta haya sido un poco larga, pero me parece que es lo que he querido decir.

AUB: Me ha parecido muy completa su respuesta y adicionalmente ha avanzado con algunos temas en donde teníamos bastantes dudas con respecto al tópico de la revolución jurídica. A mí me queda una duda en relación con esto que ha comentado, Doctor. Estoy totalmente de acuerdo con la explicación que nos da acerca

de las problemáticas que tenemos en el Derecho, sobre estos derechos que a veces pareciera que están en el aire sin un rumbo fijo. Quiero preguntarle acerca de esta reformulación del sistema; es decir, si estamos pensando en una revolución jurídica me llega a la mente la posibilidad de reconcentrar, de transformar, de renovar el sistema jurídico, y mi pregunta es: ¿estamos hablando de una reconstrucción del Derecho mismo?, ¿será posible una reconstrucción del sistema jurídico?, ¿estamos hablando de la eliminación del sistema jurídico como lo conocemos hoy para tratar de generar o de crear un nuevo sistema jurídico basado en nuevos valores?

RAG: Como le dije al principio, yo no estoy hablando de justicia, yo no estoy proponiendo una revolución para que el Derecho sea más justo, eso también me gustaría y apoyo con todas mis fuerzas, pero esa es una lucha distinta. Yo estoy hablando de una lucha metodológica, de una lucha tecnológica jurídica, no de una lucha política a favor de la justicia, en este sentido yo no estoy proponiendo la modificación de ninguna ley, de ninguna Constitución. El Derecho es un excelente invento, es una excelente institución, que existan Constituciones, leyes, decretos, sentencias, está muy bien, no estoy en contra de ellas, lo que critico es el modo como pensamos acerca de ellas que a la larga influye en sus contenidos. Creo que esto tiene varios pasos.

El primero es complicado, depurar nuestro lenguaje ante cada palabra que usamos. Tendríamos que preguntarnos: ¿qué quiere decir esto?, ¿qué significado tiene?, ¿ese significado depende de condiciones verificables empíricamente? Porque si no depende de condiciones verificables empíricamente, esta palabra es confusa, es decir, si encontramos que esta palabra tiene esta trampa, tendríamos que redefinirla o desecharla y cambiarla por otra palabra debido a que conspira contra nuestra comunicación, aun cuando sirva para sostener nuestras ideas personales, pero esto es lo que estoy tratando de eliminar de la técnica jurídica, nuestros ideales personales corresponden a la lucha por la justicia, pero yo estoy hablando de la claridad y la positividad del derecho.

Lo segundo, ¿qué hay que hacer? Hay que desechar esta superstición del método subjetivo, poner la mano en la razón, intuición, razón práctica, sindéresis, frónesis, sentido común, todas estas palabras bonitas son inútiles, sirven para designar la interrogación de nuestra consciencia que difícilmente cualquiera de nosotros hace todo el tiempo, pero que a final de cuentas no nos garantiza ninguna verdad.

Las preferencias que tenemos en nuestra cabeza son muy importantes desde luego, no podríamos vivir sin ellas, pero aclaremos que son preferencias, son opiniones, no son realidades ni son evidencias y no las confundamos, porque todo el tiempo estamos diciendo, consultamos la consciencia, la consciencia nos da un resultado y salimos con el báculo de la verdad enarbolado a decir: “Esta es la verdad absoluta y todo el mundo tiene que creerla”. Y no, hay gente que no está de acuerdo y no tengo un método para convencerlos, sí lo tuviera yo podría decir que esto es correcto y que lo demás está equivocado.

En tercer lugar, sugiero que tendríamos que dejar de preocuparnos tanto por las fuentes del Derecho. Ustedes habrán visto los debates sobre la fuente del Derecho, sobre el grado de obligatoriedad de la ley, de las costumbres, de la jurisprudencia y de la doctrina, suelen ser muy confusos y casi siempre nunca se llega a un común acuerdo entre autores. Lo que hacemos es tomar el caso, ver de qué forma pretendemos resolverlo, buscamos qué método interpretativo me permite hacerlo; entonces, este será el método que hay que usar en este caso en concreto. No preguntamos de dónde vienen las normas, sino cómo son interpretadas. Quienes en definitiva deciden que normas aplicar son los jueces, ellos aplican la Constitución, los códigos, la jurisprudencia. De esta manera, si aceptamos lo que decía antes de que los únicos métodos que funcionan son el cálculo y la integración empírica, esta consideración nos lleva a un punto de vista realista desde el cual podríamos examinar al sistema jurídico como un sistema muy complejo que involucra criterios de decisión y así podríamos tratar de averiguar quiénes son los que elaboran estos criterios.

Es decir, mi idea, mi utopía, es reunir a los jueces de primera instancia, no a los involucrados en las Cámaras ni a los de la Corte Suprema, y decirles: “Ustedes tienen que resolver un desalojo, ¿qué preguntas se hacen y qué criterios utilizan?”, a lo mejor usan todos los mismos criterios, a lo mejor no. Que discutan entre ellos a ver si se convencen los unos a los otros y que cuenten a todos los resultados, que realicen un protocolo de decisión, un esquema fácil y sencillo con preguntas y respuestas sobre hacia dónde se dirigen. De esta manera el Derecho sería mucho más claro, estaría sujeto a la crítica pública y al control popular, no vulneraría en absoluto la independencia judicial porque seguirían siendo los dueños del protocolo, habría más respeto público por la ley, más respeto público por el Poder Judicial.

Es más, para preguntar si habría más justicia, primero tendríamos que hacer todo el largo debate meta-ético y averiguar qué quiere decir justicia y cuáles son los métodos que pueden conducir a reconocerla y valorarla, así que no me quiero meter en eso hoy, otro día, si ustedes así lo desean, pero no sé si habría más justicia o tal vez seguiría siendo la misma, pero por supuesto que sería más clara, y si esta revolución u otra semejante llegara a producirse, los ciudadanos sabrían mucho mejor a qué atenerse ante la ley y, por supuesto, no tendrían ninguna necesidad de luchar por la justicia.

AUB: A mí me ha parecido muy revelador la forma en la que revisa este término de revolución jurídica, solamente quisiera hacerle una última pregunta, ¿cuál es el libro que alguien tiene que leer si quiere conocer a Ricardo Guibourg?

RAG: Yo creo que el libro que tendrían que leer es “La construcción del pensamiento”, que no es un libro jurídico, es un libro filosófico que contiene las bases metodológicas y ontológicas del pensamiento, que me llevan a mí a cierto tipo de razonamiento en Derecho, que está muy expresado en mi último libro llamado “Saber derecho”, pero la base de todo esto se encuentra en “La construcción del pensamiento”. Me divertí mucho redactándolo como

si fuera un catecismo, recuerdo cuando era chico existía una especie de libreto que tenía preguntas y respuestas, entonces se me ocurrió hacer un catecismo de corte atea, de tal modo que las respuestas sentaran la bases del pensamiento. Este es el libro que recomiendo.

AUB: Muchísimas gracias por su valiosa aportación así como por la recomendación del libro. Ha sido para mí un gran honor haber podido platicar con usted el día de hoy, espero que esta sea una de muchas oportunidades, muchas gracias Doctor.

RAG: Muchas gracias a ti, gracias por la invitación, por la compañía y por las preguntas, estaré esperando un siguiente encuentro.

ENTREVISTA AL DR. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

REALIZADA POR LA DRA. ABRIL USCANGA BARRADAS

REDACCIÓN: ABRIL USCANGA BARRADAS¹



JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO es Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León desde 1994. Recibió el Premio de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales con ocasión del XXV aniversario de la Universidad de León. Posee la Orden del Congreso de Colombia en el Grado de Cruz de Caballero. Doctor honoris causa por varias universidades latinoamericanas. Miembro del comité editorial o el comité científico de revistas como *Rechtstheorie*, *Doxa*, *Droit et Société*, *Derechos y libertades* y numerosas publicaciones jurídicas y filosóficas de América Latina. Autor

¹ Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La redacción de la entrevista estuvo a cargo de Abril Uscanga Barradas, con la colaboración de Yuriria Maryem Domínguez Juárez y Ricardo Pérez Luna.

de más de dos centenas de artículos en libros colectivos y revistas españolas y extranjeras, así como artículos traducidos al portugués, el francés y el alemán. Ha publicado sobre temas de Filosofía y Teoría del Derecho, Filosofía política, Derecho penal, Derecho constitucional, Derecho civil, Derecho administrativo, Derecho laboral, Derecho y cine, Derecho y literatura, entre otros.

ENTREVISTA AL DR. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Abril Uscanga Barradas: Muy buenas tardes, estimado Doctor Juan Antonio García Amado, muchísimas gracias por aceptar realizar esta entrevista.

Juan Antonio García Amado: Gracias a ti, querida Abril, por la consideración y la invitación.

AUB: Muchísimas gracias nuevamente, vamos a empezar esta conversación. Doctor, algo importantísimo que yo creo que debemos poner sobre la mesa, es el estado que tiene la Filosofía del Derecho con respecto del positivismo jurídico, la primera pregunta que nos hacemos muchos es ¿el positivismo sigue vivo? ¿El iuspositivismo sigue vivo o en qué momento estamos?

JAGA: Esa pregunta me recuerda a aquel fragmento de una obra clásica que decía: “Los muertos que vos matáis están bien vivos”. El positivismo jurídico no puede dejar de estar vivo por cuanto que dice que el Derecho que cuenta es el Derecho positivo; es decir, el Derecho puesto, el Derecho legislado en el más amplio sentido de la expresión legislar. Si no pensáramos en eso como el núcleo o el eje del Derecho, no tendría sentido que hablemos de un Estado de Derecho porque un Estado de Derecho es el que nombra nuestras Constituciones. El positivismo afirma que todo Derecho es artificial en cuanto a producto de actos de creación y que el Derecho dentro de cada sistema jurídico ha sido creado en ese sistema jurídico res-

pectivo. El positivismo jurídico dice que el Derecho es lo que es y que si una norma es Derecho lo es con independencia de los juicios o calificaciones que nos merezcan. Entonces, algunos nos definimos en los tiempos de hoy como positivistas por razones morales y políticas, no solo porque creemos que necesitamos identificar al Derecho por algunas propiedades que tenga sino porque además nos parece que hay que introducir la idea de legitimidad.

¿Para qué hacemos que nuestras Constituciones pongan en marcha todo el entramado de producción democrática de las normas, si después permitimos que vengan los jueces a decir que eso es solo una aproximación y que el verdadero Derecho es la moral verdadera? Quienes revelan al pueblo esa moral verdadera son los ministros de las Supremas Cortes. Así, los positivistas jurídicos ejercitamos un acto de resistencia civil y política frente a quienes quieren arrebatar al pueblo en democracia la producción de una ley que no solo sea legítima, sino también vinculante.

Entonces, ¿aún tiene sentido el positivismo jurídico? Mientras no se deroguen las Constituciones, sí. ¿Le queda futuro al positivismo jurídico? Tanto como le queda a la democracia, tanto como le queda al Estado de Derecho.

Dos pues ¿le queda futuro al positivismo jurídico?, tanto como le queda a la democracia, tanto como le quede al Estado de Derecho.

AUB: Ayer que estábamos conversando decías que los iuspositivistas son una especie en extinción, pero creo que en realidad no están tan extintos. De los más grandes representantes actuales de la teoría y filosofía jurídica, muchos son positivistas. No sé si quieras comentar algo al respecto.

JAGA: Habría que hacer un recorrido histórico, pero no tenemos tiempo para repasar toda la historia de la dialéctica, la dinámica de todas las tensiones entre corrientes positivistas y antipositivistas de la Teoría del Derecho, pero hay algunas cosas que conviene tener presentes. Habría que repasar a los grandes positivistas del siglo XX y ver su adscripción política, ver si son conservadores o

progresistas. En la España, durante la dictadura de Franco, había un positivista jurídico, Felipe González Vicent, que estaba medio marginado por el régimen debido a su adscripción teórica. Todos eran antipositivistas, todos eran iusnaturalistas.

En los tiempos del nazismo el positivismo jurídico era una doctrina rechazada, cuando algunos autores citaban a Kelsen, que era judío, lo citaban como “perro judío”, por eso aquella leyenda del positivismo que lo hace responsable de la decadencia jurídica del Derecho durante el nazismo.

Podríamos señalar hitos muy importantes en los cuales hubo una reacción antipositivista, contraria a un positivismo normativo de tipo kelseniano en la doctrina que ha sido funcional para poner límites a la soberanía popular y para que los poderes establecidos en cada Estado pudieran prevenirse ante eventuales reformas conseguidas por el pueblo por vía democrática y que se consideraban contrarias al Derecho natural, contrarias a la moral, contrarias a los valores.

El actual anti-positivismo y el actual neoconstitucionalismo a menudo tienen su origen en un movimiento alemán de finales de los años cincuenta que se llama “frecuencia de valores” y que fueron los primeros que dijeron que la Constitución verdadera no es lo que la Constitución dicen sino que la Constitución verdadera sin los valores constitucionales, estén o no expresados con claridad en el texto constitucional. Fueron los que dijeron que la Constitución es un orden objetivo de valores y que esos valores tienen efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento; ellos se estaban armando intelectualmente, consiguiendo herramientas con las cuales en el futuro pudieran declarar inconstitucional alguna norma que facilitara el divorcio, o alguna que limitara las grandes propiedades; sabían lo mismo que saben los neoconstitucionalistas latinoamericanos de hoy, son cómplices de los movimientos reaccionarios de estas sociedades pues saben que con el texto de las constituciones de nuestros países son posibles algunas reformas sociales inducidas por el pue-

blo. En consecuencia, vuelvo a mi tesis de antes: más nos vale que la resistencia política y teórica del iuspositivismo no se termine porque volverán a gobernarnos los de siempre aunque esta vez no se les vea tan claramente el alza de cuello.

AUB: Me parece una argumentación que nos deja reflexionando sobre la importancia de algo que a veces no es tan palpable porque pareciera para algunos nichos en la academia que en realidad el positivismo no es tan importante. Regresando a lo que señalabas sobre la época de la Segunda Guerra Mundial, quisiera preguntarte acerca de dos teóricos de esa época, Kelsen y Schmitt. ¿Por qué es importante entender la postura de estos dos teóricos?

JAGA: Es bien importante entender esas dos posturas por lo siguiente. Sostengo que todo el constitucionalismo viene de ahí, deriva de la República de Weimar y de la Constitución alemana de 1919. Ahí se plantean una serie de posturas, de visiones del Derecho y de la Constitución ligadas a actitudes políticas, a las ideas políticas de esos autores. Comienza a decantarse por un lado la actitud de quienes creen que el Derecho debe contener las normas básicas que guían a la sociedad y que lo que importa es establecer procedimientos democráticos para dotar de contenido a esas normas, hablo de posturas no autoritarias o no conservadoras o no tradicionalistas, eso era Kelsen. Por otra parte, están los autores y constitucionalistas que querían que el Derecho no fuera el reflejo de las preferencias sociales de los ciudadanos, sino que a eso se le pongan unos límites muy claros, se trata de poner guardianes no a la Constitución, sino al pueblo; habría que exaltar la democracia dentro de un orden que no iba a estar en la Constitución, sino que ese orden lo aplicarían los poderes políticos, ahí empieza una exaltación del poder.

En la República de Weimar en Alemania se dio esa Constitución de 1919 que fue la primera Constitución democrática y parlamentaria en un Estado que venía de una profunda tradición autoritaria por lo que esta Constitución era detestada por sus propios constitucionalistas pues consideraban que esa democrática Constitución no

unía al pueblo alemán bajo un designio común, sino que lo dividía y creaba facciones, trataron de sustituir dicha Constitución por modelos jurídicos y políticos que fueran lo menos democráticos posibles.

En ese contexto se hizo presente el constitucionalismo de Kelsen, cuya idea principal era: “Bien está lo que la Constitución dice, pero hay que protegerla para que sea efectiva, no pueden reírse de ella ni el legislador, ni el Poder Judicial, ni nadie”. Es decir, la Constitución podría ser muy amplia en sus términos, pero lo que en ella estuviera claro, debía ser aplicado y defendido. Se empieza a plantear entonces el problema del control de constitucionalidad porque sin el control constitucional de las leyes, no existiría la supremacía jerárquica de la Constitución; si el legislador pudiera convertir en ley cualquier cosa, aunque sea contraria a lo que la Constitución dice, entonces el valor de la Constitución sería puramente simbólico, pero no sería una norma efectivamente superior de la cual pudiera derivarse la nulidad de las normas inferiores que se le opusieran.

De ahí la polémica de Kelsen con Schmitt, porque Kelsen quiere buscar un modelo de control de constitucionalidad para la Constitución de Weimar, un modelo de control de constitucionalidad, ese modelo lo había inventado el propio Kelsen para la Constitución austriaca de 1920, que es el primer caso donde se crea un Tribunal Constitucional con funciones de control concentrado de constitucionalidad. Pero en la República de Weimar había dos Cortes Supremas, una que era el Tribunal del Estado y otra que era el Tribunal del Reich, pero ninguna tenía encomendadas funciones de control de constitucionalidad. Entonces Kelsen se cuestiona quién tiene que ser el guardián de la Constitución, ante lo cual su respuesta es que el control de constitucionalidad habría que dárselo a los jueces de los tribunales.

Frente a eso va a aparecer Carl Schmitt. La idea de Schmitt no era la de primacía de un Derecho democráticamente sentado como guía o límite para una sociedad, Schmitt era fanático del poder, estimaba que lo que aglutina a una sociedad es una sensa-

ción de pertenencia común, de sentirse nación, sentirse pueblo y regirse por un líder carismático, de ahí el valor que da a la idea de dictadura comisaria. Pero la gran pregunta es: ¿cómo afrontamos los momentos de intensa crisis social? Señala que para eso está el hombre providencial, el líder que encausa las energías del pueblo. Y ante la pregunta de quién debe ser el guardián de la Constitución discrepa por completo de la idea de Kelsen, pues propone que sea el propio presidente del Reich, lo cual hace basándose en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, en el cual se expresaba que el poder declarar el estado de excepción en ciertos momentos de alteración grave lo tenía el presidente del Reich. Pero eso lleva a una idea completamente distinta con la idea de Estado de Derecho porque eso es más bien el Estado de la Política, es decir, si la Constitución es un orden objetivo de valores que quiere dar voz a los supremos valores morales, el control de constitucionalidad viene a ser control de moralidad. Aquí se hace claro cómo es que esto acaba siendo el neoconstitucionalismo de hoy, mismo que proviene de un movimiento constitucional alemán de hace 80 años que tiene unas intenciones fuertísimamente conservadoras, y que hoy es lo mismo, pero cambiando algunas expresiones, es el mismo síndrome autoritario.

AUB: Voy a tratar de recopilar todo esto que has dicho. ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Creo que esa pregunta sigue vigente hasta el día de hoy. Hay dos textos que pueden ayudar a adentrarnos a esta conversación: “Schmitt y Kelsen en Weimar” y “La Constitución de Weimar”, de los cuales tú eres el autor. Estos nos sirven para entender el papel de cada uno de ellos en la República de Weimar, y para también comprender la carga valorativa que hay en ser positivista, ¿por qué crees que se da este efecto?

JAGA: Bueno hay varias cosas en lo que dices, esas obras mías a las que amablemente te refieres son por un lado una introducción que hice un libro de Kelsen que se llama “El Estado como integración”, obra en la cual Kelsen polemizó en aquellos tiempos con otro cons-

tucionalista de la época, Rudolf Smend. El texto sobre la Constitución de Weimar es una introducción que hice para una nueva edición de la Constitución de Weimar con motivo de sus 100 años.

Ahora toca hablar de Rudolf Smend. En el constitucionalismo alemán hay dos escuelas, se dice que todos los constitucionalistas alemanes vienen o de la escuela de Smend o de la escuela de Schmitt, ellos fueron los más influyentes después de que terminara la guerra en 1945, las facultades de Derecho se poblaron de constitucionalistas que eran seguidores de la obra de esos dos. Schmitt nunca recuperó su cátedra después de 1933, pues había sido extremadamente nazi, tiene un artículo que se traduce como “El führer protege el Derecho” que es una pura justificación de los asesinatos causada por los nazis en la llamada “noches de los cuchillos largos”. Schmitt era una persona profundamente inclinada hacia el poder autoritario, se volvió demasiado nazi y acabo siendo marginado por el propio Partido Nacional Socialista, llegó a quedar condenado en los tribunales de Nuremberg. Esto significa que el constitucionalismo alemán de posguerra proviene de personas que eran fuertemente autoritarias y nada amigas del Estado de Derecho y la democracia.

Volvamos a Smend, era un conservador luterano, se acabó dedicando más tiempo a la teología que al constitucionalismo o la Teoría del Derecho, pero en tiempos de Weimar se hizo famoso por su teoría de la integración. Lo que Smend decía es que la esencia de un Estado es un sentimiento de pertenencia y que, en consecuencia, hay personas que se sienten en comunión entre sí bajo señales que les identifican, y en ese sentido para Smend la Constitución tampoco importaba demasiado por su papel aglutinador, lo que Schmith resaltaba era la idea de pueblo, pero la veía con los lentes del poder, es un pueblo queriendo crecer, expandirse a través de la vía política que se emboca en la dictadura, sin ese sentimiento, el Estado se desintegra. Entonces, la Constitución para él no es la expresión política de una nación, sino que es un elemento más de los

que contribuyen a esa integración, de ahí que dijera Smend que lo más importante en un Estado son cosas tales como una bandera, el himno, las fiestas nacionales y que los artículos más importantes de una Constitución son los que hacen referencia a eso.

Entonces él va a decir que el mejor Estado que existía por Europa en ese entonces era el fascista italiano porque era grandioso ver a esos miles de personas desfilando uniformadas por las calles de Roma. Todo esto a Kelsen le producía urticaria intelectual, le parecían manipulaciones. ¿Por qué del constitucionalismo alemán de esos años solo quedan Schmitt y Smend? ¿Por qué nadie citaba a Kelsen? La respuesta es que no lo citaban porque era judío, porque era demócrata, porque aquellos constitucionalistas seguían con el rescoldo del nazismo y con aquella actitud conservadora y supremacista. Kelsen no reaparece en la doctrina jurídica y constitucional de Alemania sino hasta finales de los años 70 cuando alguien llamado Horst Trader hace una tesis doctoral sobre él y entonces Kelsen vuelve a un primer plano, a partir de entonces se considera que tiene sentido estudiar a Kelsen.

Pero tratando el punto de que incluso hoy existen académicos que atacan al positivismo, que desprecian a Kelsen, tengo dos opiniones sobre esto. Una es que actualmente la academia está repleta de profesores y profesoras que no tienen una vocación de docentes-investigadores, sino que quieren hacer uso de la academia para generar poder por lo cual dicen lo que creen que les va a dar mejor imagen; es decir, se está perdiendo la idea del académico resistente, del académico con voz crítica, sobre todo en el ámbito del derecho público, del constitucionalismo, pues quieren llevarse bien con los que mandan y no cuestionar las estructuras de poder establecidas.

El segundo punto es, si pensamos en el Derecho como lo que está en lo que dice la Constitución y sus interpretaciones posibles, y como lo que está en el Código Civil y en el Penal y en todos esos millones de normas, esa visión del Derecho cuando es así enseñada conlleva una síntesis para poder conocer al Derecho en su técnica,

más no para conocer de memoria las normas. Para poder manejar los conceptos con los que podemos ordenar y explicar el Derecho se necesita de mucho estudio, pero cuando alguien dice que el Derecho es la justicia y que lo que importa es estar bien, uno en realidad se está gestionando para sí mismo una postura extraordinariamente cómoda por la cual ya no hace falta estudiar, es decir, si el Derecho es el amor, basta la lírica, basta escribir poemas y decir a los estudiantes: “Miren, amigos, hoy les voy a enseñar derecho procesal constitucional. La acción procesal es un ejercicio más de afecto entre parte que prima facie no se quieren, pero que a través del proceso debería llegar a quererse”. Bueno, eso es lo pareciera que hoy se explica como Derecho, por eso luego nos quejamos sobre la forma en que el juez resuelve algún caso, pero es a este al que formamos diciéndole que no importa la legalidad, sino que solo importa un espíritu dummy que, al parecer, es el que se cultiva desde las facultades de Derecho.

AUB: Yo creo que lo has dicho de una forma que a mí me parece tremendamente clara, especialmente porque el contexto trasciende a un montón de problemas que tenemos en la actualidad. Quisiera preguntarte algunas cosas que voy a tratar de aglomerar porque nos queda muy poco tiempo. ¿Quiénes son los positivos actuales? ¿Hay algo que podamos llamar “neopositivismo”? ¿Podrías recomendarlos algún texto para leer algo de iuspositivismo serio?

JAGA: Bueno, acerca de los positivistas actuales a mí me gusta enumerar lo que llamo “la selección mundial de positivistas del siglo XX hasta hoy”. Todo comienza con Kelsen, luego hay un positivismo normativista, al mismo tiempo hay un positivismo empirista mucho más radical en las implicaciones filosóficas. En la posguerra se da el positivismo anglosajón de Hart, máximo representante; en Europa ocupa un cargo muy destacado Norberto Bobbio, y el gran positivista jurídico que renueva en el derecho continental esta doctrina es Luigi Ferrajoli, sin duda alguna. En Latinoamérica hay un

positivismo importante en aquel maestro recientemente fallecido que fue Eugenio Bollini, de su escuela derivan otros, como Jorge Rodríguez en Argentina.

Acerca de algún texto mío, por decir algo está en vías de editarse un pequeño manual que se llama “Teoría del Derecho”, ahí trato de sintetizar estas ideas a un nivel que pretende ser accesible para un público normal y para los estudiantes. Va a salir en la editorial “Eolas” en León, España.

AUB: Mi estado Juan Antonio García Amado, de verdad creo que nos hace falta tanto por hablar, tanto que dejar claro acerca de los conceptos básicos del Derecho, así que yo con todo gusto me acércate a ese libro que nos recomiendas. Te agradezco muchísimo todo, gracias por permitir esta entrevista el día de hoy.

JAGA: El placer ha sido mío, apreciada Abril, un gusto enorme estar aquí presente platicando contigo, y me quedo esperando una próxima oportunidad.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la manera de lo posible deben evitarse los enunciados explica-

tivos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre dígrafos (*v. g.*: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminara con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

- Título
- Autor
- Sinopsis curricular y correspondencia
- Dedicatoria
- Sumario
- Resumen
- Palabras clave
- Abstract*
- Keywords*
- Cuerpo de la obra
 - I. Partes con números romanos
 - 1. Secciones en números arábigos
 - a) Incisos
 - Entradas en cursivas*
 - II. Fuentes
 - Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A) BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearán subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B) HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecorillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- El original se enviará en formato Word o RTF.
- Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- No se dejará espacio entre párrafos.
- Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- El título deberá ser breve y descriptivo.
- Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Fernando Guadalupe Flores Trejo

(Lugar), a __ de _____ de 202__.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe _____ comunico a usted, bajo protesta de decir verdad que, soy el autor intelectual del (la) _____ (artículo u obra gráfica) intitulada _____ para la obra denominada **REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM**, en sus versiones impresa y electrónica. En este acto acepto ceder los derechos patrimoniales de manera exclusiva a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, por lo que solicito se efectúen los trámites correspondientes al registro legal a favor de la institución, lo anterior, de conformidad con lo que se estipula en los artículos 27, 30 y 42 de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente.

No omito manifestar que, la citada obra no ha sido publicada con anterioridad, ni está siendo considerada para dictamen en alguna otra obra colectiva ni publicación periódica, así mismo que, respondo por su originalidad trabajo, liberando a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO** de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra que pudiera afectar intereses de terceros.

Asimismo, otorgo a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, el derecho de comunicación pública y de reproducción del _____ (artículo u obra gráfica) que formará parte de la obra en comento para los fines que estimen pertinentes, por lo que estará disponible en el archivo electrónico de la obra, que será descargable en formatos digitales bajo la modalidad de Acceso Abierto.

A T E N T A M E N T E

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

CD. UNIVERSITARIA, CD. MX., A __ DE _____ DEL 20__.



(NOMBRE Y FIRMA)

La Revista del Posgrado en
Derecho de la UNAM, año 9, número 16, editada por la Coordinación del Posgrado en Derecho de la UNAM, se terminó de imprimir el mes de junio de 2022 en los talleres de Creativa Impresores S.A. de C. V., calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09220, México, Distrito Federal, teléfonos, 5703-2241 y 5592-2240. La edición estuvo al cuidado de Abril Us- canga Barradas y consta de 300 ejemplares.