

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

AÑO 1
01 JUNIO 2013

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA **

Año 1 - Número 1 - Junio de 2013

Publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad
Panamericana Campus Guadalajara

Calzada Circunvalación Poniente No. 49

Ciudad Granja, Zapopan, Jalisco C.P. 45010, México

Coordinadora Editorial: Mtra. Claudia Robles Martínez

Correo electrónico: crobles@up.edu.mx

La revista Perspectiva Jurídica UP y sus contenidos
son propiedad de la Universidad Panamericana
Campus Guadalajara.

Todos los derechos reservados. © Copyright 2013.

Se permite la reproducción total o parcial de esta obra,
su almacenamiento en sistemas digitales, su transmisión
en cualquier medio electrónico o mecánico con la previa
autorización escrita por parte de la Universidad
Panamericana Campus Guadalajara.

*Diseño editorial e impresión: EDIKREA
Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V.
Guadalajara, Jalisco, México*

Consejo Editorial

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ

Director de la Facultad de Derecho

Director de la revista

Perspectiva Jurídica UP

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS

Editor de la revista

Perspectiva Jurídica UP

MTRA. MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA

Directora de la Licenciatura en Derecho

MTRA. CLAUDIA ROBLES MARTÍNEZ

Coordinadora Editorial

Comité Editorial

ABELARDO BERNÁLDEZ MÁRQUEZ

BEATRIZ VALLADOLID BRISEÑO

CARLOS R. PADILLA DE ALBA

JESÚS ANTONIO PÉREZ PALAZUELOS

LUCÍA FERNANDA ESCALANTE CONS

MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS

MISOL FERNANDA BOLAÑOS GUTIÉRREZ

PATRICIO VARELA BELLO

Mensaje del director

A LA COMUNIDAD ACADÉMICA

La Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, da un paso más en su proyecto de consolidación en el plano de la excelencia académica, lo que indisolublemente se relaciona con la investigación científica, con la generación de conocimiento nuevo, la manifestación de ideas, de conceptos, de opiniones y de aportaciones al mundo de la ciencia jurídica.

Elementos esenciales para cumplir con este encargo, es contar con los medios idóneos para dejar constancia y permitir su divulgación, tarea del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad, y que se materializa con la presentación de la revista *Perspectiva Jurídica UP*, que queda a la consideración del foro.

Al emprender esta etapa, sabemos la responsabilidad que implica; mantener el nivel de las aportaciones; abordar los temas de actualidad, pero al mismo tiempo, no descuidar las cuestiones jurídicas aparentemente ordinarias y trilladas, que siempre requieren su análisis; por ello, *Perspectiva Jurídica UP*, nuestra revista, la revista de todos, se deberá constituir en el medio que nos acompañe en la evolución permanente del derecho, acorde a los vertiginosos cambios de la sociedad en que vivimos, siempre bajo la premisa de los altos valores humanos.

Un excelente equipo de trabajo, con gran sentido académico, se ha enfocado a lograr la meta que finalmente tenemos entre manos; al mismo tiempo,

debemos agradecer a quienes nos han aportado su tiempo, experiencia, y permanente disposición para contribuir al esfuerzo de presentar un medio que sea referente en la difusión del conocimiento jurídico.

Zapopan, Jalisco, junio de 2013

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
Director de la Facultad de Derecho
Director de la Revista
Perspectiva Jurídica *UP*

Editorial

Pocas cosas son tan gratificantes como ver realizado lo que antes era sólo un proyecto. La revista *Perspectiva Jurídica UP* es una realidad, cuyo primer ejemplar presentamos a la comunidad universitaria y al foro en general. Constituye un medio de divulgación de los trabajos de investigación de los maestros y alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, en su campus de Guadalajara, pero también está abierta a otros juristas. De igual modo se presenta como el vehículo idóneo para la publicación de las colaboraciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas, recientemente fundado, cumpliendo con ello uno de los objetivos de la facultad: la investigación y la divulgación jurídica.

La Universidad Panamericana ha hecho un esfuerzo constante para posicionar a la Facultad de Derecho del campus de Guadalajara como una de las mejores en México. Entre las acciones encaminadas a ese fin están la selección y preparación de los maestros, la creación del sistema de posgrados que incluyen los diplomados, la maestría y el doctorado; la creación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y ahora, la publicación de este primer número de la revista *Perspectiva Jurídica UP* que se levanta como el complemento necesario para dotar a la facultad de un órgano de difusión de las investigaciones en el campo del derecho.

Se trata de una publicación semestral estructurada en cinco secciones: Estudios jurídicos, Actualidad legislativa, Reseña de libros, Conoce a tus maestros, y

Vida en la facultad, en donde se contendrán, respectivamente, los ensayos jurídicos, comentarios a leyes o jurisprudencia de actualidad, la reseñas de libros (principalmente de los propios profesores del claustro), el perfil de algunos de los maestros de la facultad, y reseñas de congresos, cursos, conferencias o cualquier otro evento realizado en la facultad o en el que sus miembros hayan participado.

La planeación, estructuración y edición de la revista ha sido un proceso interesantísimo, que involucró directamente a un grupo de alumnos de octavo y décimo semestre de la carrera de derecho. Con el entusiasmo que caracteriza a los estudiantes y bajo la atinada coordinación de la maestra Claudia Robles Martínez, logramos conjuntar un equipo de trabajo al que denominamos Comité editorial, que participo en la selección del nombre de la revista y en el diseño de la portada, al igual que acompañó a los autores en la preparación de los artículos y los revisó para lograr la calidad de edición e impresión necesarias. Incluso algunos de esos estudiantes publican reseñas en la sección de Vida en la facultad de este número.

Estoy seguro que la experiencia en la edición de la revista y el trabajo de ese equipo de estudiantes es de por sí una experiencia que enriquece su formación como abogados.

En esta ocasión presentamos los trabajos de Francisco González de Cossío, Hugo Cuesta Leño, Guillermo A. Gatt Corona, Mario de la Madrid Andrade, Elvira Villalobos de González, Luis Gerardo González Blanquet, Leonel Pereznieto Castro, Luis Manuel Méjan Carrer y Javier Soto Morales, todos ellos juristas importantes de nuestro país que con sus colaboraciones honran y engalanan este primer ejemplar, que espero sea

el primero de una larga cadena que contribuya a poner en alto la investigación jurídica de nuestro país.

Zapopan, junio de 2013

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS

Editor de la revista
Perspectiva Jurídica *UP*

Contenido

Mensaje del director..... p. 5

Editorial..... p. 7

ESTUDIOS JURÍDICOS

La modificación al Derecho Arbitral Mexicano –un comentario por FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO..... p. 15

Iniciativas de anticorrupción en México y en el mundo por HUGO CUESTA LEAÑO..... p. 37

Alemania v Italia; los límites de la inmunidad jurisdiccional soberana ante las violaciones al derecho de guerra en la Segunda Guerra Mundial por GUILLERMO A. GATT CORONA..... p. 77

La decisión racional en el derecho por MARIO DE LA MADRID ANDRADE p. 103

Derechos de la familia por ELVIRA VILLALOBOS DE GONZÁLEZ..... p. 125

Política pública ante el cambio climático por LUIS GERARDO GONZÁLEZ BLANQUET..... p. 153

RESEÑA DE LIBROS JURÍDICOS

Reseña del libro Teoría General de las Obligaciones de Diego Robles Farías por LEONEL PEREZNIETO CASTRO Y LUIS MANUEL C. MÉJAN CARRER..... p. 177

Reseña del libro Derecho Mercantil de Soyla H. León Tovar y Hugo González García **por DIEGO ROBLES FARÍAS**..... p. 185

ACTUALIDAD LEGISLATIVA

Certidumbre jurídica para la inversión en ejidos y comunidades **por JAVIER SOTO MORALES**..... p. 199

VIDA EN LA FACULTAD

El Willem C. Vis Moot (Moot de Viena) **por MISOL FERNANDA BOLAÑOS GUTIÉRREZ**..... p. 213

Homenaje póstumo a Don José Arce y Cervantes **por MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS**..... p. 217

Entrega de Premio Pro Bono a egresados de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara **por MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS**..... p. 219

Homenaje póstumo a Don Efraín González Luna y Morfín **por BEATRIZ VALLADOLID BRISEÑO**..... p. 217

CONOCE A TUS PROFESORES

Entrevista al Dr. E. Isaías Rivera Rodríguez..... p. 227

Estudios jurídicos

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

AÑO 1
01 JUNIO 2013

La modificación al Derecho Arbitral Mexicano —un comentario

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ejecución de acuerdos arbitrales*. III. *Arrugas procesales*. IV. *Medidas precautorias*. V. *Comentario final*.

Resumen. El presente trabajo analiza la última reforma al Código de Comercio en materia de arbitraje comercial (27 de enero del 2011). En concreto, se refiere a las aportaciones de la misma en diversos temas, como la ejecución de acuerdos arbitrales; la aclaración (con la adición del Artículo 1465) respecto a quién ha de decidir sobre la de competencia del tribunal arbitral; la definición de los casos en que se permite la cooperación judicial; y por último, la regulación de las medidas precautorias, emitidas tanto por el juez como por el tribunal arbitral, y las cuestiones relativas a su ejecutabilidad.

Palabras clave: Arbitraje, cooperación judicial, medidas precautorias.

Abstract. *This article analyzes the latest modifications to the Commercial Code of Mexico (January 27, 2011), on commercial arbitration. It refers, particularly, to its contributions in several areas, such as the enforcement of arbitration agreements; the clarification (with the addition of Article 1465) on who is to rule on the competence of the arbitral tribunal; the definition of the situations in which court assistance is allowed; and lastly, the regulation of interim measures, ordered by both the courts and the arbitral tribunal, and the issues regarding their enforcement.*

Keywords: *arbitration, court assistance, interim measures*

¹ Árbitro y abogado postulante. Profesor de arbitraje en la Universidad Iberoamericana y la Escuela Libre de Derecho. Correo electrónico: fgcoasio@gdca.com.mx

I] Introducción

Bertrand Russell solía decir “lo que la gente está dispuesta a creer ante información contradictoria o insuficiente, dice mucho de ella”. La experiencia observable ante la reciente² modificación de Derecho Arbitral Mexicano da testimonio del proverbio. Para el experto conocedor de las corrientes internacionales de arbitraje y las dudas y problemas relacionadas con el Derecho Arbitral Mexicano, incluyendo la *praxis* desde la adopción del régimen moderno en 1993, la Reforma no merece otro adjetivo que “fantástica”. Sin embargo, existen voces escépticas. Voces que ponen el paso en entredicho, reduciendo su apreciación al último párrafo del último artículo de la Reforma. Como aquel crítico culinario que, después de degustar ocho tiempos de manjares, limita su evaluación a “me hubiera gustado que la servilleta fuera colocada del lado izquierdo”, el crítico jurídico de la Reforma se ciñe a ver el pelo en la sopa, y pasar por alto los logros que el resto de la misma aporta.

Explicaré por qué la metáfora no es estirada, haciendo un comentario sintético de la Reforma a la luz de su trasfondo y temas que resuelve.

II] Ejecución de acuerdos arbitrales

Con respecto a acuerdos arbitrales, dos cuestiones fueron resueltas con la Reforma: 1) Esclarecimiento del régimen de ejecución del acuerdo arbitral; y 2) Corrección de la postura mexicana sobre *compétence-compétence*.

1.- Ejecución del acuerdo arbitral

La práctica mostraba diversidad de formas en que el Artículo 1424 del Código de Comercio era entendido y cumplido tanto por practicantes como por nuestra judicatura³.

² Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2011 (la Reforma).

³ Para conocer la problemática, se recomienda Graham Tapia, Enrique, *La Remisión*

Gracias a la Reforma, se ha esclarecido que los acuerdos arbitrales deben ser sumariamente ejecutados, remitiendo a las partes al arbitraje “de inmediato”⁴. Para ello, se han regulado explícitamente los pasos que el juzgador debe seguir⁵. Ante la diversidad de prácticas y ubicuidad de cuestionamientos, la Reforma cumple el doble propósito de fomentar la ejecución del pacto arbitral y dar certeza jurídica a todos los involucrados: desde las partes, sus abogados y los jueces, quienes deseaban cerciorarse que su actuar era adecuado.

2.- *Compétence*

La Reforma pone fin a un (candente pero delicioso) debate en el foro mexicano sobre a quién asiste la facultad de decidir sobre la validez del acuerdo arbitral⁶.

Más aún, se trata de una corrección legislativa del único error judicial que a la fecha existía desde la adopción de Derecho arbitral moderno (en 1993): la siguiente solución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a una contradicción de tribunales colegiados⁷: “ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE

Judicial de un Litigio al Arbitraje, en Diagnóstico y Propuestas sobre los Sistemas de Impartición de Justicia en México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, Tomo II, 2004; y González de Cossío, Francisco, *Ejecución del Acuerdo Arbitral: Aún un Prisma Opaco*, en *Análisis y Propuesta de Mejora al Marco Jurídico Mexicano*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Editorial Themis, México, D.F., 2010, p. 1491.

⁴ Artículo 1465 del Código de Comercio.

⁵ Artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio.

⁶ Para conocerlo, ver González de Cossío, Francisco, *El Debate sobre la postura Mexicana sobre quién decide la validez del acuerdo arbitral*, Lex Negotii III, Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C., DoFiscal, enero 2011, p. 89.

⁷ Contradicción 51/2005, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de enero de 2006. (Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz).

NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL”.

Esta contradicción ha sido objeto de observaciones diversas⁸. La Reforma cambia dicha (irónica⁹) decisión. El (nuevo) Artículo 1465 del Código de Comercio corrige el malentendido. En lo sucesivo, si existe un cuestionamiento al acuerdo arbitral o al contrato que lo contiene, a menos que la nulidad del acuerdo arbitral sea “notoria¹⁰” —cuya determinación debe obedecer a un “criterio riguroso¹¹”— el juzgador *tiene* remitir a las partes al arbitraje *de inmediato*¹² para que el tribunal arbitral decida sobre ello, conforme a la primera oración del Artículo 1432 del Código de Comercio, que establece lo que debe entenderse como la regla correctamente expuesta: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje”.

Claramente, un paso a favor de la rectitud y eficacia del Derecho Arbitral Mexicano.

⁸ Para conocer el debate, consúltese, González de Cossío, Francisco, *De Necios y de Convencidos: El Debate sobre la Postura Mexicana sobre quién decide la validez del Acuerdo Arbitral*, Revista de Derecho Privado, tercera época, número 1, 2011.

⁹ El adjetivo obedece a lo que posiblemente es el argumento más conspicuo en contra de dicha decisión: *para arbitrar, hay que litigar* —una ironía, si se recuerda que las partes, al pactar arbitraje, lo que desearon era justamente que su disputa no se canalizara a tribunales. Para entender por qué, véase González de Cossío, Francisco, *La ironía de Compétence-Compétence*, en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Fernández-Ballesteros, M.A. y Arias, David (eds.), La Ley/Wolters Kluwer, Club Español del Arbitraje, Madrid, 2010, p. 521.

¹⁰ Artículo 1465(a) del Código de Comercio.

¹¹ Artículo 1465(b) del Código de Comercio.

¹² Proemio del Artículo 1465 del Código de Comercio.

III] Arrugas procesales

Existían dudas sobre el régimen procesal con respecto a ciertos temas. A continuación se explicará por tema la aportación que hace la Reforma.

1.- Cooperación judicial en el arbitraje

Existen instancias de cooperación judicial en el arbitraje cuya tramitación había generado duda. Por ejemplo:

1. La designación de árbitros por omisión de las partes o Presidente del tribunal arbitral ante desacuerdo de los árbitros de parte ya nombrados¹³;
2. La cooperación judicial en el desahogo de pruebas en arbitraje¹⁴;
3. Consulta a la judicatura sobre los honorarios del tribunal arbitral¹⁵.

La Reforma esclarece tanto la vía (jurisdicción voluntaria¹⁶) como los pasos procesales para obtener cooperación judicial en los (excepcionales¹⁷) casos en los que se ruega la cooperación de nuestro Poder Judicial para resolver encrucijadas arbitrales.^{18,19}

De nuevo, otro paso que esclarece y eficientiza el Derecho arbitral.

2.- Juicio especial

Se creó un juicio especial sumario²⁰ para los siguientes temas²¹:

¹³ Fracciones III y IV del Artículo 1427 del Código de Comercio.

¹⁴ Conforme al Artículo 1444 del Código de Comercio.

¹⁵ Artículo 1454 del Código de Comercio.

¹⁶ Artículo 1466 del Código de Comercio.

¹⁷ Artículo 1421 del Código de Comercio.

¹⁸ Artículos 1466 a 1469 del Código de Comercio.

¹⁹ Para abundar sobre el régimen y alcance, véase González de Cossío, Francisco, *Arbitraje y la Judicatura*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007; y González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, D.F., Tercera Edición, 2011, pp. 624 y ss.

²⁰ Artículos 1472 a 1477 del Código de Comercio.

²¹ Artículos 1470, 1471 y 1477 del Código de Comercio.

1. Recurrir la resolución de recusación de un árbitro²²;
2. Recurrir la resolución sobre competencia del tribunal arbitral²³;
3. Obtener medidas precautorias *judiciales* en apoyo al arbitraje²⁴;
4. Ejecutar medidas precautorias emitidas por un tribunal arbitral²⁵;
5. Nulidad de transacciones comerciales;
6. Nulidad de laudos arbitrales²⁶;
7. Ejecución de laudos arbitrales²⁷.

Se trata de un régimen claro y veloz. Pero además, la Reforma procura dos beneficios adicionales. Primero, el Artículo 1471 del Código de Comercio esclarece que los laudos arbitrales no se “homologan”, sólo se *ejecutan*. La utilidad de ello reside en la (enorme) cantidad de tesis judiciales sobre el tema que aluden a la ‘homologación’ del laudo. Todas dichas tesis han malentendido el procedimiento de ejecución del laudo²⁸, concibiéndolo como si se pareciera a la ejecución de una sentencia extranjera, la cual sí requiere *exequatur*. El laudo es fundamentalmente distinto. No requiere ser homologado, sólo ejecutado²⁹.

Segundo, muchas de las tesis judiciales actuales trataban al juicio de nulidad y el juicio de ejecución como ‘incidente’. Ello obedeció a una arruga textual contenida en los antiguos Artículos 1460 y 1463 del Código de Comercio. La arruga se ha planchado: ahora se regula como juicio

²² Artículo 1429 del Código de Comercio.

²³ Artículo 1432, tercer párrafo, del Código de Comercio.

²⁴ Artículo 1425 del Código de Comercio.

²⁵ Artículo 1433 del Código de Comercio.

²⁶ Artículos 1460 y 1477 del Código de Comercio

²⁷ Artículo 1461 a 1463 y 1472 a 1476 del Código de Comercio.

²⁸ Es de admitirse que el error no es sustantivo, solo semántico: cómo se denomina la figura. En cuanto a proceso, afortunadamente no se maneja como una homologación, sino solo un reconocimiento y ejecución.

²⁹ No entender esto genera incumplimiento no sólo de Derecho Mexicano (Artículo 1461 del Código de Comercio), sino internacional (Artículo III de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras [Convención de Nueva York], de la cual México es parte [DOF y decreto de promulgación de 22 de junio de 1971]).

especial. Por ende, toda la estela de tesis judiciales que sostenían que el Juicio de Amparo que procedía era el *Indirecto*, deben dejar de ser aplicables. El correcto es el Juicio de Amparo *Directo*, pues el fallo que derive del mismo será una sentencia definitiva que pone fin a juicio³⁰.

De nuevo, otro paso a favor de la claridad y eficacia³¹ del Derecho arbitral.

IV] Medidas precautorias

Las medidas precautorias son un instrumento de eficacia de todo proceso. El arbitral no es una excepción. La Reforma esclarece su régimen y adopta un paso novedoso e importante. A continuación se explicará, aludiendo primero a las aportaciones que la Reforma hace con respecto al régimen de medidas precautorias emitidas por jueces y por tribunales arbitrales, para luego abundar sobre su trascendencia y el debate que han propiciado.

1.- De Juez Nacional

La Reforma esclarece que el juez tendrá “plena discreción” para adoptar las medidas precautorias en apoyo al arbitraje que le autoriza el Artículo 1425 del Código de Comercio³². La plausibilidad del paso se percibe si se conoce el debate sobre el alcance de las facultades del juez para emitir medidas precautorias siendo que en procesos mercantiles sólo se cuenta con dos: arraigo y embargo precautorio³³, lo cual reducía la utilidad del instrumento. Gracias a la Reforma, se ha esclarecido lo que algunos

³⁰ Artículo 158 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³¹ Particularmente dado que se hace aplicable el juicio de garantías uni-instancial, en vez del bi-instancial, lo cual redundará en menos pasos procesales, reducción de tiempos, y eliminación de oportunidades para tácticas dilatorias.

³² Artículo 1478 del Código de Comercio.

³³ Artículo 1171 del Código de Comercio.

sugerían³⁴: que se entendiera que la limitante indicada se ceñía a juicios mercantiles bajo los primeros tres títulos del Libro Quinto del Código de Comercio. Cuando se trate de arbitraje, el Juez Nacional puede emitir otras medidas precautorias. ¿Cuáles? Las que considere adecuadas dadas las circunstancias de la disputa.

Aún otro paso en apoyo a la eficacia en arbitraje.

2.- De Tribunales Arbitrales

La Reforma toma el vanguardista paso de permitir la ejecución *judicial* de medidas precautorias emitidas por Tribunales Arbitrales³⁵. El paso es fabuloso. Sitúa al Derecho Arbitral Mexicano como una jurisdicción de vanguardia³⁶. Pero no sólo eso, corrige la única desventaja de obtener medidas precautorias de Tribunales Arbitrales (en comparación con la alternativa: solicitarla del Juez Nacional): su incoercibilidad judicial³⁷.

El paso hace que la elección de acudir al arbitraje sea aún más atractiva, pues las medidas que el Tribunal Arbitral emita no sólo pueden ser más amplias en su contenido, sino también tan ejecutables como las obtenidas de un Juez Nacional.

De nuevo, otro paso favorable.

3.- El régimen nuevo

A.- Comentario preliminar

³⁴ González de Cossío, Francisco *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, D.F., Primera Edición, 2004, p. 365.

³⁵ Artículos 1433 y 1479 del Código de Comercio.

³⁶ La idea encuentra su origen en la modificación que la CNUDMI realizó en 2006 al Artículo 17H de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional.

³⁷ Para ello, véase *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 676 y ss.

Si bien el Derecho Arbitral Mexicano es de punta, y ha sido bien interpretado³⁸, existían desarrollos internacionales interesantes. Uno relevante a nuestro tema es que, después de varios años de trabajo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) modificó la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo) con respecto al tema de medidas precautorias. Durante las labores que dieron lugar a dicha modificación, se analizó, debatió y modificó el texto existente “pulgada por pulgada” con la finalidad de actualizar dicho cuerpo normativo a las corrientes internacionales más avanzadas sobre el tema.

Un segundo aspecto digno de aplaudir de la modificación consiste en que se trata de una adecuación local que sigue la sugerencia de un órgano internacional. Esto merece un momento de reflexión. México no está obligado a adoptar los textos de la CNUDMI, como tampoco está obligado a adoptar sus modificaciones. El que lo haga, y lo haga resistiendo la tentación de “adecuarlo a nuestro sistema”³⁹, es sintomático de que respeta el ejercicio y su resultado, y está consciente de los beneficios que acarrea.

³⁸ Una obra reciente, después de analizar toda la jurisprudencia y praxis mexicana, concluye que el arbitraje en México va por un magnífico camino (González de Cossío, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México D.F., Tercera Edición, pp. 1113-1114).

³⁹ Fuente de problemas diversos. Es impresionante la frecuencia con la que ocurre que, ante un texto internacional (por ejemplo, de la CNUDMI) que ha sido discutido, elaborado y pulido durante años por expertos de diferentes partes del mundo, se somete para su adopción como derecho local. Ante el mismo, un miembro del legislador local, después de estudiarlo el total de 6 minutos, determina que él sabe más que ese grupo de expertos, y lo ‘adecúa’ (por no decir, ‘mutila’) a sus paradigmas locales. (Con frecuencia el ejercicio es aludido como ‘tropicalización’.) El resultado: un cuerpo normativo comparable a una zebra con cabeza de jirafa y patas de hipopótamo. Si el lector piensa que exagero, invito a que analice la trayectoria de nuestro derecho de comercio electrónico, que supuestamente se inspiró en la ley modelo de la CNUDMI sobre el tema. Es ante este trasfondo que la modificación a derecho arbitral soslaya una virtud: la de entender el fenómeno descrito y deferir a las labores de la CNUDMI.

B.- Contenido

El nuevo régimen toma dos pasos, uno con respecto a cada especie de medida precautoria: judiciales y arbitrales.

i.- Medidas precautorias judiciales

Con respecto a las medidas judiciales, se adoptó el siguiente texto: "Artículo 1478.- El juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425".

Los méritos de dicho precepto son diversos. Primero, esclarece el régimen de medidas precautorias mediante el esclarecimiento de que el régimen que el juez está facultado a seguir no se ciñe a las medidas precautorias disponibles en los juicios mercantiles. Lo incluye, mas no se limita al mismo. Al darle "plena discreción" para adoptar las medidas en apoyo al arbitraje se reconoce que los procesos sofisticados (como los arbitrales) pueden requerir medidas precautorias sofisticadas; y las existentes en materia procesal (arraigo y embargo precautorio⁴⁰) simplemente eran insuficientes. Se quedaban cortas de las necesidades de los procesos arbitrales⁴¹, y del régimen comparado, que las contempla desde hace tiempo.

Gracias a la Reforma se ha esclarecido lo que algunos sugerían⁴²: que se entendiera que la limitante indicada se ceñía a juicios mercantiles bajo los primeros tres títulos del Libro Quinto del Código de Comercio. Cuando se trate de arbitraje, el juez nacional puede emitir otras medidas precautorias. ¿Cuáles? Las que considere adecuadas dadas las circunstancias de la disputa.

Para acabar de apuntalar lo anterior, la Reforma esclarece la vía en que puede solicitarse la medida precautoria en cuestión⁴³. La virtud de dicho paso se percibe si se

⁴⁰ Artículo 1171 del Código de Comercio.

⁴¹ Después de todo, en una disputa comercial, ¿de qué sirve arraigar a alguien?

⁴² González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, D.F., Primera Edición, 2004, p. 365.

⁴³ El proceso sumario regido por los Artículos 1472 a 1476 del Código de Comercio (Artículo 1470 del Código de Comercio) o por jurisdicción voluntaria en el caso de

considera que, en la única ocasión que se ha solicitado cooperación judicial conforme al Artículo 1444 del Código de Comercio, el juzgador negó asistencia razonando (*sic*) “que se ve imposibilitado pues dicha facultad no está regulada”. Si bien la *ratio* era incorrecta⁴⁴, el régimen actual esclarece el punto, evitando dejar cualquier duda al respecto.

El paso ya ha echado frutos. El primer semestre de 2011 atestiguó una cascada de medidas precautorias bajo el régimen descrito —tanto arbitral como judicial en apoyo a arbitrajes. Dada la litigiosidad de los casos y las implicaciones de medidas, los hechos generaron mucha experiencia y lecciones. A continuación se resumirán.

En mayo de 2011 se observó una medida precautoria *judicial* por un juez mexicano en apoyo a un arbitraje en vías de comenzar, que contenía una orden de continuar la relación contractual entre las partes⁴⁵ (lo que se conoce en jurisdicciones de *common law* como un *positive injunction to maintain status quo*) —algo nunca antes visto en México⁴⁶. En otro caso (junio de 2011) un juez emitió una medida precautoria que ordenó la suspensión de los efectos de una rescisión —conforme a un pacto comisorio expreso— ordenando a una de las partes a continuar pagando regalías bajo el contrato de franquicia aplicable mientras el arbitraje estaba en curso. Entre junio y agosto de 2011 se enderezaron dos amparos en dos casos diversos solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del Artículo 1478 y la inconstitucionalidad del acto basado en dicho precepto *inter*

desahogo de pruebas conforme al Artículo 1444 del Código de Comercio (Artículo 1466 del Código de Comercio).

⁴⁴ El juzgador podía adoptar una de dos soluciones. Primero, podía cooperar emitiendo la orden solicitada (que un tercero ajeno al arbitraje compareciera como testigo) citando como fundamento el Artículo 1425 únicamente. Segundo, podía citar como fundamento el Artículo 1425 y su derecho procesal aplicable (local o federal).

⁴⁵ Su contexto es una acción rescisoria de un contrato por incumplimiento grave del mismo. Mientras que la parte actora buscaba descontinuar la relación aún *pendente lite*, la parte demandada logró congelar medidas *de facto* (además de medidas legales) en vías de ser implementadas por la actora.

⁴⁶ Pues en México en materia procesal mercantil no existen órdenes de hacer o no hacer (*injunctions*).

alia en base a que⁴⁷ a) genera inseguridad jurídica y deja en estado de indefensión al establecer que los jueces cuentan con facultades omnímodas y absolutas para el dictado de medidas cautelares en los procedimientos de arbitraje comercial, y b) las medidas precautorias otorgadas excedían lo permitido por los Artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio.

Uno de los amparos se resolvió. Sostuvo que el acto reclamado no era inconstitucional, como tampoco lo es el Artículo 1478 del Código de Comercio.

Con respecto al primer argumento, aunque en opinión de algunos existe cierto apoyo jurisprudencial para el concepto de violación hecho valer⁴⁸, es de esperarse que se sostenga la constitucionalidad del precepto⁴⁹. El motivo: se trata de una norma que moderniza un régimen otrora acartonado. Como lo indicó el Juez de Distrito en el amparo que se resolvió: "...la razón que tuvo el legislador para no establecer taxativamente medidas cautelares en el Artículo 1425, no fue un descuido, ni la intención de remitir al intérprete al Artículo 1171, sino una clara intención de no limitar su procedencia, dada su importancia en el arbitraje comercial en el derecho nacional e internacional, dejando en libertad al juez para que, en su limitada pero trascendente participación en el procedimiento respectivo, pudiera dictar cualquier medida cautelar que tienda a satisfacer su propósito, que es, como se indicó, mantener de manera provisional, la

⁴⁷ Mientras que uno de los amparos fue contra ley, el otro fue contra el acto de emisión de la medida precautoria, y en su concepto de violación cuestionó la constitucionalidad del Artículo 1478 del Código de Comercio. Aunque con amplitud y palabras diversas, la esencia de la argumentación relevante es la que se resume.

⁴⁸ Las decisiones en que se basa versan sobre facultades de autoridades fiscales. Sostienen la necesidad que la norma que desea dar una facultad discrecional establezca un mínimo y un máximo de actos que, conforme a la misma, la autoridad puede implementar.

⁴⁹ Propondría que la aplicabilidad de los precedentes judiciales citados no se extienda a esta materia, no solo por ser diversas, sino también porque se exige más restricción de la materia fiscal, y porque se trata de una norma que permite actos de *molestia* (no de *disposición*) con miras a dar eficacia a procesos. (No abundo por rebasar el propósito de este ensayo.)

situación de hecho o de derecho existente garantizando las resultas de una sentencia ejecutoria. ...”

La *ratio* es tan atinada como plausible.

ii.- Medidas precautorias arbitrales

Con respecto a las medidas precautorias por tribunales arbitrales, se establecieron dos pasos. Primero, se hicieron ejecutables. Segundo, se estableció un régimen de responsabilidad.

a. Ejecutabilidad

La ejecutabilidad de las medidas precautorias arbitrales es un paso plausible y trascendente. Su plausibilidad deriva de que sacia la única debilidad de las medidas precautorias arbitrales (si se comparaban con las judiciales): su inejecutabilidad *de iure*, sólo *de facto*. Al respecto, el nuevo Artículo 1479 establece:

“Artículo 1479.- Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480.”

La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al juez de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

El juez ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el Tribunal Arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros”.

El precepto tiene la virtud de inspirarse en la modificación que la CNUDMI hizo en 2006 a la Ley Modelo.

Es de esperarse que el paso levante cejas. La utilización de fuerza pública estatal mexicana para ejecutar un paso inherentemente privado dará lugar a comentarios — especialmente de sus destinatarios. Postulo que el paso no es tan novedoso como podría pensarse a primera impresión. Piénsese por ejemplo en el pagaré: es un instrumento fruto de la voluntad de las partes que el Derecho Mexicano ejecuta⁵⁰ (y en forma sumaria, mediante un mecanismo que privilegia al acreedor). De hecho, la misma aseveración puede hacerse sobre el derecho contractual (gracias al principio de obligatoriedad). Toda proporción guardada, se trata de lo mismo. Si, por ejemplo, un nacional sueco elegido como árbitro en una controversia entre un chileno y un mexicano emite una orden de congelar una porción de cuentas bancarias de la entidad mexicana a efecto de evitar dilapidación de activos, aunque esté escrita en un español extraño, masticado, el juzgador mexicano debe darle efectos.

Una segunda cuestión que puede generar duda es el significado de la palabra “estado” contenida en el primer párrafo del Artículo 1479⁵¹: “Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480” (Énfasis añadido).

No faltará quien argumente que, al comenzar con la minúscula “e” —a diferencia de la mayúscula “E”—, la norma se refiere a una entidad federativa de la República Mexicana, mas no a un Estado extranjero. Y podría encontrar apoyo en el Artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, argumentando que la ejecución de la medida implica darle “entera fé y crédito” a la misma, lo cual sólo es

⁵⁰ Artículo 174 y 150 fracción II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LTOC).

⁵¹ Estoy en deuda con Dyalá Jiménez por sus observaciones sobre este punto. Cualquier error, es sin embargo, atribuible exclusivamente al autor.

permisible con respecto a actos provenientes de órganos de la federación, no extranjeros.

La interpretación sería errada. La interpretación correcta de la palabra “estado” en dicho precepto es que abarca cualquier jurisdicción —sea estadual o internacional. De hecho, es por ello que se utiliza la minúscula. Si se utilizara la mayúscula “E” se abriría la puerta a una interpretación más angosta. Después de todo, lingüística, política y legalmente, existe una diferencia entre “Estado” y “estado”. Y el segundo abarca más que el primero.

Sobre el régimen de ejecución, el Artículo 1479 del Código de Comercio establece que las medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales son judicialmente ejecutables, salvo ciertos casos (Artículo 1480 del Código de Comercio). A continuación se comentará el régimen, los motivos del paso, y cómo debe entenderse.

Respecto a los casos de excepción, el Artículo 1480 del Código de Comercio establece:

“Artículo 1480.- Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

I. Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al juez le consta que:

a) Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos a), b), c) o d) de la fracción I del artículo 1462, o b) No se ha cumplido la decisión del Tribunal Arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral, o c) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el Tribunal Arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó, o

II. Si el Juez resuelve que:

a) La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que el mismo juez decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin

modificar su contenido, o bien que b) Alguno de los motivos de denegación enunciados en la fracción II del artículo 1462 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.

Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen”.

El precepto se inspira en el régimen de ejecución de laudos arbitrales tanto bajo la Convención de Nueva York⁵² como bajo la Ley Modelo de la CNUDMI⁵³.

Permitir la ejecución judicial de medidas precautorias emitidas por Tribunales Arbitrales es tan fabuloso como vanguardista⁵⁴. Como se dijo, esta reforma “[s]itúa al Derecho arbitral mexicano como una jurisdicción avanzada. Pero no sólo eso, corrige la única desventaja de obtener medidas precautorias de tribunales arbitrales (en comparación con la alternativa: solicitarla del Juez Nacional): su incoercibilidad judicial. El paso hace que la elección de acudir al arbitraje sea aún más atractiva, pues las medidas que el Tribunal Arbitral emita no solo pueden ser más amplias en su contenido, sino también tan ejecutables como las obtenidas de un Juez Nacional”⁵⁵.

La modificación no aborda la cuestión de cómo debe ser emitida la medida precautoria. Y dado que se ejecutará, sería natural pensar que debería ser emitida como laudo. De

⁵² Artículo V de la Convención de Nueva York.

⁵³ Artículos 17H y 17I de la Ley Modelo de la CNUDMI.

⁵⁴ Artículos 1433 y 1479 del Código de Comercio.

⁵⁵ *Supra* pp. 7-8.

hecho, Tribunales Arbitrales diversos han tomado el paso de emitir medidas precautorias mediante laudo —y ocasionalmente han sido quemados en leña verde por puritanos. El motivo: siendo las medidas precautorias un instrumento de naturaleza *temporal*, parece inadecuado documentarlas en un instrumento que por definición es *final*: el laudo.

Mi respuesta a dichos puritanos es que *tienen razón, mas no toda la razón*. Dado que las órdenes procesales arbitrales no eran ejecutables, emitir una medida precautoria mediante dicho instrumento era más impecable en lo técnico, pero menos útil en lo práctico. El resultado: poco satisfará al acreedor saber que su medida precautoria es más teóricamente puntillosa, pero prácticamente ineficaz, particularmente al ver que el deudor toma medidas *de facto* para mermar la utilidad de las medidas que ha solicitado, y que no puede contrarrestar porque su tribunal arbitral se cegó por teoría.

Es ante lo anterior que se percibe la ventaja de la Reforma: nos permite ser más puritanos, sin sacrificios pragmáticos. Nos permite emitir medidas precautorias mediante órdenes procesales, sin restar su ejecutabilidad.

La fracción I(a) hace eco de las causales de nulidad y de no reconocimiento ni ejecución de laudos arbitrales. Ello fue un paso meditado por la CNUDMI cuyo propósito es permitir no ejecutar cuando en presencia de un 'problema grave' como el que haría que un laudo no sea ejecutado. Dado que dicho precepto tiene un bagaje interpretativo que en el caso mexicano ha sido afortunado, se sugiere que el mismo reciba eco en este contexto, y que no se modifique ni revise por versar sobre un acto diverso: una medida precautoria. No hay nada en este contexto que cambie el sentido jurídico del Artículo 1457(I) ni 1462(I) del Código de Comercio. El que verse sobre medidas precautorias no muda su contenido ni lo hace menos ni más estricto.

La fracción I(b) versa sobre caución. Sobre esto es importante recalcar que, contrario a la noción frecuentemente vista en nuestros derechos procesales, no siempre es

necesario contemplar una caución. Los riesgos propiciados por la medida cautelar pueden estar autocontenidos por el hecho que el Tribunal Arbitral tomará dicho factor en consideración cuando determine la distribución de costos en el arbitraje. Ante ello, la caución puede sobrar, y con frecuencia sobra. Luego entonces, si un juzgador mexicano recibe para ejecutar una medida cautelar carente de caución, se sugiere no preocuparse por ello. Simplemente proceder a ejecutar la misma.

Finalmente, el último párrafo del Artículo 1480 del Código de Comercio merece un comentario importante. Dice: "Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar."

El precepto es plausiblemente tautológico del principio que rige toda la relación entre el poder judicial y el arbitraje: *respeto del primero por el segundo y que las facultades del juez local vis-à-vis procedimientos arbitrales son excepcionales y de interpretación estricta*⁵⁶. El motivo por el que la repetición en este contexto es encomiable obedece a que contrarresta la natural tentación de un juzgador llamado a ejecutar la medida cautelar. Al hacerlo, debe tener presente que está cooperando con un tribunal que tiene pleno conocimiento de causa, y que si hizo u omitió algo, sus razones debe tener. Por ende, cualquier tentación que exista o solicitud que se le haga para tomar algún paso no previsto por la medida debe ser descartada.

b. Régimen de responsabilidad

En la recta final de la aprobación legislativa de la Reforma se incluyó lo siguiente: "De toda medida cautelar

⁵⁶ Artículo 1421 del Código de Comercio.

queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen”⁵⁷.

Para cualquiera que conozca, no sólo Derecho Arbitral, sino Derecho Procesal, los motivos por los que la disposición es errónea son evidentes. Con afán constructivo varios sondeamos la preocupación detrás del autor de la frase⁵⁸. La única respuesta fue “para evitar casos de abuso”. ¿Pero qué casos de abuso? Quienes nos dedicamos al arbitraje no percibimos que exista un ‘abuso’ en las medidas precautorias. Más aún, si es que ha existido alguna instancia de una mala medida precautoria⁵⁹ —algo que estoy dispuesto a suponer para efectos expositivos y argumentativos— la forma de manejar el ‘abuso’ ya está contenida en el régimen de la medida precautoria (que incluye un régimen de responsabilidad tanto de las partes como de los emisores). Y lo hace de una manera correcta y sofisticada —nutrida de experiencia local e internacional. Ante ello, añadir una regla de responsabilidad como se hizo⁶⁰ es el equivalente jurídico de remachar precipitadamente una maquinaria suiza cuidadosamente calibrada.

Se observa que algunos han sido críticos en extremo con respecto a este paso. Coincido en que el paso es un yerro, pero disiento del drama con el que se describen las consecuencias⁶¹. Para remediar el error, deseo hacer una

⁵⁷ Artículo 1480, último párrafo, del Código de Comercio.

⁵⁸ Los motivos y consecuencias del infortunio se comunicaron por diversas personas y organizaciones. No se obtuvo respuesta.

⁵⁹ Lo cual difícilmente podría tildarse de una tendencia. Se trataría en todo caso de una situación aislada. Una aberración. Entenderlo en forma distinta cometería el error lógico de generalizar a partir de la excepción.

⁶⁰ O —más bien— procuró hacer, pues en su aplicación la norma no tiene el efecto indicado. Los motivos fueron agudamente explicados en la sesión que organizó el Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, en febrero de 2011. Para conocerlos, puede acudir a *op. cit.*, *Arbitraje*, Tercera Edición, pp. 695 y ss.

⁶¹ En la sesión anual del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en Cartagena de Indias el 25 de agosto de 2011, tuve la suerte de intercambiar impresiones sobre esta cuestión con distintos expertos. Mientras yo tomé la postura que el paso era el ‘pelo en la sopa’ de la

doble propuesta. Primero, llevar el bisturí legislativo a dicho precepto y extirparlo, como se haría a un tumor incipiente. Segundo, interpretar dicho precepto como una norma *ex abundante cautela* que refiere el tema al régimen especial: *la responsabilidad civil subjetiva*. Mas no añade nada. Sólo engarza. Para ello, como toda acción de responsabilidad civil subjetiva, es necesario que se acrediten elementos diversos, uno de los cuales debe ser culpa o dolo. Y siguiendo el principio que no existe responsabilidad civil ante conducta *lícita* aunque dañina, el árbitro que dicta una medida precautoria no puede —por ese sólo hecho— ser responsable y obligado a indemnizar. El motivo: está cumpliendo su cometido. Un árbitro está encomendado a seguir un proceso en forma eficaz, lo cual puede (y en ocasiones *tiene* que) incluir la emisión de medidas precautorias que eviten un daño o permitan seguir un proceso adecuado, debe entenderse que dicho motivo elimina la posibilidad de que se acredite el extremo de culpa o dolo. El árbitro simplemente está efectuando su cometido. Para eso lo contrataron las partes.

Un comentario final es relevante. El tropiezo ha tenido resultados paradójicos. Si bien la primer reacción (local e internacional⁶²) del paso fue críticas, inclusive declaraciones extremas en el sentido que la herramienta había sido condenada a la muerte⁶³, en forma interesante, durante el primer semestre de 2011, este autor ha presenciado más medidas precautorias en arbitrajes (tanto arbitrales como judiciales en apoyo a arbitrajes) que en el último lustro (¡!). Y la variedad ha sido impresionante. Desde medidas provenientes de tribunales arbitrales, tribunales judiciales en apoyo al

reforma, un conocido experto mexicano tomó la postura que era mejor entendido como una ‘cucaracha en la sopa’. Creo que —aunque ingeniosa y chusca— la metáfora es exagerada. Y tal parece que la experiencia empieza a darme la razón: siguen solicitándose y emitiéndose medidas no obstante el riesgo adicional para los árbitros de emitirlos. Veremos qué nos depara el futuro.

⁶² Árbitros extranjeros reconocidos con casos en México manifestaron a este autor lamentación del paso, insinuándolo como un retroceso de derecho arbitral mexicano.

⁶³ Es interesante observar la facilidad con la que algunos arriban a conclusiones, no sólo lógicamente erradas, sino extremas.

arbitraje, e híbridas: solicitudes de medidas precautorias del suscrito como árbitro para regular efectos y lagunas de medidas precautorias *judiciales* relacionadas con relaciones jurídicas complejas. El que ello sea *producto* de la Reforma o *no obstante* la misma es objeto de debate —inclusive especulación. Si el lector me permite una laxitud lógica⁶⁴ tomaría la postura que el derecho y práctica arbitral son tan robustos que el error textual apuntado es insuficiente para arruinar una herramienta procesal de tal importancia. Los practicantes y abogados de arbitraje son lo suficientemente sofisticados como para dejarse engañar por el espejismo de dicho cambio textual⁶⁵.

V] Comentario final

Bertrand Russell tiene razón. Ante dispersidad de información, la conclusión a la que el intérprete arriba asoma aquello que quienes estudian cómo los individuos razonan llaman las “predisposiciones”: aquel bagaje que todos tenemos en el subconsciente. El sedimento intelectual que sirve de trasfondo (y con frecuencia fundamento verdadero) de las decisiones que tomamos, y que tanto influye en nuestro actuar.

Respetuosamente, quienes observan la reforma de Derecho Arbitral Mexicano del 27 de enero de 2011 y lo único que ven es el último párrafo, citándolo como fundamento de una mala calificación a la Reforma, asoman una predisposición negativa inmerecida. Me recuerdan a aquellas personas que se les invita a una elegante boda repleta de cortesías y delicias

⁶⁴ Pues admito que basar el comentario en *mi* experiencia podría ser estadísticamente cuestionable, o un caso de generalizar a partir de la excepción. Sin embargo, deseo permear que la apreciación es compartida por diversos expertos mexicanos con los que he discutido el punto.

⁶⁵ Incluso deseo transmitir que en un par de casos en los que el autor ha actuado como árbitro, tribunales arbitrales han emitido medidas precautorias (inclusive algunas venturosas) tomando plena conciencia de dicho precepto —y obviándolo. La *ratio* que prevaleció: los buenos árbitros no deben dejarse espantar por el precepto. Se lo deben a las partes que los designaron.

para, después de una velada maravillosa, reunirse y exclusivamente comentar que los meseros eran algo lentos en sus atenciones.

Mucho ganaríamos si fuéramos más serios en nuestras evaluaciones.

Iniciativas de anticorrupción en México y en el mundo

HUGO CUESTA LEAÑO¹

SUMARIO: I. *Convenciones, tratados y lineamientos internacionales en la lucha contra la corrupción.* II. *Legislaciones nacionales con alcance extraterritorial.* III. *Iniciativas anticorrupción en México.* IV. *Mejores prácticas internacionales para reducir la corrupción.* V. *Mejores prácticas de anticorrupción en México.* VI. *El caso Walmart.* VII. *Conclusiones.*

Resumen. La corrupción es un mal profundamente arraigado en nuestra sociedad. El objetivo del presente estudio es reconocer este problema social, así como su impacto negativo en nuestro país; igualmente pretende ponernos al tanto de los esfuerzos que se realizan a nivel internacional para erradicar este mal, analizando las principales iniciativas, tratados y leyes tanto nacionales como internacionales, diseñados para combatir la corrupción. La finalidad del artículo es también contribuir a la toma de conciencia del lector respecto a la gravedad del problema y a identificar la forma en que puede ser parte de la solución.

Palabras clave: corrupción, problema social, iniciativas, tratados, leyes.

Abstract. *Corruption is an evil deeply ingrained in our society. The purpose of this study is to acknowledge this social problem, as well as its negative impact in our country; likewise, it pretends to inform of the efforts being made at the*

¹Abogado especialista en Derecho Financiero y transacciones internacionales. Profesor de Deontología Jurídica en la Universidad Panamericana y conferencista en distintos foros internacionales. Correo electrónico: hcuesta@cuestacampos.com

international level to eradicate this evil, analyzing the main initiatives, treaties and laws, both national and international, designed to fight the corruption. The final goal of this article is also to help the reader become aware of the severity of the problem and to identify the way he/she can be part of the solution.

Keywords: corruption, social problem, initiatives, treaties, acts.

I] Convenciones, tratados y lineamientos internacionales en la lucha contra la corrupción

El impacto de la corrupción en el mundo ha sido devastador y ha dañado a lo largo de la historia a instituciones, regímenes, sistemas, economías, y sobre todo a individuos de diversos países.

Los datos que arrojan estudios serios de organismos internacionales como las Naciones Unidas y el Banco Mundial, respecto al impacto de la corrupción en distintos países, son muy preocupantes. De acuerdo a estos organismos, solamente en los países en desarrollo, se *pierden* por prácticas corruptas aproximadamente USD\$40 mil millones de dólares al año.²

La enorme secuela de estos *desvíos* en las economías de países en desarrollo podría ser la razón por la que Ban Ki-Mon Secretario General de la ONU considera que: *“Ni la paz, ni el desarrollo económico, ni los derechos humanos, pueden florecer en una atmósfera de corrupción, ya que ésta daña la habilidad de las naciones de prosperar y crecer”*.³

² Conferencia impartida por Yury Fedotov, Director ejecutivo de *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC). 09 de julio de 2012.

http://www.unodc.org/unodc/en/speeches/ecosoc-event_-turning-challenges-into-opportunities.html. Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2012.

³ Ban Ki-moon. *Peace, Development, Human Rights Cannot Flourish in Atmosphere of Corruption, Secretary-General Tells High-Level Panel on Accountability, Transparency.*

<http://www.un.org/News/Press/docs/2012/sgsm14407.doc.htm>. Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2012.

Además, según datos proporcionados por la *Economic and Social Council*, durante el 2011, la corrupción evitó que el 30% de la asistencia social para el desarrollo, llegara a su destino final, lo cual truncó diversos proyectos sociales que tenían por objeto la construcción de escuelas, hospitales e infraestructura en los países a que estaba destinada.

Podría parecer que el problema de la corrupción es un tema propio de los países en desarrollo, pero obviamente éste no es el caso. Según el Instituto del Banco Mundial, a nivel internacional, se estima que se pagan aproximadamente un billón de dólares al año en sobornos.⁴

El Banco Asiático de Desarrollo estima que la corrupción puede llegar a representar para un país (dependiendo del tamaño de sus economías) hasta un 17% de su producto interno bruto.

El organismo *Global Finance Integrity* estima que fueron extraídos del continente africano fondos de procedencia ilícita relacionados con actos de corrupción por una cantidad aproximada de USD\$1.8 billones de dólares en el período de 1970 al 2008.

Existen varios organismos internacionales dedicados a medir los niveles de corrupción en los distintos países, y entre ellos uno de los más reconocidos es la ONG denominada Transparencia Internacional.⁵

Transparencia Internacional (TI), es una organización no gubernamental dedicada a combatir la corrupción que aborda las diferentes facetas de ésta a nivel internacional.

Desde 1995, TI ha publicado el prestigiado índice de percepción de la corrupción, en el cual se califica a los países

⁴ *The World Bank. Six Questions on the Cost of Corruption with World Bank Institute Global Governance Director Daniel Kaufmann.*
<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:20190295~menuPK:34457~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>. Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2012.

⁵ *Global Financial Integrity.* www.gfintegrity.org. Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2012.

por su nivel de corrupción en sus sectores públicos, con base en el análisis realizado por expertos en distintos países.

De acuerdo a dicho barómetro global, los 5 países con el menor nivel de corrupción son Nueva Zelanda, Dinamarca, Finlandia, Suecia y Singapur. Dentro de los 5 países con un mayor nivel de corrupción se encuentran Afganistán, Myanmar, Corea del Norte y en el último lugar - no parece coincidencia - se encuentra el país más pobre del mundo que es Somalia.

Como dato interesante, de acuerdo a este organismo, Estados Unidos se encuentra en el lugar 19 de los países con un nivel menor de corrupción, y México ocupa el nada honroso lugar 105, de un total de 174 países incluidos en este estudio.

En Latinoamérica, Venezuela es percibido como el país más corrupto y se encuentra en el lugar 165 y Chile como el menos corrupto ocupa el lugar 20.⁶ En México, como parte de TI opera el capítulo de Transparencia Mexicana (TM), el cual es un organismo de la sociedad civil, que nace con la propuesta de colaborar con gobiernos establecidos en el combate a la corrupción. TM ha desarrollado mecanismos preventivos que contribuyen a reducir la corrupción, y en el mediano plazo a restaurar la confianza ciudadana en sus distintos órganos de gobierno.

Según datos del capítulo mexicano de TI, el porcentaje de personas que aceptaron haber pagado sobornos en México durante los años 2009 y 2010 oscila entre el 30% y el 49%, y a nivel sectorial, los partidos políticos y los servidores públicos con 79% y 69% respectivamente, son los principales sectores en los que se percibe un alarmante índice de corrupción.⁷ Es

⁶ *Transparency International. Corruption Perception Index 2012.*

<http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>. Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2012.

⁷ El Barómetro Global de la Corrupción de *Transparency International* (el Barómetro) es la encuesta multi-país con mayor cobertura sobre las experiencias y opiniones de corrupción del público en general y sobre sus perspectivas sobre dichas experiencias. En 2010, el Barómetro entrevistó a más de 91.500 personas de 86 países. De este modo, la encuesta se convirtió en la edición con mayor cobertura de esta iniciativa desde su lanzamiento en 2003. El Barómetro analiza las opiniones del público en general acerca de los niveles de corrupción en sus países y los esfuerzos que realizan

evidente que los efectos de la corrupción en México han sido nefastos y han tenido un serio impacto en el crecimiento del país, así como en la solidez y credibilidad de nuestras instituciones.

La toma de conciencia que a nivel mundial se ha venido logrando respecto a los daños que causa la corrupción y la trascendencia de poner los medios para reducir los niveles de corrupción a nivel mundial, ha sido un elemento común de discusión en diversos foros internacionales, y ha sido el detonador para la promulgación de una serie de leyes, decretos, convenciones y reglamentos internacionales con este propósito.

Entre los organismos internacionales que han jugado un papel importante en este tema, y que goza de gran reconocimiento internacional, ha sido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, mejor conocido por sus siglas en inglés como la *OECD (Organization for Economic Co-operation and Development)*.

Dentro de los tratados o convenciones más reconocidas en el combate a la corrupción a nivel internacional, se encuentra precisamente la Convención para el combate de a la corrupción de funcionarios públicos en transacciones comerciales internacionales de la *OECD*.

Desde mi punto de vista, ésta ha sido la convención de mayor trascendencia a nivel global, ya que establece estándares y lineamientos claros para penalizar la corrupción a funcionarios públicos extranjeros y sugiere medidas para perseguir este tipo de delitos. Esta convención requiere que los Estados miembros de la *OECD* (entre los que se encuentra México) adopten e implementen mecanismos en sus legislaciones internas, para prevenir, detectar y sancionar los pagos ilegales a funcionarios públicos extranjeros.

los respectivos gobiernos para combatir la corrupción. El Barómetro 2010 también sondea la frecuencia de los sobornos, las razones que dieron lugar al pago de estos y las actitudes observadas respecto de la denuncia de hechos de corrupción.

Asimismo, se puede decir que dicha convención ha servido como guía o modelo de distintos países (especialmente de sus 39 signatarios) para incorporar e implementar provisiones similares a las establecidas en dicha convención, en sus propias legislaciones.

Por su parte, la Organización de Estados Americanos (OAS por sus siglas en inglés) promulgó la Convención Interamericana contra la Corrupción (*ICAC*) el 29 de marzo de 1996, el cual es el primer instrumento legal internacional en relación a la corrupción. Al igual que la Convención de la *OECD*, reconociendo la escala a la que ha llegado la corrupción a nivel internacional, y como consecuencia, la urgente necesidad de llevar a cabo esfuerzos coordinados de cooperación entre los países para combatirla, la *ICAC* requiere a sus Estados miembros el establecer políticas públicas para promover y fortalecer los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

También requiere que se promueva, facilite y regule la cooperación entre los Estados miembros, y sugiere una serie de medidas preventivas, incluyendo:

1. Requerimientos para la penalización de actos específicos de corrupción, incluyendo la extradición.
2. La confiscación de productos o mercancía obtenida como resultado de actos corruptos.
3. Asistencia mutua técnica y legal entre los países miembros para combatir la corrupción.
4. Penalización de corrupción de funcionarios públicos extranjeros y de ganancias ilícitas.
5. Implementación de estándares de ética y de sistemas que desincentiven la corrupción.

El *ICAC* fue ratificado por México en 1997, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1998, y desde entonces se encuentra en vigor.

La Convención contra la Corrupción de la Organización de las Naciones Unidas (*UNCAC*) ha sido fundamental para la toma de acciones contra la corrupción a nivel global, estableciendo estándares y mecanismos para la cooperación

internacional, así como esfuerzos locales para combatir la corrupción.

La Convención es importante por sus disposiciones relativas a la asistencia legal mutua, la cual simplifica el proceso para la persecución de actos de corrupción en casos que involucra distintas jurisdicciones, y para la repatriación de fondos enviados al extranjero por funcionarios públicos corruptos.

En octubre del 2003, la UNCAC fue adoptada por la Asamblea General de la ONU y presentada para su firma el 9 de diciembre de ese mismo año (de hecho esta fecha se celebra el Día Internacional contra la Corrupción). Hasta el 2010, 140 Estados habían firmado la convención y 143 la habían ratificado. México la firmó en diciembre del 2003 y la ratificó en abril del 2004, asimismo fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de diciembre de 2005.

II] Legislaciones nacionales con alcance extraterritorial

1.- Foreign Corrupt Practices Act

Siguiendo los lineamientos marcados por las distintas Convenciones Internacionales que se han firmado, diversos países han llevado a cabo iniciativas propias en sus legislaciones locales para combatir la corrupción dentro de sus países.

Dentro de estas legislaciones destaca la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) adoptada por Estados Unidos de Norteamérica.

Con motivo de la relevancia que esta ley ha tenido en el ámbito internacional, y sobre todo por el gran impacto de su aplicación extraterritorial (que se discutirá con mayor detalle más adelante) que involucra a individuos y empresas norteamericanas haciendo negocios en cualquier parte del mundo, y a individuos y empresas de cualquier nacionalidad

que tengan un vínculo con Estados Unidos, considero relevante detenernos a hacer un breve análisis de esta ley, por las implicaciones que tiene con empresas e individuos en México.

La FCPA, es una ley federal promulgada en los Estados Unidos en 1997, en la que entre otras disposiciones, se incluye la prohibición de realizar pagos de sobornos a funcionarios públicos extranjeros y figuras políticas. En los últimos años, esta ley ha sido objeto de diversas modificaciones, que han ampliado no sólo su objeto, sino sobre todo su ámbito de aplicación.

En la FCPA se contemplan dos temas principales objeto de regulación: a.- Normas de anticorrupción (que son aplicadas por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, *DOJ*). b.- Normas contables (que son aplicadas por la *Securities and Exchange Commission, SEC*).

Por lo que se refiere a las normas contables, se prohíbe que las empresas e individuos sujetos a la *FCPA* realicen pagos de cualquier tipo que no se encuentren reflejados en sus libros contables. En otras palabras, para efectos de esta ley, no es necesario probar que se ha pagado un soborno, si no que el simple hecho de que el pago no haya sido debidamente registrado en los libros contables, es ya en sí para estos efectos una violación.

Para facilitar la comprensión del alcance y aplicación de la *FCPA*, estas reglas pueden ser de utilidad.

<i>¿En qué casos aplica?</i>	Aplica en los casos de sobornos pagados u ofrecidos a funcionarios públicos por parte de entidades o individuos sujetos al <i>FCPA</i> .
<i>Naturaleza o ventaja obtenida</i>	El objeto del soborno debe ser el obtener o mantener una relación comercial o ventaja competitiva.
<i>“Ofensa activa” vs. “Ofensa pasiva”</i>	Sólo el acto del pago y no el recibo o aceptación del mismo está penalizado.

<i>Permitidos bajo las leyes locales</i>	Existen opciones de defensa si el pago es legal bajo leyes escritas del país en que ocurra.
<i>¿A quién aplica?</i>	A compañías y ciudadanos norteamericanos; compañías extranjeras que coticen en las bolsas de valores en los Estados Unidos; a cualquier persona física o moral de cualquier nacionalidad actuando dentro de los Estados Unidos o vinculada de alguna forma con los Estados Unidos.
<i>Gastos de promoción</i>	Permite excepciones en el caso de gastos razonables y de buena fe directamente relacionados con la promoción de productos o servicios.
<i>Pagos de facilitación</i>	No constituyen violación, siempre que cumplan con ciertos requisitos (se explican más adelante.)
<i>Ejecución civil o penal</i>	El Departamento de Justicia y la <i>Securities and Exchange Commission</i> pueden iniciar acciones civiles y penales por violación al FCPA.
<i>Sanciones</i>	Por soborno: Personas físicas hasta 5 años de prisión y multas de hasta USD\$250,000.00; para entidades multas de hasta \$2 millones de dólares. Por violaciones contables: Personas físicas hasta 20 años de prisión y multas de hasta USD\$5,000,000.00, y para entidades penas de hasta USD\$25,000,000.00.

2.- Pagos de facilitación

La FCPA contiene algunas excepciones y alternativas de defensa relacionadas con pagos de facilitación (también conocidos como *grease payments* o pagos *aceitadores*). Se

consideran pagos de facilitación los hechos a funcionarios de niveles medio e inferior, para acelerar o asegurar la ejecución de acciones, servicios y funciones comunes y de rutina por parte de algún funcionario público. De acuerdo al FCPA, para que un pago se considere de facilitación debe de ser una contraprestación que se paga para obtener un servicio común. Ejemplos de este tipo de pagos son: expedición de constancias de documentos y servicios gubernamentales como la inspección de mercancías en aduana, expedición de visas, recibir servicios públicos, etc. Éstos generalmente son pagos menores realizados a funcionarios públicos de mediano y bajo nivel para acciones simples, y en las que no se requiere el ejercicio discrecional de las facultades de dichos funcionarios.

Es interesante que una ley como ésta no considere dicho tipo de pagos como una violación, y que tampoco establezca cantidades específicas para que dichos pagos se consideren de facilitación y no un soborno, ya que en la práctica, es evidente que existe una línea muy tenue entre un pago de facilitación y un soborno.

Parece que esta postura es un tanto inconsistente con las políticas de muchas empresas multinacionales que dentro de sus códigos de ética y políticas anticorrupción prohíben incluso los de pagos de facilitación.⁸

3.- Definiciones y agentes involucrados

El soborno se define como una contraprestación otorgada o prometida con la intención de corromper el comportamiento de una persona y el intento de obtener o retener negocios o una ventaja competitiva. Un soborno puede incluir ofertas de la siguiente índole: dinero, acciones, ofertas de empleo, asunción o perdón de deudas, favores personales o cualquier contraprestación similar. La mayoría de las leyes de

⁸ BIEGELMAN, T. Martub, BIEGELMAN, R. Daniel, *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook*, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2010, pp. 23 y ss.

anticorrupción a nivel mundial prohíben el ofrecimiento u otorgamiento, así como la aceptación y recepción de cualquier tipo de valor de forma directa o indirecta, sin embargo la *FCPA* solamente prohíbe el acto de ofrecer y otorgar un soborno, esto es al oferente o actor, más no prohíbe el acto de recibir o aceptar un soborno. Esto es relevante de forma especial para las empresas extranjeras que operan o hacen negocios en los Estados Unidos, ya que en caso de que se vean involucrados en actividades corruptas, de acuerdo a la *FCPA* será solamente el oferente quien se encuentre en violación de esta ley, y no quien recibe o acepta el soborno, a pesar de que quien lo haga sea un funcionario público norteamericano, quien en su caso, será sancionado por su involucramiento en actividades corruptas por otras leyes locales norteamericanas, mas no por la *FCPA*.

Es importante mencionar que cualquier oferta realizada por cualquier agente, intermediario, subsidiaria, distribuidor, empleado o licenciatario, que actúe en representación, o se encuentre directa o indirectamente relacionado con la empresa o persona que recibe un beneficio por un acto corrupto, se considera que dicho acto ha sido realizado por el beneficiario directo o indirecto del acto corrupto, y por lo tanto, es ésta solidariamente responsable por el acto de corrupción.

Esto quiere decir que cualquier práctica de corrupción que se realice utilizando intermediarios o agentes está prohibida por la *FCPA* y se considerara una violación a pesar de que no la haya llevado a cabo la empresa de forma directa, lo cual es relevante, ya que muchas empresas pueden utilizar a terceros para llevar a cabo actos de corrupción, lo cual no evita que se encuentren en violación de la *FCPA*.⁹

4.- ¿Es la *FCPA* ejecutable en México?

La respuesta sencilla a esta pregunta es: no. La *FCPA* no es ejecutable en México simplemente porque se trata de

⁹ *Idem*.

una ley norteamericana que aplican las autoridades de ese país (*Department of Justice* y *Securities and Exchange Commission*) y que sancionan en su país.

Y digo que la FCPA no es ejecutable en México, simplemente porque donde se ejecuta es en Estados Unidos, sin embargo, empresas o individuos mexicanos que tengan vínculos con los Estados Unidos están sujetos a la FCPA y a su aplicación en los Estados Unidos. De ahí la importancia de conocer esta ley y sus alcances, especialmente con base en la estrecha relación de diversas índoles que existe entre los Estados Unidos y entidades e individuos mexicanos.¹⁰

En 1998 se implementaron modificaciones importantes a la FCPA para imponer jurisdicción extraterritorial a las compañías norteamericanas y jurisdicción territorial para las compañías extranjeras con vínculos con los Estados Unidos, de tal forma que a partir de esa fecha, la aplicación extraterritorial de la FCPA se da en dos escenarios: a.- territorialidad (personas físicas o morales basadas, haciendo negocios o vinculadas de alguna forma con los Estados Unidos incluyendo sus subsidiarias en otros países); y b.- nacionalidad (personas físicas norteamericanas haciendo negocios en el extranjero). A las personas físicas o morales norteamericanas se les prohíbe llevar a cabo cualquier conducta corrupta que viole la FCPA en cualquier parte del mundo.

La aplicación extraterritorial de la FCPA por actos llevados a cabo por personas físicas o morales extranjeras fuera de los Estados Unidos, ha sido cuestionado en distintos foros legales internacionales, sobre todo por lo que se refiere a la naturaleza e intensidad del vínculo que debe existir entre estas personas con los Estados Unidos, para que sea justificable la aplicación extraterritorial de una ley local.

La realidad es que ya se han dado casos (y se esperan muchos más) de empresas de distintas nacionalidades y sus subsidiarias (algunas de ellas mexicanas) que se han visto en

¹⁰ Conferencia impartida por el autor ante el Overseas Security Advisory Council (OSAC) en la Embajada Norteamericana en México el 14 septiembre 2012.

violación de la *FCPA* entre las que se encuentran: *Siemens* (Alemania), *BAE Systems* (Reino Unido), *Snamprogetti Netherlands* (Italia/Holanda), *Technip SA* (Francia), *JGC Corp.* (Japón), *Daimler AG* (Alemania), *Alcatel-Lucent* (Francia), *Magyar/Deutsche Telekom* (Hungría/Alemania) y *Panalpina* (Suiza).

5.- ¿Quién está sujeto al *FCPA* en México?¹¹

a.- Cualquier empresa mexicana que cotice en la bolsa de valores de los Estados Unidos, así como cualquier funcionario, director o empleado tercero o agente de dicha entidad o cualquier accionista actuando a nombre de la sociedad a quienes les está igualmente prohibido utilizar cualquier mecanismo y/o método en o de los Estados Unidos para llevar a cabo actividades de soborno y corrupción en cualquier parte del mundo. Como ejemplo las compañías listadas en el *New York Stock Exchange* estarán sujetas a la *FCPA* a pesar de que sus domicilios y el lugar de sus negocios se encuentren en otros países. A la fecha existen 18 empresas mexicanas que cotizan en la Bolsa de Valores de Estados Unidos, entre ellas destacan: *Cemex, S.A.B. de C.V.*, *Grupo Televisa, S.A. B.*, *Coca Cola FEMSA, S.A.B. de C.V.*, *Teléfonos de México, S.A.B. de C.V.* y *Gruma, S.A.B. de C.V.*

Adicionalmente, aproximadamente 2,000 empresas extranjeras en distintas industrias que cotizan en la bolsa norteamericana de valores.¹²

Las compañías e individuos mexicanos pueden también estar sujetos a la aplicación del *FCPA* por utilizar, para el pago de actos de corrupción en cualquier parte del mundo,

¹¹ Conferencia impartida por el autor en New Orleans en abril del 2012, organizado por *Meritas Law Firms Worldwide*

¹² Banco de Nueva York Mellon's American Depositary Receipts Directorio. www.adrbnymellon.com/dr_directory.jsp, basado en las siguientes bolsas de valores: NASDAQ, Bolsa de Valores de Nueva York, NYSE Amex, OTC, OTCQX, y PORTAL. Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2012.

transferencias de fondos entre bancos que involucren a bancos norteamericanos.¹³

Es quizás el caso más conocido de aplicación extraterritorial de la FCPA a empresas extranjeras (además del reciente caso de la investigación a *Walmart*) la SEC y el DOJ acusaron a *Siemens AG* y tres de sus filiales por violación a la FCPA - *Siemens Argentina*, *Siemens Venezuela* y *Siemens Bangladesh*- resultando en cargos en su contra por más de USD\$800,000.00. *Siemens AG* cotiza valores en las bolsas de los Estados Unidos, por lo cual encuadra claramente dentro del concepto de territorialidad y, por lo tanto, del alcance jurisdiccional de la aplicación de la FCPA, pero sus tres filiales referidas, son empresas extranjeras con sede en otros países y que no tenían operaciones en los Estados Unidos. Sin embargo, el gobierno norteamericano, estableció jurisdicción sobre las subsidiarias extranjeras de *Siemens AG*, en parte porque las cuentas bancarias que fueron utilizadas por dichas subsidiarias para facilitar los pagos indebidos eran de bancos norteamericanos.

b.- Persona físicas o morales mexicanas que realicen negocios en los Estados Unidos o que tengan un vínculo con dicho país, quienes en los términos de la FCPA, tienen prohibido utilizar cualquier mecanismo o instrumento norteamericano o de llevar a cabo cualquier otra actividad, oferta, pago o promesa de pago con fines corruptos a cualquier funcionario extranjero. Por lo tanto, la responsabilidad dentro de la FCPA no termina con personas o empresas norteamericanas o empresas que coticen en las bolsas norteamericanas de valores, sino también incluye a personas físicas o morales de cualquier nacionalidad que lleven a cabo cualquier acción ya sea dentro de los Estados Unidos o que utilice algún mecanismo, instrumento o institución norteamericana para la realización de acciones corruptas o

¹³ WOLFE, Mauro M., *Does the US Government have limitless jurisdiction enforcing the FCPA?* Martindale Legal Library, Criminal Section, May 10, 2010. http://www.martindale.com/international-trade-law/article_Dickstein-Shapiro-LLP_1055878.htm. Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2012.

para el pago de sobornos a funcionarios públicos de cualquier país.

c.- Cualquier sociedad norteamericana y sus subsidiarias mexicanas que se encuentren haciendo negocios en México.

Estas disposiciones incluyen a subsidiarias mexicanas de empresas norteamericanas, así como a sus funcionarios, directores, empleados y terceros (independientemente de su nacionalidad).¹⁴

d.- Terceros o agentes que actúen en nombre o representación de cualquiera de las entidades anteriores.

Es importante señalar, que existe una gran cantidad de empresas o individuos mexicanos que se encuentran en los supuestos anteriores, y sin saberlo están sujetos a la aplicación de la FCPA.

El impacto de la aplicación extraterritorial de la FCPA en México, puede tener enormes alcances, especialmente en un país como el nuestro, que tiene una estrecha relación comercial, diplomática, económica y de muchas otras índoles con los Estados Unidos, y en el que se dan a diario una gran cantidad de transacciones financieras entre ambos países.

Como ya se mencionó, la aplicación extraterritorial de la FCPA ha sido objeto de múltiples debates en foros de abogados a nivel internacional; sin embargo, independientemente de lo cuestionable de su aplicación extraterritorial, en la práctica ha sido evidente el impacto positivo que dicha ley ha tenido en la transparencia de las prácticas comerciales de empresas tanto norteamericanas

¹⁴ *Pride International* (Pride) firmó un acuerdo de enjuiciamiento diferido con el Departamento de Justicia para resolver acusaciones de que tres de las filiales de Pride, con sede en México, Venezuela y la India, elaboraron registros falsos para disfrazar pagos de sobornos a oficiales gubernamentales no americanos por sus empleados en el extranjero. Mientras que las acciones fueron tomadas esencialmente por las subsidiarias extranjeras, los registros falsificados fueron consolidados en el informe anual de Pride. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la empresa acordaron concluir con las investigaciones de soborno y pagar más de \$156 millones de dólares en multas. Disponible en: <http://www.justice.gov/opa/pr/2010/November/10-crm-1251.html>. Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2012.

como de diversas nacionalidades que tienen relación con los Estados Unidos, y en la reducción de prácticas corruptas y pagos de sobornos en las operaciones comerciales internacionales que tales empresas llevan a cabo en distintos países.

6.- *UK Bribery Act*

La *UK Bribery Act* es una ley del Reino Unido que fue presentada por la Reina ante el Parlamento Británico el 18 de noviembre del 2009 y fue aprobada el 8 de abril del 2010.

La ley aplica a cualquier persona o empresa haciendo negocios en el Reino Unido, sin embargo, considerando que el Reino Unido es un mercado importante para muchas empresas multinacionales que tienen relaciones comerciales, de negocios o financieras, o que cuentan con subsidiarias y oficinas en Londres, el impacto de la aplicación de la *UK Bribery Act* puede darse fuera del Reino Unido, ya que dichas empresas o individuos, al tener un vínculo con el Reino Unido, estarían sujetas a la aplicación de la *UK Bribery Act*.

El alcance de esta legislación incluye a las compañías, entidades e individuos con base en Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, así como a compañías extranjeras e individuos que realicen negocios en el Reino Unido. Tiene un alcance global ya que aplica por actos u omisiones que ocurran en cualquier parte del mundo y que involucren a las personas y compañías anteriormente mencionadas.

Se puede estar sujeto a la *UK Bribery Act* sólo por el hecho de que uno de los empleados, proveedores o clientes que esté involucrado en el acto de corrupción, resida o trabaje en Inglaterra, Escocia, Gales o Irlanda del Norte, o por tener un vínculo comercial con dichos países. Por ejemplo, una compañía que venda productos o servicios en línea que envía una orden de compra al Reino Unido, se considera que está haciendo negocios en esa jurisdicción y, por tanto, se toma como causal suficiente para estar sujeto a dicha ley.

El alcance de la *UK Bribery Act* es mucho más amplio que su equivalente norteamericano *FCPA*, ya que para caer en violación de la *UK Bribery Act*, no necesariamente debe de estar involucrado un funcionario público, puesto que transacciones meramente privadas pueden ser violatorias del *UK Bribery Act*.

Esto quiere decir que un acto de soborno cometido por una empresa privada con otra empresa privada para tener un trato preferencial en una relación comercial, se considera una violación de la *UK Bribery Act*.

El hecho de que esta Ley aplique también en operaciones comerciales y de negocios entre empresas privadas, me parece un gran acierto, ya que una iniciativa como ésta puede ser muy útil para reducir substancialmente los niveles de corrupción de las empresas e individuos que tengan relación con el Reino Unido, y fomenta que sus prácticas comerciales y de negocios (independientemente de si se encuentra involucrado o no un funcionario público) sean transparentes y consistentes con las leyes, reglamentos, políticas y mejores prácticas en materia de anticorrupción en los actos comercio y los negocios en general.

Otra peculiaridad de esta Ley, es que también considera un acto violatorio a la misma la falta de prevención de un acto de corrupción, lo cual en sí mismo se considera una violación.

En el caso de que el acto de corrupción involucre a un funcionario público de cualquier país, se impone una sanción adicional a aquella que se aplicaría si solamente se tratara de un soborno en la iniciativa privada, ya que el involucramiento de un funcionario público se considera una circunstancia agravante.

El hecho de que las personas físicas o morales o sus representantes desconozcan estar sujetas a la *UK Bribery Act* no los exime de su cumplimiento.

Las sanciones que impone esta Ley a quienes violen sus preceptos, son para los individuos de hasta 10 años de prisión y multas por cantidades ilimitadas (no se establece un límite

máximo de las penalidades) y para personas morales, multas por cantidades ilimitadas de acuerdo a la naturaleza de la ofensa.

Las multas que resultan de violaciones de la *UK Bribery Act* son potencialmente ilimitadas, ya que no se establecen límites máximos, y las multas que se pueden llegar a imponer pueden ser incluso superiores al monto mismo de la operación comercial en que haya ocurrido el acto de corrupción violatorio de esta Ley.

III] Iniciativas anticorrupción en México

Es evidente que en nuestro país el problema de la corrupción es muy serio, y es lamentable presenciar cómo su influencia se ha introducido en nuestra cultura y la forma en que su práctica se encuentra arraigada en nuestro sistema.

Sin embargo, hay claros indicios de que cada vez más sectores de nuestra sociedad han comenzado a tomar consciencia del enorme daño que la corrupción nos causa como país, la importancia de reducir y, eventualmente, de erradicar este grave problema.

Una condición fundamental para el éxito de los cambios estructurales por los que atraviesa la gestión pública en México, es sin duda el combate frontal de la corrupción.

En este sentido el Presidente Lic. Enrique Peña Nieto, ha comunicado recientemente su iniciativa de crear un Órgano Nacional de Anticorrupción y de ampliar las facultades al Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), como algunas de sus primeras iniciativas.

De igual forma, en los últimos meses se han publicado algunas leyes que pueden llegar a ser muy útiles en estos esfuerzos. Me refiero a la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas (LFACP), y a la Ley para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LPIORPI).

1.- La Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas

La recientemente publicada LFACP, también conocida como *Ley Anticorrupción*, pretende regular la actividad del sector privado en su participación en procesos de contratación pública a nivel federal en México (donde se vean involucradas, directa y/o indirectamente personas físicas y/o morales extranjeras y/o mexicanas) y en el extranjero (donde se vean involucradas, directa y/o indirectamente personas físicas o morales mexicanas). Es importante destacar que la LFACP aplica en (i) los procesos de contratación federales (ii) en actos o procedimientos relacionados con el proceso de contratación pública en donde se otorguen permisos y/o concesiones de carácter federal o sus correspondientes prórrogas, (iii) cualquier autorización y trámite relacionados con el proceso de contratación pública, y (iv) licitaciones estatales en donde intervengan recursos federales.

Ahora bien, derivado de la lectura de la definiciones que la propia LFACP le atribuye a las *transacciones comerciales internacionales*¹⁵ y a los *servidores públicos extranjeros*¹⁶ existen elementos para asumir que tratándose de nacionales mexicanos (personas físicas y/o morales) participando directa y/o indirectamente en licitaciones en el extranjero, la LFACP será igualmente aplicable.

¹⁵ *Transacciones comerciales internacionales*: Los actos y procedimientos relacionados con la contratación, ejecución y cumplimiento de contratos en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios de cualquier naturaleza, obra pública y servicios relacionados con la misma; los actos y procedimientos relativos al otorgamiento y prórroga de permisos o concesiones, así como cualquier otra autorización o trámite relacionados con dichas transacciones, que lleve a cabo cualquier organismo u organización públicos de un Estado extranjero o que involucre la participación de un servidor público extranjero y en cuyo desarrollo participen, de manera directa o indirecta, personas físicas o morales de nacionalidad mexicana. (Artículo 3, Fracción XVI).

¹⁶ *Servidor público extranjero*: Toda persona que ostente u ocupe un empleo, cargo o comisión público considerado así por la ley extranjera respectiva, en los órganos legislativo, ejecutivo o judicial de un Estado extranjero, incluyendo las agencias o empresas públicas, en cualquier orden o nivel de gobierno, así como en cualquier organismo u organización pública internacionales. (Artículo 3, Fracción XV).

Respecto a las personas que se encuentran sujetas a la LFACP, el artículo 2 de la misma señala a las siguientes:

- a. Las personas físicas o morales, de nacionalidad mexicana o extranjeras, que participen en las contrataciones públicas de carácter federal, en su calidad de interesados, licitantes, invitados, proveedores, adjudicados, contratistas, permisionarios, concesionarios o análogos.
- b. Las personas físicas o morales, de nacionalidad mexicana o extranjeras, que en su calidad de accionistas, socios, asociados, representantes, mandantes o mandatarios, apoderados, comisionistas, agentes, gestores, asesores, consultores, subcontratistas, empleados o que con cualquier otro carácter intervengan en las contrataciones públicas materia de la presente LFACP a nombre, por cuenta o en interés de las personas a que se refiere la fracción anterior.
- c. Las personas físicas o morales de nacionalidad mexicana que participen, de manera directa o indirecta, en el desarrollo de transacciones comerciales internacionales en los términos previstos en la presente LFACP.
- d. Los servidores públicos que participen, directa o indirectamente, en las contrataciones públicas de carácter federal, quienes estarán sujetos a responsabilidad en términos del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De lo anterior, observamos que el inciso (b) señala que *los "...mandatarios, apoderados... asesores,... o que con cualquier otro carácter que intervengan en las contrataciones públicas en materia de la presente Ley a nombre, por cuenta o interés de las personas a que se refiere la fracción anterior"*, lo cual supone un tema delicado y una responsabilidad sin precedentes para los representantes de las empresas en los procesos de licitación, y considerando que en la mayoría de los casos, dichos representantes son abogados. Esto implica que

los abogados o representantes que participan regularmente en procesos de esta índole, deberán asegurarse de que sus clientes sean transparentes y que cumplan con los requisitos propios de la licitación y que los procesos se lleven conforme a derecho.

Por otra parte, el catálogo de actividades que la Ley señala como ilícitas es bastante amplio debido al alcance de las siete fracciones que comprende el artículo 8 de la LFACP.¹⁷ Los elementos básicos que integran los supuestos de la LFACP son: que una persona física o moral, prometa, ofrezca o entregue dinero o cualquier otra dádiva, directa o indirectamente, a cambio de acciones u omisiones con el propósito de obtener ventajas o beneficio indebidos en el proceso de contratación pública federal, independientemente de la aceptación o recepción de la dádiva o del resultado.

Un tema que consideramos que esta LFACP no puntualizó claramente y que debió hacerlo es el referente al cabildeo o *lobbying*, el cual ocurre con frecuencia en este tipo de procesos, y pudiera llegar a ser cuestionable cuando influye

¹⁷ Principales fracciones del Artículo 8. Cualquiera de los sujetos a que se refieren las fracciones I y II del Artículo 2 de esta Ley, incurrirá en responsabilidad cuando en las contrataciones públicas de carácter federal, directa o indirectamente, realice alguna o algunas de las infracciones que se listan en el referido artículo, y que incluyen entre otras:

I. Prometa, ofrezca o entregue dinero o cualquier otra dádiva a un servidor público o a un tercero, a cambio de que dicho servidor público realice o se abstenga de realizar un acto relacionado con sus funciones o con las de otro servidor público, con el propósito de obtener o mantener un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación o recepción del dinero o de la dádiva o del resultado obtenido.

Se incurrirá asimismo en responsabilidad, cuando la promesa u ofrecimiento de dinero o cualquier dádiva se haga a un tercero, que de cualquier forma intervenga en el diseño o elaboración de la convocatoria de licitación pública o de cualquier otro acto relacionado con el procedimiento de contratación pública de carácter federal;

II. Ejecute con uno o más sujetos a que se refiere el Artículo 2 de esta Ley, acciones que impliquen o tengan por objeto o efecto obtener un beneficio o ventaja indebida en las contrataciones públicas de carácter federal;

III. Realice actos u omisiones que tengan por objeto o efecto participar en contrataciones públicas de carácter federal, no obstante que por disposición de ley o resolución administrativa se encuentre impedido para ello;

en el resultado de la licitación, mediante la obtención de ventajas indebidas o que limitan la libre competencia.

En cuanto al proceso por el cual se impondrán sanciones derivadas de incumplimientos a este ordenamiento, la propia LFACP hace mención en su capítulo cuarto de un Proceso Administrativo Sancionador, el cual deberá ir precedido en todo momento por una etapa de investigación.

Sobre este último punto e independientemente del tema sobre el valor probatorio que tienen las denuncias anónimas,¹⁸ actualmente la Secretaría de la Función Pública tiene destinado el llamado Espacio de Control Ciudadano, disponible en la propia Secretaría, por teléfono o vía correspondencia, o correo electrónico para denunciar este tipo de actividades.¹⁹ Sin embargo, será muy importante enterarnos en manos de qué organismo público quedará en definitiva este encargo de recibir las denuncias debido a la iniciativa presentada por el presidente constitucional, el Lic. Enrique Peña Nieto, respecto de una reforma en materia de

¹⁸ La denuncia anónima, al no cumplir con los requisitos legales propios de la denuncia formal, como lo son la identidad y firma del denunciante, sólo se traduce en la *noticia* de un evento presumiblemente delictuoso, cuya única finalidad es impulsar al Ministerio Público para que investigue ese hecho. En consecuencia, si la denuncia anónima no es un hecho cierto ni confiable, es decir, no es un elemento procesal perfeccionado y útil para valorar y llegar a otros hechos desconocidos, resulta inconcuso que no tiene valor probatorio de indicio para integrar la prueba circunstancial plena a que alude el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales. Véase Jurisprudencia DENUNCIA ANÓNIMA. NO TIENE VALOR PROBATORIO DE INDICIO PARA INTEGRAR LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL PLENA. Contradicción de tesis 150/2008-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito. 11 de marzo de 2009. Mayoría de tres votos. Disidentes: Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Selina Haidé Avante Juárez. Tesis de jurisprudencia 38/2009. Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de fecha dieciocho de marzo de dos mil nueve. Jurisprudencia, 1a./J. 38/2009, Semanario de la Suprema Corte de Justicia y su Gaceta, novena época, primera sala, XXX, julio 2009.

¹⁹ Para mayor información véase

<http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/contacto/denuncia.html>.

anticorrupción en la que entre otras cosas se pretende desaparecer a la Secretaría de la Función Pública.²⁰

Bajo la LFACP todos los servidores públicos tienen la obligación de denunciar por escrito las acciones de que tengan conocimiento y que sean contrarias a la ley. En caso de incumplimiento de lo anterior, el servidor público correspondiente deberá ser sancionado conforme a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Respecto a las sanciones, la LFACP distingue entre personas físicas y morales. Tratándose de personas físicas que sean sancionadas de conformidad con la LFACP podrán hacerse acreedoras a una multa de entre \$62,330.00 y \$3,116,500.00, con posibilidad de aumentar hasta en un 50% cuando el beneficio del infractor hubiese sido superior a la multa máxima, así como la inhabilitación a participar en contrataciones públicas de carácter federal hasta por 8 años. En cuanto a las personas morales, éstas pueden ser sancionadas con multa de entre \$623,300.00 y \$124'660,000.00, con posibilidad de aumentar hasta en un 50% cuando el beneficio del infractor hubiese sido superior a la multa máxima, así como inhabilitación para participar en contrataciones públicas de carácter federal por hasta 10 años.

Las multas señaladas en el párrafo anterior, podrán ser susceptibles de reducción cuando la persona responsable confiese su responsabilidad en la realización del acto o infracción. La reducción será de entre un 50% a un 70% si aún no se ha notificado al presunto infractor del inicio de algún procedimiento administrativo de sanción, o una reducción de hasta un 50% cuando el procedimiento de sanción ya hubiese sido iniciado y la confesión de responsabilidad se realice dentro de los 15 días hábiles siguientes al inicio del mismo.

Se considera que la entrada en vigor de esta ley es un gran avance para la transparencia en las contrataciones

²⁰ Actualmente se encuentra en discusión y polémica la posible desaparición de la Secretaría de la Función Pública cuyas funciones serían asumidas por la Comisión Nacional Anticorrupción.

públicas y que permitirá a muchas empresas, tanto nacionales como extranjeras, el participar en licitaciones públicas federales como mayor certidumbre y con igualdad de condiciones con los demás participantes.

2.- Ley para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LPIORPI)

La Ley para la Prevención e Identificación de Operaciones con recursos de Procedencia Ilícita publicada el 17 de octubre de 2012 pretende ser un instrumento que apoye a detectar y prevenir operaciones financieras sospechosas y que involucren recursos de procedencia ilícita. Según la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público desde septiembre de 2011 a octubre de 2012 se recibieron 39,941 reportes de operaciones *inusuales* en el sistema financiero del país, situación que ha puesto en alerta a las autoridades mexicanas y a las extranjeras.

La *Ley Antilavado*, como se le conoce a la LPIORPI, busca la cooperación de todos los actores del sistema financiero y la práctica profesional de prestadores de servicios profesionales (incluyendo a los abogados). El Artículo 17 de la LPIORPI establece los casos específicos y los montos por los que se estará obligado a dar aviso a la nueva Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de posibles *actividades vulnerables* (como define la LPIORPI a actividades potencialmente ilícitas).

Para el caso específico de la práctica profesional de los abogados en México, el cumplimiento de esta ley representa un reto particularmente importante respecto al manejo de la confidencialidad de información que los abogados reciben de sus clientes, y respecto a la definición de los asuntos y operaciones a reportar y la forma de hacerlo. Para efecto de dar cumplimiento a lo dispuesto por esta ley, es importante tomar en consideración los siguientes puntos:

- a. Los abogados deberán mantener un registro, dar aviso, sin importar el monto, de las operaciones de sus

clientes que involucren: compraventa de inmuebles, cesión de derechos sobre inmuebles, administración y manejo de recursos, valores o cualquier otro activo de sus clientes, el manejo de cuentas bancarias, de ahorro o de valores, la organización de aportaciones a capital o cualquier otro tipo de recursos para la constitución, operación y administración de sociedades mercantiles, la constitución, escisión, fusión, operación y administración de personas morales o vehículos corporativos, incluido el fideicomiso y la compraventa de entidades mercantiles. Además, deberá presentarse aviso cuando el asesor lleve a cabo en representación de su cliente alguna operación financiera relacionada con las operaciones anteriormente señaladas.

- b. Tomar en consideración que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no sancionará al infractor que omitió la presentación de un aviso (recordemos que el titular de la Unidad Especializada en Análisis Financiero tendrá el carácter de Agente del Ministerio Público de la Federación) en caso de que se trate de la primera infracción y siempre y cuando se realice el reconocimiento expreso de la falta en la que incurrió el infractor de forma espontánea.
- c. Incluir en contratos de confidencialidad entre los asesores legales y sus clientes el reconocimiento de la obligación de cumplir con las disposiciones de la LPIORPI y de divulgar información relacionada con Actividades Vulnerables. La LPIORPI establece claramente que la divulgación de información respecto de Actividades Vulnerables a través de los Avisos no representa una violación a obligaciones de confidencialidad o secreto legal, profesional, fiscal, bancario, fiduciario o cualquier otro (lo cual puede resultar cuestionable ya que el carácter de confidencialidad de la información no lo puede determinar la LPIORPI).

- d. Tratándose de fedatarios públicos, el no presentar los Avisos que la LPIORPI les exige pudiera derivar en una cesación de su encargo y en la revocación de su patente en caso de los Notarios Públicos y la cancelación definitiva de la habilitación en caso de los Corredores Públicos.
- e. Todas las actividades que lleven a cabo las Entidades Financieras son consideradas como Actividades Vulnerables.

La aplicación práctica de la Ley Antilavado implica retos importantes, tanto para las Autoridades, como para los profesionistas y funcionarios sujetos a la obligación de presentar los avisos y proporcionar la información que esta Ley les exige, e incluso plantea una serie de cuestionamientos que se espera sean aclarados cuando se publique el Reglamento de dicha Ley, por lo que es necesario conocerla a detalle, para no incurrir en violaciones y en su oportunidad, previo a la entrada en vigor de dicha Ley (contemplada para julio del 2013), tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones de esta nueva ley.

3.- Otras leyes mexicanas

Además de las recientemente publicadas LFACP y LPIORPI, la legislación mexicana contempla otros códigos, leyes y reglamentos, que contienen diversas disposiciones que imponen sanciones a quienes realizan actos de corrupción.

Entre las más destacadas se encuentran:

a.- El Código Penal Federal dentro de sus Artículos 222 y 222 bis, así como los artículos correlativos de los códigos penales de los Estados de la República, regulan el delito de *cohecho*, que consiste en el hecho de ofrecer, solicitar y/o recibir dinero o cualquiera otra dádiva, u ofrecer o aceptar una promesa, para que un funcionario público haga o deje de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

De conformidad con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se requiere de la aceptación

del servidor o funcionario público del dinero, dádiva u oferta para que se presente el tipo penal; además, para la configuración del delito, es necesario probar que la dádiva o el dinero fue entregado u ofrecido al servidor público, y que el propósito por el cual se entregó el mismo va relacionado con las atribuciones con las que el servidor público cuenta.²¹

De conformidad con lo anterior, el delito de cohecho puede ser cometido por: i) un funcionario público, cuando solicite o reciba para sí o para otro, dinero o dádivas, o ii) cuando una persona de manera espontánea entregue u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a un funcionario público o persona relacionada a éste, para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.

El delito de cohecho aplica de igual forma a aquellas personas que ofrezcan, prometan o den, por sí o por interpósita persona, dinero o cualquiera otra dádiva a un servidor público extranjero, con el propósito de obtener o retener para sí o para otra persona ventajas indebidas en el desarrollo o conducción de transacciones comerciales internacionales, ya sea: i) para que dicho servidor público gestione o se abstenga de gestionar la tramitación o resolución de asuntos relacionados con las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión, o ii) para que dicho servidor público lleve a cabo la tramitación o resolución de cualquier asunto que se encuentre fuera del ámbito de las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión.

Para efectos de este Código, se entiende como servidor público extranjero a "toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en el poder legislativo, ejecutivo o judicial o en un órgano público autónomo en cualquier orden o nivel de gobierno de un Estado extranjero, sea designado o electo; cualquier persona en ejercicio de una función para una autoridad, organismo o empresa pública o de participación

²¹ SCJN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Jurisprudencia, 9a. Época, 1a. Sala, México, diciembre de 2001, Tomo XIV, p. 7.

estatal de un país extranjero; y cualquier funcionario o agente de un organismo u organización pública internacional”.²²

En cuanto a las sanciones, el Código Penal Federal establece las siguientes: i) cuando la cantidad o el valor de la dádiva o promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, de treinta a trescientos días multa y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, o ii) cuando la cantidad o el valor de la dádiva, promesa o prestación exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión, de trescientos a mil días multa y destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

b.- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Con relación a los servidores públicos, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, regula de igual forma las conductas que se relacionen con actos corruptos en el cumplimiento de las funciones que les fueron conferidas o sobre los que tiene injerencia.

Esta ley en su Artículo 88 establece la prohibición de cualquier funcionario público de solicitar, aceptar o recibir por sí, o a través de otra persona, dinero o cualquier otra donación, servicio, empleo, cargo o comisión durante el tiempo que dicho servidor público se encuentre en funciones, o durante un año después a que se haya terminado su cargo, por parte de cualquier persona cuyas actividades (ya sean profesionales, comerciales o industriales) se encuentren vinculadas, reguladas o supervidas por el servidor público correspondiente, que resulte en un conflicto de intereses.

Respecto a lo anterior, la ley establece una excepción

²² SCJN. *Leyes Federales, Código Penal Federal*. Artículo 221 bis.
<http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/>. Consulta: 13 de diciembre de 2012.

en cuanto a los montos que un servidor público puede llegar a recibir de una misma persona, ya sea física o moral, durante un año para no estar sujeto a las responsabilidades que establece dicha ley; señalando que el valor acumulado de lo recibido durante dicho año no podrá ser superior a diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal al momento en que sea recibido (aproximadamente \$623.00 pesos al año).

Sobre las penas que aplican a los servidores públicos que violen las disposiciones de esta ley, la misma establece que deberán castigarse y sancionarse como cohecho de conformidad con la legislación penal aplicable.

c.- Ley del Impuesto Sobre la Renta. Finalmente, y con el propósito de reafirmar la intención de la legislación mexicana de prohibir cualquier regalo o dádiva que pueda ser considerada como un acto corrupto, la Ley del Impuesto Sobre la Renta establece dentro de su Artículo 32, que cualquier obsequio, atención y otro gasto de naturaleza análoga no podrán ser deducibles para efectos de dicha ley.

IV] Mejores prácticas internacionales para reducir la corrupción

Haciendo eco a las convenciones internacionales, y una serie de leyes de distintos países, se han publicado un gran número de libros, artículos, y políticas que proponen una serie de lineamientos y mejores prácticas comerciales y de negocios para reducir y eventualmente eliminar la corrupción.

Muchas de ellas coinciden en sus lineamientos, y a continuación se hace referencia a las más comunes.

1.- Identificación de situaciones de riesgo

Existen una serie de indicadores que pueden utilizar las empresas para determinar el nivel de riesgo en que se encuentran de verse involucrados, ya sea directa o indirectamente, en casos de corrupción:

a.- Uno de ellos es cuando los accionistas o funcionarios de la propia empresa o los terceros con quienes hacen negocios, se encuentran relacionados de alguna forma con funcionarios públicos o con partidos políticos, ya que según el informe de Transparencia Internacional, existen altos niveles de corrupción en estos ámbitos. Esto no quiere decir de manera alguna de que en todos los casos en los que se involucren funcionarios públicos o partidos políticos se dan casos de corrupción; sino simplemente, de acuerdo a la incidencia de los niveles de corrupción en estos ámbitos establecida por Transparencia Internacional, existe un riesgo mayor de que esto ocurra.

b.- Otro indicador en el que coinciden diversas publicaciones internacionales, es el caso de que una parte importante de los negocios de la empresa se lleva a cabo con empresas públicas o que participen de manera regular en licitaciones públicas en las que participen los distintos niveles de gobierno. Afortunadamente, por lo que se refiere a México, con la reciente publicación de la Ley de Anticorrupción en las licitaciones públicas (la cual comentamos por separado en esta publicación) las reglas del juego para los participantes en las licitaciones públicas en México están hoy mucho más claras y la transparencia que debe darse antes de la asignación de una licitación, ha incrementado la certidumbre de las empresas que participan en licitaciones públicas. Esto implica que los procesos de licitación pública federal en México son hoy más claros y los involucrados en las mismas están sujetos a una serie de reglas y sanciones en caso de violación de las disposiciones de la referida ley.

c.- Cuando la empresa o sus negocios se encuentren ubicados en países que se distinguen por los altos niveles de corrupción en que operan, es otro indicador que requiere atención.

Las industrias que tradicionalmente la comunidad internacional percibe como más susceptibles a prácticas corruptas, son las relacionadas con el petróleo, la construcción,

el armamento, y aquellas que por la naturaleza de su negocio, tienen la necesidad de realizar operaciones en efectivo.²³

De igual forma, los riesgos de corrupción se incrementan al llevar a cabo transacciones comerciales con empresas que carecen de políticas internas de prevención de la corrupción, o que éstas no sean comunicadas de forma clara a sus funcionarios y empleados de todos los niveles.

Dentro de las políticas de anticorrupción más aceptadas a nivel internacional se encuentran las siguientes:

1. Contar con una política de anticorrupción y un código de ética que sean comunicados en forma clara y adecuada en todos los niveles de la empresa, así como implementar medidas disciplinarias apropiadas en caso de violación.
2. La designación de un funcionario que sea responsable de la supervisión de los programas de anticorrupción.
3. La revisión de los esquemas de anticorrupción, códigos de ética o políticas de integridad de agentes, consultores, representantes, abogados, distribuidores, licenciarios, previamente a su contratación.
4. Asegurar la protección a los funcionarios o empleados que denuncien la comisión de algún acto corrupto para que no sufran consecuencias ni represalias por denunciar estos casos.
5. La inclusión de cláusulas de anticorrupción en cualquier contrato con terceros.

2.- Proyecto de la *International Bar Association* (IBA)

Aunado a la creciente fuerza que ha tomado el tema de anticorrupción en el mundo, y a los esfuerzos de los diferentes países para implementar medidas eficientes para evitar la corrupción dentro del sector público y privado, recientemente

²³ Conferencia impartida por el autor conjuntamente con Kerry Scarlott de la firma Goulston and Storrs en el *webinar* organizado por *Meritas Law Firms Worldwide* el 24 de octubre del 2012.

la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), junto con el Banco Mundial y la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas (UNODC) han sido convocados por el G20 para implementar un Plan de Acción contra la Corrupción, dentro del cual entre otras iniciativas, se ha propuesto la elaboración de un manual de cumplimiento anticorrupción para el sector privado (*Anti-Corruption Compliance Handbook for Business*). Dicho manual contendrá, entre otras cosas, recomendaciones prácticas para las empresas privadas en la creación, aplicación e implementación de controles internos, códigos de ética y programas de cumplimiento para combatir el cohecho y la corrupción.

Al respecto, se ha solicitado a la IBA que es la barra internacional de abogados más grande y prestigiada, su apoyo para revisar el proyecto del manual que se está elaborando, e incluir recomendaciones prácticas aplicables en distintos países. Para tales efectos, la IBA reunió a un panel de expertos para trabajar en el referido manual. El panel se encuentra compuesto por 13 miembros, representantes de distintas jurisdicciones, siendo socios de despachos internacionales o funcionarios de empresas e instituciones tales como *TI* (Washington, DC), *GlaxoSmithKline* (Philadelphia), *Cuesta Campos y Asociados, S.C.* (México), *Institute of Energy Law, Transnational Arbitration and Law and Technology at the Center for American and International Law* (Texas), *Siemens* (NY), *Corporate Investigations Latin America* (Sao Paulo), *Nardello & CO* (NY).

He tenido la fortuna de participar en este panel, para aportar la perspectiva de México en este interesante proyecto, experiencia que ha sido muy enriquecedora. Comparto con ustedes la satisfacción de que dos de las propuestas que enviamos para su publicación han sido aceptadas para ser incluidas en el *Handbook*. La primer propuesta tiene que ver con la importancia de la prevención de la corrupción mediante la educación y la transmisión de principios y valores entre los jóvenes (futuros funcionarios públicos y empresarios), ya que valores como la honestidad, la lealtad, la ética profesional, la

integridad, entre otros, al ser antagónicos a las prácticas corruptas que se pretende combatir, fomentan un ambiente más favorable para la disminución de la corrupción y promueven relaciones comerciales y de negocios basados en principios, virtudes y valores universales. La inclusión de la enseñanza y promoción de estos valores en las escuelas, es desde mi punto de vista fundamental.

La otra propuesta que ha sido aceptada, tiene que ver con las políticas de anticorrupción que han sido aplicadas por un cliente nuestro en sus subsidiarias en todo el mundo, quien nos autorizó presentar como ejemplo su experiencia y aprendizaje en la implementación de dichas prácticas.

V] Mejores prácticas de anticorrupción en México

Adicionalmente a las mejores prácticas recomendadas por la comunidad internacional de negocios, en México existen también algunas prácticas bastante difundidas que han demostrado ser útiles en la reducción de los niveles de corrupción a los que se ven expuestas las empresas que operan en México. Estas se pueden resumir en los siguientes puntos:

1. Capacitación de funcionarios. La capacitación de funcionarios de alto nivel en relación a la existencia y aplicación de las distintas leyes, tanto nacionales como internacionales, así como los manuales de anticorrupción y códigos de ética de la empresa es fundamental. Esta capacitación debe incluir a los funcionarios de mayor responsabilidad en la empresa que deben mostrar su compromiso para prevenir la corrupción y los sobornos dentro de la organización, debiendo promover una cultura en la cual la corrupción y el soborno nunca son aceptables. Es importante compartir estas políticas con los funcionarios en todos los niveles de la empresa y manifestar claramente las consecuencias que tiene sus violaciones. En estos casos se recomienda tener un código de ética y un manual de anticorrupción que sea claro y explícito y que incluya ejemplos

concretos, recomendaciones e incluso ejercicios que deban ser llenados por los propios funcionarios y empleados, para saber reaccionar adecuadamente ante las situaciones de hecho que se les puedan presentar.

Es importante que en los referidos manuales, se establezcan con claridad las consecuencias de su violación y que todos los empleados firmen el documento en señal de aprobación del mismo dándose por enterados y comprometiéndose con su contenido.

2. Equipo interno. Es recomendable contar con un equipo interno a cargo de las prácticas de anticorrupción que esté integrado por los directores de recursos humanos, directores generales y los abogados tanto internos como externos de la compañía.

3. Análisis de riesgo. Se recomienda hacer un análisis de riesgo en materia de anticorrupción para determinar la naturaleza y el alcance del riesgo que tiene la empresa en sus distintas áreas y llevar a cabo reportes periódicos de los mismos. En ese sentido es recomendable llevar a cabo investigaciones en el mercado y específicamente de los terceros con quienes se pretende hacer negocios para conocer sus políticas de anticorrupción y si se sujetan a las mejores prácticas en la materia.

4. Cláusulas de anticorrupción. Esto es de particular importancia, por lo que se recomienda que en todas las operaciones con terceros, incluir cláusulas de anticorrupción a través de las cuales los terceros con quienes se tengan relaciones comerciales o de negocios (incluyendo los agentes, asesores, abogados y representantes) se sujeten a prácticas de anticorrupción y códigos de ética que sean consistentes con los que utiliza la propia empresa.

5. Confidencialidad y protección. Confidencialidad y protección de quienes presenten reportes de corrupción. En este sentido ha sido de utilidad el promover que los funcionarios y empleados de la compañía reporten cualquier acto que pueda considerarse un acto de corrupción, con la

confianza de que no habrá represalias en su contra. Se recomienda promover denuncias anónimas.

6. Participación en licitaciones públicas o ventas a gobierno. En caso de que la empresa participe en licitaciones públicas o ventas a gobierno, se sugiere que al menos dos funcionarios de la empresa participen en las juntas y se tomen minutas detalladas de los acuerdos tomados. En estos casos es importante proporcionar a los empleados que participen en esas reuniones, lineamientos concretos de cómo reaccionar en caso de que les sean solicitados dádivas o pagos que puedan considerarse sobornos.

Al tener como asesores legales la oportunidad de participar en proyectos relacionados con la elaboración e implementación de manuales de anticorrupción y códigos de ética, así como en distintos procedimientos e investigaciones como expertos en materia de anticorrupción, hemos podido apreciar de primera mano la aplicación de leyes internacionales (específicamente la FCPA) a subsidiarias mexicanas de empresas norteamericanas. En ese sentido ha sido muy enriquecedor el ver la fuerza del alcance extraterritorial de algunas leyes internacionales (especialmente la FCPA), y las serias consecuencias a las que se exponen empresas mexicanas relacionadas de alguna forma con los Estados Unidos a la aplicación de las severas sanciones que impone la FCPA cuando se violan sus preceptos.

VI] El caso *Walmart*

Uno de los casos recientes más conocidos de presunto incumplimiento a la FCPA por una subsidiaria mexicana, es el caso de la investigación que actualmente se lleva a cabo respecto de *Walmart*, del cual seguramente el lector habrá escuchado.

El caso inició cuando el diario *New York Times* reportó en su edición de abril del 2012, el caso de una potencial

violación del FCPA que involucraba a *Walmart* y a sus subsidiarias mexicanas.²⁴

De acuerdo al reporte del *New York Times*, en el año 2005 un ex-ejecutivo de *Walmart* de México reportó al departamento jurídico de *Walmart International*, ciertas irregularidades autorizadas por los más altos niveles de *Walmart* que involucraban posibles sobornos a autoridades mexicanas. En ese año, funcionarios de *Walmart* iniciaron una investigación en México para revisar y obtener mayor información respecto a las posibles violaciones.

Cuando funcionarios en Estados Unidos de *Walmart* recibieron la información respecto a las posibles violaciones, encargaron la investigación a algunos de los funcionarios de México que posiblemente podían haber estado implicados en los actos de corrupción que se imputaban a la empresa. Llama la atención que de acuerdo al reporte del *New York Times* un investigador del *FBI* hizo saber a directivos de *Walmart* que existían elementos suficientes para considerar que se habían violado leyes de anticorrupción internacionales y mexicanas.

En el año 2006 la investigación fue concluida por *Walmart* y dicha empresa no reportó ninguna violación ni al Departamento de Justicia ni a la *Securities and Exchange Commission* de los Estados Unidos.

Las violaciones que se alegaban en el caso de *Walmart* eran que con base en su creciente necesidad de abrir tiendas en México, a través de sus asesores y gestores realizaron pagos hasta por USD\$24'000,000 relacionados con la aceleración de los procesos para la apertura de tiendas en varias entidades del país. Habrá que considerar en este caso si esos pagos pudieran catalogarse como pagos de facilitación (por el importe de USD\$24'000,000 es altamente improbable que éste sea el caso) y será muy interesante conocer la postura de *Walmart* respecto a si dichos pagos se realizaron sin el ánimo de obtener una ventaja comercial y sin sobornar a

²⁴ *Walmart* a la fecha, es el principal empleador privado en México con aproximadamente 210,000 empleados.

funcionarios mexicanos. Para la apertura de tal cantidad de tiendas se requerían no sólo la anuencia de los distintos departamentos de obras públicas de las entidades en que se encontraban las tiendas, sino también era necesario que se acelerara la emisión del resultado favorable de los estudios de impacto ambiental y las modificaciones pertinentes en los planes parciales de desarrollo de los municipios en que se pretendían abrir las tiendas.

Este caso que aún se encuentra abierto, va a ser seguido muy de cerca por la comunidad legal internacional y será muy interesante conocer las resoluciones del Departamento de Justicia y la *Securities and Exchange Commission* (en caso de que contablemente no se hayan registrado los pagos realizados) y si consideran que existen elementos suficientes para determinar violaciones a la *FCPA* por actos cometidos por la subsidiaria mexicana de *Walmart*.

VII] Conclusiones

La cantidad de tratados, convenciones, leyes, reglamentos, manuales, códigos e iniciativas anticorrupción que se han promulgado y difundido en los últimos años tanto en México como a nivel internacional, denota un importante incremento en la toma de consciencia respecto a la imperiosa necesidad de combatir la corrupción en todos los países, sectores, niveles e industrias.

Por lo que se refiere a México, adicionalmente a las leyes publicadas recientemente, y a las iniciativas anunciadas por la nueva administración federal en materia de anticorrupción, será necesario obtener el compromiso de los funcionarios públicos de todos los niveles para evitar y reportar cualquier tipo de práctica corrupta, así como fortalecer a los órganos de contraloría y supervisión de la administración pública. Igualmente será necesario transparentar y hacer más eficiente la impartición de justicia de tal forma que la aplicación de las sanciones por actos corruptos, sea expedita y

se aplique sin distinción, sobre todo cuando se trate de violaciones cometidas por funcionarios públicos.

De igual forma, sería recomendable incluir en la recientemente anunciada reforma educativa, la promoción y difusión de principios y valores universales (mediante su inclusión en los libros de texto) ya que éstos, al ser antagónicos a las prácticas corruptas, pueden incidir de manera importante en la sociedad, y generar una juventud comprometida con el combate frontal a la corrupción, que permita erradicar de nuestra cultura este serio problema social.

Independientemente de la enorme responsabilidad de la Administración Pública y sus funcionarios en la solución de este serio problema, es necesario tomar consciencia de que un problema social de esta envergadura, no se resuelve sin el involucramiento activo, valiente y comprometido de la sociedad civil, y por supuesto de cada uno de nosotros. Ya que mientras no estemos dispuestos a pagar el precio de la transparencia (ese precio puede ser el recibir una infracción de tránsito, padecer la burocracia administrativa, litigar con la incertidumbre de un juez corrupto, perder una licitación en manos de terceros por prácticas poco transparentes, hacer filas en oficinas públicas, y un largísimo etcétera) seremos parte del problema y no de la solución.

Los esfuerzos en materia de anticorrupción son evidentes, sin embargo, para que surtan efecto es necesario contar con el compromiso de cada uno de nosotros para, no sólo evitar participar de cualquier forma en actos corruptos, sino también tener el valor civil de denunciar aquellos que ocurran a nuestro alrededor, asumiendo las consecuencias que se pudieran derivar.

Se podría pensar que se trata de un mal tan arraigado en nuestra sociedad, que los esfuerzos que realicemos por contrarrestarlo serán en vano. Es cierto que se requiere de una labor heroica para combatir este cáncer que tanto ha dañado a nuestro país. Podría decirse que se trata verdaderamente de una cruzada.

Ése es precisamente el objetivo de este artículo, el invitar al lector a sumarse a esta cruzada, que es no sólo apasionante, sino indispensable si queremos dejar un mejor México a nuestros hijos.

Alemania v Italia; los límites de la inmunidad jurisdiccional soberana ante violaciones al derecho de guerra en la Segunda Guerra Mundial*

GUILLERMO A. GATT CORONA¹

*“Parta victoria et confecto bello, oportet moderate et cum modestia christiana victoria uti, et oportet victorem existimare se iudicem sedere inter duas respublicas, alteram, quae laesa est, alteram, quae injuriam fecit; ut non tamquam accusator, sed tanquam iudex sententiam ferat, qua satisfieri quidem possit reipublicae laesae”.*²

Francisco de Vitoria

A ALICIA CORONA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los antecedentes.* III. *Alemania v Italia (con la participación de Grecia) Inmunidades Jurisdiccionales del Estado.* IV. *Algunas conclusiones.*

Resumen. En esta lectura se plantean dos preguntas claves de derecho Internacional Público: ¿Los Estados gozan de soberanía jurisdiccional?, de ser así, ¿Los Estados gozan de esta soberanía inclusive cuando cometen acciones violatorias

¹Abogado y Notario Público. Profesor de Derecho en la Universidad Panamericana y el ITESO.

²“Obtenida la victoria y terminada la guerra, conviene usar del triunfo con moderación y modestia cristianas, y que el vencedor se considere como juez entre dos repúblicas, una ofendida y otra que hizo la injuria, para que de esta manera profiera su sentencia, no como acusador, sino como juez, con la cual pueda satisfacer a la nación ofendida. Pero, en cuanto sea posible, con el menor daño y perjuicio de la nación ofensora”. VITORIA Francisco de, *Relectio de Iure Belli*, en GETINO Luis G. Alonso, *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, Edición crítica con facsímil de códices y ediciones príncipes, variantes, versión castellana, notas e introducción, 3 Tomos, Imprenta La Rafa, Madrid, 1935, Tomo II, p. 438.

Correo electrónico: guillermo.gatt@gatt.mx

de derechos humanos o de normas de *ius cogens*? La sentencia de Alemania v Italia reflexiona en alguna medida sobre la dialéctica relación entre el respeto a los derechos humanos y la soberanía estatal. Este texto analiza brevemente el caso Alemania v Italia resuelto por la Corte Internacional de Justicia en febrero de 2012, y busca responder parcialmente a estas preguntas a la luz del análisis que la Corte hace de la política jurisdiccional en el que Italia buscaba ejecutar en contra de Alemania, sentencias resueltas en sus tribunales y en cortes griegas, donde se condenaba al Estado Alemán por haber violado gravemente derechos humanos y normas imperativas de derecho internacional público durante la Segunda Guerra Mundial.

Palabras claves: soberanía, derechos humanos, Corte Internacional de Justicia

***Abstract.** This article raises two important questions on Public International Law: Do States have jurisdictional immunity? and if so, do States retain that immunity even when their actions violate human rights or ius cogens rules? The decision on Germany v Italy ponders to some extent over the dialectic relationship between respect towards human rights and State sovereignty. This paper briefly analyzes the case Germany v Italy solved by the International Court of Justice on February 2012, and seeks to partially answer these questions in light of the analysis done by the Court on the jurisdictional policy in which Italy sought to execute against Germany, decisions solved by Italian and Greek tribunals, where claims were upheld against the German State for severe violations of human rights and fundamental rules of Public International Law during the Second World War.*

Keywords: sovereignty, human rights, International Court Justice.

I] Introducción

El 8 de mayo de 1945 concluyó la Segunda Guerra Mundial en lo que a Europa respecta. Por supuesto, Japón siguió combatiendo contra los aliados en el Pacífico Sur, hasta que las bombas de Hiroshima y Nagasaki forzaron la conclusión de las hostilidades de manera global en agosto del mismo año.

La guerra dejaba no sólo más de 50 millones de personas muertas, sin considerar a los heridos y mutilados, a los huérfanos y depauperados, sino además, la experiencia traumática del Genocidio. Todo esto, transformaría de manera radical la esencia y alcance del derecho internacional, y de forma particular, una nueva relación dialéctica entre la defensa de los derechos humanos, y el reconocimiento a la soberanía de los Estados.

Modern international human rights law is largely a post-World War II phenomenon. Its development can be attributed to the monstrous violations of human rights committed during the Nazi era and to the belief that these violations and possibly the war itself might have been prevented had an effective international system for the protection of human rights existed in the days of the League of Nations.³

El sistema jurídico internacional de los derechos humanos se desarrolló vertiginosamente a partir de 1945 y en las décadas siguientes con una enorme multiplicidad de instrumentos internacionales, incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y

³ “El sistema jurídico moderno de los derechos humanos es en gran medida un fenómeno posterior a la Segunda Guerra Mundial. Su desarrollo puede ser atribuido a las monstruosas violaciones de los derechos humanos cometidas durante la era Nazi y a la creencia de que estas violaciones y posiblemente la guerra misma podrían haberse evitado si hubiera existido un sistema internacional efectivo para la protección de derechos humanos en los días de la Liga de las Naciones” (traducción del autor). BUERGENTHAL Thomas *et al*, *International Human Rights in a nut shell*, 4ª Edición, Editorial West Publishing Co., St. Paul, 2009, p. 29.

Culturales y decenas de tratados temáticos, tales como la Convención contra el Genocidio, y las relativas a la discriminación racial, la discriminación contra las mujeres, la tortura, etcétera.

*Since the Second World War, it would be inadequate or even misleading to develop a framework for the study of human rights in many countries without including as a major ingredient the international legal and political aspects of the field: laws, processes and institutions.*⁴

Desde que la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el fundamento de éstos por consenso se ha puesto en la dignidad de la persona humana.⁵

*El fundamento de los derechos humanos que se asienta en la dignidad de la persona hace énfasis en la forma peculiar de ser que corresponde a los individuos de la especie humana, sobre todo el hecho de que ellos mismos son el principio de su dinamismo existencial, por lo que deben ser tratados como fines en sí.*⁶

Así, a partir de 1945, el concepto de soberanía evolucionó radicalmente para adquirir claras limitaciones que no se conocían en 1648 al firmarse en Münster y en Osnabrück, la Paz de Westfalia. Un Estado es soberano, pero debe cumplir con mínimos elementales en materia de respeto de derechos humanos, y no poner en peligro la paz y seguridad

⁴ “Desde la Segunda Guerra Mundial, sería inadecuado e incluso engañoso desarrollar un esquema para el estudio de los derechos humanos en muchos países sin incluir como un ingrediente mayúsculo, los aspectos legales y políticos del campo: leyes, procesos e instituciones”. (traducción del autor). STEINER Henry J. *et al*, *International Human Rights in Context*, Oxford University Press, 3ª Edición, Oxford, 2007, p. 59.

⁵ “El abandono del individualismo clásico y, al mismo tiempo, el rechazo al colectivismo es el sello distintivo de los instrumentos de derecho centrados en la dignidad”. GLENDON Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Panamericana, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2011, p. 321.

⁶ RAMÍREZ GARCÍA Hugo S. y PALLARES YABUR Pedro de J., *Derechos Humanos*, Oxford University Press, México, 2011, p. 55.

internacionales. Si no lo hace, la comunidad internacional en su conjunto, se ha otorgado la facultad de intervenir en el Estado infractor. Esto lo establecen los Artículos 41 y 42 de la Carta de la ONU, entre otras disposiciones relevantes.

El mundo ha cambiado. La soberanía ha dejado de tener el atributo de ser absoluta, y hoy tiene restricciones pertinentes ante la comunidad internacional. También se dan cambios sustanciales en el derecho relativo a la responsabilidad penal personal por delitos cometidos durante una guerra (violaciones al *ius in bello* previsto en las 4 Convenciones de Ginebra de 1949 y otros instrumentos internacionales) y en general, a la responsabilidad patrimonial de los Estados por actos violatorios del derecho internacional, y en particular del derecho de guerra.

En el caso del enjuiciamiento a personas que han cometido delitos de guerra u otros crímenes internacionalmente reconocidos como graves, se han generado con el paso de los años tres principales mecanismos:

1. Tribunales Penales Nacionales. En diversos casos, tribunales de algunos países (como en el caso de Bélgica o España) han argüido, con base en su propio derecho interno, tener jurisdicción universal. Ésta se basa en la presunción de que cualquier estado puede ejercer jurisdicción penal sobre crímenes internacionales cometidos fuera de su territorio, aun si se dio por parte de extranjeros y contra otros extranjeros;⁷
2. Tribunales Civiles Nacionales. Esta postura ha sido asumida principalmente por parte de los Estados Unidos de América a través de una recientemente interpretada⁸ legislación del

⁷ CASSESE Antonio, *The Rationale for International Criminal Justice* en CASSESE Antonio (Editor en jefe), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 125-126.

⁸ La primer ocasión en que fue utilizada esta legislación para esta clase de asuntos fue en 1980 en *Filártiga v Peña Irala* (630 F.2d 876 (C.A., 2, 1980)). Sobre este caso, Shaw señala lo siguiente: "In *Filartiga v Pena-Irala*, the US Court of Appeals for the Second Circuit dealt with an action brought by Paraguayans against a Paraguayan for the torture and death of the son of the plaintiff. The claim was based on the Alien Tort

siglo XVIII, denominada *Alien Tort Claims Act* (1789) que otorga a los Juzgados de Distrito, la competencia para enjuiciar delitos cometidos en contra del "derecho de las naciones" aún cuando sea en otro país, y ni la víctima ni el delincuente, sean sus nacionales. Es importante destacar que la responsabilidad que se busca imputar en este caso es sólo la concerniente a la responsabilidad civil derivada del delito;

3. Tribunales Penales Internacionales. Cassese destaca cómo estos tribunales tienen varias ventajas por encima de los tribunales nacionales: a) Podrían ser más imparciales que los tribunales locales al no estar vinculados personalmente con los delitos cometidos; b) tienen jueces seleccionados por su particular pericia y especialización en Derecho Internacional Humanitario y en Derecho Penal Internacional; c) están mejor equipados para tratar con crímenes que pueden involucrar a nacionales de diversos países; d) tienen mayor visibilidad que los tribunales locales para efectos de lograr cooperación internacional, e) sus resoluciones son una expresión de la comunidad internacional en su conjunto; y f) aplican principios y reglas internacionales.⁹

Así, los antecedentes han fluctuado a partir de 1945, perfeccionándose en múltiples facetas, desde Nüremberg y Tokio, pasando por las Cortes Especiales de carácter mixto de Sierra Leona, Timor Oriental, Cambodia (hoy Myanmar), y Líbano, transitando por los Tribunales Penales Internacionales para delitos cometidos en la Ex Yugoslavia y en Ruanda, y hasta culminar con la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma de 1998.

Claims Act of 1789 which provides that 'the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations'. The Court of Appeals held that torture constituted a violation of international customary law and was thus actionable". SHAW Malcolm N., Q. C., *International Law*, Cambridge University Press, 6ª Edición, Cambridge, 2010, pp. 159-160.

⁹ CASSESE Antonio, *The Rationale...*, *op. cit.*, p. 127.

En el caso a que se refiere este texto (incluyendo los litigios que le dieron origen), no se busca someter a juicio penal a alguna persona en particular, sino que se busca reclamar una indemnización patrimonial, del estado Alemán, por personas que sufrieron diversas violaciones del derecho de guerra, en su perjuicio, por el régimen del *Reich* en la Segunda Guerra Mundial.

Lo que estará en juicio es determinar si es posible o no que un tribunal italiano pueda embargar bienes del gobierno Alemán, para ejecutar en contra de éste, sentencias italianas y griegas interpuestas por particulares. ¿Es válido dicho embargo y ejecución de sentencias o está Alemania protegida por su inmunidad soberana?

II] Los antecedentes

Durante la Segunda Guerra Mundial, Alemania (pero no sólo ésta)¹⁰ cometió delitos muy graves contra el derecho internacional humanitario.

En el caso de las faltas cometidas contra nacionales italianos, fueron particularmente graves, porque Italia comenzó la guerra peleando del lado del Eje al que se sumó en junio de 1940¹¹ y se unió a los Aliados en septiembre de 1943, una vez que Benito Mussolini fue depuesto, y así, los italianos eran

¹⁰ “Prescinding from any criticism of how the Nuremberg proceedings were conducted, which by those times’ standards’ were adequate, there is one situation which blatantly evidences the prevarication of elementary justice. This is the case involving the senior commanders of the *Wehrmacht* who were charged with the killing of some 15,000 Polish officers and soldiers in the Katyn forest. This was an absolute falsification by the Soviet Prosecutor since it was the Red Army that committed the mass murder. The other three Allied prosecutors representing the US, France, and Great Britain had to know of this falsification, or could have at least inquired more of that charge, but they did not press the Soviet prosecutor probably for political reasons. To date, there has been no correction of the judicial record of this historic falsification”. BASSIOUNI Cherif M., *International Criminal Justice in Historical Perspective: The Tension Between States’ Interests and the Pursuit of International Justice*, en CASSESE Antonio (Editor en jefe), *The Oxford Companion ... op. cit.*, pp. 134-135.

¹¹ Sentencia de la CIJ, párrafo 21.

considerados por los germanos como “traidores que merecían un trato severo”.¹²

Las violaciones cometidas contra nacionales italianos eran fundamentalmente de tres distintas clases: a) trabajo forzado en Alemania por personas deportadas desde Italia; b) prisioneros de guerra italianos, que fueron apresados cuando Italia decidió cambiar de bando durante la guerra y unirse a los Aliados, y donde su trato era violatorio de la entonces vigente Convención de Ginebra de 1929 sobre el Trato a los Prisioneros de Guerra,¹³ y c) las unidades militares alemanas cometieron un número considerable de masacres en contra de la población civil italiana.¹⁴

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, el 10 de febrero de 1947, Italia suscribió en París un Tratado de Paz con los países que ganaron dicha confrontación bélica, que entre otros elementos relevantes, incluía una renuncia a reclamaciones por parte de Italia o de sus nacionales en contra de Alemania, por eventos previos al 8 de mayo de 1945.¹⁵

¹² “Nazi Germany purported to deprive the prisoners of their status under international law, classifying them as ordinary civilian workers and compelling most of them to perform hard labor in Germany, contrary to the stipulations of the 1929 Convention”. TOMUSCHAT Christian, *The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions*, <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Tomuschat-cr.pdf> consultado el 28 de noviembre, 2012, pp. 1108-1109.

¹³ Ver <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnws.htm> consultada el 27 de Noviembre, 2012.

¹⁴ “In some villages, hostages were taken and killed mercilessly: generally women, children, and elderly men. Fosse Areatine (March 1944), Civitella (June 1944), and Marzabotto (September and October 1944) witnessed the worst crimes, each producing hundreds of victims. These massacres cast a deep shadow over German-Italian relations even today”. *Ibidem*, p. 1110.

¹⁵ Article 77. 1. From the coming into force of the present Treaty property in Germany of Italy and of Italian nationals shall no longer be treated as enemy property and all restrictions based on such treatment shall be removed.

2. Identifiable property of Italy and of Italian nationals removed by force or duress from Italian territory to Germany by German forces or authorities after 3 September 1943 shall be eligible for restitution.

3. The restoration and restitution of Italian property in Germany shall be effected in accordance with measures which will be determined by the Powers in occupation of

A pesar del texto previsto en el Tratado de París de 1947, y sin estar internacionalmente obligada a hacerlo, en 1953 la República Federal Alemana emitió una Ley Federal de Compensación Concerniente a Víctimas de la Persecución Nacional Socialista.¹⁶ Dicha legislación fue posteriormente modificada para incluir a grupos inicialmente no cubiertos por la citada Ley.

El 2 de junio de 1961, y el 31 de julio de 1963 se suscribieron dos acuerdos adicionales entre Italia y Alemania para arreglar ciertas cuestiones de carácter relativo a propiedades, o de connotación económica o financiera, así como los relativos a compensación debida a la persecución sufrida a manos del gobierno Nacional Socialista. Nuevamente Italia reconocía que tanto dicho Estado como sus nacionales consideraban arreglado y finiquitado cualquier asunto relativo al período comprendido entre el 1º de septiembre de 1939 y el 8 de mayo de 1945.¹⁷

Germany.

4. Without prejudice to these and to any other dispositions in favour of Italy and Italian nationals by the Powers occupying Germany, Italy waives on its own behalf and on behalf of Italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on 8 May 1944, except those arising out of contracts and other obligations entered into, and rights acquired, before 1 September 1939. This waiver shall be deemed to include debts, all inter-governmental claims in respect of arrangements entered into in the course of the war, and all claims for loss or damage arising during the war.

5. Italy agrees to take all necessary measures to facilitate such transfers of German assets in Italy as may be determined by those of the Powers occupying Germany which are empowered to dispose of the said assets.

Consultado en
<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1948/2.html>[15/01/12 23:30:35]
el 27 de Noviembre, 2012.

¹⁶ Bundesentschädigungsgesetz (BEG). La sentencia de Alemania v Italia ha sido consultada en la página de internet de la Corte Internacional de Justicia en www.icj-cij.org. Ver especialmente <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>. Consultas realizadas del 10 de junio al 30 de noviembre, 2012. En lo sucesivo dicho documento será referido como "Sentencia de la CIJ". Sentencia de la CIJ. párrafos 23 y 24.

¹⁷ Sentencia de la CIJ. Párrafo 24.

Finalmente, el 2 de agosto del año 2000, Alemania aprobó una Ley Federal que establecía una Fundación de Remembranza, Responsabilidad y Futuro que tendría fondos disponibles para personas sujetas a trabajo forzado, a través de organizaciones asociadas a dicho fondo. Dicha legislación excluía del derecho de compensación a aquellos que tuvieron el status de prisioneros de guerra, a menos que hubieran estado detenidos en campos de concentración u otras categorías referidas en dicha Ley.¹⁸

Los litigios de los inconformes que buscan compensación, surgen tanto en Italia como en Grecia. No buscaré resumir todos los casos que dan pie a los embargos y búsqueda de ejecución de sentencias en contra del Estado Alemán. Sólo como ejemplo, me referiré a dos de ellos de manera sucinta.

1.- El caso Distomo surge en 1997 (previo a la ley alemana del año 2000) por la acción de familias de una masacre realizada por una unidad militar de la *Wehrmacht* en Grecia. Ante un ataque a sus tropas, el comandante militar alemán decidió ejecutar a toda la población del poblado de Distomo, localizado cerca del lugar del ataque, con un resultado de 212 personas asesinadas. El tribunal griego de mayor jerarquía, el *Areios Pagos*, dictó sentencia a favor de las familias, y desestimó los argumentos de Alemania de inmunidad jurisdiccional soberana.¹⁹ A pesar de la sentencia a favor, el Ministro de Justicia de Grecia se negó a ejecutar la sentencia, debido a la inmunidad jurisdiccional soberana de Alemania. Ante tal negativa, buscaron ejecutar la resolución en otro país, solicitando un *exequatur* en Italia, mismo que fue aceptado por los tribunales de dicho país, embargando Villa Vigoni, un centro cultural propiedad del Estado alemán,

¹⁸ Sentencia de la CIJ. Párrafo 26.

¹⁹ La resolución puede ser consultada en *Prefecture of Voiototia v Federal Republic of Germany*, 129, I.L.R. 513. Sentencia de la CIJ, párrafos 30 a 36. Es importante destacar cómo en un caso posterior denominado *Margellos*, la Suprema Corte Helénica determinó que dado el desarrollo actual del derecho internacional, Alemania tiene derecho a inmunidad de Estado en estos temas.

diseñado para facilitar los intercambios culturales entre dicho país e Italia.

2.- El caso Ferrini inició en 1998 ante el Tribunal de Arezzo. Luigi Ferrini, nacional italiano, había sido arrestado en agosto de 1944 y deportado a Alemania donde fue detenido y forzado a trabajar en una fábrica de municiones hasta que concluyó la guerra. El Tribunal de Arezzo desechó la demanda basándose en la inmunidad soberana de Alemania, igual que la Corte de Apelación de Florencia. No obstante, la Corte de Casación italiana admitió el caso, arguyendo que la inmunidad jurisdiccional no es absoluta y no puede invocarse por un país que ha cometido delitos graves en violación de normas de *ius cogens*.²⁰

III] Alemania v Italia (con la participación de Grecia). Inmunidades jurisdiccionales del estado

Alemania interpuso una demanda en contra de Italia el 23 de diciembre de 2008, ante la Corte Internacional de Justicia (en lo sucesivo "CIJ"),²¹ arguyendo que Italia, a través de su práctica judicial, y especialmente la Corte de Casación de dicho país, había cometido "violaciones de obligaciones en los términos del derecho internacional".²²

La jurisdicción de la Corte en este caso, se sustentó en lo previsto por el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al referir que pueden las partes obligarse mediante un tratado internacional a la jurisdicción de la Corte. La Convención que estipulaba esta circunstancia en este caso es el Convenio Europeo para el Arreglo Pacífico de Controversias del 29 de abril de 1957.²³

²⁰ Sentencia de la CIJ, párrafos 27 a 29.

²¹ Sentencia de la CIJ.

²² Sentencia de la CIJ. Párrafo 1.

²³ European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes. Strasbourg, 29.IV.1957.

"Article 1.- The High Contracting Parties shall submit to the judgment of the International Court of Justice all international legal disputes which may arise

Dado que en el panel de jueces de la CIJ, ya había un juez alemán (Bruno Simma, quien fue juez desde 2003 y hasta 2012), y conforme a las reglas estipuladas por el Estatuto de la CIJ,²⁴ se designó al actual juez permanente en la CIJ, Giorgio Gaja, como juez *ad hoc*.

Las prestaciones que Alemania reclamaba de Italia eran fundamentalmente las siguientes:

1. Una declaración de la CIJ en el sentido de reconocer la violación por parte de Italia a la inmunidad de jurisdicción de que goza la República Federal Alemana conforme a derecho internacional, al haber permitido que reclamaciones civiles por reparación del daño, basadas en violaciones del derecho internacional humanitario por parte del Reich Alemán durante la Segunda Guerra Mundial, fueran admitidas en tribunales italianos, así como en tribunales griegos, con sentencias a ser ejecutadas en Italia;
2. Una declaración en el sentido de que tomar medidas de embargo en contra de "Villa Vigoni" (propiedad del Estado Alemán en Italia utilizado para fines no comerciales) fue una violación de la inmunidad jurisdiccional alemana.
3. Reconocer que se ha comprometido la responsabilidad internacional de Italia por los motivos antes referidos, y por ende, su obligación para asegurarse, por los medios de su

concerning: a. The interpretation of a treaty; b. Any question of international law; c. The existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d. The nature of extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation."

Alemania e Italia son partes de dicho tratado, desde el 18 de abril de 1961 y el 29 de Enero de 1960, respectivamente. <http://Conventions.coe.int/Treaty/Commun>. Consultado el 26 de Noviembre, 2012.

²⁴ El artículo 31 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya establece que: "1.- Los magistrados de la misma nacionalidad de cada una de las partes litigantes conservarán su derecho a participar en la vista del negocio de que conoce la Corte. 2.- Si la Corte incluyere entre los magistrados del conocimiento uno de la nacionalidad de una de las partes, cualquier otra parte podrá designar a una persona de su elección para que tome asiento en calidad de magistrado. Esa persona deberá escogerse preferiblemente de entre las que hayan sido propuestas como candidatos de acuerdo con los artículos 4 y 5". REMIRO BROTONS Antonio, *Derecho Internacional; tratados y otros documentos*, McGraw Hill, Madrid, 2001, p. 654.

- elección, de que las decisiones de sus propios tribunales y otras autoridades judiciales que violen la soberanía de inmunidad de Alemania, se hagan inejecutables; y
4. Condenar a la República Italiana a tomar todas aquellas medidas para asegurarse de que sus tribunales no den trámite a acciones jurídicas en contra de Alemania fundados en los temas a los que se refiere el caso.²⁵

A la demanda, recayó una reconvencción, en la que Italia buscaba fundamentalmente la reparación adecuada a víctimas italianas, por parte de Alemania, en virtud de las “graves violaciones del derecho internacional cometidas por las fuerzas del Reich Alemán”.²⁶ Por tecnicismos que son irrelevantes para los alcances de este artículo, dicha reconvencción fue considerada inadmisibile por la CIJ.

El Estatuto de la CIJ, permite que terceros Estados participen en el juicio, tanto en su carácter de partes (en algo semejante a lo que en derecho mexicano sería calificado como *tercería*), o como lo que usualmente se reconoce como *amicus curiae*. La República Helénica participó en este segundo carácter en este caso, dado su marcado interés, al ser esencialmente sentencias dictados por tribunales griegos, los que estaban siendo ejecutados por los tribunales italianos en contra de Alemania.

Los argumentos de las partes eran entonces relativamente claros. Por una parte, Alemania aseguraba que los tribunales italianos no podían admitir y tramitar demandas interpuestas por particulares en contra de dicho Estado, al estar éste protegido por Inmunidad Jurisdiccional Soberana. Italia por su parte, sugería que los actos cometidos por Alemania, eran de tal gravedad y violatorios de normas de *ius*

²⁵ Sentencia de la CIJ; párrafos 15 a 17.

²⁶ “By an Order of 4 July 2011, the Court authorized Greece to intervene in the case as a non-party, in so far as this intervention was limited to the decisions of Greek courts which were declared by Italian courts as enforceable in Italy.” Ver Sentencia de la CIJ, párrafos 4 y 10.

cogens, que implicaban una excepción a la inmunidad jurisdiccional soberana de Alemania.²⁷

El hecho de que la inmunidad jurisdiccional tiene límites se puede advertir de cuando menos, algunas de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, de 2004.²⁸

Italia tenía como su principal argumento el que en su opinión, existe un vínculo entre la ejecución por parte de Alemania de sus acciones tendientes a compensar a las víctimas por violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario, y el hecho de que dichas víctimas no tienen un vehículo adecuado para reclamar dicha reparación. Italia sostiene que en estos casos, hay una excepción a la inmunidad de jurisdicción de la que gozaría Alemania en otros casos. Italia intuye entonces un límite a la inmunidad jurisdiccional cuando lo que está en juego son violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario.²⁹

²⁷ La única excepción, es que Italia se allanó a la petición de Alemania en lo que corresponde al embargo de Villa Vigoni, con relación a la cual, Italia no objetaría a que la CIJ ordenara la conclusión de tales medidas en virtud del uso que se otorgaba a dicho inmueble. Sentencia de la CIJ, párrafo 38.

²⁸ “Artículo 7. Consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción.

1.- Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto: a) por acuerdo internacional; b) en un contrato escrito; o c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado.

2.- El acuerdo otorgado por un Estado respecto de la aplicación de la ley de otro Estado no se interpretará como consentimiento en el ejercicio de jurisdicción por los tribunales de ese otro Estado.”

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/pim/pim41.pdf> consultado el 27 de Noviembre, 2012. Al hacer la consulta, dicho tratado internacional no está aún en vigor, en los términos del propio artículo 30 del mismo que establece que entrará en vigor al 30º día posterior al depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión con el Secretario General de las Naciones Unidas. Para el status ver <http://treaties.un.org/Pages>, consultado el 27 de Noviembre de 2012.

²⁹ Sentencia de la CIJ, párrafo 45.

Así, Italia está arguyendo, en el fondo, que la inmunidad, en cuanto a *acta jure imperii* no se extiende a daños o delitos que ocasionen muerte, lesión personal, o daño a la propiedad cometidos en el territorio del Estado del foro, y, segundo, que, independientemente de dónde tuvieron lugar los actos relevantes, Alemania no tenía derecho a inmunidad dado que esos actos involucran violaciones a normas *ius cogens* para las cuales no hay otros medios de exigibilidad.³⁰

Ninguna de las partes niega que Alemania actuó durante la Segunda Guerra Mundial en violación del derecho internacional humanitario y en contra del *ius in bello* en términos generales. La propia CIJ describe los hechos como actos “en completa violación de las más elementales consideraciones de humanidad”.³¹ Lo que Alemania arguye es simplemente que ya cubrió las compensaciones adeudadas, que ello está contemplado en los tratados internacionales antes referidos y que además, está protegida por la inmunidad soberana en temas jurisdiccionales reconocida por la costumbre internacional en los términos del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La CIJ no considera que Alemania haya intentado lo suficiente para compensar a las víctimas de dichas atrocidades. De hecho, emite un peculiar e inusual (en sus sentencias) extrañamiento a los germanos con relación al texto de la legislación de compensación del año 2000:

*The Court considers that it is a matter of surprise – and regret – that Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize, particularly since those victims had thereby been denied the legal protection to which that status entitled them.*³²

³⁰ Sentencia de la CIJ, párrafo 61.

³¹ Sentencia de la CIJ, párrafo 52.

³² “La Corte considera que es objeto de sorpresa – y lamento – que Alemania haya decidido negar compensación a un grupo de víctimas sobre la base de que tuvieron derecho a un status que, en el momento relevante, Alemania había rechazado

Lo que la Corte debe decidir finalmente en términos sustantivos es si en los procedimientos relativos a reclamaciones de compensaciones resultantes de las atrocidades descritas en el caso, y a las que se ha hecho breve referencia en este texto, los tribunales Italianos estaban obligados a acordar a Alemania, inmunidad de jurisdicción. La resolución de la Corte fue afirmativa³³ y por ello, condenó a Italia, prácticamente a la totalidad de las prestaciones reclamadas por Alemania.

La CIJ recalcó que su decisión se refería a acciones de los Estados, sin importar la gravedad de la violación o el hecho de que las normas violadas fueran perentorias de derecho internacional público.³⁴ Finalmente, desechó el argumento de último recurso esgrimido por Italia en el sentido de que no existía otro vehículo para que los afectados pudieran eficientemente exigir las compensaciones que reclamaban.³⁵

reconocer, particularmente dado que por tal motivo, se les había negado a dichas víctimas, la protección legal a la que dicho status les otorgaba derecho". (traducción del autor). Sentencia de la CIJ, párrafo 99.

³³ "In the Court's opinion, State practice in the form of judicial decisions supports the proposition that State Immunity for *acta jure imperii* continues to extend to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State...

The Court considers that customary international law continues to require that a State be accorded immunity in proceedings for torts allegedly committed on the territory of another State by its armed forces and other organs of State in the course of conducting an armed conflict." Sentencia de la CIJ, párrafos 77-78.

³⁴ "The Court concludes that, under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict. In reaching that conclusion, the Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not an issue in the present case". Sentencia de la CIJ, párrafos 89, 91.

³⁵ "The Court cannot accept Italy's contention that the alleged shortcomings in Germany's provisions for reparation to Italian victims, entitled the Italian courts to deprive Germany of jurisdictional immunity... The Court therefore rejects Italy's argument that Germany could be refused immunity on this basis... The Court is not

El 3 de febrero de 2012, la CIJ dictó su sentencia. Prácticamente con relación a cada una de las proposiciones contenidas en la sentencia, las prestaciones fueron otorgadas a favor de Alemania,³⁶ con el voto en contra del juez brasileño Cançado Trindade³⁷. En la primer prestación otorgada, votaron también en contra los jueces de Italia, Gaja, y de Somalia, Yusuf.

unaware that the immunity from jurisdiction of Germany in accordance with international law may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned”. Sentencia de la CIJ, párrafos 101, 103-104.

³⁶ “The Court, (1) By twelve votes to three, finds that the Italian Republic has violated its obligation to respect the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law by allowing civil claims to be brought against it based on violations of international humanitarian law committed by the German Reich between 1943 and 1945... (2) By fourteen votes to one, finds that the Italian Republic has violated its obligation to respect the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law by taking measures of constraint against Villa Vigoni... (3) By fourteen votes to one, finds that the Italian Republic has violated its obligation to respect the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law by declaring enforceable in Italy decisions of Greek courts based on violations of international law committed in Greece by the German Reich... (4) By fourteen votes to one, finds that the Italian Republic must, by enacting appropriate legislation, or by resorting to other methods of its choosing, ensure that the decisions of its courts and those of other judicial authorities infringing the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law cease to have effect”. Sentencia de la CIJ, párrafo 139.

³⁷ El interesante voto particular de dicho juez refleja con claridad su interpretación distinta del caso, ponderando a favor de la protección de los derechos humanos, y en detrimento de los atributos de la inmunidad soberana. Los antecedentes de dicho Juez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, claramente justifican y fortalecen su visión. De particular interés son los apartados XVI y XVIII de su voto particular que se refieren a “Inmunidad de Estado versus el Derecho de Acceso a la Justicia” por una parte, y “La Persona Humana y las Inmunidades Estatales: Lo Corto de Miras de la Visión Inter – Estatal”. Dicho voto particular puede consultarse en <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16891.pdf> De los comentarios de dicho juez, destaco:

“History shows that war crimes and crimes against humanity are generally committed by individuals with the support of the so-called State “intelligence” (with all its cruelty), misuse of language, material resources and the apparatus of the State, in pursuance of State policies. The individual and the State responsibilities for such crimes are thus complementary, one does not exclude the other; there is no room for the invocation of State immunities in face of those crimes”, página 53 de su voto particular.

La decisión de la Corte ha sido calificada por sus críticos como “deliberadamente estrecha”,³⁸ al determinar que no existe ninguna excepción de daño territorial a la inmunidad en el contexto de reclamaciones que resultan de acciones realizadas por fuerzas armadas durante un conflicto armado.

El error, en la opinión de Trapp, es justamente que la inmunidad debería otorgarse solamente en aquellos casos en los que la conducta de las fuerzas armadas es congruente con el Derecho Internacional Humanitario, y por ende, tal como lo afirmaba Italia, no debería estar presente cuando se violentan disposiciones de esta clase. En su opinión, ésta es claramente la postura que parecerían haber defendido en el caso *Reparations* los entonces jueces de la CIJ, Higgins, Buergenthal y Kooijmans³⁹

IV] Algunas conclusiones

Para poder entender claramente las repercusiones de este caso, resulta necesario entender qué es y por qué existe la inmunidad soberana de los Estados. “La inmunidad jurisdiccional del Estado puede definirse como el atributo de todo Estado soberano, que impide que otros Estados ejerzan jurisdicción sobre los actos que realice en ejercicio de su potestad soberana, o bien sobre los bienes de los cuales es titular o utiliza en ejercicio de dicha potestad soberana”.⁴⁰

Although sovereign immunity is in various domestic statutes proclaimed as a general principle, subject to wide-ranging exceptions, it is, of course, itself an exception to the

³⁸ TRAPP Kimberley N. & MILLS Alex, *Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v Italy*, en *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (1)1: 153-168 (2012), p. 156.

³⁹ “Where there is an international armed conflict, international humanitarian law would apply and provide for immunity from the territorial state’s criminal jurisdiction for individual members of the armed forces, insofar as their conduct was in compliance with international humanitarian law, through the ‘combatant’s privilege’”. *Ibidem*, p. 157.

⁴⁰ ORTIZ AHLF Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford University Press, 3ª Edición, México, 2007, p. 176.

*general rule of territorial jurisdiction, the enumeration of non-immunity situations is so long, that the true situation of a rapidly diminishing exception to jurisdiction should be appreciated.*⁴¹

Cassese explica cómo la doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los estados extranjeros tiene cuando menos dos sustentos: (i) Los Estados no deben interferir con actos públicos de Estados soberanos extranjeros, por respeto a su propia independencia, y (ii) el poder judicial no debe interferir con la conducta de política extranjera de otros países. Evidentemente la pregunta es si ésta debe resultar aplicable cuando los actos de la autoridad no son legítimos sino claramente violatorios del derecho y particularmente si violentan normas con categoría de *ius cogens*.⁴²

¿Es factible decir que un Estado es soberano aún cuando dicha soberanía tiene límites? Por supuesto que sí.⁴³ La soberanía de todos los Estados está condicionada por tales necesarias calificaciones reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Tal como lo señala Endicott, para que un Estado sea soberano, necesita poder, para regular la vida en comunidad y en relación a ello, tener suficiente libertad de interferencia exterior y tener personalidad jurídica plena en el ámbito internacional. “Los Tratados podrían violar la soberanía, así como las reglas que son tratadas por la comunidad internacional como normas de *ius cogens*, pero

⁴¹ “A pesar de que la inmunidad soberana es proclamada en diversas legislaciones nacionales como un principio general, sujeta a excepciones de un amplio espectro, es, por supuesto, una excepción, en sí misma, a la regla de la jurisdicción territorial. La enumeración de las situaciones de ausencia de inmunidad es tan larga, que la situación verdadera de una excepción a la jurisdicción que disminuye rápidamente, debería ser considerada”. (traducción del autor). SHAW Malcolm N., Q. C., *International Law*, Cambridge University Press, 6ª Edición, Cambridge, 2010, p. 749.

⁴² CASSESE Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2ª Edición, Oxford, 2005, p. 99.

⁴³ “State Sovereignty is not unfettered. Many international rules restrict it. In addition to treaty rules, which of course vary from State to State, limitations are imposed upon State sovereignty by customary law. They are the natural legal consequence of the obligation to respect the sovereignty of other States”. *Ibidem*, p. 98.

ninguna de ellas lo hace simplemente por el hecho de establecer obligaciones a los Estados".⁴⁴

El propio Hart arguye cómo la limitación de la soberanía es perfectamente factible e incluso necesaria:

*The rules of international law are indeed vague and conflicting on many points, so that doubt about the area of independence left to states is far greater than that concerning the extent of a citizen's freedom under municipal law. None the less, these difficulties do not validate the a priori argument which attempts to deduce the general character of international law from an absolute sovereignty, which is assumed, without reference to international law, to belong to states.*⁴⁵

Los límites a partir de finales del siglo XIX se dieron al distinguir los actos ejecutados *jure gestionis* y *jure privatorum*, esto es, dependiendo de si el Estado extranjero los realiza en su carácter de autoridad (supraordenación) o como particular sujeto al derecho privado (coordinación).⁴⁶ Los primeros estarían protegidos por la inmunidad jurisdiccional, en tanto que los segundos no. El *status questionis* parecería indicar entonces que cualquier acto de carácter bélico realizado por un Estado, sea éste legal o ilegal, estaría protegido por la inmunidad jurisdiccional soberana.⁴⁷

⁴⁴ ENDICOTT Timothy, en BESSON Samantha & TASIOLAS John (Eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 254.

⁴⁵ "Las reglas de derecho internacional son en verdad ambiguas y conflictivas en muchos puntos, de tal manera que la duda acerca del área de independencia dejado a los estados es mucho más grande que la concerniente a la extensión de la libertad de un ciudadano en los términos del derecho local. No obstante, estas dificultades no validan el argumento *a priori* que intenta deducir el carácter general de derecho internacional de una soberanía absoluta, que se asume, sin referencia al derecho internacional, pertenece a los estados". (traducción del autor). HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2ª Edición, Oxford University Press, Oxford, Clarendon Law Series, 1997, p. 223.

⁴⁶ "The doctrine currently prevailing holds that acts performed *jure gestionis*, that is, private or commercial transactions of States, are subject to foreign jurisdiction. In contrast, acts performed *jure imperi*, that is by the foreign State in its capacity as a Sovereign, are immune". CASSESE Antonio, *International Law... op. cit.*, p. 100.

⁴⁷ En el año 2001, la Corte Europea de Derechos Humanos, aunque con varios votos particulares en contra, determinó que independientemente del carácter perentorio o

En la actividad gubernamental y en especial jurisdiccional, resulta importante respetar la inmunidad jurisdiccional de los Estados. Al mismo tiempo, procurar la protección y defensa de los derechos humanos es particularmente importante en una época a la que Massini llama “paradójica”, dado que “en el mismo momento en que se proclaman y defienden con más énfasis los ‘derechos humanos’, es cuando menos las principales corrientes del pensamiento se encuentran habilitadas para fundarlas”⁴⁸ y además, cuando éstos probablemente más se violan.

En la medida en que el mundo siga teniendo como modelo de organización jurídica y política el esquema de Estados modernos (y con las correspondientes disputas en torno a quienes arguyen que debería por diversos motivos hablarse de Estados contemporáneos), la inmunidad soberana tiene sentido y su respeto fortalece la convivencia en comunidad global. No obstante, prácticamente todos entienden que dicha inmunidad no es infranqueable y que debe tener algunos límites y restricciones.⁴⁹ Lo que hoy se

de *ius cogens* de la norma violada por una acción cometida por un Estado (en dicho caso se trataba de tortura), prevalecía la inmunidad jurisdiccional soberana. Dicha resolución es congruente con la resolución del caso que aquí se revisa. Ver *Al-Adsani v UK*, ECHR, 21. Noviembre 2001.

⁴⁸ Massini añade: “Por ello, de lo que se trata es de volver a plantear una vez más la cuestión del ‘ser’ en lugar del ‘aparecer’, del ‘esto es así’ en lugar del ‘como si’, del ‘debo’ en lugar de los ‘inventados’. Sólo así será posible arraigar los derechos de las personas en el suelo firme de la realidad – en este caso de la realidad humana – y de su conocimiento otorgándoles, de ese modo, una justificación racional acorde con la seriedad y gravedad de su exigencia”. MASSINI CORREAS Carlos I., *Los Derechos Humanos en el Pensamiento Actual*, 2ª Edición, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 191, 196.

⁴⁹ “In the Federal Republic of Germany, the Constitutional Court (which holds power to clarify the existence *vel non* of general rules of international law) ... (has found) that the absolute doctrine of immunity lost its general applicability as a universal norm and was to be replaced by the restrictive theory”. TOMUSCHAT Christian, *The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions*, <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Tomuschat-cr.pdf> consultado el 28 de Noviembre, 2012, p. 1118.

disputa en este caso y en otros foros, es la pregunta en torno a dónde deben estar dichos límites y restricciones.

La lectura de la Sentencia de la CIJ en Alemania v Italia tendrá interpretaciones que podrán ser contradictorias. Aquellos que favorezcan la solidez y fortaleza del Estado como indispensable para promover la sana convivencia internacional en la búsqueda del bien común internacional, la considerarán adecuada al reconocer la inmunidad jurisdiccional soberana de Alemania, en tanto que algunos defensores de derechos humanos considerarán que se ha fallado, en aras de la inmunidad de jurisdicción del Estado, a la adecuada defensa de los derechos humanos al impedir la compensación merecida para los reclamantes.

Estamos ante una resolución que claramente debe ponderar entre dos principios esenciales para el orden jurídico internacional, en una interpretación principialista.

Es aquí donde la hermenéutica jurídica debe actualizarse y mejorarse como señala Dworkin:

*El juez debe tomar decisiones creativas, pero ha de intentar hacerlo continuando lo anterior... la mejor interpretación de las decisiones judiciales pasadas es la interpretación que muestra con la mayor lucidez, no estética, sino política, acercándolas lo más posible a los ideales correctos de un tema legal justo.*⁵⁰

La postura italiana genera empatía y podría sintetizarse señalando que no objeta el concepto de inmunidad jurisdiccional, pero que ésta no debería llevar a la impunidad. ¿Realmente es eso lo que está en juego? ¿No había Alemania ya pagado las compensaciones y existen 3 tratados internacionales cuando menos que lo acreditan? La gran pregunta es si vale la pena proteger con inmunidad jurisdiccional actos de autoridad que son claramente violatorios del derecho.

⁵⁰ VIGO Rodolfo L., *Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 59, citando a DWORKIN, *Natural law revisited*.

La resolución de la CIJ se basa casi exclusivamente en Derecho Internacional Consuetudinario, que es la segunda fuente autónoma del Derecho Internacional Público, conforme al cual debe resolver dicho tribunal, en los términos de su propio Estatuto, del que son partes tanto Italia, como Alemania y Grecia. La CIJ reconoció conforme a las reglas estipuladas en los casos relativos a ello, y especialmente lo señalado en el *North Sea Continental Shelf Case*, la existencia de una costumbre internacional que otorga a los Estados inmunidad jurisdiccional, "que deriva del principio de igualdad soberana de los Estados".⁵¹

Parece extraño que no haya fundado su resolución, cuando menos parcialmente en el hecho de que existen de manera expresa, tres tratados internacionales⁵² suscritos por las partes otorgando finiquitos a Alemania, previos a los casos iniciados tanto en Italia, como en Grecia, y que se buscaban ejecutar conforme a la resolución de la Corte de Casación italiana.

La Corte entonces centra su atención en el concepto sustancial de la inmunidad jurisdiccional de Alemania, aún en contra de reclamaciones que buscan compensación por actos cometidos en violación de normas imperativas de derecho internacional público. La CIJ está aclarando el panorama para señalar cómo en este tema, el camino hacia la reclamación judicial en tribunales locales de otros países, no será la vía adecuada, sino que, habría que buscar la reclamación ya sea en los tribunales locales del Estado al que se reclama, o por los conductos oficiales ante tribunales internacionales.

De hecho, no es nada nuevo. Lo que la CIJ está afirmando es que la posibilidad de permitir que los tribunales de un país embarguen y ejecuten sentencias contra otro

⁵¹ El reconocimiento de dicha costumbre resulta del análisis de la actuación de los poderes ejecutivos y judiciales de diversos Estados, entre ellos Argentina, Australia, Canadá, Israel, Japón, Sudáfrica, los Estados Unidos de América, Bélgica, Irlanda, Grecia, Polonia, Eslovenia y otros. Sentencia de la CIJ, párrafos 57, 62-76.

⁵² Según son definidos por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Estado en temas como éste y sin acudir a instancias internacionales traería más perjuicios que beneficios en todos los ámbitos, y por ello, la costumbre protege a los Estados con la inmunidad. La costumbre además es clara y cumple con los requisitos del *inveterata consuetudo* y del *opinio iuris sive necessitatis*.⁵³

Coincido con Tomuschat cuando señala que los jueces nacionales de un país víctima estarán normalmente mal situados para administrar justicia de una forma imparcial y objetiva, y al contrario, estarán normalmente sujetos a enorme presión de parte de la población de su propio país, limitando de manera natural su propia independencia y objetividad. Además, si se permitiera en el ámbito internacional esta clase de afectaciones a los bienes de un Estado, se desataría con enorme probabilidad una carrera donde sólo los más poderosos podrían prevalecer.⁵⁴

¿Quién limitaría resoluciones injustas que pudieran dictar algunos tribunales nacionales en contra de Estados menores? La ausencia de respeto a la inmunidad jurisdiccional generaría muy probablemente abusos del derecho por tribunales de países proselitistas en temas específicos o particularmente poderosos e inhibiría quizá la inversión y presencia de activos de un Estado en otro, entre otras consecuencias previsibles.

Aunque la sentencia se refiere a la relación entre Italia y Alemania; sus implicaciones son enormes y para un número significativo de asuntos que se darán con frecuencia ante tribunales internacionales. Sin más, esta resolución tendrá implicaciones por ejemplo, en el caso que recientemente

⁵³ "The practice is absolutely consistent; there is not a single case outside of Greece and Italy where Germany was ordered by the courts of another country to make reparation payments for damages caused by military operations during World War II. As explained above, reparation was affected in the stipulations in the Postdam Agreement and its further elaboration, and through unilateral acts of German legislation". TOMUSCHAT Christian, *op. cit.*, p. 1139.

⁵⁴ "Additionally, in the case of mass injustices after armed hostilities between two countries, the courts would have great difficulty trying to cope with hundreds, thousands, or perhaps even millions of private claims". *Ibidem*, p. 1131-1132.

Argentina ha iniciado en contra de Ghana relativo a la liberación del embargo sobre la fragata *Libertad* ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.⁵⁵

Los derechos humanos deben ser respetados, pero es perfectamente factible ponderar las vías para que esto ocurra, con mecanismos que favorezcan y respeten la inmunidad jurisdiccional soberana de los estados. Parece tener razón el jurista alemán Christian Tomuschat, cuando sostiene cómo “state immunity has fully kept its *raison d’être* and should not be abandoned on account of narrow considerations which do not take into account the comprehensive structure of the rules and mechanisms of international law”.⁵⁶

⁵⁵ Tribunal establecido de conformidad a la Convención de Montego Bay de 1982, con sede en Alemania. El Caso 20, “The ARA Libertad Case” (Argentina v Ghana); provisional measures puede ser consultado en www.itlos.org.

⁵⁶ “La inmunidad del estado ha mantenido su razón de ser y no debería de ser abandonada sobre la base de estrechas consideraciones que no toman en consideración la estructura íntegra de las reglas y mecanismos del derecho internacional”. (traducción del autor). TOMUSCHAT Christian, *op. cit.*, p. 1105.

La decisión racional en el derecho

MARIO DE LA MADRID ANDRADE¹

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *El ámbito normativo del derecho.* III. *El ámbito fáctico del derecho.* IV. *La única respuesta correcta.* V.- *La dimensión subjetiva en la aplicación del derecho.* VI. *La filosofía del lenguaje: la argumentación jurídica.* VII. *La decisión racional en el derecho.*

Resumen. En la práctica jurídica se configura un proceso discursivo mediante el que se toman decisiones. Quienes toman decisiones jurídicas deben formular argumentos y realizar enjuiciamientos valorativos, lo cual comporta una actividad racional. La práctica del derecho ha puesto de manifiesto la influencia de la subjetividad en las tareas de integración, interpretación y aplicación de las normas jurídicas; un consenso sólo puede lograrse en las relaciones intersubjetivas, pero además, resulta innegable la necesidad de un elemento que cumpla la función que desempeña la prudencia en la ética, al momento de tomar decisiones en la práctica jurídica.

Palabras claves: argumentación, filosofía del lenguaje, decisión racional.

Abstract. *In legal practice, decisions are taken after a discursive process in which decision makers formulate evaluative arguments. This implies a rational activity. The practice of law has shown the impact of the subject in the integration tasks, interpretation and application of legal rules. Only through an interpersonal dialog can a consensus be achieved, but it is undeniable that there is also a need for an element that matches the function played by prudence in ethics, when making decisions of law.*

¹ Notario Público adscrito y abogado postulante. Profesor de derecho de la Universidad de Colima y la Universidad Panamericana.

Correo electrónico: mdelamadrida@hotmail.com

Keywords: argumentation, language philosophy, rational decision.

I] Consideraciones preliminares²

Un sistema jurídico está constituido por dos grandes ámbitos: un *ámbito normativo* –su *lado pasivo*– que está conformado por *reglas y principios*, y un *ámbito fáctico* –su *lado activo*– que se refiere a la práctica jurídica. Es en este segundo ámbito en el que se aprecia la esencia del derecho, puesto que éste “se configura en buena medida, e inevitablemente, a través de un proceso discursivo”,³ en el que se argumenta, se formulan juicios de valor y se toman decisiones.

Las decisiones *jurídicas* deben ser *racionales* desde una doble perspectiva: por una parte, habrán de ser producto de la razón, es decir, del razonamiento práctico; y por otra, habrán de estar justificadas en razones. Como lo expresa Wróblewski, “la racionalidad de las decisiones se comprueba por su justificación”.⁴ La parte más relevante del discurso jurídico es la adopción de decisiones jurídicas justificadas. De ahí que se produzca en este punto una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

En términos generales, es posible identificar decisiones jurídicas en la creación (decisiones legislativas), en la interpretación (decisiones interpretativas) y en la aplicación del

² Hace algunos años propuse, en el seno académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima, que al inicio de cursos un profesor abordara un tema que fuera referente para que sus colegas lo analizaran con los alumnos y, a partir de él, construyeran nuevos enfoques. Esta disertación recibió el nombre de *lectio brevis*. Ha correspondido ahora a su servidor ese privilegio, por lo que estaré satisfecho si el tema que trataré despierta en la comunidad académica interés para profundizar en el derecho a partir de estas ideas.

³ SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos. De la Crisis del Positivismo a las Teorías de la Argumentación Jurídica y sus Problemas*, Porrúa, México 2012, p. 62.

⁴ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y Hecho en el Derecho*, 1ª reimpresión, Fontamara, México 2003, p. 60.

derecho (decisiones aplicativas).⁵ En el presente ensayo sólo nos ocuparemos de las decisiones en este último sector. Veamos.

II] El ámbito normativo del derecho

1.- Reglas y principios

El derecho como sistema normativo está conformado por reglas y principios. De hecho, toda norma es una regla o un principio,⁶ en especial tratándose de normas de derecho fundamental. Tanto las reglas como los principios son normas que establecen lo que es debido y pueden ser formuladas con expresiones *deónticas* como las del mandato, el permiso y la prohibición. En ese sentido, ambas clases de normas proporcionan “razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aún cuando sean razones de tipo muy diferente”.⁷ De acuerdo con Alexy, ésta es la distinción técnico-estructural más importante de las normas de derecho fundamental.⁸

Entre reglas y principios existe no sólo una diferencia *gradual*, sino *cualitativa*.^{9,10,11} Desde la perspectiva de su

⁵ *Ibidem*, pp. 45, 47.

⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 68.

⁷ *Ibidem*, pp. 64-65.

⁸ *Ibidem*, p. 63.

⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰ Dworkin emplea dos argumentos para distinguir entre reglas y principios. “El primero dice que las reglas son aplicables en la forma todo-o-nada (*all-or-nothing-fashion*), pero en cambio los principios no [...]. El segundo argumento [...] hace valer que los principios tienen una dimensión (de peso) que las reglas no exhiben [...] que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da valor decisivo al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor [...]. En cambio, en un conflicto entre reglas [...] al menos una debe siempre ser inválida” (ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, segunda reimpresión, México 2002, pp. 10-11).

¹¹ Para Zagrebelsky, la distinción esencial entre reglas y principios “parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas

generalidad –tesis débil–, “los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas, de un nivel relativamente bajo”.¹² Aun cuando este *criterio de grado* se utiliza con frecuencia para distinguir entre reglas y principios, el punto decisivo de la distinción está, según Alexy, en la *cualidad* de la norma¹³ –tesis fuerte–.

En efecto, los “principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida en su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.¹⁴ La forma característica de aplicación de los principios es la *ponderación*.

Por su parte, “las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el ámbito de lo posible fáctica y jurídicamente”.¹⁵ La forma característica de aplicación de las reglas es la *subsunción*.

García Figueroa ha entendido que la tesis de Alexy de la separación entre reglas y principios es *ontológica*, pero al mismo tiempo se caracteriza en términos *funcionales*. Ese rasgo dual se debe a que “las reglas son (aplicadas como)

previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas”.

Agrega que por carecer de supuesto de hecho, “a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance” (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, décima edición, Trotta, Madrid 2011, pp. 110, 111).

¹² *Ibidem*, p. 65.

¹³ Cfr. ALEXY, *Teoría...*, p. 68. Cfr. ALEXY, *Derecho...*, p. 10.

¹⁴ El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos. ALEXY, *Teoría...* pp. 67-68. ALEXY, *Derecho...*, pp. 13-14.

¹⁵ ALEXY, *Derecho...*, p. 14. ALEXY, *Teoría...*, p. 68.

mandatos definitivos o de determinación y los principios son (aplicados como) mandatos de optimización”.¹⁶

En opinión de Alexy, “la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre derecho y moral”.^{17,18} Por ello, la teoría de Alexy ha sido denominada por alguno como una teoría *no positivista principialista*, puesto que uno de sus argumentos podría formularse señalando que “si existen principios en el derecho, entonces existe una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral”.¹⁹ Y es que la tarea de optimización de los principios “es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre moral, a causa de su contenido moral”.²⁰

2.- El sistema jurídico como sistema abierto

El reconocimiento de los principios en el ordenamiento jurídico da lugar a lo que Alexy denomina *lagunas de indeterminación*, que impiden que la decisión se sustente en un *razonamiento lógico-deductivo*, es decir, en términos meramente formales, por lo que es preciso adoptar un pensamiento práctico que es inevitablemente valorativo.²¹

Sin duda alguna, este aspecto le otorga al sistema jurídico un rasgo de apertura. Si nos colocamos en el contexto

¹⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “¿Existen Diferencias entre Reglas y Principios en el Estado Constitucional? Algunas Notas sobre la Teoría de los Principios de Robert Alexy”, en ALEXY, Robert, *Derecho Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Fontamara, México 2010, p. 342.

¹⁷ ALEXY, *Derecho ...*, p. 15.

¹⁸ El positivismo moderno “expresa únicamente la idea de que, desde el punto de vista descriptivo, el derecho o las normas jurídicas se identifican como tales a través de ciertas fuentes formales. No trata de ir más allá para afirmar la justificación de la autoridad de tales leyes. [...] Con las leyes se han hecho, se hacen y se harán todo género de arbitrariedades, [...]. Pero el hecho de que sean leyes no implica que tengan calidad moral ni que deban ser obedecidas” (LAPORTA, Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, tercera edición, Fontamara, México 2000, p. 26).

¹⁹ GARCÍA FIGUEROA, *op. cit.* p. 336.

²⁰ Cfr. ALEXY, *Derecho ...*, p. 14.

²¹ Cfr. SERNA, *op. cit.* p. 62.

de los derechos fundamentales, en algunas situaciones será preciso dotarlos de contenido con prioridad a la decisión, e incluso, el derecho fundamental de que se trate podrá entrar en colisión con otro derecho fundamental, lo que exigirá determinar cuál habrá de prevalecer en el caso particular. En estos supuestos habrá de realizarse un razonamiento valorativo, con elementos extrajurídicos.

¿Y qué decir cuando la aplicación de la norma jurídica aplicable transgrede derechos fundamentales en la situación concreta? El efecto de irradiación de los derechos fundamentales a todo el sistema jurídico comporta la necesidad de omitir la aplicación de tal norma "sobre bases constitucionales y éticas porque en los estados constitucionales toda norma presenta finalmente una base ética".²² En algunos casos, la mera inaplicación de la norma no será suficiente para la decisión del caso, sino que además habrá que construir la norma faltante en el sistema, lo que nos conduce de nuevo a la necesidad de emitir juicios de valor.

Pero el ámbito de las reglas tampoco escapa a su apertura. El sistema jurídico es siempre un *sistema abierto*,²³ en particular, a.- por la vaguedad o ambigüedad del lenguaje, b.- por la posibilidad de conflicto entre normas y, c.- por la existencia de casos no regulados. Sin duda, algunas de estas hipótesis podrían caer en el seno de los denominados *casos difíciles*, en los cuáles surge el problema para determinar el alcance deóntico de la conducta exigida.

Por una parte, el hecho de que los enunciados jurídicos se expresen por medio del lenguaje, en la práctica origina, de manera inevitable, *problemas lingüísticos* al momento de interpretar su contenido. Estos problemas son *semánticos* (por el significado de las palabras),²⁴ *sintácticos* (por la estructura

²² GARCÍA FIGUEROA, *op. cit.* p. 369.

²³ Cfr. ALEXI, *Derecho ...*, pp. 7-8.

²⁴ Como lo señala Hallivis, el "significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana en la que son usadas" (HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría General de la Interpretación*, Porrúa, México 2007, p. 453).

gramatical de los enunciados),²⁵ y *pragmáticos* (por las diferentes connotaciones que pueden adquirir una expresión según el contexto o la finalidad con la que se emplea²⁶).²⁷

Como lo afirma Wróblewski, “la vaguedad del lenguaje jurídico se considera como un factor determinante de los problemas de la interpretación”.²⁸ En este sentido, se diferencia entre la *norma sintáctica* (estructura de la norma) y *norma semántica* (significado de las normas),²⁹ es decir, entre la *expresión de la norma* y la *norma expresada*.³⁰

El sistema normativo presenta, por otra parte, problemas *lógicos* que se materializan, entre otros, en los casos de *antinomias*, es decir, cuando dos normas que regulan total o parcialmente la misma situación entran en conflicto.³¹

Por último, tenemos los casos no regulados por las normas jurídicas, lo que nos sitúa en el ámbito de las *lagunas normativas*. Y es que quien “toma la decisión se enfrenta a tres tipos de situaciones: o bien la norma-formulación contempla los hechos del caso, o bien no los contempla, o no sabe bien si se trata de lo primero o de lo segundo”.³²

²⁵ Por ejemplo, el orden de las palabras, la puntuación o el uso de adjetivos, adverbios o conectivas, etcétera.

²⁶ Por ejemplo, cuando se emplea la expresión “podrá”, que podría referirse a una conducta facultativa, o bien, obligatoria, según el contexto; o cuando se estructura la norma con base en “conceptos jurídicos indeterminados”.

²⁷ HALLIVIS, *op. cit.* pp. 453-456.

²⁸ WRÓBLEWSKI, *op. cit.* p. 131.

²⁹ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, 2ª reimpresión, Fontamara, México 2003, pp. 25, 27.

³⁰ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 57ª reimpresión, Porrúa, México 2004, p. 331.

³¹ Como problemas lógicos también se han señalado 1. las *redundancias* (cuando dos textos normativos diferentes establecen o prescriben lo mismo para el mismo supuesto) y 2. las *presuposiciones* (cuando una disposición establece falsas o absurdas presuposiciones de hecho, por ejemplo, se señala que algo es dañino y no lo es; o cuando se hacen presuposiciones incorrectas o defectuosas sobre el derecho vigente, por ejemplo, se emite una nueva disposición, sin reformar las otras disposiciones que tienen relación con ella, o se hace remisión a artículos que no existen). Cfr. HALLIVIS, *op. cit.* pp. 460, 462, 477 y 478.

³² WRÓBLEWSKI, *op. cit.* p. 138.

Como se sabe, en todas estas hipótesis –que son más frecuentes de lo que pudiera pensarse–, el juez está obligado a decidir la cuestión discutida, puesto que el “silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver la controversia”.^{33,34} Ante el defecto o la falta de norma aplicable, el juez habrá de realizar, al emitir su decisión, una labor de *reconstrucción normativa* en el primer caso y de *construcción* en el segundo. En tales supuestos, la mera aplicación mecánica de la norma por medio de la *subsunción* del caso en el supuesto normativo previsto por ésta, resulta imposible por razones lógicas.

III] El ámbito fáctico del derecho

El derecho tiene, además, una faceta que es particularmente trascendente, en la que las normas jurídicas pasan de una situación estática a una posición dinámica, que se identifica con el *proceso de decisión* en los casos concretos. En este proceso no sólo se interpretan las normas jurídicas que podrían ser aplicables al caso, sino también los hechos y las actuaciones –o conductas– procesales. Asimismo, se aplican tales normas y se adoptan decisiones de diversa índole: se decide cómo deben interpretarse las normas y los hechos, si éstos han sido o no demostrados, y, desde luego se decide la cuestión debatida, lo que podría conducir a construir o reconstruir la norma en los casos de apertura. Todo esto no ocurre de manera automática, puesto que quienes realizan

³³ Ante la falta de ley aplicable, las controversias judiciales deben juzgarse conforme a los Principios Generales de Derecho (Artículos 18 y 19 del Código Civil Federal, igual a los Artículos 18 y 19 del Código Civil para el Estado de Colima).

³⁴ Según Wróblewski, en “el campo del derecho no es posible para el órgano que aplica el derecho afirmar que el caso es indecidible, a causa de la ambigüedad, de la indeterminación, o simplemente de la falta de una norma jurídica que se adapte al caso. Pese a todo debe haber una decisión y las deficiencias de la materia jurídica no pueden constituir una excusa. Existe el deber taxativo de decidir el caso y, por eso, un deber de establecer un sentido para la norma jurídica en cuestión, aunque no sea posible establecerlo con los instrumentos puramente lingüísticos del análisis sintáctico y semántico” (WORÓBLEWSKI, *op. cit.* pp. 119-120).

estas labores deben formular argumentos y realizar enjuiciamientos valorativos, lo cual comporta una actividad racional. Éste es el aspecto práctico de lo jurídico. En esa virtud, es factible sostener que *la verdadera dimensión del derecho sólo se aprecia en movimiento*.

Como lo sostiene Tuori, desde “el enfoque del derecho como un fenómeno normativo, las leyes y otros ordenamientos escritos son [...] considerados como materia prima para el derecho más que derecho en sí mismo, es decir, son ‘todavía no derecho’ más que ‘derecho en sí’. El paso de las leyes y otros ordenamientos a derecho o, de un ‘todavía no derecho’ a ‘derecho en sí’ atraviesa por los procesos transformadores de las prácticas jurídicas en sentido estricto, tales como” la interpretación, aplicación y sistematización.³⁵

En este sentido, en la teoría jurídica contemporánea se ha venido desplazando el acento desde el análisis de la estructura del sistema normativo, hacia la perspectiva dinámica del derecho.³⁶ Como quedó señalado, en ésta cobra relevancia el proceso de argumentación y decisión que está matizado por el ingrediente subjetivo de quienes intervienen, que es un aspecto que ha resaltado la hermenéutica jurídica.

IV] La única respuesta correcta

Los planteamientos anteriores nos conducen a la pregunta formulada por la teoría del derecho, respecto de la posibilidad de encontrar en cada caso controvertido una *única respuesta correcta*.

Dworkin sostiene que siempre hay virtualmente una única respuesta correcta para todas las disputas y que las reglas de la interpretación eliminarían la vaguedad.³⁷

Por su parte, Alexy señala que, en particular, cuando se trata de asuntos que se sitúan en un espacio vacío del

³⁵ TUORI, Kaarlo, *Positivismo Crítico y Derecho Moderno*, Fontamara, México 1998, pp. 10, 39.

³⁶ Cfr. SERNA, *op. cit.* pp. 61, 62.

³⁷ Cfr. ENDICOTT, Timothy, *Palabras y Reglas*, Fontamara, México 2004, p. 85.

sistema jurídico, el juez habrá de decidir la cuestión por medio de fundamentos extrajurídicos, por lo que en tales supuestos “no se puede hablar de una única respuesta correcta ya dada por el sistema jurídico, que sólo cabe reconocer”.³⁸

Con independencia de si existe una única respuesta correcta, quienes participan en el discurso jurídico habrán de pretender que la respuesta que estructuren sea la única correcta. Esta pretensión juega el papel de *idea regulativa* en el discurso, si es que los participantes pretenden dotar de pleno sentido a sus argumentos.³⁹

Según Alexy, la “*idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren [...] también responden, entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en ese sentido, son al menos relativamente correctas*”.⁴⁰

Este enfoque de la única respuesta correcta conecta al derecho con la moral, puesto que la *pretensión de corrección* es, en sí misma, una cuestión de tal naturaleza, además de que comporta la formulación de argumentos valorativos. Con todo, la decisión última del caso será la respuesta *definitiva*, con lo cual se satisfará una de las funciones esenciales del derecho, que deriva de su carácter institucional.

V] La dimensión subjetiva en la aplicación del derecho

La práctica del derecho –es decir, el proceso de decisión– ha puesto de manifiesto la importancia que reviste la dimensión del sujeto en las tareas de interpretación,

³⁸ ALEXY, *Derecho ...* p. 7-8.

³⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 24.

integración y aplicación de las normas jurídicas, puesto que tales tareas están matizadas por el bagaje cultural de quien interpreta, por sus sentimientos y emociones, por la manera como comprende los hechos y el material del que se allega para la decisión, y, sin duda alguna, por los juicios valorativos que efectúa, que –como dijimos– deben ser racionales.

El derecho en su aspecto dinámico involucra la adopción de decisiones que requieren de una construcción argumentativa y de juicios de valor. La constatación de esta faceta del derecho marcó el desarrollo de la filosofía jurídica desde dos diversas perspectivas. Por una parte, la corriente filosófica de inspiración *hermenéutica*, que puso énfasis precisamente en el ingrediente subjetivo del conocimiento y de la decisión en el derecho; y por otra, la teoría de la *argumentación*, cuyo enfoque ha sido el diseño de modelos para el control racional de los juicios de valor.⁴¹

La orientación hermenéutica de la filosofía destaca “la inevitable presencia del sujeto en todo proceso de comprensión” y, por lo tanto, en aquellos procesos que tienen lugar en la aplicación y en la elaboración dogmática del derecho.⁴²

Algunas operaciones que se producen en el proceso de aplicación del derecho –como aquellas relacionadas con la selección de la norma aplicable; con la determinación de que los hechos controvertidos encuadran en el supuesto normativo de la regla elegida; con el contenido preceptivo de la norma, por citar algunas–, no se pueden llevar a cabo *sin el concurso personal –creativo y valorativo– del intérprete*. La actividad de aplicación del derecho es “una labor de enjuiciamiento en la cual el aplicador juzga *desde sí mismo*, desde *su* comprensión de los textos jurídicos y de los valores y principios constitucionales, así como desde *su* comprensión del problema jurídico”.⁴³

⁴¹ Cfr. SERNA, *op. cit.* pp. 61-62.

⁴² *Ibidem*, p. 110.

⁴³ *Ibidem*, pp. 111, 112.

Ahora bien, para argumentar y decidir, debemos *comprender*. Desde la perspectiva de la hermenéutica, “nuestra comprensión depende de una serie de condiciones trascendentales”, entre las cuales se encuentra la *precomprensión*, es decir, la *idea previa* respecto del objeto de la comprensión, puesto que nuestro razonamiento descansa sobre datos previamente comprendidos.⁴⁴

La idea previa de las cosas –la precomprensión o prejuicio– “no es completamente obra del sujeto que comprende, sino que aparece proporcionado por la tradición”.⁴⁵ De acuerdo con Gadamer, la “anticipación de sentido que guía nuestra comprensión de un texto *no es un acto de la subjetividad sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición*”.⁴⁶ Ésta se va modificando y enriqueciendo a la vez, por la comprensión de cada sujeto, de tal manera que será en las relaciones intersubjetivas en las que será posible un consenso sobre la materia de la comprensión.⁴⁷

VI] La filosofía del lenguaje: la argumentación jurídica

Por otra parte, la filosofía del lenguaje –o de la comunicación lingüística– ha impreso en la filosofía contemporánea en general, lo que se ha denominado *giro lingüístico*, que ha trascendido al ámbito jurídico. De acuerdo con esta corriente de pensamiento, “cualquier uso del lenguaje consiste, básicamente, en ‘decir algo a alguien’ (aunque ese ‘alguien’ sea uno mismo) y en tal sentido entraña un acto de comunicación”.⁴⁸

⁴⁴ *Ibidem*, p. 113.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 122.

⁴⁶ Citado por SERNA, *op. cit.* p. 122.

⁴⁷ Cfr. SERNA, *op. cit.* pp. 123, 125.

⁴⁸ MUGUERZA, Javier, *Desde la Perplejidad. Ensayos sobre la Ética, la Razón y el Diálogo*, 4ª edición, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid 2006, p. 93.

Según Mugerza, el “giro lingüístico ha venido a poner de relieve que la realidad que conocemos y en la que actuamos es una realidad lingüísticamente mediada” y que “nos enfrentamos a ella a través y por medio del lenguaje”.⁴⁹

En este contexto, el lenguaje se instaura como una *forma social de vida*, en la que encontramos “sujetos que interaccionan dialogando y, de este modo, hacen vivir la razón”.⁵⁰ De ahí que “el ejercicio de la racionalidad no puede consistir en un monólogo, sino precisa de un diálogo entre tales sujetos”.⁵¹

En efecto, de acuerdo con Habermas, “el principal modo como el hombre interacciona con sus semejantes es la interacción por medio del lenguaje, la comunicación lingüística”. En este contexto, *la racionalidad tiene carácter dialógico*, es decir, es un producto del diálogo.⁵²

De hecho, “sólo en un tal contexto dialógico se podría hablar de validez de los principios éticos [...] sólo en un tal contexto podríamos someter a nuestras convicciones morales, lo mismo que a nuestras creencias científicas, a la prueba de una ‘resolución discursiva’ que dirima racionalmente la disputa entre las opiniones individuales encontradas, esto es, que las dirima por ‘la fuerza del mejor argumento’, con lo que el bien universal, como la universal verdad, no serían algo dado por adelantado sino el resultado de un acuerdo al que los miembros de la comunidad de comunicación o de diálogo llegan al cabo de una discusión racional”.⁵³

En este sentido, como lo expresa Habermas, podemos llamar racional a la voluntad formada discusivamente “porque las propiedades formales del discurso y de la situación de deliberación garantiza de manera suficiente que pueda alcanzarse un consenso sólo mediante intereses

⁴⁹ *Ibidem*, p. 96.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 162.

⁵¹ *Ibidem*, p. 161.

⁵² Citado por MUGUERZA, *op. cit.* p. 187.

⁵³ MUGUERZA, *op. cit.* p. 187.

'generalizables' interpretados adecuadamente, es decir, necesidades comunicativamente compartidas".⁵⁴

Pues bien, como quedó precisado, el derecho se configura en la actualidad, en buena medida, por medio del discurso. Este aspecto ha sido abordado por las teorías de la *argumentación jurídica* que parten de la premisa de que en el *proceso de decisión* se abordan cuestiones prácticas que tienen que ver con lo que en realidad está ordenado, prohibido o permitido.⁵⁵ Ello comporta que sean necesarias, en especial en los casos difíciles, *valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material autoritativamente fijado*, que requiere del discurso racional. De ahí que Alexy haya señalado que "la racionalidad de la argumentación depende [...] esencialmente de si, y con qué alcance, estas valoraciones adicionales son susceptibles de un control racional".⁵⁶

En ese sentido, Alexy ha propuesto un modelo de argumentación que pretende controlar la racionalidad del discurso jurídico por medio de "un sistema de reglas del discurso y de principios del discurso, cuya observancia asegura" –según el citado profesor– dicha racionalidad.⁵⁷ Por tal razón, la teoría de la argumentación jurídica de Alexy ha sido calificada como una teoría procedimental.

Entre las críticas que se han enderezado a las teorías procedimentales, está aquella que ha insistido en la imposibilidad de derivar contenidos sustantivos que permitan, desde el discurso, sustentar la decisión, puesto que en el proceso judicial no sólo se argumenta, sino que también se decide.⁵⁸

Por tal razón, Serna ha llamado la atención en el sentido de que falta en la teoría del discurso "un elemento que cumpla la función que desempeña la prudencia en la ética

⁵⁴ Citado por MUGUERZA, *op. cit.* p. 189.

⁵⁵ Cfr. ALEXY, *Derecho ...* p. 21.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 21-22.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 22-23.

⁵⁸ Cfr. SERNA, *op. cit.* p. 90.

y en la teoría del conocimiento de inspiración clásica, imprescindible por la necesidad de individualizar la decisión”.⁵⁹

Serna sostiene que sin la *razón prudencial* “o sin un instrumento que cumpla su función, se hace imposible responder al problema que da lugar precisamente a las teorías de la argumentación: la fundamentación racional de las decisiones jurídicas”.⁶⁰

Como lo sostiene Atienza, “el derecho puede concebirse como una empresa dirigida a la resolución (o al tratamiento) de cierto tipo de problemas mediante la toma de decisiones por medios argumentativos”.⁶¹ Desde este enfoque, la argumentación se aprecia como tarea para suministrar razones que sustenten las decisiones y, por tanto, es una actividad racional.⁶²

VII J La decisión racional en el derecho

De acuerdo con lo dicho, el proceso de decisión –es decir, de aplicación del derecho– es una *instancia de comunicación*, por una parte, y de *proposición decisional o normativa*, por otra. La comunicación en el proceso judicial permite *discurrir –reflexionar, razonar–* sobre la cuestión debatida; en otros términos, asegura la participación en el *discurso jurídico concreto* respecto del asunto controvertido.

Pero además, quienes intervienen en ese discurso, están en condiciones de formular juicios de valor sobre sus proposiciones fácticas y jurídicas, que también habrán de ser racionales. De esta manera, tienen la oportunidad de proponer al juez *su propia* visión de los hechos, *su propia* interpretación de las normas y *su propia* perspectiva sobre la resolución del litigio. De ahí que sea factible calificar al proceso judicial como una instancia de proposición de la decisión, por lo que a las partes en conflicto respecta.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 90.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 90.

⁶¹ ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona 2006, p. 61.

⁶² *Ibidem*, pp. 62 y 76.

En opinión de Habermas, el *procedimiento judicial* puede entenderse como un *discurso práctico institucionalizado*. Se trata de un discurso práctico “en primer lugar, porque trata de cuestiones práctico-normativas y, en segundo lugar, porque su resultado (por ejemplo, una decisión judicial) implica la pretensión de validez normativa”.⁶³

Desde la perspectiva del juez, éste habrá de considerar en la decisión no sólo ese discurso jurídico concreto que acontece en el proceso, sino también el *discurso jurídico general* –que también deben considerar las partes– que se manifiesta en el ámbito de la ciencia jurídica –la dogmática jurídica, la teoría del derecho y la filosofía jurídica– y en el material legislativo y judicial. De este modo se produce el discurso en el proceso.

La dogmática jurídica ha sido considerada “como un diálogo en el que los enunciados normativos van siempre dirigidos a su aceptación por un auditorio específico”,^{64,65} y en este sentido, forma parte del discurso racional en el derecho.

Como lo señala Serna, una de las tareas de la ciencia jurídica “consiste en auxiliar a los jueces proporcionándoles elementos jurídicos, criterios y argumentos para encontrar soluciones a los problemas y hacer más razonables sus decisiones”.⁶⁶

⁶³ Citado por TUORI, *op. cit.* pp. 107, 108.

⁶⁴ TUORI, *op. cit.* p. 111.

⁶⁵ Tuori ha identificado tres clases de *grupos o comunidades* en los que se produce el discurso jurídico y que permiten acercarse al problema de la naturaleza discursiva de la aplicación del derecho: 1. las partes concretas en el proceso judicial; 2. la comunidad jurídica en sentido estricto compuesta por los juristas prácticos y, en general, los expertos en derecho; 3. la comunidad jurídica en sentido amplio que abarca a toda la sociedad. Señala que la “comunidad jurídica en sentido estricto emplea en la argumentación jurídica su propio lenguaje especial con el que tiende a situar la discusión fuera del alcance de la comunidad jurídica en sentido amplio”. En su opinión, para que sea posible superar ese inconveniente, la argumentación jurídica debería aproximarse más a la argumentación práctica general. Sin embargo, reconoce que “se corre el riesgo de perder los beneficios que suministra una cultura de expertos en derecho diferenciada” (TUORI, *op. cit.* pp. 110, 112).

⁶⁶ SERNA, *op. cit.* p. 97.

La racionalidad del discurso en la *dogmática jurídica* habría de quedar sometida al *principio regulativo* formulado por Aarnio, según el cual *la dogmática jurídica debería buscar resultados –propuestas de normas e interpretaciones– que probablemente recibirían el apoyo de la mayoría dentro de una comunidad jurídica que razonara racionalmente*. Tuori ha propuesto, de hecho, que “un principio regulativo similar podría formularse también para el poder judicial”.⁶⁷ Desde esta perspectiva, hay también en este ámbito una pretensión de corrección.

Este enfoque recuerda al *imperativo categórico* de Kant, según el cual *se debe obrar sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal*.⁶⁸ Este *principio del deber* ser parte de la idea de un *sujeto hipotético racional* y, por tanto, la construcción de la regla de conducta es producto de la dimensión subjetiva del individuo, si bien tiende a objetivarse al pretender darle aplicación universal.

Es preciso señalar que la filosofía de la comunicación lingüística ha trasladado esa noción al ámbito del discurso, de tal manera que la señalada regla de comportamiento debe ser resultado, más bien, del diálogo racional que ocurre en la comunidad, con lo cual se asegura el consenso respecto de su contenido preceptivo.

Otro aspecto de la racionalidad al que es preciso referir, es el de la *racionalidad analógica*. La decisión también debe partir de la comprensión analógica del derecho y de sus fuentes primordiales. De acuerdo con González Morfin, “el conocimiento análogo se da *ana logon*, es decir, según la relación del ser con otro”; en este sentido, la analogía “supone el tránsito del ser más conocido al menos conocido,

⁶⁷ TUORI, *op. cit.* p. 113.

⁶⁸ KANT, Manuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 16ª edición, Colección Sepan Cuantos, Porrúa, México 2010, p. 43.

mediante una combinación de conveniencia y discrepancia entre ellos".⁶⁹

En virtud de que el derecho no es un concepto unívoco, sino que tiene diversos significados, la manera de acceder a él es mediante el conocimiento análogo, en el que el *ser más conocido –analogado principal–* es lo *justo objetivo* que consiste en *la cosa o conducta que se debe a otro*.⁷⁰

En la medida en que nuestros argumentos se estructuren –en particular, ante el defecto o la ausencia de normas– a partir de lo justo objetivo, es decir, identificando en la situación concreta la cosa o conducta que se debe a otro, en esa misma medida estaremos en condiciones de reconstruir la norma defectuosa o construir la norma faltante en nuestro sistema jurídico, con argumentos racionales que postulen precisamente la justicia en la decisión.

Además, habrá de tenerse presente que *la base de todo derecho es el ser humano*.⁷¹ El ser humano se instaure en el razonamiento analógico como el ser más conocido respecto de las fuentes del derecho. Como lo sostiene Beuchot, la "persona, tanto sus derechos subjetivos como lo que se le debe para su vida digna (lo justo) es la fuente principal (el analogado principal) del derecho".⁷²

En el pensamiento filosófico de Kant, el fundamento del imperativo categórico –es decir, del deber ser– está situado en la persona humana, puesto que ésta existe como fin en sí mismo, no sólo como medio. La persona es, por su mera existencia, un valor absoluto en que debe sustentarse el ámbito jurídico.⁷³

⁶⁹ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, *Temas de Filosofía del Derecho*, Universidad Iberoamericana y Noriega Editores, México 2003, p. 120.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 62.

⁷¹ Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Apuntes para una Introducción Filosófica del Derecho*, Porrúa, México 2007, p. 32.

⁷² ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, "Hermenéutica Analógica y Filosofía del Derecho. Reseña al libro de Mauricio Beuchot", *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, Sevilla, año II, número 3, enero-junio 2012, p. 193.

⁷³ Cfr. KANT, *op. cit.* p. 48.

Los seres humanos –señala Kant– “son fines objetivos, esto es, cosas cuya existencia es en sí misma un fin y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de medios, porque sin esto no hubiera posibilidad de hallar en parte alguna nada con valor absoluto”.⁷⁴ Ahí reside el *principio de la dignidad humana*, que es “el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos”.⁷⁵

No obstante, la decisión debe adoptarse también desde la perspectiva de la sociedad, es decir, desde lo que la sociedad quiere y necesita, puesto que toda decisión trasciende siempre, en cierta medida, al ámbito de la comunidad. Sin duda, “la ley es un reflejo de la sociedad que la emite, de su historia y de sus ideales, por ello es un análogo o un ícono de ella”.⁷⁶

Por último, *la decisión debe ser prudencial*, es decir, debe atender a los postulados de la prudencia. Esta virtud consiste en *deliberar sobre lo que es mejor en cada circunstancia* y nos conduce a “efectuar un juicio conclusivo claro que dictamine lo que conviene hacer o evitar”.⁷⁷ Por ello, la prudencia es la más importante de las virtudes que se manifiesta en la *justa medida en el querer y en el obrar*.

Bibliografía

ALEXY Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, segunda reimpresión, México 2002.

ALEXY Robert, *Teoría de los Derecho Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 48.

⁷⁵ DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. Décima Época. Registro: 160870. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3. Materia(s): Civil. Tesis: I.So.C.J/30 (9a.). Página: 1528.

⁷⁶ BEUCHOT, citado por ROSILLO, *op. cit.* p. 195.

⁷⁷ TROZZO, Rafael, *La Prudencia. Madre y Medida*, Matro, Guadalajara 1995, pp. 7, 11 y 14.

- ATIENZA Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona 2006.
- ATIENZA Manuel, *Introducción al Derecho*, Fontamara, segunda reimpresión, México 2003.
- DE LA TORRE Rangel Jesús Antonio, *Apuntes para una Introducción Filosófica del Derecho*, Porrúa, México 2007.
- ENDICOTT Timothy, *Palabras y Reglas*, Fontamara, México 2004.
- GARCÍA Figueroa Alfonso, "¿Existen Diferencias entre Reglas y Principios en el Estado Constitucional? Algunas Notas sobre la Teoría de los Principios de Robert Alexy", en Alexy Robert, *Derecho Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Fontamara, México 2010.
- GARCÍA Máñez Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, 57ª reimpresión, México 2004.
- GONZÁLEZ Morfín Efraín, *Temas de Filosofía del Derecho*, Universidad Iberoamericana y Noriega Editores, México 2003..
- HALLIVIS Pelayo Manuel, *Teoría General de la Interpretación*, Porrúa, México 2007.
- KANT Manuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Colección Sepan Cuantos, Porrúa, décimo sexta edición, México 2010.
- LAPORTA Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, tercera edición, México 2000.
- MUGUERZA Javier, *Desde la Perplejidad. Ensayos sobre la Ética, la Razón y el Diálogo*, Fondo de Cultura Económica de España, cuarta edición, Madrid 2006, p. 93.
- ROSILLO Martínez Alejandro, *Hermenéutica Analógica y Filosofía del Derecho*, Reseña al libro de Mauricio Beuchot, *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año II, número3, enero-junio 2012, Sevilla.
- SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos. De la Crisis del Positivismo a las Teorías de la Argumentación Jurídica y sus Problemas*, Porrúa, México 2012.

TROZZO Rafael, *La Prudencia. Madre y Medida*, Matro, Guadalajara 1995.

TUORI Kaarlo, *Positivismos Crítico y Derecho Moderno*, Fontamara, México 1998.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y Hecho en el Derecho*, Fontamara, primera reimpresión, México 2003.

ZAGREBELSKY Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Trotta, décima edición, Madrid 2011.

Derechos de la familia

ELVIRA VILLALOBOS DE GONZÁLEZ¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto, origen y naturaleza de la familia.* III. *Concepto de Derecho.* IV. *Relaciones entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo.* V. *Ubicación del Derecho de Familia dentro del Sistema Jurídico Mexicano.* VI. *Derechos de la familia.* VII. *Marco jurídico protector de los derechos de la familia.* VIII. *Instrumentos y Recursos de Protección de los derechos de la familia.* IX. *Conclusiones.*

Resumen. La familia es una unidad fundamental sobre la cual se cimienta la sociedad, en este sentido, es de especial importancia para el Estado y para el derecho reconocer, desarrollar y aplicar normas jurídicas que velen por el respeto de aquellos derechos subjetivos que poseen los miembros de ésta, con la finalidad de generar un ámbito propicio para el desarrollo de la persona, de la sociedad y del Estado. En este ejercicio, se debe tomar como guía la naturaleza de la familia, su relación con el Derecho Natural, así como la necesidad de adecuar la normatividad jurídica a las exigencias del momento.

Palabras clave: familia, Estado, Derecho, Derecho Natural.

Abstract. *The family is a fundamental unit upon which the society is based, in this regard, it is very important that the State and the Law acknowledge, develop and apply legal rules that ensure the respect of those subjective rights owned by the members of this, with the goal of creating the right scope for the development of the person, society and the State. In this exercise, we should have as a guide the family nature, its relationship with the Natural Law, as well as the need of adapting the legal regulations to the moment requirements.*

¹ Abogado postulante. Profesora de Derecho Familiar de la Universidad Panamericana. Correo electrónico: evillalo@up.edu.mx

Keywords: family, State, Law, Natural Law.

I] Introducción

El doble significado del vocablo *crisis*: peligro y oportunidad, nos permite aprovechar la crisis por la que estamos atravesando en nuestro país, para tomar conciencia de la necesidad de reforzar los valores familiares que tradicionalmente nos han caracterizado y que parece que están en peligro de perderse.

Tal vez, conocer los derechos de la familia, con el fin de exigir su protección y ejercicio, podría ser una de las medidas que nos permitieran revivir el concepto de familia que tradicionalmente habíamos tenido en nuestra patria y que se ha ido modificando por la influencia de algunos factores externos, como la influencia de culturas extranjeras, sobre todo a través de los medios masivos de comunicación.

II] Concepto, origen y naturaleza de la familia

Históricamente, se ha considerado a la familia como el conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco y que conviven en forma estable.

La familia es la célula originaria y básica de la sociedad. Es la primera explicitación social del hombre que no depende para su existencia de circunstancias históricas ni de estructuras económicas.

La familia no es una institución jurídica de Derecho Positivo, por lo que no tiene personalidad jurídica; sin embargo, no necesita para su existencia que el Estado le otorgue el reconocimiento y la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. No obstante esto, la regulación de las relaciones familiares conforme a la justicia y al bien común, es una exigencia tanto de Derecho Natural como de Derecho Positivo.

La familia es una sociedad natural. No ha sido creada ni por el hombre ni por el Estado. Es anterior al orden jurídico y es una de las instituciones que dan razón de ser al derecho y que es requerida por la naturaleza humana para la pacífica convivencia dentro de la sociedad.

Nada que perjudique a la familia puede ser beneficioso para la sociedad y, no todo lo que se legisla puede ser para su beneficio, sino sólo aquello que respeta su estructura natural y que contribuye a unir a sus miembros, regulando sus relaciones de acuerdo a la fidelidad a los compromisos contraídos y al respeto mutuo entre ellos, fomentando mediante disposiciones legislativas y administrativas el sentido de responsabilidad, la comprensión y la ayuda mutua entre las personas que la forman.

La familia es el espacio en donde el hombre conoce el amor y en donde éste encuentra su natural desarrollo. El hombre aprende en la familia esa convivencia y el respeto para los demás, que se hace tan necesario hoy día para que el mundo pueda seguir existiendo. Es en la familia donde el hombre aprende a dar y a compartir, la estima y la dignidad, el respeto y el cariño. El amor es incapaz de sobrevivir si no es alimentado en la familia.

Las relaciones familiares generan derechos y deberes que tienen las siguientes características:

1. Son derechos y obligaciones que no tienen contenido patrimonial. Aunque generalmente los derechos y deberes familiares no se cumplen con dinero, hay algunos que sí tienen contenido patrimonial, como la obligación alimentaria, por ejemplo.
2. Son derechos y obligaciones recíprocos. Normalmente, los deberes familiares son, al mismo tiempo, derechos del obligado. La esposa tiene el deber de ser fiel a su esposo pero, igualmente, tiene derecho a que su esposo le sea fiel. El hijo tiene derecho a ser alimentado por sus padres, pero tiene también la obligación de asistirlos en caso de necesidad.

3. Son potestades que se ejercitan a favor del titular de los derechos. Los derechos y deberes familiares tienen por objeto cuidar y atender el interés familiar, no existen en interés del titular de los mismos únicamente, sino que son funciones y oficios que velan por un interés superior, que es la familia.
4. Son relaciones cuya protección es de interés público. Aunque las relaciones familiares caen dentro de la esfera del Derecho Privado, a la sociedad entera le interesa su existencia y su sana subsistencia.
5. La autonomía de la voluntad es limitada en el establecimiento de los derechos y de las obligaciones familiares.

A diferencia de otras relaciones reguladas por el Derecho Civil, como las contractuales por ejemplo, la mayor parte de los derechos y las obligaciones que se dan en las relaciones familiares no tienen su origen en la voluntad de los miembros de la familia. El Derecho, Positivo y Natural, establece los efectos del matrimonio y la regulación del resto de las relaciones que nacen de las demás instituciones familiares, como la tutela, la patria potestad, etc.

III] Concepto de derecho

El derecho es un término análogo que puede ser considerado desde una triple perspectiva: como norma, como facultad y como lo justo objetivo.

Como norma, el derecho es la regla de conducta de carácter obligatorio impuesta por la autoridad competente, para regular la vida de las personas dentro de la sociedad.

Como facultad es la posibilidad derivada o protegida por dicha norma para que las personas puedan exigir lo suyo que les corresponde. Y, finalmente, como lo justo objetivo, el derecho es el bien material o inmaterial, la cosa o conducta que se le debe al otro.

De las tres acepciones del derecho, la más importante es la última, ya que de nada serviría que en un país existieran

muchas normas o leyes, muchas facultades o derechos subjetivos derivados o protegidos por esas leyes, si no se lograra con ello que las personas y las familias tuvieran todo lo que necesitan para satisfacer sus necesidades y que les corresponde por ser lo suyo, conforme al Derecho Natural o derivado de un título de Derecho Positivo.

IV] Relaciones entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo

Las relaciones entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo son incuestionables:

1. En primer lugar, el Derecho Natural debe ser el fundamento del Derecho Positivo. No se puede llamar verdadero Derecho a las leyes injustas que no se encuentran fundadas en principios de Derecho Natural.
2. En segundo lugar, el mismo Derecho Natural exige que haya Derecho Positivo para regular los aspectos externos de la conducta social. Sería inmoral la pretensión de regular la convivencia social solamente con normas morales cuyo cumplimiento no puede ser exigido por la fuerza del Estado. Y por otro lado, un derecho sin calidad moral sería un conjunto de normas procedentes de la naturaleza irracional.
3. La obligación moral que nace del Derecho Natural es consecuencia inmediata de la verdad normativa conocida por la conciencia del hombre, por lo tanto, es el contenido mismo de la norma el que debe tener índole moral.
4. Finalmente, las normas jurídicas no pueden ni deben establecer los niveles máximos de moralidad, por lo que, la moral o Derecho Natural y el Derecho Positivo se complementan entre sí. Por ejemplo, no es un buen esposo aquél que solamente cumple con las disposiciones familiares establecidas en la legislación civil. El Derecho Positivo es necesario, pero no suficiente para promover y garantizar la plenitud de la vida humana.

V J Ubicación del Derecho de Familia dentro del Sistema Jurídico Mexicano

1.- Independencia doctrinal

La acepción *Derecho de Familia* ha sido entendida en la Doctrina en un doble sentido, objetivo y subjetivo: a.- en sentido objetivo, el Derecho de Familia es el conjunto de normas que regulan las institución familiar; esto es, el grupo social constituido por personas unidas por vínculo de parentesco, concubinato o filiación; b.- en sentido subjetivo, como el conjunto de facultades y deberes que corresponden a los miembros de la institución familiar.

A la división anterior, siguiendo la clasificación que del derecho propone Efraín González Luna Morfín, debemos añadir el sentido del derecho como lo justo objetivo, o sea, la cosa o conducta que se le debe al otro. El conjunto de bienes materiales e inmateriales que a los miembros de la familia les corresponden por su propia naturaleza.

Por otro lado, relacionar los conceptos de familia y Derecho Normativo no resulta fácil, ya que el derecho no regula la totalidad de los aspectos familiares, ni la totalidad de las vicisitudes por las cuales pueden atravesar los miembros de una familia. De este modo, existe un campo de la vida familiar regulado por el Derecho Positivo, y otro campo que formaría parte del Derecho Natural.

El Derecho de Familia presenta rasgos y características que podrían aproximarlos al Derecho Público; sin embargo, no por ello deja de formar parte del Derecho Privado, por lo que aun reconociendo la existencia de intereses superiores en las relaciones familiares y la intervención del Estado en muchas de sus facetas, las tesis que lo consideran Derecho Público, no tienen cabida si son utilizadas para restar relevancia a la autonomía de la voluntad en muchas de las relaciones familiares.

La naturaleza pública o privada depende de la materia, o sea, de las instituciones objeto de la regulación jurídica y no del modo de regularlas. De esta forma, las medidas imperativas para proteger la familia, para mantener su buena organización y unidad, para que en los tratos familiares no se dañe la moral y los intereses de la comunidad, son la expresión más fiel y directa de lo asentado anteriormente.

Ana María Pérez Vallejo sostiene que: “no hay duda de que el Derecho de Familia es Derecho Privado porque concierne a un sector importantísimo de nuestra vida en cuanto simples personas y no en cuanto a súbditos de la comunidad nacional. Pero conviene resaltar que precisamente, por el reconocimiento que hace el Estado de la familia, como una sociedad natural con derechos y deberes anteriores a toda ley positiva, lo convierte en garante de una especial protección, impidiendo que dicha institución quede en manos de intereses particulares o individuales.”²

2.- Independencia Legislativa

Debido a que el Estado Mexicano, de acuerdo con el Artículo 40 de la Constitución Política, jurídica y políticamente está organizado en una federación, coexisten dentro de su territorio un sistema jurídico general con fuerza obligatoria en todo su ámbito espacial, desde Baja California hasta Quintana Roo, y, tantos sistemas jurídicos locales o estatales, como entidades federativas integran la República Mexicana.

La división de la materia jurídica regulada por la federación se encuentra establecida en forma precisa dentro de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se deja a los Estados y al Distrito Federal la regulación de lo que no está expresamente determinado dentro de la propia Constitución.

² PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Sistema de Derecho Civil Familia*, SAFEKAT, S.L., Madrid, 2002, p. 23.

La regulación del Derecho Civil, dentro del cual se encuentra la del Derecho de Familia, por ser una materia no regulada por el Congreso Federal, corresponde a las legislaturas de cada uno de los Estados de la República. Es por ello, que en México cada Estado de la Federación tiene su propio Código Civil, totalmente independiente tanto del Código Civil Federal como de cada uno de los códigos de los demás Estados.

Esta independencia se demuestra en la libertad que cada Estado tiene para regular las relaciones familiares. Tan es así que algunos estados, como los Estados de Hidalgo, Michoacán, Morelos, San Luis Potosí y Zacatecas han expedido su Código de Familia, separando la regulación de las relaciones familiares del Código Civil.

3.- Independencia Judicial

Debido a la independencia legislativa y a la diversidad de Códigos que regulan esta materia, la resolución de las controversias familiares, así como el esclarecimiento de las situaciones obscuras o debatidas que pueden surgir dentro de la familia, corresponde a los jueces estatales, quienes con absoluta independencia, tanto de los jueces federales como del resto de los funcionarios del Poder Judicial resuelven o deciden estas cuestiones familiares.

VI] Derechos de la familia

Los derechos de la familia se derivan de un conjunto de normas y principios de Derecho Natural, que deben ser tomados en consideración al elaborar una auténtica política familiar; asimismo, deberían ser guía para todos los programas de acción en defensa de la familia. Son también los bienes materiales e inmateriales que posibilitan y favorecen el desarrollo pleno de las familias.

Los derechos de la familia deben ser respetados y promovidos por la autoridad, ya que la familia rectamente

constituida aporta una enorme contribución en la construcción del bien común, debido a que cuando la autoridad se comporta como un espectador indiferente ante los valores éticos de la vida familiar, lejos de favorecer una supuesta libertad de los ciudadanos, mina las bases de la sociedad al disolver las buenas costumbres.

Los derechos de la familia se encuentran impresos en la conciencia del ser humano y en los valores comunes de toda la humanidad. Son derechos que derivan de la ley natural inscrita en el corazón del ser humano. La sociedad debe respetarlos y promoverlos integralmente. Constituyen una llamada a favor de las familias que debe ser respetada y defendida contra toda agresión.

El hombre es social por naturaleza y no puede realizar los objetivos y fines a los que aspira como persona, sino en una sociedad estructurada y ordenada. Y la primera sociedad o el primer conglomerado social al que el ser humano tiene derecho es el derecho a nacer, vivir y desarrollarse en una familia unida y estable. De acuerdo con su propia naturaleza, la sociedad familiar no tiene más fin que contribuir a la actualización de las capacidades humanas de sus miembros. Sin embargo, en la práctica, la familia no cumple muchas veces su misión fundamental y se convierte en un mecanismo destructor de sus propios miembros.

Los derechos más importantes de la familia y que se encuentran protegidos tanto a nivel nacional como internacional son:

1.- Derecho a la vida. El ser humano por encima de los seres vegetales y animales, pero en profunda relación con ellos, tiene la vida del espíritu en el orden natural. Con fuerza y congruencia se pueden estructurar todos los demás derechos humanos en torno al derecho a la vida. El Estado tiene un deber positivo de proteger la vida humana.

No podemos analizar los derechos de la familia, sin primero considerar la capacidad humana de transmitir la vida, es decir, la vida en potencia, que se confía a la responsabilidad de las personas. Existe el derecho humano a la transmisión

responsable de la vida y, de acuerdo con la correlación esencial de este derecho, el deber de transmitirla de una manera responsable.

En primer lugar hay que considerar los derechos del ser humano que ha sido concebido y no nace todavía. Los derechos humanos de este niño concebido se basan en su calidad de persona y exigen respeto incondicional en nombre de la justicia por parte de todos los demás.

El niño no nacido es persona humana por su ser. A este niño que se encuentra en el vientre materno se le aplica la afirmación filosófica, ética y jurídica, *es persona por su ser de substancia individual de naturaleza espiritual*.

Toda persona humana es persona por su ser, no por la conciencia que tenga de su propio ser. Tampoco por la conducta que desarrolle en su vida personal, ni por las características positivas que los demás le atribuyen en la vida social.³

Podemos señalar aquí como derecho fundamental de la persona y de la familia, una política demográfica moralmente correcta y previsor.

2.- Derecho de los niños a contar con una familia que le ofrezca afecto, respeto, satisfacción de todas sus necesidades materiales y espirituales que le permitan desarrollarse y tener una vida digna. No se puede reducir el conjunto de derechos y obligaciones de la transmisión de la vida a la mera satisfacción de superar la soledad de los esposos, si se prescinde de exigencias morales irrenunciables.

El niño concebido tiene derecho a una relación permanente y constructiva entre los padres que lo engendran, quienes le deberían ofrecer un ambiente familiar estructurado sobre relaciones conyugales armoniosas y estables.

Toda persona humana es persona por el tipo de ser que es. Es persona el niño en el vientre de su madre, como el

³ González Morfín, Efraín, *Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos*, Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 19, 1988-1989.

hombre dormido o el enfermo disminuido en sus facultades mentales o hasta privado totalmente de conciencia. Es persona el hombre estimado y aprobado por los demás en la vida social, pero también es persona el mediocre menospreciado por los demás y el criminal juzgado por su conducta antisocial.

3.- Derecho a elegir estado civil libremente. Este derecho implica la libertad para contraer matrimonio o permanecer célibe. Las limitaciones o restricciones a esta libertad establecidas por los ordenamientos jurídicos deben respetar la dignidad y los derechos fundamentales de la persona humana. Es obligación del Estado establecer las condiciones morales, educativas, sociales y económicas para que los matrimonios se contraigan con madurez y responsabilidad.

4.- Derecho a elegir libremente al cónyuge. El consentimiento para contraer matrimonio debe ser informado, debidamente expresado y con plena libertad en relación a la persona con la que se desea contraerlo. Los esposos tienen la misma dignidad y los mismos derechos dentro del matrimonio, por lo que es contrario al respeto a su dignidad el imponerle alguno de ellos como condición previa al matrimonio, el abjurar de su fe.

5.- Derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos. Los esposos deben tener libertad absoluta en las decisiones sobre sus hijos, por lo que, la asistencia social referente a la educación de la familia y ayuda económica a las familias numerosas por parte de los organismos internacionales deberá ser sin condicionamientos ni discriminaciones.

6.- Derecho originario de los padres como los principales educadores de sus hijos. Este derecho incluye la libertad para que los padres eduquen a sus hijos de acuerdo a sus convicciones morales y religiosas si favorecen el bien y la dignidad de sus hijos. Incluye también, el derecho de los padres de elegir las escuelas para educar a sus hijos teniendo las ayudas estatales necesarias para hacerlo. La educación sexual debe ser impartida bajo la guía de los padres.

Este derecho es violado cuando el Estado impone un sistema obligatorio de educación que excluya toda formación religiosa. Los padres, finalmente, tienen derecho a que su voz sea escuchada en la formulación de las políticas educativas públicas.

7.- Derecho de la familia a existir y progresar como tal. Las autoridades deben respetar y promover la dignidad, independencia, intimidad, integridad y estabilidad de la familia. El sistema de familia amplia debe ser respetado y tenido en estima para que pueda cumplir su papel de solidaridad y ayuda mutua.

8.- Derecho de la familia a vivir libremente su vida religiosa tanto en el hogar como fuera del mismo. La familia tiene derecho a profesar públicamente su fe y a propagarla. Esto implica el derecho a participar en los actos de culto público y en los programas de instrucción religiosa.

9.- Derecho de la familia a ejercer su función social y política en la construcción de la sociedad. La familia tiene derecho a formar asociaciones con otras familias e instituciones para defender sus derechos, fomentar el bien y representar sus intereses comunes. Las familias deben tener libertad para participar en la planificación y desarrollo de programas que les afecten en el orden económico, social, jurídico y cultural.

10.- Derecho de la familia a poder contar con políticas públicas adecuadas en el orden económico y social. Este derecho incluye la posibilidad de tener las condiciones económicas que aseguren a todas las familias un nivel de vida apropiado a su dignidad y a su pleno desarrollo. Abarca también el derecho a la propiedad privada que favorezca la estabilidad familiar. El derecho a la seguridad social, por muerte, desempleo, enfermedad, invalidez, ancianidad e impedimentos físicos o psíquicos. Asimismo, comprende el derecho de las personas ancianas a encontrar dentro o fuera de la familia un ambiente que les facilite vivir una vejez serena y activa socialmente.

11.- Derecho de la familia a un orden social justo. Orden social que permita a sus miembros vivir juntos y que les

permita también tener un trabajo que les ofrezca la posibilidad de bienestar, salud, estabilidad y sano esparcimiento.

El salario debe ser adecuado de tal forma que permita a la familia vivir dignamente y que las madres no se vean obligadas a trabajar fuera de la casa en detrimento de la vida familiar. Las madres tienen derecho a que su trabajo dentro de la casa sea reconocido y respetado por el valor que aporta a la familia y a la sociedad.

12.- Derecho de la familia a una vivienda decente. Este derecho implica que la casa habitación sea suficiente y proporcionada al número de los miembros de la familia con los servicios básicos necesarios para el respeto de la dignidad de la misma.

13.- Derecho de la familia de inmigrantes a ser protegida de la misma manera en que se protegen las otras familias nacionales. Este derecho implica el respeto a la propia cultura familiar y a ser recibidas dentro de la comunidad a cuyo bien contribuyen. Los inmigrantes tienen derecho a ver reunida su familia lo antes posible y a que las autoridades les faciliten esta reintegración.

14.- Derecho a la privacidad. La familia tiene derecho a no ser molestada arbitraria o ilegalmente en su privacidad, residencia o correspondencia ni a ser sujeta a ataques ilegales a su honor o reputación.⁴

VII J Marco jurídico protector de los derechos de la familia

1.- Internacional

a.- Declaración Universal de Derechos Humanos. Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Esta Declaración establece como ideal común para todos los pueblos y naciones esforzarse para

⁴ PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA, *Carta de los Derechos de la Familia*, Santa Sede, Roma, 1983.

que todos los individuos y las instituciones promuevan el respeto de los derechos humanos.

Artículo 12. "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

Artículo 16. "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."

Artículo 23. "3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social."

Artículo 25. "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."

b.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

Artículo 17. "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y

reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Artículo 23. 1. “*La familia* es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

Artículo 24. “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de *su familia* como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”

c.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

Artículo 7. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: (...) ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para *sus familias* conforme a las disposiciones del presente Pacto; (...)”

Artículo 10. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a *la familia*, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia

protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.”

Artículo 11. “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su *familia*, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

d.- Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Artículo 17. Protección a la Familia. “1. *La familia* es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”

Artículo 19. Derechos del Niño. “ Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su *familia*, de la sociedad y del Estado.”

e.- Convención sobre los Derechos del Niño. Adopción: Nueva York, EUA, 20 de noviembre de 1989. Ratificación por México: 21 de septiembre de 1990. Decreto Promulgatorio DOF 25 de enero de 1991.

(Preámbulo) “*La familia*, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

Se reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Artículo 2. “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

Artículo 5. “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

Artículo 8. “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares* de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

Artículo 9. “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es

necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

2.- Nacional

a.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Independientemente de que dentro de la Constitución Mexicana no se encuentra una definición de familia, ya que no le corresponde a este documento jurídico político fundamental dar definiciones, existe en la exposición de motivos de las reformas que en 1974 se hicieron al artículo cuarto, una definición de familia. La Comisión de la Cámara de Diputados que propuso la aprobación de esta reforma dice que “la entidad familiar se compone por el padre, la madre y

los hijos.”⁵ Los artículos de la Constitución más relevantes en esta materia son:

Artículo 2. “(...) Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de: (...)VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de *familias migrantes*; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.”

Artículo 3. “(...) II. (...) c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y *la integridad de la familia*, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos (...)”

Artículo 4. “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”

Artículo 27. “(...) Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben

⁵ Diario de los debates de la Cámara de Diputados, noviembre 12 de 1974, XLIX Legislatura, año II, tomo II, México, p.9.

constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno; (...)"

b. Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Artículo 23. "Niñas, niños y adolescentes tienen *derecho a vivir en familia*. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de sus padres o de los familiares con los que convivan, ni causa de la pérdida de la patria potestad. El Estado velará porque sólo sean separados de sus padres y de sus madres mediante sentencia u orden preventiva judicial que declare legalmente la separación y de conformidad con causas previamente dispuestas en las leyes, (...Se establecerán programas de apoyo a *las familias* para que la falta de recursos no sea causa de separación."

Artículo 25. "Cuando una niña, un niño, un o una adolescente se vean privados de *su familia*, tendrán derecho a recibir la protección del Estado, quien se encargará de procurarles una familia sustituta (...) Las normas establecerán las disposiciones necesarias para que se logre que quienes lo requieran, ejerzan plenamente el derecho a que se refiere este capítulo, mediante: A. La adopción, preferentemente la adopción plena; B. La participación de familias sustitutas; C. A falta de las anteriores, se recurrirá a las instituciones de asistencia pública o privada o se crearán centros asistenciales para este fin."

VIII] Instrumentos y recursos de protección de los derechos de la familia

La reparación de las violaciones de los derechos humanos debe enfocarse desde la persona como un ser integral, el cual forma parte de una familia, haciendo frente a la violación sufrida con medidas capaces de repararla y de evitar

que el hecho vuelva a repetirse.⁶ En el sistema internacional de derechos humanos establecido en la Convención Americana no existe una norma general y expresa que fije las consecuencias de las violaciones de los derechos y libertades establecidas dicha Convención. Únicamente, en relación con las facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentra en el Artículo 63.1 la siguiente disposición:

“Cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo si ello fuere procedente que se reparen las consecuencias o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos o el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

El artículo aquí citado constituye un principio de Derecho Internacional sobre la responsabilidad, en orden a que, quien daña a otro debe ser obligado a reparar los perjuicios causados. Esta disposición constituye una norma consuetudinaria que es uno de los principios fundamentales del actual Derecho Internacional.

El artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales en materia de reparación del daño.

Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

La responsabilidad del Estado se encuentra determinada por el Derecho Internacional, no sólo en cuanto a la tipicidad de la violación, sino en todo lo que tenga relación

⁶ NASH ROJAS, Claudio, “El desafío de reparar las violaciones de los Derechos Humanos” *Revista Iberoamericana de Derechos Humanos*, Editorial Universidad Iberoamericana, A.C., México, 2008, pág. 97.

con las consecuencias del hecho dañoso. De esta forma, las bases normativas se encuentran en los textos internacionales y en todo el desarrollo conceptual del Derecho Internacional: tratados, costumbres internacionales, principios, jurisprudencias y doctrina en materia de reparación de daños.

1.- Las reparaciones como un principio general de Derecho Internacional

La obligación original y primaria se mantiene viva aún después de ser incumplida, por lo tanto, la obligación violada sobrevive al hecho ilícito y convive con la nueva obligación de reparar.

De acuerdo con el Derecho Internacional Público, establecida la responsabilidad en un Estado, surge la segunda obligación que es la de la reparación de la víctima, que en el caso de las violaciones de derechos humanos, esta obligación adquiere la particularidad de que el sujeto de la reparación no es el Estado, sino una persona.

a.- Naturaleza de la obligación de reparar. Es una fuente de obligaciones. Es un principio de Derecho Internacional Público en materia de responsabilidades. Es uno de los principios fundamentales de Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados, de tal manera que al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad de éste por la violación de la norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

Los principios generales del derecho y la jurisprudencia han considerado que la violación a una obligación internacional que haya producido un daño, comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización por los daños producidos constituye la forma más usual de hacerlo.

b.- Criterios de reparación. La reparación es la consecuencia principal de la responsabilidad internacional de un Estado. Según la jurisprudencia de la Corte Internacional de

Justicia, esta noción de reparación tiene una naturaleza compensatoria y no punitiva, cuyo límite es el perjuicio causado por el ilícito cometido. En esta materia opera el principio de la equivalencia de la reparación con el perjuicio causado.

A juicio de la jurisprudencia internacional la responsabilidad, no puede extenderse a elementos ajenos de aquellos efectos inmediatos producidos por el ilícito y, además, dichos efectos inmediatos deben estar jurídicamente tutelados. El efecto debe tener relación con el bien jurídico protegido a partir del derecho consagrado jurídicamente.

Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida son:

a.- Restitución. La restitución consiste en restablecer las cosas al estado en que se encontraban, como por ejemplo el pago de un tratamiento médico para asegurar la salud de la persona lesionada. En este caso, la reparación consiste en restablecer la situación de la víctima al momento anterior del hecho ilícito, anulando o borrando las consecuencias de dicho ilícito. Implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho en todo aquello que sea posible y en indemnizar a título compensatorio, los perjuicios causados, ya sean de carácter patrimonial o extra patrimonial.

b.- Compensación. La indemnización compensatoria debe de destinarse a compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones realizadas. Para fijar el monto de la compensación los jueces deben tomar en cuenta: i.- el acervo probatorio, ii.- la jurisprudencia de los tribunales y iii.- los argumentos de las partes.

La indemnización compensatoria constituye la forma más usual de reparación de los daños producidos por violaciones a los derechos humanos. La compensación debe comprender: la indemnización del daño material directo, la pérdida de ingresos o lucro cesante y el daño inmaterial o daño moral.

El daño material directo comprende la compensación por los gastos directos e inmediatos que ha debido cubrir la

víctima con ocasión del ilícito y en general la reparación de las pérdidas patrimoniales de las víctimas y sus familiares por motivos imputables directamente a la violación de los derechos.

Este criterio de compensación desvincula la afectación de los gastos en que pudo haber incurrido la víctima y amplía la idea a un nuevo sujeto acreedor a la reparación: *la familia*. La indemnización es distribuida entre todos los miembros de la familia de acuerdo con los criterios del tribunal.

En caso de que el beneficiario de la indemnización sea un familiar de la víctima, se debe probar la afectación patrimonial y la pérdida de ingresos que se pueda haber producido en los familiares de la víctima. En dichos casos, se debe tomar en consideración al determinar el monto de la indemnización, que ésta no sea una causa de enriquecimiento ilícito para las víctimas del hecho dañoso.

c.- Satisfacción. Las medidas de satisfacción constituyen la forma de restablecer la dignidad de las víctimas, lo cual es una cuestión central en todo proceso de reparación de las personas que han sufrido violaciones de derechos humanos. Consiste en la realización de actos de alcance o repercusión pública, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a la violación de los derechos humanos que tengan como efecto la recuperación del honor de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos.

d.- Garantía de no repetición. Consisten en una serie de medidas que tiene por objeto la adecuación de las instituciones y situaciones internas del Estado del cual la víctima es nacional, como por ejemplo: la adecuación de la legislación interna con la legislación internacional sobre derechos humanos; formación de los funcionarios públicos en esta materia; mejoramiento de las condiciones carcelarias.

Poner estas medidas en el campo de las reparaciones, otorga la posibilidad de concreción de los mismos y de su seguimiento, que no sería posible si sólo se establecieran como declaración de una obligación en el marco de una sentencia judicial.

Se trata de medidas consistentes en la creación de mecanismos oficiales por parte del Estado para dar seguimiento al cumplimiento de las reparaciones. El Estado debe cumplir con la obligación de realizar una serie de actividades con el fin de permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos, así como la adopción de medidas de prevención, dentro de las cuales destacan evitar situaciones de impunidad en caso de violaciones graves a los derechos humanos.

Las medidas anteriores no son técnicamente medidas de reparación, sin embargo, son medidas de satisfacción, así como, de prevención y, por lo tanto, medidas de garantía de no repetición.

Los Estados deben necesariamente cumplir con las obligaciones de garantía de los derechos investigando efectivamente las violaciones a los mismos y sancionando a los responsables. Con esto se cumple con el derecho a la verdad desde el punto de vista del derecho social a conocerla y como un derecho individual.

En cuanto al deber de sancionar a los responsables por violación a los derechos humanos, los Estados tienen la obligación particular de hacerlo, ya que en caso contrario, los Estados estarían en una situación de impunidad que violaría esta garantía. El deber de garantía constituye así, un deber de prevención que abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, cultural y administrativo que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos, sean efectivamente consideradas como un hecho ilícito que como tal es susceptible de acarrear sanciones para quien lo cometa.

Las criterios de reparación no sólo comprenden las medidas de cesación de la violación, la restitución, la compensación y la satisfacción, sino que también incorporan las garantías de no repetición y el cumplimiento de las obligaciones originales en cuanto medidas con efectos reparatorios. Esto es importante ya que el cumplimiento de las obligaciones y las garantías de no repetición se dejaron fuera del concepto de reparación en las codificaciones nacionales e

internacionales. En materia de derechos humanos, el criterio en relación con la reparación de las violaciones, debe ser diverso al criterio de Derecho Privado, o sea, se debe mirar la responsabilidad desde la víctima. Se debe determinar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos fundamentales, cómo puede el derecho restablecer la situación no sólo patrimonial, sino que, íntegramente mirando a la persona como un todo y formando parte de una familia.

2.- Protección de los derechos humanos en México

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos. Esta reforma entró en vigor al día siguiente de su publicación.

Entre las modificaciones establecidas resulta pertinente en este apartado la propuesta al artículo primero de la Constitución que contempla la protección de los derechos humanos y que establece:

“Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

(...) Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley”.

Los beneficiarios de la reparación son:

a.- Toda persona que haya sufrido la violación de sus derechos humanos. En este caso se aplican las normas comunes sobre la responsabilidad.

b.- La familia de las víctimas. Los criterios internacionales han determinado que los familiares de las víctimas pueden ser a su vez víctimas y, por lo tanto, ser beneficiarios de la reparación. La vulneración del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares es una consecuencia directa de la violación de los derechos que ha sufrido su familiar. Es una regla común considerar dentro de la familia de la víctima a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano.

VIII] Conclusiones

La crisis que en el país estamos viviendo, sobre todo de inseguridad, constituye una oportunidad para reforzar los valores familiares que tradicionalmente se vivían en México.

La familia es una institución de Derecho Natural cuya existencia es anterior al Estado, sin embargo, éste debe protegerla y promover su desarrollo, ya que, de la salud de las familias depende la salud social.

Los derechos de la familia, considerados como los bienes de todo tipo que los miembros de la misma necesitan para su desarrollo integral, están protegidos a nivel nacional e internacional y es urgente conocerlos y promover su ejercicio, ayudando cada uno, en la medida de sus posibilidades, en la construcción del bien común.

Las reformas constitucionales llevadas a cabo en junio de 2011, establecen la obligación para todos los jueces de aplicar los Tratados Internacionales, cuando se trate de defender los derechos humanos tanto de las personas en su individualidad, como al formar parte de una familia.

Política pública ante el cambio climático

LUIS GERARDO GONZÁLEZ BLANQUET¹

SUMARIO: I. *Calentamiento global*. II. *Efecto invernadero*. III. *Cambio climático*. IV. *Economía verde*. V. *El desarrollo sostenible como paradigma ambiental*. VI. *Recientes legislaciones ambientales - Ley General de Cambio Climático*. VII. *Transversalidad de políticas públicas para el desarrollo sustentable*.

Resumen. Los problemas ambientales son cada vez más trascendentales y afectan por igual a todas las naciones del mundo. Por ello es de vital importancia que se tome conciencia global de esta situación a efecto de se implementen las medidas necesarias para prevenir y combatir los problemas ambientales en todo el mundo. El cambio climático es sin duda uno de los retos ambientales más importantes a enfrentar en materia ambiental, toda vez que es el fenómeno que provoca aumentos o disminuciones aceleradas de temperatura.

Palabras clave: problemas ambientales, medidas necesarias y cambio climático.

Abstract. *The environmental issues are each day more important and their consequences affect equally all nations. Therefore is necessary to adopt a global environmental consciousness in order to implement the necessary steps to prevent and face worldwide such issues. Nowadays climate change is undoubtedly one of the major environmental challenges to face on environmental matters since is a phenomenon that makes the temperature of the earth increasing or decreasing on an accelerated way.*

¹ Profesor de Derecho Ambiental de la Universidad Panamericana.
Correo electrónico: gegonzal@up.edu.mx

Keywords: environmental issues, needed measures and climate changing.

I] Calentamiento global

El proceso de cambio climático² se perfila como el problema ambiental global más relevante de nuestro siglo, en función de sus impactos previsibles sobre los recursos hídricos, los ecosistemas, la biodiversidad, los procesos productivos, la infraestructura, la salud pública y en general, sobre los diversos componentes que configuran el proceso de desarrollo.

En los últimos años, un gran número de análisis y estudios científicos que redujeron la incertidumbre y mejoraron la detección de los efectos iniciales del cambio climático, así como una creciente transformación de la conciencia colectiva, han contribuido a revalorar la prioridad con la que los gobiernos y las instituciones multilaterales enfrentan el tema.

Por el alcance de sus implicaciones económicas, políticas y sociales, el cambio climático es hoy tema ineludible de la agenda internacional y objeto de preocupación para las instancias de más alto nivel de los gobiernos locales.

La difusión del Cuarto Informe de Evaluación del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC)³ y los resultados de investigaciones científicas recientes han reforzado en todo el mundo el sentido de urgencia con el que se aborda el tema.

² El cambio climático y el efecto invernadero son fenómenos que comúnmente se confunde por estar relacionados. Mientras que el cambio climático se refiere ya sea al aumento o a la disminución acelerada de la temperatura, el efecto invernadero se refiere de manera específica al fenómeno de calentamiento ocasionado por la acumulación de gases. La acumulación de gases, a su vez, genera inestabilidad en la capa de ozono.

³ El IPCC es un informe de la Organización de las Naciones Unidas que, entre otras cuestiones, busca evaluar desde diversos puntos de vista (técnicos, económicos, etc.) la información conocida sobre cambio climático.

http://www.ipcc.ch/organization/organization_history.shtml#.UZHCrUoKa8

Consultada el día 13 de mayo de 2013.

La necesidad y la conveniencia de actuar ahora resulta cada vez más evidente y no debe posponerse una acción que, además de contrarrestar el cambio climático y sus impactos adversos, podría contribuir al logro de múltiples objetivos que confluyen en el desarrollo humano sustentable, como la seguridad energética y alimentaria, la salud pública, la defensa del capital natural o la utilización racional de nuestros recursos naturales.

En el ámbito multilateral, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático⁴ de 1992 (la "Convención") busca realizar esfuerzos a escala internacional a efecto de crear conciencia pública sobre los efectos y problemas del cambio climático en el mundo (en el apartado V del presente trabajo, se explica más fondo el contenido de la Convención).

A fin de reforzar y alcanzar los objetivos de la Convención, en 1997 los países partes acordaron adicionar al tratado el llamado "Protocolo de Kioto"⁵, el cual contribuiría a imponer medidas coercitivas. Múltiples procesos gubernamentales y de la sociedad civil se han propuesto contribuir al logro de los objetivos reseñados.

La acción concertada internacional resulta indispensable para enfrentar un problema que ningún país podrá resolver aisladamente. En este contexto, México contribuye con alrededor del 1.6% de las emisiones de gases de efecto

⁴ La Convención procede mediante las decisiones que son adoptadas en las llamadas "Conferencias de las Partes" (dichas conferencias son reuniones entre los países partes de la Convención), y se apoya en el trabajo de su Secretariado y de sus Órganos Subsidiarios: el Órgano Subsidiario de Implementación (OSI) y el Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico (OSACT), así como aquellos otros órganos cuya creación haya decidido la conferencia de las Partes.

⁵ El Protocolo de Kioto fue adoptado durante la Tercera Conferencia de las Partes (CoP 3) celebrada en la ciudad de Kioto, Japón, en 1997, este instrumento establece metas cuantitativas específicas para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero que son obligatorias para los países desarrollados y con economías en transición. El Protocolo de Kioto entró en vigor el 16 de febrero de 2005 para las naciones que han depositado su instrumento de ratificación, entre ellas México, que ratificó el instrumento en el año 2000.

invernadero que generan este problema y muestra, además, una alta vulnerabilidad frente a sus efectos adversos.

México, es un referente a nivel internacional en la lucha contra los efectos del cambio climático, al ser reconocido como país sede, de la 16ª “Conferencia de las Partes” (COP16) en el año 2010.

El país se dispone a ampliar su respuesta frente a este desafío global, tanto en su vertiente de mitigación, que consiste en el control y la reducción de las emisiones, como en la de adaptación, que abate la vulnerabilidad y limita los impactos negativos del cambio climático.

II] Efecto invernadero

Se llama efecto invernadero al fenómeno por el que determinados gases componentes de una atmosfera planetaria retienen parte de la energía que el suelo emite al haber sido calentado por la radiación solar. El efecto invernadero afecta a todos los cuerpos planetarios dotados de atmósfera. De acuerdo con el actual consenso científico, el efecto invernadero se está acentuando en la tierra por la emisión de ciertos gases, como el dióxido de carbono y el metano, debido a la actividad económica humana. Este fenómeno evita que la energía del sol recibida constantemente por la tierra vuelva inmediatamente al espacio produciendo a escala planetaria un efecto similar al observado en un invernadero.

III] Cambio climático

Por el alcance de sus implicaciones económicas, políticas y sociales, el cambio climático es hoy un tema ineludible en la agenda del gobierno mexicano y objeto de atención de un importante número de dependencias e instituciones de las Administraciones Municipales, Estatales y Federal de México.

Enfrentar el cambio climático implica desarrollar de inmediato actividades de mitigación, o reducción de emisiones

de gases de efecto invernadero, y de adaptación, o reducción de la vulnerabilidad y de los riesgos para la vida, para el orden natural y el desarrollo. La eficacia de estas actividades aumenta significativamente cuando concurren diversos sectores en una estrategia de política transversal.

Para dar respuesta a este desafío global y tomar responsabilidad sobre nuestra contribución y posibles afectaciones, el Gobierno Federal cuenta con una estructura gubernamental, así como diversas estrategias e instrumentos, con los que se busca mitigar el cambio climático y adaptarse en la medida en que sea necesario, sin comprometer el proceso de desarrollo, e incluso con beneficio económico.

Entre esas estrategias se encuentran las siguientes:

1.- Instrumentar la Estrategia Nacional de Cambio Climático

Durante 2009, se elaboraron de manera conjunta con el Instituto Nacional de Ecología, los Criterios Ambientales para la Producción de Insumos de Biocombustibles, mismos que se presentaron en enero de 2010.

En el primer semestre de 2010 se actualizó el anteproyecto para normar las especificaciones técnicas para la protección del ambiente con criterios de selección de sitios y durante las actividades de construcción, operación y abandono de instalaciones eoloeléctricas en zonas agrícolas, ganaderas y eriales, con la finalidad de proporcionar certidumbre jurídica a la inversión en esta materia.

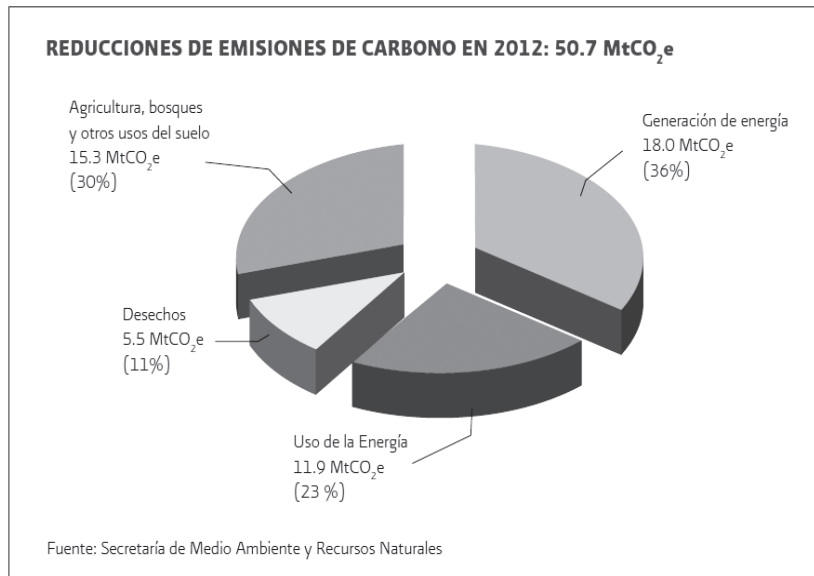
2.- Programa Especial de Cambio Climático

El 28 de agosto de 2009, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Programa Especial de Cambio Climático 2009-2012 (PECC), donde se reconoce que éste constituye el principal desafío ambiental global del presente siglo y que representa, a mediano y largo plazo, una de las mayores amenazas para el proceso de desarrollo y el bienestar humano.

En su capítulo de Mitigación el PECC se orienta a consolidar un patrón de desarrollo en el que el crecimiento económico no incida significativamente en el incremento de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI). Al inducir una

disminución de la intensidad de carbono, expresada como la relación entre emisiones y producto interno bruto, el PECC da un impulso inicial a la “descarbonización” de la economía mexicana.

El cumplimiento cabal del PECC y las acciones desarrolladas en los sectores relacionados con la generación y uso de energía, agricultura, bosques y otros usos del suelo y desechos, podrían alcanzar una reducción total de emisiones anuales en 2012, de alrededor de 51 millones de toneladas de CO₂, con respecto al escenario tendencial (línea base al 2012 que ascendería a 786 millones de toneladas de CO₂), como resultado de acciones desarrolladas en los sectores relacionados con la generación y uso de energía, agricultura, bosques y otros usos del suelo, y desechos. Por categoría de emisión de gases de efecto invernadero, la meta de mitigación se distribuye de la siguiente manera:



La meta global de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero al 2012, se compone de 39 objetivos y 86 metas, de éstas últimas 22 representan el 85% de las casi 51 millones de toneladas de CO₂ establecidas como meta de mitigación al 2012.

IV] Economía verde

¿Es México un país rico en recursos naturales? ¿Podemos aspirar a crecer, cuidar el ambiente y ofrecer bienestar a la sociedad mexicana? Son preguntas de la economía verde donde el gobierno cuenta un papel crucial como impulsor y gestor de acciones que permitan sentar las bases de un modelo que tenga como premisa fundamental erradicar la pobreza en equilibrio con la disponibilidad de recursos naturales, reducir la desigualdad social y garantizar la permanencia de los bienes y servicios eco-sistémicos, para las actividades fundamentales de la sociedad.

Las políticas públicas son fundamentales para dirigir el mercado hacia la innovación en tecnologías y soluciones limpias. La participación del sector empresarial y de la sociedad en general es clave, pero se requieren incentivos para motivar las inversiones, eficiencia de materiales, y la toma de decisiones de consumo para caminar hacia un desarrollo que concilie crecimiento, conservación de los recursos naturales y de la biodiversidad, e igualdad de oportunidades. Por ello, es urgente promover los mecanismos que permitan sentar las bases para que todos los sectores incorporen estos criterios en sus políticas y procesos. Es indispensable contar con la información necesaria para difundir este concepto de una manera clara y sencilla a los sectores de la sociedad a fin de comprenderlo, discutirlo y reflexionar para que puedan incorporarlo en sus esquemas de trabajo como una condición imprescindible de crecimiento.

El desarrollo económico ha demostrado que tiene límites muy concretos expresados en los recursos naturales.

México tiene una gran diversidad de ecosistemas, por ello es fundamental promover iniciativas exitosas basadas en un nuevo concepto, denominado economía verde, donde la sociedad, el gobierno y las empresas tienen una responsabilidad. Este cambio de paradigma implica reconocer que amplios sectores de la sociedad y de los grupos protagonistas cuentan con poca información que les permitan

tomar decisiones y realizar acciones para establecer cambios en las formas de cumplir sus objetivos.

V] El desarrollo sostenible como paradigma ambiental

El Programa Nacional de Medio Ambiente y Recursos Naturales 2001-2006 (PNMARN), de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), sostiene que "México es la doceava economía más grande del mundo, el cuarto país megadiverso... es el segundo destino principal de la inversión extranjera directa y el tercero en crecimiento acumulado" (SEMARNAT, 2001-c 25).

Si bien estas declaraciones son halagadoras, todos los mexicanos sabemos que seguimos teniendo un rezago inequitativo tanto económico como cultural en muchas partes del país. Los analistas coinciden en el hecho de que México tiene elementos suficientes para poder alcanzar unas condiciones de vida comprobables con las potencias económicas mundiales, ¿en dónde radica el problema entonces? Muy probablemente la solución se encuentre en el método que utilizamos tanto para explotar esa riqueza como para distribuir sus beneficios. El proceso para lograr la meta de la calidad de vida considerando al ambiente se conoce como "desarrollo sostenible". Debemos hacerlo de manera tal que no limitemos nuestras propias posibilidades de vida, salud, expansión y desarrollo. El planear apropiadamente la explotación de nuestros recursos garantizara la utilidad y existencia de los mismos; garantizando al mismo tiempo nuestro medio de vida. El desarrollo es un proceso comprensivo, económico, y cultural dirigido al constante mejoramiento y bienestar de la población entera y de todos los individuos en base a su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y la justa distribución de los beneficios que resulten de ella.

En consecuencia, los avances multilaterales en la atención al cambio climático; el proceso de las negociaciones multilaterales. La Convención y el mencionado Protocolo de Kioto, el problema es que los consensos para adoptar soluciones globales no han estado nunca al alcance de la mano. El proceso multilateral de negociación en materia de cambio climático ha mostrado con creces las enormes dificultades de poner de acuerdo a más de 190 países, con intereses distintos y, en muchos casos, opuestos. A la tradicional divisoria Norte-Sur, que opone los países desarrollados a los en desarrollo, el cambio climático agrega otros factores específicos de polarización. Así, por ejemplo, los pequeños estados insulares en desarrollo cuya supervivencia, amenazada por la elevación del nivel del mar, depende de que se limite en forma drástica el consumo mundial y la quema de combustibles fósiles, tendrá intereses antagónicos respecto a los de países exportadores de carbón, petróleo o gas natural, cuyas perspectivas de desarrollo dependen de que la demanda mundial de estos recursos energéticos se mantenga firme y en ascenso. Hasta ahora la divisoria desarrollados / en desarrollo ha prevalecido respecto a la que separa a los países proactivos en relación con el cambio climático de los reactivos, reticentes a la adopción de políticas públicas eficaces para mitigarlo. Esta situación está empezando a cambiar.

A pesar de estas dificultades, la respuesta política internacional al cambio climático comenzó hace ya algo más de veinte años, con la negociación y adopción en 1992 de la Convención en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo o “Cumbre de la Tierra”, Río de Janeiro, Brasil, que establece un marco de acción para la estabilización de la concentración de GEI en la atmósfera. La Convención, ha realizado 17 reuniones de la Conferencia de las Partes⁶ (COPs), así como numerosas reuniones de los órganos subsidiarios⁷.

⁶ Las Conferencias de las Partes es el órgano supremo de la Convención. Reúne a los representantes de los estados parte e incluye la participación como observadores de

Cabe resaltar la ya mencionada COP16, en donde en un contexto internacional complicado, México asumió la responsabilidad de organizar y presidir la COP-16/CMP-6 que se celebró a fines del 2010 en Cancún, Quintana Roo, México.

Con la anuencia de la Presidencia danesa saliente, México replanteó para las conferencias de Cancún los enfoques y los métodos tradicionales de organización, movilizándolo para ello todos los recursos de su reconocida experiencia multilateral. Con la conducción personal del entonces presidente Felipe Calderón Hinojosa y bajo la coordinación de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la plena colaboración de las demás dependencias de la Administración Pública Federal, empezando por la SEMARNAT, México diseñó y llevó a cabo una estrategia muy activa que combinó reuniones formales e informales, de carácter general o temático, logró ampliar y consolidar la participación de los países y abrió causas para una intervención más efectiva de la sociedad civil, tanto en la fase preparatoria como en las propias conferencias de Cancún. Contó para ello con el apoyo técnico del Secretariado de la Convención. Se pudo así restaurar un piso mínimo de confianza y volver a encauzar un proceso multilateral que algunos medios internacionales daban como definitivamente fallido. La apuesta de México fue riesgosa pero, contra todo pronóstico, desembocó en un claro éxito, del cual dio fe una de las más prolongadas ovaciones en pie de la historia de las negociaciones multilaterales climáticas.

Como resultado, se adoptaron formalmente los Acuerdos de Cancún, los cuales constituyen un importante logro de la comunidad internacional. A través de estos Acuerdos, se anclaron en el régimen multilateral los principales contenidos de los Acuerdos de Copenhague, y se crearon un

Estado que no son parte del instrumento, agencias de las Naciones Unidas, organismos intergubernamentales y representantes de la sociedad civil. La participación de estos últimos ha adquirido en los últimos años una relevancia creciente.

conjunto de instituciones en los temas de financiamiento, mitigación, adaptación y tecnología, que constituyen un paquete particularmente amplio y promisorio de apoyo para que países en desarrollo puedan enfrentar las tareas de atención al cambio climático. Entre las creaciones de los Acuerdos de Cancún destacan:

a.- Fondo verde para el clima: Se adopta como mecanismo financiero de la convención para apoyar las acciones de adaptación y mitigación de países en desarrollo.

b.- Marco de Adaptación: Creado para fortalecer la atención a los temas de adaptación a través de la cooperación internacional y la implementación de acciones en países en desarrollo. Contempla la creación de un Comité de Adaptación.

c.- Mecanismo Tecnológico: Consta de dos componentes: (i) un Comité Ejecutivo de la Tecnología; y (ii) una Red y Centro de Tecnologías del Clima. A través de ellos se busca fomentar las investigaciones, el desarrollo, la demostración y la transferencia de tecnología verdes para la mitigación y la adaptación al cambio climático.

VI] Recientes legislaciones ambientales - Ley General de Cambio Climático

En México, como en casi todo el mundo, el Derecho Ambiental surge como la respuesta a los problemas ambientales que inherentes al desarrollo de las sociedades, se tiene que establecer como estrategia regulatoria en su combate, dado que el crecimiento de las civilizaciones siempre ha intentado dominar la naturaleza, pocas son las culturas que en su desarrollo prefirieron convivir con ella. De manera que la misma sociedad en su afán regulatorio, tiene que establecer reglas que moderen el comportamiento de sus ciudadanos a efecto que moderen su comportamiento con el fin de proteger la naturaleza, en nuestro país el derecho a un ambiente sano

está establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁸

Sin embargo, prácticamente hasta el último siglo, en el desarrollo de México no se consideraba como esencial el cuidado y protección del medio ambiente, por lo que, el ambiente se ha visto severamente afectado. Prácticamente, todas las actividades económicas generan intensas presiones sobre los recursos naturales y el ambiente, provocando altos niveles de contaminación, sobre todo en las áreas de concentración urbana y sitios de alta biodiversidad.

La Ley General de Cambio Climático apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2012. Este ordenamiento tiene como objeto garantizar el derecho a un medio ambiente sano y establecer la concurrencia de facultades de los distintos órdenes de gobierno. Para ello se centra, entre otras cuestiones, en las acciones para mitigación y adaptación al cambio climático.

Con esta ley se crea el Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático y una Comisión Intersecretarial de Cambio Climático. También se crea el Consejo de Cambio Climático en el que se prevé la integración de miembros de los actores social, privado y académico. Con relación a la sociedad civil, dicha Comisión deberá convocar tanto a las organizaciones como celebrar acuerdos de concertación con organizaciones sociales y privadas relacionadas con el medio ambiente.

Asimismo, esta ley impulsa el desarrollo de estrategias, programas y proyectos integrales de mitigación y adaptación al cambio climático en materia de hidrocarburos y energía eléctrica, para lograr el uso eficiente y sustentable de los recursos energéticos fósiles y renovables del país, de conformidad con la Ley para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía y la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética, en

⁸ Este derecho está contemplado en el Artículo 4 de la Constitución, el cual establece que *“toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”*.

lo que resulte aplicable, como lo establece expresamente su artículo 7, fracción XXIII.

De igual manera, en su artículo 33 se establecen las políticas públicas para la mitigación, las cuales son las siguientes:

I. Promover la protección del medio ambiente, el desarrollo sustentable y el derecho a un medio ambiente sano a través de la mitigación de emisiones;

II. Reducir las emisiones nacionales, a través de políticas y programas, que fomenten la transición a una economía sustentable, competitiva y de bajas emisiones en carbono, incluyendo instrumentos de mercado, incentivos y otras alternativas que mejoren la relación costo - eficiencia de las medidas específicas de mitigación, disminuyendo sus costos económicos y promoviendo la competitividad, la transferencia de tecnología y el fomento del desarrollo tecnológico;

III. Promover de manera gradual la sustitución del uso y consumo de los combustibles fósiles por fuentes renovables de energía, así como la generación de electricidad a través del uso de fuentes renovables de energía;

IV. Promover prácticas de eficiencia energética, el desarrollo y uso de fuentes renovables de energía y la transferencia y desarrollo de tecnologías bajas en carbono, particularmente en bienes muebles e inmuebles de dependencias y entidades de la administración pública federal centralizada y paraestatal, de las entidades federativas y de los municipios;

V. Promover de manera prioritaria, tecnologías de mitigación cuyas emisiones de gases y compuestos de efecto invernadero sean bajas en carbono durante todo su ciclo de vida;

VI. Promover la alineación y congruencia de los programas, presupuestos, políticas y acciones de los tres órdenes de gobierno para frenar y revertir la deforestación y la degradación de los ecosistemas forestales;

VII. Medir, reportar y verificar las emisiones;

VIII. Reducir la quema y venteo de gas para disminuir las pérdidas en los procesos de extracción y en los sistemas de distribución y garantizar al máximo el aprovechamiento del gas en instalaciones industriales, petroleras, gaseras y de refinación;

IX. Promover el aprovechamiento del gas asociado a la explotación de los yacimientos minerales de carbón;

X. Promover la cogeneración eficiente para evitar emisiones a la atmósfera;

XI. Promover el aprovechamiento del potencial energético contenido en los residuos;

XII. Promover el incremento del transporte público, masivo y con altos estándares de eficiencia, privilegiando la sustitución de combustibles fósiles y el desarrollo de sistemas de transporte sustentable urbano y suburbano, público y privado;

XIII. Desarrollar incentivos económicos y fiscales para impulsar el desarrollo y consolidación de industrias y empresas socialmente responsables con el medio ambiente;

XIV. Promover la canalización de recursos internacionales y recursos para el financiamiento de proyectos y programas de mitigación de gases y compuestos efecto invernadero en los sectores público, social y privado;

XV. Promover la participación de los sectores social, público y privado en el diseño, la elaboración y la instrumentación de las políticas y acciones nacionales de mitigación, y

XVI. Promover la competitividad y crecimiento para que la industria nacional satisfaga la demanda nacional de bienes, evitando la entrada al país, de productos que generan emisiones en su producción con regulaciones menos estrictas que las que cumple la industria nacional.

Es importante hacer mención de lo establecido en el artículo 34 Fracción I, inciso B, de la mencionada ley, que establece: "Desarrollar y aplicar incentivos a la inversión tanto pública como privada en la generación de energía eléctrica proveniente de fuentes renovables y tecnologías de

cogeneración eficiente. Dichos incentivos se incluirán en la Estrategia Nacional, la Estrategia Nacional de Energía, la Prospectiva del Sector Eléctrico y en el Programa Sectorial de Energía”.

Dicha disposición debe tenerse muy en cuenta por los representantes de las organizaciones sociales no solo Mexicanas sino también Transnacionales. Asimismo debemos esperar y analizar las consideraciones que estipule el Reglamento de La Ley General de Cambio Climático que debe estar en próximas fechas de publicación, ya que podrían existir estímulos fiscales e incentivos con el fin de hacerlas partícipes de los programas que contribuyan a la mitigación del cambio climático.

Asimismo, resulta interesante conocer la integración de la Comisión Intersecretarial de Cambio Climático, ya que con el nuevo Gobierno Federal del Presidente Enrique Peña Nieto, seremos testigos de la nueva forma de tomar las decisiones que conduzcan a un cuidado de los recursos naturales de nuestro País, ahora sí, bajo la regulación de un instrumento legal que marque la pauta de cómo poder hacerlo.

VII] Transversalidad de políticas públicas para el desarrollo sustentable

La sustentabilidad ambiental es uno de los cinco ejes de política pública⁹ en base de los cuales se articula el conjunto de objetivos y estrategias del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 (PND), del Gobierno Federal Mexicano, y constituye un criterio rector en el fomento institucional de las actividades productivas. En ese sentido, las decisiones de inversión, producción y políticas públicas, de toda la Administración

⁹ Las políticas públicas se reconocen como un proceso de enseñanza colectivo para aumentar la capacidad de resolver problemas, influyendo de manera decisiva en la formulación y legitimación de la agenda pública a través de un proceso de interlocución y comunicación democrática entre sociedad y gobierno. Miguel Ángel Vásquez *Políticas públicas ambientales Una reflexión.*

Pública Federal (APF) deben incorporar criterios de impacto y riesgo ambiental, cambio climático, así como de uso eficiente y racional de los recursos naturales, lo que demanda una estrecha coordinación de las políticas públicas en el mediano y largo plazo.

Corresponde a la SEMARNAT la responsabilidad de encaminar a todas las dependencias de la APF hacia la incorporación de la variable ambiental en sus políticas públicas para la integración de esfuerzos que conlleven al Desarrollo Humano Sustentable, mientras que estas dependencias tienen la responsabilidad de incorporarla al diseño e instrumentación de sus programas y acciones específicas.

Para ello, y en el marco de la estrategia de "Transversalidad de Políticas Públicas para el Desarrollo Humano Sustentable", se atienden temas ambientales prioritarios a través de acciones jerarquizadas, ordenadas y coordinadas. Se establecen asimismo, metas e indicadores para seguir cuantitativamente su cumplimiento.

La transversalidad se expresa en programas específicos que permean en dos o más dependencias de la APF, como es el caso del Programa de Empleo Temporal (PET).

Por primera vez de manera explícita, el cambio climático se abordó en el Plan Nacional de Desarrollo (PND), específicamente en el Eje 4 de Sustentabilidad Ambiental. Muchos de los programas sectoriales que derivaron del PND, también hicieron referencia al tema.

El anteriormente mencionado Programa Especial de Cambio Climático (PECC), consolida los esfuerzos previos de planeación en la materia, entre los que destaca la Estrategia Nacional de Cambio Climático presentada por el Ejecutivo Federal en mayo de 2007.

El PECC es un claro ejemplo del compromiso gubernamental para impulsar la Transversalidad de las Políticas Públicas para el Desarrollo Humano Sustentable. El conjunto de objetivos y metas del documento refleja el compromiso de 11 Secretarías de Estado del Gobierno Federal Mexicano para abordar coordinadamente los retos de la mitigación de

emisiones de Gas de Efecto Invernadero (GEI) y la adaptación a los impactos previsibles del cambio climático, así como para garantizar el bienestar y la viabilidad de la sociedad y los sistemas naturales de México.

1.- Comisión Intersecretarial de Cambio Climático (CICC)

La CICC se creó el 24 de abril del 2005 mediante decreto presidencial, como uno de los instrumentos más importantes de política transversal al ser un espacio multisectorial de concertación de políticas públicas de cambio climático. Su objetivo es coordinar las acciones de las diversas dependencias de la Administración Pública Federal para formular e instrumentar políticas nacionales de cambio climático y promover acciones orientadas al cumplimiento de los compromisos internacionales en la materia, la presidencia de la CICC recae en el titular de la SEMARNAT y su Secretariado Técnico en la Dirección General de Políticas de Cambio Climático de la Subsecretaría de Planeación y Política Ambiental, de la misma Secretaría de estado, dos invitados permanentes y siete grupos de trabajo activos, los cuales coordinan las acciones, políticas y estratégicas relacionadas con el cambio climático.

2.- Grupos de Trabajo de la CICC

Los grupos de trabajo creados alrededor de la CICC son los siguientes:

a.- Comité Mexicano para Proyectos de Reducción de Emisiones y de Captura de Gases de Efecto Invernadero (COMEGEI): es responsable de la evaluación de los proyectos y la expedición de Cartas de Aprobación.

b.- Grupo de Trabajo para Asuntos Internacionales: es responsable de coordinar de manera intersecretarial la formulación de la posición de México en foros u organismos internacionales de cambio climático, particularmente en las COPs y sus Órganos Subsidiarios.

c.- Grupo de Trabajo de Políticas de Adaptación (GT-Adapt): coordina la formulación de políticas y estrategias de adaptación con el fin de desarrollar capacidades nacionales de adaptación ante los impactos previsibles del cambio climático. En este grupo de trabajo se integraron las metas de capítulo de adaptación del PECC y se coordinó el documento Marco de Políticas sobre Adaptación de Mediano Plazo.

d.- Grupo de trabajo para el Programa Especial de Cambio Climático (GT-PECC): formuló el documento hacia una Estrategia de Acción Climática (Enacc). Ha estado a cargo de la elaboración, publicación y seguimiento del Programa Especial de Cambio Climático.

e.- Grupo de trabajo sobre Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación Plus (GT-REDD+): propone al CICC lineamientos y estrategias en materia de reducción de emisiones por deforestación y degradación. A través de este Grupo se integró el documento Visión de México sobre REDD+, hacia una Estrategia Nacional. Actualmente trabaja en la Estrategia Nacional de Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación Plus (ENAREDD+).

f.- Grupo de Trabajo de Mitigación (GT-Mitig): propone a la CICC políticas, estrategias y acciones asociadas con la mitigación para el corto, mediano y largo plazos.

g.- Grupo de Trabajo de Vinculación con la Sociedad Civil (GT-Vinc): su objetivo es institucionalizar la vinculación del sector público representado en la CICC con la sociedad civil, para el fortalecimiento de los mecanismos de análisis, planeación, implementación, difusión y evaluación de las políticas públicas en la materia.

3.- Utilización de criterios ambientales en la Administración Pública Federal

Entre los resultados alcanzados en este sentido, durante el último trimestre de 2009, mencionamos los siguientes:

Dada la necesidad de ampliar la funcionalidad del Sistema de Información de la Agenda de Transversalidad (SIAT)

para incluir acciones y compromisos establecidos con los gobiernos estatales y municipales, se realizó la mejora funcional y adecuación de los módulos de captura de dicho sistema. Con estas modificaciones es posible conocer la ubicación de las acciones concluidas y así identificar los sitios donde la política transversal fue aplicada. Además, se realizaron ajustes para identificar las áreas responsables de las acciones a nivel dirección general y contar con mayor control sobre el seguimiento de las mismas.

Se concretaron compromisos con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes relacionados con medidas de adaptación al cambio climático que permiten mejorar y adecuar la infraestructura de comunicaciones y transportes; la renovación del parque vehicular a efecto de contribuir a reducir las emisiones de GEI y en materia de aplicación de normas de eficiencia energética en el sector. Con esta actividad se alcanzó un total de ocho instituciones con metas e indicadores cuantitativos, superando la meta anual programada de siete instituciones.

Se participó en la elaboración de metas y acciones por dependencia, así como en la conformación y operación de grupos de trabajo en beneficio de la sustentabilidad de los mares y costas en el marco de la Comisión Intersecretarial para el Manejo Sustentable de Mares y Costas (Cimares).

Se realizó la Tercera Reunión Plenaria de la Agenda de Transversalidad, como espacio de concurrencia inter e intrasectorial, en el que se presentaron los avances más significativos relacionados con los temas Cambio Climático, Política Integral de Mares y Costas, y Biodiversidad de México.

4.- Agendas de Transversalidad

Durante el primer semestre de 2010, las actividades de coordinación se orientaron a concertar compromisos con dos instituciones adicionales, el Consejo Nacional de Población (CONAPO) y la Secretaría de Gobernación (SEGOB). Con ello, el total acumulado ascendió a 25 dependencias de la APF con criterios de sustentabilidad en sus planes y programas, lo que

representó un avance del 89.28% respecto de la meta de 28 instituciones que se estableció alcanzar en 2012.

Entre las principales acciones concertadas en 2010 con SEGOB y CONAPO, en materia de sustentabilidad, se encuentra el incorporar los sistemas insulares con asentamientos humanos en el Atlas Nacional de Riesgos y en el Atlas Nacional de Vulnerabilidad ante el Cambio Climático.

5.- Visión de largo plazo

Los sistemas políticos, administrativos y financieros del mundo no están cabalmente adaptados para abordar procesos de muy largo plazo. Sin embargo, para enfrentar el cambio climático, que constituye una de las mayores amenazas que se ciernen sobre la humanidad, se requiere de una visión de largo plazo, en función de las siguientes condiciones:

Las actividades que generan GEI sólo pueden transformarse mediante cambios culturales, construcción de capacidades, desarrollos tecnológicos, modificaciones institucionales. Estas transformaciones resultan complejas y requieren tiempo, dedicación y perseverancia, además de voluntad política para emprenderlas.

Muchas de las infraestructuras que determinan patrones de emisión o condiciones de vulnerabilidad frente a fenómenos climáticos extremos se caracterizan por una larga vida útil. Las decisiones que se adoptan en el momento de determinar dichas infraestructuras fijan el curso futuro de las emisiones de un país o sus posibilidades futuras de adaptación.

El propio sistema climático planetario se caracteriza por una extraordinaria inercia. Los cambios en las emisiones presentan efectos acumulativos, diferidos en el tiempo, sobre la dinámica de las concentraciones. Los cambios en las concentraciones determinan, a su vez, efectos diferidos en la temperatura planetaria promedio. Los impactos de estos cambios en los ecosistemas terrestres y marinos pueden también presentar desfases temporales. Incluso, una vez que se estabilizaran las concentraciones de gases de efecto

invernadero, que constituye el objetivo último de la Convención, la temperatura superficial promedio proseguiría en ascenso, aunque cada vez con menor intensidad conforme transcurra el tiempo, y la elevación del nivel promedio del mar se extendería por más de un milenio.

Tanto a escala global como en cada país, las acciones de mitigación y de adaptación necesitan orientarse en función de una situación futura a la que se aspira. En este ámbito más que en cualquier otro, el futuro deseable debe determinar el presente necesario.

Reseña de libros jurídicos

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

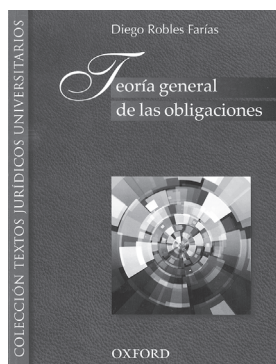
AÑO 1
01 JUNIO 2013

Reseña del libro

Teoría General de Las Obligaciones de Diego Robles Farías

Oxford University Press, México, 2011, 612 pp

LEONEL PEREZNIETO CASTRO¹



Siempre es grato encontrar una obra que, escrita en el formato de libro de texto, incorpore Derecho Comparado junto con la suficiente información actualizada sobre el tema, en el mundo. Se trata de un análisis de las instituciones que forman el Derecho de las Obligaciones y que permiten un estudio comprensivo del tema escrito de una manera sencilla, sin perder el fondo de la discusión. El autor nos ofrece todo el panorama de las Obligaciones tal y como se tratan hoy en día, sin que su lectura canse al lector. Cuando se fundó la colección donde ahora se publica la obra que nos ocupa, se insistió que podría llegarse a elaborar hasta un tratado sin perder el diseño editorial de las obras, fundado sobre libros de texto. Los ejemplos son una muestra que se puede tratar el tema más complejo, pero siempre habrá un ejemplo que lo precise, que lo haga comprensible para el lector, máxime cuando la obra va dirigida a estudiantes, principalmente. Se trata de una obra moderna, donde se combina una mezcla de libro de texto, con la de un tratado moderno, en la que, el derecho comparado se usa con frecuencia.

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y Doctor en Derecho Internacional Privado por la Universidad de París. Profesor de tiempo completo en la UNAM.

Correo electrónico: lpereznieto@jnabogados.com.mx

El recorrido de instituciones que conforman la Teoría de las Obligaciones puestas al día está bien logrado. Es importante destacar que, sin entrar en más detalles que los estrictamente indispensables, el autor nos brinda una obra fluida y sobre todo, nos abre un abanico de 32 temas que van del análisis tradicional del Derecho de la Obligaciones, donde el Profesor Robles nos explica con sencillez los nuevos desarrollos de las obligaciones con motivo de los adelantos tecnológicos y cómo las alteran de su contenido original, hasta ese excelente Capítulo Segundo sobre la relación jurídica obligatoria y el concepto moderno de la obligación. Con el apoyo de la doctrina y el derecho comparado, el Profesor Diego Robles nos ilustra sobre lo que hoy constituye la esencia de las obligaciones: esa relación jurídica que no se agota en lo personal, sino que circunda al individuo como dentro de una pequeña cosmovisión. "Un ente todo orgánico que contiene y engloba a sus elementos". A partir de ahí, el autor discute las diferencias entre deber jurídico y obligación, para definir a ésta en un sentido moderno que engloba tres elementos esenciales: el propio deber jurídico, el Derecho Personal o de Crédito (correlativo al deber), y la responsabilidad civil que surge del incumplimiento y del ilícito civil.

Después de una minuciosa exposición de las características principales en que se dividen las Obligaciones, entra el autor en el análisis de las obligaciones solidarias, las de objeto indivisible o pluralidad de sujetos, de los créditos sindicados y las relaciones obligacionales de sujeto variable, *propter rem* o ambulatorias, entre varias otras. Es importante destacar que entre las obras que cita el autor para el desarrollo de su obra está la de Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, la obra más importante escrita en el Siglo XX sobre el Derecho de las Obligaciones, elaborada con una metodología de derecho comparado que en algunas de sus secciones la adopta el autor en su obra.

En otra parte de la obra que se reseña, el autor analiza detalladamente el consentimiento tradicional, pero agrega el tema del consentimiento por vía electrónica con las

modalidades que el propio autor define con claridad. Como es de suponerse, el autor aborda de manera magistral el tema de los contratos y su desarrollo a lo largo de siete capítulos, hace que la obra pueda también considerarse como una teoría general de los contratos, con lo cual la proyección de la obra se acrecienta y en todo caso, muestra cómo el tema de los contratos, ahora más que nunca, se encuentra inscrito de manera poco exhaustiva en el tema de las Obligaciones. Quizá para una nueva edición de la obra, el autor nos podría dar sus ideas sobre la Responsabilidad Civil, lo que ayudaría a precisar por completo la visión de las Obligaciones hoy en día y el autor complementaría con este tema uno de los enunciados fundamentales de la integración de las Obligaciones.

Estamos frente a la mejor obra mexicana escrita sobre el tema en los inicios del Siglo XXI y ojalá sirva de modelo para que civilistas jóvenes y otros autores de la talla del Profesor Robles Farías puedan profundizar en este tema toral del Derecho.

Mis mejores deseos para que la obra se siga difundiendo como merece.

LUIS MANUEL C. MÉJAN CARRER²

Con un enorme gusto y comprendiéndolo como un gran honor, recibí a la invitación para revisar el manuscrito de su obra *Las Relaciones Jurídicas Obligatorias*. Como en ese momento estaba yo realizando una estancia posdoctoral en una universidad europea, me encontraba con el ánimo propio de un investigador ocupado de escribir y alejado de las cuitas y tribulaciones ordinarias del trabajo cotidiano, por lo que gustoso me di a su lectura. Posteriormente tendría el honor de escribir el prólogo de la misma.

² Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Guadalajara y Doctor por la Universidad Nacional Autónoma de México. Titular de asignatura plus en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

Correo electrónico: lmejan@yahoo.com

La Editorial Oxford tiene políticas muy claras en cuanto a la publicación de obras: busca que se trate de obras que empaten con los programas de las Escuelas y Facultades de Derecho, especialmente de la UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México), y que no se repitan títulos en su catálogo. Oxford ya tiene en éste dos obras de obligaciones: La extraordinaria de Manuel Bejarano que nos ha acompañado a los profesores de obligaciones muchos años y la *Ayuda de Memoria* del suscrito. Publicar una tercera requería que se tratase de algo que verdaderamente llegara a aportar novedades y es que la obra de Robles Farías es un libro de estupenda manufactura.

Con frecuencia escuchamos que en materia de Derecho Civil ya está todo escrito y que todo lo más pueden surgir novedades en el mundo del Derecho Familiar cuando tienen que incorporarse los temas provenientes de concepción asistida, matrimonios entre personas del mismo sexo, adopciones atípicas, decisión sobre la muerte, etcétera. Decir eso es tan sólo una posición cómoda para no revisar nuestros conceptos e instituciones básicas y reflexionar sobre ellas.

La década pasada nos trajo un resucitar de algunas figuras jurídicas que estaban conocidas y olvidadas. Lo que por sabido se calla, por callado se olvida. Tal era el caso de la lesión, de la teoría de la imprevisión y del anatocismo. Los grandes problemas económico-financieros derivados del llamado "error de diciembre", llevaron a los tribunales tales figuras que yacían empolvadas en el desván. Es de especial valor la forma como Diego Robles aborda la lesión³ y el difícil tema de la teoría de la imprevisión⁴ y estos no son sino unos ejemplos de que en materia de Derecho Civil todavía está abierto el campo para estudiar, comparar y desarrollar un pensamiento doctrinario importante.

Nadie puede ignorar, poniendo otro ejemplo, que el desarrollo tecnológico informático ha venido a llenar páginas

³ *Op. cit.*, *Teoría General de las Obligaciones*, p. 266.

⁴ *Ibidem*, p. 335.

importantes en el derecho de la contracción e interpretación de las obligaciones, poniendo en crisis (y quizá en principio de obsolescencia) conceptos como el documento, la firma autógrafa, la policitación y aceptación de contrato y otras más que, por lo menos, deben de ser re-contextualizados.

Todo un capítulo, el decimoprimer, está dedicado a abordar la naturaleza jurídica de la formación del consentimiento por medios electrónicos y tecnológicos, incrustándolo en su lugar: el consentimiento como elemento esencial de la existencia de la relación jurídica obligatoria.

El importante desarrollo de la vida mercantil en el contexto de globalización, signo de los tiempos en el siglo XXI, viene a poner de relieve cómo es necesario el regresar al fundamento y base de la contratación mercantil que está sin duda en la Teoría de las Obligaciones tradicional, o "relaciones jurídicas obligatorias", como el autor la llama en esta obra.

Un moderno autor, José Luis García-Pita y Lastres opina en esta dirección: "...una parte muy sustancial del Derecho Mercantil está formada por normas e instituciones de Derecho de Obligaciones y Contratos; figuras cuya presencia en el Derecho Mercantil no sólo es abrumadora, en términos cuantitativos, sino que tiende a incrementarse sucesivamente, enriqueciéndose con una serie de figuras nuevas como consecuencia del intenso dinamismo del tráfico empresarial"⁵.

Encontramos en la obra de Robles Farías una aportación novedosa a la Teoría General de las Obligaciones en nuestro medio. Si bien trata las cuestiones y los enfoques que tradicionalmente han sido vistos por muchos autores en México, lo hace con enfoques nacidos no sólo de un conocimiento de las fuentes y autores a los que cita abundantemente: los clásicos (Pothier, Colin, Bonnetcase, Ripert, Planiol, Enneccerus, Mazeaud, etc) y los autores mexicanos (Borja Soriano, Bejarano, De la Peza); sino que además incorpora ideas de autores con actualidad (Díez Picazo

⁵ García-Pita y Lastres, José Luis, *Derecho Mercantil de las Obligaciones*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, Pp. 25-26.

y sus *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Zimmermann en su *The Law of Obligations*, Terré en su obra *Droit Civil*), y a todos ellos añade su propia reflexión y sus descubrimientos. Con ello se reafirma la disciplina y rigor científico con que una obra de estas dimensiones está hecha.

La obra incorpora algo que lamentablemente se ha empezado a desdibujar en nuestra cultura jurídica: el uso de expresiones y definiciones conceptuales en latín. Esta lengua ha aportado al derecho una riqueza sin límites, no sólo provenientes del Derecho Romano sino de la Edad Media y los siglos que vinieron después. Todavía en pleno siglo XIX los autores recurrían al latín como medio de expresar con corrección y precisión conceptos jurídicos⁶. El texto analizado es rico en citas y referencias en esta lengua.

En esta línea es de citarse la gran contribución que en nuestro medio mexicano, están haciendo Armando Ríos Jáquez, al brindarnos publicaciones como la compilación trilingüe del *Corpus Juris Civilis* y su *Prontuario Jurídico* en el que recopila reglas, máximas y aforismos jurídicos y principios de derecho; y la Dra. Martha Patricia Irigoyen con sus obras *Latín Jurídico*; *Julio Paulo, Sentencias a su hijo*; *Sobre el Significado de las Palabras y Sobre las Diversas Reglas del Derecho Antiguo*.

La modernidad no está ausente, pues con toda solvencia se desarrolla el tema ya citado de la formación del consentimiento usando los medios de la tecnología moderna (Capítulo Décimo Primero). Aborda también otros tópicos modernos como las teorías valorista y nominalista del dinero, la creación de las UDIS (Unidades de Inversión), los pagos en moneda extranjera y otros que son de actualidad importante en nuestro mundo financiero cada vez más incorporado a la vida ordinaria de todos los hombres.

Es interesante cómo aborda un tema que antes de esta obra sólo era mencionado por escasos autores (por ejemplo,

⁶ Véase por ejemplo los escritos de Mailher de Chassat, Antoine, *Tratado de Interpretación de las Leyes; Comentarios al Código Civil*.

José Luis de la Peza). Me refiero a la diferenciación entre el deber y la responsabilidad conforme la doctrina alemana (*Schuld* y *Haftung*) en donde encaja el tema de las obligaciones naturales y el de las garantías en favor de tercero.

Es especialmente claro al tratar temas tradicionales como el de la causa, motivo o fin de los contratos que tantas páginas de doctrina (muchas veces abstrusa e innecesaria) ha llenado. Su explicación aborda (pues no puede omitirse la teoría clásica) las posiciones opuestas y los resultados de la aplicación jurisprudencial francesa.

El orden que escoge el autor para tratar los temas típicos de una Teoría de las Obligaciones es un orden realizado con gran lógica. Es común que cada tratadista escoja un orden diverso pero creo que el seleccionado por nuestro autor es uno que brinda una gran ilación a todos los temas encuadrándose en un marco bien estructurado.

Creo que quizá lo más importante y novedoso es la insistencia que hace el autor en contemplar la relación jurídica que hemos conocido hasta ahora como "obligación" desde un ángulo más comprensivo de toda la riqueza de la relación jurídica compleja que se da alrededor de ella y que lo lleva a explicar la terminología que usa a lo largo de la obra según expone en el Capítulo Segundo y que orienta la explicación de todas las figuras jurídicas posteriores en el libro.

La define como "la relación jurídica patrimonial que vincula dos partes: acreedora y deudora, en virtud de la cual la primera tiene derecho a obtener mediante la cooperación de la segunda, determinados bienes, los cuales en su caso puede exigir coactivamente"⁷.

Es decir los elementos son: el vínculo jurídico; las dos partes, clásicas: activa y pasiva pero que requieren actuar en cooperación para que se dé la relación; y la prestación que define con el término técnico y genérico de "bienes".

El vínculo jurídico es calificado por el autor como patrimonial, para despejar toda duda de si puede haber

⁷ *Op. cit.*, *Teoría General de las Obligaciones*, p. 23.

obligaciones sin contenido patrimonial. Si el Derecho Civil es la parte del ordenamiento jurídico encauzada a la defensa de las personas y sus fines en la comunidad, dice Díez Picazo, el Derecho Patrimonial es la parte de aquel a través de cuyas normas se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre.

Precisamente cuando aborda el tema de las partes, el libro nos lleva a un terreno que todos vemos lógico pero que no se ha expresado ordenada y formalmente con anterioridad: el de los deberes y derechos genéricos de las partes de la relación jurídica obligatoria. Este análisis es una base fundamental para cuando posteriormente se estudien los contratos tipificados; el camino está recorrido y las bases sólidamente afincadas.

En esta parte el autor intercala el tema de las obligaciones con una pluralidad de sujetos, la indivisibilidad del objeto, las prestaciones *propter rem* y la moderna figura de los créditos sindicados.

Lamentablemente por una restricción de la editorial, la obra no pudo llamarse como originalmente había pensado su autor: *Relaciones Jurídicas Obligatorias*, sino que tuvo que migrar hacia el más acorde a los programas universitarios: *Teoría General de las Obligaciones*.

El libro que nos ofrece el talentoso jurista tapatío Diego Robles Farías, es una obra que sin lugar a dudas aporta algo novedoso al mundo del estudio del Derecho de las Obligaciones y que enriquece el catálogo tan importante de la Editorial Oxford ofreciendo una variedad de conceptos y de herramientas a los lectores y sobre todo a los estudiantes.

Arnold Toynbee comenta que hay dos modos de concebir un libro: uno el dogmático o rabínico, según el cual todo lo que ahí se contiene es cierto e irrefutable; el otro es el helénico que invita a llegar a un descubrimiento, no necesariamente el mismo del autor. Obviamente los libros de doctrina jurídica deben construirse sobre este segundo modelo. Así lo concibió Diego y así nos lo entrega a sus lectores.

Reseña del libro Derecho Mercantil de Soyla H. León Tovar y Hugo González García

Oxford University Press, México, 2007, 730 pp

DIEGO ROBLES FARÍAS¹



Siempre me ha parecido una circunstancia afortunada la llegada de dos excelentes maestros a la facultad de derecho de la Universidad Panamericana en su campus Guadalajara. Conozco a Soyla y Hugo desde hace muchos años, cuando se instalaron en nuestra ciudad buscando nuevos horizontes para desarrollarse profesionalmente y para formar a sus hijos.

La fama de Soyla la precedía. Había sido discípula queridísima del maestro Barrera Graf a cuya sombra se formó desde estudiante. Se graduó en la UNAM con honores, con una tesis dirigida por el propio Barrera acerca de la asociación en participación. La vida la llevó por caminos académicos, primero como investigadora por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (1985-1989) en donde llegó a ser coordinadora del área de Derecho Mercantil y de la magnífica obra *Diccionario Jurídico Mexicano*, una de las aportaciones fundamentales del Instituto, redactando incluso algunas de sus voces.

En esta ciudad retomó su vida universitaria combinándola con la práctica de su profesión. Ha sido profesora de Derecho Mercantil (Contratos, Sociedades, etc.) en

¹ Abogado y Notario. Profesor investigador de la Universidad Panamericana campus Guadalajara y editor de la revista Perspectiva Jurídica UP
Correo electrónico: diego.robles@rslgv.com.mx

distintas universidades. Actualmente imparte la cátedra de Contratos Mercantiles en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, y Contratos y Sociedades Mercantiles en los posgrados en derecho de la misma universidad. Es autora de varios libros: *Arrendamiento Financiero en el Derecho Mexicano* (UNAM, 1989), *Contratos Mercantiles* (Oxford, 2004), *La Firma Electrónica Avanzada* (Coautora junto con Hugo, Oxford, 2005) y la obra que ahora reseñamos: *Derecho Mercantil* (Oxford 2007), además de multitud de artículos jurídicos en revistas de prestigio y libros en homenaje a autores famosos.

La preparación académica de Soyla para nada desmerece a la de su esposo. Hugo también es egresado con mención honorífica de la UNAM (y fanático de su equipo de fútbol). Por sus venas corre sangre de jurista pues es hijo de una de las grandes figuras de derecho mercantil de la UNAM, Don Daniel González Bustamante. Es co-autor, junto con Soyla, de *La Firma Electrónica Avanzada* (Oxford, 2005) y de la obra que hoy se reseña. Publica en diversas revistas de derecho y es profesor de Derecho Mercantil (Sociedades y de Títulos de crédito) en la propia Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

Recién salido de la imprenta, sus autores Soyla y Hugo, me invitaron a presentar el libro *Derecho Mercantil*. Con ello me brindaron la oportunidad de repasar una de las materias fundamentales en la currícula y preparación académica de los estudiantes de derecho y desde luego, de los abogados.

El libro *Derecho Mercantil* está basado en el programa de la Facultad de Derecho de la UNAM, como todos los que integran la colección de Oxford University Press en donde se edita y publica. Es un libro de texto dirigido a alumnos de la carrera de derecho, pero también a los profesionistas por la profundidad con la que manejan los distintos temas desde la perspectiva de los clásicos mexicanos como Barrera Graf y Mantilla Molina, a quienes los autores se refieren como "faros siempre presentes para quienes desean llegar a buen puerto en el derecho mercantil".

La obra es un verdadero tratado de la materia, vasto, profundo y muy bien estructurado, que gira en torno a cuatro pilares fundamentales: La crisis del acto de comercio y del concepto de comerciante, términos que los autores proponen sustituir por los de actividad empresarial y empresario, estos dos últimos, piedras angulares del Derecho Mercantil; la tendencia unificadora del Derecho Privado, es decir, del Derecho Común (Civil) con el Derecho Mercantil; el comercio y la firma electrónicos, y la diferencia entre empresa y sociedad.

Vale la pena resaltar que los autores tratan con maestría otro tema de actualidad por el interés que pudiera generar en nuestro medio: la imposibilidad de transformar una Sociedad Civil (o una Asociación Civil) en Sociedad Mercantil, que nos hace recordar el controvertido asunto del Club de Fútbol Guadalajara, que sufrió una transformación en ese sentido.

Ante la imposibilidad de analizar todos los temas que se tratan en el libro, pues excedería en mucho la intención de esta reseña, expondré algunos de los aspectos fundamentales de la obra.

I] Crisis del acto de comercio como eje del Derecho Mercantil

La tendencia moderna es considerar a la dualidad empresa-empresario como centro de gravedad del aún llamado Derecho Mercantil, pero que, de acuerdo con los autores, mejor debiera llamarse Derecho Empresarial. Del mismo modo Soyla y Hugo toman distancia del concepto tradicional de comercio, limitado sólo al intercambio o interposición de bienes y servicios con ánimo o espíritu especulativo. El comercio va mucho más allá, e incluyen todas las demás actividades relacionadas que integran los eslabones de una cadena formada por: proveedor-productor-mayorista-distribuidor-detallista-consumidor. Además el comercio incluye otras actividades auxiliares como el transporte y el embalaje.

Es un hecho que todas esas actividades son comercio y no sólo la interposición de bienes y servicios.

Por ello los autores proponen sustituir la palabra comercio por la de actividad empresarial. El Derecho Mercantil moderno gira en torno al concepto de empresa y no al de acto de comercio o de las actividades exclusivas de los comerciantes. El derecho de la empresa desde luego que incluye a las actividades de los comerciantes, pero también a otras actividades como las de la industria, la agricultura, el transporte, el embalaje, los servicios, etc.

En ese sentido, sólo serán ajenas al Derecho Mercantil aquellas actividades que pertenezcan a otras ramas del derecho, como el laboral, fiscal, administrativo, penal, e incluso el civil. De ahí la insistencia de los autores de sustituir la palabra comerciante por la de empresario y la de comercio por actividad empresarial.

En ese sentido, en el libro se propone la siguiente definición de Derecho Mercantil: conjunto de normas que regulan las actividades empresariales, a los sujetos que las realizan (empresarios) y a las empresas.

Otro tema fundamental del Derecho Mercantil es determinar cuándo un acto o una ley es mercantil. Los autores afirman que el comercio ha dejado de ser la única materia que regula el Derecho Mercantil para extenderse a las actividades empresariales y a su circunstancia. Tradicionalmente son las propias leyes las que calificaban a ciertos actos como de comercio, clasificación que Soyla y Hugo señalan como meramente artificial. Ahora hay que hacer abstracción de la calificación que pueda hacer una ley (criterio formal y a veces forzado) para atender a la verdadera naturaleza (a su carácter intrínseco) de la norma.

Así, será empresarial aquella actividad que se lleve a cabo de manera ordinaria o habitual (no extraordinaria), que trate de actividades o actos en masa y no en forma aislada o accidental y aquellas que se realicen a través de empresas. Por ello nuestros autores rechazan el listado de actos de comercio,

como el que hace nuestro Código de Comercio en el Artículo 75.

II] Tendencia unificadora del Derecho Común con el Derecho Mercantil

En la obra reseñada se afirma que en un inicio el Derecho Mercantil se caracterizó por ser un derecho *internacional* que se aplicaba a todos los pueblos de Europa. Además era un derecho *uniforme* con instituciones comunes a todos los comerciantes y que reflejaba las prácticas cotidianas de los mismos, por lo que se le calificaba también de *consuetudinario*. Se practicaba por personas capacitadas según pertenecían a cada gremio de comerciantes, por lo que sus exponentes eran verdaderos *profesionales*. Finalmente, era de carácter *especial*, por oponerse frontalmente al derecho común, extremadamente formalista y poco flexible que no satisfacía las necesidades de un comercio dinámico y falto de formas.

Esta etapa del Derecho Mercantil quedó atrás con la codificación. Recordemos que a finales del siglo XVIII y durante todo el XIX se vivió en Europa y en América una etapa de codificación influida por las ideas de la Ilustración que produjo la nacionalización del derecho.

Los códigos surgen a partir de la implantación de los Estados Nacionales que siguieron a la Revolución Francesa de 1789, una vez superados los señoríos jurisdiccionales y los restos del feudalismo. Surgieron al mismo tiempo que los Mercados Nacionales una vez que se suprimieron las aduanas interiores y los demás obstáculos al mercado interno de cada Estado. Por ello podemos afirmar que el Estado Nacional y el Mercado Nacional son las premisas sobre las que se construyeron los principales códigos europeos, tanto mercantiles como civiles.

A la vanguardia de la época se promulgó el Código de Comercio Francés también llamado Código de Napoleón

(1806) el cual, dando un giro de 180 grados, se fundamentó en el concepto de actos de comercio y no en el de comerciante, al considerar que el registro mercantil y la exigencia de pertenencia a un gremio atentaban contra los principios de libertad, igualdad y fraternidad, pilares de la Revolución Francesa. Después siguieron otros códigos de comercio que también tomaron como centro de gravedad a los actos de comercio, como el de España (1829), Alemania (1861), Italia (1882) y México (1889).

La coexistencia en la mayoría de los países de dos códigos, uno de comercio y otro civil regulando las mismas instituciones, así como la necesidad de calificar actos como mercantiles o civiles, han provocado que los juristas cuestionen la inutilidad de seguir afirmando la especialidad del Derecho Mercantil. Este problema se acentúa de manera más grave en México en donde coexisten un Código de Comercio que es de aplicación federal, un Código Civil Federal, también de aplicación en toda la nación, pero al lado y al mismo tiempo treinta y dos códigos civiles de cada una de las entidades federativas.

Los autores del libro que hoy reseñamos afirman que la coexistencia de todos estos códigos dificulta la clasificación de los actos jurídicos como mercantiles o civiles. Del mismo modo resaltan la inutilidad de distintos códigos regulando, como se dijo, los mismos contratos y obligaciones. Por ello, la mayoría de los juristas -y entre ellos Soyla y Hugo- se pronuncian por la unificación del Derecho Civil con el Mercantil. Esta tendencia unificadora del Derecho Privado viene gestándose desde finales del siglo XIX como veremos a continuación.

En Suiza, el Código Suizo de las Obligaciones (1882) uniformó las normas de obligaciones civiles y mercantiles, para después, en 1914, pasar a formar parte del Código Civil. En Italia, el Código Civil de 1942, que adoptó la teoría de la empresa en sustitución de la de los actos de comercio, unificó el derecho de las obligaciones que regulan, tanto actos y contratos civiles y mercantiles, así como a las sociedades civiles y por acciones. En los Estados Unidos de América no existe

diferencia alguna entre Derecho Civil y Mercantil, y por lo tanto, las operaciones jurídicas de contenido económico son reguladas uniformemente por una sola rama del derecho teniendo como guía el *Uniform Commercial Code* que ha sido adoptado por la mayoría de los estados de la unión. En Colombia el Código de Comercio de 1971 unificó el régimen de las Sociedades Civiles y las Mercantiles. Este esquema unificado también ha sido adoptado por la Unión Soviética, 1964, Perú, 1984, Paraguay, 1987, China, 1987, Cuba, 1988, Holanda, 1992, la Federación Rusa, 1994, Québec, 1994 y Brasil, 2002.

Nos preguntamos, junto con los autores, si en México es posible la unificación. Coincidimos en que tanto el Código de Comercio como los códigos civiles regulan las mismas materias e instituciones. Por ello no cabe duda que es necesaria la unificación porque en materia de obligaciones y contratos no existe diferencia fundamental entre los mercantiles y civiles. En ese tenor, Soyla y Hugo afirman que no existe razón para preservar la dicotomía de legislaciones.

Sin embargo, los autores de la obra reseñada señalan magistralmente los problemas que enfrentaríamos para llegar a la unificación, entre ellos, la situación de que el Derecho Mercantil es de carácter federal (Art. 73-X Const.) mientras que el Derecho Civil quedó reservado para los estados en el pacto federal (Art. 124 Const.). Hay que agregar el problema de la existencia de un código de comercio, un código civil federal y uno de procedimientos civiles también federal; treinta y dos códigos civiles de los estados, además de igual número de códigos de procedimientos civiles. ¡Sesenta y siete códigos en total regulando similares instituciones!

Desde luego que para una completa unificación se requeriría una reforma constitucional. No obstante, los autores dan cuenta de que hay claras manifestaciones de que en nuestro país existe una tendencia unificadora, como la adopción de un Código Civil Federal a partir de las reformas del año 2000, que bien pudiera convertirse en "código tipo" para los estados. Otra señal en ese sentido son las diversas reformas

ocurridas durante los últimos 15 años, como la del Artículo 2 del Código de Comercio, para dejar en claro que el derecho sustantivo supletorio es el Código Civil Federal (2000), la reforma al Artículo 1050 del Código de Comercio (1989) para señalar que en los actos mixtos (para una parte civil y para la otra mercantil) se aplicarán las leyes mercantiles. La del Artículo 80 del mismo ordenamiento (2000) para adoptar el sistema de "recepción" en la contratación entre ausentes y unificarlo al sistema del Código Civil Federal que ya lo aceptaba. La regulación del consentimiento a través de medios electrónicos tanto en el ámbito civil como en el mercantil, incluyendo el principio de equivalencia funcional (2000). La absorción por el Derecho Mercantil de figuras tradicionalmente civiles, como prenda, fianza, préstamo, compra-venta, transporte, etc.

Es grato encontrar en un libro nacional continuas referencias al derecho comparado. En la obra que hoy reseñamos, sus autores dan cuenta de la tendencia unificadora en el ámbito internacional, debido a la necesidad de crear normas uniformes para dotar de seguridad jurídica y dar agilidad al comercio internacional, pero sobre todo, agregaría, para romper con el obstáculo al comercio internacional que supone la existencia de distintos regímenes jurídicos.

Los distintos regímenes jurídicos y los diversos grados de evolución del derecho en los diferentes países son un obstáculo para el comercio internacional que se ha ido eliminando a través de dos caminos: la unificación, o la armonización. Por armonización debemos entender el proceso por el cual se busca facilitar la modificación del derecho interno de los Estados para que tenga cierta uniformidad y facilite el comercio internacional. Se logra a través de la creación de leyes modelo, guías legislativas, cláusulas tipo, etc. En cambio, la unificación implica que los Estados aprueban normas o regímenes jurídicos comunes para regular determinados aspectos de las operaciones mercantiles internacionales, como los tratados internacionales.

En el mundo actual globalizado existen entes internacionales dedicados a promover la unificación o

uniformidad del Derecho Mercantil, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) los que han presentado a la comunidad jurídica internacional diversos instrumentos para tal fin, entre otros la Ley Modelo de la CNUDMI Sobre el Comercio Electrónico (1996), la Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Firmas Electrónicas (2000), los Principios sobre los contratos comerciales internacionales (1994, 2004 y 2009) y otros institutos como la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado que promovió un tratado internacional denominado Convención Sobre la Ley Aplicable en Materia de Compra-Venta Internacional de Mercaderías, el cual ya fue adoptado por nuestro país (1988) y que constituye un parteaguas en el derecho internacional, al ser el primer instrumento que combina instituciones del derecho latino o de código civil y del sistema anglosajón.

Es también importantísima la aportación que a esta materia ha realizado la Cámara Internacional Del Comercio (CCI) con sede en París, mediante la promulgación del Reglamento de Conciliación y Arbitraje, y los Términos de Comercio Internacional (INCOTERMS).

Para concluir con este tema, nos preguntamos cómo se lograría la unificación del Derecho Mercantil con el Derecho Civil en México. Soyla y Hugo proponen el camino siguiente: primera, la unificación del Derecho Privado mediante la existencia de un código único de las obligaciones y contratos, en el que se regulen los principios de la Teoría de las Obligaciones y además se incluyan todos los contratos mercantiles y civiles extendidos al público en general. En segundo lugar, un código por separado que regule personalidad, familia y sucesiones y, finalmente, otro código mercantil que regule a la empresa, al empresario individual y social, a la propiedad industrial, títulos, valores, operaciones bursátiles y contratos de empresa.

III] Comercio electrónico

El tercero de los pilares sobre los que se basa el análisis del Derecho Mercantil en el libro reseñado es el comercio electrónico. La pregunta obligada es qué se entiende por comercio electrónico. Sus autores establecen que es el conjunto de actos de intermediación en el cambio de bienes y servicios por mensajes de datos, que comprende tanto las ofertas de contrato, como los actos y contratos comerciales, además de la ejecución de los mismos tales como la agencia, compra-venta, concesión de licencias, comisión, consignación, consultoría, distribución, ingeniería, intercambio, inversión, financiación, banca, empresa conjunta, cooperación industrial o comercial, *leasing*, *factoring*, seguros, suministro, transporte, etc., que se celebren por mensaje de datos, así como los contratos celebrados para la venta de bienes o prestación de servicios relacionados con medios electrónicos de información, y los actos y obligaciones ejecutados a través de dichos mensajes.

Es importante la opinión de los autores en el sentido de que quedan comprendidos dentro del comercio electrónico, diversos actos que se realizan por medios electrónicos aun cuando el contrato que les de origen se haya celebrado verbalmente o por escrito tangible (en soporte material) como avisos, notificaciones, etc. Del mismo modo, el comercio electrónico comprende todos los actos preparados, celebrados o ejecutados por mensajes de datos a través de medios electrónicos.

Los autores de la obra que hoy reseñamos dan cuenta de un fenómeno moderno producto de los avances tecnológicos en materia de comunicación y archivo de documentos electrónicamente, la *desmaterialización de los documentos*, es decir, la concepción de "documentos" con toda la fuerza legal de este concepto que no obran en un soporte material, sino electrónico. Esto ha ocasionado la desaparición del concepto legal de "incorporación", que fuera clave como característica de los títulos de crédito. Ejemplos de

este fenómeno los encontramos en las acciones de sociedades abiertas reguladas por la Ley del Mercado de Valores, en el conocimiento de embarque, en los documentos de transporte multimodal, etc.

El concepto de comercio electrónico planteado por los autores de la obra que presentamos es un concepto general que explica esta figura no sólo desde el punto de vista legal, sino también desde el punto de vista de la materialidad del comercio que se realiza por esta vía en la vida moderna. Para mí, como civilista, la característica principal del comercio electrónico desde el punto de vista jurídico y en particular desde el punto de vista del Derecho de las Obligaciones, es la manera especial en que se integra el consentimiento en los contratos que se celebran por vía electrónica y no por la vía tradicional que involucra los dos compañeros milenarios: el papel y la firma autógrafa. En ese sentido, considero que por comercio electrónico debe entenderse el régimen jurídico de la transmisión de datos de manera electrónica con el objeto de intercambiar una propuesta y su correspondiente aceptación a fin de integrar el consentimiento evitando el tradicional intercambio de documentos escritos en papel.

En el libro se hace un análisis de la firma electrónica, concepto que acompaña de manera inseparable al de comercio electrónico y que ha evolucionado con el tiempo. Así en Roma la *manufirmitio* consistía en una formalidad en virtud de la cual se pasaba la mano sobre un documento determinado en señal de reconocimiento de su autoría y de su contenido. Durante la Edad Media aparecen los sellos o marcas que tenían la misma función. No es hasta la época moderna que comienzan a usarse firmas autógrafas, firmas facsimilares y finalmente la firma electrónica que utiliza las tecnologías modernas de carácter electrónico para identificar al firmante y vincularlo con los documentos o contratos electrónicos.

En el libro, Soyla y Hugo repasan los diversos medios electrónicos utilizados en la actualidad, como el internet, el telex, el telégrafo, el correo electrónico, el intercambio

electrónico de datos (EDI), el fax, los medios ópticos o similares. Terminan esta sección del libro con la explicación de dos aspectos importantísimos: la utilidad práctica del comercio electrónico, principalmente con el uso de medios de pago electrónico (EPS) y el denominado dinero electrónico y la adopción en nuestro país de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y Ley Modelo sobre Firma Electrónica, ambas elaboradas por la CNUDMI-UNCITRAL y adoptadas en nuestro país mediante la reforma de distintas legislaciones, entre ellas el Código de Comercio, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Protección al Consumidor y el Código Federal de Procedimientos Civiles (2000 y 2003).

Quedan en el tintero muchos temas que podrían analizarse de una obra tan completa como la que he tenido el honor de reseñar -como la diferencia entre empresa y sociedad- pero los límites impuestos para este tipo de trabajos por la propia revista me impiden continuar. Sólo me resta una reflexión final: La calidad de una facultad de derecho se debe a sus catedráticos y a las investigaciones y publicaciones que estos realizan. Los maestros Soyla H. León Tovar y Hugo González García han contribuido de manera sobresaliente al prestigio de la Universidad Panamericana con la basta obra publicada de la que son autores. En lo que respecta al libro que hoy reseñamos, no me cabe la menor duda de que estamos frente al mejor y más actualizado libro de texto de Derecho Mercantil escrito en nuestro país en los albores del siglo XXI.

Actualidad legislativa

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

AÑO 1
01 JUNIO 2013

Certidumbre jurídica para la inversión en ejidos y comunidades

JAVIER SOTO MORALES¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ejidos y comunidades*. III. *Las propuestas*. IV. *Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano*. V. *¿Y la seguridad jurídica?*

Resumen. Se están presentando importantes cambios en lo que se refiere a los temas relacionados con la tenencia de la tierra, su planeación y desarrollo. La realidad exige tomar medidas que trasciendan en beneficio de la población mexicana, de lo contrario, en poco tiempo se deberá hacer frente a graves escenarios que incidirán en el entorno inmediato de los habitantes de nuestro país, esto tanto en las zonas rurales como en las manchas urbanas.

Abstract. *Relevant changes are taking place regarding issues of land tenure, along with its planning and development. Reality demands measures that transcend in the benefit of the Mexican population, or otherwise, it will be shortly necessary to face severe scenarios that will affect the immediate environment of the inhabitants of our country, this in both rural and urban sprawls.*

I] Introducción

Recientemente, hemos conocido diversas propuestas, tanto del hoy ex Presidente Felipe Calderón, como del actual Enrique Peña Nieto, relacionadas con el sector agrario en México, propuestas que tienen como objetivo reformar el marco legal vigente, así como reestructurar a la administración pública, en aras de buscar una seguridad jurídica y por ende,

¹ Abogado postulante. Profesor de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.
Correo electrónico: jsm@sotorisolve.com

un desarrollo que mejore las condiciones del campo en nuestro país y por supuesto, la calidad de vida de campesinos y productores.

No se trata en el presente artículo de traer a colación las diferentes etapas históricas de lo que ha sido la tenencia de la tierra en México, pero sí quiero referir que la historia de nuestro país no puede disociarse de lo que hoy representa la problemática del campo, sus consecuencias sociales, económicas y políticas, habiéndose generado movimientos como el de la independencia, el revolucionario y otros, que han estado directamente vinculados con el tema agrario.

Bien cabe decir que en nuestros días, la problemática en cuanto a la certidumbre o certeza jurídica en el campo no es cosa del pasado ya que seguimos arrastrando un sistema que bajo muchos escenarios obstaculiza el desarrollo de las personas del campo y su actividad económica, inhibiendo a su vez el fomento a la inversión, así como de una permanente y sólida derrama económica para todos los actores del sector agrario.

II] Ejidos y comunidades

De acuerdo a distintas fuentes y tomando la información que refiere la iniciativa de decreto presentada por el ex Presidente Calderón el pasado 27 de noviembre de 2012, en México existen más de 30 mil ejidos y cerca de 3 mil comunidades, representando un poco más del 51% del territorio nacional, superficie que se regula por la Ley Agraria vigente y que implica un régimen jurídico de la propiedad único en nuestro país y que además, es totalmente *sui generis*, esto es, no existe un régimen de la propiedad igual en otra nación.

El tema agrario se ha enfrentado a cambios importantes en diversas etapas, destacando como el más reciente, las modificaciones constitucionales al Artículo 27 en 1992, tentativa en la que se pretendió lograr al interior de los núcleos agrarios, una mayor seguridad jurídica respecto de la

titularidad de la tierra, por medio del ordenamiento territorial, la asignación de derechos individuales, la creación de los tribunales agrarios entre otros aspectos; sin embargo, con el paso de los años —20 para ser precisos—, no cabe duda que la reforma de 1992 fue un “parte aguas”, pero no dejó de ser una reforma “al vapor”, que de manera superficial y sin entrar al fondo de las necesidades del campo, para haber logrado alcanzar una mayor seguridad jurídica, dejó de lado tantos rubros pendientes en ámbitos diversos como lo es: la vida al interior de los ejidos, los derechos agrarios de los distintos sujetos, la estructura de los tribunales agrarios, el procedimiento en el juicio ante dichos órganos jurisdiccionales, sólo por mencionar algunos.

En la actualidad, el tema del campo y la seguridad jurídica tratándose de ejidos y comunidades, está lejos de ser un tema resuelto, al contrario, pareciera que por los cambios vertiginosos que se dan en las manchas urbanas más importantes del país, así como en el detonar de la actividad de diversas industrias tales como la minera, la energética, la turística, la forestal, por mencionar algunas. Hoy en día, el campo y la certeza para invertir en él así como la impartición de justicia agraria, son áreas de inquietante rezago, con fallas estructurales graves, que obstaculizan el desarrollo de importantes zonas en México, constituyendo un freno a las aspiraciones de la gente del campo para elevar tanto su calidad, como su nivel de vida, manteniendo la dolorosa etiqueta que ha permeado a nuestra sociedad por siglos, de que existen mexicanos de “segunda y tercera clase”.

III] Las propuestas

Después de transcurrir años y el paso de tres administraciones federales, nos encontramos con interesantes propuestas de cambio, las cuales implican reformas de carácter legal de trascendencia y que precisamente, al momento de estar escribiendo éstas líneas, algunas se han ya materializado en días pasados, otras van encaminadas a concretarse en

cualquier momento, una vez que culmine el proceso legislativo que todos sabemos se debe cubrir, y es aquí donde me detengo, para abordar de manera sintética, la primera de lo que podemos llamar:

1. La propuesta de reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que presentó el Presidente Peña Nieto por medio de los diputados federales de su partido y los del Verde Ecologista, reforma que hoy es ya una realidad al haber entrado en vigor el pasado 3 de enero de 2013, en donde se modifican sustancialmente, las facultades y el ámbito de acción de la Secretaría de la Reforma Agraria, a la que inclusive, se le denominó como "Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano" (SEDATU); reforma que por su actualidad y trascendencia abordaré en el presente artículo.

2. La segunda propuesta e iniciativa de decreto por la que se planteó se reformen, adicionen y deroguen diversas disposiciones de la Ley Agraria, misma que, como he comentado, fue presentada ante el Congreso de la Unión por el hoy ex Presidente Calderón a 2 días de concluir su mandato, y que podemos señalar que persigue como aspectos torales lo siguiente: a. Transitar con celeridad a la titulación a favor del ejidatario sobre su parcela; b. Redefinir la naturaleza del derecho del ejidatario sobre el uso y destino sobre su parcela; c. Modificar el principio de unicidad en la titularidad del derecho de propiedad sobre la parcela; d. Modificar los requisitos de la asamblea para adoptar colectivamente el régimen de propiedad privada o dominio pleno; e. Modificar el derecho del tanto y de sucesión para la transmisión de los derechos parcelarios; y f. Limitar a casos de excepción la enajenación de terrenos nacionales con vocación agropecuaria fuera de subasta pública, así como que dicha enajenación se realice al valor justo de mercado.

Considero que no es el momento de detenernos en el análisis detallado de lo que plantea la propuesta de Calderón Hinojosa; sólo pretendo manifestar mi opinión y comentar lo que considero es una iniciativa «al vapor» que no profundiza sobre la realidad social y jurídica del campo en nuestro país y

que además, pasa por alto la naturaleza de conceptos o instituciones inherentes al Derecho Agrario Mexicano.

IV] Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano

De entrada, de la simple lectura del nombre de la nueva Secretaría, se desprenden campos de acción que interrelacionados bajo una sola dependencia, traen consigo retos ambiciosos respecto al hacer frente a una problemática actual, que implica prácticamente a todo el territorio nacional y que incide de manera directa en la calidad de vida de los habitantes de nuestro país, sea en las manchas urbanas y/o en las comunidades rurales.

Se ha explicado por diferentes actores del actual Gobierno Federal, la importancia de los objetivos de ésta Secretaría, que si bien no se trata de una nueva entidad, sí se debe dejar en claro que más bien, nos encontramos ante una dependencia que se transformó, y que ahora con motivo de la reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su Artículo 41, tiene como principales líneas o directrices las siguientes:

“Artículo 41.- A la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

I. Impulsar, en coordinación con las autoridades estatales y municipales, la planeación y el ordenamiento del territorio nacional para su máximo aprovechamiento, con la formulación de políticas que armonicen:

a) El crecimiento o surgimiento de asentamientos humanos y centros de población;

b) La regularización de la propiedad agraria y sus diversas figuras que la ley respectiva reconoce en los ejidos, las parcelas, las tierras ejidales y comunales, la pequeña propiedad agrícola, ganadera y forestal, los terrenos baldíos y

nacionales, y los terrenos que sean propiedad de asociaciones de usuarios y de otras figuras asociativas con fines productivos;

c) El desarrollo urbano con criterios uniformes respecto de la planeación, control y crecimiento con calidad de las ciudades y zonas metropolitanas del país, además de los centros de población en general, así como su respectiva infraestructura de comunicaciones y de servicios;

d) La planeación habitacional y del desarrollo de vivienda; y

e) El aprovechamiento de las ventajas productivas de las diversas regiones del país;

II. Aplicar los preceptos agrarios del Artículo 27 constitucional, así como las leyes agrarias y sus reglamentos, en lo que no corresponda a otras dependencias, entidades u otras autoridades en la materia;

III. Administrar el Registro Agrario Nacional;

IV. Conducir los mecanismos de concertación con las organizaciones campesinas;

V. Conocer de las cuestiones relativas a límites y deslinde de tierras ejidales y comunales;

VI. Resolver las cuestiones relacionadas con los problemas de los núcleos de población ejidal y de bienes comunales, en lo que no corresponda a otras dependencias o entidades, con la participación de las autoridades estatales y municipales;

VII. Cooperar con las autoridades competentes a la eficaz realización de los programas de conservación de tierras y aguas en los ejidos y comunidades;

VIII. Ejecutar las resoluciones y acuerdos que dicte el Presidente de la República en materia agraria, en términos de la legislación aplicable;

IX. Administrar los terrenos baldíos y nacionales y las demasías, así como establecer los planes y programas para su óptimo aprovechamiento;

X. Planear y proyectar la adecuada distribución de la población y la ordenación territorial de los centros de población, ciudades y zonas metropolitanas, bajo criterios de

desarrollo sustentable, conjuntamente con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal competentes, y coordinar las acciones que el Ejecutivo Federal convenga con los gobiernos de las entidades federativas y municipales para la realización de acciones en esta materia, con la participación de los sectores social y privado;

XI. Prever a nivel nacional las necesidades de tierra para desarrollo urbano y vivienda, considerando la disponibilidad de agua determinada por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y regular, en coordinación con los gobiernos de las entidades federativas y municipales, los mecanismos para satisfacer dichas necesidades;

XII. Elaborar, apoyar y ejecutar programas para satisfacer las necesidades de suelo urbano y el establecimiento de provisiones y reservas territoriales para el adecuado desarrollo de los centros de población, en coordinación con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal correspondientes y los gobiernos de las entidades federativas y municipales, y con la participación de los diversos grupos sociales;

XIII. Promover y concertar programas de vivienda y de desarrollo urbano y metropolitano, y apoyar su ejecución, con la participación de los gobiernos de las entidades federativas y municipales, así como de los sectores social y privado, a efecto de que el desarrollo nacional en la materia se oriente hacia una planeación sustentable y de integración;

XIV. Fomentar la organización de sociedades cooperativas de vivienda y materiales de construcción, en coordinación con las Secretarías del Trabajo y Previsión Social y de Economía;

XV. Planear, diseñar, promover, apoyar y evaluar mecanismos de financiamiento para el desarrollo regional y urbano, así como para la vivienda, con la participación de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal correspondientes, de los gobiernos de las entidades federativas y municipales, de las instituciones de crédito y de los diversos grupos sociales;

XVI. Apoyar los programas de modernización de los registros públicos de propiedad;

XVII. Facilitar las acciones de coordinación de los entes públicos responsables de la planeación urbana y metropolitana en las entidades federativas y municipios cuando así lo convengan;

XVIII. Proyectar y coordinar, con la participación que corresponda a los gobiernos de las entidades federativas y municipales, la planeación regional del desarrollo;

XIX. Elaborar los programas regionales y especiales que le señale el Ejecutivo Federal, tomando en cuenta las propuestas que para el efecto realicen las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y los gobiernos de las entidades federativas y municipales, así como autorizar las acciones e inversiones convenidas en el marco de lo dispuesto en la fracción que antecede, en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;

XX. Promover la construcción de obras de infraestructura y equipamiento para el desarrollo regional y urbano, en coordinación con los gobiernos estatales y municipales y con la participación de los sectores social y privado;

XXI. Aportar diagnósticos y estudios al Consejo Nacional de Población en materia de crecimiento demográfico y su impacto en el ámbito territorial;

XXII. Ejercitar el derecho de expropiación por causa de utilidad pública en aquellos casos no encomendados a otra dependencia; y

XXIII. Los demás que le fijen expresamente las leyes y reglamentos".²

Como se desprende de los asuntos y por ende, de los objetivos a perseguir por la ahora SEDATU, nos encontramos con una concentración, en una sola entidad, de una serie de ámbitos y competencias relacionados con la tenencia de la

² www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153.pdf, consultada el 18 de enero de 2013

tierra y su desarrollo, que si bien algunos ya se ejercían en otras instituciones de gobierno, como es el caso de la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL), así como de la entonces Secretaría de la Reforma Agraria (SRA), bien cabe resaltar que un buen número de tales objetivos son de cierta manera novedosos y como ya lo referí, muy ambiciosos al pretender establecer las políticas públicas y lineamientos, que implican una gran coordinación entre los diferentes niveles de gobierno para que se hagan realidad, que por cierto cabe decir, una realidad que se ha vuelto sumamente compleja en lo que al crecimiento desordenado y la especulación se refiere en las manchas urbanas, lo que ha que ha generado serios perjuicios a la calidad de vida de los habitantes de dichas urbes, así como de los núcleos agrarios propietarios de grandes extensiones de tierra sobre las cuales se han extendido nuestras metrópolis.

V] ¿Y la seguridad jurídica?

Al darse estas reformas y cambios, tratándose a su vez de un arranque de una nueva administración federal, resulta llamativo e innovador —así como de sumo interés— el que se pretenda adecuar la estructura del Gobierno Federal a la realidad que se enfrenta día con día, a lo largo y ancho del país; sin embargo, las políticas públicas o directrices a implementar, muchas de las veces, quedan en buenas intenciones, derivado en muchos casos, por la complejidad de la problemática misma, no podemos olvidar, que México es un país de grandes contrastes de todo tipo, de diferencias abismales entre una región y otra, de una riqueza multicultural y de tradiciones, que lo que puede ser viable para una zona o región, para la otra, le es imposible su implementación, es entonces donde cabe el cuestionarse: ¿será viable concentrar en una sola entidad un sinnúmero de facultades?, ¿ello traerá una mayor seguridad jurídica para el ordenamiento y desarrollo tanto de la propiedad de ejidos y comunidades, así como de las manchas urbanas?, ¿es suficiente con reformar la Ley

Orgánica de la Administración Pública Federal y esperar sus efectos inmediatos?

Pues bien, antes de referir cualquier comentario, considero que en relación al aspecto de la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra y su ordenamiento, la reforma en comento que da lugar a la hoy SEDATU, se trata de un primer paso; un primer paso muy positivo, ya que de entrada, acepta la existencia de unas circunstancias complejas que afectan desde hace muchas décadas a millones de mexicanos y que bien cabría decir: a todos los mexicanos, pues nadie está exento de ésta problemática; sí, que quede claro, nadie es ajeno al crecimiento desordenado de las ciudades y sus consecuencias: infraestructura, movilidad, vivienda, medio ambiente, trabajo, costo de vida, actividad agrícola, etc.

Ahora bien, los retos como hemos mencionado con anterioridad, son enormes y me refiero entre otros muchos, al aspecto del marco legal y de la seguridad jurídica, partiendo desde la propia Constitución Política Mexicana, y las leyes que de ella emanan, como lo es la Ley General de Asentamientos Humanos, Ley de Aguas Nacionales, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, La Ley Agraria, entre otras leyes, así como lo referente al ámbito constitucional que le otorga facultades de trascendencia a las entidades federativas y en particular, a los municipios, siendo estos últimos, los que en la época reciente, han propiciado para bien o para mal (cada caso es distinto), cambios sustanciales en el desarrollo de las comunidades que gobiernan dentro de sus territorios.

Si la reforma que estamos abordando de lo que fue la Secretaría de la Reforma Agraria, no se ve reflejada a su vez, en una serie de reformas legales de gran calado en las leyes que regulan su entorno, difícilmente, podremos llegar a mejorar los índices del desarrollo y la actividad económica en el campo, así como la verdadera planeación de las ciudades, que limite y acote, por un lado, los apetitos "desarrollistas", apetitos que se encuentran dentro y fuera de los gobiernos, los cuales en cientos de ocasiones, con el único afán de especular y de

lograr márgenes de utilidad inigualables, pasan por alto las condiciones de miseria de las comunidades ya existentes o de la problemática social que se generará con un nuevo asentamiento humano, así como de la falta de infraestructura básica, entiéndase: de vialidades, transporte público, escuelas, clínicas, agua potable, entre tantas otras; y por el otro lado, la ausencia permanente en un buen número de escenarios, de una certeza jurídica cuando de invertir se trata en superficies de tierra que son de origen ejidal o comunal, en concreto, cuando se presenta el caso de que se afecten derechos colectivos de núcleos agrarios.

Referente a esto último, no es el caso el hacer un análisis pormenorizado del marco legal que rige la llamada propiedad social en México, ésta que pertenece a los ejidos y comunidades, pero sí el señalar la necesidad apremiante de llevar a cabo una “cirugía mayor” a dicho marco legal, ya que venimos arrastrando con una serie de tabúes, que traducidos en disposiciones constitucionales algunos de ellos, que reflejados éstos en las diversas leyes reglamentarias, han propiciado el desmantelamiento de la actividad económica del campo, llevándola a su desaparición en muchas regiones de nuestro país, propiciando la migración a las ciudades o al país vecino del norte, y en otras regiones, a su mera subsistencia, siendo pocos los casos de prosperidad y verdadera actividad empresarial en manos de auténticos campesinos.

No podemos dejar de reconocer la existencia de una idiosincrasia y cultura complejas cuando de actividad económica y desarrollo del campo se trata, pero que también ha sido consecuencia de políticas públicas erróneas y de manipulación electorera que por décadas y décadas se han dado. Es por ello que en la actualidad los mexicanos y sus autoridades no podemos darnos el lujo de incurrir en los mismos errores de antaño y de continuar con los mismos vicios, debiendo aceptar que si queremos resultados distintos, debemos emprender acciones distintas, y el tema de la seguridad jurídica de la tenencia de la tierra en México sigue siendo hoy en día, una asignatura pendiente, algo no resuelto,

ya que nuestra Carta Magna, las distintas leyes, los tribunales agrarios, el propio juicio agrario, entre tantos otros aspectos, se han quedado obsoletos ante una realidad que exige certeza en toda actividad para el desarrollo de las comunidades y sus habitantes, con lo que se propiciaría una mayor igualdad, acabando con la clasificación de "mexicanos de primera, segunda y tercera", clasificación que se han generado, precisamente, por no contar con un marco jurídico claro, accesible a toda persona y que otorgue verdaderas garantías de legalidad y seguridad jurídica.

En *conclusión*, resulta del todo positiva la reforma a la Secretaría de la Reforma Agraria, incorporando lo referente al aspecto del ordenamiento del territorio, ello en una visión más amplia a la que ya se tenía, así como el aspecto del tema urbano, ahora deberá de esperarse la coordinación en la aplicación de las políticas públicas que se desarrollen. Demos pues el beneficio de la duda, pero aportando cada quien desde nuestra trinchera, ya sea como especialistas en el tema o como ciudadanos participativos, para que se aporten ideas y a la vez se exijan resultados a las autoridades de la materia, en los diferentes niveles de gobierno.

Vida en la facultad

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

AÑO 1
01 JUNIO 2013

El *Willem C. Vis Moot* (*Moot de Viena*)

MISOL FERNANDA BOLAÑOS GUTIÉRREZ¹

I] Sobre el *Willem C. Vis Moot*

El *Willem C. Vis Moot* se define frecuentemente como un concurso. Pero según las reglas del mismo², se trata de un “programa educacional con distintas facetas, en forma de una competencia. No pretende ser una competencia con beneficios académicos accidentales”.

Este programa nace en 1992 por iniciativa del Congreso de Derecho Mercantil Internacional de la CNUDMI³ con la finalidad de promover la aceptación de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías (conocida como la Convención de Viena, o *CISG* por su abreviatura en inglés).

Se propuso entonces basar una competencia en la discusión frente a un panel arbitral, de un caso ficticio en donde el problema principal fuese una compraventa internacional de bienes.

La organización se le encomendó al Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Escuela de Derecho de la Universidad de Pace (Nueva York); su fundador fue el Profesor Willem C. Vis, quien desafortunadamente murió en 1993, antes de que se llevara a cabo la competencia. En su honor, se decidió nombrar al concurso el “Willem C. Vis Moot”. El Profesor Eric E. Bergsten⁴ se ha hecho cargo del mismo desde ese entonces.

¹ Alumna de 10° Semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara, participante en el Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot.

² Reglas disponibles en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/mootlist.html>

³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

⁴ Profesor en la Universidad de Pace, miembro del Consejo Consultivo de la Convención de Viena.

La mecánica del *Vis Moot* ha variado poco desde aquella primera edición; está integrada principalmente por 2 etapas, desarrolladas completamente en inglés:

A. Etapa escrita

1. El caso (*problem*) se distribuye a principios de octubre;
2. Los equipos redactan su escrito de demanda arbitral, o *Memorandum for Claimant*, el cual entregan a principios de diciembre;
3. Unos días después, los equipos reciben una memoranda de otro equipo participante. Deberán entonces dar contestación a ella, en su *Memorandum for Respondent*, y entregarlo a mediados de enero.

B. Etapa oral

Los equipos se reúnen en Viena para las rondas orales, que se llevan a cabo principalmente durante la semana antes de Pascua (marzo-abril).

1. Se da la bienvenida a los equipos en la ceremonia de apertura.
2. Se dedican cuatro días a las rondas generales (sábado – martes), donde los equipos argumentan dos veces como *Claimant* (demandante), y dos como *Respondent* (demandado).
3. Al cuarto día, se publican los 64 equipos mejores calificados, y éstos pasan a las rondas eliminatorias (martes – jueves).
4. La ronda final se lleva a cabo el jueves por la tarde; los dos equipos restantes argumentan por última vez, para elegir al ganador. El *Vis Moot* termina ese mismo jueves con el banquete y la entrega de premios.

El *Vis Moot* ha crecido considerablemente desde 1993: pasó de convocar a 11 universidades de 9 diferentes países en su primera edición (1993-1994), a reunir a 292 universidades de 67 países diferentes en esta vigésima edición (2012-2013). Añádase a esto la creación hace 10 años de un “*Vis Moot* hermano” con sede en Hong Kong, conocido como el *Vis East*.

Explicar exitosamente este evento es una tarea complicada debido a todo lo que conlleva. Describirlo como un concurso no basta para englobar todo lo que ocurre antes de, y durante el mismo, y más aún, todo lo que ha ocurrido gracias a él.

Reconocidas instituciones, universidades, organismos internacionales y estudiosos, le dan su merecido lugar al *Vis Moot*, como exitoso promotor del arbitraje y del derecho comercial internacional en todo el mundo.

II.- Sobre mi experiencia en el *Willem C. Vis Moot*

“El Mundial de los Abogados”. Estas fueron las palabras que usó mi *coach*⁵ para describir al *Vis Moot* cerca de septiembre de 2011, tras haberse seleccionado el equipo representante de la Universidad Panamericana campus Guadalajara, del cual tuve la suerte de formar parte.

Poco sabía yo en ese momento sobre arbitraje y sobre la *Convención de Viena*, y nunca antes había participado en ninguna competencia; pero en ese momento, el denominarlo un “mundial” me pareció una exageración. No fue sino hasta aquél viernes 30 de marzo, que pude darme cuenta exactamente a qué se refería.

Me encontré ese día con 280 equipos, sus *coaches*, profesores y/o árbitros de cualquier parte del mundo que se me pudiera ocurrir, todos reunidos en el *Wiener Konzerthaus*⁶ para la ceremonia de bienvenida del *19th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*.

Esta ceremonia no es, pues, una simple bienvenida. Es la primera apreciación de la verdadera magnitud de esta competencia, y de su peculiaridad. Ves personas que hasta ese momento pudieran no tener nada en común salvo el análisis y estudio de un caso ficticio, conversando como si fuesen amigos desde hace tiempo, riendo con las canciones que el

⁵ Santiago Aguilar, *coach* del equipo en el periodo 2011-2012.

⁶ Sala de Conciertos de Viena.

Profesor Flechtner⁷ compone para esa noche (generalmente escritas sobre el *problema*), o con los chistes que probablemente nadie fuera de esa sala de conciertos entendería.

Recuerdo haber pensado que a quien observase esto desde fuera le parecería extraño y con justa razón. Pero lo cierto es, que para ese entonces, cada equipo le había dedicado alrededor de seis meses a este concurso. Esto genera inevitablemente una sensación de familiaridad que se percibe en cuanto pones un pie en el *Wiener Konzerthaus* y sólo se intensifica conforme avanza la semana.

Durante los siguientes días conoces a tus contrincantes en las audiencias; conoces a los árbitros, quienes coincidentemente son los autores que tanto leíste y estudiaste durante la etapa escrita y en los que te basaste para construir tus argumentos. Tras la audiencia, conversan, suben juntos al último piso del *Juridicum*⁸ por café o boletos para el banquete, y conviven un poco antes de retirarse a comer, practicar o conocer la ciudad.

Queda claro que estás ahí por una competencia, pero honestamente no la percibes como tal. El *Vis Moot* probablemente está diseñado con ese propósito: reflejar el carácter no adversarial del arbitraje.

La semana pasa volando; el jueves tras el banquete te das cuenta que te rehúsan a decirle adiós a la ciudad, a toda la gente que conociste, al *problem* que tanto tiempo ocupó tu mente y que protagonizó tantos desvelos.

Pensar que el esfuerzo de seis meses se ve culminado en tan sólo una semana... Pero es justo eso: una semana en Viena es suficiente para generar tanto amistades, como experiencias en el arbitraje comercial, que se ven recompensadas con oportunidades de crecimiento personal, profesional y académico, todas verdaderamente invaluables.

⁷ Profesor y *Coach* en la Universidad de Pittsburgh; corresponsal de EE.UU. en la CNUDMI.

⁸ Nombre del edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena

Homenaje póstumo a Don José Arce y Cervantes

MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS¹

El pasado 13 de septiembre se realizó en las instalaciones de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, un homenaje póstumo a Don José Arce y Cervantes, destacado jurista y hombre íntegro, autor de los libros *De las sucesiones*, *De los bienes* y otras publicaciones.

El homenaje fue realizado como un gesto de agradecimiento por parte de la Universidad Panamericana al generoso acto que Don José Arce tuvo en su momento al donar su valiosa biblioteca a dicha institución educativa.

La primera parte del evento se llevó a cabo en el "Aula Panamericana" del campus, en la que se contó con la participación del rector de la universidad, el Dr. Juan de la Borbolla Rivero, colega y amigo de Don José Arce, quien dirigió a los asistentes unas palabras de afecto y respeto hacia este último. Entre la audiencia se encontraban profesores y alumnos de la Facultad de Derecho, y destacados abogados. Pero además, honrosamente se contó con la presencia de seis de los ocho hijos del Sr. Arce y Cervantes.

De entre los hijos de Don José Arce que asistieron, el Mtro. Javier Arce Gargollo y el Arq. Eduardo Arce Gargollo dirigieron al público unas palabras en las que incluyeron divertidas anécdotas y profundos pensamientos tomados del legado que les dejó Don José como padre y jurista.

Además de las participaciones relatadas, se proyectó un video en que se mostraban distintas fotografías y frases que ilustraban momentos de la vida del Sr. Arce y Cervantes que conmovieron a los miembros de la audiencia significativamente además de sacar de ellos un par de risas por la simpatía del

¹ Alumna de 10° Semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

honorable personaje plasmada en la presentación.

En la segunda parte del evento, los asistentes se trasladaron a la biblioteca de la universidad para presenciar el momento en que se develara la placa del fondo "Don José Arce y Cervantes" en dicho establecimiento. Después de tal acto de homenaje, la Universidad Panamericana ofreció un brindis de honor en el que se presentó la oportunidad de convivir, intercambiar apreciaciones y compartir recuerdos entre los presentes.

Entrega de Premio Pro Bono a egresados de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara

MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS¹

Cada año se otorga el “Premio *Pro Bono*” a miembros de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., atendiendo a la prestación de servicios gratuitos con importante impacto social. La más reciente entrega del mismo correspondió a dos egresados de la Facultad de Derecho de nuestra universidad. Los condecorados fueron Jorge Alejandro Torres González y Gabriela Martín Íñiguez, quienes se destacaron principalmente por su trabajo en materia de adopción de menores de la institución “Hogar Cabañas” de Jalisco.

El trabajo *pro-bono*, como comentó en la ceremonia el homenajeado Mtro. Jorge Torres, consiste en brindar servicios jurídicos a organizaciones sin fines de lucro y a sectores marginados de la sociedad para cuyos integrantes no existe la posibilidad de pagar tales servicios.

La entrega del premio se llevó a cabo el 28 de junio de 2012 en la Ciudad de México. La Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, celebró un acto académico en reconocimiento a los ex-alumnos condecorados. Éste fue presidido por el director de la facultad, el Dr. Isaías Rivera Rodríguez; por el Segundo Vicepresidente de la Barra Mexicana de Abogados, el Dr. Cuauhtémoc Reséndiz Núñez, y por el Presidente del Capítulo Jalisco del mismo colegio de abogados, el Mtro. Francisco Narvéez Michel.

Las palabras dirigidas a los asistentes por quienes presidieron el evento resultaron alentadoras para quienes

¹ Alumna de 10° Semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

sienten la inquietud de servir a la comunidad y ayudar a quienes no pueden valerse por sus propios medios.

El Dr. Isaías Rivera, director de la Facultad, transmitió en su discurso la idea de que al recibir el "Premio *Pro Bono*" los dos ex-alumnos y hoy profesores de la facultad, daban fe de que se puede servir desinteresadamente a la comunidad sin necesidad de apartarse de la profesión o actividad laboral diaria, sino que precisamente desde la abogacía pueden alcanzarse impactos sociales importantes.

En efecto, la condecorada Lic. Gabriela Martín, mencionó que lo más valioso de su experiencia –además de haber observado el compromiso social de profesionistas del Derecho que se involucraron con el proyecto- fue ver los trascendentes resultados, pues con el proyecto lograron cambiar la vida de niños que ahora podrían formar parte de una familia.

Al finalizar el evento, el Mtro. Narváez hizo la invitación a todos los abogados a responder al espíritu de servicio que conlleva la profesión. La ceremonia sirvió de conmemoración de la importancia del deber ético de todo abogado –como bien apuntó el Dr. Reséndiz- de prestar un servicio a los desprotegidos.

Homenaje póstumo a Don Efraín González Luna y Morfín

BEATRIZ VALLADOLID BRISEÑO¹

“Son realidades permanentes, desde luego, las exigencias del bien común de respetar de manera incondicional a la persona humana, con su realidad, sus atributos y sus derechos fundamentales.”²

Esposo, padre, maestro, político, jurista y humanista, Don Efraín González Luna y Morfín fue un hombre que dejó huella en todos los ámbitos de la sociedad en los que participó.

Como esposo compartió cincuenta y un años de matrimonio con la Sra. Doña Monique Marseille, con quien procreó cinco hijos; como maestro se caracterizó por enseñar a través del ejemplo, por exigir a sus alumnos y por inspirar sin proponérselo; como político fue electo diputado federal, Jefe Nacional y candidato presidencial por el Partido Acción Nacional, así como Secretario de Educación del Estado de Jalisco; como jurista siempre enfatizó que el derecho nace del encuentro entre la realidad y la verdad; y como humanista dio ejemplo con su propia vida conducida conforme a la justicia, la verdad y el bien.

Reconocer, no sólo su amplia trayectoria, sino el legado que nos ha dejado fue el objeto del evento que tuvo lugar en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, el pasado veintidós de noviembre de dos mil doce.

La Facultad de Derecho de dicha casa de estudios preparó un homenaje para reconocer a Don Efraín González Luna y Morfín. El evento se llevó a cabo con la presencia de su

¹ Alumna de 10° Semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

²GONZÁLEZ LUNA, EFRAÍN, “Moral y Derecho. El caso del aborto directo”, n. 7-8, nota técnica para el curso de Filosofía del Derecho, 2003.

familia, directivos, autoridades y profesores de la Universidad Panamericana, así como la comunidad universitaria.

El homenaje inició con un video para recordar a Don Efraín, en su ámbito familiar, académico y político, en el cual el ex Gobernador del Estado de Jalisco, Ing. Alberto Cárdenas Jiménez, el director de la Facultad de Derecho, Dr. Isaías Rivera Rodríguez y la Sra. Doña Monique Marseille, viuda de González Luna, dedicaron unas palabras para conmemorar las diversas virtudes de Don Efraín.

“Su sencillez, sus ganas de ayudar a la gente, su rectitud, su humildad, su caridad y toda su personalidad” fueron las características con que Doña Monique Marseille describió a Don Efraín.

El Ing. Alberto Cárdenas Jiménez habló sobre el papel en la vida política que desempeñó Don Efraín, manifestando que durante la campaña presidencial “sembró ideas” y que como Secretario de Educación le permitió a Jalisco vivir una “etapa gloriosa para la educación”. En esta misma línea, el Dr. Isaías Rivera Rodríguez afirmó que Don Efraín “marcó un parte aguas señalando justamente cuáles son los valores que deben alcanzar quienes tienen la responsabilidad de gobernar este país y tuvo el arrojo de buscarlo”.

Al finalizar la proyección del video tomó la palabra el Lic. Carlos García Fernández quien fuera alumno de Don Efraín en la Licenciatura de Derecho. Para conmemorar a su maestro le dedicó una carta: “Querido y admirado Don Efra, nunca es buen tiempo para despedirse, aunque tu vida al lado de tu familia y amigos ha sido plena, tan plena como quien en el testimonio de su existencia ha dado respuesta a la pregunta que, de cuando en cuando, nos formulabas en clase: ¿cuál es el sentido de nuestra vida?”

El rector del campus Guadalajara de la Universidad Panamericana, Dr. Juan de la Borbolla Rivero, resaltó la faceta de Don Efraín como maestro en toda la extensión de la palabra. “Maestro con mayúsculas” – señaló, su vida es ejemplo de una inquebrantable congruencia en todos los aspectos de ella.

Finalmente, tocó el turno del Mtro. Santiago González Luna Marseille, quien habló de su padre en el ámbito familiar. Describió a Don Efraín con siete pinceladas: “Un hombre de fe, humilde, agradecido, libre, amante de la tranquilidad, enemigo de la injusticia y trabajador incansable”. Fue a través de estas siete pinceladas que acercó al auditorio a un mayor conocimiento del boceto que reflejaba la personalidad de Don Efraín.

No cabe duda de que tuvimos el privilegio de conocer a un gran hombre, cuyo legado lo veremos crecer cada día más.

Conoce a tus profesores

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

AÑO 1
01 JUNIO 2013

Entrevista

Dr. E. Isaías Rivera Rodríguez



PREGUNTAS PERSONALES

Nombre completo: Eduardo Isaías Rivera Rodríguez.

Lugar de nacimiento: Guadalajara, Jalisco (por los 4 costados).

Estado civil: Casado.

Número de hijos: 3, Carolina, Isaías y Estefanía.

Alma Mater: Universidad de Guadalajara.

Materia favorita: Derecho Agrario (500,000 veces).

- **Primer trabajo:** Empacador de biberones en Laboratorios Pisa a los 12 años, como profesionista, pasante en el bufete del Lic. Pedro Paz Ramírez.
- **Primera clase que impartió:** Historia de México en una preparatoria nocturna para adultos, Derecho Agrario en la Universidad Panamericana campus D.F.
- **Puestos que ha ocupado en el gobierno:** Procurador de Asuntos Agrarios en Jalisco.
Secretario particular del director general jurídico de la Secretaría de la Reforma Agraria.
Coordinador del Programa de Catastro Rural
Procurador Agrario de la República.

- **Anécdotas relevantes como Procurador Agrario:** La primera en importancia fue la solución del conflicto entre indígenas tepehuanos de Durango y ejidatarios de Zacatecas.
La localización y publicación de la obra inédita agraria de Manuel Favela en el Castillo de Chapultepec, la revisión y presentación de dos tomos.
Conclusión del Programa de Regularización de la Propiedad Agraria (felicitación y reconocimiento).
- **Ocupación actual:** Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara, director jurídico Universidad Panamericana, director de despacho profesional y profesor.
- **Principal cualidad en un alumno:** Orden y disciplina, acñamientos personales que norman la vida. El orden para la planeación, estructura y visión integral y la disciplina por la perseverancia, dedicación y fidelidad.

PREGUNTAS SOBRE PERSONALIDAD

- **Principal rasgo del carácter:** Orden y disciplina, soy un hombre perfectamente estructurado.
- **Principal defecto:** perfeccionista, demasiado puntual.
- **Principal virtud:** Muy estratégico, cuando veo algo lo mido y examino, pero no pierdo la perspectiva.
- **Pasatiempo favorito:** Lectura.
- **Color favorito:** Azul.
- **Autor favorito:** Gay Jennings "Azteca".
- **Persona que admire:** Personajes históricos, Sir Winston Churchill y Carlos Salinas de Gortari. Haciendo puntual señalamiento a los defectos de cada uno y como las personas tienen defectos y virtudes. Por ejemplo, Churchill y la bebida y Salinas y el papel de su hermano y su autoritarismo.

- **Héroe de la infancia:** Doña Idolina Gaona Ruiz, fallecida esposa de Don Guillermo Cossío Vidaurri, maestra de secundaria.
- **Deporte favorito:** Por no dejar, fútbol.
- **Equipo deportivo favorito:** Chivas.

ACADEMIA

- **Obras publicadas:** Dos libros: Nuevo Derecho Agrario Mexicano, McGraw Hill. Por ser su primer libro y tesis doctoral; Derecho Agrario Integral, Editorial Porrúa. Además tiene aportaciones a libros, y centenares de artículos en revistas especializadas.
- **¿Por qué seguir una vida académica?** Porque es integral, es complementaria en el mundo jurídico, porque es dar experiencia y conocimientos, siempre es más satisfactorio dar que recibir, porque la intelectualidad siempre le da un valor agregado al espíritu.
- **¿Puede combinarse la vida académica con lo profesional?** No sólo se puede, es recomendable. La vida académica impulsa el estudio, a la actualización, a la evolución del derecho y todo esto a su vez es parte indispensable del buen desempeño profesional. Por consecuencia, es un círculo virtuoso.
- **¿Qué significó obtener el doctorado y la publicación de los libros?** *“Yo solo sé que no sé nada”* Desde luego una satisfacción por un logro personal, pero al mismo tiempo el inicio de un compromiso, puesto que hay que seguir aprendiendo y atreviéndose a divulgarlo. No significa ser superior sino que implica la convicción de tener que seguir enseñando.

Revista

**PERSPECTIVA
JURIDICA *UP***

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA