

EX LEGIBUS

Nueva Época, Número 17, octubre 2022

La revista de Derecho EX LEGIBUS de la Escuela Judicial del Estado de México, es una publicación semestral de carácter científico que aborda temas vinculados al Derecho judicial y otras materias jurídicas; su propósito es fomentar el análisis, debate y reflexión sobre dichos temas, procurando su conexión con la función jurisdiccional. Sus contenidos están dirigidos a los operadores de justicia, investigadores, docentes, abogados y estudiantes de la ciencia jurídica en todos sus niveles.

Editor: Ramón Ortega García
Director del Centro de Investigaciones Judiciales

Editores ejecutivos: María Fernanda Chávez Vilchis
Rafael Caballero Hernández

Equipo editorial: Orlando Aramis Aragón Sánchez
Jessica Flores Hernández

Diseño de la portada: Miguel de la Cruz Ramos

EX LEGIBUS, Año 11, Número 17, octubre 2022, es una publicación semestral editada por el Poder Judicial del Estado de México, calle Independencia Oriente No. 616 Colonia Santa Clara, Toluca, C.P. 50090, Tel. (722) 167-9200, <https://www.pjedomex.gob.mx>, micrositio de la revista: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/index>, legibus@pjedomex.gob.mx. Editor responsable: Ramón Ortega García. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2017-112310580800-102; ISSN para versión impresa: 2594-2018; ISSN para la versión electrónica: 2954-4807; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsables de la última actualización de este Número: Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México, Lic. María Fernanda Chávez Vilchis, Mtro. Rafael Caballero Hernández, calle Leona Vicario Norte No. 301, Col. Sta. Clara, 50060, Toluca de Lerdo, México, Tel. (722) 167-9200 ext. 16822, 16804, 16821. Fecha de última modificación: 30 de octubre de 2022.

Certificado de Licitud de Título y Contenido No. 17058, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Ni la totalidad ni parte de EX LEGIBUS se podrá utilizar, reproducir ni transmitir, en forma alguna y por ningún medio, incluidas la fotocopia, la grabación o la utilización de cualquier sistema de almacenamiento y recuperación de información, a menos que se cuente con la autorización escrita de los autores y la entidad editora a través de su editor responsable.

**CONSEJO DE LA JUDICATURA
DEL ESTADO DE MÉXICO**

MAGISTRADO DR. RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR
PRESIDENTE

MAGISTRADO DR. EN D. J. RAÚL AARÓN ROMERO ORTEGA
Consejero

MAGISTRADO DR. EN D. ENRIQUE VÍCTOR MANUEL VEGA GÓMEZ
Consejero

JUEZA M. EN C.P. FABIOLA CATALINA APARICIO PERALES
Consejera

M. EN D.C. Y A. LUIS GERARDO DE LA PEÑA GUTIÉRREZ
Consejero

JUEZA M. EN D. P. P. EDNA EDITH ESCALANTE RAMÍREZ
Consejera

M. EN D. PABLO ESPINOSA MÁRQUEZ
Consejero

JUNTA GENERAL ACADÉMICA DE LA ESCUELA JUDICIAL

DR. RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR

Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de México

DR. CÉSAR CAMACHO QUIROZ

Presidente de El Colegio Mexiquense

DR. JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y Miembro de El Colegio Nacional

DRA. YASMÍN ESQUIVEL MOSSA

Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

DR. JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

DR. GERARDO FELIPE LAVEAGA RENDÓN

Titular de la Unidad de Transparencia y Políticas Anticorrupción
de la Secretaría de la Función Pública

DR. DIEGO VALADÉS RÍOS

Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

DR. JAIME LÓPEZ REYES
Director General

DRA. MARÍA DE LA LUZ RUIZ BELTRÁN
Directora General Adjunta

DR. RAMÓN ORTEGA GARCÍA
Director del Centro de Investigaciones Judiciales

CONSEJO EDITORIAL

DR. JUAN CARLOS ABREU Y ABREU
Poder Judicial del Estado de México

DR. JOSÉ DOLORES ALANÍS TAVIRA
Universidad Autónoma del Estado de México

DR. RODRIGO BRITO MELGAREJO
Universidad Nacional Autónoma de México

DR. JOSÉ ANTONIO ESTRADA MARÚN
Academia Interamericana de Derechos Humanos

DR. RAFAEL ESTRADA MICHEL
Poder Judicial del Estado de México

DRA. FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ
Tecnológico de Monterrey (campus Ciudad de México)

DR. JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ
Escuela Judicial Electoral
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

DR. RAMÓN ORTEGA GARCÍA
Editor responsable

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Investigador del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de
la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacionales
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

EX LEGIBUS

Nueva Época, Número 17, octubre 2022

tirant lo blanch

Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web tirant.com/mx.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© Varios autores

© **Poder Judicial del Estado de México**

Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial

Calle Josefa Ortiz de Domínguez, No. 306, Col. Santa Clara

C.P. 50090 Toluca, Estado de México

Tel. (722) 1679200, exts. 16822, 16804 y 16821.

Página electrónica de la revista: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/index>

Dirección electrónica: legibus@pjedomex.gob.mx

Editor responsable: Dr. Ramón Ortega García

Director del Centro de Investigaciones Judiciales.

Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título No. 04-2017-112310580800-102, ISSN impreso: 2594-2018; ISSN electrónico: 2954-4807; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título y Contenido No. 17058 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

© **TIRANT LO BLANCH**

DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO

Av. Tamaulipas 150, Oficina 502

Hipódromo, Cuauhtémoc,

CP 06100, Ciudad de México

Telf: +52 1 55 65502317

infomex@tirant.com

www.tirant.com/mex/

www.tirant.es

MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Índice

PRESENTACIÓN	13
RAMÓN ORTEGA GARCÍA	
NOTA DE LA COORDINADORA	17
FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ	

DOCTRINA
**“EL PRECEDENTE OBLIGATORIO Y LA UNDÉCIMA ÉPOCA
DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”**

LA JURISPRUDENCIA POR PRECEDENTE OBLIGATORIO (SENTENCIA), EL DESAFÍO DE LA SCJN: ACCIONAR LAS «RAZONES CONSCIENTES» DEL ADR 8287/2018 PARA ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, DESDE EL CENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO	23
NOEMÍ CAMPOS BECERRA	
TRANSITAR DEL SISTEMA DE TESIS AL PRECEDENTE OBLIGATORIO	43
TERESA PAULINA DÍAZ GARCÍA	
EL PRECEDENTE JUDICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS, ¿EXISTEN CASOS IDÉNTICOS?	61
FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ	
EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE Y LA CREACIÓN JUDICIAL DE NORMAS JURÍDICAS GENERALES MEDIANTE PRECEDENTES EN MÉXICO	79
JUAN RIVERA HERNÁNDEZ	

ESTUDIOS

ANÁLISIS JURÍDICO DE TRES TRATADOS INTERNACIONALES DE LIBRE COMERCIO Y SU RELACIÓN CON LA MATERIA ENERGÉTICA: T-MEC, TL- CUEM, TIPAT	107
PEDRO CABALLERO HERNÁNDEZ	
MATRIMONIO NOTARIAL	143
ALEJANDRA CASTAÑEDA RIVERA	

LA COORDINACIÓN EDITORIAL DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN Y SU APOORTE EN LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL.....	169
JAANAY SIBAJA NAVA	
EL DERECHO HUMANO A MORIR CON DIGNIDAD	185
AIDA DEL CARMEN SAN VICENTE PARADA	

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL FEDERAL SON COMPETENTES PARA HACER CONTROL <i>EX OFFICIO</i> DE TODAS LAS NORMAS SUJETAS A SU CONOCIMIENTO EN EL JUICIO DE AMPARO	219
DENHEB MUNGUÍA ORTEGA	

POLÍTICA E INSTRUCCIONES

POLÍTICA EDITORIAL	229
INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES	233

PRESENTACIÓN

En sus más de diez años de vida, la revista *Ex Legibus* se ha distinguido por tratar temas jurídicos de relevancia para las personas juzgadoras y aquellas otras interesadas en la actividad jurisdiccional. Uno de esos temas candentes como pocos, se refiere a la incorporación del precedente en cuanto forma de establecer jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano. Si no hace mucho hubiésemos preguntado a nuestros mayores por la posibilidad de adoptar esta figura que hunde raíces en la tradición anglosajona del *Common Law*, muy probablemente se habrían reído de nosotros y nos habrían tachado de ignorantes. Pero la realidad ha venido a probar exactamente lo contrario. Desde que en 2021 se efectuara la reforma al Poder Judicial de la Federación, incluyendo cambios a la Ley de Amparo, fue introducida a nuestro sistema la jurisprudencia por precedentes obligatorios a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La propia ley reglamentaria define al precedente como el conjunto de razones justificativas de la decisión que se contienen en la sentencia dictada por el pleno o salas del máximo tribunal de justicia del país; en el primer caso, la decisión debe ser tomada por mayoría de ocho votos, en el segundo, por cuatro. Nótese que se habla de razones o argumentos, no del veredicto o fallo propiamente, lo que significa que el operador de justicia debe tener la capacidad de identificar y analizar esos razonamientos para aplicarlos al caso que tiene entre manos, exigiendo por necesidad que reciba una capacitación en técnicas argumentativas más sólida que en el pasado.

Y bien, la dinámica del precedente como forma de establecer jurisprudencia ha sido adoptada ya por el Poder Judicial del Estado de México, pues en octubre de 2022 se publicó en el periódico oficial “Gaceta del Gobierno” su nueva ley orgánica, en cuyo Título Sexto se regula esta forma de fijación de criterios vinculantes. En términos generales la ley prevé tres formas de crear jurisprudencia por precedentes, a saber: la primera, cuando un órgano jurisdiccional eleva a la junta plenaria de magistrados de la materia y región a la que

pertenece un criterio que considera relevante y la junta vota por unanimidad la relevancia del criterio en cuestión; la segunda, cuando cualquiera de los integrantes de la junta plenaria propone oficiosamente analizar un criterio sustentado por alguna de las salas colegiadas perteneciente a dicha región y la junta vota por unanimidad la relevancia de ese criterio; en estos dos casos, enfatizo, la jurisprudencia establecida es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de la región de que se trate.

Finalmente, la tercera forma de crear jurisprudencia por precedentes está a cargo del pleno del Tribunal Superior de Justicia y ocurre cuando una junta plenaria considera por unanimidad que el criterio generado en su región resulta de tal relevancia que debería ser obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales del estado, por lo que solicita al pleno que así lo declare y las dos terceras partes de los magistrados presentes en la sesión aprueban la solicitud correspondiente.

Debo advertir que no es lo mismo la jurisprudencia por precedentes que recién he mencionado y los llamados “precedentes por consideración”. Esta última figura aparece regulada en el artículo 90 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México y consiste en lo siguiente: una de las partes invoca ante el juez un criterio contenido en alguna resolución que haya causado ejecutoria, dictada en otro juicio por un tribunal del Poder Judicial mexiquense y bajo el argumento de que es aplicable al caso actual. El juez del asunto puede aplicar el criterio o apartarse de él, pero en este último supuesto deberá justificar por qué no lo ha seguido. La parte afectada podrá apelar la decisión judicial junto con la sentencia definitiva y será la sala o tribunal de alzada el que determine el criterio que deba prevalecer, siendo este órgano de segunda instancia el que pueda elevarlo al conocimiento de la junta plenaria regional para su eventual fijación como precedente.

Tan interesante modo de sentar jurisprudencia y los retos que su aprehensión teórica y operatividad entraña, llevó a los editores de *Ex Legibus* a proponer al precedente judicial como tema rector del número 17, invitando a la distinguida jurista y doctora en Derecho,

Fabiola Martínez Ramírez, integrante del Consejo Editorial de la Escuela Judicial del Estado de México, a coordinar la sección “Doctrina” de este número perteneciente a octubre de 2022. Agradecemos el compromiso de la doctora Martínez Ramírez y de todos quienes colaboraron en semejante esfuerzo de difusión del conocimiento jurídico de vanguardia y calidad. Nuestra publicación seguirá impulsando con ahínco y decisión este tipo de estudios con la mira puesta en el mejoramiento de la noble función de impartir justicia.

Dr. Ramón Ortega García

Editor responsable

NOTA DE LA COORDINADORA

Es un honor y motivo de gran satisfacción coordinar el volumen 17 de la revista *Ex Legibus* que publica el Poder Judicial del Estado de México y que es dedicado al análisis del precedente judicial.

Este número integró los trabajos de especialistas destacados en la materia, incluye nutridas discusiones en torno a la importancia de la interpretación judicial, su autoridad y trascendencia en la definición del contenido de los derechos fundamentales, interpretaciones que van dirigidas a garantizar los derechos fundamentales de las personas.

No es una simple coincidencia y resulta un momento inmejorable para su publicación, cuando existe la reforma judicial de 2021 que provee de cambios sustantivos en la resolución de casos judiciales, que incorpora —además del sistema de tesis— el sistema de precedentes, lo que garantiza uniformidad en los criterios, certeza jurídica para las y los gobernados, interpretación amplia, congruencia interpretativa y obligatoriedad del criterio que derive del análisis que realice la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su calidad de Tribunal Constitucional. En mucho las investigaciones científicas —como es el caso— deben considerar criterios como la innovación, la pertinencia, la originalidad y sobre todo la utilidad.

La doctrina judicial que derive del precedente judicial propiciará convicción jurídica a quienes se encuentren involucrados en un litigio, además de que obligará a que la actuación de las y los jueces sea compatible con dichos criterios, sobre todo si consideramos el carácter vertical de su impacto, aunque no único, esto significa que los tribunales inferiores están obligados a su cumplimiento y aplicación, con ello no solo se consolida aún más el trabajo del órgano de cierre en la interpretación del sistema judicial en México, especialmente de los derechos fundamentales, sino que además se propicia la defi-

nición concordante y la creación de líneas jurisprudenciales sólidas desde la función argumentativa de quienes juzgan.

La existencia del precedente nos invita a la discusión sobre los desafíos que enfrentan las y los jueces —en general— así como las y los operadores jurídicos, para su conocimiento y su implementación, también propiciará la formación de las y los juristas en el análisis de sentencias, al disponer que son derecho vivo que determina el rumbo que su contenido desarrolla conforme a la evolución de los tiempos y necesidades, por lo que la formación en su conocimiento y su lectura juega un papel fundamental para esta doctrina, comenzar a enseñar con el uso de sentencias convendrá observar.

Este planteamiento no resulta menor si consideramos que hace más de una década se aprobó una de las reformas más trascendentales en el derecho constitucional mexicano, implicó diversos cambios sustantivos y operativos vinculados con los derechos humanos, que asignan obligaciones generales y deberes específicos a las autoridades en el ámbito de su competencia. Esto es así porque los derechos humanos son la causa de los tribunales, persiguen un objetivo definido y la existencia de herramientas conceptuales, hermenéuticas y argumentativas define su itinerario.

En la actualidad existen posturas que propician una polarización sobre el mapa de los derechos humanos, por lo tanto la misión de los tribunales como intérpretes supremos de la constitución —refiriéndonos a los Tribunales Constitucionales— resuelven controversias judiciales y producen efectos que trascienden a las partes que motivan esa discusión, permeando en otras circunstancias y realidades que incluso son predictivas, aseguran, de un modo más amplio, la forma en que deba analizarse una causa por tribunales inferiores, trascienden en el tiempo.

La incorporación del precedente al sistema de justicia como un modelo de interpretación obliga a la reflexión de los beneficios, pero también de los costos que acarreará la uniformidad de los asuntos y el carácter de autoridad, revisar la discrecionalidad, incluso. Muchos deberán ser los pendientes por resolver en lo que toca al fortalecimiento de competencias argumentativas y analíticas que promuevan

un desarrollo judicial congruente con los principios de derechos humanos, con las obligaciones internacionales en esta materia y atiende al fin último que persigue el derecho y es la dignidad humana.

El concepto de acceso a la justicia no solo se circunscribe al análisis tradicional de acceder a una jurisdicción, nos obliga a reflexionar sobre criterios jurisprudenciales, sobre el papel transformador del derecho, pues las decisiones judiciales inciden en cambios culturales, y comportamientos sociológicos de gran calado que permiten la comprensión del ordenamiento jurídico y en muchos casos lo definen, pero que también contribuyen a disminuir las enormes brechas de desigualdad entre las personas, es decir, el trabajo del juez va más allá de los tribunales y se incluye en el cambio social.

Sin duda son muchos los desafíos en torno al precedente judicial, que nos obligarán a una reflexión consciente, reflexiva y orientada a mejorar la *praxis* del derecho, la fuerza vinculante de su contenido y el carácter de autoridad nos conducirá a que en años venideros podamos tener mayor claridad en la materia, promoviendo discusiones y estudios que permitan este propósito.

Concluyo expresando mi agradecimiento a quienes han contribuido de manera entusiasta y especializada para hacer posible esta publicación, esperando que esta colaboración pueda servir como una herramienta en el trabajo de reflexión analítico, crítico y propositivo. También dejo constancia de mi gratitud al Consejo Editorial y Cuerpo de árbitros de la *Revista Ex Legibus* quienes de manera comprometida permitieron hacer posible este trabajo.

Fabiola Martínez Ramírez

*Directora Asociada del Departamento de Derecho del Tecnológico
de Monterrey, Campus Ciudad de México.*



DOCTRINA

LA JURISPRUDENCIA POR PRECEDENTE OBLIGATORIO (SENTENCIA), EL DESAFÍO DE LA SCJN: ACCIONAR LAS «RAZONES CONSCIENTES» DEL ADR 8287/2018 PARA ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, DESDE EL CENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO

JURISPRUDENCE BY MANDATORY PRECEDENT, THE CHALLENGE OF THE SCJN: DETONATE THE «CONSCIOUS REASONS» OF THE ADR 8287/2018 TO ERADICATE VIOLENCE AGAINST WOMEN, FROM THE CENTER OF THE LEGAL SYSTEM

Noemí Campos Becerra*

RESUMEN: La naciente obligatoriedad de la *jurisprudencia por precedente* (sentencia), emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) desde la posición central que ocupa en el subsistema jurídico, es analizada como esa «comunicación» que construye el universo legal, orienta al pensamiento jurídico y deriva de la argumentación jurídica desarrollada en tiempo presente, en el que se pronuncia la decisión como la alternativa «elegida» abierta hacia el futuro. Así, el desafío que enfrenta la SCJN es cómo decidirá accionar las «razo-

* Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2017), catedrática del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM) campus CCM y CSE, tutora de la Escuela Federal de Formación Judicial (CJF) y consultora independiente. Contacto: noemicb@tec.mx

nes conscientes» de la sentencia del ADR 8287/2018, emitida antes de que la *jurisprudencia por precedente* fuese obligatoria. Se trata de una sentencia en la que los conceptos y argumentos que integran su *ratio decidendi* sentaron las bases para la creación y ejecución *ipso facto* de mecanismos reales que atajan desde el origen la prevención y, por tanto, podrían erradicar la violencia de género. Sin lugar a dudas, este hecho perfila al sistema legal hacia una evolución sistémica: la construcción de un diseño institucional de sociedad pos patriarcal o igualitaria-cosmopolita femenina que considere nuevos y disruptivos *eigenstructures* como «*principios*»; el paso evolutivo siguiente a la *transición parcial constitucional* que planteó nuestro máximo tribunal con la decisión final del ADR 8287/2018.

PALABRAS CLAVE: Precedente; comunicación; *ratio decidendi*; argumentación jurídica; corresponsabilidad social activa; transición legal; diseño institucional de sociedad pospatriarcal.

ABSTRACT: The nascent mandatory nature of *Precedent established by a judgement* submitted by the Supreme Court (SCJN) from the centre position within the legal subsystem occupied by Courts, is analysed as «*communication*» that builds the legal universe, guides legal thinking, and is produced by legal argumentation developed at the present time, in which the *Precedent* is taken as «the chosen» alternative opened towards future. In this way, the challenge for the SCJN is how to detonate the «conscious reasons» of the judgement ADR 8287/2018 —pronounced before *Precedent* was compulsory— in which the concepts and arguments that make up its *ratio decidendi* laid the foundations for the creation and execution *ipso facto* of real mechanisms that tackle prevention from its origin and, therefore, could eradicate gender violence. Undoubtedly, this fact shapes the legal system towards a systemic evolution: the construction of an institutional design of a post-patriarchal or female egalitarian-cosmopolitan society.

KEYWORDS: Precedent; communication; *ratio decidendi*; legal argumentation; active social co-responsibility; legal transition; institutional design of nonpatriarchal society.

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2022

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERPRETACIÓN-ARGUMENTACIÓN DE LOS TRIBUNALES Y SU FUERZA OBLIGATORIA COMO COMUNICACIÓN DESDE EL CENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO. III. LA VINCULATORIEDAD DE «LAS RAZONES» CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS DE LAS SENTENCIAS DE LA SCJN: EL CASO DE LAS «RAZONES» DEL ADR 8287/2018 Y EL RETO DE ACCIONARLAS DESDE LA TEORÍA DE SISTEMAS. IV. BIBLIOGRAFÍA.

*A Francisco Campos Juárez, quien con su hermoso mirar y amor,
guió mi vida siempre... gracias abuelito.*

I. INTRODUCCIÓN

«Que los tribunales se vean en la necesidad de decidir es el punto de partida para la construcción del universo jurídico, para el pensamiento jurídico y para la argumentación jurídica [...] todo depende de que las decisiones anteriores que orientan perduren: salvo que se las cambie»,¹ estas palabras de Luhmann afirman la posición especial de los tribunales en el subsistema jurídico. Se trata de una posición que implica su ubicación en el centro del sistema, dado que su función es esencial, a saber, emitir la decisión sobre el caso del que conocen y deciden de manera justa. Por ello, el enfoque que seguirá este artículo es el de la sociología jurídica o estudios socio-legales, que trata de *situar a la jurisdicción constitucional en el plano de la sociedad y examinar sus vínculos tanto con los fenómenos jurídicos como con los políticos, ámbitos que, aunque están estrechamente ligados entre sí, son estructuralmente diversos y distinguibles*.²

Así, la teoría de sistemas de Luhmann será la columna vertebral sobre la que se edifica este análisis, de la mano de algunos conceptos aportados por Carla Huerta Ochoa, cuyas ideas vanguardistas son

¹ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México: Herder, 2005, p. 377.

² Enfoque que el propio jurista sociológico Héctor Fix Fierro propugna que se asuma en todos los análisis y estudios que tengan por objeto los tribunales constitucionales. Cfr., Fix Fierro, Héctor Felipe, *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 189.

las herramientas idóneas, para visualizar y examinar eficazmente la interrelación entre:

- El disruptivo trasplante legal del sistema legal del *Common Law* a nuestro sistema legal iusromanista, en vigor desde del 1º de mayo de 2021, fecha en la que se da carta de naturaleza a la jurisprudencia por precedente (*jurisdicción constitucional*);
- Los mecanismos legales reales que impliquen una solución real y eficaz que prevenga a corto y mediano plazo —y, a partir de la prevención, erradique— la violencia en contra de la mujer, un fenómeno socio-legal cuyas manifestaciones aumentan día a día, a pesar de que está regulado —y sancionado— en diversas normas,³ y que se ha convertido ya en un problema de salud y seguridad nacional cuya solución debe operarse e implementarse en términos de emergencia nacional (*fenómeno jurídico*) de manera «consciente»; y
- La inacción de la política, expresión que hace referencia tanto a la política pública gubernamental de los tres órdenes de gobierno como a la nula creación de mecanismos conscientes y disruptivos para erradicarlo por parte del Poder Legislativo (*fenómeno político*).

³ Fenómeno de violencia de género que la mayoría de las veces concluye lamentablemente con el deceso de muchísimas mujeres. Las muertes van en aumento diariamente y su calificación como fenómeno jurídico que proponemos en este artículo se confirma por la reiteración que la propia Corte realiza a través de las líneas que integran la motivación de su propuesta de Proyecto de Ley General para Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar el Feminicidio, que a la letra señalan: «Si bien el Estado Mexicano, a través de sus niveles de gobierno, ha tomado acciones para atender la violencia generalizada contra las mujeres, la realidad evidencia que estas no han sido suficientes: la heterogeneidad de los tipos penales de feminicidio, la falta de coordinación institucional en la investigación y persecución de éstos, así como en la implementación de políticas públicas, han impedido garantizar de manera efectiva la protección a la vida y la integridad de las mujeres en México». La propuesta fue presentada públicamente el día 6 de julio de 2022. <<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2022-07/Proyecto%20de%20Ley%20General%20para%20Prevenir%2C%20Investigar%2C%20Sancionar%20y%20Reparar%20el%20Feminicidio.pdf>>.

Es importante, por un lado, que la SCJN tome plena conciencia de que es el centro del subsistema legal, es decir, de que es el órgano cuya interpretación-argumentación materializada en sus decisiones (sentencias votadas en pleno y en cada una de sus dos salas, por 8 o 4 de sus integrantes, respectivamente), como dispone la reforma aprobada, establece *jurisprudencia por precedente* (sentencia) —con origen en el sistema legal del *Common Law*— y de que la *ratio decidendi* de aquellas decisiones nutre al sistema desde ese polo central, ya que, de acuerdo con la teoría de sistemas de Luhmann, es una comunicación del Tribunal Constitucional (I); y que, por otro lado, desde una observación de segundo orden, la citada teoría permita visualizar la evolución que provocó en el sistema legal mexicano la sentencia que resolvió el ADR 8287/2018, emitida antes de que la jurisprudencia por precedente fuese obligatoria, dado que fue votada por mayoría de 4 votos de la primera sala de la Corte el 25 de noviembre de 2020 en sesión ordinaria y con ello adquirió inmediatamente la fuerza vinculante para que fuera observada por todos los tribunales de México. La *ratio decidendi* de este fallo fue un parteaguas que, a través de una *transición constitucional legal parcial*, sentó las bases para la construcción de *un diseño institucional* inspirado en una sociedad pospatriarcal o igualitaria-cosmopolita femenina. Ello es así tanto porque ordena prescindir de pruebas que reiteran estereotipos de género y «considerar la denuncia de la presunta víctima como esencial y veraz para que inmediatamente se tomen medidas de reparación y no repetición» como porque reconoce expresamente la «corresponsabilidad social activa» como una obligación atribuible y exigible al empleador de las partes, en casos de acoso u hostigamiento sexual y/o laboral. Corresponde, pues, al empleador —entidad pública o privada— generar las evidencias o pruebas, dentro de los protocolos revestidos de debida diligencia, que debe implementar, a su vez, para prevenir el acoso y hostigamiento laboral, a fin de salvaguardar el principio de presunción de inocencia de los implicados. Por tanto, queda expresamente señalada su responsabilidad civil y penal cuando exista alguna omisión en los referidos protocolos respecto a la debida diligencia y a la garantía del principio de presunción de inocencia, señalados.

La decisión es considerada un paso evolutivo y, a su vez, un desafío para la SCJN consistente en cómo accionar y seleccionar los mecanismos o herramientas a través de los cuales decidirá impeler las «razones conscientes» de la sentencia del ADR 8287/2018, emitida, como ya se ha dicho, antes de que la jurisprudencia por precedente fuese obligatoria,⁴ toda vez que, el numeral segundo del Acuerdo General número 1/2021 de 08 de abril de 2021 —vigente a partir del 1º de mayo de 2021— establece que «las razones de las decisiones contenidas en las sentencias dictadas a partir de la entrada en vigor de dicho Acuerdo por las Salas de la Corte, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades»; la sentencia del ADR 8287/2018 cumple a cabalidad los requisitos relativos a las *razones*, la *votación* y la *procedencia*; sin embargo, presenta una dificultad: fue emitida antes de la entrada en vigor del citado Acuerdo (II).

Ante este desafío, la Corte tiene la última palabra para responder al clamor que exigen las mujeres en México que gritan: « ¡Abajo el patriarcado, se va a caer, se va a caer! ¡Arriba el feminismo que va a vencer, que va a vencer!», incorporando quizás parte de lo resuelto en el ADR 8287/2018 a su Proyecto de Ley General para Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar el Feminicidio, robusteciendo la prevención, a través un acuerdo general o de la vía más idónea que encuentre para ello, auxiliada, evidentemente, por el resto de los operadores jurídicos como los litigantes y académicos.

⁴ Incluso, cabría plantear en este momento si existe siquiera la posibilidad de que la Corte decida tomar consciencia real de esta sentencia. Primero, corrigiendo la *sinopsis pública* disponible de la resolución, que no menciona sintéticamente el verdadero impacto que generaron las razones de su *ratio decidendi* ni hace referencia a los conceptos novedosos de «corresponsabilidad social activa» atribuible al patrón, así como «la excepción que declara procede en cuanto a la carga de la prueba», en los casos de abuso sexual y acoso laboral. <<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/buscadores-juridicos/sentencias-relevantes-en-materia-de-derechos-humanos/1298?page=3>>. Y ello cuando en el discurso público que ha mantenido respecto al fenómeno de violencia de género en el primer semestre de 2022, la propia Corte, a través de su presidente —cuyo mandato expiró en el mes de diciembre de 2022— ha sido altamente activa en una coyuntura histórica propicia para transformar de raíz los orígenes de esta violencia sin tregua que por años se ha perpetuado en nuestra sociedad.

II. LA INTERPRETACIÓN-ARGUMENTACIÓN DE LOS TRIBUNALES Y SU FUERZA OBLIGATORIA COMO COMUNICACIÓN DESDE EL CENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO

De acuerdo con Fix Fierro, Luhman sitúa a los tribunales en el centro del sistema jurídico porque cumplen dos funciones esenciales: 1) *son los órganos encargados de garantizar que toda comunicación jurídica pueda enlazarse con otras comunicaciones jurídicas y no se pierdan en el vacío social. Es decir, solo los tribunales están obligados a resolver la petición o el asunto que se les presente.*⁵ 2) Les corresponde ocultar la paradoja del sistema jurídico, consistente en el hecho de que las decisiones jurídicas no están determinadas por el Derecho pretérito, sino por la alternativa abierta hacia el futuro, además de que tales decisiones son el producto que los tribunales, en cuanto organizaciones, realizan usando el código binario del sistema jurídico. En el caso de la SCJN —organización cúspide del sistema jurídico acoplado, sin impartir instrucciones ni poder gobernar—, dicho código binario es «constitucional/inconstitucional».

Sin embargo, en su tarea de interpretación y aplicación del texto constitucional, la SCJN *debe en todo momento considerar los efectos y las políticas de sus decisiones, en particular, no llevar su propia lógica hasta el extremo de provocar un caos político y jurídico a través de sus resoluciones*,⁶ como sucedió con la resolución sobre la reforma energética, que, ante la solución provista por dicho tribunal, marcó el inicio de la primera etapa de los mecanismos de solución de controversias previstos en el T-MEC —consultas— entre las tres partes integrantes del tratado comercial internacional aludido. De no llegarse a un acuerdo, estas partes deberán someter la divergencia ante un panel que cuenta con las facultades reconocidas en dicho instrumento legal para solucionar ampliamente el caos generado.

⁵ Fix Fierro, *op. cit.*, nota 3, p. 200.

⁶ *Ídem.*

A partir entonces, desde un enfoque comunicativo, ello implica la observancia de las resoluciones que la SCJN emite al ejercer su autoridad a través de la emisión de jurisprudencia,⁷ sea esta por precedente, por reiteración o por contradicción, autoridad que yace en las «razones» de sus sentencias; *ratios decidendi* que generan un impacto e influencia a través de las que va construyéndose un nuevo diseño institucional. De tal suerte que es dable comenzar en este apartado analizando el origen de la jurisprudencia por precedente en el *Common Law* y su trasplante al sistema iusromanista nacional a partir del 1º de mayo de 2021 (1) con el propósito de poder observar la **interpretación (decisión)** mediante la cual se comunica la Corte, *vía sentencias —programas—* desde la óptica de la teoría de sistemas en la parte final de este análisis (2).

1. La Jurisprudencia por precedente: origen en el Common Law, trasplante al sistema iusromanista mexicano y su vigencia autoritativa desde el 1º de mayo de 2021

Si bien es cierto que la reforma judicial de 2021 aprobada por el Legislativo dejó varias cuestiones pendientes,⁸ también lo es que al mismo tiempo aceleró el dinamismo del sistema legal mexicano al trasplantar la figura de la *institución del precedente* al nuestro ordenamiento jurídico como una novedosa figura jurisdiccional cuyos orígenes se hallan en el sistema legal del *Common Law*.

Sandra Gómora, califica la institución del precedente como *social* y, por tanto, útil para ordenar aspectos de nuestra vida social y relevante para las personas *de origen jurisdiccional con calidad autoritativa o vinculante —las que lo crean, las que lo aplican y las que lo usan o invo-*

⁷ *Ídem.*

⁸ La reforma procesal que incluyera los medios alternativos, el acceso a la justicia, la rendición de cuentas y transparencia, la relación entre los tribunales federales y locales a través del amparo judicial, la enseñanza del Derecho incluyendo la formación judicial y la profesión jurídica, teóricos como Fix Fierro en su última obra, destacó la urgente necesidad de diseñar soluciones que incluyesen integralmente los planos federal y local. *Ibidem*, p. 376.

can— sujetas a dicho *precedente*.⁹ Como señala Luhmann, la institución tiene la pretensión de *regular mediante el ejemplo, la conducta futura de sus destinatarios, que surge como producto de la interpretación novedosa del Derecho positivo vigente de un sistema jurídico realizada por un juez de posición jerárquicamente superior en contextos acotados por reglas jurídicas aplicables y hechos particulares*.¹⁰

Históricamente, el origen de esta institución es la obra *Commentaries on the Laws of England*, escrita por William Blackstone entre 1765 y 1769,¹¹ autor que, al analizar la división existente dentro del Derecho inglés entre el Derecho «no escrito» y «escrito» (*lex non scripta and lex scripta*), definió a la porción no escrita como *Common Law*. Sin embargo, ese Derecho no escrito era anotado *en los registros de muchas Cortes de Justicia, en los libros de reportes y en decisiones judiciales y en tratados que se aprendían de los eruditos de la profesión legal*,¹² de tal modo que *la continuidad, la certeza y la autoridad del Derecho común* eran preservadas a través del concepto del *precedente*.¹³ En este sentido, las decisiones emitidas por las cortes anglosajonas gozan desde siempre de la más alta consideración y no solo han sido preservadas como registros y auténticos tesoros, sino que también han sido ofrecidas siempre a la vista del público a través de numerosos volúmenes de registros que contienen las historias con un breve resumen de los procedimientos realizados que preservan el propio registro junto con los argumentos de las partes en litigio y *las razones que adujo la corte para emitir su juicio anotados en notas cortas*.

⁹ Gómora Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 32-35.

¹⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹¹ Específicamente en su Libro I, sección 3, de *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*, Obra, considerada por la academia como el tratado legal más importante que se haya escrito en lengua inglesa, cuya finalidad fue, por un lado, popularizar la noción de la educación universitaria en el Derecho y, por otro, instruir a las clases terratenientes en el Derecho inglés. El propio Blackstone creía que el sistema legal proveería las bases sobre las cuales la sociedad inglesa descansaba.

¹² Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 1, Chicago: The University of Chicago Press, 1979, p. vi.

¹³ *Ibidem*, p. vii.

Al insertarse en el sistema a través de la adición de un duodécimo párrafo al artículo 94 constitucional, las reformas a los artículos 215, 216, 217 y 223 de la Ley de Amparo, así como los artículos 41 y 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), la institución del precedente dio paso al inicio del nuevo modelo de creación de jurisprudencia por precedentes. Conforme al decreto correspondiente, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 11 de marzo de 2021, la reforma sujetó el inicio de su vigencia a la fecha que señalase el acuerdo general que la Corte emitió el 08 de abril de 2021 como 1/2021, que estableció el inicio de la vigencia del novedoso sistema jurisprudencial por precedentes obligatorios el 1º de mayo del mismo año. En virtud del nuevo sistema, *las razones contenidas en las Sentencias* o decisiones en que consta la argumentación jurídica del máximo tribunal mexicano y son dictadas por mayoría de 4 votos actuando en salas o por mayoría de 8 votos del pleno, al constituir jurisprudencia por precedente deben respetarse y obedecerse obligatoriamente por todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas. Es decir, las razones contenidas en estas sentencias adquieren fuerza vinculante, por lo que todos los jueces están obligados no solo a fundamentar la argumentación que elaboren al resolver mediante otras sentencias los conflictos que conozcan en la jurisprudencia establecida, sino también en las razones esgrimidas en las sentencias constitucionales emitidas por la SCJN. Estos fallos definen el sentido y el alcance de los preceptos constitucionales para el resto de los operadores jurídicos y desde la teoría de sistemas son reconocidos como los *programas* mediante los cuales se comunican los tribunales.

2. La jurisprudencia por precedente obligatoria: interpretación y argumentación (decisión) jurídica, como «comunicación» de la SCJN desde la teoría de sistemas

Luhmann afirma que la tarea primigenia de los tribunales es decidir —*emitir una sentencia*—, por lo que, para definir y argumentar dicha decisión, deben desarrollar *reglas de decisión* —denominados «*programas*» por la *Teoría de Sistemas*—. Es decir, deben crear, postular y presuponer a través

de la institución de la *ratio decidendi* mediante la cual opera toda decisión —sentencia—, fallo jurisdiccional que sirve para especificar los puntos de vista de la selección tomada.¹⁴ Así, desde la teoría de sistemas, la jurisprudencia es concebida como *la aplicación del Derecho a través de decisiones que resuelven casos particulares*, decisiones a través de las que se desarrollan o confirman *reglas de decisión, axiomas, principios y teorías jurídicas*.¹⁵

Por tanto, al ocuparse la decisión de un tribunal de la racionalidad, vista desde su posición central, dicha decisión está vinculada a la alternativa elegida entre uno o más senderos elegibles —que, a su vez, contienen situaciones, acontecimientos, y subsecuentes decisiones que resultan de esa primera decisión—. Por consiguiente, esas decisiones subsecuentes —*sentencias que resuelvan controversias tomando como guía el contenido de la jurisprudencia por precedente obligatoria*— no nacerían sin la existencia de la primera¹⁶ —*jurisprudencia por precedente*—, que se origina cuando se presenta algo indecidible que requiere la adopción de la alternativa que lo resuelva.¹⁷

Ahora bien, ese *algo indecidible* se presenta en el momento presente, en el que opera una «expansión temporal» en la que el presente es una distinción, como unidad o punto que se diferencia entre el pasado y futuro. Esto es, al revelarse el presente como un punto ciego que se expande y se hace inactual en el tiempo cuando se toma la alternativa mediante la cual se decide, es el tiempo idóneo para decidir a través de una sentencia que 1) *solidifica lo ya-no-cambiable* (con relación al pasado) y *lo todavía-cambiable* (con relación al futuro) para 2) *introducir en el mundo que es simultáneo la alternativa*.¹⁸ Por lo tanto, la decisión judicial materializada en una sentencia:

- 1) No está determinada por el pasado (leyes emitidas).
- 2) Opera dentro de su propia construcción, que solo es posible en el presente.

¹⁴ Luhmann, *op. cit.*, nota 2, pp. 376-379.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 367-368.

¹⁶ *Ibidem*, p. 369.

¹⁷ *Ibidem*, p. 370.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 370-371.

- 3) Tiene consecuencias para los presentes en el futuro.
- 4) Abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían.
- 5) Presupone el pasado como invariable y el futuro como variable, ya que no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque esta determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones.

Entonces, a través de las decisiones judiciales —*sentencias*—, los tribunales proyectan el futuro, según Luhmann, y esbozan las reglas de decisión a las que el tribunal se atenderá en casos futuros similares. La SCJN ya de este modo con las sentencias que constituyan jurisprudencia por precedente obligatorio, y que han establecido delimitaciones que deben ser obligatorias en el futuro dentro del sistema jurídico, el cual, se clausura temporalmente al constituir el presente como pasado de un futuro presente por medio de la decisión¹⁹ —*sentencia*—.

De ahí que los tribunales deban cuidar las consecuencias de sus decisiones y estén obligados a tratar de legitimarlas mediante la valoración que hagan previamente de las consecuencias de dicha valoración, pues son los únicos que tienen la tarea de supervisar la consistencia de las decisiones jurídicas, ya que interpretan en un sentido diferente, de manera argumentativa, para demostrar la racionalidad de su propia decisión.²⁰

Tal y como acota Luhmann, en el Derecho anglosajón la teoría argumentativa versa sobre un dictamen sobre las *decisiones precedentes*. Por ello, en los pasos a seguir para llegar a estas decisiones judiciales primero debe partirse de la *ratio decidendi* del caso anteriormente decidido y después decidir y fundamentar argumentativamente si el caso presente se distingue o no del anterior, debiéndose fundamentar dicha decisión.²¹ De este modo, *la argumentación expone las razones que se eligen en una interpretación particular frente a otra*, razones denominadas «buenas razones», «razones razonables» o «*ratio decidendi*»²²

¹⁹ *Ibidem*, p. 388.

²⁰ *Ibidem*, pp. 371-389.

²¹ *Ibidem*, pp. 428-429.

²² *Ibidem*, p. 430.

que, en el caso de las que se insertan en los considerandos de la sentencias emitidas por la SCJN, sustentan el sentido de tales fallos, corrigen los errores que sean advertidos y examinan los razonamientos de las partes, como se expondrá en el apartado siguiente, en el cual se profundizará sobre la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* del fallo que del ADR 8287/2018 no como precedente obligatorio que ha sentado jurisprudencia, sino como un *precedente persuasivo* de naturaleza jurisdiccional, decisión judicial constitucional cuyas razones han establecido una interpretación tajante, directa y expresa sobre los mecanismos idóneos que efectivamente previenen el acoso sexual u hostigamiento laboral y, por tanto, la violencia contra las mujeres en México. Razones, pues, que en un primer momento ordenan considerar la denuncia de una presunta víctima de acoso sexual u hostigamiento laboral como esencial y veraz a efectos de ordenar de inmediato las medidas de reparación y no repetición en los protocolos implementados por el empleador en la fuente laboral. Sin embargo, en un segundo momento reconocen al empleador su «*corresponsabilidad social activa*» para generar, por ende, las evidencias o pruebas dentro de los protocolos que este implemente, que deben estar revestidos de la debida diligencia para prevenir el acoso y el hostigamiento sexual y laboral, salvaguardando así el principio de presunción de inocencia de los implicados. Por tanto, estas razones se convierten en el enorme reto que tiene frente a sí el máximo órgano juzgador nacional al decidir accionarlas o no.

III. LA VINCULATORIEDAD DE «LAS RAZONES» CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS DE LAS SENTENCIAS DE LA SCJN: EL CASO DE LAS «RAZONES» DEL ADR 8287/2018 Y EL RETO DE ACCIONARLAS DESDE LA TEORÍA DE SISTEMAS

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 39, 41 y 43 de Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la CPEUM, toda sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe corregir los errores que advierta y examinar en conjunto los razonamientos de las partes. Además, debe contener «las consideraciones

que sustenten su sentido, así como los preceptos que se estimen violados»,²³ condiciones que cumplió el fallo recaído en el ADR 8287/2018.

No obstante, conforme al nuevo sistema de creación de jurisprudencia por precedentes incorporado en el novedoso décimo segundo párrafo del artículo 94 de la Constitución, en vigor a partir del 1º de mayo de 2021,²⁴ así como en el reformado artículo 223 de la Ley de Amparo²⁵ y el citado acuerdo general número 1/2021 del 08 de abril de 2021, las **«razones que integran la sentencia del ADR 8287/2020», al no haber sido emitidas a partir de la entrada en vigor de este último acuerdo señalado —1º de mayo de 2021—, no son obligatorias para las autoridades jurisdiccionales federales y locales.**

Dado que, según el artículo Transitorio Undécimo del citado decreto, *únicamente las sentencias que se emitiesen con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto publicado el 07 de junio de 2021 en el DOF, podrían constituir Jurisprudencia por Precedente obligatorio*, el precepto transitorio a todas luces impide considerar a las razones del fallo ADR 8287/2020 como vinculatorias (1). Mas no imposibilita reconocerlas como un precedente persuasivo —o guía— a partir del cual las futuras resoluciones judiciales emitidas por los tribunales que resuelvan controversias en las que la comprobación de que ha tenido lugar el acoso sexual o el hostigamiento laboral hagan procedente la reparación del daño, sea moral o patrimonial, e incluso

²³ Artículo 41, fracción III, de la Ley reglamentaria al artículo 105 constitucional.

²⁴ Pues como estableció el artículo Sexto Transitorio del Decreto por el cual se adiciona este nuevo párrafo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 11 de marzo de 2021, este novedoso sistema de creación de jurisprudencia por precedentes entraría en vigor cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitiera el acuerdo general respectivo —que, en la especie, es el Acuerdo General número 1/2021 del 08 de abril de 2021— con base en su facultad autorregulatoria.

²⁵ Art. 223. Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias que dicten las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas cuando sean tomadas por mayoría de cuatro votos. Las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias.

demandarse como co-obligado al empleador a quien se le reconoció como «corresponsable social» (2).

1. Las reglas del nuevo sistema Jurisprudencial por Precedente del Acuerdo General número 1/2021 del 08 de abril de 2021, emitido por el Pleno de la SCJN

El Acuerdo General número 1/2021 del 08 de abril de 2021, emitido por el pleno de la SCJN, que decretó el inicio de la Undécima Época del Semanario Judicial de Federación a partir del 1º de mayo de 2021 como consecuencia inmediata de las reformas de los diversos artículos contenidas en el decreto publicado en el *DOF* el 11 de marzo de 2021 de la Constitución mexicana que implicaron modificaciones en la estructura del Poder Judicial de la Federación, entre ellas el nuevo sistema de fijación de jurisprudencia por precedentes emitidos por el pleno —mayoría de 8 votos— y las salas —mayoría de 4 votos— de la SCJN, señala en su considerando noveno:

«Tomando en cuenta que en términos de lo previsto en el artículo 94, párrafo duodécimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, en todos los asuntos de su competencia, son obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, así como las ventajas de la nueva metodología para la elaboración de las tesis que permiten su difusión, se estima conveniente que la divulgación de los criterios aprobados en los asuntos resueltos por este Alto Tribunal, diversos a los derivados de los que se rigen por lo previsto en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se continúe realizando mediante la redacción de las tesis respectivas*».

Y reitera en su Acuerdo Segundo:

«*Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas a partir de la entrada en vigor de este Acuerdo General, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, en la totalidad de los asuntos de su*

competencia, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, en los términos precisados en el Punto Noveno del presente Acuerdo General».

Por tanto, las *razones propiamente decisorias* esgrimidas en la sentencia que resolvió el ADR 8287/2018 no son vinculantes porque no se le reconoce la naturaleza actual de precedente que establezca jurisprudencia obligatoria y vinculante a seguir y cumplir por parte de todos los tribunales nacionales, dado que fue emitida antes de la reforma judicial arriba citada. No obstante, y como se expone a continuación, sí debe considerarse un precedente jurisdiccional.

2. Las razones conscientes o ratio decidendi del fallo ADR 8287/2018: su accionar por parte de la SCJN en la prevención de la violencia de género y feminicidio

Si bien es cierto que, cuando fue dictada, las *razones decisorias* de la sentencia del ADR 8287/2018 no constituyeron un criterio jurisprudencial obligatorio, también lo es que a la fecha no existe jurisprudencia definida sobre 1) *la ponderación correcta del derecho a la libre expresión de la denuncia de acoso sexual u hostigamiento laboral fundamentada en los estándares emitidos por la SCJN sobre el derecho al honor del presunto perpetrador*, 2) *la eliminación de pruebas que reproducen estereotipos de género dentro de los procedimientos que denuncian el acoso u hostigamiento*, 3) *el reconocimiento de la consideración de la denuncia de la presunta víctima como esencial y veraz para que inmediatamente se tomen medidas de reparación y no repetición, sin que sea obligatorio que compruebe mediante testigos los hechos que puedan constituir acoso u hostigamiento sexual/laboral, declarándose improcedente para estos casos la aplicación de la regla probatoria procesal que establece que quien afirma está obligado a probar*, 4) *el reconocimiento al empleador de las partes involucradas en casos de acoso u hostigamiento sexual/laboral—sea sector público o privado— una «corresponsabilidad social activa» para crear entornos laborales libres de violencia, mediante la emisión e implementación de a) protocolos de prevención de acoso sexual y hostigamiento laboral y de b) procesos de debida diligencia que faciliten la investigación oportuna, completa e imparcial de los sucesos denunciados. De*

este modo, la carga de la prueba se traslada al empleador como un medio útil para corregir una situación —que, en el caso motivo del juicio, es la omisión del Estado en la prevención— y evitar la desigualdad que puede provocar esa conducta.

Sin embargo, sí existe esta sentencia que, en términos de la propia SCJN, desarrolla y dota de significado al ordenamiento jurídico, al delimitar el sentido y alcance de las normas aplicables, con la consecuente generación de un **precedente**.²⁶ Por tanto, las razones decisorias de la sentencia que resolvió el ADR 8287/2018 constituyen un **precedente jurisdiccional** cuyas referidas razones pueden ser invocadas por el juzgador que tenga a su cargo la solución de casos de acoso sexual u hostigamiento laboral, en el bien entendido de que dichos razonamientos *funjen como un criterio orientador para que los órganos jerárquicamente inferiores a la SCJN, lo consideren en sus resoluciones, al citar, por ejemplo, alguna de las cuatro consideraciones que han quedado señaladas con antelación*.²⁷

Además, las referidas razones decisorias deben entenderse como esa *enunciación de la argumentación con base en la cual el problema jurídico ha sido realmente resuelto, dado que conforman la opinión jurisdiccional que da propiamente respuesta a la controversia planteada por las partes y que son los argumentos jurídico-rationales conforme a los cuales deben fallarse los casos subsiguientes que resulten iguales o con similitudes sustanciales*.²⁸

De igual manera, como señala Carla Huerta Ochoa, las citadas razones decisorias del ADR 8287/2018 constituyen una transición parcial constitucional que, además, han hecho visible a casi una década que ya es tangible la *transformación del diseño institucional patriarcal* actual de la sociedad mexicana *hacia un diseño institucional pospatriarcal* que trata de erradicar, desde la prevención, la violencia contra las mujeres, dado que la decisión de la Corte en el ADR 8287/2018 determinó *la operación e interpretación de las instituciones al establecer el modo en que estas interactúan para producir un resultado específico* la pre-

²⁶ Tesis Aislada 1a. XLIV/2021 (10a.)

²⁷ Tesis Jurisprudencia 2a./J. 195/2016 (10a.)

²⁸ Tesis Aislada 2a. CXII/2016 (10a.)

vención de la violencia contra las mujeres a través de la erradicación de la reproducción de los estereotipos de género en la valoración y calificación de probanzas. Se trata de un *diseño institucional* que, por su objetivo, es *constructivo* porque, además, se orienta a la conformación de una nueva realidad o forma de interacción entre el gobierno y los gobernados. Adicionalmente, destaca porque es una creación intelectual instrumentalizada para cambiar la realidad a través de la regulación mediante la combinación de algunas instituciones según el diseño planeado, en el que los costos y beneficios de inclusión del nuevo diseño constitucional y los costes de su implementación han sido calculados.²⁹

A pesar de lo que acaba de señalarse, la SCJN se enfrenta al reto de accionar estas razones obligatorias, dado que, siendo plenamente consciente de que es el órgano encargado de garantizar que la comunicación jurídica (sentencias) no se pierda en el vacío social, al no existir tesis aislada alguna³⁰ que derive del contenido de las razones expuestas de la sentencia que resolvió el ADR8287/2018, la

²⁹ Huerta Ochoa, Carla, «An explanatory Model of Constitutional Transitions from a legal perspective», *Mexican Law Review, New Series*, México, 2022, Vol. XIV, N° 2, p. 19.

³⁰ Tesis Aislada que, no fue elaborada para su sometimiento a la consideración de la primera sala de la SCJN que resolvió el asunto de mérito, junto con la sentencia mencionada, como lo establecen los artículos 6, 7, 8 y 10 del Acuerdo General número 20/2013, del 25 de noviembre de 2013, del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los plenos de circuito y los tribunales colegiados de circuito; artículos que a la letra señalan:

Artículo 6. Los Secretarios de Estudio y Cuenta formularán conjuntamente con el proyecto de sentencia que se someterá a la consideración del Pleno o de las Salas, si el Ministro Ponente así lo considera conveniente, los proyectos de tesis que correspondan.

Artículo 7. El ministro ponente, al autorizar los proyectos de resolución, autorizará también los proyectos de tesis respectivos.

Artículo 8. Al presentarse a la Secretaría General de Acuerdos o a las Secretarías de Tesis de las Salas los proyectos de tesis que se propongan, deberá acompañarse un ejemplar con la firma del Ministro Ponente; las Secretarías vigilarán el debido cumplimiento de ello.

Corte debe contemplar esta omisión, para considerar si tomará alguna acción al respecto, conforme establece la normatividad interna emitida para ello. Y ello en razón de que, en el momento de haber formulado la argumentación jurídica que integró las razones decisorias de la sentencia del ADR 8287/2018, configuró al mismo tiempo la alternativa elegida, abierta al futuro, que, como producto de la observación de segundo orden —como argumentación jurídica—, ha visibilizado una nueva forma de ordenamiento emergente que puede denominarse «realidad»³¹ y que, como señala la propia Carla Huerta, dado que los tribunales tienen a su cargo la aplicación de las reglas para determinar cuáles son las instituciones que definen al modelo institucional, esto ya lo ha hecho la primera sala de la SCJN en el fallo ADR 8287/2018, a través del cual ha instrumentalizado la adaptación del nuevo modelo institucional pospatriarcal.³²

BIBLIOGRAFÍA

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, Volume 1, Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

Fix Fierro, Héctor Felipe, *El Poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

Gómora Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del Precedente Judicial*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

Artículo 10. Los secretarios de Tesis del Pleno y de las Salas deberán formular, en su caso, los proyectos de tesis que se les ordene o estimen convenientes. La Secretaría General de Acuerdos y las Secretarías de Acuerdos de las Salas de la Suprema Corte, deberán llevar el seguimiento puntual de los precedentes sustentados por el Pleno y por las Salas, con el objeto de que una vez integrada jurisprudencia por reiteración lo certifiquen y lo informen de inmediato al órgano emisor, el cual autorizará la publicación de la parte considerativa de la ejecutoria que integre aquella en el Semanario, sin menoscabo de realizar los trámites necesarios para la aprobación de la tesis respectiva.

³¹ Luhmann, *op. cit.*, nota 2, pp. 470-471.

³² Huerta, *op. cit.*, nota 30, p. 20.

Huerta Ochoa, Carla, «An explanatory Model of Constitutional Transitions from a legal perspective», *Mexican Law Review, New Series*, Mexico, 2022, Vol. XIV, N.º 2.

Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México: Herder, 2005.

Jurisprudencia, Tesis Aisladas y Acuerdos emitidos por el Pleno de la SCJN

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 8287/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 25 de noviembre de 2020.

Tesis 2a./J. 195/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, página 778.

Tesis 1a. XLIV/2021 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 6, octubre de 2021, Tomo II, página 1761.

Tesis 2a. CXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, página 1554.

Acuerdo General Número 1/2021 del 08 de abril de 2021, del Pleno de la SCJN, por el que se determina el inicio de la Undécima Época del Semanario Judicial de la Federación, y se establecen sus bases.

Acuerdo General Número 20/2013, del 25 de noviembre de 2013, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito.

TRANSITAR DEL SISTEMA DE TESIS AL PRECEDENTE OBLIGATORIO

TRANSITION FROM THE THESIS SYSTEM TO THE MANDATORY PRECEDENT

Teresa Paulina Díaz García*

RESUMEN: Desde 1994, las reformas constitucionales dirigidas a modificar la estructura y competencia de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial de la Federación, han buscado consolidar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un Tribunal Constitucional con diversos fines: dotarla de atribuciones jurisdiccionales avocadas al estudio del control de constitucionalidad, determinar la forma de selección y elección de las ministras y ministros que la integran, eliminar o delegar su competencia como tribunal de alzada o casación y, en la más reciente reforma, reconocer las determinaciones plasmadas en sus sentencias confiriéndoles el carácter de precedentes obligatorios. La transición a la cultura del precedente implica retos y oportunidades no solo para la Suprema Corte mexicana y los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación, sino también para todos los participantes de la impartición de justicia, ya sean las partes dentro de los procesos jurisdiccionales o los estudiosos de la actividad jurisdiccional.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional; jurisprudencia; precedente judicial; precedente obligatorio; reformas al poder judicial; control judicial.

* Licenciada y maestra en Derecho Constitucional por la UNAM. Estudios de especialidad en la EFFJ y en el SIDH. Actualmente realiza estudios de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global en la Universidad de Salamanca. Labora en la Dirección General de Gestión Judicial del Consejo de la Judicatura Federal.

ABSTRACT: Since 1994, the constitutional reforms aimed at modifying the structure and jurisdiction of the jurisdictional bodies that make up the Judicial Power of the Federation, have sought to consolidate the Supreme Court of Justice of the Nation as a Constitutional Court, either by equipping it with of jurisdictional powers devoted to the study of constitutionality review, the form of selection and election of the ministers that comprise it, eliminate or delegate its competence as a court of appeal or cassation and, in the most recent reform, grant recognition to determinations embodied in their sentences, giving it the character of precedent. The transition to the culture of precedent implies challenges and opportunities not only for the Mexican Supreme Court and the bodies that make up the Judicial Power of the Federation, but for all the participants in the administration of justice, whether as parties within the jurisdictional processes, or of those dedicated to the study of jurisdictional activity.

KEYWORDS: Constitutional Court; jurisprudence; judicial precedent; binding precedent; amendments to the judiciary; judicial review.

Fecha de recepción: 16 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2022.

El 7 de junio de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un conjunto de normas¹ derivadas de las reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, a su vez, proceden del Proyecto de reformas con y para el Poder Judicial de la Federación presentado en febrero de 2020.

Este proyecto incluía propuestas orientadas a fortalecer la actividad de los órganos jurisdiccionales. Una de ellas es el robustecimiento

¹ Se expidió la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación; se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional; de la Ley Federal de Defensoría Pública; de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Código Federal de Procedimientos Civiles.

to de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su labor como Tribunal Constitucional a través de la implementación de tres acciones.

La primera es la introducción de una rigurosa exigencia en la procedencia de los asuntos que conoce este Alto Tribunal con el fin de que sus resoluciones se focalicen en aquellas que tienen mayor relevancia e impacto social. Los ajustes en este sentido fueron realizados en las siguientes instituciones procesales:

- El *amparo directo en revisión*, que es un recurso de trámite y conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se delimitó su procedencia a partir de la calificación que realice el propio Alto Tribunal por razones de interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos contra aquellas sentencias que hayan resuelto la constitucionalidad de normas generales, o bien, realizado la interpretación directa de un precepto constitucional;
- *El recurso de reclamación*. Se eliminó su procedencia contra los acuerdos de trámite que desechen la interposición del amparo directo en revisión;
- *El recurso de inconformidad*.² Deja de tramitarse ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y su conocimiento pasa a ser facultad exclusiva de los Tribunales Colegiados de Circuito.

El segundo ajuste se dirigió a delimitar el ámbito de procedencia de la controversia constitucional y estableció que únicamente podrán hacerse valer violaciones de la Constitución y de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Además, para este tipo de asuntos se amplió el catálogo de promoventes legitimados, incluyendo a los órganos constitucionales autónomos de las entidades federativas.

² Este recurso es promovido en contra de las determinaciones que declaran el cumplimiento de la sentencia de amparo, su imposibilidad de cumplimiento, o bien, contra la determinación que declara infundada o improcedente la denuncia de repetición del acto reclamado o la denuncia de incumplimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Finalmente, la tercera medida para fortalecer las tareas de la Suprema Corte como Tribunal Constitucional fue la integración y difusión del sistema de jurisprudencia.³ Por un lado, se robusteció el sistema digital de la compilación, sistematización y difusión de los criterios obligatorios emitidos por los órganos jurisdiccionales⁴ del Poder Judicial de la Federación, dando continuidad a su publicación semanal y a la publicación mensual de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*.

Por lo que hace a la integración de criterios, se establecieron dos acciones: en primer lugar, la creación de los Plenos Regionales en sustitución de los Plenos de Circuito, que, entre otras atribuciones, conocerán y resolverán los asuntos concernientes a la integración de jurisprudencia, competencia delegada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y en segundo lugar, el establecimiento de una nueva etapa de desarrollo jurisprudencial de la Suprema Corte a través de la incorporación y el reconocimiento de la figura de la «jurisprudencia por precedentes obligatorios». Es esta última acción la que analizaremos con mayor detalle.

Si bien es cierto que no existe un concepto homologado del término «precedente», en el ámbito judicial este vocablo está universalmente referido a las decisiones jurisdiccionales relevantes emitidas por un órgano reconocido y facultado para ello, y que se traduce en una guía para otros órganos jurisdiccionales, en la mayoría de los casos de menor jerarquía. Es decir, son decisiones emitidas en la resolución de un juicio que sirven como modelo para la emisión de determinaciones futuras que, a su vez, puede ser entendido como

³ Dentro del sistema romano-germánico, también conocido como *Civil Law*, el término jurisprudencia hace referencia a la «ciencia del Derecho». Actualmente, en un sentido amplio, el término jurisprudencia se refiere al conjunto de sentencias dictadas por tribunales, principalmente las Altas Cortes, que establecen criterios vinculantes. En México, el término jurisprudencia no equivale a un conjunto de sentencias, sino al conjunto de decisiones jurídicas que motivaron el dictado de la sentencia (*ratio decidendi*).

⁴ Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; Plenos Regionales de Circuito (actualmente, los Plenos de Circuito aún se encuentran en funcionamiento) y los Tribunales Colegiados de Circuito.

el proceso o el medio a través del cual las y los juzgadores resuelven siguiendo las decisiones tomadas en casos previos.

La Real Academia de la Lengua Española señala que el precedente es la «aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta».

El sistema del precedente judicial tiene su origen, desarrollo y consolidación en los sistemas jurídicos anglosajones también conocidos como *Common Law*. Sus primeros registros se ubican a finales del siglo XVI, periodo en el que se retoman resoluciones emitidas por tribunales superiores como parte de las decisiones de órganos jurisdiccionales inferiores. Además, se realizaron las primeras publicaciones de estas resoluciones tanto en medios oficiales como no oficiales.⁵

En el Reino Unido, el precedente judicial se traduce en la adopción de los vocablos *ratio decidendi*, que se refiere a la *razón dada para la toma de la decisión*, y el *stare decisis*, que significa *atenerse a las cosas decididas* y denota que las consideraciones y los razonamientos planteados por las personas juzgadoras en la resolución de un caso, es decir, la *ratio decidendi*, es transformado en una regla o principio de carácter vinculante para que las demás personas juzgadoras se adhieran a dicha decisión en casos con hechos o conflictos similares.

Al resolver el caso *Randall vs. Sorrell*, la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que el *stare decisis*, es decir, el principio jurídico que ordena el respeto judicial a las decisiones previas de un tribunal, promueve la imparcialidad y la predictibilidad, además de fomentar la certeza y confianza en las decisiones judiciales.⁶

⁵ Véase Saavedra Herrera, Camilo Emiliano, «El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México», en C. Bernal Pulido *et al.* (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, p. 289.

⁶ Sánchez Gil, Rubén, «El precedente judicial en México. Fundamento constitucional y problemas básicos», *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, noviembre de 2020, p. 389. <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/15189/16146>>.

Para que esta determinación se considere una regla obligatoria, basta que el órgano jurisdiccional facultado para ello emita una sola decisión. En algunos casos, adicionalmente, se requiere que dicho criterio sea emitido en un asunto específico o bien con una votación mínima del órgano colegiado.

Esto es así porque en los sistemas del *Common Law* el Derecho se construye a partir el resultado de las sentencias emitidas por las juezas y jueces y no solo por lo dispuesto en las normas. Esta consideración se refleja en *Marbury vs. Madison* (1803), caso paradigmático de la Corte Suprema de Estados Unidos de América en el que el entonces presidente de la Corte, el juez John Marshall declaró que *el poder judicial tiene la competencia de definir el significado de lo que es el Derecho*.⁷

Ahora bien, si el sistema jurídico mexicano no forma parte del sistema del *Common Law*, ¿por qué transitar a la cultura del precedente?, ¿qué es lo que se establece en la reforma sobre este aspecto?

El Poder Judicial de la Federación era ajeno a la figura del precedente obligatorio.

En los primeros fallos que se consideran jurisprudencia fueron emitidos criterios que versaron sobre interpretaciones de la Constitución federal mexicana de 1857. Posteriormente, durante la vigencia de la Ley de Amparo de 1882, se estableció, de manera expresa, que la tarea jurisdiccional debía estar fundada en el texto constitucional, en el sentido dado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por la doctrina de autores. En aquel entonces, la jurisprudencia estaba integrada por los criterios y principios de interpretación de la Constitución federal que fueran reiterados en cinco sentencias dictadas en juicios de amparo.

Además, esta legislación ordenaba la publicación de las sentencias de los jueces de Distrito y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el periódico oficial del Poder Judicial. Dicha disposición

⁷ Véase Baker, Robert S., *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*, Santiago Chile: Ed. Olejnik, 2018., p. 39.

determinó la obligatoriedad de la jurisprudencia por reiteración e incluso su inobservancia era sancionada:

Artículo 70. La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución o contra su interpretación, fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida de empleo, y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente; y si solo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará en suspenso de sus funciones por un año.

Más tarde, cuando se instituyeron y comenzaron a funcionar los Tribunales Colegiados de Circuito, se estableció la figura de la fijación de jurisprudencia obligatoria por unificación de criterios, figura que ahora conocemos como las contradicciones de tesis.

Posteriormente, la Ley de Amparo expedida en 1936, previó la obligatoriedad de la jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea funcionando en Pleno o Salas. La integración de la jurisprudencia se realizaba a partir de la reiteración de criterios (cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario) con votación mínima (mayoría calificada, 8 votos tratándose de sentencias emitidas por el Pleno y 4 votos en sentencias emitidas en las Salas). También podrían constituir jurisprudencia aquellas resoluciones emitidas en contradicciones de tesis y a través del mecanismo de modificación de jurisprudencia.

Tras la gran reforma constitucional y legal al Poder Judicial de la Federación de 1994, que dio inicio a la Novena Época Judicial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se convirtió en un actor principal en la conducción gubernamental, en el respeto al Estado de Derecho y en la protección de los derechos humanos.

Fue entonces cuando se otorgaron y fortalecieron atribuciones de este Alto Tribunal como Tribunal Constitucional a través del establecimiento de los medios de control de constitucionalidad: las *acciones de inconstitucionalidad* y las *controversias constitucionales*.

Más adelante, en 2011, se estableció la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, cuyos ejes principales fueron los siguientes: la implementación de las modificaciones constitucionales en materia

del juicio de amparo, el avance en la justiciabilidad de los derechos humanos, así como la adopción obligatoria del control de convencionalidad y el impulso al diálogo jurisprudencial para las decisiones tomadas por los órganos jurisdiccionales.

Durante esta Época judicial, se consideró como precedente obligatorio la jurisprudencia interamericana, es decir, la exigencia que todos los órganos jurisdiccionales realizarán control de convencionalidad y que, por tanto, adoptaran en sus resoluciones las razones expresadas en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con independencia de si el Estado mexicano había sido parte del caso resuelto. Este criterio fue determinado en resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011 emitida por Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tanto en la Novena como en la Décima Época, la fijación de criterios obligatorios se llevó a cabo a través del modelo de reiteración,⁸ que exige, para considerar un criterio como vinculante u obligatorio, la necesidad de que esta sea adoptado en posteriores sentencias en un número de ocasiones previamente establecido y de manera ininterrumpida, excepción hecha de las resoluciones dictadas en las *acciones de inconstitucionalidad* y las *controversias constitucionales*, supuestos en que era suficiente que fueran emitidas por mayoría calificada del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ser consideradas obligatorias y de aplicación general.⁹ Con estos medios de control de constitucionalidad se dieron los primeros pasos conducentes al reconocimiento de precedente obligatorio.

El 8 de abril del 2021, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió el Acuerdo General 1/2021, que declaró que

⁸ En el modelo de jurisprudencia por reiteración, para que un criterio jurisprudencial alcance fuerza vinculante es necesario que sea adoptado en posteriores sentencias a la que dio origen al criterio, en un número de ocasiones previamente establecido y de manera ininterrumpida.

⁹ En caso de que la resolución no alcance la mayoría calificada (8 votos), se considera que el criterio establecido cumple con la figura del precedente persuasivo o precedente no obligatorio. Situación similar ocurre en el caso de las tesis aisladas.

el 1° de mayo de esa anualidad se iniciaba la Undécima Época del Semanario Judicial de la Federación. Este cambio de Época judicial parte de la consideración que las reformas constitucionales y legales de 2021 modifican de forma relevante la estructura y competencia de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial Federal.

Como hemos señalado, en esta Undécima Época del Semanario Judicial ha tenido lugar la transición de los criterios jurisprudenciales que conocemos (y nombramos) como «tesis»¹⁰ —extractos contruidos de manera abstracta a partir del análisis realizado por las personas juzgadoras en órganos colegiados¹¹ para llegar a la determinación final (resolución) del estudio o disputa sometida a su consideración— al sistema del precedente.

Es importante señalar que esta transformación no comporta el abandono de la generación de tesis ni del sistema de jurisprudencia por reiteración, ya que, de acuerdo con el artículo 224 de la Ley de Amparo vigente, esta figura persiste para los criterios que generen los Tribunales Colegiados de Circuito cuando sustenten por unanimidad, un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario.

¹⁰ El Transitorio Décimo Primero del Decreto por el que se expide, entre otras, la (Nueva) Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, del 7 de junio del 2021, dispuso: «Las tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se hubieran emitido con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema de precedentes obligatorios, mantendrán ese carácter. Únicamente las sentencias que se emitan con posterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto podrán constituir jurisprudencia por precedente».

¹¹ De acuerdo con el artículo 216 de la Ley de Amparo, los órganos jurisdiccionales facultados para la emisión de criterios jurisprudenciales son los Tribunales Colegiados de Circuito, los Plenos Regionales* y las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

* El Decreto del 7 de junio de 2021, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas legislaciones relacionadas con la organización y competencia del Poder Judicial de la Federación establece, en su Transitorio Primero, fracción II, un plazo no mayor a 18 meses para el inicio de operación de los Plenos Regionales en sustitución de los Plenos de Circuito.

* Actualmente, continúan en operación los Plenos de Circuito.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 225 de la legislación antes mencionada, continúa la generación de criterios a partir del modelo *jurisprudencia por contradicción*,¹² en el que se analizarán criterios discordantes para que el Pleno de la Corte, sus Salas o bien los Plenos Regionales, según corresponda, determinen el criterio que debe prevalecer.

Como se ha observado previamente, lo novedoso de esta reforma es la fijación de *jurisprudencia por precedentes obligatorios*. Así, el artículo 222 de la Ley de Amparo dispone:

Artículo 222. Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias que dicte el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas (...)

De la lectura del precepto se desprende que será la *ratio decidendi*, es decir, el razonamiento que da origen a la determinación tomada, lo que se adoptará como el *stare decisis* o precedente obligatorio, siempre y cuando la determinación sea tomada por la mayoría de ocho votos de las ministras y ministros que integran el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o bien por mayoría de cuatro votos cuando el asunto sea resuelto por alguna de las Salas de este Alto Tribunal.

Tanto el artículo 222 como el 223¹³ de la Ley de Amparo señalan, en su parte final, que *las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias*. El sistema del *Common Law*, este tipo de considerandos se denominan «*obiter dic-*

¹² Previamente, este modelo se conocía como *contradicción de tesis*. Ahora, la Ley de Amparo establece las *contradicciones de criterios*.

¹³ Artículo 223. Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias que dicten las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas cuando sean tomadas por mayoría de cuatro votos. Las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias.

ta», expresión que, en términos aproximativos, puede ser traducida como aquellas decisiones marginales necesarias para la emisión de la resolución.¹⁴ Es decir, el precedente obligatorio no requiere que el cuerpo total de la sentencia sea obligatorio y que, por tanto, deba ser adoptado en las sentencias subsecuentes.

Es importante señalar que los preceptos reformados estipulan que la adopción del sistema de precedentes se proyectará verticalmente, es decir, que será vinculante para todos los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación de menor jerarquía, para aquellos órganos jurisdiccionales ubicados fuera de este, como el Tribunal de Justicia Administrativa y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, y para todas las autoridades jurisdiccionales de las entidades federativas.

Una vez entendidos el concepto de precedente obligatorio y el modo a través del que se instrumenta, debemos analizar qué factores llevaron a adoptar este sistema de jurisprudencia obligatoria y por qué constituye un paso relevante en la consolidación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un Tribunal Constitucional.

El sistema de precedentes obligatorios garantiza que cada determinación de la Corte Suprema mexicana esté revestida de un impacto inmediato y real en la vida de las personas, en la que el Derecho se construye sentencia a sentencia a partir de los casos concretos que son de su estudio y de las realidades a la luz de las cuales se interpretan las normas, sin necesidad de que lo dictado deba ser reiterado en ocasiones subsecuentes para atribuirle carácter vinculante.

Aunque desde hace algunos años ha permeado la idea de que parte de la labor de la Suprema Corte es la interpretación del marco jurídico aplicable en nuestro país —y que, por tanto, dicha interpretación es parte del Derecho que nos rige—, a partir de ahora la legislación otorga peso específico a sus resoluciones y, en pocas palabras,

¹⁴ Baker, Robert S., *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*, Santiago Chile: Ed. Olejnik, 2018, p. 21.

reconocemos que el Alto Tribunal también da, dice y define lo que es Derecho.

La principal característica de un sistema jurisprudencial por precedentes obligatorios es la *predictibilidad*, rasgo que, se considera, abona en el cumplimiento de los principios de igualdad, coherencia y seguridad jurídica, de modo que, ante un precedente obligatorio, las personas justiciables podrán saber qué pueden esperar en la resolución de su conflicto.

Sin duda, uno de los mayores e inminentes beneficios de este sistema es que las personas podrán obtener una resolución de calidad y cualidad de la Corte Suprema o la Corte Constitucional en tribunales de primera instancia —la «justicia cotidiana»— lo que a su vez se traduce en una justicia efectiva, pronta y expedita.

En este sistema, también se refuerza el proceso de *declaratoria general de inconstitucionalidad*. Recordemos que, antes de la reforma del 2021, era necesaria la emisión de dos resoluciones que determinaran la inconstitucionalidad de una norma general para hacerlo del conocimiento a la autoridad emisora y de cinco resoluciones para poder iniciar el proceso de *declaratoria general de inconstitucionalidad*.

Tras las modificaciones normativas, basta que, en un juicio de amparo indirecto en revisión, se emita jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una norma para que se dé inicio al proceso de declaratoria.

Ahora bien, para que el nuevo sistema de precedentes cumpla su objetivo, será necesario que tanto la Suprema Corte como el resto los órganos jurisdiccionales transiten a un cambio sustantivo en la manera que formulan sus resoluciones.

Adicionalmente, es necesario promover la participación de la ciudadanía en las decisiones del Alto Tribunal para que estas puedan reflejar justamente el sentir de la sociedad. Sin lugar a dudas, la figura de *amicus curie* adquiere una relevancia invaluable en el proceso de consolidación de la figura del precedente obligatorio, ya que, si bien la última decisión estará fundada en el razonamiento que realicen los integrantes del órgano jurisdiccional, todas las contribuciones y

aportaciones procedentes de la sociedad civil mejorarán el resultado, sobre todo en aquellos temas que impactan en el goce de nuestras libertades y la garantía de los derechos humanos.

Cabe enfatizar que las personas integrantes de los órganos jurisdiccionales no están necesariamente obligadas a incorporar en sus decisiones los argumentos presentados por integrantes de la sociedad civil. Sin embargo, en los últimos años nuestro Alto Tribunal ha fomentado su participación en determinadas decisiones estratégicas para la construcción de políticas judiciales.

Sentencias sobre el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y de las familias homoparentales, la protección del medio ambiente y el derecho a la consulta de pueblos y comunidades indígenas, la despenalización del aborto, el reconocimiento de la responsabilidad de las autoridades educativas frente a casos de abuso escolar *bullying*, el análisis de la figura de prisión preventiva oficiosa e incluso la resolución sobre la regulación del consumo de la marihuana y derivados de cannabis son solo algunos ejemplos que evidencian la relevancia de la participación de la sociedad civil para la toma de determinaciones en casos emblemáticos resueltos por la Suprema Corte.

Estas modificaciones no lograrían su objetivo si no estuvieran acompañadas de medidas que, a corto y mediano plazo, reflejen resultados en la forma de entender el Derecho y, por tanto, de administrar e impartir justicia. Algunas fueron incluso parte de las reformas constitucionales y legales del 2021, entre ellas:

- La implementación de políticas para reducir y, a largo plazo, erradicar la subrepresentación de mujeres en los puestos mayor jerarquía de la carrera judicial;
- La profesionalización, obligatoria y permanente, de todas las personas servidoras públicas que integran los órganos jurisdiccionales;
- El impuso de la tecnología aplicada a la impartición de la justicia.

¿Cómo cambiar la cultura de la tesis y transitar al reconocimiento y consolidación del precedente obligatorio?

Durante mucho tiempo, a las personas que nos dedicamos al estudio del Derecho se nos dijo que para conocer y entender las «leyes», es decir, el marco normativo aplicable, era necesario conocer las tesis emitidas por los órganos jurisdiccionales competentes.

Por ello, muchos de nosotros considerábamos que, para profundizar sobre un tópico específico —el debido proceso, la prueba testimonial, la defensa adecuada, el derecho de petición, entre otros—, era necesario realizar una consulta en el *Semanario Judicial de la Federación*, o bien, como se conocía entonces, el *IUS*.

Sin embargo, más que abonar al entendimiento o ampliación del conocimiento, en ocasiones la consulta provocaba la caída en confusiones producidas por diversas circunstancias, principalmente la existencia de un número interminable de tesis —lo que muchas veces provocaba que en algunos casos presentaran contradicciones— o la redacción confusa de la propia tesis.

Uno de los logros originados a partir del inicio la Décima Época fue la sensibilización de la persona juzgadora en la redacción de su resolución y, en consecuencia, de la tesis que derivaba de ella. Sin embargo, para las personas que buscaban conocer un tópico específico, los criterios publicados y plasmados en tesis durante la Novena época y anteriores representaban un reto debido a su no infrecuente dificultad de comprensión. Por ello, en aquellos supuestos en que el texto resultaba incomprensible, se optaba (de manera correcta) por realizar la consulta directamente en la fuente originaria, es decir, en la sentencia.

Desde 2011, hemos podido observar que el Poder Judicial de la Federación promueve e implementa un desarrollo jurisprudencial garantista y focalizado en las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad. Incluso es común, en estos días, poder consultar sentencias emitidas en un lenguaje accesible.

Ahora bien, esta particular circunstancia debe atenderse con el mayor cuidado, ya que las personas juzgadas, bajo una perspectiva

de derechos humanos, están obligadas a hacer uso del lenguaje ciudadano, incluyente y particularizado al emitir una determinación, es decir, dirigir su resolución a las personas partes del asunto, así al resto de la ciudadanía.

Como se ha señalado anteriormente, la Suprema Corte legitima su actuar a través de sus resoluciones y no cabe ninguna duda de que sus ministras y ministros asumirán esta responsabilidad adicional, de tal manera que cada proyecto que presenten contará con los argumentos que puedan ser retomados las veces necesarias por los tribunales de menor jerarquía.

¿Qué esperar con este nuevo sistema del precedente?

En los sistemas jurídicos que cuentan con la institución jurídica del precedente, se entiende que su función no es regular la actuación judicial, sino servir como parámetro para asegurar la calidad de las resoluciones.

La figura del precedente fortalece y abona a un trámite con mayor celeridad, certeza y eficiencia, características que se traducen en el hecho de que los órganos jurisdiccionales puedan realizar un mejor y mayor estudio del caso concreto, así como profundizar en sus específicas particularidades. Además, las personas partes de los juicios deberán justamente demandar este análisis riguroso.

En la esfera de la transparencia, donde los órganos jurisdiccionales son también autoridades estatales obligadas, es justo que la construcción de precedentes enriquezca y fortalezca la rendición de cuentas.

Asimismo, y como ha sucedido en los últimos años, las resoluciones que fijen precedente obligatorio podrán ser adoptadas —o servir de parámetro— para el diseño de políticas públicas.

Es importante señalar que el uso de precedente no persigue un *Derecho* inamovible y una impartición de justicia estática en la que un órgano jurisdiccional, en este caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, delimite y adopte la única decisión, mientras que el resto de los órganos jurisdiccionales se limiten a reproducir sus resolu-

ciones sin llevar a cabo un análisis y una ponderación propia. Por el contrario, es preciso lograr un justo equilibrio entre la estabilidad, la pluralidad y la evolución en el precedente para que fortalezca las decisiones sucesivas.

Además, la propia Suprema Corte de México ha revalorado en diversas ocasiones cuestiones que previamente ella misma había resuelto y, bajo la óptica de nuevas consideraciones y nuevos paradigmas, ha dictado una resolución opuesta o contraria a la antes emitida.

La propia Ley de Amparo, bajo la figura de *interrupción de jurisprudencia*, sin hacer distinción de su origen (precedente, reiteración o contradicción), señala incluso que los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de separarse de sus propias decisiones, siempre y cuando justifiquen con argumentos suficientes el cambio de su criterio. En este supuesto, la jurisprudencia dejará de tener carácter obligatorio. En el sistema del *Common Law*, esta figura se denomina *overruling*.¹⁵

Definitivamente, la transición al sistema de precedentes es un avance importante en el reconocimiento de la labor que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el ámbito de la impartición de justicia y la protección de los derechos humanos.

Un aspecto poco explorado y, por tanto, con muchas áreas de oportunidad para su estudio, es la manera en que las personas justiciables han recibido y aprovechado el sistema de precedentes: si bien es cierto que la Undécima Época tiene poco más de un año de vida, es necesario realizar un seguimiento del interés y la estrategia para obtener los resultados esperados.

Para finalizar, me parece importante subrayar que otro factor a considerar para el éxito de este nuevo modelo será la justa y oportuna divulgación —interna y externa— de la jurisprudencia establecida mediante precedente. Recordemos que, si bien la obligación de adoptar el criterio por precedente se impone a los órganos jurisdiccionales, es necesario que las personas justiciables jueguen un papel activo en las peticiones y alegatos manifestados.

¹⁵ Revocación del precedente vinculante por órgano u autoridad competente.

Por ello, resulta pertinente la articulación de diversos canales para que los precedentes fijados sean oportunamente difundidos a través del uso de medios electrónicos que permitan una consulta accesible, intuitiva y al alcance de todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- Baker, Robert S., *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*, Santiago Chile: Ed. Olejnik, 2018.
- Saavedra Herrera, Camilo Emiliano, «El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México», en C. Bernal Pulido et al. (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.
- Sánchez Gil, Rubén, «El precedente judicial en México. Fundamento constitucional y problemas básicos», *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, noviembre de 2020. <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/15189/16146>>.

Legislación

- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
- Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación.
- Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional.
- Ley Federal de Defensoría Pública
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Decreto por el que se expide, entre otras, la (Nueva) Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, del 7 de junio del 2021.

- El Decreto del 7 de junio de 2021, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas legislaciones relacionadas con la organización y competencia del Poder Judicial de la Federación establece, en su Transitorio Primero, fracción II, un plazo no mayor a 18 meses para el inicio de operación de los Plenos Regionales en sustitución de los Plenos de Circuito.
- Decreto por el que se expide, entre otras, la (Nueva) Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, del 7 de junio del 2021.

EL PRECEDENTE JUDICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS, ¿EXISTEN CASOS IDÉNTICOS?

THE JUDICIAL PRECEDENT FROM THE PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS, ARE THERE IDENTICAL CASES?

Fabiola Martínez Ramírez*

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo general evaluar la naturaleza jurídica del precedente en el contexto de la reforma judicial de 2021, y evidenciar la importancia de su incorporación en el sistema de justicia mexicano, con un enfoque en derechos humanos y teniendo en cuenta la tradición jurídica del sistema vigente de integración de jurisprudencia. El tema permite discutir sobre la mutabilidad del Derecho, la diversidad en la interpretación y la actuación de la judicatura, e incluso sobre la propia estructura y los efectos de la sentencia constitucional.

PALABRAS CLAVE: Precedente judicial; derechos humanos; reforma judicial de 2021; interpretación constitucional.

ABSTRACT: The general objective of this work is to evaluate the legal nature of the precedent in the context of the 2021 judicial reform, and to demonstrate the importance of its incorporation into the Mexican justice system, with a focus on human rights and consider-

* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, especialista en Derecho Constitucional, maestra en Derecho y doctora en Derecho por el Posgrado de la UNAM. Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores. Profesora de tiempo completo y directora asociada del Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México.

ing legal tradition of the current system of integration of jurisprudence. The theme allows discussion of the mutability of law, diversity in the interpretation and action of the judiciary, including the very structure and effects of the constitutional ruling.

KEYWORDS: Court precedent; human rights; judicial reform of 2021; constitutional interpretation.

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2022.

SUMARIO: I. EXORDIO. II. EL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA. III. LOS RIESGOS DEL PRECEDENTE EN EL SISTEMA DE JUSTICIA MEXICANO. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. EXORDIO

El presente trabajo tiene como objetivo general evaluar desde un punto de vista crítico la naturaleza jurídica del precedente en el contexto de la reforma judicial de 2021, y evidenciar la importancia que tiene su incorporación al sistema de justicia mexicano con un enfoque en derechos humanos y teniendo en cuenta la tradición jurídica del sistema vigente de integración de jurisprudencia.

En este sentido, el análisis de la función que ejercen las y los jueces — que resulta determinante a la hora de definir los contenidos esenciales de los derechos fundamentales a través de la interpretación y decisión en casos que se consideran relevantes y que aportan un giro interpretativo ante la pétrea legislación— muestra que su intervención provoca una modificación del contenido de la ley, de modo que las y los funcionarios jurisdiccionales participan en la jurisprudencia creativa. También lo es porque dota de sentido a las disposiciones jurídicas atribuyéndoles un significado. Así, el tema permite discutir sobre la mutabilidad del Derecho, la diversidad en la interpretación —especialmente, en la jurisdicción constitucional—, la actuación de la judicatura e incluso la propia estructura y efectos de la sentencia constitucional.

He abordado el presente planteamiento en investigaciones previas sobre la temática que aquí es objeto de análisis —centrándome

en la interpretación de derechos humanos—, estudios que tratan de sumarse a las diversas reflexiones actuales en torno a la «interpretación judicial» y al carácter vinculante del precedente.¹

Recordemos que en marzo de 2021 se publicó la reforma del Poder Judicial de la Federación, en virtud de la cual fueron modificados y adicionados los dispositivos, 94, 97, 99, 100, 105 y 107 de la carta magna. La reforma promovió transformaciones estructurales relevantes en el funcionamiento del sistema judicial, e instituyó la transición del sistema tradicional de tesis a un sistema de precedentes en el juicio de amparo cuyo núcleo central es la idea de que la fuerza argumentativa de un solo fallo por mayoría calificada es suficiente para dotar de obligatoriedad y seguridad jurídica a la interpretación desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²

En el tema que nos ocupa, es pertinente puntualizar que se adicionó un párrafo décimo segundo al artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de que: «Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas», atendiendo con ello a las razones que justifican una resolución.

La modificación normativa a la que se refiere este artículo es de gran calado, dado que prevé las eficacia a futuro de las sentencias y

¹ Martínez Ramírez, Fabiola, «Diálogo Jurisprudencial y Control de Convencionalidad», en F. Martínez Ramírez y J.M. Romero Martínez, *Pluralismo constitucional y su influencia en los derechos humanos. A cien años de la Constitución mexicana*, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. Martínez Ramírez, Fabiola, «El control de convencionalidad en México: desafíos», en E. Ferrer Mac-Gregor, J.L. Caballero Ochoa y G. Figueroa Mejía, *La Constitución convencionalizada a 40 años de la vigencia del Pacto de San José*, México: Tirant Lo Blanch, 2021.

² Gómez Marinero, Carlos Martín, «La reforma judicial de 11 de marzo de 2021», *Revistas Jurídicas*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas 2021. <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15764/16657>>. [Consulta: 10/09/2022.]

consolida los criterios establecidos en determinadas decisiones judiciales, que deberán seguirse de forma uniforme por otros órganos jurisdiccionales a manera de *regla* a fin de garantizar la congruencia, la fuerza misma del precedente y la seguridad jurídica.

II. EL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Un tema fundamental —alojado en la propia sentencia vinculante— que amerita ser discutido a la luz del espíritu del precedente es el acceso a la justicia, sobre todo si tenemos en cuenta el alcance de una resolución de gran trascendencia que establece un criterio vinculante sin necesidad de reiteración y que permite orientar las resoluciones de los órganos jurisdiccionales inferiores, sistema que tiene bondades, pero también incertidumbres. A primera vista, muchas de las instituciones que se incorporan al Derecho constitucional mexicano presentan amplias ventajas, entre ellas la uniformidad de criterios, la armonización en el sistema de interpretación, la igualdad y la certeza jurídicas para las y los justiciables y la erradicación de formalismos excesivos y nocivos para el acceso a la justicia. Sin duda alguna, desde este enfoque el precedente amplía el acceso a la justicia garantizando que el criterio innovador y garantista se aplique a todos los demás asuntos y, por ende, la proyección de la razón jurídica tenga mayores alcances.

Por lo que respecta a las incertidumbres y los claroscuros, se han cuestionado las herramientas con las que cuentan las y los jueces en la interpretación, la misma legitimidad y el propio concepto de autoridad en el precedente, el uso correcto del mismo tendiente a generar una correcta y completa doctrina jurisprudencial, e incluso los propios efectos en el tiempo que tiene el precedente y, en su caso, la creación de nuevos precedentes y su autoridad.³ Las consideraciones

³ Se recomienda, Gascón Abellán, Marina, «Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo», en *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México: Suprema Corte, Centro de Estudios Constitucionales, 2018, pp.211-241.

críticas ponen incluso en tela de juicio la integración de los tribunales y los procesos de selección y designación de sus miembros.

La reforma que ahora comento contiene aportaciones muy beneficiosas, dado que fortalece la autoridad de la práctica judicial. Sin embargo, también nos obliga a realizar un análisis más consciente y técnico de la naturaleza misma de una sentencia constitucional que permea a la propia función judicial y que obliga crear nuevas asignaturas para formar a los estudiosos del Derecho.

La idea subyacente a esta transformación es que el sistema de reiteración sigue vigente en el sistema constitucional mexicano, es decir, no desaparece, dado que conviven el sistema de tesis de conocimiento —en los Tribunales Colegiados de Circuito— y el sistema de precedentes —en la Suprema Corte de Justicia de la Nación—. Esta articulación contribuye a fortalecer el papel de tribunal constitucional que se propuso atribuir a la Corte desde la reforma judicial de 1994 y que, sin duda alguna, se ha conseguido en esta etapa.⁴

Adicionalmente, un tribunal constitucional delinea los contenidos esenciales del Derecho, especialmente de los derechos fundamentales, por lo que no debemos olvidar que analiza también normas constitucionales que constituyen límites y vínculos al poder político y actúan como un freno al autoritarismo y al desbordamiento del poder, además de revisar y aun anular normas, función que recuerda la clásica visión de Hans Kelsen sobre del legislador negativo a la que hoy se suma la creación jurisprudencial; es decir, el juez vigila que las normas generales aplicables en un sistema jurídico sean compatibles con la Constitución —una norma con importantes cambios— pero también crea Derecho. Más aún, los jueces internacionales crean Derecho aplicable al sistema interno. Esta razón no es superficial ni menor, pues ahora la creación normativa también debe tomar en consideración la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos como parte del contenido que confiere validez a las

⁴ Véase Carpizo, Jorge, «Reformas Constitucionales al Poder Judicial Federal y a la Jurisdicción Constitucional del 31 de diciembre de 1994», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 83, enero, 1995, pp. 807-842.

normas del sistema y, desde luego, las propias obligaciones asumidas para garantizar los derechos.

Del mismo modo, la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos y de órganos o instancias que conocen de asuntos que son sometidos a su jurisdicción, permite el diálogo abierto y la creación de modelos comunes, una práctica que propicia la *interacción* o *cruce de ideas* entre diversos tribunales y que dejando atrás la idea de que el legislador ostenta el monopolio del diseño de las disposiciones normativas y su contenido, mientras que el juez limita su función a la aplicación de las normas jurídicas y con ello concluye su función.

A mayor abundamiento, en un sistema constitucional y democrático el juez favorece a través de su función la erradicación de prácticas autoritarias, interviene en el diseño normativo que genuinamente posee el legislador, y dicta sentencias revestidas de legitimidad que permiten resolver contenidos de gran actualidad, lo que robustece la vigencia del Derecho.

Esta dinámica propicia que el conocimiento de los casos dé lugar a sentidos y significaciones «comunes» que son o deben ser aplicables a todos los casos con características similares, es decir, a lo que tradicionalmente conocemos como jurisprudencia, que constituye una fuente del Derecho. Si bien no hay casos idénticos, la jurisprudencia integradora tiene como objetivo principal dotar de progresividad a las normas jurídicas asociadas al reconocimiento de los derechos humanos y su evolución, así como dar cuenta de los cambios sociales, culturales, y tecnocientíficos y de la constante adquisición de conocimiento allá donde tiene cabida el Derecho.

Coincidimos, en este sentido, con Cárcova, cuando señala que «los cambios parciales en el Derecho solo son posibles conforme a la fijación de un sistema jerárquico de fuentes que funcionen como fundamento de validez de los mismos, haciéndolos compatibles con las normas superiores, por lo que la distinción entre un Derecho natural, fijo y cristalizado, y un Derecho positivo, histórico y mutable, tuvo el mérito de permitir la introducción de los cambios de este último».⁵

⁵ Cárcova, Carlos María, *La Opacidad del derecho*, Madrid: Trotta, 1998, p. 34.

Consecuentemente, el tiempo ha marcado la evolución del Derecho y, con ella, la necesidad de integrar nuevas formas y entendimientos a su contenido para racionalizar y comprender la realidad social. Este orden invita a reflexionar sobre la ruta o itinerario de los derechos humanos desde el concepto de la interpretación, que puede ser optimista o devastador, dado que en gran medida depende del sujeto que interpreta, de la integración de un tribunal, y de las herramientas utilizadas para tal finalidad.

También es necesario considerar que, en la actualidad, la superposición de normativas sobre derechos fundamentales y sus medios de protección conduce a la multidimensionalidad de su tutela, que no se limita al ámbito doméstico, sino a un mapa trazado por el Derecho en la era de globalización que consta de culturas, prácticas, lenguajes y metodologías diversas. Teóricamente, un mismo sujeto puede gozar de diversos marcos de protección normativa traducibles en diferentes niveles de tutela. Se revela, pues, necesario coordinar la forma de activar tales instrumentos y la conexión entre las diferentes jurisdicciones.⁶

Cabe señalar que los vínculos estructurales de los diversos órganos internos e internacionales —*que interpretan*— actúan bajo principios que dan origen a un orden jurídico integrado, apoyado en reglas y organizaciones verticales y horizontales que, a mi juicio, propician una doctrina de interés desde la cual se puede asumir el conocimiento de hechos y realidades planteadas en el contexto internacional que influyen en el Derecho interno, pues no solo representan circunstancias favorables para las libertades humanas; adicionalmente, generan complejas formas de interacción en su aplicación. Hay, pues, dos caras de la moneda: o bien una visión fragmentada provocada por la existencia de múltiples intérpretes y formas de interpretación, o

⁶ Véase, Vergottini, Giuseppe, «El diálogo entre tribunales», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos, entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México: Tirant Lo Blanch-UNAM, 2013, p. 483.

bien una visión armonizadora para la lectura e interpretación de los derechos humanos a nivel continental común.⁷

Por ello, la interpretación puede y debe entenderse como actividad y como producto de dicha actividad —preferentemente, a cargo de las y los jueces— que no solo dota de sentido a la disposición normativa, sino que asigna nuevas significaciones incluso contrarias a la potestad del legislador, que en los sistemas constitucionales constituyen una genuina obligación a cargo de los jueces con amplia tradición, desde la denominada *judicial review of legislation*.⁸

Como senaló Rudolf von Jhering,⁹ el término interpretación hace referencia también a la construcción jurídica. En este conjunto de referencias pueden mencionarse los poderes relevantes del juez en un sistema constitucional, que en virtud de sus funciones constitucionales permiten crear Derecho donde no lo hay o incluso controvertir el Derecho ya creado por el legislador cuando no satisface los *estándares* mínimos; poderes derivados de sus deberes de tutela de los derechos fundamentales.

De igual forma, *la interpretación* es una actividad que se refuerza y define a partir de herramientas que determinan su resultado, sobre todo si su objeto son los derechos fundamentales, cuyo contenido y contexto está anclado en las fuentes no solo internas, sino también internacionales, es decir, a las herramientas que constituyen obligaciones definen el rumbo de su integración; por ejemplo: la incorporación de la interpretación conforme, la aplicación perma-

⁷ Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, Textos Básicos para su comprensión*, México: Instituto de Estudios Constitucionales de Estado de Querétaro, Max Planck Institute, 2017.

⁸ Se recomienda, Fernández Segado, Francisco, «Un precedente remoto de la Judicial Review: El control judicial de la legislación de las colonias americanas», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N.º 19, 2015, pp. 129-167. <file:///C:/Users/L03517459/Downloads/Dialnet-UnPrecedenteRemotoDe-LaJudicialReview-5273634.pdf>. [Consulta: 05/09/2022.]

⁹ Véase, Guastini, Riccardo, «Interpretación y construcción jurídica», *Isonomía*, N.º 43, 2015. <https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182015000200002>. [Consulta: 20/09/2022.]

nente del principio pro persona, el cumplimiento de las obligaciones generales y los deberes específicos, entre ellas el análisis del contexto e incluso herramientas no necesariamente ligadas a un componente jurídico y vinculadas a otras disciplinas —la sociología o la filosofía— desde las que actualmente se analiza el concepto del acceso a la justicia.

Por otra parte, la posibilidad de que el juez disponga en la actualidad de los instrumentos sustantivos y adjetivos necesarios para llevar a cabo la interpretación de la norma fundamental de una forma dinámica y progresiva, que propicie la *evolutividad* de los derechos humanos para definir y conceptualizar su contenido y, en virtud de ello, determinar sus alcances representa un acierto.

Al evocar este planteamiento, se reafirma la necesidad de tener presentes los principios generales imprescindibles en la labor jurisdiccional, mismos que permiten el ejercicio de sus atribuciones de una manera independiente y autónoma con el propósito evitar abusos y formas incorrectas de aplicación del Derecho que, lejos de ampliarlos, los anulen con base en concepciones personales o estereotipos contruados a partir de su experiencia.¹⁰

El fenómeno de la interpretación en el Derecho es una consecuencia ordinaria de la naturaleza que poseen las disposiciones normativas. Por tanto, su análisis a la luz del paradigma de los derechos humanos es indispensable, en la medida en que requieren la asignación de valores y de significados que el intérprete debe atribuirles en el ejercicio de su rol de «intérprete cualificado». En particular, el caso de las normas referidas derechos humanos constituye una materia novedosa a la luz de la apertura del Derecho y las nuevas formas de interacción desde el pluralismo jurídico, materializado especialmente en la constitución, norma que prevé la convergencia de diversos sistemas y que da validez al resto de las normas del ordenamiento jurídico.

¹⁰ Corte IDH, Sentencia de 23 de agosto de 2013, caso, *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) vs. Ecuador*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Serie C, Número 266, párrafo 12.

Como he señalado e otros trabajos, estos estándares interpretativos, que involucran no solo a los instrumentos internacionales de los que el Estado sea parte, sino también a su interpretación, han coadyuvado a precisar el contenido de los derechos y, sobre todo, a identificar las obligaciones de los Estados y su autoridad en la materia, definiendo *incluso* las modalidades del acceso y disfrute de los mismos. En algunos casos, han rebasado resistencias y han reconocido la posibilidad de acceso a la justicia en materia de derechos humanos ante tribunales nacionales o internacionales, reforzando su efectividad.¹¹

En coherencia con esta idea y con la finalidad de analizar el objeto de estudio del presente documento, Sánchez Gil, define el precedente como un «criterio jurídico empleado en una resolución judicial que sirve de base para resolver en casos futuros referentes a tópicos o hechos similares». Coincido con el profesor Sánchez y considero que resulta indispensable señalar las diferencias entre el precedente y la jurisprudencia, entendida —más allá de sus diversas acepciones— como el «conjunto de sentencias de los tribunales y de la doctrina que contienen».¹² Este punto de vista enlaza con la idea de que, desde la tradición romanista, es necesaria la «reiteración» para que un contenido desarrollado por los tribunales alcance su eficacia. En esencia, esa sería una diferencia fundamental. Puede incluso entenderse, desde el sentido común, que la reiteración contribuye a evitar riesgos, genera una mayor exigencia en abundar en criterios que generen una *regla* para la resolución de casos.

¹¹ Martínez Ramírez, Fabiola, «La Influencia de La Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la interpretación y resolución de casos en México», en E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi y R. Flores Pantoja, Rogelio, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del campo y los nuevos desafíos*, México: Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2018, pp. 381-400.

¹² Sánchez Gil, Rubén, «El precedente judicial en México. Fundamento constitucional en México y problemas básicos», en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N.º 43, julio-diciembre, 2020, pp. 377-472.

Por su parte, la idea del razonamiento judicial subyace al concepto de precedente derivado de la corriente anglosajona. Su punto medular no necesariamente está anclado en la idea de que existen diversos criterios para su definición, lo que coloca a las y los jueces en una posición central y protagónica; en realidad, propicia que los casos singulares se configuren como una regla semejante al *stare decisis*.¹³

Desde una perspectiva crítica, convendría entonces indagar sobre las herramientas con las que las y los jueces cuentan para arribar a estas consideraciones, sobre todo si tenemos presente que la figura del precedente deriva de otra tradición diversa a la del sistema jurídico mexicano y que impacta de forma relevante en la formación de las y los jueces, e incluso en sus procesos de designación y selección, circunstancia, esta última que no es una cuestión menor.

En este sentido, conviene traer a colación la siguiente consideración de Gómora Juárez: «Al aceptar la descripción del precedente como una resolución judicial con cierta autoridad dentro del sistema jurídico de origen y cuya función principal es orientar las decisiones actuales de los tribunales». La autora atribuye una propiedad al precedente que resulta interesante resaltar. El precedente, afirma, es una regla «autoritativa»; el Derecho, enfatiza, es una autoridad legítima práctica.¹⁴

Considero que esta idea comporta notables implicaciones cuando se extrapola a la «autoridad judicial legítima», entre ellas la relevan-

¹³ Villamizar Parra, Miguel Antonio, «*Stare decisis* o uso selectivo de los antecedentes judiciales: un análisis del rol de las decisiones judiciales como fuentes del derecho internacional», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N.º 15, julio-diciembre, 2009. <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562009000200011>. [Consulta: 05/09/ 2022.] También, Legarre, Santiago y Rivera, Julio César, «Naturaleza y dimensiones del *Stare Decisis*», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, N.º 1, pp. 109-124. <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007>. [Consulta: 05/09/2022.]

¹⁴ Gómora Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2018.

cia de que sus decisiones, adoptadas con base en un precedente, sean consideradas «suficientes» para optar por una decisión. Tal vez la lectura de la obra de Gómora Juárez genere la siguiente: si el precedente es una suerte de autoridad, ¿cuáles serían las razones suficientes para modificar tal autoridad? El Derecho es mutable y las acciones que regula se orientan a esta transformación, pero el precedente es una proyección del principio de universalidad a la actuación de jueces y tribunales.¹⁵

III. LOS RIESGOS DEL PRECEDENTE EN EL SISTEMA DE JUSTICIA MEXICANO

Las normas jurídicas —entre las que se incluye el precedente— se apoyan en razonamientos lógicos adoptados por los actores centrales en la toma de la decisión mediante la utilización de «razones de primer orden» e incluso de «razones excluyentes».¹⁶ El juicio constituye una etapa procesal en la que se manifiesta el ejercicio de un poder —*la autoridad judicial*— limitado, si así es posible asumirlo, en gran parte por la aportación de pruebas, las promociones que reconstruyen, la participación de las normas en la regularidad constitucional y convencional de la actuación de la persona juzgadora, pero que coloca en una situación de poder a quien ejerce aquel poder y decide. El precedente se traduce en una norma para guiar las decisiones de otros de forma prescriptiva, obligando a los demás órganos judiciales a su aplicación. En buena medida, esto es lo que genera la certeza del Derecho. Las razones de legitimidad evitan la arbitrariedad y los abusos en un acto discrecional como el juicio.

El proceso judicial persigue diversas finalidades, así lo señala Brodermann Ferrer refiriéndose a la instancia impugnativa, pero tiene cabida para el proceso en general: esta es *pública*, *privada* y *política*. La primera (*pública*) se orienta al logro del estadio de cer-

¹⁵ Gascón Abellán, Marina, «Autoprecedente y creación de Precedentes en el Tribunal Supremo», *op. cit.* p. 214.

¹⁶ Gómora Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, *op. cit.*, p. 49.

teza jurídica del acto [reclamado] impugnado a través de la declaración de la firmeza de cosa juzgada formal o material. La segunda (*privada*) resuelve una [controversia] *litis* impugnativa. La tercera (*política*), brinda a las partes inconformes con interés procesal una oportunidad para controvertir la decisión del juez en la etapa de impugnación.¹⁷

El discurso explicativo, entonces, también es producto de un acto de decisión en el proceso judicial que dota de autoridad y legitimidad al juez cuando analiza los casos sometidos a consideración del Estado, dado que goza de un poder genuinamente normativo y hasta cierto punto discrecional.¹⁸

El precedente es un punto de discusión contemporáneo que no necesariamente concita la aceptación común. Su espíritu radica en la adopción de decisiones con base en un criterio establecido por otro juez o tribunal en un caso similar al que se analiza y es consecuencia de la interpretación, por lo que existe un binomio indisoluble entre la interpretación jurídica y el precedente. Estos razonamientos se ubican en la *ratio decidendi*, lo que obliga a conocer la estructura de la sentencia e indagar en las razones alegadas por la o el juez para resolver un litigio.¹⁹

Ello da lugar a la necesidad de fortalecer las herramientas que sustenten la aplicación de dicho criterio en casos semejantes. Esto significa que el juzgador no aplica mecánicamente el precedente, sino que identifica la relevancia de las consideraciones contenidas en el mismo y su valora su eventual aplicación al caso que se le presenta para resolver. Conviene puntualizar en que, en los asuntos vinculados a derechos humanos, existen obligaciones generales y deberes específicos ineludibles, entre ellos la aplicación del control de convencionalidad por todas y todos los jueces de

¹⁷ Véase Brodermann Ferrer, Luis *et al.*, *Los medios de impugnación en el proceso civil*, México: UAM, Sección de Producción y Distribución Editorial, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Departamento de Derecho, 2008, pp. 14-15.

¹⁸ Guastini, Riccardo, «Interpretación y construcción jurídica», *op.cit.*

¹⁹ Véase Sierra Sorockinas, David, «El precedente, un concepto», en *Revista Derecho del Estado*, 2016, pp. 249-269.

acuerdo con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, dado que, al discutir sobre derechos humanos, se discute sobre valores y, por ende, el análisis tiene carácter cualitativo.

Probablemente, para el lector genere confusión la identificación de la congruencia y la vinculación del control de convencionalidad con el precedente, pero tienen muchos aspectos en común. Ambos propician la aplicación de valores y principios identificados en los procesos judiciales con base en razones comunes, una suerte de principios homogéneos denominados estándares que generan normas aplicables en todos los contextos y latitudes, una especie de ruta o mapa de acción en derechos humanos. El precedente promueve que, si el órgano de origen, llamado Tribunal Constitucional, interpreta dando congruencia, sentido y cumplimiento a normas internacionales, el órgano inferior también debe realizar este trabajo a cabalidad.

Desde luego, no basta con la identificación del criterio. Resulta imprescindible encontrar las razones que fundamenten la decisión y que solo se encuentran en la lectura y el análisis integral y sistemático de la sentencia. Dado que se cuestiona la independencia y la libertad que se deposita en quienes interpretan la norma para tomar una determinada decisión en un caso en concreto, corresponde entonces indagar la fuerza jurídica de la sentencia y sus efectos fuera del conflicto que le da origen, generando líneas específicas de decisión que dan certeza a las personas que acceden a la justicia. No basta entender el caso de forma aislada: hoy más que nunca, es indispensable el contexto en el que se presenta un litigio.

Ahora bien, resulta impostergable que, al alojar en el sistema judicial mexicano la figura del precedente, también se socialice su tipología y que incluso se haga necesaria la socialización de herramientas para su aplicación por parte de los operadores jurídicos. Esto significa que existen precedentes *verticales* y *horizontales*: si los primeros «exigen que los tribunales inferiores resuelvan siempre según el criterio sentado o establecido por tribunales jerárquicamente superiores», los segundos «operarían vinculando a los tribunales a

sus propias decisiones anteriores y no así a las decisiones de otros tribunales de igual o superior rango jerárquico».²⁰

El precedente brinda certeza, confianza y seguridad jurídica a los justiciables, pero también orienta y predetermina la selección de respuestas que ofrecen los juzgadores en un caso judicial. Incluso puede llegar a uniformar la interpretación y provocar, en el peor de los escenarios, «un estancamiento». A fin de cuentas, reafirmamos el poder que ejercen los jueces en un sistema de justicia al tomar decisiones que, si bien son asumidas desde las evidencias presentadas, lo cierto es que constituyen una «verdad reconstruida» que carece de sentido si no se atiende al contexto particular de las partes que someten el litigio a la jurisdicción, el mejor escenario es que el resultado de una interpretación garantista.

Coincidimos con la idea sugerida por García-Berrio de acuerdo con la cual el precedente aporta ventajas a un sistema de justicia codificado, dado que permite evitar los inconvenientes ligados a una visión normativista y formalista del Derecho, y que promueve la homogeneización de los niveles jurisprudenciales.²¹ Para garantizar adecuadamente los derechos y libertades humanas es importante alejarse de formalismos excesivos que contribuyen a levantar barreras que obstaculizan el acceso a la justicia, sobre todo para aquellos grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Compartimos los interrogantes que formula la autora antes citada: ¿Cuáles serían los elementos determinadores de la conducta judicial?, y ¿cómo pueden los jueces utilizar correctamente el mecanismo del precedente judicial sin incurrir en abusos o vulneraciones?²² Sin duda alguna, las respuestas son variadas y complejas y nos obligan a dejar patente que, en las cuestiones vinculadas a los derechos humanos, no existen casos iguales o idénticos, dado que

²⁰ García Berrio-Hernández, Teresa, «La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación», en *Foro*, Nueva época, N.º 4, 2006, pp.127-152.

²¹ *Ibid.*, pp. 146-147.

²² *Ídem.*

la interpretación sobre valores es un ejercicio cualitativo y los propios principios disponibles para llevar a cabo tal ejercicio nos llevan a un carácter individual, pero también a la riqueza del activismo judicial, que coloca a los jueces en el centro de la discusión, en la medida en que asumen un papel protagónico y no solo aplican el Derecho de forma inercial.

Dado el carácter sintético de este trabajo, solo señalaré que un reto fundamental en el sistema de justicia actual es el análisis integral de las sentencias y el fomento de las herramientas de conocimiento para las y los estudiosos del Derecho a la luz de esta innovación que reflejen el contexto en el que acaecen los hechos, los criterios jurídicos y las razones que asume un tribunal en un caso concreto.

La justificación que asuma el tribunal constitucional en México constituye un plan de actuación para resolver los casos y vincula a los tribunales inferiores, por lo que la argumentación de las sentencias constitucionales debe ser clara, exhaustiva y capaz de dotar de fuerza normativa y legitimidad al precedente.

IV. CONCLUSIONES

La reforma judicial aprobada en 2021 en México consolida el rol de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional y promueve la argumentación racional vinculante para todos los órganos judiciales inferiores a través del precedente. Si bien puede hablarse de una aceptación generalizada de su incorporación al sistema de interpretación judicial mexicano, también existen algunas cuestiones que pueden ser controvertidas y que debemos tener en cuenta, más aún en la actualidad, cuando asumimos los riesgos derivados de la actuación de gobiernos autoritarios y populistas que se contraponen a la garantía plena de los derechos humanos.

La discrecionalidad de los órganos de cierre del sistema dota de sentido a la regla de aplicación a casos análogos, que obligan no solo a los integrantes de un tribunal constitucional, sino a todas y todos los jueces a observar las obligaciones genéricas y los deberes específicos en materia de derechos humanos.

Las sentencias constitucionales generan una suerte de *extensividad* y en muchos casos sus efectos se proyectan no solo hacia el futuro, sino también al pasado, por lo que también resulta interesante identificar la integración del tribunal, el proceso de selección y designación de sus integrantes y el impacto del precedente de forma retroactiva.

No deben soslayarse los importantes beneficios de la implementación del precedente en el sistema de justicia mexicano. Entre ellos, sobresalen la unificación de jurisprudencia, la aplicación armónica de la regla de razón y el acceso a la justicia. También es relevante la seguridad jurídica que el precedente brinda al justiciable al fundamentar las reglas a partir de la razonabilidad y justificación, pero sobre todo a partir de la congruencia interpretativa y la confirmación de una verdadera línea jurisprudencial que coloque en un estado de seguridad a quienes acceden al sistema judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Vergottini, Giuseppe, «El diálogo entre tribunales», en E. Ferrer Mac-Gregor y A. Herrera García, *Diálogo Jurisprudencial en de Derechos Humanos, entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México: Tirant Lo Blanch-UNAM, 2013.
- Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, Textos Básicos para su comprensión*, México: Instituto de Estudios Constitucionales de Estado de Querétaro, Max Planck Institute, 2017.
- Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid: Trotta, 1998.
- Gómora Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2018.
- Gascón Abellán, Marina, «Autoprecedente y creación de Precedentes en el Tribunal Supremo», en *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México: Suprema Corte, Centro de Estudios Constitucionales, 2018, pp. 211-241.

Hemerografía

- Carpizo, Jorge, «Reformas Constitucionales al Poder Judicial Federal y a la Jurisdicción Constitucional del 31 de diciembre de 1994», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 83, enero, 1995. pp. 807-842.

Sánchez Gil, Rubén, «El precedente judicial en México. Fundamento constitucional en México y problemas básicos», *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N.º 43, julio-diciembre, 2020, pp. 377-472.

Documentos publicados en internet

García Berrio-Hernández, Teresa, «La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación», en *Foro*, Nueva época, N.º 4, 2006, pp.127-152. Disponible en: <file:///C:/Users/L03517459/Downloads/ecob,+FORO0606220127A.PDF-3.pdf>.

Gómez Marinero, Carlos Martín, «La reforma judicial de 11 de marzo de 2021», en *Revistas Jurídicas*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas—UNAM, 2021. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15764/16657>>. [Consulta: 10/09/2022.]

Villamizar Parra, Miguel Antonio, «*Stare decisis* o uso selectivo de los antecedentes judiciales: un análisis del rol de las decisiones judiciales como fuentes del derecho internacional», *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N.º 15, julio-diciembre, 2009, Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562009000200011>.

EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE Y LA CREACIÓN JUDICIAL DE NORMAS JURÍDICAS GENERALES MEDIANTE PRECEDENTES EN MÉXICO

INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM AND THE JUDICIAL CREATION OF GENERAL LEGAL NORMS THROUGH PRECEDENTS IN MEXICO

Juan Rivera Hernández*

RESUMEN: Este estudio utiliza el método documental y analítico a través de una técnica hermenéutica para explorar que la metodología procesal del artículo 1 constitucional es materia de conocimiento del Derecho procesal constitucional como ciencia para la elaboración de precedentes en el sistema procesal mexicano, dado que atiende a la siguiente pregunta: ¿La teoría del positivismo jurídico incluyente puede permear la creación judicial de las normas jurídicas generales mediante precedentes? Esta cuestión no puede resolverse desde el positivismo jurídico porque este no puede explicar el funcionamiento de los sistemas constitucionales contemporáneos; de aquí la importancia del estudio, ya que su aplicación resulta relevante porque ofrece una especie de garantía jurisdiccional de los derechos humanos o garantía procesal de éstos al descentralizar la función judicial del Estado. De este análisis se desprende la importancia del servicio profesional de carrera que permita contar con mecanismos orientados a establecer los requerimientos para la elaboración de precedentes en cuanto a la mayor protección de las personas en el sistema jurídico mexicano y la

* Director Ejecutivo de Asuntos Jurídicos del Instituto Electoral del Estado de Querétaro. Profesor de la Especialidad en Justicia Constitucional y Amparo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

importancia del Derecho procesal constitucional como ciencia y eje rector en la elaboración de precedentes.

PALABRAS CLAVE: Derecho procesal constitucional; positivismo jurídico incluyente; elaboración de precedentes; garantía de derechos humanos.

ABSTRACT: This study uses the documentary and analytical method, through an hermeneutic technique, to explore how the procedural methodology of constitutional Article 1 is a matter of knowledge of Procedural Constitutional Law as a science for leading-landmark cases in the Mexican procedural system, because it attends to the question: Can the theory of inclusive legal positivism permeate the judicial creation of general legal norms through precedents? Question that cannot be resolved from legal positivism because it cannot explain the functioning of contemporary constitutional systems; hence the importance of the study, since its application is relevant because it offers a kind of jurisdictional guarantee of human rights or procedural guarantee of these by decentralizing the judicial function of the State. From this analysis, the importance of the professional career service that allows having mechanisms aimed at establishing the requirements for the leading-landmark cases in terms of the greater protection of people in the Mexican legal system and the importance of Procedural Constitutional Law as a science can be deduced.

KEYWORDS: Procedural Constitutional Law; inclusive legal positivism; leading cases; landmark cases; guarantee of human rights.

Fecha de recepción: 5 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 12 de septiembre de 2022.

SUMARIO: I. ENFOQUE DEL TEMA. II. ASPECTOS PRELIMINARES DE LA CREACIÓN JUDICIAL DE NORMAS JURÍDICAS GENERALES EN UN MODELO POSITIVISTA. III. EL DEBATE SOBRE LA CREACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES. IV. LA CREACIÓN JUDICIAL DE NORMAS JURÍDICAS GENERALES EN EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

Al Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot,
por sus aportaciones a la garantía jurisdiccional de los derechos
humanos en Latinoamérica mediante el diseño
del Derecho procesal constitucional como ciencia
y como realidad que contribuye a la normatividad vigente.

I. ENFOQUE DEL TEMA

El enfoque de este artículo puede exponerse mediante la siguiente pregunta: ¿La teoría del positivismo jurídico incluyente puede permea la creación judicial de las normas jurídicas generales mediante precedentes? Más allá de su carácter exploratorio, el presente trabajo pretende dar respuesta a esta pregunta.

Para dar una posible respuesta a la cuestión formulada es necesario diseñar un plan de trabajo. Por ello, inicialmente se señala que el orden jurídico está integrado no solo por reglas, sino también por principios, se hace una breve referencia al debate sobre la creación judicial de normas jurídicas generales y se describe el positivismo jurídico incluyente.

Los razonamientos derivados del esquema planteado podrían determinar si esta teoría puede —o no— explicar la creación judicial de las normas jurídicas generales en conexión con los sistemas jurídicos actuales que incorporan reglas y principios.¹ Mas esa creación es representada en la realidad mediante los precedentes basados en los principios reconocidos, en el caso particular, por la vigente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El reto consiste en determinar cuáles serán los precedentes judiciales obligatorios que permitan establecer el grado de predictibilidad de las decisiones futuras para garantizar el principio de seguridad jurídica en un sistema jurídico basado en el positivismo jurídico incluyente,

¹ Sobre la distinción *reglas* y *principios*, se adopta la siguiente idea: «Utilizamos los términos “regla” y “principio” como especies del género de “norma”». Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, «Sobre principios y reglas», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 10, 1991, 2001, p. 102. Disponible en: <<https://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/>>. [Consulta: 01/08/2022.]

aproximación que, sostendremos, será insuficiente, por lo que habrá que recurrir al Derecho procesal constitucional como ciencia.

II. ASPECTOS PRELIMINARES DE LA CREACIÓN JUDICIAL DE NORMAS JURÍDICAS GENERALES EN UN MODELO POSITIVISTA

La teoría del positivismo jurídico que analiza la creación judicial de normas jurídicas generales puede modificarse sustancialmente debido a que no es capaz de explicar el funcionamiento de los sistemas del *Common Law* y los modernos sistemas constitucionales.²

Como ha señalado Luis Prieto Sanchís, los sistemas constitucionales en los que sus juezas y jueces pueden aplicar directamente el contenido de la constitución a través del control de constitucionalidad a fin de que las leyes y actos de autoridad sean conformes a la norma fundamental presentan una metodología de solución caracterizada por siguientes rasgos:

1. Más principios que reglas;
2. Más ponderación que subsunción;
3. Omnipresencia de la constitución en vez de independencia del derecho ordinario;
4. Omnipotencia judicial apoyada en la constitución en lugar de autonomía del legislador ordinario, y
5. Coexistencia de una constelación plural de principios potencialmente contradictorios.³

Al decir del autor, estos rasgos «[...] ponen en cuestión la separación entre derecho y moral»⁴ y afectan la explicación que el positivis-

² Cfr. Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 3.

³ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México: Fontamara, 1997, núm. 60.

⁴ *Ibidem*, p. 16.

mo jurídico ofrece sobre la creación judicial de las normas jurídicas generales.

1. El positivismo y la constitución

El positivismo kelseniano sostiene la siguiente tesis: «La pureza metódica de la ciencia jurídica es puesta en peligro [...] cuando no se distingue claramente entre Derecho y moral [...] la exigencia de escindir el derecho de la moral [...] significa que la validez de las normas jurídicas no depende de su correspondencia con el orden moral». ⁵ Así, puede inferirse la necesaria separación entre Derecho y moral, es decir, «[...] liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños». ⁶

De acuerdo con este planteamiento, surge la duda de cómo sustentar la separación entre Derecho y moral si «en la constitución se contendría la totalidad quintaesenciada del orden jurídico y la tarea de los órganos creadores de normas sería, entonces, una tarea de descubrimiento, concreción y despliegue de lo que ya está implícito en ella». ⁷

En otras palabras, si, como sostiene el positivismo jurídico, la validez de las normas depende de su pertenencia a determinado orden jurídico, ⁸ ¿cómo entender la aplicación de los principios incorporados a la constitución mediante la actividad de las personas juzgadas? ⁹ O bien, ¿cómo explicar la creación judicial de las normas que

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México: Porrúa, 2009, pp. 72 y 81.

⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁷ Serna, Pedro, «Prólogo» a la obra de Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente...* *op. cit.*, p. xviii.

⁸ «Un “orden” es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es... una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden». Hans, Kelsen, *op. cit.*, p. 44.

⁹ Problemática que se amplía a la luz del párrafo tercero del artículo 1 constitucional, que impone la obligación a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar

derivan de los principios, en la medida en que en ellos hay cierta igualdad de jerarquía, mas no así de peso o importancia para el caso concreto en que se tengan que aplicar?¹⁰ Estos interrogantes pueden presentarse también en el *Common Law*.

En este sentido, en el sistema jurídico mexicano debería seguirse la metodología procesal del artículo 1 constitucional, de manera que, más que ponderados en la resolución de casos concretos, los principios reconocidos en la Constitución tendrían que ser subsumidos con base en los requisitos que, por ejemplo, a cada derecho humano se le exija en el principio de legalidad para obtener su mayor protección, es decir, jugando a la postura positivista: la de mayor jerarquía en un conjunto de normas de igual jerarquía como las constitucionales. En contraste, los requisitos respectivos no deberán de ser aplicados dentro de un proceso que resuelva algún conflicto que pretenda garantizar dichos derechos, si ellos incumplen el principio de no discriminación.¹¹

los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; de manera que tales autoridades, incluso las personas juzgadoras, deben prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Cfr. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, con última reforma publicada en el mismo medio oficial el 28 de mayo del 2022. <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>>. [Consulta: 01/08/ 2022.]

¹⁰ Sobre el particular, Pedro Serna sostiene: «En efecto, el carácter normativo directo de la constitución y su concepción como orden y sistema de valores (o de principios) implica que la individuación (existencia y contenido) de las normas infraconstitucionales no puede seguir determinándose mediante una mera comprobación de hechos, sino que exige someter su contenido a un test de conformidad o adecuación a los valores y principios constitucionales, que son de naturaleza eminentemente moral. Ello supone que la pertenencia de una norma a un determinado ordenamiento pasa a depender de su adecuación a parámetros éticos, lo cual lleva consigo un replanteamiento no solo del concepto de validez, sino también de las relaciones entre Derecho y Moral, al menos tal y como las concebía el positivismo jurídico tradicional». En «Prólogo» a la obra de Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente... op. cit.*, p. xviii.

¹¹ Rivera Hernández, Juan, «El principio procesal de no discriminación. Con referencia al 40 aniversario del “Pacto de san José”», en M. Pérez Cepeda y C.R.

Por tanto, esta metodología procesal que deriva del artículo 1 constitucional, al cual puede sumarse el artículo 17 constitucional también vigente, y que la magistratura constitucional utiliza en un proceso como el indicado o en el desarrollo dinámico de las garantías constitucionales, convertiría a las disposiciones a aplicar en principios procesales del Derecho procesal constitucional.

2. La regla y el principio

No se pretende dar una explicación exhaustiva de las nociones de «regla» y «principio». Solo se intenta señalar cierta idea introductoria al respecto, es decir, la que, según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, se identifica en la teoría del Derecho contemporánea conforme al siguiente planteamiento:

La discusión de los principios jurídicos arranca [...] de un famoso artículo de Ronald Dworkin publicado en 1967 con el título de «El modelo de las reglas»... [quien advierte]... de la presencia en el Derecho de pautas distintas a las reglas —esto es, de principios— [...] Reglas y principios se diferenciarían, según Dworkin, por lo siguiente:

«Ambos conjuntos de pautas apuntan a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, pero unos y otros difieren en la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera de todo-o-nada. Si se dan los hechos que estipulan una regla, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión [...]. Pero no es de esta manera como operan los principios [...]. Ni siquiera aquellos que se parecen más a las reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las condiciones previstas están satisfechas [...] Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia. Cuando hay una diferencia entre principios [...]

Eguarte Mereles, (coords.), *Desafíos de la Democracia Incluyente. En el marco del 40 aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Tirant lo Blanch-Instituto Electoral del Estado de Querétaro, 2019, pp. 73-98.
<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5755/7.pdf>>.

quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno [...]. Las reglas no tienen esa dimensión» (Dworkin, 1978, pp. 24-27).¹²

El texto citado en el párrafo anterior puede ser comparado con la explicación sobre las reglas y principios propuesta por el filósofo Brian Bix:

«[...] una regla es un criterio que pretende guiar la conducta [...] los principios son contrastados con las normas, en donde “principios” hace referencia a criterios morales que no se aplican de manera concluyente o de todo o nada. Pueden haber principios que apoyan ambas partes de una disputa legal, mientras que es probablemente el caso que dondequiera que aplique una regla de propiedad (sin que sea anulada, o bien se encuentre una excepción), esta es concluyente en cuanto al resultado. También en contraste con las normas, los principios pueden variar en el peso que tienen a favor o en contra de un resultado particular [...]».¹³

Frente a las explicaciones de estos doctrinarios, no debe olvidarse que las construcciones conceptuales de «regla» y «principio», pueden variar según los distintos autores que ofrecen su perspectiva sobre el tema. En efecto, Brian Bix sostiene: «A pesar de que los términos “regla”, “norma”, “principio” [...] son a menudo empleados indistintamente, algunos teóricos buscan distinguirlos de diversas formas con el objeto de avanzar ideas en relación con la naturaleza del derecho o la naturaleza del razonamiento práctico [...]».¹⁴

Una vez prevenidos con las anteriores observaciones, puede inferirse que la regla se distingue del principio en que la primera guía la conducta y el segundo funge como un criterio moral. De suerte que, si «[...] la idea del positivismo jurídico siempre ha sido la de insistir que su pretensión es el describir el “Derecho como es” y no como

¹² Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel, 2004, p. 23.

¹³ Cfr. Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 238 y 210.

¹⁴ *Ibidem*, p. 238.

“debe ser”, positivistas jurídicos contemporáneos han advertido que la construcción de una teoría inevitablemente implica elementos de evaluación y selección y que en este sentido la teoría no es algo meramente “descriptivo” [...].¹⁵

Sin embargo, antes de mencionar lo que sucede en la teoría del positivismo jurídico con relación a la creación judicial de normas jurídicas generales derivadas de principios, es conveniente resumir las posturas sobre la elaboración de las normas por parte de los jueces.

II. EL DEBATE SOBRE LA CREACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES

En su artículo titulado «Los jueces ¿crean derecho?», Eugenio Buli-gyn sostiene que el debate sobre la creación judicial de las normas ha generado al menos tres posturas:

- A. La teoría que sostiene que el Derecho, entendido como el conjunto de las normas generales, es creado por el legislador y que los jueces se limitan a aplicar el derecho a casos particulares. Denominaré a esta posición la «doctrina tradicional».
- B. La teoría para la que el Derecho es el conjunto de todas las normas, generales e individuales, y que, por tanto, sostiene que los jueces crean derecho porque crean normas individuales. El representante —y defensor— más conspicuo de esta tesis es Hans Kelsen.
- C. La teoría que sostiene que los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen porque crean normas generales en situaciones muy especiales [...].¹⁶

¹⁵ Bix, Brian H., *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 56.

¹⁶ Buli-gyn, Eugenio, «Los jueces ¿crean derecho?», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 18, abril, 2003, p. 7. Disponible en: <<https://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-0/>>. [Consulta: 01/09/ 2022.]

Las posturas mencionadas serán desarrolladas enseguida, excepción hecha de la última, dado que, en la medida en que está relacionada con la idea de no separación entre el Derecho y la moral, se analizará al final del artículo.

1. Los jueces no crean Derecho

La postura que establece una tajante división de las funciones públicas del poder, o sea, que sostiene la tesis de que el legislador crea las normas, el ejecutivo las ejecuta y el judicial las aplica al caso concreto controvertido impone a las personas juzgadoras los siguientes compromisos:

- 1) Los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos que, dentro de su competencia, les fueran planteados. Si bien la competencia de un juez suele ser limitada, se supone que la competencia de todos los jueces es exhaustiva, dicho esto en el sentido de que, para todo problema jurídico, siempre ha de haber un juez competente.
- 2) Las resoluciones de los jueces deben estar fundadas en normas jurídicas. Si los jueces están obligados a resolver todos los casos mediante sentencias fundadas en normas jurídicas, se infiere —en virtud del principio «deber implica poder»— que los jueces pueden cumplir esa obligación, de donde se sigue que:
- 3) En el Derecho se encuentra siempre una solución para cualquier problema jurídico planteado al juez.¹⁷

Las obligaciones impuestas a las personas juzgadoras con base en la *doctrina tradicional* se ejemplifican en lo dispuesto por el artículo 18 del Código Civil Federal de México, que establece: «El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia».¹⁸ En dichas condi-

¹⁷ *Ibidem*, p. 9.

¹⁸ Cfr. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf>. [Consulta: 01/09/2022.]

ciones, puede señalarse que el sistema normativo sería íntegro y que cuenta con un legislador racional, tal y como lo ideó Carlos Santiago Nino, es decir, aquel que presenta las siguientes características: unipersonal, imperecedero, consciente, omnisciente, operativo, justo, coherente, omnicomprendivo y preciso.¹⁹

La doctrina tradicional puede ser criticada porque en la mayoría de las ocasiones se percibe en las normas defectos de integración según el sistema jurídico al que pertenezcan.

2. El «precedente» como norma jurídica general

La doctrina tradicional fue refutada por Kelsen. Así lo explica Eugenio Buligin:

«La doctrina tradicional fue criticada por Kelsen, quien sostiene que todos los actos jurídicos son a la vez actos de aplicación y de creación del Derecho (salvo los dos casos extremos: el dictado de la históricamente primera constitución que es pura creación y la ejecución de sentencia que es pura aplicación). En particular, el legislador aplica la constitución y crea normas generales y el juez aplica la ley y crea sentencias, es decir, normas individuales. Por lo tanto, la diferencia entre la función del legislador y la del juez es, según Kelsen, solo cuantitativa: el juez suele estar más limitado que el legislador, pero ambos crean Derecho dentro del marco establecido por la norma superior (la constitución en el caso del legislador y la ley en el del juez)».²⁰

Del párrafo transcrito se desprende que Kelsen señaló que también los jueces crean normas, dado que la sentencia puede ser considerada como «ley entre partes». Particularmente, en su *Teoría Pura del Derecho* señaló: «Todo acto de producción de derecho tiene que ser un acto de aplicación de derecho [...]».²¹ En este sentido, aquellas personas juzgadoras que aplican las normas también crean derecho.

¹⁹ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Ariel, 1999, pp. 328 y 329.

²⁰ Buligin, Eugenio, «Los jueces ¿crean derecho?», *op. cit.* p. 10.

²¹ Kelsen, Hans *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 245.

Sin embargo, surge el siguiente interrogante: ¿Por qué Kelsen sostuvo que los juzgadores crean normas por aplicar la ley, en particular, normas individuales porque se refieren al caso controvertido que conoce, y olvida —o parece olvidar— que su Tribunal Constitucional aplicaba la Constitución para hacerla eficaz? Una posible respuesta es la siguiente: «La aplicación del Derecho es, pues, producción de una norma inferior fundándose en una norma superior [...]».²² Sin embargo, frente a esta tesis puede plantearse también la siguiente cuestión: ¿Qué sucede si deben aplicarse normas jurídicas de la misma jerarquía —como las constitucionales— y qué pasaría si, frente a un caso concreto, aquellas que tengan que aplicarse son contradictorias? Anticipamos como respuesta que debe seguirse la metodología procesal del artículo 1 constitucional.²³

Ahora bien, antes de responder a esa cuestión, no debemos olvidar que la doctrina ha determinado que el contenido de la constitución es «un orden axiológico o valorativo»,²⁴ es decir, que la norma suprema contiene principios. Al tiempo que Kelsen responde que la validez de la norma dependería de si corresponde o no con la de jerarquía superior, dado que:

«El orden jurídico no es un sistema de normas de Derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción».²⁵

Por el momento, quizá pudieran aparecer más dudas que respuestas si se sigue la *Teoría Pura del Derecho*. Por ello, los filósofos han

²² *Ibidem*, pp. 244 y 245.

²³ *Vid.*, *supra*, texto de la nota 11.

²⁴ Serna, Pedro, «Prólogo», a la obra de Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente...* *op. cit.*, p. xviii.

²⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 232.

observado que Hart ha desarrollado un positivismo jurídico *más completo*.

No obstante, si se siguen las ideas Kelsen, cabe observar que consideró que las personas juzgadoras sí pueden crear normas jurídicas *generales* mediante el *precedente*. Precisamente, el jurista austriaco sostuvo:

«La función productora de Derecho de los tribunales, presente bajo toda circunstancia, aparece en forma especialmente nítida cuando el tribunal está facultado, a través de sentencias con valor de precedente, también a producir normas generales. Un tribunal, y particularmente un tribunal de última instancia, puede fácilmente recibir esta autorización cuando cuenta con competencia, en determinadas circunstancias, para resolver un caso sin aplicar una norma general ya válida de Derecho material, sino conforme a su discrecionalidad; es decir, para producir una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado por ninguna norma general de Derecho positivo. *Otorgar a semejante sentencia carácter de precedente, es solo una ampliación consecuente de la función de producción de derecho del tribunal.*

Si los tribunales están facultados para producir no solo normas jurídicas individuales, sino también generales, comienzan a competir con el órgano legislativo establecido por la Constitución, lo cual significa una descentralización de la función legislativa» (énfasis añadidos).²⁶

De acuerdo con la cita anterior, las personas juzgadoras crean normas jurídicas generales mediante sus precedentes y esta actividad constituye una descentralización de la función legislativa.

En México, la obligatoriedad del precedente judicial como si fuera norma general estaba contemplada en el artículo 192 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por el artículo 42 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de dicha Constitución, por citar algunos ejemplos.

²⁶ *Ibidem*, p. 259.

Mas, de manera reciente, en el conjunto de normas positivas se ha reconocido de manera expresa la noción precedente a través del decreto por el que se declararon reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de marzo del 2021, específicamente en tres disposiciones:

1. Artículo 107. [...]

I. [...]

II. [...]

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito establezcan jurisprudencia por reiteración, o la Suprema Corte de Justicia de la Nación por *precedentes*, en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, su presidente lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

[...]

XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito de la misma región sustenten criterios contradictorios en los juicios de amparo de su competencia, el o la fiscal general de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, los mencionados tribunales y sus integrantes, las y los jueces de Distrito, las partes en los asuntos que los motivaron o el Ejecutivo Federal, por conducto de la o el consejero jurídico del Gobierno podrán denunciar la contradicción ante el Pleno Regional correspondiente, a fin de que decida el criterio que debe prevalecer como *precedente*.

[...]

Transitorios

[...]

Sexto. El sistema de creación de jurisprudencia por *precedentes*, que se incorpora como párrafo décimo segundo al artículo 94 constitucional, entrará en vigor cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación emita el Acuerdo General respectivo, de conformidad con su facultad autorregulatoria prevista en dicho precepto (énfasis añadido).²⁷

Como se observa, el poder revisor de la Constitución decidió implementar una reforma para establecer en los artículos 107 y sexto transitorio del decreto respectivo, correspondiente al orden fundamental, la noción expresa *precedente*.

En este contexto, es pertinente señalar que el concepto *precedente* ya era parte del sistema normativo mexicano, concretamente en la jurisprudencia que se establecía con el amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, así como la correspondiente al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.²⁸ Esto es, el precedente estaba regulado anteriormente a la

²⁷ DECRETO por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación. *Secretaría de Gobierno*. 2021 <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613325&fecha=11/03/2021#gsc.tab=0>. [Consulta: 01/08/ 2022.]

²⁸ El artículo 166 fracción IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación dispone que en los términos de lo dispuesto por los artículos 41, Base VI; 60, párrafos segundo y tercero y 99, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Tribunal Electoral, de conformidad con lo que señalen la propia Constitución y las leyes aplicables, es competente para fijar jurisprudencia en los términos de los artículos 214 a 217 de dicha Ley. Artículo 214. «La jurisprudencia del Tribunal Electoral será establecida en los casos y de conformidad con las reglas siguientes: I. Cuando la Sala Superior, en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostenga el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma; II. Cuando las Salas Regionales, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma y la Sala Superior lo ratifique, y III. Cuando la Sala Superior resuelva en contradicción de criterios sostenidos entre dos o más Salas Regionales o entre éstas y la propia Sala Superior.

reforma del 2021 mediante la noción *jurisprudencia*, sin perjuicio de que la normatividad vigente estableció ciertas modulaciones al precedente judicial en contraste con el concepto implícito en normativa nacional previa. En consecuencia, es posible sostener que naturaleza jurídica del precedente no cambió porque en el sistema constitucional —tanto previo como vigente— podían elaborarse ejercicios

En el supuesto de la fracción II, la Sala Regional respectiva a través del área que sea competente en la materia, comunicará a la Sala Superior las cinco sentencias que contengan el criterio que se pretende sea declarado obligatorio, así como el rubro y el texto de la tesis correspondiente, a fin de que la Sala Superior determine si procede fijar jurisprudencia.

En el supuesto de la fracción III, la contradicción de criterios podrá ser planteada en cualquier momento por una Sala, por un magistrado o magistrada electoral de cualquier Sala o por las partes, y el criterio que prevalezca será obligatorio a partir de que se haga la declaración respectiva, sin que puedan modificarse los efectos de las sentencias dictadas con anterioridad. En todos los supuestos a que se refiere el presente artículo, para que el criterio de jurisprudencia resulte obligatorio, se requerirá de la declaración formal de la Sala Superior. Hecha la declaración, la jurisprudencia se notificará de inmediato a las Salas Regionales, al Instituto Nacional Electoral y, en su caso, a las autoridades electorales locales y las publicará en el órgano de difusión del Tribunal».

Artículo 215. «La jurisprudencia del Tribunal Electoral será obligatoria en todos los casos para las Salas y el Instituto Nacional Electoral. Asimismo, lo será para las autoridades electorales locales, cuando se declare jurisprudencia en asuntos relativos a derechos político electorales de los ciudadanos y ciudadanas o en aquéllos en que se hayan impugnado actos o resoluciones de esas autoridades, en los términos previstos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes respectivas».

Artículo 216. «La jurisprudencia del Tribunal Electoral se interrumpirá y dejará de tener carácter obligatorio, siempre y cuando haya un pronunciamiento en contrario por mayoría de cinco votos de las y los miembros de la Sala Superior. En la resolución respectiva se expresarán las razones en que se funde el cambio de criterio, el cual constituirá jurisprudencia cuando se den los supuestos previstos por las fracciones I y III del artículo 214 de esta Ley».

Artículo 217. «La jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para el Tribunal Electoral». Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, nuevo cuerpo legislativo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de junio de 2021, con declaratoria de invalidez de artículo transitorio por Sentencia de la SCJN, publicada en el mismo medio oficial el 18 de febrero del 2022. <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOP-JF.pdf>>. [Consulta: 01/08/ 2022.]

de creación judicial de normas jurídicas generales conforme a los postulados de la perspectiva epistemológica analizada.

IV. LA CREACIÓN JUDICIAL DE NORMAS JURÍDICAS GENERALES EN EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

Como se ha señalado, la teoría del positivismo jurídico contempla la posibilidad de la creación judicial de las normas jurídicas generales mediante el precedente judicial, que deriva de los deberes profesionales de los jueces, consistentes en: «1. *El deber de fallar* [...] 2. *El deber de aplicar el Derecho* [...] 3. *El deber de motivar las sentencias* [...]» (énfasis original).²⁹

No obstante, en los casos difíciles los precedentes se ven afectados si son explicados desde la perspectiva el positivismo jurídico. Tal afectación surge si se pretende resolverse esos casos a partir de un principio —y, aún más, cuando los principios a aplicar entran en conflicto—, así como cuando estos tienen que ser utilizados frente a las reglas ya establecidas.³⁰ En síntesis, se pone en duda la separación entre Derecho y moral, que es la afirmación base del positivismo jurídico.

Frente a esta situación, el positivismo jurídico incluyente «[...] acepta que la moralidad puede ser parte de las condiciones necesarias o suficientes para determinar la validez de un sistema jurídico, pero insiste en que el uso de dichos criterios morales es una cuestión *contingente* —que nace de las elecciones o acciones de ciertos oficiales del Derecho— y en que no se trata de algo proveniente de la naturaleza del derecho y, por lo tanto, una característica presente en *todos* los sistemas jurídicos» (énfasis original).³¹ De modo que:

«El ejemplo más conocido del positivismo incluyente no se refiere a las condiciones *suficientes* para determinar la validez del Derecho, más

²⁹ Laporta, Francisco J., «La creación judicial y el concepto de derecho implícito», *Revista jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 6, 2002, pp. 135 y 136.

³⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 145 y 146.

³¹ Bix, Brian H., *Filosofía del derecho... op. cit.*, p. 63.

bien el caso paradigmático de esta corriente se encuentra en la idea de condiciones *necesarias*: por ejemplo, cuando estamos frente al amparo contra leyes que se fundamenta en la constitución... en este se exige o faculta para que se invalide la legislación que va en contra de los estándares morales codificados en la Constitución (*e. g.* en la relación a la igualdad, debido proceso, penas inhumanas), ello al parecer constituye una manera en que los méritos morales son una condición necesaria, más no suficiente, para determinar la validez en el Derecho».³²

En consecuencia, el positivismo jurídico incluyente —también denominado incorporacionismo o positivismo *soft*— «es la adaptación del positivismo jurídico a las críticas de Dworkin, que da origen y facilita el desarrollo de esta nueva teoría».³³

V. CONCLUSIONES

La creación judicial de las normas jurídicas generales permea en el positivismo jurídico incluyente si los precedentes judiciales se basan en principios reconocidos en la constitución.

Sin embargo, a partir de la reforma constitucional del 11 de marzo del 2021,³⁴ el reto estriba en comprender que en el sistema procesal no existe uniformidad nominal porque al precedente se le ha denominado «jurisprudencia o razones que justifican las decisiones contenidas en las sentencias» o simplemente «precedente». Pero, desde el análisis del positivismo jurídico, esas nociones se engloban en una y esta es la de *precedente judicial*.

Además, de acuerdo con esa reforma, el sistema de creación de jurisprudencia por precedentes, que se incorporó como párrafo décimo segundo del artículo 94 constitucional, no solo podrá ser eficaz cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación emita el acuerdo general respectivo, de conformidad con su facultad autorregulatoria,

³² *Ídem*.

³³ Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente... op. cit.*, p. 29.

³⁴ Bix, Brian H., *Filosofía del derecho... op. cit.*, p. 63.

sino que, en conjunto con la Undécima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, dicha eficacia podrá reflejarse si se establece la certeza del precedente «obligatorio» a aplicar en futuros casos controvertidos, más aún si en su elaboración tuvo que sustentarse con principios constitucionales.

En el particular, más que un sistema o una certeza del precedente obligatorio a aplicar, debería seguirse la metodología procesal del artículo 1 constitucional que anteriormente se ha mencionado para que, además de las personas juzgadoras, sean todas las autoridades quienes aseguren que el núcleo del precedente se provee de elementos culturales fundamentados en el principio de legalidad y de conocimiento en derechos humanos.³⁵ De manera que las autoridades del Estado mexicano deben estar capacitadas en esos temas, pero debido al error en el que eventualmente incurran por deficiencias en la elaboración de ese núcleo, no es pertinente restringir esta función que ha sido reconocida en el párrafo tercero del artículo 1 constitucional, dado que en nuestro país existe un complejo sistema de medios de impugnación electorales y de amparo que permitirán definir la «mejor» protección de los derechos reconocidos en la Constitución.³⁶

³⁵ Un estudio acerca de cómo entender la violación a derechos humanos es el siguiente: Martínez Ramírez, Fabiola, «La violencia de género como violación de derechos humanos», en S. García Ramírez y O. Islas de González Mariscal (coords.), *La justicia penal en México. Balance de dos décadas (2000-2020)*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, pp. 99-109.

³⁶ *Vid.* Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; así como la política de impartición de justicia dictada mediante diversos acuerdos para el desarrollo de la relación jurídica procesal del amparo y los medios de impugnación en materia electoral, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Dicho sistema complejo de medios de impugnación es reconocido en la siguiente tesis jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación: CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD *EX OFFICIO*. PASOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO. Para realizar el control difuso de constitucionalidad —connotación que incluye el control de convencionalidad— en la modalidad *ex officio*, no solo debe considerarse que se colmen sus requisitos de procedencia y admisibilidad, es decir, sus presu-

Al mismo tiempo, no debe soslayarse que para elaborar los precedentes debería existir un servicio profesional de carrera que disponga los mecanismos orientados a establecer los requerimientos para determinar cuál es la mayor protección de la persona en el sistema

puestos de forma, adjetivos y sustantivos, ya que atento a su naturaleza, regida por el principio *iura novit curia*, precisa de una metodología que posibilite su correcta realización, pues su resultado no es cualquiera, sino la expulsión de normas generales del sistema legal. Así, la evaluación de la constitucionalidad de esas normas puede efectuarse siguiendo los siguientes pasos: I. Identificar el derecho humano, subderecho o garantía prevista en la Constitución o en un tratado internacional; II. Reconocer los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establezcan su alcance e interpretación; III. Fijar la norma o porción normativa que será objeto de control; IV. Determinar si esta tiene como fin promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos; V. Examinar las posibles interpretaciones que la norma permite y verificar si una de ellas guarda conformidad con el derecho humano, subderecho o garantía; VI. Si no permite interpretaciones conformes, o todas sus interpretaciones resultan disconformes con el derecho humano, debe procederse a contrastarla frontalmente, para lo cual deben tomarse en cuenta los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, progresividad y *pro homine*; y, VII. Desaplicarla cuando resulte contradictoria con el derecho humano. Lo anterior sin dejar de observar que en el control difuso de constitucionalidad *ex officio*, existen otros aspectos sustantivos e instrumentales que a la par deben considerarse, como son: a) la presunción de constitucionalidad de las normas del sistema jurídico; b) que algunas de éstas tienen por objeto cumplir con las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos, lo cual debe ponderarse para fijar los alcances de una decisión, sin que ello signifique que aquéllas no puedan resultar inconstitucionales; y, c) *que un incorrecto control difuso de constitucionalidad, también puede ser reparado mediante los recursos en un control difuso de constitucionalidad ex officio a la inversa, es decir, así como un juez de primer grado en ejercicio oficioso de control puede concluir equivocadamente que una norma general es inconstitucional, el tribunal de segunda instancia también le puede regresar la regularidad constitucional a la norma oficiosamente, pues de otra manera se permitirá la inaplicación de una norma que sí era constitucional* (énfasis añadido)». Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 15 K (10a.), «CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD *EX OFFICIO*. PASOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXIII, agosto de 2013, t. 3, p. 1618, registro digital: 2004188. <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004188>>. [Consulta: 01/08/ 2022.]

jurídico mexicano, relacionándolos con el ámbito de las competencias del servicio público³⁷ porque, si el precedente está a cargo de toda autoridad al conocer casos concretos, esto es, una especie de *garantía jurisdiccional de derechos humanos o garantía procesal de estos*, emerge una descentralización de la función judicial del Estado, de modo que la persona a la que se le otorgaría esta encomienda pública debería cumplir con tales requerimientos como si fueran juezas y jueces constitucionales o como si pertenecieran a la magistratura constitucional, entendida conceptualmente de acuerdo con el Derecho procesal constitucional.³⁸

³⁷ Cfr. Rivera Hernández, Juan, «La libertad en el goce de los derechos fundamentales basada en precedentes», *Revista expresiones. Letras ciudadanas a favor de la democracia*, México, N.º 20, año 7, mayo-agosto 2016, pp. 46 y 47. <https://ieeq.mx/contenido/revista/file/2016/expresiones_20.pdf>. [Consulta: 01/08/2022.]

³⁸ El maestro Néstor Pedro Sagües desarrolla en estos términos este concepto: «La expresión “magistratura constitucional” alude a los órganos que desempeñan la “jurisdicción constitucional” [...] Refiere, por tanto, a los entes encargados de velar por la supremacía de la Constitución. Cabe advertir que existen dos versiones principales en torno al tema. a) Una *restringida*, que incluye en la idea de magistratura constitucional solamente a órganos judiciales o con fisonomía judicial, siempre que actúen con independencia e imparcialidad, respeto al debido proceso y con facultad para dirimir conflictos con autoridad de cosa juzgada. Estarían en tal grupo los cuerpos integrantes del poder judicial con roles propiamente judiciales (no las dependencias de tipo exclusivamente administrativo), pero también los tribunales y cortes constitucionales (al estilo kelseniano), y otros organismos como tribunales electorales, consejos de Estado o tribunales en lo administrativo, siempre que tuvieren las ya mencionadas notas de independencia, imparcialidad, resguardo del debido proceso para los litigantes, y de aplicación del Derecho, comenzando, naturalmente, con la Constitución. En ese terreno, una tesis ultrarestringida afina las exigencias y entiende que la magistratura constitucional es únicamente la concentrada y especializada en un Tribunal, Corte o Sala Constitucional, preferentemente aparte del órgano judicial. Sostiene que un país sin Tribunal Constitucional carece, en rigor, de magistratura constitucional. Jerusalén y —de modo más medurado— Jesús González Pérez pueden ubicarse en esta tesitura. b) La posición *amplia* engloba en la “magistratura constitucional” a cualquier cuerpo del Estado encargado de aplicar a la Constitución en los conflictos que decide, más allá de su independencia o imparcialidad. Además de los organismos judiciales, o con fisonomía judicial, podrían incluirse aquí a las Cámaras

Así, la metodología procesal del artículo 1 constitucional es materia de conocimiento del Derecho procesal constitucional como ciencia. Esta disciplina permitirá profundizar más sobre esa metodología para la elaboración de los precedentes en el sistema procesal mexicano como el que deriva de la reforma constitucional del 2021.

Una vez realizado este estudio exploratorio, es posible inferir que el Derecho procesal constitucional permite generar un grado de predictibilidad de las decisiones futuras en beneficio del principio de seguridad jurídica frente al positivismo jurídico incluyente, que resulta insuficiente en el reto de fijar precedentes judiciales obligatorios.

Finalmente, el Derecho procesal constitucional como ciencia es el conjunto de conceptos ordenados y sistematizados referidos a las normas que contienen principios, derechos y cargas procesales, así como conductas que derivan de estas, entre ellas las actuaciones procesales de la situación jurídica, incluso la relativa a la pretensión y los actos procesales de las magistraturas constitucionales, que tienen la perspectiva de obtener la garantía jurisdiccional de la Constitución con apoyo en el apartado procesal que se integra en los componen-

del poder legislativo cuando verifican el impeachment o juicio político, o cuando expulsan o sancionan a alguno de sus miembros por las causales admitidas por la Constitución, o deciden la incorporación de los legisladores actuando como jueces de la validez de la elección de ellos, según lo contemplan varias constituciones. En tal sentido, podría hablarse de una “magistratura parlamentaria” si se acepta esa noción extendida de la idea de jurisdicción constitucional, siguiendo, por ejemplo, los lineamientos de Paolo Bicaretti di Ruffia [enseguida desarrolla ciertos conceptos].

[...]

No hay un dogma constitucional que defina cuál versión de “magistratura constitucional” es la correcta. No obstante, en el lenguaje común —y salvo excepciones que varían de país a país— prevalece quizá la versión restringida, que, repetimos, ciñe el título de tal a los cuerpos formados por jueces o por órganos con fisonomía judicial». Sagües, Nestor Pedro, «Magistratura constitucional», en E. Ferrer Mac-Gregor *et al.*, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 1001 voces, *in memoriam*, Dr. Héctor Fix-Zamudio, t. II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 32021, pp. 1495 y 1496.

tes dogmático y orgánico de esta. Este apartado tiene fundamento en las normas procesales, las garantías constitucionales, la magistratura constitucional y la relación jurídica que esta desarrolla en cada garantía constitucional.³⁹

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, «Sobre principios y reglas», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 10, 1991. Disponible en: <<https://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/>>.

— *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel, 2004.

Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

— *Filosofía del derecho: Ubicación de los problemas en su contexto*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

Bulygin, Eugenio, «Los jueces ¿crean Derecho?», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N.º 18, abril 2003, p. 7. Disponible en: <<https://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-0/>>.

Código Civil Federal, Nuevo Código publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, con última reforma publicada en el mismo medio oficial el 11 de enero del 2021. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 5 de febrero de 1917, con última reforma publicada en el mismo medio oficial el 28 de mayo del 2022. Disponible en: <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>>.

³⁹ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, E., *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid: Marcial Pons, 2013, 1062 pp.

- Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación. Disponible en: <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613325&fecha=11/03/2021#gsc.tab=0>.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Kelsen, Hans *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México: Porrúa, 2009.
- Laporta, Francisco J., «La creación judicial y el concepto de derecho implícito», *Revista jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, N° 6, 2002.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, nueva Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de junio de 2021, con declaratoria de invalidez de artículo transitorio por Sentencia de la SCJN, publicada en el mismo medio oficial el 18 de febrero del 2022. Disponible en: <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPJF.pdf>>.
- Martínez Ramírez, Fabiola, «La violencia de género como violación de derechos humanos», en S. García Ramírez y O. Islas de González Mariscal (coords.), *La justicia penal en México. Balance de dos décadas (2000-2020)*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1999.
- Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- Rivera Hernández, Juan, «El principio procesal de no discriminación. Con referencia al 40 aniversario del “Pacto de san José”», en M. Pérez Cepeda y R.R. Eguarte Mereles (coords.), *Desafíos de la Democracia Incluyente. En el marco del 40 aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Tirant lo Blanch-Instituto Electoral del Estado de Querétaro, 2019. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5755/7.pdf>>.
- «La libertad en el goce de los derechos fundamentales basada en precedentes», *Revista expresiones. Letras ciudadanas a favor de la democracia*, México, Instituto Electoral del Estado de Querétaro, N.º 20, año 7, mayo-agosto 2016. Disponible en: <https://ieeq.mx/contenido/revista/file/2016/expresiones_20.pdf>.

Sagües, Nestor Pedro, «Magistratura constitucional», en E. Ferrer Mac-Gregor *et al.*, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 1001 voces, *in memoriam*, Dr. Héctor Fix-Zamudio, t. II, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.

TESIS: XXVII.1o.(VIII Región) 15 K (10a.), «CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. PASOS Y ASPECTOS SUBSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXI-II, agosto de 2013, t. 3, p. 1618, registro digital: 2004188. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004188>>.



ESTUDIOS

ANÁLISIS JURÍDICO DE TRES TRATADOS INTERNACIONALES DE LIBRE COMERCIO Y SU RELACIÓN CON LA MATERIA ENERGÉTICA: T-MEC, TLCUEM, TIPAT

LEGAL ANALYSIS OF THREE INTERNATIONAL FREE TRADE AGREEMENTS AND THEIR RELATIONSHIP WITH ENERGY MATTERS: T-MEC, TLCUEM AND TIPAT

Pedro Caballero Hernández*

RESUMEN: El objetivo de este estudio es identificar los acuerdos alcanzados entre las partes, en el marco de los tratados de libre comercio en materia energética: T-MEC, TLCUEM y TIPAT. A tal efecto, se parte del análisis de los principales conceptos y principios jurídicos establecidos en los respectivos capítulos de inversión (cláusulas de medidas disconformes, trato nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato, expropiación e indemnización), y del análisis de los mecanismos de defensa de las inversiones cubiertas. El estudio de los capítulos de inversiones nos permite identificar los alcances jurídicos que pudieran llegar a suscitarse en caso de que se reformara la legislación interna de nuestro país.

PALABRAS CLAVE: T-MEC; TLCUEM; TIPAT; Derecho energético; reforma constitucional en materia energética; tratados de libre comercio.

* Licenciado en Derecho y especialista en Derecho Energético por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y su División de Estudios de Posgrado. Funcionario público en la Comisión Federal de Electricidad. Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

ABSTRACT: This work aims to identify the agreements in energy matters within the free trade agreements: Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA); Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement between the European Community and its Member States of the one part, and the United Mexican States, of the other part; and Trans-Pacific Partnership Agreement (TPPA). The foregoing is based on the analysis of the main legal terms and principles established in the respective investment chapters. The study of the investment chapters allows us to identify the legal scope that could arise in the event of making new reforms to Mexican legislation.

KEYWORDS: CUSMA; TLCUEM; TPPA; Energy law; constitutional amendment on energy, free trade agreements.

Fecha de recepción: 09 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 08 de septiembre de 2022.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DEL ESTUDIO. III. ESTUDIO DE LOS CAPÍTULOS DE INVERSIÓN DEL T-MEC, TLCUEM Y TIPAT, Y SU RELACIÓN CON LA MATERIA ENERGÉTICA. IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES CONCEPTOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS EN ESTOS CAPÍTULOS DE INVERSIÓN. V. MECANISMOS DE DEFENSA DE LAS INVERSIONES CUBIERTAS. VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DEL ESTUDIO (CUADRO COMPARATIVO). VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En términos generales, los tratados internacionales en materia de libre comercio que celebran los países persiguen el intercambio de mercancías, bienes y servicios, así como la protección de las inversiones que se puedan llegar a formalizar (inversionista-Estado, Estado-Estado), contribuyendo al crecimiento económico y creando nuevas oportunidades, sobre todo en los países menos desarrollados.

Con la finalidad de seguir desarrollando su economía, México ha suscrito varios tratados internacionales con acuerdos de inversión.

Tres de ellos destacan por el hecho de que ubican a nuestro país en los bloques comerciales más importantes que hay a nivel mundial: el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUEM) y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT).

Estos tratados de libre comercio cobraron vital importancia a finales del año 2013, fecha en la que se publicó un decreto de reforma constitucional en materia de energía,¹ que cambió por completo la forma en la que México venía trabajando en este sector. A partir de esa fecha se permite, bajo ciertas modalidades, la participación del sector privado (particulares) a través de concesiones para la exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos y mediante contratos para la planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional (SEN), así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.² Por encima de todo, es preciso destacar que esta reforma permite que los servicios de generación y comercialización (suministro) de energía eléctrica se presten en un régimen de libre competencia. En consecuencia, en ambas actividades la participación de particulares no tiene más restricciones que las que marca la ley: la obtención de un permiso para generar energía eléctrica en el territorio nacional o para comercialización, un permiso en la modalidad de suministrador.³

Es esperable que, al permitirse la participación del sector privado bajo ciertas modalidades en estas áreas estratégicas —y de manera abierta en generación y comercialización de energía eléctrica—, se incrementen las inversiones en estas actividades, que, sin embargo, no se logran por el simple hecho de liberalizar o desregular un servicio, sino en gran medida a raíz de la celebración de tratados de libre

¹ “DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía”. *Secretaría de Gobernación*. 12 dic. 2013, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013#gsc.tab=0

² Vale la pena especificar que siguen siendo áreas estratégicas reservadas al Estado y que la propiedad sigue siendo de la nación, sus funciones las realizan a nombre y cuenta del Estado.

³ Ley de la Industria Eléctrica, Artículo 17 y Artículo 46.

comercio, que brindan certidumbre a las operaciones que realizan los inversionistas extranjeros.

En resumen, con la reforma antes indicada y la celebración de los tratados de libre comercio T-MEC, TLCUEM y TIPAT, México permitió la participación del sector privado tanto nacional como extranjero. La mayoría de las inversiones en nuestro país en materia de energía han sido de capital extranjero, por lo que se trata de inversiones cubiertas por los términos de cláusulas contenidas dentro de los respectivos tratados de libre comercio.

Por lo expuesto, sobran argumentos para hacer un estudio comparativo entre los tres tratados, señalar el contenido de cada uno de ellos en materia energética, analizar los capítulos de inversión; así como explicar qué son las medidas disconformes y las cláusulas de nación más favorecida, trato nacional y nivel mínimo de trato, dado que, en caso de que se presenten problemas legales vale la pena conocer los mecanismos disponibles para la solución de controversias y, en su caso, saber si México podría ser condenado al pago de una indemnización.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DEL ESTUDIO

El presente trabajo parte de la hipótesis de los problemas legales que pudieron surgir en caso de haberse aprobado el proyecto de reforma de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia energética. En el proyecto, presentado por el Ejecutivo Federal el 1° de octubre de 2021,⁴ destaca por su importancia la profunda reforma del mercado eléctrico y del sector de los hidrocarburos respecto a la incorporación del litio, además de la atribución de personalidad jurídica a las hoy llamadas empresas productivas del Estado, Comisión Federal de Electricidad (CFE) y Petróleos Mexicanos (PEMEX).

⁴ “Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 25, 27 y 28 de la CPEUM”. *Gaceta Parlamentaria* N.º 5877-1. 2021. <<http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2021/oct/20211001-I.pdf>>

Este trabajo tiene los siguientes objetivos específicos: 1) Identificar los acuerdos alcanzados entre las partes —México y algún otro Estado soberano o México y un particular, nacional o extranjero— en materia energética dentro de los tratados de libre comercio T-MEC, TLCUEM y TIPAT; 2) Estudiar los capítulos de inversiones identificando los alcances jurídicos o legales que pudieran llegar a suscitarse en caso que se reforme la legislación interna de nuestro país; 3) Comprender los términos establecidos en las cláusulas de medidas disconformes, trato nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato, expropiación e indemnización; 4) Identificar qué mecanismos de defensa tienen las inversiones cubiertas.

Cabe señalar que, después de un estudio detallado de los diferentes tratados de libre comercio (T-MEC, TLCUEM y TIPAT) objeto del presente trabajo, se decidió abordar los principios de medidas disconformes, trato nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato, expropiación e indemnización de manera conjunta, ya que, en esencia, estos conceptos son manejados de manera muy similar en cada uno de los tratados. Ello se debe a que se los tres se rigen bajo las normas establecidas por la Organización Mundial de Comercio.

Ahora bien, el método utilizado es el analítico—descriptivo, puesto que se definen los conceptos fundamentales y se describe el panorama general. También se utiliza el método documental, basado en la doctrina, la Constitución y la legislación aplicable. El tratado de libre comercio que sirvió como base de análisis del presente proyecto fue el TIPAT.

III. ESTUDIO DE LOS CAPÍTULO DE INVERSIÓN DEL T-MEC, TLCUEM Y TIPAT, Y SU RELACIÓN CON LA MATERIA ENERGÉTICA ⁵

Los Tratados Internacionales o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) son diseñados con la finalidad

⁵ “Comercio Exterior, Países con Tratados y Acuerdos firmados con México”. *Secretaría de Economía*. 2015. <<https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico?state=published>>

de fomentar los flujos de inversión internacional y brindar certidumbre a las operaciones que realizan los inversionistas extranjeros. Sus principales características son las siguientes:

- a) Favorecen la existencia de un *piso parejo* para la competencia.
- b) Establecen un marco legal de protección y seguridad para los inversionistas y sus inversiones.
- c) Garantizan el control de los inversionistas sobre sus inversiones.
- d) Prevén un mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado, cuando se contravenga alguna disposición de los APPRI y se cause un daño a las inversiones de los inversionistas.

1. *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)*

Anteriormente conocido como Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o <i>North American Free Trade Agreement</i> (NAFTA).	
Entrada en vigor:	01 de julio de 2020.
Países miembros:	Estados Unidos Mexicanos (México), Estados Unidos de Norteamérica (EUA) y Canadá.
Capítulos relevantes para el sector energía:	Capítulo 8. Reconocimiento de la propiedad directa, inalienable e imprescriptible del Estado mexicano sobre hidrocarburos. Capítulo 14 de Inversión. ⁶ (Solución de diferencias Inversionista-Estado, Capítulo 11 del TLCAN). Anexo I, gobernado por los principios de <i>ratchet</i> y consolidación (<i>standstill</i>), que asegura que las partes no adoptarán medidas más restrictivas en el futuro y aplicarán automáticamente cualquier liberalización futura, sin posibilidad de posteriormente revocarla.

⁶ “Capítulo de Inversión del T-MEC. Reporte T-MEC N.º 14”. *Secretaría de Economía*. 2019. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/492765/Reporte-TMEC_n14-esp_20190909_b.pdf> “*Capítulo de Inversión del T-MEC*”.

	Anexo II, en el que las partes incluyen los sectores y las actividades sensibles para cada una de ellas y en las que se reservan el derecho para regular y adoptar cualquier medida, con total discreción, en el futuro (en el caso de México, este Anexo incluye todas las actividades que constitucionalmente se encuentran reservadas al Estado).⁷ Capítulo 22. Regula las actividades comerciales de las Empresas Propiedad del Estado para que estas operen bajo los principios de no discriminación y consideraciones comerciales, con el fin de no afectar el comercio o la inversión de los socios comerciales.⁸ Capítulo 24. Medio ambiente. Capítulo 27. Anticorrupción, la inclusión de este capítulo en el T-MEC fortalece la imagen de México en el combate a la corrupción frente a los empresarios e inversionistas extranjeros, permitiendo con ello atraer mayores flujos de Inversión Extranjera Directo (IED) a nuestro país.⁹ Capítulo 31. Solución de Controversias Estado-Estado (Capítulo 20 del TLCAN). El mecanismo de solución de diferencias Estado-Estado permite garantizar el cumplimiento de los compromisos del T-MEC y, en consecuencia, brindar certidumbre a las operaciones comerciales y a las inversiones en América del Norte.
--	--

Secretaría de Economía. 2019. <<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465796/14ESPIversion.pdf>>

⁷ “Capítulo de Inversión del T-MEC. Reporte T-MEC N°. 14”. *Secretaría de Economía*. 2019. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/492765/Reporte-TMEC_n14-esp_20190909_b.pdf>

⁸ “Reuniones de los Comités sobre Empresas Propiedad del Estado y Monopolios Designados y de Servicios Financieros del T-MEC. Reporte T-MEC N.º 87”. *Secretaría de Economía*. 2021. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/631652/Reporte-TMEC_n87-esp_20210421_.pdf>

⁹ “Capítulo 27 Anticorrupción. Reporte T-MEC N.º 87”. *Secretaría de Economía*. 2020. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/542386/Reporte-TMEC_n37-esp_20200319_.pdf>

	El Capítulo 31 del T-MEC mantiene el sistema de solución de controversias establecido por el Capítulo 20 del TLCAN, que permite a un Estado parte presentar una reclamación contra otro Estado parte cuando considere que hay un incumplimiento a los compromisos del Tratado. ¹⁰
--	--

2. Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUEM) ¹¹

Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados miembros.	
Entrada en vigor:	• 01 de julio de 2000 (<i>liberalización del comercio de bienes</i>); • 01 de marzo del 2001 (<i>liberalización del comercio de servicios y a las disciplinas en materia de movimientos de capital, inversión y propiedad intelectual</i>).
Países miembros:	Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Suecia. Actualmente el Reino Unido, ya no forma parte de la Unión Europea. ¹²

¹⁰ “Mecanismos de Solución de Diferencias del T-MEC. Reporte T-MEC N.º 16”. *Secretaría de Economía*. 2019. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/495831/Reporte-TMEC_n16-esp_20190923_a.pdf>

¹¹ “Decreto Promulgatorio del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo; y la Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea”. *Secretaría de Gobernación*. 2000. <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2056602&fecha=26/06/2000>

¹² Blasco, Lucía. “Brexit | Reino Unido abandona la UE: qué pasará ahora y cuáles son los retos más urgentes para los británicos”. *BBC News Mundo*. <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51266219>>

Capítulos: ¹³	Capítulo 8. Energía y materias primas. Capítulo 10. Inversión (y anexos 10-A a 10-E).
	Capítulo 11. Comercio transfronterizo de servicios. Capítulo 14. Acuerdos de reconocimiento mutuo. Capítulo 22. Empresas propiedad del Estado (y anexo 22 – A). Capítulo 28. Buenas prácticas regulatorias. Capítulo 30. Solución de controversias (anexos 30-A y 30-B). Protocolo en materia anticorrupción.
Capítulos de inversión:	Título VII, Marco Institucional, Solución de controversias, artículo 50, que alude al establecimiento de un procedimiento específico para la solución de controversias comerciales y relacionadas con el comercio compatible con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia.
Capítulos en materia de energía:	Título VI. La Cooperación en el sector de la energía, artículo 23, que dispone que dentro del sector de la energía la cooperación entre las dos partes tendrá por objeto desarrollar sus respectivos sectores de energía, concentrándose en la promoción de transferencia de tecnología y los intercambios de información sobre las legislaciones respectivas. Fundamentalmente, mediante intercambios de información, formación de recursos humanos, transferencia de tecnología y proyectos conjuntos de desarrollo tecnológico y de infraestructuras, el diseño de procesos más eficientes de generación de energía, el uso racional de energía, el apoyo al uso de fuentes alternativas de energía que protejan el medio ambiente y sean renovables, y promoción de proyectos de reciclaje y tratamiento de residuos para su utilización energética.

13

“TLCUEM”. *Gobierno de México*. <<https://www.gob.mx/tlcuem/acciones-y-programas/textos-del-tratado-entre-mexico-y-la-union-europea?state=published>>

3. *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT)*¹⁴

Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica o en inglés <i>Trans-Pacific Partnership</i> (TPP o TPP11).	
Entrada en vigor:	08 de marzo de 2018.
Países miembros:	Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. El 23 de enero de 2017 Estados Unidos de América anunció su retirada definitiva del tratado. ¹⁵
Capítulos:	Capítulo 9. Inversión. Capítulo 10. Comercio Transfronterizo de Servicios. Capítulo 28. Solución de Controversias. Anexo I: Lista de México (Medidas disconformes). Anexo II: Lista de México (Medidas disconformes). Anexo IV: Lista de México (Medidas disconformes). Capítulo 17. Empresas de Propiedad del Estado y Monopolios Designados. Cabe destacar que este tratado incluye un apartado de anticorrupción obligando a los países firmantes del tratado a emitir leyes para su combate.

¹⁴ “DECRETO Promulgatorio del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, hecho en Santiago de Chile, el ocho de marzo de dos mil dieciocho”. *Secretaría de Gobernación*. 2018. <https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5545130&fecha=29/11/2018>.

¹⁵ “Donald Trump retira a Estados Unidos del TPP, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica”. *BBC Mundo*. 2017. Disponible en: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38723381>>.

IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES CONCEPTOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS EN ESTOS CAPÍTULO DE INVERSIÓN

1. Tratados de Libre Comercio

Los Tratados de Libre Comercio (TLC) son tratados internacionales cuya finalidad es promover la apertura comercial entre países bajo el amparo del derecho internacional, protegiendo el derecho y expectativas de los inversionistas de los países firmantes en el territorio de las contrapartes y estableciendo mecanismos de solución de controversias (Inversionista-Estado y Estado-Estado) para proteger las inversiones cubiertas.

El objetivo principal de este tipo de tratados es dotar de certeza jurídica y predictibilidad a las reglas relativas al tratamiento que recibirán en el país de destino, lo que constituye una importante herramienta para el desarrollo de los planes de negocios de la persona que exporta, también los dota de garantías para no ser discriminados y facilitan su acceso a los mercados externos en igualdad de condiciones que los proveedores locales, sin olvidar los beneficios obtenidos por la inversión extranjera en cada país.

Por lo general, los *capítulos de inversiones negociados* dentro de los TLC son bastante similares respecto al tipo de normas incluidas, a su contenido y alcance, y llegan a compartir definiciones entre unos y otros tendientes a clarificar conceptos, usualmente escritos en un lenguaje bastante técnico.

Los *capítulos sobre comercio de servicios* definen las condiciones que regirán en las medidas que adopte o mantenga un país y que afecten al comercio transfronterizo y a un proveedor o proveedora de servicios extranjeros.

Es importante destacar que, en los tratados de libre comercio, los capítulos de servicios negociados suelen excluir algunos servicios prestados por el Estado (servicios públicos, por lo general). La razón de esta exclusión radica en que los servicios prestados en el ejercicio de las facultades de los gobiernos deben ser regulados por el orden

jurídico nacional y, por tanto, no pueden admitir la intervención directa de otros Estados a través de TLC.

Por regla general, los tratados de libre comercio cuentan con listas, que pueden ser positivas o negativas. Estas listas (anexos) o enumeraciones consagran de forma detallada los bienes y/o servicios sobre los cuales se aplicarán las rebajas arancelarias negociadas para la importación de bienes o se establecen los compromisos específicos o reservas en el caso de los servicios. Esto último se conoce como medidas disconformes, que son establecidas por cada país de acuerdo con su legislación interna. Hay países que ya han liberalizado el total de sus servicios (privados o públicos), razón por la cual no es necesario que hagan listas o las también llamadas medidas disconformes.

1.1. *TLC con lista positiva*. Las partes enumeran explícitamente aquellos sectores y subsectores en los que asumen compromisos de acceso al mercado y trato nacional. Es decir, solamente se asumen compromisos y se liberalizan los sectores incluidos expresamente en el anexo del capítulo de servicios. Se especifica de manera clara los modos de prestación en los que se permite proveer estos servicios, como las limitaciones que aplican para ciertos compromisos específicos. Aquí es importante destacar que, si el servicio a exportar no se encuentra en estas listas, ello no quiere decir que el mercado esté cerrado para el mismo; solamente supone que no se aplican las regulaciones contempladas en el tratado.

1.2. *TLC con lista negativa*. En los tratados que recurren al enfoque de listas negativas, los países enumeran las reservas al tratado, listando los sectores o subsectores que se limitan o excluyen de los compromisos. Todos los sectores o subsectores que no figuran en la lista se consideran liberalizados. Se tratará a los proveedores de servicios extranjeros en las mismas condiciones que a los proveedores y las proveedoras de servicios nacionales, y se introducirán excepciones a los compromisos en los sectores/subsectores negociados. Los tratados con listas negativas contienen dos anexos al capítulo de inversión en los que se listan las medidas disconformes (anexos del tratado). Es decir, los países deben listar el sector (servicios prestados

por las empresas del Estado) y el subsector (servicios de investigación y desarrollo) que se verá afectado, así como el tipo de obligación sobre la cual recae la medida de nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato y el nivel de gobierno que la impone (federal o local).

2. Inversión

Se trata de un acuerdo por escrito que se concluye y surte efectos entre una autoridad del nivel central de gobierno de una parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra parte y que crea un intercambio de derechos y obligaciones, es decir, reconoce derechos a la inversión cubierta o al inversionista. Recordemos que el vocablo inversión hace referencia a todo activo propiedad de un inversionista o controlado directa o indirectamente por el mismo que tenga las características de una inversión, de ahí que las inversiones incluyen características tales como:

- El compromiso de capital u otros recursos;
- La expectativa de obtener ganancias o utilidades, y
- La asunción de riesgo.

Las formas que una inversión puede adoptar para el caso que nos ocupa son las licencias, las autorizaciones, los permisos y derechos similares otorgados de conformidad con el ordenamiento jurídico de cada país miembro;¹⁶ con respecto a los recursos naturales que controla una autoridad nacional, el permiso puede darse para la explotación y la extracción de hidrocarburos tales como petróleo y gas natural, por citar algunos ejemplos, y, para la inversión con la finalidad de suministrar servicios para el consumo del público general a nombre del Estado, pueden llegar a darse (con algunas salvedades) en toda la cadena de valor de la industria eléctrica —es decir, generación, transmisión, distribución y comercialización—.

¹⁶ Es importante destacar que existen diversas modalidades de contratación entre particulares, dependiendo de cada instrumento legal.

¿Por qué son relevantes los servicios?

Los servicios se basan en conocimientos avanzados y son actividades que dan valor agregado a una empresa, persona o producto con el consiguiente beneficio para el país. También son reconocidos como la espina dorsal de la economía. Toda actividad productiva necesita servicios para funcionar —por ejemplo, transporte y telecomunicaciones o acceso al sistema financiero—. Asimismo, los servicios contribuyen a mejorar la calidad de vida de las personas.¹⁷ En particular, los servicios están asociados con:

- La reducción de la pobreza.
- El impacto positivo en el empleo.
- La mejora de los salarios.
- La innovación.
- La atracción de inversiones (tanto por su contribución al PIB y al empleo como porque son insumos para el resto de la economía).

3. *Trato nación más favorecida (NMF)*

El principio de NMF vela porque cada país trate de igual forma a los demás miembros de un tratado. Para la Organización Mundial de Comercio (OMC) significa «no discriminación», es decir, tratar prácticamente a todos por igual. Si un país mejora los beneficios que otorga a otro, sin importar que sea parte o no del tratado, tiene que dispensar también ese trato «mejor» a los países con los que tenga suscrito un tratado de libre comercio, especialmente si los países beneficiados y/o afectados son miembros de la OMC, de manera que todos sigan siendo los «más favorecidos».

¹⁷ Vale la pena señalar que, al ser un país en vías de desarrollo, México no cuenta con el capital necesario para satisfacer los servicios que demanda su sociedad. Por tal motivo, es necesaria la inversión privada como motor de desarrollo (en general, esto ocurre en los países en vías de desarrollo).

En general, el trato NMF significa que, cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio (liberalización¹⁸) o abre un mercado, tiene que hacer lo propio para los mismos productos o servicios de todos sus interlocutores comerciales, sean ricos o pobres, débiles o fuertes. Mediante la aplicación de este principio se ha logrado que el derecho a comerciar no dependa de la influencia económica o política de los distintos participantes. Por el contrario, las condiciones más favorables de acceso que se hayan concedido a un país deben otorgarse automáticamente a todos los demás.

Este principio de «*Nación Más Favorecida*» figura también en los tres principales acuerdos de la OMC (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios AGCS y Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio ADPIC), aunque cabe señalar que en cada uno de ellos el principio se aborda de manera ligeramente diferente. En conjunto, esos tres acuerdos abarcan las tres principales esferas del comercio de las que se ocupa la OMC.¹⁹

4. *Trato nacional*

El trato nacional implica el compromiso que asume cada país de otorgar a los inversionistas y a las inversiones cubiertas de otro país un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas, es decir, de dar a los demás el mismo trato que a los nacionales en lo referente al establecimiento,

¹⁸ Se basa en la privatización, la desregulación y la apertura comercial y financiera, y considera que la liberalización comercial es el factor determinante para acelerar el crecimiento: cuanta mayor liberalización comercial, mayor prosperidad económica (Banco Mundial, 2002). Pacheco López, Penélope. “Liberalización de la política comercial y crecimiento económico de México”. *Economía UNAM*. <<http://www.economia.unam.mx/publicaciones/econunam/pdfs/04/06PE-NE1.PDF>>.

¹⁹ “Los principios del sistema de comercio”. *Organización Mundial del Comercio*. <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm#nondiscrimination>.

adquisición, expansión, administración, conducción, operación, y venta u otra forma de disposición de las inversiones.

Las partes de los acuerdos no pueden adoptar medidas discriminatorias, es decir, una persona que exporte servicios desde México no puede ser discriminada por las medidas adoptadas en el país de destino respecto a un competidor local de ese país, dado que extranjeros y nacionales deben recibir el mismo trato. Esta disposición establece, entonces, que un país no puede adoptar medidas que modifiquen, de hecho y de Derecho, las condiciones de competencia a favor de su propio sector de servicios beneficiando únicamente a sus servicios o proveedores y proveedoras nacionales de servicios y no beneficiando a los servicios de los proveedores y las proveedoras de otro país.

5. *Nivel mínimo de trato*

El nivel mínimo de trato significa que cada país debe otorgar a las inversiones cubiertas un *trato justo y equitativo*, así como la *protección y seguridad plenas*, de conformidad a los principios aplicables del Derecho internacional consuetudinario. Cabe señalar que no requieren un trato adicional o más allá de aquel exigido para ese nivel de gobierno. Los Estados no cumplirían con el nivel mínimo de trato si sus acciones resultasen en atrocidad, mala fe, o en una insuficiencia de acción gubernamental que estuviera tan por debajo de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería dicha insuficiencia.²⁰

1.1. *Trato justo y equitativo*: es la obligación de no denegar el acceso a la justicia en procedimientos penales, civiles o contenciosos administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso.

1.2. *Protección y seguridad plenas*: es la obligación de otorgar determinado nivel de protección policial. El nivel mínimo de trato a los extranjeros dentro del Derecho internacional consuetudinario hace referencia a todos los principios que protegen las inversiones

²⁰ “Diccionario de términos de Comercio”. *Sistema de Información sobre comercio exterior*. 2022. <http://sice.oas.org/dictionary/in_s.asp>

de los extranjeros y que son el resultado de una práctica general y consistente de los Estados y seguida por ellos en el sentido de una obligación legal.²¹

6. Medidas disconformes

Las medidas disconformes constituyen las excepciones (cláusulas) a través de las cuales los países que son parte del acuerdo excluyen ciertos sectores, subsectores o actividades de las obligaciones consagradas en el tratado. Es decir los países miembros del acuerdo se reservan el derecho de no aplicar determinadas obligaciones dentro de su territorio. Por ello, las medidas disconformes son fundamentales para entender el alcance de los capítulos objeto del presente estudio, ya que excluyen de su aplicación a las cláusulas de trato de nación más favorecida, trato nacional y nivel mínimo de trato, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y consejo de administración.

De conformidad con su legislación interna, cada país miembro expresa en los anexos (listas) de un tratado de libre comercio (TLC) —o acuerdo de inversión— las medidas disconformes para cada actividad y sector económico. Es importante destacar que las medidas disconformes también establecen a qué nivel de gobierno serán aplicadas, es decir, en el caso concreto de México podrían ser el federal o el local.

Existen dos tipos de medidas disconformes que, por lo general, se incluyen en dos anexos (tratados de libre comercio con lista negativa) en los que se identifican las medidas:

- *Medidas disconformes que se consolidan:* se exceptúan de las obligaciones del TLC, pero no se pueden modificar para hacerlas más restrictivas. Por un lado, se incluyen las medidas del gobierno central que quedan exceptuadas de las obligaciones mencionadas porque están en disconformidad con las obligaciones de alguno de los capítulos, pero con una salvedad: estas medidas constituyen excepciones y al momento de

²¹ Capítulo 9 Inversión del TIPAT. Secretaría de Gobierno.<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86477/9._Inversi_n.pdf>.

la ratificación de un acuerdo se consolidan y no pueden hacerse más restrictivas en el futuro, lo que permite que las medidas puedan continuar aplicándose, pero si la ley mexicana se reforma para permitir la inversión en una modalidad diferente podrán modificarse si con esa modificación aumenta el grado de disconformidad de la medida con el respectivo TLC. Por lo que, si México decidiera hacer modificaciones respecto a alguna de las medidas disconformes establecidas en alguno de los tres tratados de libre comercio objeto del presente trabajo, esta enmienda no podrá orientarse a disminuir el grado de conformidad de la medida, tal y como esta existía en el momento de la firma de los TLC.

- *Medidas disconformes que se excluyen:* se incorporan los sectores más sensibles que permiten adoptar incluso medidas más restrictivas en el futuro. La diferencia con respecto a las arriba descritas estriba en que, en estas, los países no solo podrán continuar aplicando estas medidas, sino que incluso podrán adoptar nuevas medidas más restrictivas. Esto es, se les dota de una excepción más amplia, pues abarca el momento en que entra en vigor el acuerdo y el futuro.

V. MECANISMOS DE DEFENSA DE LAS INVERSIONES CUBIERTAS

1. Medidas disconformes por parte de México dentro de los TLC

Los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establecen que en el territorio nacional existen áreas estratégicas (actividades reservadas al Estado) que son, dentro del sector hidrocarburos, la exploración y extracción de petróleo y de los demás hidrocarburos,²² y, dentro del sector eléctri-

²² La nación tiene el dominio directo, inalienable e imprescriptible de todos los hidrocarburos que se encuentren en el territorio nacional. Los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación.

co, la planificación y control del Sistema Eléctrico Nacional (SEN) así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica (incluyendo la energía nuclear). Esto quiere decir que, dentro de un tratado de libre comercio, México debe establecer medidas disconformes respecto al sector energético. Tal circunstancia se traduce en que, en estas áreas estratégicas la inversión privada dentro del país se permita exclusivamente a través de contratos.

Hidrocarburos: modelos de contratación:

- De servicios.
- De utilidad compartida.
- Producción compartida.
- Licencia.
- Combinación de los anteriores.

Electricidad: a través de contratos, los particulares, por cuenta de la nación, podrán llevar a cabo, entre otras actividades, el financiamiento, instalación, mantenimiento, gestión, operación y ampliación de la infraestructura necesaria para prestar el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica (así como lo relativo a la planeación y control del SEN).

Porcentaje mínimo de contenido nacional: en el caso de México las medidas disconformes permiten al Estado que, en los contratos que suscriben para la realización de sus actividades, sus empresas productivas puedan dar preferencia a la compra de bienes nacionales, contratación de mercancías y servicios, así como dar prioridad a los nacionales mexicanos, incluidos los técnicos y los altos ejecutivos, tratando de no afectar la posición competitiva de la empresa productiva del Estado ni de los otros agentes económicos que estén desarrollando actividades dentro del sector que se trate. Esto no afecta a las inversiones cubiertas de otros países, ya que los inversionistas saben de antemano que en ciertos rubros existirá una discriminación justificada.

El promedio de contenido nacional para las actividades de exploración y extracción será del 25% en 2015 y al menos del 35% en 2025.

Las empresas productivas del Estado pueden dar preferencia a las mercancías y servicios de las empresas mexicanas en sus compras de mercancías y servicios cuando realicen las siguientes actividades dentro del territorio de México:

Comisión Federal de Electricidad, sus subsidiarias y filiales:

- Electrificación de las comunidades rurales y las zonas urbanas marginadas, incluyendo el suministro de energía a usuarios vulnerables a precios asequibles (Fondo de Servicio Universal Eléctrico).
- Transmisión y distribución de electricidad.
- Generación de electricidad mediante el uso de combustibles nucleares; y acondicionamiento, transporte, almacenamiento y confinamiento de residuos radiactivos.
- Transporte por ducto, almacenamiento, distribución y comercialización de gas natural y otros combustibles, de conformidad con la Ley de Hidrocarburos.

Petróleos Mexicanos, sus subsidiarias y filiales podrán brindar asistencia no comercial a la entidad con el único propósito de emprender proyectos encargados por el Gobierno federal:

Con implicaciones sociales y para promover el desarrollo económico, incluyendo proyectos que implican el suministro de servicios en el territorio de partes fronterizas y en los siguientes sectores:

- Tratamiento y refinación de petróleo y procesamiento de gas natural.
- Transporte y almacenamiento de hidrocarburos y petrolíferos.
- Transporte por ducto y almacenamiento de petroquímicos.
- Distribución de gas y productos petrolíferos.
- Expendio al público de hidrocarburos y petrolíferos.

Estas previsiones se dirigen a asegurar el adecuado suministro de hidrocarburos y petrolíferos a precios asequibles con el propósito de

satisfacer las necesidades básicas de la población en las zonas rurales y zonas urbanas marginadas de México.

2. Solución de controversias inversionista-Estado

Cuando se suscita una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben tratar, en primer término, de solucionar la controversia mediante consultas y negociación. A tal efecto, se puede hacer uso de procedimientos de carácter no vinculante ante terceros, entre ellos los buenos oficios, la conciliación o la mediación; en este caso, el demandante deberá entregar al demandado una solicitud por escrito para la realización de consultas que incluya una breve descripción de los hechos relativos a la medida en cuestión.

Una reclamación se considerará sometida a arbitraje cuando la demandante entrega la notificación o la solicitud de arbitraje («notificación de arbitraje»). Para someter una reclamación a arbitraje es necesario que cada una de las partes consienta la celebración del arbitraje. El consentimiento deberá satisfacer los requisitos de la corte arbitral que aplique, dependiendo de los países involucrados y el tratado suscrito, y pueden ser los siguientes:

1. Capítulo II del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, que requieren el consentimiento por escrito de las partes de la controversia.
2. Artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), que requiere un acuerdo por escrito.
3. Artículo I de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención Interamericana), que requiere un acuerdo.

El tribunal está integrado por tres árbitros. Dos de ellos son designados por cada una de las partes contendientes y el tercero —que

será el árbitro presidente— será designado por acuerdo de las partes contendientes.

Las partes podrán acordar la sede legal de cualquier arbitraje conforme a las reglas arbitrales aplicables al acuerdo del que sea parte. A falta de acuerdo entre las partes contendientes, el tribunal determinará la sede legal de conformidad con las reglas arbitrales aplicables.

Existen condiciones y limitaciones al consentimiento de cada parte, ya que ninguna reclamación se someterá a arbitraje si han transcurrido más de tres años y seis meses desde la fecha en que el demandante tuvo conocimiento por primera vez —o debió haber tenido conocimiento por primera vez— de la presunta violación y de que el demandante o la empresa sufrió pérdidas o daños.

Dependiendo del tipo de reclamación, el derecho aplicable por el tribunal puede ser el conjunto de las normas aplicables del derecho internacional y las establecidas en el respectivo tratado o las reglas de derecho aplicables a la autorización de la inversión pertinente. Dicho de otra forma, se toma en consideración el ordenamiento jurídico interno del demandado cuando sea relevante para la reclamación como una cuestión de hecho. El «ordenamiento jurídico del demandado» es la ley que una corte o tribunal nacional con jurisdicción aplicaría en el mismo caso.

Puede llegar a producirse una acumulación de procedimientos. Esto sucede cuando dos o más reclamaciones han sido sometidas a arbitraje de manera separada, las reclamaciones contengan una cuestión de hecho o de derecho en común y surjan de los mismos hechos o circunstancias, por lo que cualquier parte contendiente podrá solicitar una orden de acumulación. En estos casos, el tribunal podrá, en interés de alcanzar una resolución justa y eficiente de las reclamaciones, asumir jurisdicción para conocer y determinar conjuntamente sobre la totalidad o parte de las reclamaciones de manera conjunta.

Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo, podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente el pago de daños pecuniarios, así como los intereses correspondientes o la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado po-

drá pagar daños pecuniarios más los intereses que procedan en lugar de la restitución, todo ello en el bien entendido de que, cuando un inversionista de una parte somete una reclamación a arbitraje, este podrá recuperar solo las pérdidas o daños que haya sufrido en su condición de inversionista de una parte. También puede condenarse al pago de las costas y los honorarios de abogados en los que incurrieron las partes contendientes respecto al procedimiento arbitral, y el tribunal determinará cómo y quiénes deberán pagar esas costas y honorarios de abogado.

En el caso de México, si un inversionista de una parte elige someter una reclamación a arbitraje ante un tribunal judicial o administrativo del país, dicha elección será definitiva y exclusiva, y el inversionista no podrá posteriormente someter una reclamación a arbitraje para la solución de controversias Inversionista-Estado.

3. *Expropiación e indemnización*

Esta cláusula no permite a los países expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta. Se materializa cuando las partes imponen medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación). Existen dos tipos:

- *Expropiación directa*: es aquella en la que una inversión es nacionalizada o, dicho de otra manera, expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
- *Expropiación indirecta*: se materializa mediante un acto o una serie de actos de un país (reformas en la legislación) que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio. Cuando los actos regulatorios no discriminatorios de un país son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público —entre ellos, la salud pública, la seguridad y el medio ambiente—, estas no constituyen expropiaciones indirectas.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DEL ESTUDIO (CUADRO COMPARATIVO)

Antecedentes

El 20 de diciembre de 2013 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto por el que se reformaron los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de energía. Los cambios que trajo consigo la norma fueron, en primer término, la permisión de la participación de particulares en las actividades de este sector de manera concreta a través de concesiones para la exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos y mediante contratos para la planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional (SEN), así como para el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica. Pero sobre todo destaca que esta reforma abrió la puerta a que los servicios de generación y comercialización (suministro) de energía eléctrica se presten en un régimen de libre competencia. Esto es, en ambas actividades se permite la participación de particulares sin más restricciones que las marcadas por ley, a saber, la obtención de un permiso para generar energía eléctrica en el territorio nacional o, para la comercialización, un permiso en modalidad de suministrador.

En 2018 tuvo lugar la sucesión presidencial. El nuevo titular del Ejecutivo Federal manifestó su disconformidad con la reforma arriba descrita debido a que, a su entender, lejos de ser una palanca de desarrollo para el país, el modelo creado en 2013 constituía un retroceso, dado que suponía cambiar de un monopolio de Estado a un monopolio particular, cambio que ponía en riesgo la soberanía energética del Estado mexicano.

Semejante toma de postura motivó que el 1 de octubre de 2021, el actual presidente de la República presentara ante la Cámara de Diputados una iniciativa de decreto mediante el que pretende reformar nuevamente los artículos 25, 27 y 28 de la CPEUM en materia de energía. La nueva iniciativa de reforma mantiene las previsiones relativas a la forma a través de la cual los particulares pueden participar

en el sector de hidrocarburos, aunque incorpora el litio como área estratégica del Estado, área en la que, según la iniciativa presidencial, no se otorgarán concesiones. Destaca, asimismo, el proyecto de reforma sobre la industria eléctrica, ya que los cambios que propone suponen un regreso al monopolio estatal en este rubro, y la generación y comercialización vuelven a ser áreas estratégicas, a las que se suma el abastecimiento.

Cuadro comparativo

El siguiente cuadro comparativo abordará algunas consideraciones relativas a las posibles implicaciones del proyecto de reforma de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia de energía, presentado por el Ejecutivo federal el 1 de octubre de 2021.

Se identificará cuáles de estas actividades ya se encontraban totalmente abiertas al mercado, y cuáles, bajo ciertas modalidades, permiten la participación de la iniciativa privada (inversión) tanto nacional como extranjera, tomando como base las medidas disconformes establecidas en las listas o anexos de los tres TLC objeto de estudio del presente trabajo T-MEC, TLCUEM, TIPAT y las cláusulas (nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato) de protección que les aplicaría.

Se expondrá, pues, un cuadro comparativo entre el texto constitucional actual (reforma de 2013) y los cambios propuestos en la nueva iniciativa de reforma (2021). Aclaro que no se transcribieron literalmente los textos y que ello solo se hizo con los que revisten mayor importancia por ser los que sufrirán modificaciones sustanciales que pueden derivar en demandas a nivel internacional, las cuales seguramente se resolverían a través de un arbitraje.

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos

Texto vigente (reforma 2013)	Propuesta de modificación (iniciativa de reforma 2021)
Artículo 25. 1. Empresas productivas del Estado. 2. Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos.	Artículo 25. 1. Organismos descentralizados. 2. El abastecimiento continuo de energía eléctrica a toda la población.
Punto 1. Significa un retroceso: incluso los TLC tienen un capítulo que norma a las empresas productivas del Estado, ya que, a diferencia de los organismos descentralizados, su objeto principal es agregar valor (económico) al Estado mexicano.²³ Punto 2. Aquí se está aplicando una medida más restrictiva que la que existe, viola los principios de <i>ratchet</i> y consolidación (<i>standstill</i>),²⁴ que aseguran que las partes no adoptarán medidas más restrictivas en el futuro y aplicarán automáticamente cualquier liberalización futura sin posibilidad de revocarla posteriormente, podría llegarse a un arbitraje y, en su caso, a un laudo final que determine que hubo una expropiación indirecta y los efectos que traería sería una indemnización. En el bien entendido de que el tribunal podrá otorgar, por separado o de manera conjunta (acumulación de procedimientos), únicamente el pago de daños pecuniarios, así como los intereses correspondientes o la restitución de la propiedad. También puede condenarse al pago de las costas y los honorarios de abogados en los que incurrieron las partes contendientes.	

²³ Tesis Aislada, COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. ESTÁ SUJETA A LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, AL SER UN ENTE PÚBLICO FEDERAL. <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014988>>.

²⁴ Reporte T-MEC. Capítulo de Inversión de T-MEC. *Secretaría de Economía*. 2019. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/492765/Reporte-TMEC_n14-esp_20190909_b.pdf>.

Artículo 27. En los casos a los que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, 1. sin correlativo	Artículo 27. En los casos a los que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, 1. Tratándose de minerales radiactivos, litio y demás minerales considerados estratégicos para la Transición Energética.
2. La planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica. 3. Sin correlativo 4. Mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con	2. No se otorgarán concesiones. Corresponde exclusivamente a la nación el área estratégica de la electricidad consistente en generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica. 3. El Estado queda a cargo de la Transición Energética y utilizará de manera sustentable todas las fuentes de energía de las que dispone la nación. 4. Mediante asignaciones a organismos del Estado o a través de contratos con estos o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos los organismos del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.

particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos del subsuelo son propiedad de la nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.	
Punto 2. Implica un retroceso (medida más restrictiva) de nueva cuenta, dado que toda la cadena de valor de la industria eléctrica (generación, transmisión distribución y comercialización) pasa a ser área estratégica, sobre todo en generación y comercialización de sectores que ya están en libre competencia, en transmisión y distribución existen contratos con particulares para la ampliación y modernización de la red nacional de transmisión y las redes generales de distribución, además de derechos financieros de transmisión, puede llegarse a un arbitraje. Dentro de las actividades de transmisión y distribución —funciones desempeñadas por la CFE—, sería necesario revisar qué tipo de cláusula se les aplica (trato nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato), ya que existen múltiples medidas disconformes en el bien entendido de que estas actividades nunca han dejado de ser áreas estratégicas. Punto 3. Respecto a la transición energética, el país asumió compromisos dimanantes para contribuir al cambio climático, entre ellos la generación de electricidad con fuentes renovables o limpias. Esta tecnología es relativamente nueva, por lo que la mayoría de las centrales eléctricas instaladas en territorio nacional son de inversión privada. Al cambiar las reglas de despacho de energía y el porcentaje de participación por parte de la iniciativa privada en generación se vislumbra difícil poder cumplir nuestras responsabilidades comunes, pero diferenciadas a nivel mundial, haciendo mención a que se cancelarían los Certificados de Energías Limpias. Punto 4. Retroceso de empresa productiva del Estado a organismo descentralizado. Nos referimos, específicamente, a la Comisión Federal de Electricidad (CFE) y Petróleos Mexicanos (PEMEX).	
Artículo 28. 1. No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía	Artículo 28. 1. No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos, litio y demás minerales

nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, 2. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado, al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia. 3. Sin correlativo. 4. Sin correlativo	estratégicos, generación de energía nuclear, electricidad; y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, 2. La comunicación vía satélite, los ferrocarriles, las industrias requeridas para la Transición Energética son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución. El Estado, al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos respecto las vías de comunicación mantendrá su dominio de acuerdo con las leyes de la materia. 3. La Comisión Federal de Electricidad, organismo del Estado con personalidad jurídica y patrimonio propio, es responsable de la electricidad y el Sistema Eléctrico Nacional, así como de su planeación y control; será autónoma en el ejercicio de sus funciones y en su administración, y estará a cargo de la ejecución de la Transición Energética en materia de electricidad, así como de las actividades necesarias para ésta. 4. La Comisión Federal de Electricidad generará al menos el cincuenta y cuatro por ciento de la energía eléctrica que requiere el país. El sector privado participará hasta en el cuarenta y seis por ciento de la generación que requiera el país. El servicio público de abastecimiento de energía eléctrica será prestado exclusivamente por la Co-
--	--

	misión Federal de Electricidad, la que podrá adquirir energía eléctrica del sector privado.
Punto 1. De nueva cuenta pasa toda la industria eléctrica a ser un monopolio estatal. Anteriormente ya se mencionaron los problemas asociados a esta medida. Puntos 3. y 4. Toda la industria eléctrica quedo a cargo de la CFE, monopolio estatal en actividades que ya estaban liberalizadas y que no se consideran monopolios naturales. Se cancela la estricta separación legal de la CFE y se integra como un solo organismo del Estado en forma vertical y horizontal. Se reincorpora el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE) con sus funciones y atribuciones. De esta manera, la CFE queda de nueva cuenta a cargo de la planeación y control del SEN, así como del despacho económico siendo el CFE quien, a través del CENACE, adquirirá la energía eléctrica y capacidad generada por el sector privado mediante la competencia (entre privados) para su despacho por sus menores costos de producción en beneficio de los usuarios finales.	

VII. CONCLUSIONES

Como ha podido observarse en el presente estudio, los tratados de libre comercio son acuerdos que firman los países con la finalidad de promover y proteger las inversiones. Este aspecto es muy importante, ya que, para que un inversionista se decida a invertir en un país, debe tener la certeza de que encontrará garantías de protección de las inversiones que realice.

Esta protección se hace efectiva mediante el respeto y el cumplimiento de la legislación vigente de cada país y el respectivo compromiso de la nación en la que se pretende invertir de no modificar o reformar la ley a fin de no afectar estas inversiones. Sin embargo, para los países y los inversionistas extranjeros no es suficiente la garantía que ofrecen los demás países. Por ello, se crea la Organización Mundial de Comercio (OMC), que rige la mayoría de los intercambios de bienes y servicios transfronterizos que se realizan entre países, ya que la mayoría de los Estados nación están inscritos a la misma.

A través de los años y gracias a su experiencia, la OMC ha establecido cláusulas dentro de los tratados de libre comercio que ayudan a los países firmantes a dar esa garantía que necesitan los inversionistas extranjeros para invertir en otro territorio o, dicho de otra manera, ayudan a los países en su proceso de transición a una economía de mercado. Estas cláusulas, que también están consagradas en los tratados T-MEC, TLCUEM, TIPAT, de los cuales México forma parte, son las denominadas trato nación más favorecida, trato nacional y nivel mínimo de trato. Sin embargo, no son los únicos mecanismos para garantizar la inversión, dado que los acuerdos de inversión también contienen las medidas disconformes que sirven como referencia de los bienes y servicios en los cuales se puede invertir y las modalidades para hacerlo, pero van más allá porque establecen que el arbitraje es mecanismo de solución de posibles controversias.

Los conceptos establecidos en las cláusulas de trato nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato pudieran parecer similares entre sí, pero presentan diferencias —que ya fueron explicadas—, ya que no es regla que a las medidas disconformes les apliquen las mismas cláusulas, es decir, dependiendo del tipo de medida disconforme se aplica un tipo de cláusula.

Así, un inversionista que pretenda invertir en México en materia de energía, debe estudiar los anexos I y II del tratado de libre comercio que le aplique (T-MEC, TLCUEM, TIPAT). En ellos se enlistan los sectores y actividades que cuentan con medidas disconformes y qué tipo de cláusulas les aplicaría a estas medidas, ya que, en caso de invertir en un sector o actividad con medida disconforme, deberán apegarse a esas normas establecidas. En el caso de que un sector o actividad no se encuentre dentro de las medidas disconformes, se considera un sector liberalizado.

El hecho de que exista una medida disconforme no quiere decir que no esté protegida la inversión. El inversionista que decide invertir sabe de antemano que no habrá piso parejo, pero esto no significa que no se van a respetar las reglas establecidas en el momento de la firma del acuerdo de inversión. Esa es la razón de que existan dos tipos de medidas disconformes: las que se consolidan —que son las

que ya no se pueden modificar para hacerlas más restrictivas—, y las que excluyen —que permiten adoptar medidas más restrictivas a futuro—; usualmente, estas se enmarcan en actividades a través de la cuales se brinda asistencia no comercial al país para satisfacer las necesidades básicas de la población en las zonas rurales y zonas urbanas marginadas de México.

Ahora bien, si una parte de un tratado comercial modifica o reforma su legislación interna, no podrá imponer leyes que hagan o se traduzcan en medidas más restrictivas a la inversión dentro de los sectores con medidas disconformes. En caso contrario, podría llegarse a un arbitraje, definido como un mecanismo de solución de controversias ante una corte arbitral internacional. Los arbitrajes han alcanzado gran reputación, ya que son serios en el momento de emitir sus resoluciones, y esto se logra gracias a que las determinaciones se toman escuchando a expertos en la materia y en la confiabilidad de no ser corruptibles.

Si se hubiera aprobado la iniciativa de reforma en materia de energía del año 2021, seguramente se habrían suscitado muchas reclamaciones contra el Estado mexicano y la gran mayoría habrían culminado mediante un laudo arbitral. Las reclamaciones estarían fundadas en la inadecuada adopción de medidas más restrictivas cuando el Estado ya se había comprometido a no hacerlo; justamente esa previsión era lo que garantizaba al inversionista que obtendría el retorno de su inversión, esto es, ganancia. Pero el problema para México no terminaría ahí, ya que estas reclamaciones se cobran de manera pecuniaria y, teniendo en cuenta que las inversiones en materia de energía son de millones, el costo para el país puede ser de cantidades exorbitantes. Es importante no pensar que solo los cambios a la CPEUM podrían significar reclamos: también las modificaciones de leyes secundarias pueden derivar en controversias si estas cambian sustancialmente las reglas acordadas. En ese sentido, una opción podría ser solicitar por escrito una consulta y realizar una negociación con la finalidad de llegar a una conciliación o acuerdo para hacer más restrictivo un sector previamente liberalizado.

Dado que es un país en desarrollo, México no puede permitirse el lujo de perder su grado de confiabilidad y de respeto por las inversiones, ya que los beneficios que traen consigo los acuerdos de protección a las inversiones —entre ellos, el intercambio o transferencia de tecnologías y las prácticas y procesos que resultan indispensables como palanca de desarrollo—, más aun en el tema de la energía, que es una disciplina multidisciplinaria y en una constante evolución vinculada a la búsqueda de mejores tecnologías para el aprovechamiento sustentable de la energía en el consumo final y los procesos de transformación de la misma; aunado a la transición energética que se está promoviendo a nivel mundial y en la que destaca el uso y aprovechamiento de energía renovable y limpia. Esto es significativo porque, en materia de energía, las inversiones que se han recibido en los últimos años han sido en estos rubros, especialmente en la generación de energía eléctrica a través de fuentes renovables y limpias, pero también en toda la cadena valor de la industria, en lo que respecta a la transmisión y distribución, en el cambio a redes eléctricas inteligentes y en la comercialización (suministro) de los sistemas de medición de consumo de energía.

Por último y aunque no ha sido objeto de estudio del presente trabajo, vale la pena destacar los compromisos (objetivos y metas) que México ha asumido a nivel internacional respecto a la transición energética, en específico la mitigación y adaptación al cambio climático, objetivos que están en riesgo de no ser cumplidos por nuestro país. En el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, el objetivo es coadyuvar a mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para reducir ese aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales y, por otro lado, el cumplimiento de los objetivos de aprovechamiento sustentable de la energía, así como las obligaciones en materia de energías limpias y de reducción de emisiones contaminantes de la industria eléctrica, puntos respecto a los que, el país asumió como meta una participación mínima de energías limpias en la generación de energía eléctrica del 30% para 2021 y del 35% para 2024.

BIBLIOGRAFÍA

- Anglés Hernández, Marisol y Palomino Guerrero, Margarita, *El desarrollo energético en México a la luz de los derechos humanos*, México: UNAM-IJ.
- Becerra, Manuel, *La jerarquía de los tratados internacionales respecto a la legislación general federal y local*, México: IJ-UNAM.
- Espinosa Fernández, Jorge, *Regulación del sector energético*, México: UNAM-IJ, 1997.
- Fernández Arroyo, Diego y Moreno Rodríguez, José Antonio, «Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos). Parte II y IV», Buenos Aires, *Jornadas de la ASADIP*, 1997.
- García Corona, Irene Gabriela, *Arbitraje de inversión la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos*, México: UNAM-IJ, 2013.
- García Corona, Irene Gabriela, *Arbitraje de inversión la cláusula de la nación más favorecida (CNMF O MFNC) derechos de las inversiones*, México: UNAM-IJ, 2013.
- Informe de la Reunión de Expertos sobre Soberanía Energética, Cambio Climático y Transición Energética: El Caso del Gas Natural en México*. Sede subregional de la CEPAL en México y se llevó a cabo en forma virtual el día 21 de septiembre de 2021. Disponible en: <<https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47421/LCMEXSEM.2641.pdf?sequence=1>>.
- Manual Exportación de Servicios y Aprovechamiento de Tratados de Libre Comercio. Medidas Disconformes*, Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 2021. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/servicios/manual_servicios.pdf?sfvrsn=b527b502_2>.
- Romero Gudiño Alejandro, *Regulación del sector energético*, México: UNAM-IJ, 1997.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jerarquía de los tratados internacionales respecto a la legislación general federal y local conforme al artículo 133 constitucional*, México: UNAM-IJ, 2009.
- Sánchez Camacho Alejandro, *Integración energética de América del Norte*, México: UNAM-IJ, 2007.
- Texcalpa Fragoso, David, *Desarrollo energético en México a la luz de los derechos humanos*, México: UNAM-IJ, 2021.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículos 25, 27 y 28.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto Promulgatorio del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, hecho en Santiago de Chile, el ocho de marzo de dos mil dieciocho. Diario Oficial de la Federación 29/11/2018.

Ley de Comercio Exterior.

Ley de Hidrocarburos, Artículos 1, 3, 5, 6, 8, 11, 12, 16, 17, 18, 19, 29, 41, 46, 83, 120, 122, 123, 124, 125, 128 y Transitorios Octavo, Décimo Cuarto, Vigésimo Cuarto y Vigésimo Octavo.

Ley de Petróleos Mexicanos, Artículos 2, 4, 5, 7, 59, 63, 76, 77, y 78.

Ley de Petróleos Mexicanos, Artículos 13, 63 y 76.

Reglamento de la Ley de Hidrocarburos, Artículos 14 y 36.

Reglamento de las actividades a que se refiere el Título Tercero de la Ley de Hidrocarburos.

Artículo 51 Metodología para la Medición del Contenido Nacional en Asignaciones y Contratos para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos, así como para los permisos en la Industria de Hidrocarburos, emitida por la Secretaría de Economía.

Glosario

Acuerdo ADPIC. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio contenido en el Anexo 1 C del Acuerdo sobre la OMC.

Acuerdo sobre la OMC. Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994.

AGCS. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios contenido en el Anexo 1B del Acuerdo sobre la OMC.

CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones establecido por el Convenio del CIADI.

Convención de Nueva York. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958.

Convención Interamericana. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecha en Panamá, el 30 de enero de 1975.

Convenio del CIADI. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

GATT de 1994. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 contenido en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC.

OMC. Organización Mundial del Comercio.

Reglas de Arbitraje de la CAIL. Reglas de arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

Reglas de Arbitraje de la CCI. Reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

TIPAT (TPP). Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.

TLC. Tratado de Libre Comercio.

TLCUEM. Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea.

T-MEC. Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá.

MATRIMONIO NOTARIAL

NOTARIAL MARRIAGE

Alejandra Castañeda Rivera*

RESUMEN: Este artículo comienza realizando un análisis de los antecedentes romanos y medievales del vínculo matrimonial, la manera en que este se conformó, sus requisitos e impedimentos. Asimismo, trata brevemente la relación entre la figura del matrimonio y la religión en dicho periodo, y reflexiona sobre la prevalencia de ciertas normas religiosas en la figura legal del matrimonio en nuestro país a través del tiempo. La primera parte concluye con una sumaria exposición de los tipos de matrimonio, así como de las formas de disolución de la figura. Seguidamente, el trabajo aborda el estudio del matrimonio notarial. En primer término se analiza la figura del notario y sus atribuciones, así como la relación existente entre el fedatario público y los contrayentes. En el último tramo del texto se formula una propuesta de regulación del matrimonio notarial en México.

PALABRAS CLAVE: Iglesia católica; Código Civil Federal; Código Civil del Estado de México; Código Civil de la Ciudad de México; matrimonio; matrimonio notarial; divorcio; notario.

ABSTRACT: This article begins with an analysis of the Roman and medieval antecedents of the marriage bond, the way in which it was formed, its requirements and impediments. Likewise, it briefly deals with the relationship between the figure of marriage and religion in that period, and reflects on the prevalence of certain religious norms in the legal figure of marriage in our country over time. The first part concludes with a summary exposition of the types of marriage, as well as the forms of dissolution of the figure. Next, the work deals

* Licenciada en Derecho por la Universidad Anáhuac, México. Asesora en la Subdirección de Vinculación Interinstitucional de la Secretaría de las Mujeres en el Estado de México.

with the study of notarial marriage. Firstly, the figure of the notary and his powers are analyzed, as well as the relationship between the notary public and the contracting parties. In the last section of the text, a proposal for the regulation of notarial marriage in Mexico is formulated.

KEYWORDS: Catholic Church; Federal Civil Code; Civil Code of the State of Mexico; Civil Code of Mexico City marriage; notarial marriage; divorce; notary.

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2022.

Fecha de aceptación: 01 de agosto de 2022.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. 1. ROMA. 2. EDAD MEDIA (LA FIGURA DEL MATRIMONIO Y SU RELACIÓN CON LA IGLESIA). III. CONCEPCIÓN ACTUAL DEL MATRIMONIO. IV. MODALIDADES EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. V. DISOLUCIÓN DE LOS VÍNCULOS MATRIMONIALES (DIVORCIO Y SUS TIPOS). VI. EL NOTARIO Y SU RELACIÓN CON LA FIGURA DEL MATRIMONIO. VII. EL MATRIMONIO NOTARIAL EN EL DERECHO COMPARADO. VIII. CONSIDERACIONES PARA LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO NOTARIAL EN MÉXICO. IX. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Para tratar el tema que nos ocupa, es necesario abordar, de manera introductoria, la institución del matrimonio, sus orígenes, sus formalidades, sus requisitos, la cuestión de la disolución del vínculo nupcial y sus diferentes modalidades con la finalidad de trazar un paralelismo necesario entre las formas convencionales de celebración del matrimonio y aquella que consiste en facultar a un notario público para sellar el vínculo jurídico en un marco en el que, en algunos casos, el propio fedatario público ya está facultado para ejercer esta función.

El matrimonio es una institución fundamentalmente social a través de la cual dos personas físicas establecen un vínculo entre ellas con vocación de durabilidad. Aun cuando, en principio, el matri-

monio involucra solo a dos personas, una vez celebrado trasciende mucho allá de ellas y tiene efectos tanto en otras personas como en la sociedad. Así lo refleja la definición del artículo 146 de Código Civil de la Ciudad de México:

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.¹

El transcurso del tiempo y la evolución de la doctrina jurídica muestran que, en función de la perspectiva de análisis, el matrimonio puede ser caracterizado como una institución, como un acto jurídico, como un acto jurídico mixto, como un contrato ordinario, como un contrato de adhesión, como un estado jurídico o como un acto del poder estatal.

II. ANTECEDENTES

1. *Roma*

Es de suma importancia entender y analizar el origen de la institución. Al igual que ocurre con numerosos conceptos e institutos jurídicos, el matrimonio surgió en la antigua Roma, y fue asimilado por la primera embrionaria y después creciente cultura cristiana. Posteriormente, en la cultura occidental adquirió su carácter de figura legal y nexo religioso.

En contraste con su configuración actual, en el Derecho romano el matrimonio no era más que la unión de dos personas de diferente sexo que tenían la intención de adquirir la condición de marido y mujer. Era necesario que en la institución confluyeran tanto el elemento objetivo —la convivencia entre los cónyuges— como el ele-

¹ México. Código Civil para el Distrito Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 1928 (última reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*: 05 de febrero de 2015). <<http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a-0d2628615e069b140.pdf>>. [Consulta: 21/03/ 2022.]

mento subjetivo —la *affectio maritalis*, entendida como la intención de las partes de brindarse afecto y apoyo mutuo—. Puede afirmarse que se trataba de un hecho social sin demasiada importancia jurídica y que el Derecho únicamente adquiriría relevancia en la regulación de las consecuencias patrimoniales derivadas del matrimonio.

Ahora bien, de manera semejante a lo que ocurre actualmente, existían ciertos requisitos e impedimentos para contraer matrimonio. Entre los requisitos, cabe destacar los siguientes: la capacidad jurídica, la capacidad natural y la existencia del consentimiento —que no debía ser prestado solo por los contrayentes, sino también por el *paterfamilias*—. Al respecto, Ortolán observa:

«Contraen entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos, cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberes con las hembras núbiles, ya sean padres de familia, hijos de familia; con tal que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres, bajo cuya potestad se hallan».²

Como puede observarse en esta definición, que uno de los requisitos hace referencia a los varones púberes y a las hembras núbiles. Es decir, el Derecho romano estableció una edad mínima para poder contraer matrimonio: catorce años para los varones y doce para las mujeres.

Por lo que respecta a la capacidad jurídica necesaria para contraer matrimonio, únicamente gozaban de ella los ciudadanos romanos y algunos extranjeros a quienes se les concedía de manera extraordinaria. Los esclavos no podían contraer matrimonio en ningún caso.

En relación con los impedimentos para contraer matrimonio, al igual que sucede en su regulación actual, en Roma existían impedimentos absolutos y relativos. Entre los impedimentos absolutos figuraba la existencia de un matrimonio previo no disuelto, la condición de esclavo de cualquiera de los contrayentes y el hecho de que uno de ellos hubiera profesado el voto de castidad o tomado las órdenes

² Ortolán, M., *Instituciones de Justiniano*, ed. bilingüe, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1964, p. 43.

mayores. Los impedimentos relativos eran los siguientes: el parentesco por consanguinidad o por cognación, la afinidad, el adulterio y el rapto.³

2. Edad Media (la figura del matrimonio y su relación con la Iglesia)

A lo largo de la Edad Media, el auge y el ascendiente de la religión motivó que en la sociedad primaran las cuestiones de naturaleza religiosa en desmedro de los aspectos jurídicos. El matrimonio no fue ajeno a esta tendencia. De hecho, fue precisamente en esta época cuando el matrimonio empezó a ser concebido como una institución regulada y regida por la Iglesia.

En esta etapa histórica surgió y se consolidó el Derecho canónico. La Iglesia asumió la función de regular diversos aspectos de la vida en sociedad, entre ellos el matrimonio. En el Derecho canónico el matrimonio se entiende como un contrato cuyas finalidades son el bienestar de los cónyuges, la procreación y educación de los hijos en común. Como escribe Iglesias:

«1055 § 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados [...]».⁴

Analizando en detalle el canon tomado del Código de Derecho Canónico, resulta evidente que, para la Iglesia católica, hay una característica del matrimonio que lo diferencia desde su origen del matrimonio civil: la duración. De la lectura de la legislación canónica se desprende que el matrimonio católico no está sujeto a temporalidad, es decir, que se trata de un vínculo llamado a mantenerse durante

³ Iglesias, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona: Ariel, 1972, p. 466 y ss.

⁴ *Código de Derecho Canónico. La Santa Sede*, n.d. <https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/esp/documents/cic_libro4_cann1055-1062_sp.html>. [Consulta: 22/03/2022.]

toda la vida, a diferencia del matrimonio civil, que, si bien no se contrae por un tiempo determinado, puede ser disuelto por el divorcio.

Aun cuando en la legislación canónica existen causas que pueden justificar la anulación del sacramento del matrimonio, en la práctica esta hipótesis es tan poco común como difícil de llevarse a cabo, ya que en algunas ocasiones no es posible acreditar las causas de la nulidad.

Durante la Edad Media se creó otra figura directamente ligada al matrimonio, los esponsales. Se trataba de un contrato previo que daba origen a un matrimonio, si bien, a diferencia del matrimonio, el contrato era celebrado entre el padre de la futura esposa y el futuro marido. Para celebrar este pacto no era necesario el consentimiento o incluso la participación de la mujer. Por otra parte, en los esponsales se establecía la dote, que era el monto que el futuro esposo o su familia debían otorgar como contraprestación al padre de la futura esposa.

Tras la celebración del contrato de esponsales, la unión matrimonial se tenía por existente una vez que la mujer abandonaba la casa de su padre para comenzar a residir en la casa de su esposo. El efecto más relevante del matrimonio durante la Edad Media era que la patria potestad de la mujer pasaba de estar en manos de su padre a estar en manos de su marido.

Es importante señalar que, si bien un matrimonio y el contrato de esponsales podían ser pactados aun cuando la mujer no tuviera la edad necesaria para procrear, el matrimonio y las formalidades para el mismo no podía llevarse a cabo hasta que la mujer no contara con la edad suficiente.

Al igual que en la Antigüedad, en el Medievo existían tantos requisitos como impedimentos para contraer matrimonio. No obstante, dado que en la época el matrimonio era percibido sobre todo como una especie de alianza económica o política, en muchos casos la Iglesia dispensaba la mayoría de los impedimentos.

Como se observa en lo expuesto hasta aquí, en la Edad Media no era necesaria la capacidad o el consentimiento de la mujer que con-

traía matrimonio, e incluso en algunos casos —mayoritariamente, en aquellos matrimonios políticos celebrados entre diversos futuros reyes o reinas— tampoco era necesario el consentimiento de los varones, sino únicamente el de quienes ostentaban su patria potestad, que eran los que celebraban los contratos de esponsales.

A fin de robustecer el argumento expuesto anteriormente y de demostrar la escasa relevancia del género femenino dentro en la Edad Media, citaremos el siguiente pasaje de San Pablo:

«No deben las mujeres tener voz en la Iglesia; solamente si alguna duda tuviere, pregúnteselo a los maridos en su casa».⁵

Una vez superada la Edad Media, y a pesar de que se mantuvo la importancia del matrimonio como sacramento católico y de que este sigue celebrándose hasta la actualidad, tras la separación de la Iglesia y el Estado el matrimonio como vínculo jurídico comenzó a tomar nuevamente relevancia en la sociedad y ha ido transformándose continuamente hasta adquirir los perfiles de lo que por matrimonio conocemos hoy en día.

III. CONCEPCIÓN ACTUAL DEL MATRIMONIO

Si bien actualmente han proliferado a nivel mundial diversas religiones, la Iglesia católica continúa siendo una de las fuerzas religiosas más importantes, particularmente en México. Por ello, el matrimonio como sacramento sigue ejerciendo una fuerte influencia en nuestro país, hasta el punto de que incluso algunos de los impedimentos para contraer matrimonio ante la Iglesia se replican como impedimentos en la legislación común.

Entre los impedimentos para contraer matrimonio ante la Iglesia se encuentran la falta de edad requerida, la impotencia, vínculo matrimonial anterior, el rapto, la falta de bautizo de una de las partes, la toma de órdenes, el voto de castidad, el hecho de que el contrayente cometa asesinato para la celebración del matrimonio, el parentesco

⁵ San Pablo, Primera carta a los Corintios, 11,7-9.

por consanguinidad, afinidad o adopción y la falta de consentimiento derivado de la violencia ejercida por uno de los contrayentes.

Como ya se ha dicho, los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en la legislación actual presentan notables similitudes con los estipulados por la Iglesia católica:

Artículo 156. Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

I. La falta de edad requerida por la Ley;

II. La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;

III. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII. La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;

VIII. La impotencia incurable para la cópula;

IX. Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

X. Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

XI. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer; y

XII. El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

En el caso de la fracción III solo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere es conocida y aceptada por el otro contrayente.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.⁶

Como puede observarse, la diferencia entre los impedimentos establecidos en la legislación actual y los impedimentos religiosos son mínimas y se refieren únicamente a las cuestiones relacionadas con la vida religiosa, es decir, los votos de castidad, la falta de bautismo de alguno de los contrayentes y el ordenamiento ante la Iglesia para asumir algún cargo en ella.

Como se ha señalado más arriba, la naturaleza jurídica del matrimonio es diversa en función la óptica desde la que se analice. La doctrina ha realizado múltiples análisis de este tema, y los elementos que lo componen —es decir, el acto jurídico y la relación jurídica— han ido cobrando mayor relevancia.

Desde esta óptica, la teoría más aceptada por la doctrina es que el matrimonio debe ser entendido como un acto jurídico mixto, dado que su existencia requiere tanto la voluntad de los contrayentes —acto jurídico— como la voluntad del Estado —que determina los requisitos y formalidades necesarios para la creación del vínculo jurídico—.

Es importante señalar que, en la actualidad, y a diferencia de la concepción de la institución matrimonio desde la antigüedad, en las legislaciones más progresistas es caracterizado como el vínculo entre dos personas, sin importar su sexo, cuya finalidad es la creación de un vínculo jurídico entre ambas y el establecimiento de una vida común entre los contrayentes.

⁶ México. Código Civil para el Distrito Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 1928 (última reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*: 05 de febrero de 2015), *op. cit.* [Consulta: 22/03/2022.]

IV. MODALIDADES EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Una vez analizados el concepto de matrimonio, sus orígenes y los cambios que ha experimentado la institución, debemos señalar que, actualmente, la legislación prevé dos modalidades para la celebración de un matrimonio: la separación de bienes y la sociedad conyugal. Ambas tienen una alta relevancia para nuestro tema, ya que están intrínsecamente ligadas a la disolución del vínculo matrimonial.

Respecto de las modalidades que contempla la ley para celebrar un matrimonio, es necesario apuntar que se refieren única y exclusivamente al régimen económico, es decir, al manejo del patrimonio y los bienes de los contrayentes y/o de aquellos que se adquieran durante el matrimonio. Justamente por ello, esta cuestión adquiere una gran relevancia en el momento de la disolución o terminación del vínculo matrimonial.

El matrimonio por separación de bienes es aquel en el que todos los bienes existentes o adquiridos durante el matrimonio siguen siendo propiedad del contrayente que los adquiera o a cuyo nombre estén inscritos. En el caso de la sociedad conyugal o el matrimonio por bienes mancomunados, por el contrario, todos los activos y pasivos adquiridos con posterioridad a la celebración del matrimonio corresponden por partes iguales a ambos contrayentes.

V. DISOLUCIÓN DE LOS VÍNCULOS MATRIMONIALES (DIVORCIO Y SUS TIPOS)

Por lo que respecta a la disolución de los vínculos matrimoniales, tanto el vínculo matrimonial celebrado ante la Iglesia como el celebrado bajo la ley civil pueden ser anulados, disueltos o terminados, según sea el caso y el proceso aplicable a cada uno de los casos.

Como ya ha sido señalado anteriormente, y dado que es un tema que, más allá de las similitudes respecto de los impedimentos para contraer matrimonio, no nos ocupa en este caso, dejaremos de lado el sacramento del matrimonio.

Al centrar nuestra atención en la creación del vínculo jurídico, es preciso ahondar en los distintos mecanismos de su terminación. Por ello, resulta necesario indicar que, al igual que existen diferencias entre las definiciones de matrimonio establecidas en la legislación federal y en los códigos locales, también existen diferencias entre los mecanismos que contempla cada legislación para la terminación del vínculo jurídico instituido por el matrimonio.

Dicho esto, procederemos ahora a analizar y comparar las definiciones de divorcio que establecen, respectivamente, el Código Civil Federal, el Código Civil de la Ciudad de México y el Código Civil del Estado de México.

Código Civil Federal:

Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.⁷

Código Civil de la Ciudad de México:

*Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración de este. Solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.*⁸

Código Civil del Estado de México:

Artículo 4.88.—El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.⁹

⁷ México. Código Civil Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 1928 (última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*: 11 de enero de 2021). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf>. [Consulta: 23/03/2022.]

⁸ México. Código Civil del Estado de México. *Periódico Oficial Gaceta del Gobierno*, 2002 (última reforma publicada en el *Periódico Oficial Gaceta del Gobierno*: 01 de noviembre de 2022). <<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>>. [Consulta: 23/03/2022.]

⁹ México. Código Civil del Estado de México. *Periódico Oficial Gaceta del Gobierno*, 2002 (última reforma publicada en el *Periódico Oficial Gaceta del Gobierno*:

Como puede apreciarse, la definición del divorcio en las tres legislaciones analizadas es prácticamente la misma. Los tres textos señalan que el divorcio es el mecanismo en virtud del cual, se disuelve el vínculo matrimonial dejando a los cónyuges libres para que, en caso de que así lo deseen, puedan contraer nuevas nupcias. Una diferencia reseñable es la que presenta el Código Civil de la Ciudad de México, en el que, además de la definición general, indica quiénes están facultados para solicitarlo y algunos requisitos adicionales.

El análisis comparado de las tres legislaciones evidencia que a nivel federal aún existen causales para el divorcio necesario, mientras que en la Ciudad de México estas desaparecieron y se dio paso a los divorcios encausados. Por su parte el Estado de México prevé cuatro formas de divorcio: el encausado, el administrativo, el voluntario y el notarial. Este último es el que nos ocupa de forma particular.

Únicamente haremos una breve referencia a otra de las formas a través de las cuales, se da por terminado el vínculo matrimonial: la anulación del matrimonio, en el bien entendido, sin embargo, de que, a diferencia de un divorcio, en la anulación se retrotraen todos los efectos al estado anterior de las cosas, es decir, como si el vínculo matrimonial nunca hubiera existido.

Artículo 235. Son causas de nulidad de un matrimonio:

I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;

II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y

III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.¹⁰

01 de noviembre de 2022). <<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>>. [Consulta: 23/032022.]

¹⁰ México. Código Civil para el Distrito Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 1928 (última reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*: 05 de febrero de 2015), *op. cit.* [Consulta: 24/03/2022.]

Seguidamente abordaremos de manera sumaria los tipos de divorcio previamente mencionados a fin de entender diferencias entre cada uno de ellos.

El *divorcio necesario* es aquel que trae causa de la concurrencia de alguna causa de un catálogo establecido por la propia ley y es invocada por alguno de los cónyuges. Entre esas causales figuran el adulterio, los actos inmorales con la finalidad de corromper a los hijos, el padecimiento de alguna enfermedad mental incurable o el abandono del seno familiar por un periodo mayor a 6 meses sin que exista causa justificada alguna.

Este tipo de disolución del vínculo matrimonial es el más complejo dado que en él no existe la voluntad de ambos cónyuges para terminar con el vínculo matrimonial. Por ello, un juez debe intervenir con la finalidad de dirimir la controversia entre ambos, dar por terminado el vínculo matrimonial, resolver y respecto de los bienes y, en caso de que el matrimonio tenga descendencia, sobre los hijos y la guarda y custodia de estos.

El *divorcio voluntario* es aquel en que ambos cónyuges están de acuerdo en dar por terminado el matrimonio y llegan a un acuerdo sobre los bienes y, en caso de existir hijos, sobre la guarda y custodia de estos y el régimen de visitas al cual se someterán; este convenio es presentado ante un juez de lo familiar con la finalidad de que quede debidamente formalizado y se dé por terminado el vínculo matrimonial.

Respecto al *divorcio incausado*, no existe, como su propio nombre indica, causa alguna que dé origen al mismo —como en el caso del divorcio necesario— y tampoco un acuerdo previo entre los cónyuges —como en el caso del divorcio voluntario—. Únicamente existe la voluntad de uno de ellos de solicitar el divorcio. En el caso del divorcio incausado, deberá llegarse a un acuerdo entre los cónyuges sobre los bienes y, en su caso, hijos y las cuestiones que atañen al cuidado de estos.

Cabe señalar que en este tipo de divorcio puede darse el caso de que la pareja quede formalmente divorciada y que, sin embargo, per-

manezca aún pendiente la resolución de las cuestiones relativas a los bienes y a los hijos, dado que el convenio que las resuelve puede darse de forma independiente a la terminación del vínculo matrimonial.

El *divorcio administrativo* es una modalidad del divorcio en la que por acuerdo de ambos cónyuges se disuelve el vínculo matrimonial. En este caso, existen ciertos requisitos específicos que deben cumplirse para acogerse a esta modalidad. Al igual que en el divorcio incausado, es necesario que, como mínimo, haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, pero también resulta preciso que ambos sean mayores de edad, que no hayan tenido hijos y que la mujer no se encuentra embarazada en el momento de la solicitud el divorcio.

Por lo que hace al *divorcio notarial*, se trata de una figura que guarda profundas similitudes con el divorcio administrativo y el divorcio voluntario. En este caso, los cónyuges acuden de mutuo acuerdo al notario con la finalidad de asentar en un protocolo su convenio de divorcio, en virtud del cual quedará disuelto el vínculo matrimonial. En este caso, se requiere que la pareja no tenga hijos o que no sean menores o estén sujetos a tutela y que, en caso de que los contrayentes estén casados por sociedad conyugal, la misma ya esté liquidada.

Artículo 4.89 bis. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo ante Notaría Pública, para que a través de convenio de divorcio asentado en escritura pública disuelvan el vínculo matrimonial, siempre y cuando no tengan hijas o hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y hubieren liquidado la sociedad conyugal, si la hubiere.¹¹

Al analizar las modalidades de divorcio reguladas en las distintas legislaciones en nuestro país, se observa que, en caso de existir hijos menores, los cónyuges que desean divorciarse deberán optar por el divorcio necesario, el divorcio incausado o el divorcio voluntario, ya que en estos tres tipos interviene una autoridad con la finalidad de que los derechos de los menores sean salvaguardados.

¹¹ *op. cit.*, 9. [Consulta: 24/03/2022.]

En las demás las modalidades de divorcio —el divorcio administrativo y el notarial—, se entiende que los cónyuges ya resolvieron cualquier cuestión pendiente relativa a sus bienes y, dado que no existen hijos menores o sujetos a tutela que requieran la intervención de una autoridad para salvaguardar sus derechos, aquellos pueden proceder de la forma más simple a dar por terminado el vínculo matrimonial.

En nuestro país, el divorcio notarial no es una figura novedosa, dado que ya está contemplada en las legislaciones del estado de México y de la Ciudad de México. Por otra parte, hace tiempo que se realizan intentos de regular esta modalidad de divorcio con la intención de permitir que los notarios no solo puedan disolver el vínculo matrimonial sino también constituirlo.

VI. EL NOTARIO Y SU RELACIÓN CON LA FIGURA DEL MATRIMONIO

En el marco de nuestro objeto de estudio, es necesario analizar qué es un notario, cuáles son sus funciones y los límites de las potestades que le atribuye el Estado.

Tales extremos cobran vital importancia, dado que plantean cómo una autoridad que cuenta con facultades suficientes para crear el vínculo matrimonial. Es preciso señalar que los requisitos para ser notario son diversos en las diferentes legislaciones, si bien todas comparten un presupuesto común: el notario es un profesional del Derecho que, tras el cumplimiento de ciertos requisitos y la presentación de un examen de oposición, recibe la patente de su cargo por parte de la legislatura en la que asentará su protocolo.

Artículo 44. Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y sustentar de forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídica a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de estos en instrumentos públicos de su autoría.

El Notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos.

Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas.¹²

La carrera notarial y las funciones del notario están reguladas en la Ley del Notariado de cada legislatura, pero contemplan los mismos derechos, obligaciones y sanciones en el ejercicio su actividad. Esta profesión es una de las más vigiladas tanto por las autoridades como por el propio Colegio de Notarios, dada la relevancia de los actos que celebra el fedatario público.

«La figura del Notario a través del tiempo es sólida, la certeza y seguridad jurídica de su actuación ha dejado huella en la historia, sus orígenes se remontan a los escribas egipcios y los tabeliones y tabularios romanos. En la cultura occidental, en un principio al Notario se le denominaba escribano, que era un especialista en la redacción de actos jurídicos, su oficio se amplió al conocimiento del Derecho y adquiere fe pública, inicialmente de manera frágil hasta ser legislativamente aceptada».¹³

Entre los actos que pueden realizarse ante el notario figuran los testamentos, el otorgamiento de poderes y la constitución de sociedades o de asociaciones. En relación con los inmuebles, cabe mencionar la celebración de contratos de compraventas, la constitución de hipoteca, el otorgamiento de donaciones, la creación de fideicomisos y la adjudicación de herencias.

Además, y considerando su condición de fedatario público el notario está autorizado para dar fe de hechos, llevar a cabo notificaciones, hacer requerimientos, determinar respecto de la existencia y capacidad de las personas, realizar reconocimientos de firmas, protocolizaciones y asientos de actas, y, en general, de hechos materias.

¹² México. Ley del Notariado para la Ciudad de México. *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, 2018. <https://congresocdmx.gob.mx/archivos/transparencia/LEY_DEL_NOTARIADO_PARA_LA_CIUADAD_DE_MEXICO.pdf>. [Consulta: 25/05/2022.]

¹³ «Historia del Colegio». *Colegio de Notarios del Estado de México*, n.d. <<https://colegiodenotariosedomex.org.mx/?articulo=12>>. [Consulta: 26/032022.]

Como puede apreciarse, el notario interviene en una pluralidad de actos de suma relevancia para la sociedad, desde aquellos que están relacionados con el patrimonio de las personas hasta los referidos a la existencia y desarrollo de las actividades cotidianas de las personas morales. Por ello, la figura del notario tiene tanta relevancia en nuestro sistema jurídico.

Como hemos avanzado, el notario está facultado para plasmar en sus protocolos diversos actos que constituyen manifestaciones de la voluntad de las personas. Así sucede en los testamentos, las compraventas, las donaciones, algunas figuras contractuales y, en el caso de que las legislaciones lo permitan, los documentos de voluntad anticipada.

Actualmente, el notario interviene en la celebración de diversos contratos que parten de la voluntad de dos o más personas y generan determinadas consecuencias jurídicas:

Artículo 44. Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y **sustentar de forma legal a la voluntad de las personas** que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de estos en instrumentos públicos de su autoría.¹⁴

Si entendemos que el matrimonio es la expresión de la voluntad de dos personas a través de la cual manifiestan su intención de llevar una vida en común y crear entre ellas un vínculo jurídico que genere ciertos derechos y obligaciones, a la luz del artículo arriba transcrito, no hay razón alguna para que un notario no pueda celebrar un matrimonio.

Si bien, la Ley del Notariado no contempla impedimento alguno para que un notario celebre un matrimonio, de la lectura de los requisitos y formalidades previstos en el Código Civil para contraer matrimonio, podría inferirse que el notario no se encuentra dotado de las facultades necesarias para la celebración del matrimonio.

¹⁴ México. Ley del Notariado para la Ciudad de México. *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, 2018. [Consulta: 27/03/2022.]

Artículo 97. Las personas que pretendan contraer matrimonio deberán presentar un escrito ante el Juez del Registro Civil de su elección, que deberá contener:

[...].¹⁵

Como se observa, el Código Civil establece que el funcionario ante el que los contrayentes deben formular la solicitud para celebrar un matrimonio es el juez del registro civil. El Código Civil no prevé la posibilidad de que los contrayentes opten por celebrarlo ante un funcionario diverso. En sustento de esta tesis, cabe citar también el siguiente precepto:

Artículo 102. En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.

[...].¹⁶

Por tanto, si bien la Ley del Notariado no prevé limitación alguna para que los notarios celebren matrimonios, el impedimento se encuentra en diversos artículos de la legislación civil, que entre los requisitos formales para contraer matrimonio establecen que este sea celebrado ante un juez del registro civil.

Artículo 4°. Los jueces otorgarán constancia respecto de los hechos y actos del estado civil de los mexicanos y extranjeros residentes en el Distrito Federal; estarán bajo la dirección, coordinación, inspección y vigilancia del titular, quien tendrá el carácter de Juez Central en el Distrito Federal.¹⁷

¹⁵ México. Código Civil para el Distrito Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 1928 (última reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*: 05 de febrero de 2015), *op. cit.* [Consulta: 27/03/2022.]

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ México. Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 2002. <<http://cgsservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/5506.htm>>. [Consulta: 26/03/ 2022.]

VII. EL MATRIMONIO NOTARIAL EN EL DERECHO COMPARADO

Por lo que respecta a la legislación comparada, cabe señalar que en algunos países ya está regulada la celebración de matrimonios ante notario. Aun cuando continúa en constante evolución, esta modalidad de matrimonio se realiza en países como España, Brasil y Costa Rica, entre otros.

En el caso de España encontramos que la celebración del matrimonio fue autorizada a través de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de julio, cuya disposición adicional cuarta dispone:

Disposición transitoria cuarta. Expedientes de adopción y matrimoniales.

1. Las adopciones que se inicien hasta la entrada en vigor de la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se registrarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881.

2. Los expedientes matrimoniales que se inicien antes de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil *se* seguirán tramitando por el Encargado del Registro Civil conforme a las disposiciones del Código Civil y de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957.

Resuelto favorablemente el expediente matrimonial por el Encargado del Registro Civil, el matrimonio se podrá celebrar, a elección de los contrayentes, ante:

1.º El juez encargado del Registro Civil y los jueces de Paz por delegación de aquél.

2.º El alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.

3.º El secretario judicial o notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.

4.º El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero.¹⁸

¹⁸ España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE 158, 2015. <<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con.>>. [Consulta: 17/07/2022.]

Es oportuno aclarar que, si bien en España la reforma de 2015 previó la celebración del matrimonio ante el notario, la compilación de los documentos y la creación del expediente matrimonial siguió siendo una competencia exclusiva del Registro Civil, en el año 2021 una modificación legislativa autorizó que los expedientes se originaran directamente ante el notario que celebraría el matrimonio.

En el territorio de Costa Rica los notarios también están autorizados para la celebración de matrimonios y para intervenir en otros actos oficiales:

Artículo 24. El matrimonio se celebrará ante la autoridad de la jurisdicción en donde haya residido durante los últimos tres meses cualquiera de los contrayentes. Tales autoridades serán, un juez civil o un alcalde civil, o el gobernador de la Provincia.

Los notarios públicos están autorizados para celebrar matrimonios en todo el país. El acta correspondiente se asentará en su protocolo y deberán conservar en el de referencias, la copia respectiva. Los contrayentes podrán recurrir para los trámites previos a la celebración, ante los funcionarios judiciales o administrativos indicados, o ante un Notario.

Los funcionarios judiciales o administrativos no podrán cobrar honorarios por los matrimonios que celebren.

El funcionario ante quien se celebre un matrimonio está obligado a enviar todos los antecedentes y acta del mismo o certificación de esta, al Registro Civil.

Cuando quien celebre un matrimonio no observe las disposiciones de este Código, el Registro Civil dará cuenta de ello al superior correspondiente, a fin de que imponga la sanción que procediere y en todo caso al tribunal penal competente para lo de su cargo.¹⁹

La legislación costarricense prevé, pues, que en todo el territorio del país los notarios puedan celebrar matrimonios, y ello no solo en

¹⁹ Costa Rica. Ley N.º 5476. Código de Familia. <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_familia_costa_rica.pdf>. [Consulta: 18/07/2022.]

casos excepcionales, como ocurre en otros países en los puede ser difícil el establecimiento de un registro civil.

Por su parte, la legislación de la provincia de Quebec (Canadá) va incluso más allá y permite que sean varios los funcionarios que celebren el vínculo matrimonial:

366. Every clerk or deputy clerk of the Superior Court designated by the Minister of Justice, every notary authorized by law to execute notarial acts and, within the territory defined in the instrument of designation, any other person designated by the Minister of Justice, including mayors, members of municipal or borough councils and municipal officers, is competent to solemnize marriage.

In addition, every minister of religion authorized to solemnize marriage by the religious society to which he belongs is competent to do so, provided that he is resident in Québec, that he carries on the whole or part of his ministry in Québec, that the existence, rites and ceremonies of his confession are of a permanent nature, that he solemnizes marriages in places which conform to those rites and to the rules prescribed by the Minister of Justice and that he is authorized by the latter.

Any minister of religion not resident but living temporarily in Québec may also be authorized to solemnize marriage in Québec for such time as the Minister of Justice determines.

In the territory defined in an agreement concluded between the Government and a Mohawk community, the persons designated by the Minister of Justice and the community are also competent to solemnize marriages.²⁰

Como se ve, en Quebec están autorizados para celebrar un matrimonio los secretarios del Tribunal Superior designados por el Ministro de Justicia, los notarios, cualquier persona designada por el Ministro de Justicia —alcaldes, consejeros municipales o de distrito y funcionarios municipales—, además de los ministros de culto.

²⁰ Canadá. Civil Code of Québec. *Québec Official Publisher*, 1991. <<https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/ccq-1991>>. [Consulta. 18/07/2022.]

VIII. CONSIDERACIONES PARA LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO NOTARIAL EN MÉXICO

En virtud de lo expuesto hasta aquí, consideramos —y así lo proponemos— que en nuestro país sería necesario modificar tanto el Código Civil como el Reglamento del Registro Civil con la finalidad de incluir al notario como autoridad facultada para la celebración de matrimonios o, en su caso, suprimir la previsión legal que establece como requerimiento formal del matrimonio la celebración ante un juez del registro civil.

La reforma de la legislación civil reduciría en gran medida la carga de trabajo de los registros civiles y de los jueces adscritos a ellos. Adicionalmente, y por lo que hace a los particulares, la modificación de la ley civil aquí propuesta comportaría grandes ventajas, a comenzar por la notable reducción de los plazos y trámites burocráticos que actualmente se requieren para contraer matrimonio.

Si bien la propuesta de instituir la modalidad de matrimonio ante notario persigue la reducción la burocracia, de ningún modo pretende eximir al fedatario público del cumplimiento y de las formalidades necesarias actualmente vigentes para la creación de un vínculo matrimonial. Lo que se busca es que el notario se cerciore, certifique y compile un archivo con los mismos documentos que actualmente se requieren a los contrayentes.

Recientemente se celebró en la Ciudad de México un foro dedicado a analizar la posible adopción en la capital de la República de las modalidades del matrimonio y divorcio ante notario público. En este encuentro se discutieron y comentaron las propuestas de reforma para el Código Civil y la Ley del Notariado ya presentadas ante el congreso de la ciudad.

En el seminario participaron notarios, magistrados y legisladores, que en sus intervenciones examinaron los eventuales efectos de la adopción de estas modalidades en los ámbitos familiar, social y económico. Asimismo, se señaló que la finalidad de la reforma es dotar a la ciudadanía de una opción que permita la reducción del tiempo que conllevan los trámites para contraer matrimonio o disolver el vínculo.

IX. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto y planteado durante el foro al que acabamos de hacer referencia, cabe concluir que, al menos por lo que hace a la Ciudad de México, la reforma propuesta en este artículo —la adopción de la modalidad del matrimonio ante notario— debería materializarse a la mayor brevedad.

Durante 2020, en nuestro país se celebraron 335,563 matrimonios,²¹ si bien esta cifra no es una referencia realista, ya que implica una reducción de más de un 30% respecto a años anteriores debido la pandemia de Covid-19. En cualquier caso, sigue implicando una gran carga de trabajo para los órganos a cargo de este trámite.

Con base en lo expuesto en el presente trabajo, se proponen las siguientes modificaciones del Código Civil del Estado de México, tomando como base el artículo vigente del texto legal:

Artículo 4.2. El matrimonio debe celebrarse, con las solemnidades siguientes:

I. Ante el Titular o los Oficiales del Registro Civil, o Notario;

...

V. El Titular u Oficial del Registro Civil o el Notario, procederá a interrogar a los testigos si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud y si existe algún impedimento legal;

[...]

Con base en lo que hemos planteado hasta aquí, y dado que el estado de México ya ha progresado considerablemente en la materia —dado que es el único estado en el país en el que está regulado el divorcio ante notario—, no dudamos de que próximamente contaremos con una legislación que autorice el matrimonio ante notario y esperamos que la progresión que muestra el estado de México en este tema se replique en breve término a nivel nacional.

²¹ INEGI presenta la estadística de matrimonios 2020. 2021. <<https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/Matrimonios2021.pdf>>. [Consulta: 19/07/2022.]

BIBLIOGRAFÍA

- Azar, Edgar E., *Personas y bienes en el Derecho Mexicano*, México: Porrúa, 1997.
- Bentancourt, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2007.
- Bonnecase, Julien, *La Filosofía del Código de Napoleón aplicable al derecho de Familia*: Puebla: José M. Cajicá, 1945.
- De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho Familiar*, México: Porrúa, 2008.
- Duby, Georges y Artola, Ricardo, *El Amor en la Edad Media y otros ensayos*, Madrid: Alianza Editorial, 1990.
- Fernández de Buján, Antonio, *Derecho Privado Romano*, Madrid: Iustel, 2009.
- Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, Parte General*, México: Porrúa, 1994.
- García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México: Porrúa, 1977.
- Iglesias, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ariel, 1972.
- Ortolán, M., *Instituciones de Justiniano*, ed. bilingüe, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1964.
- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, Teoría general de las obligaciones*, México: Porrúa, 1998.
- Soto Sobreryra y Silva, Ignacio, *Teoría de la Norma Jurídica*, México: Porrúa, 2012.
- Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México: Porrúa. 1978.

Legislación

- Canadá. Civil Code of Québec. *Québec Official Publisher*, 1991. Disponible en: <<https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/ccq-1991>>.
- Costa Rica. Ley N.º 5476. Código de Familia. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_familia_costa_rica.pdf>.
- España, Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE 158, 2015. Disponible en: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>>.

México. Código Civil del Estado de México. *Periódico Oficial Gaceta del Gobierno*, 2002 (última reforma publicada en el Periódico Oficial *Gaceta del Gobierno*: 01 de noviembre de 2022). Disponible en: <<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>>.

México. Código Civil Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 1928 (última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 11 de enero de 2021). Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf>.

México. Código Civil para el Distrito Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 1928 (última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal: 05 de febrero de 2015). Disponible en: <<http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>>.

México. Ley del Notariado para la Ciudad de México. *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, 2018. Disponible en: <https://congresocdmx.gob.mx/archivos/transparencia/LEY_DEL_NOTARIADO_PARA_LA_CIU-DAD_DE_MEXICO.pdf>.

México. Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 2002. Disponible en: <<http://cgsservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/5506.htm>>.

Documentos publicados en Internet

Código de Derecho Canónico. La Santa Sede, n.d. Disponible en: <https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/esp/documents/cic_libro4_cann1055-1062_sp.html>.

«Historia del Colegio». *Colegio de Notarios del Estado de México*, n.d. Disponible en: <<https://colegiodenotariosedomex.org.mx/?articulo=12>>.

LA COORDINACIÓN EDITORIAL DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN Y SU APOORTE EN LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL

THE EDITORIAL COORDINATION OF THE JUDICIAL POWER OF THE STATE OF NUEVO LEÓN AND ITS CONTRIBUTION TO THE JUDICIAL RESEARCH

Jaanay Sibaja Nava*

RESUMEN: Este artículo presenta, *grosso modo*, el trabajo implementado por la Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León y su aporte en la investigación judicial, que actualmente es un elemento esencial e imprescindible en las actividades que realiza la institución, y que ha trascendido a nivel internacional.

PALABRAS CLAVE: Administración de justicia; servidor público judicial; investigación judicial; función jurisdiccional; poder judicial.

ABSTRACT: This article exposes, *grosso modo*, the work implemented by the Editorial Coordination of the Judicial Power of the State of Nuevo Leon and its contribution to judicial research, which today is an essential and indispensable element within the activities carried out by the institution, and which has transcended internationally.

* Doctora en Derecho financiero y tributario por la Universidad de Navarra, España. Coordinadora Editorial del Poder Judicial del estado de Nuevo León y Coordinadora de Servicios Escolares y Administrativos del Instituto de la Judicatura de ese estado. Docente a nivel licenciatura y maestría en las Universidades de Monterrey, Universidad de las Américas-Puebla, en el Instituto de Posgrado en Ciencias Penales y Política Criminal de Baja California, así como en el Instituto de la Judicatura del Estado de Nuevo León.

KEYWORDS: Administration of justice; judicial public official; judicial research; jurisdictional function; judicial power.

Fecha de recepción: 18 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 19 de septiembre de 2022.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA COORDINACIÓN EDITORIAL. GENERALIDADES. 1. ANTECEDENTES. 2. ESTRUCTURA Y FACULTADES. III. FINALIDAD. IV. METODOLOGÍA. V. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN. VI. RESULTADOS. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

«Lo que distingue al hombre de las demás especies animales, es la posesión de una lógica natural que lo faculta para comprender su circunstancia, relacionar mundo y sociedad, crear la vida comunitaria en diversas organizaciones sociales, desde la horda hasta las actuales formas de Estado»¹

(José Martínez Pichardo)

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la sociedad está en constante cambio y, por ende, el Derecho no es ajeno a esta dinámica, ya que debe responder a las necesidades que aquella demanda. Por ejemplo, una autoridad judicial no puede resolver un asunto bajo los estándares legales que eran vigentes hace veinte años. En tal caso, probablemente estaría incurriendo en la aplicación de una normativa derogada, violando así los derechos humanos y/o fundamentales de los implicados. Por ello, la administración e impartición de justicia deben acompasarse a la realidad actual. Como afirma López Zaldívar, la investigación es crucial, dado que, como afirma el autor «es un arma» para lograr el seguimiento correcto del Derecho como «sistema en constante mutación».²

¹ Martínez Pichardo, José, *Lineamientos para la investigación jurídica*, México: Porrúa, 1998, p. 45.

² López Zaldívar, Halley, «El aporte de la investigación jurídica», *Ius et Tribunalis. Cuadernos Jurídicos*, Perú, N.º 2, enero-diciembre 2016, p. 1.

La finalidad del presente artículo es analizar la trascendencia de la investigación orientada a la modernización y transformación del sistema judicial. A tal efecto, nos centraremos en la experiencia de Nuevo León, y expondremos la evolución del poder judicial en esta entidad federativa y el modo en que se han materializado algunos de sus proyectos desde esta perspectiva innovadora.

Por lo dicho, el artículo no pretende ofrecer una explicación de la definición o los alcances de la investigación judicial y mucho menos centrarse en las metodologías y paradigmas existentes o exponer pautas para el procedimiento que debe seguir el investigador. El texto se limita a informar sobre la incursión del Poder Judicial del Estado de Nuevo León³ en este ámbito, a través de su Coordinación Editorial y algunos casos de éxito con el fin de dar testimonio del trabajo que se ha venido realizando.

II. LA COORDINACIÓN EDITORIAL. GENERALIDADES

1. Antecedentes

Con el fin de dar un mayor impulso a la investigación dentro de su institución, hace aproximadamente nueve años,⁴ el Poder Judicial estableció en su cuarto eje estratégico la finalidad de fomentar el análisis, actualización y reflexión de la cultura judicial en el estado desde los enfoques científico, jurídico y literario.

Para dar cumplimiento a este objetivo, en agosto de 2013, el Consejo de la Judicatura⁵ creó la Coordinación Editorial, organismo que, de conformidad con el artículo 49 del Reglamento Interior del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, está facultado para «definir los criterios y lineamientos a los que se sujetará todo el proceso editorial de las publicaciones» con el propósito de brindar

³ En adelante, Poder Judicial.

⁴ Dentro de las línea de trabajo de la Administración 2013-2015.

⁵ En adelante, Consejo.

certidumbre a los autores y todo aquel que participe en proyectos de investigación propios del Poder Judicial».⁶

2. Estructura y facultades

Es importante indicar que la Coordinación Editorial va más allá de la sola edición de los textos que se le confían para su publicación, ya que también trabaja en el diseño, ilustración —cuando se requiere— e impresión de los mismos, tratando de que tanto la legibilidad como el equilibrio visual sean óptimos para que la información que quiere transmitirse sea lo más efectiva posible, e incluso, llegue al destinatario principal. Por ejemplo, si los lectores principales son niños, el texto va acompañado de ilustraciones propias de la edad; si son libros históricos, se busca información e imágenes alusivas a la época. Incidentalmente, debemos señalar que contamos con lectores jóvenes e infantiles a los que se transmite conocimiento sobre las actividades jurisdiccionales.

Para el cabal cumplimiento de sus funciones, se determinó que el personal clave para esta encomienda debe estar conformado por los siguientes recursos humanos:⁷

⁶ Por ejemplo, todo trabajo y/o reporte que los alumnos elaboren para la aprobación de un curso impartido por el Instituto de la Judicatura del Estado de Nuevo León puede incurrir en responsabilidad ética, administrativa o penal si no cumplen con el Manual de Normas Editoriales elaborado por la Coordinación Editorial. Así lo establece el artículo 113 del Reglamento Interno del Instituto de La Judicatura del Estado de Nuevo León.

⁷ Elaboración propia a partir del organigrama institucional. El diseño ha sido realizado por Cecilia Elvira Arellano Luna, diseñadora de la Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León.



Las facultades de estos responsables son, principalmente:

1. La definición de criterios y lineamientos a los que se sujetará todo el proceso editorial bajo los siguientes principios: apartidismo, cientificismo, corrección (ejemplo de lo bien escrito y hecho), imparcialidad, impersonalidad, innovación, neutralidad y objetividad.
2. La publicación de investigaciones científico-jurídicas bajo los más estrictos lineamientos y estándares de excelencia internacional, en donde imperen la claridad, uniformidad y precisión en los escritos.
3. La elaboración de proyectos estratégicos tanto científicos como técnicos inherentes a la función jurisdiccional, sin perder la calidad jurídica y literaria.
4. La realización de actividades de trascendencia judicial que incentiven y difundan la investigación científico-jurídica, la transparencia jurisdiccional y el acceso a la información.
5. La divulgación de conocimiento de materias auxiliares afines a la administración e impartición de justicia.

III. FINALIDAD

La finalidad principal de esta dependencia editorial es incentivar la investigación científica sobre temas relacionados con la función jurisdiccional. Además de difundir el conocimiento tanto en el ámbito teórico como práctico, la Coordinación Editorial busca las mejores prácticas judiciales para responder a los retos que la sociedad demanda, garantizar la transparencia, propiciar el acceso a la información, justicia y cultura de la legalidad.

Bien dice Javier Saldaña que a la sociedad «le interesa que sus jueces sepan resolver casos concretos, que les ofrezcan soluciones a los problemas que se les plantean, no que sean filósofos o grandes tratadistas del Derecho».⁸ Pues como en su momento cuestionó Dworkin: «¿Acaso no sería una pesadilla si las decisiones judiciales dependieran de qué filósofo atrapó la imaginación del respectivo juez?».⁹ Desde luego que sí.

Por ello, una de las estrategias del Poder Judicial es apostar por la formación de servidores públicos investigadores que sean capaces de generar conocimientos teóricos, técnicos y prácticos para solucionar problemas —es decir, que sean redituables para la sociedad—, que conozcan, comprendan y valoren los diferentes enfoques paradigmáticos de la investigación e identifiquen el propio, generando nuevas estructuras jurídicas¹⁰ a través de la ruptura de estereotipos y que sean un referente a nivel nacional e internacional.

IV. METODOLOGÍA

La metodología implementada ha logrado que los textos e investigaciones elaborados sean técnicos, objetivos, racionales y sistemáticos,

⁸ Saldaña Serrano, Javier, «Profesionalismo. Principio básico de ética judicial», *Revista Ex Legibus*, México, N.º 19, abril 2019, p. 35.

⁹ Dworkin, Ronald, «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, N.º 32, 2010, p. 11.

¹⁰ Véase Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *Metodología jurídica*, México: Oxford University Press, 1999.

acordes a la realidad que impera, y han aportado avances y nuevos estudios a la práctica judicial que están al alcance de la ciudadanía no solo estatal, sino también nacional e incluso internacional, ya que han trascendido a otros países, entre ellos Canadá, Estados Unidos de América, España, Reino Unido, Chile, Argentina, etcétera.¹¹

Tal y como señala Sánchez Vázquez, la investigación práctica científica en las ciencias sociales conlleva «un proceso cognoscitivo teórico-empírico dialéctico y complejo, que va de lo analítico a lo sintético, y de lo inductivo a lo deductivo en una totalidad concreta». Se trata de un proceso que, al decir del autor:

«permite de manera metodológica buscar información aplicando las técnicas de investigación documental y/o de campo. A fin de expresar nuestras consideraciones a través de un lenguaje claro, preciso, objetivo, racional y sistemático, que nos permita, por un lado, confirmar y /o modificar un objeto de estudio. Y, por el otro, descubrir un objeto de estudio hasta entonces desconocido».¹²

Es claro que el análisis teórico-práctico en la investigación judicial es imprescindible y el Poder Judicial lo tiene presente. Un ejemplo es la obra *Manual básico de justicia para adolescentes*, cuyo autor que es juez en la materia. Por un lado, el texto explica en un lenguaje sencillo y preciso la reforma constitucional sobre la justicia juvenil, la ley vigente y su justificación, así como los factores que rompieron paradigmas y dieron origen al nuevo paradigma de justicia. Por otro lado, el volumen expone de manera práctica algunas de sus decisiones judiciales en las que aplicó el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad,¹³ salvaguardando la protección de los derechos fundamentales y/o humanos.

¹¹ Tan es así que, de hecho, autores como Alberto Binder, Gonzalo Rúa, Mary Beloff, Alfonso Celotto y Michele Taruffo, por mencionar algunos, han reconocido el trabajo que se ha estado realizando en Nuevo León, y se han sumado a la tarea de compartir sus investigaciones con el Poder Judicial.

¹² Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del Derecho*, México: Porrúa, 21997., p. 68.

¹³ Obra a cargo del licenciado Alejandro Carlín Balboa, quien escribió este texto en 2018 basándose en su experiencia como juez especializado en el sistema

Sin lugar a dudas, el texto anterior contribuye al conocimiento de los avances que se han logrado en dicho campo, y plasma la experiencia de una autoridad jurisdiccional a través de sus investigaciones y resoluciones, en las que teoría, técnica y práctica van de la mano, y queda, además, garantizada la calidad literaria, científica y jurídica, una tarea nada fácil de conseguir, pero que la obra cumple sobradamente.

Así, el Poder Judicial trata de promover y consolidar la investigación dentro de su institución, ambiciona que su personal desarrolle habilidades para analizar y reflexionar sobre los asuntos legales desde los diferentes y nuevos paradigmas, y que asuma el propio para su estudio considerando su experiencia. Ello permite, a su vez, brindar a los ciudadanos un servicio jurisdiccional de calidad, más certero y justo.

Por consiguiente, para la institución, la producción de la investigación judicial resulta ser un pilar para la difusión y publicación del quehacer diario de los tribunales, ya que es de sobra sabido que [...] el papel del juez ha evolucionado, ahora ya no es simplemente «la voz de la ley», sino que, en cierta medida es también un creador del Derecho, lo que implica la asunción de responsabilidades y el respeto de las normas deontológicas adoptadas a dicha evolución.¹⁴

De hecho, desde el 2008 el Poder Judicial ya tenía clara esta noción. En ese año se inició la nueva época de la revista *Judicatus*, una publicación científica de periodicidad semestral que difunde las conclusiones y resultados de los estudios de expertos académicos y juristas de talla nacional e internacional.¹⁵ Sus textos, cuya selección es sumamente cuidada, contribuyen al conocimiento y a la reflexión al analizar tópicos de actualidad.¹⁶

integral de justicia penal para adolescentes del Poder Judicial del Estado de Nuevo León.

¹⁴ Réseau européen des Conseils de la Justice (RECJ), *European Network of Councils for the Judiciary* (ENCJ), 2009-2019, p. 1.

¹⁵ En este sentido, es loable mencionar que *Judicatus* se ha hecho acreedora del reconocimiento de nuestro máximo Tribunal de Justicia como una revista seria.

¹⁶ Cabe resaltar que la titular de la Coordinación Editorial trabajó en esta nueva época, pues ya era un proyecto su creación, que se materializó más tarde.

De forma similar a *Judicatus*, y por la trascendencia del tema, desde 2016 se publica la *Revista de Igualdad de Género y Protección a Grupos Vulnerables*, cuyo contenido e información científico-jurídica son expuestos por especialistas en la no discriminación, la igualdad sustantiva de género y los grupos en situación de vulnerabilidad.

Ambas publicaciones dejan entrever, de alguna manera, la metodología que se sigue. En el siguiente apartado se indicarán algunas de las líneas de trabajo implementadas, en las que se han aplicado diversos tipos de investigación —explorativo, descriptivo, analítico, comparativo, propositivo, prospectivo, interactivo, evaluativo—, líneas que, como señala Witker —y se ha comprobado—, constituyen «un eslabón dialéctico de un conocimiento posterior» y dan cuenta de «diferentes tipos de análisis»,¹⁷ no solo de uno.

V. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

Hemos comprobado que resulta acertado que toda buena práctica judicial sea innovadora, razonable y orientada a la ciudadanía, sin dejar a un lado las bases científicas, éticas y humanistas. De ahí que las líneas de investigación del Poder Judicial versan sobre nuevos conocimientos, de cara a mejorar la administración e impartición de justicia, y evitar lo que en su momento advirtió Soleci Bárcena sobre los trabajos de investigación en México, que, desde su perspectiva:

«[...] han sido más bien obras de doctrina, consistiendo estas en sus versiones más modestas en la sistematización, comentario o exégesis de la ley, o en un análisis exhaustivo de las instituciones legales, con el auxilio de conceptos filosóficos y los métodos de la comparación, en sus empresas más ambiciosas.

Mucha de ella, por otro lado —quizá más que la ya aludida— es obra sin ninguna trascendencia para el orden jurídico; se trata de trabajos artesanales o preciosistas que comentan una doctrina o una

¹⁷ Witker, Jorge, «Hacia una investigación jurídica integrativa», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLI, N.º 122, mayo-agosto de 2008, p. 943.

ley, recomiendan una reordenación de los artículos de un código [...].¹⁸

La idea, por tanto, es que, a partir de las metodologías de investigación más eficaces y concretas, aplicables en todos los contextos —jurídicos, sociológicos, psicológicos, administrativos y demás materias auxiliares de la administración e impartición de justicia—, se aborden —desde los puntos de vista teórico, técnico y práctico— los desafíos que se presenten en los órganos judiciales y, por ende, en la labor diaria jurisdiccional.

En este sentido, y tratándose de las investigaciones más técnicas de la institución, que son un aporte en el campo judicial, cabría mencionar una publicación del año 2021 que cumple con estas características, a saber, el *Protocolo de Operación de las Salas de Remate Judiciales del Centro de Justicia Civil y Mercantil del Primer Distrito Judicial del Estado*, texto que, dada su trascendencia, resulta interesante traer a colación en este apartado.

Por lo que respecta al Pleno del Consejo de la Judicatura, después de un análisis exhaustivo orientado a la búsqueda de las mejores prácticas —llevado a cabo mediante el uso de las tecnologías de la comunicación e información—, y con el fin de modernizar y hacer más eficientes y transparentes los trámites y actividades relacionados con la subasta judicial, celebró una serie de mesas de trabajo y estudio en las que participó su personal operativo de justicia civil y mercantil, quien comprobó y justificó que era necesario implementar un nuevo sistema no solo presencial, sino también digital.¹⁹

¹⁸ Soleci Bárcena, Lorenzo, «La investigación en el campo del Derecho», en J. Witter (coord.), *Antología de estudios sobre la enseñanza del Derecho*, México: UNAM, 21995, pp. 93-95.

¹⁹ Tal como señala López Ruiz, Miguel en su trabajo «La investigación jurídica en México. Temas, técnicas y redacción», en D. Cienfuegos Salgado y M. A. López Olvera (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho internacional y otros temas*, México: UNAM, 2005 p. 248, el mundo actual reclama soluciones y explicaciones prácticas e inmediatas, apoyándose no solo en una disciplina, sino en varias, entre ellas la sociología y los nuevos instrumentos que proporciona la modernidad —Internet y los bancos de datos—. Por ello,

Esta constatación se tradujo en la publicación del protocolo mencionado, que propone una estructura más funcional e incluyente al objeto de que las personas con capacidades motrices y auditivas diferentes puedan participar y comunicarse sin necesidad de asistencia y, oferten —y mejoren— las pujas a través de tableros digitales.

Otro caso de un estudio de investigación técnico-jurisdiccional que logró materializarse fue un proyecto que data del 2017. En él, con el propósito de superar las barreras geográficas y acercar los servicios de impartición de justicia a toda la población de Nuevo León, se determinó, en un primer momento, crear «Módulos Judiciales», un sistema único en el país y en Latinoamérica. Sin embargo, ante los cambios y las nuevas necesidades de la sociedad, en 2022 se actualizó, elaborándose una guía que detalla la forma en que deben operar estas oficinas de representación judicial para su adecuado funcionamiento y para que sean verdaderos canales de acceso a la justicia en todas las materias, incluyendo la justicia laboral.

Las dos experiencias expuestas constituyen ejemplos representativos de que el Poder Judicial de Nuevo León define sus propias líneas de investigación, que están orientadas a las necesidades que la sociedad demanda y versan principalmente sobre los temas que se muestran a continuación.²⁰

el Poder Judicial de Nuevo León busca siempre estar a la vanguardia, ir de la mano con las nuevas tecnologías para brindar un mejor servicio a la sociedad. Bajo este enfoque surgió también Tribunal Virtual.

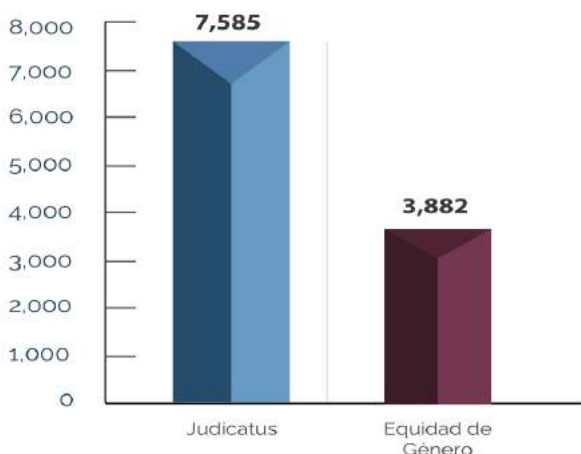
²⁰ Elaboración propia a partir de las líneas de investigación aprobadas por el Consejo de la Judicatura. El diseño de la infografía de plano lineal fue realizado por Cecilia Elvira Arellano Luna.

1	Argumentación e interpretación constitucionales	11	Jurisprudencia constitucional comparada
2	Derecho constitucional comparado	12	Equidad de género y grupos vulnerables
3	Responsabilidad civil contractual y extracontractual	13	Derecho probatorio
4	Técnicas de litigación	14	Familia y derechos humanos
5	Interés superior del menor	15	Nuevos modelos de familia
6	Restitución y sustracción internacional de menores	16	Comercio electrónico y sus implicaciones
7	Justicia alternativa en los juicios orales mercantiles	17	Derecho procesal penal y derechos humanos
8	Derechos humanos en la justicia para menores infractores	18	Sistemas de justicia para menores infractores a nivel internacional. Derecho comparado
9	Tribunal sobre el tratamiento de adicciones	19	Embargo y subasta judicial
10	Mejores prácticas judiciales	20	Amparo

VI. RESULTADOS

Los resultados obtenidos han sido satisfactorios.²¹ En primera instancia, las publicaciones de la Coordinación Editorial están siendo bien acogidas a nivel internacional; así lo demuestran las estadísticas arrojadas dentro del periodo que media entre el 1 de enero de 2017 y el 27 de junio del año en curso, considerando las visitas y consultas que se han tenido por países:

Tratándose de las revistas institucionales, dentro del mismo periodo se observa que *Judicatus*, la revista científico-jurídica por excelencia, ha tenido más de siete mil visitas, situándose por encima de *Equidad de Género*, que cuenta con tres mil ochocientos ochenta y dos visitas:



En segunda instancia, hay que destacar que las publicaciones que se han realizado han servido como referencia para que el Poder Judicial del Estado de Nuevo León continúe incursionando en el fortalecimiento de la investigación judicial y motive a sus servidores públicos; de tal manera que ahora el Instituto de la Judicatura tiene

²¹ Datos y gráficas proporcionados por la Dirección de informática del Poder Judicial del Estado de Nuevo León.

la encomienda de formar investigadores judiciales. En este sentido, en 2021, se obtuvo el REVOE para impartir la Maestría en Argumentación Judicial, que se inauguró en mayo del año en curso y contó con la participación magistral de los catedráticos Manuel Atienza y Marina Gascón. También 2021, se firmó un convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Nuevo León para impartir el Doctorado en Derecho con orientación en Derecho procesal a los servidores públicos judiciales. El 10 de agosto de 2022 inició la segunda generación de doctorandos.

Puede, por tanto, comprobarse que el Poder Judicial cuenta con un buen recorrido en el ámbito de la investigación, y que continúa perfeccionándose para lograr que se consolide y sea parte del perfil que caracterice a los servidores públicos de dicha institución.

VII. CONCLUSIONES

Calsamiglia era partidario de que la función del jurista consista en «conservar la ley e innovarla según los casos», lo que requiere “imaginación, conocimiento técnico y capacidad de persuasión y de argumentación», ya que la idea del jurista como «un mero aplicador de la ley ha quedado obsoleta en la misma medida en que las codificaciones han quedado anticuadas. La tarea del jurista es la búsqueda de criterios de resolución de conflictos sociales».²²

Como se ha constatado a lo largo del presente trabajo, esta observación es compartida por el Poder Judicial, que promueve e incentiva la investigación a través de sus publicaciones, y no solo eso, sino que busca materializarlas garantizando una justicia transparente, confiable, eficaz y expedita para dar respuesta a las necesidades actuales de la sociedad. Lo que es más, actualmente, apuesta por que sus funcionarios públicos cuenten con el perfil de investigadores judiciales, que se caractericen por generar ideas innovadoras y perti-

²² Cfr. Calsamiglia, Albert, «Sobre la función de los juristas», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º 5, 1982, pp. 142-143.

nentes en el proceso de consolidación de una mejor administración e impartición de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Carlín Balboa, Alejandro, *Manual básico de justicia para adolescentes*, México: Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2018.
- López Ruiz, Miguel, «La investigación jurídica en México. Temas, técnicas y redacción», en D. Cienfuegos Salgado y M.A. López Olvera, (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho internacional y otros temas*, México: UNAM, 2005.
- Martínez Pichardo, José, *Lineamientos para la investigación jurídica*, México: Porrúa.
- Protocolo de Operación de las Salas de Remate Judicial del Centro de Justicia Civil y Mercantil del Primer Distrito Judicial del Estado*, México: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2021.
- Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *Metodología jurídica*, México: Oxford University Press, 1999.
- Réseau européen des Conseils de la Justice (RECJ). *European Network of Councils for the Judiciary* (ENCJ), 2009-2019.
- Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del Derecho*, México: Porrúa, 1997.
- Soleci Bárcena, Lorenzo, «La investigación en el campo del Derecho», en J. Witker (coord.), *Antología de estudios sobre la enseñanza del Derecho*, México, UNAM, 1995.

Hemerografía

- Caslamiglia, Albert, «Sobre la función de los juristas», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º 5, 1982.
- Dworkin, Ronald, «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N.º 32, 2010.
- Saldaña Serrano, Javier, «Profesionalismo. Principio básico de ética judicial», *Revista Ex Legibus*, N.º 19, abril 2019.

Witker, Jorge, «Hacia una investigación jurídica integrativa», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, N.º 122, mayo-agosto de 2008.

Normativa

Reglamento Interior del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León.

Reglamento Interno del Instituto de La Judicatura del Estado de Nuevo León.

Gráficas de datos

Arellano Luna, Cecilia Elvira, *Organigrama de la Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León*, 2022.

— *Infografía de las líneas de investigación de la Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León*, 2022.

Dirección de Informática del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, *Estadísticas sobre las publicaciones de la Coordinación Editorial en el periodo del 1 de enero de 2017 al 27 de junio del 2022*, 2022.

EL DERECHO HUMANO A MORIR CON DIGNIDAD

THE HUMAN RIGHT TO DIE WITH DIGNITY

Aida del Carmen San Vicente Parada*

RESUMEN: Morir con dignidad es un derecho humano que se traduce en la consideración de la persona como centro de decisión, el respeto de su autonomía y de su voluntad hasta el final de su vida. Existen diversas formas para proteger la dignidad de una persona en sus últimos momentos, por ejemplo: la eutanasia, el suicidio asistido, la voluntad anticipada, el representante sanitario, entre otras figuras. El derecho a morir con dignidad no es un sinónimo de eutanasia, sino una forma de garantizar el trato decoroso que merece un enfermo terminal.

PALABRAS CLAVE: Dignidad; derechos humanos; autonomía; muerte digna; eutanasia.

ABSTRACT: Dying with dignity is a human right that translates into considering the person as the center of decision, respecting their autonomy, and complying with their wishes until the end of their lives. There are various ways to protect the dignity of a person in his last moments, for example: euthanasia, assisted suicide, advanced will, the health representative, among other figures. The right to die with dignity is not a synonym of euthanasia, but a way of guaranteeing the decent treatment that a terminally ill person deserves.

KEYWORDS: Dignity; human rights; autonomy; dignified death; euthanasia.

* Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Catedrática de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y en la Universidad Westhill.

Fecha de recepción: 28 de mayo de 2022.

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2022.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS TRES SENTIDOS DE LA DIGNIDAD EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. DIGNIDAD Y BIOÉTICA PRINCIPIALISTA. IV. AUTODETERMINACIÓN Y DERECHO A MORIR DIGNAMENTE. V. ALGUNAS FIGURAS JURÍDICAS QUE REGULAN EL DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD. VI. EL DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD EN MÉXICO. VII. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Cada vez que se pronuncia la expresión morir con dignidad, estalla la controversia, se activan los tabúes y los fundamentalismos, pues de inmediato aquella locución se asocia o se toma como sinónimo de eutanasia, como si el derecho a morir con dignidad fuese un atentado contra el derecho a la vida que tanto se pregonaba. Sin embargo, pocas veces reparamos en que la misma vida envuelve a la muerte, que tenemos derecho a vivir dignamente y a morir con dignidad.

Las personas que mueren día a día por inanición, a manos de la delincuencia o en accidentes viales no fallecen de una forma decorosa u honorable. Podemos decir, acaso, que esas personas habrían elegido morir en otras condiciones y circunstancias, por ejemplo, en una edad senil, con un ciclo vital acabado —tener familia propia, obtener desarrollo profesional, personal, etcétera.— y/o rodeados de sus seres queridos y de atenciones. En este sentido, puede afirmarse que esas personas tenían el derecho a morir dignamente y que no pudieron ejercer ese derecho, dado que no estuvieron en la posición de decidir sobre sus últimos momentos. Lo mismo sucede con las personas que sufren enfermedades terminales, pues no pueden decidir en sus últimos momentos cómo morir, muchas veces son sometidas a tratamientos fútiles que no restablecen su salud y que tampoco alivian su sufrimiento.

En esa línea de pensamiento, morir dignamente encarna la idea del valor intrínseco de los seres humanos hasta en sus últimos mo-

mentos, y el trato medido y respetuoso que debe dispensarse a esas personas. En términos de Schiller, la dignidad en los últimos días de una persona se traduce en la gracia, la benevolencia y el buen trato que debe recibir todo ser viviente al final de sus días. En este trabajo deseamos hablar sobre las decisiones que se toman al final de la vida para hacer más agradable el proceso de despedida para la persona y su familia porque, en síntesis, el derecho a morir con dignidad es una manifestación del reconocimiento de la autonomía vital,¹ de las personas.

El presente artículo explora el concepto de dignidad al final de la vida. No se ocupa exclusivamente de la eutanasia como forma de preservar o custodiar la dignidad al final de la vida, ya que existen otras formas de garantizar el trato decoroso al final de la vida y que muchas veces son relegadas porque se repara únicamente en temas controversiales como la eutanasia y el suicidio asistido. En este espacio nos permitimos explorar el derecho humano a morir con dignidad, que puede ser ejercido a través de la eutanasia, el suicidio médicamente asistido, los cuidados paliativos de hospicio, el otorgamiento de voluntades anticipadas y el constante respeto hacia la autonomía y deseos del paciente.

Para lograr tal cometido abordaremos el concepto de dignidad, en sus tres sentidos, de la mano de Fransec Torralba y su relación con los derechos humanos. Más adelante analizaremos el binomio dignidad/bioética principialista. Finalmente, reflexionaremos en el derecho a la autodeterminación y el derecho humano a morir con dignidad.

¹ La autonomía vital consiste en la libertad que tiene toda persona para conocer y decidir acerca de las implicaciones de un tratamiento médico, para determinar en qué condiciones y hasta cuando está dispuesta a soportar un padecimiento irremediable, en ocasiones con dolores extremos, y que desde su perspectiva afecte su dignidad. Es un concepto acuñado por Diego Valadés. Carpizo, Jorge y Valadés, Diego. *Derechos Humanos: Aborto y Eutanasia*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2008, p. 83.

II. LOS TRES SENTIDOS DE LA DIGNIDAD EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si bien los valores contenidos simbólicamente en los derechos humanos constituyen o reflejan, en ciertas ocasiones, una cultura hegemónica, no debemos perder de vista que la dignidad —fundamento de los derechos humanos— dota de contenido y sentido a estas prerrogativas reconocidas a todo ser humano. En ese sentido, la dignidad como arquetipo y *topoi* es el criterio que alimenta la idea de una buena vida, idea que puede traducirse en una infinidad de valores, ya que acoge las diversas ideologías, concepciones morales, manifestaciones culturales y sentimientos individuales y colectivos, cosmogonías y cosmovisiones tendientes a consagrar la sacralidad de los seres humanos.

El discurso político oficial tiende a privilegiar ciertos valores en detrimento de la riqueza cultural y la idiosincrasia de otros pueblos y naciones, lo que incide en el desconocimiento de la vulnerabilidad y riqueza de la condición humana. La diversidad es sometida por la retórica de Occidente, que solo reconoce ciertos valores y ciertas formas de vivirlos, actitud que violenta la diversidad cultural, la cosmovisión y la cosmogonía de pueblos milenarios.

Con el fin de desacreditar este discurso hegemónico que destruye aquello que es diferente, es necesario recurrir a los tres sentidos de la dignidad y el principio de universalidad que los rige en el momento de aplicar los derechos humanos para incentivar un discurso incluyente y receptivo a formas de pensar diferentes a la cosmovisión occidental.

De lo contrario, la universalidad constituiría un resabio del pensamiento colonial de Occidente, que pretendió unificar los valores y tradiciones mediante la eliminación de las diferencias, el sometimiento, la sustracción de la libertad y la esclavitud. Sería, entonces, perpetuar el discurso de superioridad y discriminación. Lo que no debemos olvidar es que los derechos humanos —la dignidad— desempeñan un papel crucial en Oriente y en Occidente, dado que la dignidad como lugar común, como esencia del ser, anula la dualidad

de pensamiento y da pie a un derecho a la humanidad, ya que toda persona es miembro de una comunidad determinada que desde el interior reglamenta la manera pertenecer a ella, pues, a su vez, cada comunidad dialoga con la interpretación que cada ser humano hace de sí mismo. La función del principio de universalidad es, entonces la comprensión hermenéutica² de cada individuo como ciudadano de la humanidad.

En esa línea de pensamiento subrayamos que la dignidad como genealogía de los derechos humanos constituye el eslabón que permite establecer la filiación de la ética con el orden jurídico. En virtud de este criterio, la dignidad es la mediadora entre las concepciones

² Según Nussbaum, la determinación de la condición humana solo puede ser el resultado de una actividad hermenéutica que trate de entender cómo los hombres se interpretan a sí mismos narrativamente desde una perspectiva ética. Al igual que toda comprensión hermenéutica, también es válido para esto último el hecho de que, en última instancia, contiene en sí misma su criterio de verdad, y este tiene que poder ser aceptado por parte de los que aquí son interpretados: por eso, entender es, para Nussbaum, un proceso «cooperativo» o dialógico.

Con esta concepción hermenéutica de la determinación del hombre, Nussbaum mantiene la exigencia universalista de los derechos humanos, pero sin entenderlos en el sentido de una «ley global». Solamente existe un *proceso* de universalización (en el diálogo) y este proceso es interminable por definición Menke, Christoph y Pollmann, Arnd, *Filosofía de los Derechos Humanos*, Barcelona: Herder, 2010, p. 96.

En esa misma línea de pensamiento, la interpretación de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros instrumentos interamericanos no se realiza en el vacío, sino que es un producto dialógico que resulta de *dimensionar* los derechos y las obligaciones a la luz de las condiciones y contexto de las víctimas. Los derechos humanos responden y se adecúan a las demandas, y no al contrario.

[...] El derecho puede existir, pero ser ineficaz. Ni la existencia ni la universalidad de los derechos humanos depende de su efectividad, sino que proviene del reconocimiento del sujeto de derechos como persona que debe ser valorada como un fin en sí mismo, como ente capaz de autodeterminarse, como identidad con dignidad. Vázquez, Luís Daniel, y Serrano, Sandra, «Los Principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad. Apuntes para su Aplicación Práctica», en M. Carbonell y P. Salazar (coords.), *La Reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas 2012, pp. 145 y 147.

filosófica y jurídica de la persona para dotar de sentido este encadenamiento ético-jurídico. La dignidad dota de contenido y significado a los derechos humanos.

El concepto de dignidad no fue acuñado por el Derecho, sino por la filosofía; el mundo jurídico se apropió de la idea y del contenido de la dignidad porque de esa manera el Derecho se recrea como canal axiológico para ayudar a la colectividad a preservar los más altos valores a los que aspira. Así, la dignidad se erige en un dique normativo que prohíbe la instrumentalización de las personas.

De acuerdo con Torralba, la dignidad tiene tres dimensiones o sentidos: ontológico, teológico y ético. El sentido ontológico hace referencia al valor intrínseco que toda persona posee. El sentido ético se traduce en el obrar virtuoso, en la realización de acciones que construyen el mérito o la magnificencia del individuo: es un actuar decoroso que fluctúa, cambia o se transforma constantemente y se fundamenta en la antropología de la libertad creadora, que deriva, a su vez, de la esencia del ser humano. Por su parte, el sentido teológico (el más antiguo) denota la dignidad que posee *per se* el ser humano debido a que esta hecho a imagen y semejanza del Absoluto, de tal manera que Dios es el sustento de la dignidad. La dignidad en su dimensión teológica da pie a la dignidad en sentido ontológico, si bien esta última se fundamenta en la excelencia del ser y no en el Absoluto; la dignidad en sentido teológico se refrenda constantemente a través de una conducta decorosa, recta, o sea, y se manifiesta por medio de la dignidad en sentido ético, que se construye mediante la realización de acciones virtuosas. En suma, la dignidad en sentido teológico es una herencia del pensamiento mítico-religioso presente en todas las culturas, es el arquetipo que dará lugar a diversas representaciones en el pensamiento filosófico del que se dará cuenta en las siguientes líneas.

Ahora bien, para la antropología filosófica, son tres los órdenes de la construcción de la representación del ser humano: 1) el fisiológico —que destaca la constitución del cuerpo humano como una representación del Absoluto, de ahí su valor intrínseco—; 2) el social y cultural —que se enfoca en el respeto que se debe de profesar al

ser humano—; y 3) el moral y ético —que se traduce en las conductas que llevan al ser humano a dignificar su existencia, pues la comprensión del hombre siempre se realiza en función de los valores.³ El orden señalado es flexible, lo cual quiere decir que no hay prelación y que ninguno de los aspectos es más importante que otro. No hay una jerarquía: más bien deseamos remarcar que la experiencia de ser persona es compleja e implica diversas categorías.

La idea de dignidad se remonta a la *axiosis* griega, pasa por la *dignitas* en Roma y las ideas de dignidad reflejadas en las obras de Séneca y Cicerón, que arraigan en la patrística y en la escolástica hasta llegar a Kant, Schiller, Waldron y el estatus jurídico actual de la dignidad en México, donde es reconocida como una norma jurídica y como una herramienta para interpretar los derechos humanos.

Los derechos humanos surgen alrededor de la existencia del ser humano en la comunidad porque consagran la esencia humana en la ciudad o, en otros términos, en el modo en que radica la dignidad ontológica, teológica y ética⁴ en lo colectivo y en la conformación y acción del Estado. Si no se concreta esa esencia humana —la dignidad— dentro de la comunidad o si se realiza de forma precaria, el ser humano se atrofia, se daña. Por ello, los derechos humanos son concebidos como potestades o prerrogativas cuyo último fin es la realización de las dimensiones espiritual, física, social, emotiva y económica del ser humano.

Esto quiere decir que los derechos humanos operan en función de la dignidad como estrella binaria, ya que la titularidad de estos se funda en la dignidad —en sentido ontológico— que inviste a toda persona como un valor absoluto que impone la obligación de respetarlos —dignidad en sentido ético—. La dignidad como concepto universalmente válido permite garantizar la vigencia permanente de

³ Esta idea fue elaborada a partir de lo señalado por Jacinto Choza, se sugiere consultar sus obras: Choza, Jacinto, *Manual de antropología filosófica*, Sevilla: Thémata, 22016 e *Íd.*, *Historia Cultural del Humanismo*, Madrid: Themata-Plaza Valdés, 2009.

⁴ Torralba Rosello, Francesc, *¿Qué es la dignidad?*, Barcelona: Herder, 2005.

los derechos humanos, estén o no expresamente reconocidos en el orden normativo, a la par de adquirir, dentro del contexto cultural, lo que define su constante evolución —la supratemporalidad—, debido a que la estimación común no tiene fecha de caducidad ni distingue cosmovisiones ni cosmogonías.

Por lo tanto, la dignidad como lugar común, como fuente de los derechos humanos materializada a través del principio de universalidad, conduce a un discurso que denota el entendimiento del otro, que no marca diferencias evidentes, sino que tiende a la empatía y la solidaridad con la que debe aprehenderse a los congéneres, como un ramillete de ideas y sentimientos —en una posición de igualdad— que aspiran a ser tratados con decoro en todo momento, dado que su naturaleza los compele a autopreservarse, encomio que lo conducirá a evitar el sufrimiento. Esto quiere decir que, a la luz de una moral general y mínima, el entendimiento del *otro* es la obligación de conocer lo que un ser humano no desea, lo que denigra y perturba su esencia, es la adquisición de la conciencia del dolor y el sufrimiento del *otro*, lo que se traduce en el pleno acogimiento del *otro* —ágape. La apertura hacia el otro solo es posible a través de un diálogo en el que prima el papel de la dignidad.

Tanto la dignidad como la universalidad apelan a una conciencia ética que perciba la fragilidad humana, que conciba la esencia de la humanidad como una hermandad, como un todo que se disloca en subjetividades en el momento de individualizar el catálogo de derechos humanos de acuerdo con las circunstancias del momento histórico, sin imponer formas de vida o ideologías que violenten al otro. Por consiguiente, la apertura hacia el otro predispone al reconocimiento de cada persona, que en el lenguaje jurídico se traduce en el reconocimiento universal de sus derechos humanos.

III. DIGNIDAD Y BIOÉTICA PRINCIPIALISTA

La bioética principialista se denomina de este modo porque se sustenta en cuatro principios: autonomía, justicia, beneficencia y no maleficencia. También es conocida como ética asistencial. La formulación

de los Principios de Ética Biomédica corrió a cargo de Beauchamp y Childress y quedaron plasmados en su libro *Principles of Biomedical Ethics*. El preludio de dicho escrito fue el Informe Belmont de 1979, cuyo objetivo fue hacer patentes los juicios éticos a seguir mediante la consagración de principios éticos básicos que deben subyacer a la conducta de los investigadores.⁵ Como se ha señalado, los principios de la ética asistencial son los siguientes: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.⁶ Estos principios deben guiar la actuación de los profesionales —en este caso, de la salud— a fin de que estos no instrumentalicen a las personas. Constituyen una obligación *prima facie* y no existe ninguna jerarquía entre ellos.

A continuación, definiremos cada principio:

Autonomía. La autonomía es el respeto y el reconocimiento de la capacidad de ejercicio que todo paciente tiene para tomar decisiones informadas. Se trata de un principio que obedece al individualismo moral, en el que la responsabilidad moral reside en el individuo y no en la comunidad.

Beneficencia. La beneficencia es la promoción del bienestar del paciente. Consiste en la realización de una acción buena o beneficiosa para una persona siempre y cuando esta la pida voluntariamente o la acepte. En un primer momento se busca la participación y equilibrio entre la autonomía y la beneficencia, es decir, que el bien que se quiere para una persona sea objetivamente (médicamente) posible y subjetivamente (individualmente) querido y autorizado. Es una forma de maximizar los beneficios y minimizar los daños.

No maleficencia. La no maleficencia es la prevención el daño en la medida de lo posible. Se concreta en la obligación de no deterio-

⁵ Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, «¿Qué puede ofrecer la Ética a la Medicina?», en R. Vázquez (coord.), *Bioética y Derecho, fundamentos y problemas actuales*, México: Fontamara, 2012, p. 56.

⁶ Son consagrados en el libro *Principles of Biomedical Ethics*, que establecía de forma académica a los principios de la bioética, en 1979. Cfr. Cano Valle, Fernando, *Bioética, Temas Humanísticos y Jurídicos*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

rar la salud del otro, de no causar daño a nadie. Desde este enfoque, podemos apuntar que es la modalidad negativa del principio de beneficencia —es decir, un no hacer— cuya aplicación está determinada por el contexto.

Justicia. La justicia consiste en proporcionar y brindar un trato digno al paciente respetando en todo momento sus derechos, además de garantizar a todos el acceso a la salud. Se materializa en una política pública referida al acceso de los servicios sanitarios por la población, tal y como establece el artículo 4º, párrafo IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El principio de justicia lleva aparejada la no discriminación e implica que todo individuo cuente con acceso a tratamientos médicos del mejor nivel posible tomando en consideración los recursos disponibles.

En cuanto al tema que nos ocupa, cabe señalar lo siguiente: en el campo de la medicina, la autonomía toma inspiración, naturalmente, en la dignidad: reconocemos que los pacientes son seres autónomos porque son personas, son sujetos, no objetos. En este sentido, el protagonismo de la dignidad es indiscutible porque hay infinidad de decisiones autónomas que pueden lesionarla. Por ello, la dignidad es referente obligado a la hora de aplicar los principios. De igual forma, toda práctica médica o investigación científica están orientadas por el principio de no maleficencia, mismo que encuentra su arraigo en la dignidad. La búsqueda del beneficio para el paciente a través de su curación y tratamiento incluye la evaluación de los riesgos que corre, no solo su integridad física y emocional, sino también la propia dignidad de la persona, y esa evaluación será precedida por un proceso dialógico que envuelve al principio de autonomía.

De igual importancia es el principio de beneficencia, que conmina a buscar lo mejor para el paciente y lleva implícita la vocación del profesional de la salud por salvar vidas; por tal motivo, es una representación más del respeto por la dignidad de la persona.

Por último, el principio de justicia se refiere a la sabia y equitativa distribución de los bienes en materia de salud, pero también a la garantía del acceso a los servicios de salud sin discriminar a ningún ser humano por motivos de etnia, religión, condición socioeconómica

etc. la finalidad del principio de justicia es hacer partícipe a todo ser humano de los beneficios y bienes concernientes al cuidado de la salud porque, en su condición de ser humano, es digno, merece ser tratado como un fin, y por su condición económica o social no debe ser privado de los servicios de salud que le ayuden a lograr una calidad de vida que garantiza la preservación de su dignidad.

En virtud de lo expuesto, vivir dignamente el proceso de muerte no solo implica la absoluta estimación que las personas merecen, sino también el mantenimiento de esa estimación hasta el último aliento, respetando el ejercicio pleno de la libertad y de la autonomía, lo que conlleva ejecutar las decisiones e instrucciones que la persona otorgó para el fin de sus días. Es, en fin, humanizar el tratamiento de un paciente terminal o en su defecto gravemente incapacitado, para no menoscabar su integridad, evitando a toda costa que sufra dolores innecesarios que no solo lo desgastan físicamente, sino también mental, emocional y económicamente, y que generan angustias atroces en sus familiares. Cuidar la calidad de vida del paciente hasta el final es una expresión más de la estimación por ese ser humano; es, en definitiva, amor al prójimo.

IV. AUTODETERMINACIÓN Y DERECHO A MORIR DIGNAMENTE

La idea del derecho a morir con dignidad se complementa con la del derecho a la integridad corporal. El término integridad encuentra su etimología en el latín. Deriva del verbo *tangere*, que significa tocar, golpear: esta es la raíz tanto del adjetivo *integer*, que significa intocable, íntegro, y del sustantivo *integritas*, que significa integridad, totalmente.⁷ Este marco de significación conmina a conservar intacta la dignidad,

⁷ Neves, Maria Patrão, «Article 8: Respect for Human Vulnerability and Personal Integrity», en A.M. Henk y M.S. Jean (eds.), *The Unesco Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, Background, principles, and applications* París: Unesco Publishing, 2009.; y Andorno, Roberto, *Bioética y Dignidad de la Persona*, Madrid: Tecnos, 1998, p. 155. Disponible en: <http://www.academia.edu/2146899/Bioetica_y_dignidad_de_la_persona>.

manteniendo su valor inalterable. A pesar de que en los últimos instantes de un ser humano su integridad física y emocional se encuentra lamentablemente descalabrada, ello no implica que la integridad espiritual y la dignidad de la persona sean lo mismo: al contrario, es lo único que puede y debe ser preservado en su totalidad.

Por otra parte, el derecho a la disposición del cuerpo (autodeterminación o soberanía sobre el cuerpo) aúna el derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la vida, ya que estos dos derechos protegen diversas esferas de la existencia humana. Por ello, brindamos un panorama general de las implicaciones del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

Es importante recordar que el derecho a la disposición del cuerpo remite a 4 ideas:⁸ 1) el cuerpo como fortaleza (inviolabilidad, es decir el derecho a no sufrir lesión o menoscabo en el cuerpo ni en la psique); 2) el cuerpo como secreto (derecho a la intimidad, a la vida privada y a la propia imagen); 3) el cuerpo como libertad (autonomía y derecho a decidir sobre el cuerpo para rechazar o recibir tratamientos, terapias de rehabilitación, intervenciones quirúrgicas, participación en experimentación biomédica, donación de biomateriales y derecho a morir con dignidad, aborto, eutanasia, reproducción asistida, gestación por sustitución, experimentación en células madre o troncales, entre otros); y 4) el cuerpo como necesidad (autoconservación, derecho a la salud, derecho a la salud mental, protección de las personas con discapacidad y prohibición de penas corporales y tratos degradantes, prácticas de mutilación, etcétera).

Los puntos 3 (el cuerpo como libertad) y 4 (el cuerpo como necesidad) nos permiten afirmar que la soberanía sobre el cuerpo refrenda y robustece el derecho a morir con dignidad a través de la conservación del cuerpo, de la salud, de la calidad de vida y el derecho a elegir tratamientos o rechazarlos al final de la vida. Por tanto, el derecho a morir con dignidad comporta la consideración de la persona (hasta el último aliento) como centro de decisión, el deber

⁸ Cfr. García Manrique, Ricardo (coord.), *El cuerpo diseminado (estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos)*, Madrid: Thomson Reuters, 2018.

de cuidarla y de evitar, ante todo, el menoscabo de su dignidad en una agonía larga y dolorosa que no solo desgasta a la persona, sino también a sus familiares y seres queridos.

La dignidad como potestad es la palanca de acción para instar otros derechos que protejan la estimación de la que es acreedora cada ser humano y la que genera el paradigma del proceso digno de muerte. Como potestad, sirve de fundamento máximo de la autonomía de la voluntad para determinar los tratamientos o actuaciones médicas en el momento en que una persona se ve afectada por una enfermedad incurable, trance en el que es exigible que sea máximamente respetada. La dignidad insta a la autonomía de la voluntad para que esta la defienda y evite su degradación. La autonomía es la principal detractora y limitadora del poder supremo del Estado sobre sus gobernantes y marca los límites de actuación de los particulares frente a un paciente gravemente enfermo.

En virtud de lo expuesto, vivir dignamente el proceso de muerte no solo implica la absoluta estimación del ser humano, sino también el mantenimiento de esa estimación hasta el último aliento respetando el ejercicio pleno de la libertad y de la autonomía, lo que conlleva ejecutar las decisiones e instrucciones que la persona estipuló para el fin de sus días. Se trata, en fin, de humanizar el tratamiento de un paciente terminal o gravemente incapacitado para no menoscabar su integridad, evitando a toda costa que sufra dolores innecesarios.

V. ALGUNAS FIGURAS JURÍDICAS QUE REGULAN EL DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD

Existen diversos medios para salvaguardar la dignidad al final de la vida. A continuación, los enlistamos con el fin de diferenciarlos y de exponer y clarificar la idea de que el derecho a morir con dignidad no es un sinónimo de eutanasia.

- Eutanasia. La eutanasia es el procedimiento que lleva a cabo un médico para producir la muerte indolora de un paciente previa petición de este. La figura está regulada en los Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Canadá, Victoria, Australia, Es-

paña y Austria. En otros países, entre ellos Colombia, se ha ejercido vía jurisprudencial.⁹

El marco legal internacional que regula esta figura es el siguiente: Países Bajos: Ley de terminación de la vida a petición propia (2002); Bélgica: Ley de eutanasia (2002); Luxemburgo: Ley de cuidados paliativos, eutanasia y suicidio asistido (2009); Canadá: Ley de ayuda médica a morir (2016); Victoria (Australia): Ley de muerte asistida voluntaria (2017); Western (Australia): Ley de Muerte Asistida Voluntaria (2019); Nueva Zelanda: Ley de Elección al Final de la Vida (2020); Austria: Ley de Final de la Vida (2021); España: Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la Eutanasia (2021).

En los Países Bajos la eutanasia procede cuando no hay esperanzas de mejora y el enfermo sufre un padecimiento insoportable. No es necesario que tenga una enfermedad terminal. Puede practicarse a partir de los 16 años, y entre los 12 y 16 años los padres o quienes ejerzan la patria potestad deben prestar su consentimiento. Las comisiones regionales deben determinar el cumplimiento de estos requisitos. Estos órganos están integrados por un jurista —que a la vez será presidente—, un médico y un experto en cuestiones éticas o en problemas de aplicación de las normas al caso concreto. El médico solicita la práctica de la eutanasia a las comisiones y estas deben responder en 6 semanas. Finalmente, se expide acta de defunción y se informa al forense municipal.

Por su parte en Bélgica la eutanasia no se aplica solo a enfermos terminales, ya que su ley habla de «certificar el carácter permanente del sufrimiento físico o psíquico del paciente y de su voluntad reiterada». Con esta finalidad, se mantendrán con el paciente varias entrevistas razonablemente espaciadas

⁹ Sentencia C-237 de despenalización de la muerte asistida (1997). Sentencia T-970 para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad (2014). Resolución 1216 que da cumplimiento a la Sentencia T-970 (2015). <<https://derechoamorir.org/eutanasia-mundo/>>. [Consulta: 14/09/2022.]

en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución de su estado de salud; se consultará con otro médico sobre el carácter grave e incurable de la enfermedad, informándole de los motivos y razones de dicha consulta.¹⁰ La ley solamente estipula que, cuando no se trate de una enfermedad terminal, debe consultarse a un segundo médico, psiquiatra o especialista en la patología presentada por el paciente, indicando claramente los motivos de la consulta. El médico consultado revisará el historial médico del paciente, lo examinará, y se asegurará del carácter constante, insoportable y no susceptible de alivio del sufrimiento físico o psíquico padecido, así como del carácter voluntario, razonado y reiterado de la petición.

Cabe añadir que en Bélgica toda persona mayor de edad o menor emancipado y capaz puede, en el caso de que se encontrase en situación de no poder manifestar su voluntad, consignar por escrito en una declaración su voluntad de que un médico le practique la eutanasia si este último constata que padece una afección accidental o patológica grave e incurable, que está inconsciente y que esta situación es irreversible en el estado actual de la ciencia. También estipula que ningún médico está obligado a realizar un acto de eutanasia y que ninguna persona está obligada a prestar asistencia en un acto de eutanasia.

Los menores de edad pueden solicitar la eutanasia desde 2014 gracias a la extensión de la ley a los menores (28 de febrero 2014) —ley que modifica la ley del 28 de mayo 2002 relativa a la eutanasia para ampliar la eutanasia a los menores—.

En Bélgica se expide acta de defunción y se consigna causa de muerte natural a todos los efectos, incluyendo las pólizas de seguros.

La legislación de Luxemburgo establece que toda persona en fase avanzada o terminal de una dolencia grave e incurable

¹⁰ Cfr. “Eutanasia y suicidio asistido en el mundo” Derecho a morir dignamente. 2022. <<https://derechoamorir.org/eutanasia-mundo/>>

o quien padece una dolencia accidental o patológica grave e incurable que está inconsciente —y dado que esta situación es irreversible según el estado actual de la ciencia— puede acceder a la práctica de la eutanasia; asimismo, reconoce el efecto secundario de la sedación terminal.¹¹ En el artículo 3 dispone: El médico está obligado de aliviar eficazmente el sufrimiento físico y psíquico de una persona en fase avanzada o terminal de una dolencia grave e incurable, cualquiera que sea la causa, más que aplicarle un tratamiento que pueda tener como efecto secundario adelantar el fin de su vida, deberá informar y obtener su consentimiento.

En Luxemburgo, la solicitud es formulada por el médico a la Comisión Nacional de Control y Evaluación, integrada por tres médicos y tres juristas, un miembro de profesiones sanitarias y dos miembros organizaciones que luchan por los derechos de los pacientes.

¹¹ También conocida como sedación paliativa. La sedación paliativa es la depresión farmacológica del nivel de la conciencia, con el fin de aliviar el sufrimiento que no puede ser aliviado de otra manera.

Cuando hablamos de sedación paliativa, hablamos del último nivel de supresión de la conciencia: la profunda (coma), lo niveles que la preceden son leves (somnolencia) e intermedia (estupor, como en un sueño profundo).

Es menester mencionar que la sedación paliativa tiene un doble efecto. El efecto secundario es un paro respiratorio derivado de la administración de sedantes para calmar el dolor. Cfr. Materstvedt, Lars Johan y Bosshard, Georg, «Deep and Continuous Palliative Sedation (terminal sedation): clinical-ethical and philosophical aspects», *Lancet Oncology*, 10, 2009. <http://forskningssweb.org/palliasjonmidt/files/2011/01/Sedering_Materstvedt_LancetOncol.2009.pdf>(10)

El doble efecto tiene como propósito primario positivo calmar el dolor y evitar el sufrimiento; el propósito secundario negativo y no deseado (pero inherente) es el acortamiento de la vida. Lo podemos entender como la precipitación de la muerte, como efecto secundario de la sedación paliativa, sin ser ello el objeto terapéutico primario. Debido a ello, no es apropiado relacionarlo o confundirlo con eutanasia (pasiva o activa), pues estamos ante comportamientos inciertos de la buena práctica médica (*lex artis*).

Canadá permite la práctica de la eutanasia en el caso de las personas que padecen problemas de salud graves e irreversibles, ya que la enfermedad, dolencia o minusvalía, o la disminución avanzada e irreversible de sus capacidades le ocasiona sufrimientos físicos o psicológicos persistentes que considera intolerables y que no pueden ser aliviados en condiciones que considere aceptables. Además, la muerte natural es el desarrollo razonablemente previsible, tomando en cuenta todas sus circunstancias médicas, aunque no se haya formulado un pronóstico sobre su esperanza de vida.¹² Canadá considera el derecho a morir como un derecho humano de sus ciudadanos.

La ley de Nueva Zelanda establece los siguientes requisitos para solicitar la eutanasia: ser mayor de 18 años y capaz de tomar decisiones informadas sobre muerte asistida, sufrir una enfermedad grave e incurable que produce disminución irreversible de sus capacidades y ocasiona sufrimiento físico o psicológico intolerable, o tener un pronóstico de vida inferior a seis meses.

Por otra parte, en Victoria, Australia, las personas no pueden acceder a la muerte voluntaria asistida por el solo hecho de haber sido diagnosticadas por una enfermedad mental. Tampoco se puede acceder a la muerte voluntaria asistida por el solo hecho de que la persona tenga una discapacidad y si es diagnosticada con una dolencia, enfermedad, o un cuadro médico neurodegenerativos, el pronóstico deberá ser de semanas o meses, siempre inferior a los 12 meses.

- Suicidio asistido. Consiste en proporcionar a una persona medios para quitarse la vida, pero sin intervención del médico. Suiza es el país que mejor ejemplifica este supuesto, aunque no tiene una regulación expresa, sino una laguna legal que hace que el suicidio asistido no sea punible, es decir, que no

¹² “Eutanasia y suicidio asistido en el mundo” Derecho a morir dignamente. 2022. <<https://derechoamorir.org/eutanasia-mundo/>>

haya sanción penal, siempre y cuando se asista de forma desinteresada y no medien razones egoístas. La persona debe administrarse la dosis, pues el paciente debe tener un papel activo.

En Alemania e Italia las cortes constitucionales han dictado sentencias que han permitido la cooperación al suicidio en algunas circunstancias, incentivando a sus parlamentos a legislar adecuadamente el derecho.

Canadá regula el suicidio asistido del siguiente modo: no será imputable el delito del artículo (1)(b) a quien, a petición expresa de otra persona, la ayude a autoadministrarse una sustancia que le ha sido prescrita como parte de la prestación de asistencia médica para morir conforme el artículo 241.2.¹³

- Suicidio médicamente asistido. En el suicidio médicamente asistido, un médico proporciona al paciente los medios para terminar con su vida (por ejemplo, la prescripción de opiáceos).

Los Estados que regulan esta figura son: Oregón (1994), Washington (2008), Montana (2009, por decisión judicial), Vermont (2013), Colorado (2016), California (2016), Hawái (2018), Nueva Jersey (2019), Maine (2019). La legislación de la capital de Estados Unidos, Washington D.C. (2016), reconoce derecho al suicidio asistido solo cuando el pronóstico de supervivencia sea de 6 meses (enfermedad terminal).

Los Países Bajos, Luxemburgo y Canadá regulan en sus leyes la eutanasia y el suicidio médicamente asistido. Victoria, Australia, lo regula a través del permiso de autoadministración, que autoriza al médico coordinador a entregar a la persona una dosis suficiente para causar la muerte; y a la persona mencionada a conseguir, poseer, almacenar, usar y auto-administrarse la sustancia para la muerte voluntaria asistida.

¹³ “Eutanasia y suicidio asistido en el mundo” Derecho a morir dignamente. 2022. <<https://derechoamorir.org/eutanasia-mundo/>>

Los requisitos para solicitar el suicidio médicamente asistido son los siguientes: tener 18 años, ser residente en el Estado, contar con plena capacidad de ejercicio y ser enfermo terminal.

- *Durable Power of Attorney*. Se trata de un documento en el que una persona nombra y apodera a un representante (*agent, attorney, proxy, surrogate decision maker*) para que tome decisiones para todas o solo para determinadas actuaciones, procedimientos o tratamientos médicos o de soporte vital y cuidados paliativos de acuerdo con los deseos y valores del poderdante, que ha devenido en incapaz, de ahí el término durable. La figura está ampliamente regulada en Estados Unidos y en México es conocida con el nombre de tutor cautelar.

La tutela cautelar es un tipo de tutela y está regulada en el artículo 469 bis del Código Civil para el Distrito Federal en estos términos:

«Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiese 94 corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo con lo establecido en este código».

En la tutela cautelar, una persona con plena capacidad de ejercicio, antes de devenir en incapaz a causa de una enfermedad o alteración cognitiva o emocional, designa de forma preventiva a un tutor para que tome decisiones en el ámbito médico —tratamientos y cuidado de la salud del incapaz—. Por tanto, la persona elige quien la cuidara cuando sea incapaz. Toda persona con capacidad para otorgar testamento —contar con 16 años o más y estar en pleno uso de sus facultades mentales— puede designar a su tutor cautelar.

Algunas consideraciones adicionales sobre esta figura son las siguientes: se nombra ante notario en escritura pública y, pre-

viamente al nombramiento, los peritos deberán verificar la lucidez de la persona; se puede nombrar tutor sustituto (artículos 469 bis a 469 *quintus* del C.C.D.F.).

Cabe destacar que, de acuerdo con el artículo 166 bis 3 fracción X de la Ley General de Salud, el enfermo terminal tiene derecho a: «X. Designar, a algún familiar, representante legal o a una persona de su confianza, para el caso de que, con el avance de la enfermedad, esté impedido a expresar su voluntad, lo haga en su representación».

No obstante, existen otras figuras que pueden ayudar a solventar esta situación, entre ellas el documento o formato de voluntad anticipada, en el que la persona interesada establece quien será su representante en el ámbito sanitario.

- Voluntad anticipada:¹⁴ La voluntad anticipada es la declaración externa de una voluntad libre, espontánea y unilateral llevada a cabo por una persona capaz, ya sea en documento público o privado, cuyo trasfondo es un proceso previo de información, comunicación y deliberación con el médico tratante —y, en la medida de lo posible, con su familia— sobre los tratamientos y cuidados principalmente médicos que desea o no recibir en el futuro. La declaración está sujeta a la condición suspensiva de devenir en incapaz ante la ley y que los hechos clínico-biológicos previstos se actualicen.

La figura tiene sus antecedentes en el término «testamento vital», que nació en 1969 de la mano de Luis Kutner, un abogado de Chicago que concibió el modelo del documento en el que cualquier persona podría expresar su deseo o voluntad de que no se le aplicara un determinado tratamiento o cesara su aplicación en caso de una enfermedad terminal. Ese mismo año se fundó la asociación denominada Concern

¹⁴ Este apartado se elaboró con la ayuda del texto: San Vicente Parada, Aida del Carmen, «Marco legal de las voluntades anticipadas en México», *Amicus Curiae*, vol. 1, N.º 2, agosto 2014. <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/47477>>

for the dying (solicitud por los moribundos) con el objetivo de educar a la sociedad sobre el «living will», documento que constituye un proceso de reflexión e inclusión de los ciudadanos en los temas relativos a su salud, autorizando a cada paciente a expresar su voluntad anticipadamente.

En 1976, la Ley de Muerte Natural (Natural Death Act) del estado de California legalizó por primera vez las instrucciones previas o voluntades anticipadas en torno a la aplicación, interrupción o rechazo de tratamientos médicos al final de la vida sin exigir responsabilidad alguna a los facultativos que siguieran las disposiciones del paciente.

En agosto de 1986, la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (Conferencia Nacional de Comisionados a favor de la Uniformidad de Leyes Estatales) aprobó una declaración de «*living wills*» titulada Uniform Rights of The Terminal III Act (Ley Uniforme de los Derechos de los Enfermos Terminales).

La voluntad anticipada está regulada en España, México, Chicago, Países Bajos, California, Kansas, Utah, Ohio, Argentina, Israel, Bélgica, Dinamarca entre otros países.

En las voluntades anticipadas puede designarse un representante (que se encarga de vigilar el cumplimiento, el interlocutor válido con el personal sanitario, puede ayudar a llenar lagunas y prestar el consentimiento informado); y puede otorgarse consentimiento para donar órganos.

Otras disposiciones que puede contener el documento de voluntades anticipadas son: el lugar dónde se desea recibir los cuidados paliativos o bien los cuidados de hospicio para el caso de enfermos gravemente incapacitados, pero que no sufren de una enfermedad terminal, ya que su expectativa de vida es mayor a los seis meses —en casa o en el hospital— y la solicitud de asistencia religiosa o tanatológica.

En México solo se permite otorgar voluntades anticipadas a los enfermos terminales. Se trata, por tanto, de un acto sujeto

a una condición suspensiva, pues si la persona enferma gravemente por causa de accidente, tiene cuadriplejía o deviene incapaz por un estado vegetativo persistente o por Alzheimer o demencia, la voluntad anticipada no puede aplicarse, dado que no cumple la previsión legal.

La figura está regulada en los siguientes estados de la República: Aguascalientes, Coahuila, Colima, Ciudad de México, Chihuahua, estado de México, Guanajuato, Guerrero (Ley número 1173), Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, San Luis Potosí: Ley Estatal de los Derechos de las Personas en Fase Terminal, Tlaxcala, Tabasco (Ley de salud) y Yucatán. Todas las leyes prohíben la eutanasia. Solamente Coahuila y Tlaxcala solicitan la mayoría de edad para otorgar la voluntad anticipada. Colima no restringe su ámbito de aplicación a enfermos terminales y lo extiende a personas que hayan sufrido graves accidentes y que, como consecuencia de ellos, se encuentren en un estado de vulnerabilidad. En Colima, Guerrero y Tabasco solamente se otorgan ante notario público.

Por último, la Ley General de Salud regula las voluntades anticipadas como un derecho de los enfermos terminales en los siguientes términos: artículo 166 Bis 4. «Toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, puede, en cualquier momento e independientemente de su estado de salud, expresar su voluntad por escrito ante dos testigos, de recibir o no cualquier tratamiento, en caso de que llegase a padecer una enfermedad y estar en situación terminal y no le sea posible manifestar dicha voluntad. Dicho documento podrá ser revocado en cualquier momento.

Para que sea válida la disposición de voluntad referida en el párrafo anterior, deberá apegarse a lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones aplicables».

- Cuidados paliativos: De acuerdo con la OMS, los cuidados paliativos son un medio para mejorar la calidad de vida de los pacientes y sus familias que enfrentan los problemas aso-

ciados a enfermedades que amenazan la vida a través de la prevención y alivio del sufrimiento, la identificación temprana, la impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales.¹⁵

En general, existen tres modelos recurrentes de medicina paliativa (medicina de cuidados): 1) Servicio de urgencias asociadas a los cuidados paliativos; 2) Campeones del servicio de cuidados paliativos (se aplican a todas las enfermedades, sean terminales o no); y 3) Servicio de urgencias de cuidados paliativos en asociación con los cuidados de hospicio¹⁶ (son utilizados para enfermos terminales).

El rol de los cuidados paliativos es mitigar el dolor, prevenir la exacerbación de sus crisis y facilitar al paciente y a su familia el conocimiento de los posibles problemas éticos que pueden surgir.

Los cuidados paliativos de tercer nivel (los cuidados de hospicio) muestran que ser desahuciado no significa ser olvidado y marginado en los confines de ultratumba. En una fase terminal, hay mucho por hacer y, aunque el entusiasmo y la esperanza por curar se traduzcan en impotencia ante la situación y sean opacados por la oscuridad amenazante de la muerte o la desgracia de no contar con un completo estado de bienestar, no significa que todo esté perdido. Incluso en ese ocaso desolador brillará la misericordia y el arropamiento por cuidar a una persona en sus últimos momentos o, simplemente, por confortarla y facilitarle no salud, pero sí calidad de vida.

A menudo los pacientes terminales presentan crisis espirituales y sociales que provocan una aguda descompensación en

¹⁵ Organización Mundial de la Salud. <http://www.who.int/cancer/palliative/es/> [Consulta: 15/09/2022.]

¹⁶ Rosenberg, Mark, Lamba, Sangeeta y Misra, Sumi, «Palliative Medicine and Geriatric Emergency Care: Challenges, Opportunities, and Basic Principles Clinics considerations», *Geriatric Medicine*, N.º 29, p. 3. <<http://dx.doi.org/10.1016/j.cger.2012.09.006>>. [Consulta: 14/09/2022.]

la familia. Los síntomas físicos son el dolor exacerbado, la ansiedad, la disnea (dificultad para respirar, constipación), las náuseas, el vómito, la confusión, la agitación o intranquilidad, la disfagia (dificultad para tragar o pasar el alimento), los problemas urinarios acompañados de cateterización —los catéteres se colocan en las vías centrales de las subclaves—, la parálisis aguda, la hemorragia, las convulsiones y otros síntomas neurológicos.

No obstante, el cometido de los cuidados paliativos no se limita a mitigar el dolor. Parte de su tarea es preparar al paciente y a su familia para enfrentar las posibles situaciones críticas.

Todas las leyes que regulan la eutanasia, el suicidio asistido, el suicidio médicamente asistido y las voluntades o directrices anticipadas regulan los cuidados paliativos.

En México están regulados en las leyes de voluntad anticipada y en el artículo 166 Bis 1, de la Ley General de Salud, fracción III, que los define como el cuidado activo y total de aquéllas (*sic*) enfermedades que no responden a tratamiento curativo y que se orientan a controlar el dolor y otros síntomas, así como a atender los aspectos psicológicos, sociales y espirituales. El artículo 166 Bis 9 dispone: «Los cuidados paliativos se proporcionarán desde el momento en que se diagnostica el estado terminal de la enfermedad, por el médico especialista».

- Derechos de los enfermos terminales. De acuerdo con el artículo 166 bis 1 fracción I de la Ley General de Salud, se entiende por enfermedad en estado terminal, a todo padecimiento reconocido, irreversible, progresivo e incurable que se encuentra en estado avanzado y cuyo pronóstico de vida para el paciente sea menor a 6 meses. Es decir, enfermo terminal es aquella persona que tiene una esperanza de vida menor a 6 meses.

Una enfermedad terminal comprende dos fases: la fase preagónica, que se distingue por la falla de las funciones vitales en los órganos; y la fase agónica, en la que son aplicadas las medidas mínimas previas a la muerte, que incluyen la atención psi-

cológica, el soporte espiritual y la atención tanatológica para ayudar al paciente y a su familia en el proceso de duelo.¹⁷

Los principales derechos de los enfermos terminales son los siguientes: recibir información acerca de su condición, otorgar su consentimiento para recibir o rechazar tratamientos, derecho a la suspensión voluntaria del tratamiento curativo, designar a algún familiar, representante legal o a una persona de su confianza para el caso de que, con el avance de la enfermedad, esté impedido para expresar su voluntad y aquel lo haga en su representación, renunciar, abandonar o negarse en cualquier momento a recibir tratamiento extraordinarios, recibir los servicios espirituales, abandonar voluntariamente el hospital y recibir cuidados paliativos, entre otros.

La legislación también establece la obligación para los familiares de respetar la decisión que de manera voluntaria tome el enfermo.

Como puede observarse, existen varias figuras para proteger la dignidad de las personas al final de su vida o en casos donde devenga incapaz (jurídicamente hablando). Esto es, no estamos hablando únicamente de la eutanasia. Si deseamos regular el derecho humano a morir con dignidad, necesitamos conocer las figuras y regularlas para garantizar que las personas puedan ejercer su derecho.

VI. EL DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD EN MÉXICO

El artículo 6º, apartado A, de la Constitución Política de la Ciudad de México dispone: «Derecho a la autodeterminación personal: 1. Toda persona tiene derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de una personalidad. 2. Este derecho humano fundamental deberá posibilitar que todas las personas puedan ejercer plenamente sus capacidades para vivir con dignidad. *La vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna*».

¹⁷ Cfr. Materstvedt, Lars Johan y Bosshard, Georg, «Deep and Continuous Palliative Sedation (terminal sedation): clinical-ethical and philosophical aspects», *op. cit.*

Por su parte, la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México establece en su artículo 26: «El derecho a la vida digna comprende llevar una existencia libre del temor, así como los derechos a la alimentación, salud, educación, vivienda, trabajo digno, el derecho a la ciudad, la participación ciudadana, movilidad, seguridad, a un medio ambiente sano y los demás necesarios para que las personas ejerzan plenamente sus capacidades como seres humanos.

La muerte digna se traduce en la capacidad de ejercicio de las personas para expresar su decisión de ser sometidas o no, a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida cuando se encuentren en etapa terminal y por razones médicas sea imposible mantenerlas de manera natural, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona. El Gobierno de la Ciudad, por conducto de las autoridades responsables, velará por el respeto de la voluntad anticipada en términos de lo que se establezca en la ley de la materia».

La Constitución de la Ciudad de México entró en vigor en 2016. El artículo 6° motivó de inmediato la polarización de la opinión pública porque, erróneamente, se pensó que se estaba regulando la eutanasia. Incluso se entabló una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo porque se sostenía que contravenía al derecho a la vida. La acción fue desestimada y, a través de la expedición de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías en 2019, trató de establecerse el alcance de la muerte digna, de ahí la redacción del segundo párrafo del artículo 26. Este es un claro ejemplo de que la muerte digna o el derecho a morir con dignidad no es sinónimo de eutanasia.

Si una persona decide terminar con su agonía a través de la eutanasia, se debería respetar su decisión, y si una persona decide vivir su agonía en casa con sus seres queridos o mirando la puesta del sol en la playa, también debería respetarse esa decisión, dado que la persona sabe mejor que nadie lo que desea y tiene derecho a decidir de qué manera cuida y refrenda su dignidad.

La ley regula el derecho a vivir dignamente el proceso de muerte. Nadie es inmortal, la muerte es inevitable (podríamos decir que es el hado universal por excelencia del humano). El punto crítico es

la forma de morir. Actualmente se pugna por una muerte estética y en armonía, sin sufrimientos tortuosos e innecesarios. De esta forma, velamos por la plena vigencia de los cuatro principios: justicia (ofrecer atención sanitaria sin discriminación alguna), autonomía (elección de los tratamientos o el rechazo de estos como toma de decisiones al final de la vida, beneficencia (administrar al paciente el tratamiento de su elección y asegurar que sea benéfico y amigable con su integridad física y emocional) y no maleficencia (evitar ensañamiento clínico y el rechazo de tratamientos fútiles). En síntesis, estamos hablando de un marco legal que garantice el derecho a la autodeterminación y a la muerte digna.

VII. CONCLUSIÓN

La muerte es parte del ciclo de la vida, nacemos para morir y vivimos para morir, la manera de culminar naturalmente la vida es la muerte —cuando esta no es prematura.

La idea de un derecho a morir con dignidad se complementa con el derecho a la integridad corporal y emocional. La integridad es, entonces, el estado global del ser humano en el que no debe sufrir menoscabos de ningún tipo, lo que me conduce a señalar que las personas tienen derecho a vivir con integridad el proceso de muerte sin que su dignidad sea mancillada. Si bien en los últimos instantes de un ser humano, su integridad física y emocional se encuentra lamentablemente descalabrada, ello no implica que lo mismo deba ocurrir con la integridad espiritual y la dignidad de la persona: al contrario, es lo único que puede y debe ser preservado en su totalidad para justicia a lo que la persona ha dispuesto respecto a su cuerpo y a su salud.

La dignidad es un concepto versátil que se emplea en el Derecho como un principio de interpretación y como una norma jurídica.¹⁸ Decimos que es un concepto versátil porque actualmente se proyecta de 4 formas: 1) la dignidad como condición innata del ser humano;

¹⁸ Cfr. Jurisprudencia no. 1a./J. 37/2016 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, libro 33, agosto de 2016, p. 633.

2) la dignidad como valor intrínseco derivado de la humanidad — como la ley moral del ser humano—; 3) la dignidad como un comportamiento medurado; y 4) la dignidad como la actitud de respeto y honorabilidad con la de que las personas deben ser tratadas—, aspectos ampliamente desarrollados por McCrudden.¹⁹

Estas cuatro dimensiones constituyen el núcleo mínimo de la dignidad ampliamente desarrollado por los ejercicios jurisprudenciales y de interpretación judicial a nivel internacional. En esa línea de pensamiento, morir dignamente encarna la idea del valor intrínseco de los seres humanos hasta en sus últimos momentos, y el comportamiento medurado y respetuoso que se les debe. De acuerdo con Schiller,²⁰ la dignidad en los últimos días de una persona se traduce en la gracia, la benevolencia y el buen trato que debe recibir toda persona al final de sus días.

La dignidad como valor intrínseco es la palanca de acción para instar otros derechos que protejan el lugar de estimación que cada ser humano debe ocupar. Es la base del paradigma del proceso digno de muerte. Como valor, sirve de fundamento máximo a la autonomía de la voluntad para determinar los tratamientos o actuaciones médicas, en el momento en que una persona se vea afectada por una enfermedad incurable, lo cual conlleva el respeto de esa persona.

Las formas de garantizar el derecho humano a morir con dignidad o la muerte digna son las siguientes: eutanasia, suicidio asistido, suicidio médicamente asistido, representante sanitario (tutor cauter), voluntad anticipada, cuidados paliativos y derechos de los enfermos terminales.

Por su parte la eutanasia es, en palabras de la Dra. Asunción Álvarez del Río, el procedimiento que lleva a cabo un médico para producir la muerte de un paciente sin dolor, previa petición de este. El suicidio médicamente asistido es la acción del médico a través de

¹⁹ Cfr. McCrudden, Christopher, «The European Journal of International Law», *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, vol. 19, N.º , pp. 656 y 657.

²⁰ Cfr. Schiller, Von Friedrich, *De la Gracia y la Dignidad*, Barcelona: Icaria, 1985, pp. 6 y 10.

la cual proporcionar al paciente medios para terminar con su vida (como la prescripción de opiáceos). Y el suicidio asistido consiste en facilitar a una persona medios para suicidarse, pero sin intervención del médico. Como puede apreciarse, en ninguna parte de las definiciones se habla de morir dignamente... porque las figuras no son sinónimas.

Cuando un paciente ejerce su derecho a rechazar un tratamiento que no contribuirá a restablecer su salud ante una muerte inevitable, no estamos hablando de eutanasia, sino de las decisiones que se toman al final de la vida para morir con dignidad y cuidando la integridad física y emocional de la persona, delimitar la actuación del médico y elegir si se desea morir en casa. Si bien la Ley de Voluntad Anticipada de la Ciudad de México contempla el derecho a morir con dignidad, desafortunadamente limita ese derecho, a los pacientes con enfermedades terminales (de 3 a 6 meses de esperanza de vida), olvidando a otros pacientes —Alzheimer, cuadripléjicos, por ejemplo— que no pueden disponer de su derecho a la autodeterminación para limitar la actuación del médico o rechazar tratamientos fútiles o soporte vital para ciertos cuadros clínico-biológicos que decantarán en muerte.

Aún hay mucho por hacer; la dignidad debe ser la estrella polar que guíe e ilumine la libre toma de decisiones en la bioética y en el Derecho. El papel del bioderecho (la unión entre el Derecho y la bioética) es hoy toral porque, si bien el Derecho debe garantizar el progreso de la ciencia, también debe pugnar por la estimación del ser humano en cualquier circunstancia.

Las figuras jurídicas que custodian el derecho a morir con dignidad son variadas y se ajustan a los intereses y creencias de las personas. Son una respuesta frente al ensañamiento clínico y permiten custodiar debidamente a la dignidad de las personas, aunque estas ya no puedan expresar sus deseos. Demos fortalecer y difundir instituciones como la voluntad anticipada, los derechos de los enfermos terminales, el representante sanitario o tutor cautelar y los cuidados paliativos, puesto que muchas veces la discusión sobre el derecho a morir con dignidad se desvía y se centra en figuras más controversiales como la eutanasia,

el suicidio asistido y el suicidio médicamente asistido. Como hemos podido apreciar, existen otras instituciones que son muy valiosas, pero al fin y al cabo cada una protege la autodeterminación de las personas al final de su vida. Existen más opciones para garantizar el derecho a la autodeterminación en los últimos días.

BIBLIOGRAFÍA

- Andorno, Roberto, *Bioética y Dignidad de la Persona*, Madrid: Tecnos, 1998.
- Cano Valle, Fernando, *Bioética. Temas Humanísticos y Jurídicos*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos Humanos: Aborto y Eutanasia*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008.
- Choza, Jacinto, *Manual de antropología filosófica*, Sevilla: Thémata, 2016.
- *Historia Cultural del Humanismo*, Madrid: Themata-Plaza Valdés, 2009.
- Garzón Valdés, Ernesto, «¿Qué puede ofrecer la Ética a la Medicina?», en R. Vázquez (coord.), *Bioética y Derecho, fundamentos y problemas actuales*, México: Fontamara, 2012.
- García Manrique, Ricardo (coord.), *El cuerpo diseminado (estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos)*, Madrid: Thomson Reuters, 2018.
- Menke, Christoph y Pollmann, Arnd, *Filosofía de los Derechos Humanos*, Barcelona: Herder, 2010.
- McCrudden, Christopher, «The European Journal of International Law», *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, vol. 19, N.º 4, 2008.
- Neves, Maria Patrão, «Article 8: Respect for Human Vulnerability and Personal Integrity», en Henk, A. M., and Michele, S. Jean (eds.), *The UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, Background, principles, and applications*, París: UNESCO Publishing, 2009.
- Nussbaum, Martha, *Una teoría antropológica sobre necesidades humanas fundamentales*, Teilen: Frankfurt del Meno, 1999.
- Schiller, Von Friedrich, *De la Gracia y la Dignidad*, Barcelona: Icaria, 1985.
- Torrallba, Francesc, *¿Qué es la dignidad humana?*, Barcelona: Herder, 2005.

Vázquez, Luís Daniel, y Serrano, Sandra, «Los Principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad. Apuntes para su Aplicación Práctica», en M. Carbonell y P. Salazar (coords.), *La Reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Jurisprudencia no. 1a./J. 37/2016 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, libro 33, agosto de 2016, p. 633.

La eutanasia clandestina existe en todo el mundo. Desde siempre, los médicos han ayudado a morir a personas desahuciadas. Varios países han legalizado esta práctica y su experiencia muestra que puede hacerse con seguridad. Derecho a Morir Dignamente, n.d. Disponible: <<https://derechoamorir.org/eutanasia-mundo/>>.

Legislación

México. Constitución Política de la Ciudad de México. *Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México* (2016). Disponible en: <https://www.infocdmx.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf>.

México. Ley Constitucional de los Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México. *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* (2019). Disponible en: <[https://paot.org.mx/centro/leyes/df/pdf/2019/LEY_CONST_DERECHOS_HUMANOS_CDMX_08_02_2019\(1\).pdf](https://paot.org.mx/centro/leyes/df/pdf/2019/LEY_CONST_DERECHOS_HUMANOS_CDMX_08_02_2019(1).pdf)>.

Documentos publicados en Internet

Rosenberg, Mark, Lamba, Sangeeta y Misra, Sumi, «Palliative Medicine and Geriatric Emergency Care: Challenges, Opportunities, and Basic Principles Clinicians Considerations», *Geriatric Medicine*, 29. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.cger.2012.09.006>>.

San Vicente Parada, Aida del Carmen, «Marco legal de las voluntades anticipadas en México», *Amicus Curiae*, vol. 1, N.º 2, agosto 2014. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/47477>>.

Materstvedt, Lars Johan y Bosshard, Georg, «Deep and Continuous Palliative Sedation (terminal sedation): clinical-ethical and philosophical aspects», *Lancet Oncology*, 10, 2009. Disponible en: <http://forskningssweb.org/palliasjonmidt/files/2011/01/Sedering_Materstvedt_LancetOncol.2009.pdf>.



COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL FEDERAL SON COMPETENTES PARA HACER CONTROL *EX OFFICIO* DE TODAS LAS NORMAS SUJETAS A SU CONOCIMIENTO EN EL JUICIO DE AMPARO

Denheb Munguía Ortega*

La cuestión de los derechos humanos en el Estado mexicano es, desde luego, una constante incógnita desde el punto de vista de su efectividad. Me explico: la población considera asfixiantes las continuas transgresiones de sus garantías constitucionales por parte del Estado; ahora bien, el «cambio de paradigma» aclamado por diversos juristas mexicanos y derivado de la Contradicción de Tesis **286/2021** discutida en sesión pública ordinaria el 28 de septiembre de 2021, que resuelve la cuestión de si los tribunales del Poder Judicial de la Federación pueden realizar el control de constitucionalidad *ex officio* sobre todas las disposiciones normativas que conocen, entre ellas las normas procesales que rigen su actuación —Ley de Amparo, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y Código Federal de Procedimientos Civiles—, así como cualquier otra norma sustantiva o procesal aplicada en los actos reclamados, o si únicamente pueden hacerlo respecto a las normas procesales que aplican en el ámbito de sus competencias y procedimientos.

Por lo demás, me parece interesante analizar si esta determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación impactará de for-

* Estudiante de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

ma objetiva en nuestra cultura jurídica para subsanar el déficit de efectividad de los derechos humanos y el Estado de derecho. Ello con motivo de que el deber fundamental del examen de las virtudes y deficiencias que presentaba el proyecto fue determinar el objeto y alcance de la obligación de los tribunales de amparo del Poder Judicial Federal de realizar el control de regularidad constitucional *ex officio* para cumplir los deberes impuestos por el artículo 1° constitucional.

Este texto sobre control de regularidad constitucional *ex officio* encuentra su soporte más sólido en la sentencia del caso *Radilla Pacheco*. En el expediente *varios* 912/2010, la Suprema Corte estableció una especie de clasificación: la interpretación conforme en sentido amplio, que corresponde a todas las autoridades del país; la interpretación conforme en sentido estricto, a través de la cual, partiendo de la presunción de constitucionalidad, los jueces tratan de hacer compatible la norma con la Constitución y los tratados internacionales y, finalmente, la inaplicación en los supuestos en los que no sea posible encontrar una compatibilidad normativa con los referentes.¹

De ahí que, ante la aplicación de la interpretación conforme, se siga la idea de la configuración de un bloque o masa de derechos integrado por los elementos —entre ellos, los derechos— reconocidos tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales firmados y ratificados por el Senado cuyo contenido, en última instancia, es ofrecido por las jurisdicciones que ejercen el control de regularidad constitucional *ex officio*. En este sentido, tras la resolución del *caso Radilla Pacheco*, todas las autoridades estatales se encuentran inexcusablemente obligadas a ejercer *ex officio* un control de consti-

¹ Así se indica en las consideraciones contenidas en el párrafo 33 del expediente Varios 912/2010. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día catorce de julio de dos mil once, en SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro I, octubre de 2011, t.1, pp. 34-35. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf>

tucionalidad y convencionalidad en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Desde esta perspectiva, estamos ante un instrumento de control que debe operar mediante la técnica de interpretación conforme consagrada en el artículo 1° constitucional —que, como ya se señaló, constituye un método cuya finalidad es la armonización y complementariedad de las normas inferiores con las normas constitucionales y convencionales—.²

Situémonos ahora en 2011, año en que en nuestro país se aprobó la reforma constitucional más valiosa en materia de derechos humanos. La modificación de los artículos 1°, 3°, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B y 105 de la Constitución, y la consagración del principio *pro homine* —de acuerdo con el cual, en caso de que un juez o autoridad tenga que elegir qué norma aplicar a un determinado caso, deberá elegir la que más favorezca a la persona, sin importar si se trata de la carta magna, un tratado internacional o una ley— transformaron la manera de proteger los derechos humanos de todas las personas. Cabría, sin embargo, formularse la siguiente cuestión: ¿Hemos presenciado cambios significativos para la promoción, respeto y garantía de los derechos humanos o se ha desvirtuado tanto el propósito de la reforma que esta ha terminado convirtiéndose en letra muerta?

Aterricemos las ideas... El artículo 1° del texto normativo fundamental establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales 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.

² Salazar Ugarte, Pedro (2014). *Un concepto clave: El control de convencionalidad*. 26/1/2022, de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3815/8.pdf>>

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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.

La definición que conocemos de derechos humanos es dinámica, moldeada en función de nuestra evolución y desarrollo histórico. Empero, originalmente se concebía como un concepto político traducido en el respeto del Estado a la esfera de libertad y autonomía de las personas.

En el marco de un proceso judicial, lo anteriormente expuesto se manifiesta en el deber de los tribunales de prevenir violaciones a los derechos humanos de las personas y, en términos normativos, se traduce en la obligación de abstenerse de adoptar toda decisión que implique convalidar, consentir, tolerar, transigir o de causar la violación de un derecho humano a través de cualquier vía.

En este sentido, es el Estado quien tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como de prevenir la violación de los mismos. Sin embargo, ¿cuál es la realidad a la nos enfrentamos sistemáticamente? Al abuso de poder por quienes lo detentan, la falta de recursos económicos, la inaccesibilidad a la justicia, la corrupción, la burocracia y muchos otros obstáculos que hacen que la concepción de los derechos sea una construcción idealizada. La consecuencia directa de este estado de cosas es la falta de confianza de los ciudadanos en los legisladores y en las instituciones judiciales porque, precisamente, los derechos de defensa no son eficazmente garantizados en el marco de los procedimientos judiciales.

De la mano de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, se estableció en nuestro sistema jurídico el instrumento de

defensa por excelencia de los derechos humanos, es decir, el interesantísimo juicio de amparo previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución, Ahora bien, ¿estas reformas, y todo lo que implicaron, fueron suficientes para garantizar el derecho de acceso a la justicia y de seguridad jurídica de las personas? Desafortunadamente, me parece que la respuesta es evidente.

Esta problemática era bien conocida por el ilustre Norberto Bobbio, autor que sostuvo que «el problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y fundamento, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados».³

Esta consideración suscita la siguiente interrogante: ¿Esta determinación de la Suprema Corte es realmente innovadora o facilita la protección de estos derechos? Aun cuando hace poco más de diez años la reforma constitucional perseguía este fin para robustecer la protección a los bienes jurídicos más importantes del orden normativo. ¿Cuántos cambios y determinaciones son necesarios para poder cumplir esta obligación?

Entrando en el análisis de la cuestión de si los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal son competentes para hacer control *ex officio* de todas las normas sujetas a su conocimiento en el juicio de amparo, cabe señalar que semejante tarea gira en torno a la aplicación, en todos los casos, de la previsión jurídica que más favorezca a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional, cuya reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 junio de 2011. En particular, este principio aparece consagrado en el párrafo segundo del artículo citado, cuyo tenor literal es el siguiente:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales

³ Bobbio, Norberto. “*Presente y Porvenir de los Derechos Humanos*”. *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. 1991. p. 83.

de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Si seguimos al pie de la letra este numeral, entonces se logra de manera efectiva, la protección de las personas, que constituye uno de los pilares esenciales de nuestra Constitución, a través de la intervención directa de la Corte y el Poder Judicial Federal, que son los principales garantes de la protección de los derechos humanos.

La relación que guarda el asunto *Radilla Pacheco* con este nuevo criterio reenvía a la sentencia del expediente *Varios 912/2010*, que determinó que todos los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el control *ex officio* para lograr la regularidad constitucional y convencional. Como declaró el ministro Pardo Rebolledo, «se estableció que todos los jueces de este país deben hacer control difuso, ¿por qué vamos a excluir a los que tienen constitucionalmente asignada la labor de llevar a cabo el control concentrado».

Esta consideración es clave, y también hay que tener presente que el efecto de la sentencia es la inaplicación de una norma jurídica. Coincido en este punto con la determinación de la Suprema Corte de acuerdo con la cual en el juicio de amparo los órganos del Poder Judicial de la Federación, están obligados a realizar control *ex officio* de constitucionalidad, tanto de las disposiciones procesales que aplican durante el trámite y resolución del juicio de amparo como de cualesquiera otra norma sustantiva o adjetiva aplicadas en el acto reclamado o en el procedimiento, cuando ello sea ineludible para garantizar, promover y respetar derechos humanos de los justiciables. En otros términos, de conformidad con las normas del artículo 1° constitucional que regulan el ejercicio de la competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad —connotación que circumscribe el control de convencionalidad—, el proyecto presentado por la señora ministra Piña Hernández permite concluir que el alcance de ese deber abarca tanto las normas procesales del juicio de amparo como las aplicadas por las autoridades responsables.

En relación con esta cuestión, el ministro Pardo Rebolledo ha señalado que el control de regularidad constitucional *ex officio* es una

herramienta valiosísima para complementar el control concentrado de constitucionalidad que aún existe en nuestro país, dado que, como ha sostenido previamente la Corte, tal previsión se traduce en que todas las autoridades del país cuentan con la facultad de ejercer un control de regularidad constitucional difuso o *ex officio*, que corresponde a un sistema que confía a cualquier autoridad, sin importar su fuero, la regularidad constitucional de las leyes y por virtud del cual toda autoridad debe, ante un caso concreto que verse sobre cualquier materia, inaplicar la norma que debería fundar su acto si esta es violatoria de un derecho humano contenido en la carta fundamental o en un tratado internacional.⁴

En efecto, este control de convencionalidad difuso tendría que ejercerse de oficio por todas las autoridades —sin excepción alguna— debido a que, en caso contrario, todos los convenios, pactos o tratados son documentos sin materialización de su contenido y se convertirían en —letra muerta—, propiciando como consecuencia la inseguridad jurídica de los ciudadanos. Semejante hipótesis no está nada lejos de la realidad, dado que, ordinariamente, resulta evidente la incertidumbre sobre la normativa aplicable y su eficacia en los procesos judiciales.

El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ajustarse al modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica si no parte de un control de constitucionalidad general que deriva del análisis sistemático de los artículos 1o., 103 y 133 de la Constitución federal y que es parte de la esencia de la función judicial.⁵

Como acertadamente refería la ministra Ríos Farjat en la sesión pública ordinaria del 28 de septiembre de 2021... el hecho de que

⁴ TESIS AISLADA P. IX/2015 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I, página 355. <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009816>>.

⁵ TESIS AISLADA III.4o. (III Región) 1 K (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, página 4321. <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000073>>.

los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal sean competentes para hacer control *ex officio* de todas las normas sujetas a su conocimiento en el juicio de amparo, es un tema de la mayor relevancia porque requiere tejer fino entre la necesidad de salvaguardar los derechos humanos de las personas, el federalismo judicial —en relación con el régimen de competencias entre tribunales locales y federales— y el respeto a la seguridad jurídica y la debida defensa de todas las partes involucradas en un juicio. En este sentido, no puede presumirse la existencia de ninguna razón constitucional o convencional que pueda racionalmente excluir a los órganos jurisdiccionales, que tienen encomendado constitucionalmente el control concentrado de la regularidad constitucional de la posibilidad de ejercer el control difuso, dado que, volvemos a lo mismo, se limita a la inaplicación de normas generales.

Por tanto, todo lo anteriormente expuesto permite concluir que es una decisión indudablemente acertada que las personas juzgadas de amparo puedan realizar un control de constitucionalidad *ex officio* sobre normas sustantivas y procesales aplicadas en el acto reclamado para evaluar si existe alguna que resulte más favorecedora, procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger y, con ello, quede salvaguardado el correcto orden constitucional.

Reitero, no obstante, mi postura: ¿Cuántas determinaciones son necesarias para que el Estado cumpla su deber constitucional de protección de los derechos humanos? Me parece que reformar y emitir nuevas consideraciones judiciales sin aplicar aquellas de las que ya se dispone, genera la apariencia de que todo el sistema formado bajo la carta magna no comprende las herramientas adecuadas para garantizar el bienestar de la ciudadanía; asimismo, propicia la idea de qué tan deslegitimados se encuentran ya los órganos constitucionales; qué solución satisfactoria con los derechos podría encontrarse en el actual marco jurídico.

POLÍTICA E INSTRUCCIONES

POLÍTICA EDITORIAL

OBJETIVO, COBERTURA TEMÁTICA, Y PÚBLICO

La revista de Derecho *Ex Legibus* editada por el Poder Judicial mexicano a través de la Escuela Judicial del Estado de México, es una publicación semestral de carácter científico que aborda temas vinculados con el Derecho judicial y otras ramas de la ciencia jurídica. Su propósito es fomentar el análisis, debate y reflexión sobre dichos temas, procurando su conexión con la función jurisdiccional y la difusión del conocimiento en beneficio de la sociedad.

Sus contenidos están dirigidos a los operadores de justicia, investigadores, docentes, abogados y estudiantes de la ciencia jurídica en todos sus niveles.

Ex Legibus no solicita ningún tipo cobro por recibir, editar, publicar o descargar artículos.

POLÍTICA DE SECCIONES

La revista *Ex Legibus*, cuenta con las siguientes secciones:

- I. DOCTRINA. Se integra por el conjunto de artículos originales que traten sobre el mismo tema rector, el cual se especificará en la convocatoria correspondiente. La extensión de cada artículo deberá ser de 15 a 30 cuartillas.
- II. ESTUDIOS. Se integra por el conjunto de artículos originales que tratan temas distintos al especificado en la convocatoria, siempre que sean considerados de relevancia para el derecho y/o la función jurisdiccional. La extensión de cada artículo deberá ser de 15 a 30 cuartillas.
- III. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES. Se conforma por textos breves que contengan un análisis crítico y juicioso de la jurisprudencia de los tribunales del país, ya sean locales o

federales. La extensión de cada comentario deberá ser de 5 a 15 cuartillas.

- IV. RESEÑAS. Se conforma por textos breves que analizan alguna obra jurídica publicada recientemente. Salvo casos excepcionales (i.e. obras de trascendencia histórica o cultural), la fecha de edición del material reseñado deberá corresponder al año de publicación del número de la revista o al año inmediato anterior. La extensión de cada reseña deberá ser de 2 a 5 cuartillas.
- V. VARIOS. Se conforma por todos aquellos trabajos breves de interés jurídico o cultural que no se correspondan a la descripción de ninguna de las secciones anteriores. La extensión de cada trabajo deberá ser de 2 a 5 cuartillas.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE TRABAJOS

Solo serán considerados para su publicación los textos que cumplan con esta “Política Editorial”, con las “Reglas Técnicas” y con las “Instrucciones para los autores”. Toda esta información puede ser consultada en cualquier momento a través del micrositio de la revista *Ex Legibus*: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/index>.

POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO Y REÚSO

Ex Legibus es una publicación de acceso gratuito, consultable en línea a través de la página de internet de la Escuela Judicial del Estado de México: www.pjedomex.gob.mx/ejem/.

Una vez que un artículo sea aceptado para su publicación, los autores cederán los derechos de su texto al Poder Judicial del Estado de México, a través de la firma autógrafa de la “Carta de originalidad y cesión de derechos”. En caso de coautoría, cada uno de los autores deberá firmar dicha Carta. Los trabajos serán registrados con la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial 4.0 Internacional, de tipo CC-BY-NC-ND, que permite a terceros utilizar la publicación siempre que mencionen la autoría del trabajo y que este fue publicado por primera vez en *Ex Legibus*.

PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES

Los artículos que integran las secciones *Doctrina y Estudios*, serán dictaminados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, en forma anónima (modalidad doble ciego), quienes seguirán los lineamientos establecidos en el “*Formato de Dictamen*”. La identidad del autor también se mantendrá en el anonimato.

El proceso de evaluación dará como resultado un dictamen, considerando el apego a la ética, originalidad, calidad del trabajo y su planteamiento con relación a la función jurisdiccional o su relevancia en la ciencia jurídica.

El Editor responsable de la revista, se reserva el derecho a rechazar aquellos trabajos que no se ajusten a las “*Instrucciones para los autores*”, “*Reglas Técnicas*”, y al “*Código de Ética*”, o que no constituyan contribuciones relevantes al campo del derecho.

FRECUENCIA DE PUBLICACIÓN

La revista *Ex Legibus* se publica semestralmente.

CÓDIGO DE ÉTICA

Este Código tiene como propósito regular el ejercicio y función de los órganos editoriales, de los autores que publiquen en la revista, así como de toda persona involucrada o con cargo de responsabilidad en la misma. Podrá encontrarlo en el siguiente enlace: http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/cid/codigo_etica_exlegibus.pdf.

DETECCIÓN DE PLAGIO

Uno de los principales objetivos de *Ex Legibus* es fomentar la investigación bajo principios de ética, por esta razón es un requisito indispensable para los autores, firmar de manera autógrafa la “*Carta de originalidad y cesión de derechos*”; en la cual se manifiesta que el trabajo

propuesto es original, inédito y que en su elaboración los autores se apegaron al “Código de Ética”.

La observancia al “Código de Ética” de *Ex Legibus* es parte fundamental de su funcionamiento, bajo éste deberán someterse todas aquellas personas que participan en la revista.

Asimismo, los trabajos son evaluados con toda dedicación y cuidado, y examinados en la modalidad doble ciego por los revisores, quienes no toleran plagio, o cualquier otra práctica que denote falta de ética.

Los dictaminadores de *Ex Legibus*, conocen que cada trabajo deberá ser revisado y evaluado exhaustivamente, pues es indispensable que cada publicación sea de calidad y ofrezca al lector la certeza de lo que se está consultando, por lo que la originalidad y la ética de los artículos, son pilares fundamentales de la revista.

Además, todo trabajo se someterá al software *Turnitin Feedback Studio*, utilizado por la Escuela Judicial del Estado de México, para identificar cualquier similitud, enfrentando el plagio y salvaguardando la integridad académica en los trabajos que se presenten.

CONTACTO. Para cualquier duda o comentario sobre este documento, se pone a disposición de los usuarios el siguiente correo electrónico: legibus@pjedomex.gob.mx

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Solo serán considerados para su publicación los textos que cumplan con la “*Política Editorial*”, con las “*Reglas Técnicas*” dirigidas a los autores y con las presentes instrucciones. La citación se realizará bajo los estándares del estilo de referencias de la *Modern Language Association (MLA)*.

1. Únicamente se recibirán trabajos originales e inéditos escritos en español o inglés. Un trabajo será considerado como original cuando no contenga copia ni imitación de otros, sino que sea fruto de la creación espontánea del autor; a su vez, el trabajo será inédito cuando no haya sido publicado anteriormente, tanto de manera impresa como electrónica, o bien, si contiene fragmentos que reproducen parcialmente ideas ya publicadas, deberá desarrollar un nuevo enfoque y representar una aportación valiosa.

Asimismo, se publicarán las traducciones al español de textos escritos en otro idioma, siempre que sean las primeras y se cuente con la previa autorización del autor y la editorial.

2. La extensión de los trabajos no deberá exceder el número de cuartillas que a continuación se señala:

SECCIÓN	NÚMERO DE CUARTILLAS
Doctrina	15-30
Estudios	15-30
Comentarios Jurisprudenciales	5-15
Reseñas	2-5
Varios	2-5

3. El envío del archivo que comprende el trabajo de la sección *Doctrina*, se realizará de acuerdo con los tiempos comprendidos en las convocatorias de *Ex Legibus*, que se encuentran disponibles en el portal de internet de la revista, mediante la plataforma OJS: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx> siguiendo los pasos señalados en la “*información para los autores*”. Asimismo, podrá enviarse a través del correo: legibus@pjedomex.gob.mx.

4. Para solicitar la publicación de su trabajo, los autores deberán remitir al correo electrónico legibus@pjedomex.gob.mx, la “*Carta de originalidad y cesión de derechos*”, firmada de manera autógrafa.

El formato de esta Carta se encuentra integrado para su descarga y debido llenado en el micrositio de la revista, en: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/index>.

5. Sin excepción alguna, los trabajos enviados a *Ex Legibus*, serán sometidos al software *Turnitin*, el cual los analiza y compara su contenido con el de miles de páginas web, generando un informe de similitud que contiene un porcentaje, así como el listado de los sitios web hallados con coincidencia al trabajo en cuestión.

En caso de detección de plagio, se notificará al autor y el artículo será rechazado para publicación.

En caso de que el autor utilice un trabajo previo publicado por sí mismo, también deberá referenciarse debidamente.

6. En cuanto al sistema de arbitraje, solo los trabajos enviados a las secciones de *Doctrina* y *Estudios* serán dictaminados por dos evaluadores externos de manera anónima (i.e. modalidad doble ciego). La identidad del autor también se mantendrá bajo reserva.

7. Las contribuciones enviadas a las otras secciones de la revista, es decir, *Comentarios Jurisprudenciales*, *Reseñas* y *Varios*, serán evaluados por el equipo editorial del Centro de Investigaciones Judiciales y podrán ser publicados, una vez que se considere que se ajustan a lo que establece la “*Política Editorial*”, así como a las “*Reglas Técnicas*” y a las “*Instrucciones para los autores*” y los estándares del estilo de referencias de la *Modern Language Association (MLA)*.

8. El proceso de evaluación de los artículos de las secciones *Doctrina* y *Estudios*, dará como resultado un dictamen que, considerando la originalidad, la calidad del trabajo y su planteamiento con relación al derecho y a la función jurisdiccional, podrá consistir en alguna de las siguientes modalidades:

Positivo: si ambos evaluadores emiten una opinión favorable.

No positivo: si ambos evaluadores emiten una opinión desfavorable.

Positivo con cambios: si uno o ambos evaluadores emiten una opinión favorable, pero sugieren modificaciones.

En caso de que un evaluador emita un dictamen positivo y otro negativo, se recurrirá a un tercer evaluador, cuya decisión será definitiva.

9. El resultado del dictamen se comunicará invariablemente a los autores.

Si el dictamen fuera positivo con cambios, el autor tendrá un plazo de 15 días hábiles para realizar los ajustes señalados; luego deberá remitir el trabajo corregido al correo electrónico de la revista y el equipo editorial verificará si la nueva versión incorpora satisfactoriamente las observaciones de los evaluadores, en cuyo caso se procederá a su publicación. De lo contrario, se dará fin al proceso de evaluación y el trabajo será desechado.

Cuando el resultado del dictamen sea positivo, el trabajo se publicará en el orden en que se haya recibido.

10. *Ex Legibus* no solicita ningún tipo cobro por recibir, editar, publicar o descargar artículos. Tampoco se otorgará remuneración alguna por la publicación o el envío de los trabajos.

Cada autor recibirá tres ejemplares del número de la revista en que su aportación haya sido publicada.

11. Las “*Reglas Técnicas*” para la presentación de trabajos son de observancia obligatoria. Las citas al pie de página deberán cumplir con dichas normas. La omisión o el error en la cita de los textos uti-

lizados o reproducidos en un trabajo que se publique en *Ex Legibus* será responsabilidad exclusiva de la persona que suscribió el trabajo.

12. *Ex Legibus* realizará las adecuaciones tipográficas y de formato que resulten necesarias para la edición de los textos, respetando en todo momento el estilo e intención del autor.

13. Las opiniones emitidas en los trabajos que se publiquen serán de la exclusiva responsabilidad de los autores y no serán consideradas reflejo de la postura institucional.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

