

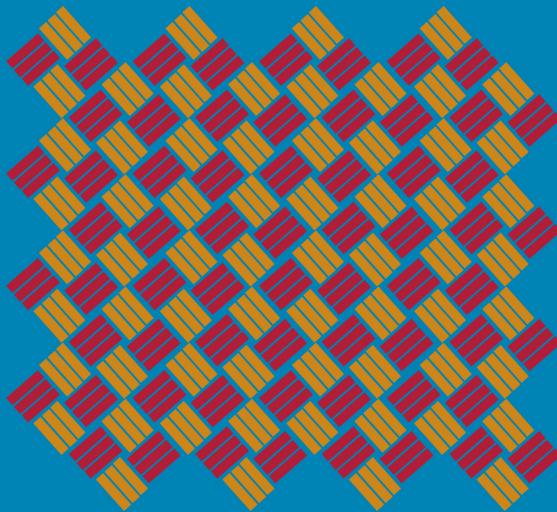
ISSN: 2007-0500 / e-ISSN: 2594-1879  
<http://revistas.anahuac.mx/iuristantum>



**Facultad  
de Derecho**

# IURIS TANTUM

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas



**Universidad Anáhuac México**

MÉXICO AÑO XXXIII QUINTA ÉPOCA NÚMERO 29 2019

# IURIS TANTUM

2019

*Juris Tantum*, Año XXXIII, Quinta época, Núm. 29, junio 2019, es una publicación semestral editada por Investigaciones y Estudios Superiores S.C. (conocida como Universidad Anáhuac México), a través del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Av. Universidad Anáhuac núm. 46, Col. Lomas Anáhuac, Huixquilucan, Estado de México, C.P. 52786. Tel.: 55 5627 0210. <https://www.anahuac.mx/mexico/> Editor responsable: Carlos Barrachina Lisón.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2008-112619164300-102, ISSN impreso: 2007-0500, ISSN electrónico: 2594-1879, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Licitud de Título núm. 14563 y Licitud de Contenido núm. 12136, otorgados por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Responsable de la última actualización de este número, Facultad de Derecho, Carlos Barrachina Lisón, Av. Universidad Anáhuac núm. 46, Colonia Lomas Anáhuac, C.P. 52786, Huixquilucan, Estado de México. Tel.: 55 5627 0210. Fecha de la última modificación: 2 de diciembre de 2019.

El contenido de los artículos es total responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista del Editor ni de la Universidad Anáhuac México.

Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Todo el contenido intelectual que se encuentra en la presente publicación periódica se licencia al público consumidor bajo la figura de Creative Commons©, salvo que el autor de dicho contenido hubiere pactado en contrario o limitado dicha facultad a “*Juris Tantum*©” o “*Universidad Anáhuac*©” por escrito y expresamente.

*Juris Tantum* se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



**UNIVERSIDAD ANÁHUAC MÉXICO**

**Dr. Cipriano Sánchez García, L.C.**

RECTOR

**Dra. Sonia Barnetche Frías**

**Mtro. Jorge Miguel Fabre Mendoza**

VICERRECTORES ACADÉMICOS

**Mtro. Abelardo Somuano Rojas**

DIRECTOR DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL

**Mtra. Alma E. Cázares Ruiz**

COORDINADORA GENERAL  
DE PUBLICACIONES

**FACULTAD DE DERECHO**

**Dr. Ricardo Sodi Cuéllar**

DIRECTOR

**Dr. José Antonio Núñez Ochoa**

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES  
JURÍDICAS

**CONSEJO EDITORIAL  
REVISTA IURIS TANTUM**

**Dr. Ricardo Sodi Cuéllar**

PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

**Dr. José Antonio Núñez Ochoa**

DIRECTOR GENERAL

**Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo**

DIRECTOR GENERAL ADJUNTO

**Dr. Carlos Barrachina Lisón**

DIRECTOR EDITORIAL

**CONSEJEROS**

**Dr. José Antonio Núñez Ochoa**

(Universidad Anáhuac México, México)

**Dr. Manuel Alcántara Sáenz**

(Universidad de Salamanca, España)

**Dr. Francisco Sánchez**

(Universidad de Salamanca, España)

**Dr. Salvador Martí i Puig**

(Universitat de Girona, España)

**Dra. Esther del Campo García**

(Universidad Complutense de Madrid, España)

**Dr. Adrián Bonilla Soria**

(Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador)

**Dr. José Elías Romero Apis**  
(Universidad Anáhuac México, México)

**Dr. Carlos Matute González**  
(Escuela Libre de Derecho, México)

**Dr. Alejandro Romero Gudiño**  
(Universidad Anáhuac México, México)

**Dr. Ricardo Alonso García**  
(Universidad Complutense de Madrid, España)

**Dr. Diego Valadés Ríos**  
(Universidad Nacional Autónoma de México, México)

**Dr. Sergio García Ramírez**  
(Universidad Nacional Autónoma de México, México)

**Ing. Jorge Tello Peón**  
(Universidad Anáhuac México, México)

**Dr. Raúl Canosa Usera**  
(Universidad Complutense de Madrid, España)

**Dr. Lucio Pegoraro**  
(Universidad de Bolonia, Italia)

**Dr. Raffaele de Giorgi**  
(Universidad de Salento, Italia)

**Dr. Horst Dippel**

(Universidad de Kassel, Alemania)  
**Dr. Alfonso Fernández Miranda Campoamor**  
(Universidad Complutense, España)

**Dr. José Félix Palomino Manchego**  
(Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

**Magistrado Camilo Andrés Suárez Aldama**  
(Colombia)

**Dr. José María Coello de Portugal**  
(Universidad Complutense, España)

**Dra. Maria Elizabeth Teixeira Guimaraes Rocha**  
(Brasil)

## **COMITÉ EDITORIAL**

Presidente: Dr. José Antonio Núñez Ochoa

Secretario: Dr. Carlos Barrachina Lisón

Dr. Carlos Ortíz Solalinde

Dra. Eréndira Salgado Ledesma

Dr. José Pozón López

Dr. Santiago Botero Gómez

Dr. Javier Espinoza de los Monteros Sánchez

Dr. Adolfo Laborde Carranco

Dra. Carolina León Bastos

Dra. Sara Pérez Kasparian

Dr. Ignacio García Marín

Dr. Luis Villalobos García

Dr. Omar García Luna

Dr. Carlos Cabrera Beck

## **COMITÉ TÉCNICO**

Presidente: Dr. Carlos Barrachina Lisón

Dr. Ignacio García Marín

Dr. Omar García Luna

Mtro. Jimmy Emmanuel Ramos Valencia

## **COORDINADORA NÚMERO MONOGRÁFICO**

Eréndira Salgado Ledesma



## CONTENIDO

PRESENTACIÓN: ¿QUÉ ES LA JUSTICIA?.....	XV
Eréndira Salgado Ledesma	
Universidad Anáhuac México. <a href="mailto:erendira.salgado@anahuac.mx">erendira.salgado@anahuac.mx</a>	

### MONOGRÁFICO “JUSTICIA ALTERNATIVA”

JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO. RECUENTO DE UNA DÉCADA DE RANGO CONSTITUCIONAL .....	3
Eréndira Salgado Ledesma	
Universidad Anáhuac México. <a href="mailto:erendira.salgado@anahuac.mx">erendira.salgado@anahuac.mx</a>	
<a href="https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.01">https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.01</a>	
ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN EN LA PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR: PRECURSORA DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS .....	27
Agustín Eduardo Carrillo Suárez	
Universidad Nacional Autónoma de México. <a href="mailto:acarrillos@derecho.unam.mx">acarrillos@derecho.unam.mx</a>	
<a href="https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.02">https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.02</a>	
EL COMPONENTE ÉTICO DE LA MEDIACIÓN RESTAURATIVA.....	43
Agustín Ramírez Ramírez	
Universidad Anáhuac México. <a href="mailto:agustin.ramirezr@anahuac.mx">agustin.ramirezr@anahuac.mx</a>	
<a href="https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.03">https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.03</a>	
DERECHO COLABORATIVO. EL CONOCIMIENTO QUE TODO ABOGADO DEBE ADQUIRIR PARA LOGRAR UNA LABOR MÁS EFICIENTE....	57
Rafael Horacio Montoya Vargas	
Centro Estatal de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato	
<a href="mailto:rafael.montoya@poderjudicial-gto.gob.mx">rafael.montoya@poderjudicial-gto.gob.mx</a>	
<a href="https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.04">https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.04</a>	

DE LOS EFECTOS DEL ACUERDO ARBITRAL TRAS LA EXTINCIÓN  
POR NOVACIÓN DE LA OBLIGACIÓN QUE LO CONTIENE..... 71  
Paul G. Renaud Courtney  
Universidad Anáhuac México. [paul.renaud@anahuac.mx](mailto:paul.renaud@anahuac.mx)  
<https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.05>

LA MEDIACIÓN Y LA ORALIDAD EN LA JUSTICIA..... 87  
Víctor Manuel Navarrete Villarreal  
Centro Estatal de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa  
del Poder Judicial del Estado de México  
[contacto.mediacion@pjedomex.gob.mx](mailto:contacto.mediacion@pjedomex.gob.mx)  
<https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.06>

ESTADO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA..... 99  
Raquel Castillejo Manzanares  
Universidad de Santiago de Compostela  
[raquel.castillejo@usc.es](mailto:raquel.castillejo@usc.es) [raquelciarcus@gmail.com](mailto:raquelciarcus@gmail.com)  
<https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.07>

## VARIA

CONSTITUCIÓN Y ESTADO. CONCEPTOS ANÁLOGOS ..... 145  
Gustavo de Silva Gutiérrez  
De Silva Consultores y Abogados, S.C. [tdesilva@desica.com.mx](mailto:tdesilva@desica.com.mx)  
<https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.08>

LOS EFECTOS Y POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA ALIANZA PAN-PRD  
EN LAS ELECCIONES PRESIDENCIALES DE 2018 BAJO LA PERSPEC-  
TIVA DEL MODELO ESPACIAL DEL VOTO..... 161  
Luis Eduardo León Ganatios  
Universidad de Guanajuato. [ganatios.leon@gmail.com](mailto:ganatios.leon@gmail.com)  
<https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.09>

EVALUACIÓN DE INDICADORES DE CINCO MUNICIPIOS MEXICANOS  
EN UN CONTEXTO DE CONFLICTO, PARA SU POSIBLE COOPERA-  
CIÓN TERRITORIAL..... 171  
Ignacio Alonso Velasco  
Universidad de Quintana Roo. [velasco@uqroo.edu.mx](mailto:velasco@uqroo.edu.mx)  
<https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.10>

O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE COMO ELEMENTO PROPULSOR DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO .....	195
Nathalia Batschauer D'Avila Martins	
Universidade do Vale do Itajaí. <a href="mailto:nathaliabdavila@edu.univali.br">nathaliabdavila@edu.univali.br</a>	
Heloise Siqueira Garcia	
Universidade do Vale do Itajaí. <a href="mailto:heloisegarcia@univali.br">heloisegarcia@univali.br</a>	
<a href="https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.11">https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.11</a>	
A IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL PARA DIMINUIÇÃO DOS IMPACTOS CAUSADOS PELA <i>FAST FASHION</i> ....	215
Helena Liebl	
Universidade do Vale do Itajaí. <a href="mailto:helenali.liebl@gmail.com">helenali.liebl@gmail.com</a>	
Denise Schmitt Siqueira Garcia	
Universidade do Vale do Itaja. <a href="mailto:helenali.liebl@gmail.com">helenali.liebl@gmail.com</a>	
<a href="https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.12">https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.12</a>	
PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD COMO PRESUNCIÓN IURIS TANTUM EN LA PRUEBA PERICIAL CONTABLE EN MATERIA FISCAL.....	239
Edmundo Robledo Franco	
Investigador independiente. <a href="mailto:edmundorobledofranco@gmail.com">edmundorobledofranco@gmail.com</a>	
<a href="https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.13">https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.13</a>	
INSTITUTO HUMANITÁRIO TRANSVERSAL DA HISTÓRIA DA HUMANIDADE.....	253
Jose Noronha Rodrigues	
Universidade dos Açores. <a href="mailto:jose.n.rodrigues@uac.pt">jose.n.rodrigues@uac.pt</a>	
Ana Beatriz da Silva e Maciel Medeiros Andrade	
Universidade dos Açores. <a href="mailto:beatriz.medeiros.andrade@gmail.com">beatriz.medeiros.andrade@gmail.com</a>	
<a href="https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.14">https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.14</a>	

## RESEÑAS

LOS ESCENARIOS ELECTORAL E IDEOLÓGICO EN EL SISTEMA DE PARTIDOS MEXICANO: UNA MIRADA POSTERIOR A LA ELECCIÓN 2018 .....	301
<a href="https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.15">https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.15</a>	
ORIGINALIDAD, CREATIVIDAD Y REGISTRO DEL DERECHO DE AUTOR.....	303
<a href="https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.16">https://doi.org/10.36105/iut.2019n29.16</a>	



## PRESENTACIÓN: ¿QUÉ ES LA JUSTICIA?

*Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.  
Debe ser ley porque es justa*  
Montesquieu

Cualquier persona, sin importar edad ni profesión tiene introyectada la noción o alcance de la justicia. Cuando los niños discuten entre sí o hacen valer sus argumentos ante los adultos suelen afirmar: ¡no es justo! La afirmación va ligado a una decisión que no les favorece o cuando sienten que se les quita aquello a lo que tienen derecho, o simplemente creen que merecen: que ninguna de las partes de o reciba menos. Así entendemos la justicia en las relaciones civiles voluntarias, según el pensamiento aristotélico (Ética de Nicomaco), no como valor, virtud o bien individual, sino justicia en particular: igualadora o correctiva.

Pero, ¿qué es la justicia desde el ámbito legal?, ¿cuál es su medida?Cuál es la razón de que el Estado se haya apropiado de su ejercicio y en el texto constitucional la atribuya como función propia, al grado de excluirla de la autotula de cada uno de nosotros para incorporarla en el acápite del artículo 17 en los términos siguientes: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho”. Desde cuándo se ha reservado el ente estatal esta prerrogativa y cuáles son las limitaciones (¿las hay?) para revertirla en favor de los denominamos justiciables, para que cada uno se encargue de resolver los conflictos: sus conflictos, de manera más cercana, pronta y económica.

Si el conflicto es un problema/dilema personal parece razonable que la mejor decisión para resolverlo sea lo que las propias personas inmersas en el mismo determinen. Seguro que algunos abogados nos dirán que no es conveniente, más si lo vemos desde la perspectiva de una área de trabajo en la que nos desarrollamos, en la que muchos afirman que los juristas vivimos del conflicto. Otros más piensan que incluso los creamos, o que al menos lo exacerbamos para justificar nuestra intervención y el cobro de honorarios. Como afirman por ahí, “si no tengo pruebas puedo dudarlo”.

Iuris Tantum es un órgano de difusión de nuestra Facultad de Derecho, en la que formamos abogados de élite para el ejercicio profesional y dentro de esta actividad cobra relevancia la atención y solución de conflictos: preventiva, consultiva o litigiosa. De ahí que quienes nos lean, tal vez piensen que este número monográfico no fue publicado en el medio apropiado. Ponderamos diferente, pues sabemos del cambio en la orientación del constituyente permanente en la regulación de una cuestión tan relevante y sensible, que no ha dejado satisfechos a muchos, como las salidas negociadas en materia penal, que tienen como objeto, tanto la reparación de la víctima, en algún tiempo postergada de la normativa, como la sanción de quien con su conducta errada lesiona bienes y valores jurídicos de alto impacto y por ende tutelados por el derecho. Más aun, cuando mediante reforma (DOF, 29-07-10) la carta constitucional reincorpora la necesidad de que las leyes prevean mecanismos alternativos de solución de controversias —de donde nunca debieron quitarse— con o sin supervisión judicial, pero que la normativa secundaria siguió regulando (Código de Comercio y Ley Federal de Protección del Consumidor, entre otras), al entender como derecho la aptitud de las partes en conflicto de resolver sus diferencias en materia mercantil (pesos y centavos) de acuerdo con sus intereses y por vías más expeditas que la justicia tradicional.

Pero regresemos al inicio, para entender la lógica en que opera la justicia, no como virtud, sino como derecho y garantía. Primero será necesario retroceder a la noción u origen del conflicto mismo. En su acepción gramatical es un desacuerdo entre partes (presente en la vida de las personas desde fecha inmemorial). De ahí que lo entendamos como posturas contrapuestas que no han sido conciliadas. La principal razón que dificulta llegar a acuerdos, tal vez sea que cada parte en el diferendo estima que le asiste la razón, y la justicia como valor solo es perfecta cuando la orientamos para el bien de otro, pues, entre todas las virtudes, sola la justicia parece bien ajeno (Ética... Libro quinto). De que la necesidad y la justificación de que un tercero, sin interés en el tema en disputa, sea la opción (la mejor) para solucionarlo. Lo anterior nos parece que sigue siendo válido, tanto hoy como antaño. Sin embargo, no podemos dejar inadvertido que el conflicto puede adoptar diversos caracteres, pues no tiene las mismas implicaciones una discusión de índole económica entre partes que no han logrado conciliar sus diferencias, que otra situación desgraciada de difícil salida, en la que cualquiera que sea la decisión que se tome el resultado derive en un dilema para ambas; o que alguna quede situada en posición de disparidad frente a la otra, por múltiples razones, o peor aún, que implique un diferendo de dimensiones tales que afecte, no sólo a los involucrados a los que les genere angustia y trastornos varios, sino que en mayor medida impacte a la sociedad.

Si estamos frente a conflictos como los primeros, la legislación no sólo permite salidas alternas a la solución tradicional que brindan los órganos del Estado de forma directa cuando administran justicia a todo gobernado que lo

solicite y procuran, al decir de Ugo Rocco (Derecho procesal civil): “La realización de los intereses individuales y colectivos tutelados por el derecho objetivo [...] insatisfechos por la falta de la actuación de la norma jurídica que los ampara”, sino, incluso, las propicia con la participación tangencial de los mismos, o con apoyo de particulares a los que la normativa ha facultado para intervenir en cierta etapa del conflicto, y, en casos excepcionales, al establecerlas como acceso obligado o primer paso de la jurisdicción estatal, como ocurre en la actualidad en materia laboral y aconteció en el siglo XIX en las materias civil y criminal, por virtud del artículo 155 de la Constitución de 1824 que vedaba la aptitud de entablar pleito alguno en las mismas tratándose de ofensas menores “sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación”, y el artículo 39 de la Segunda de las Siete Leyes de 1836 que facultaba a todos los litigantes “para terminar sus pleitos (de la misma índole) por medio del árbitro”, en cualquier tiempo.

Así, las partes en el diferendo pueden llegar a acuerdos que satisfagan a ambas, al repartir tanto las ganancias como los probables riesgos de la litigación. En una negociación, la esencia es que ambas obtengan beneficios y que no correspondan a una solo las cargas y a otra todas las ventajas. De ahí la noción de justicia alternativa como opción viable a la tradicional, una y otra reguladas por la Constitución, y en legislación secundaria en fecha reciente, pero que en diversas partes del mundo ha sido opción viable desde tiempos inmemoriales.

En todos los casos, el Estado se reserva la ejecución imperativa de lo acordado ante el incumplimiento del obligado, pues, no nos equivoquemos, podremos resolver nuestras diferencias con cierta liberalidad, en razón de que lo permite la normativa, pero la potestad de hacer cumplir forzosamente las determinaciones ante la negativa del obligado, como función pública indelegable regresa al Estado, el que se reserva para sí el uso de la fuerza para hacer cumplir sus determinaciones: la potestas. Y es que a la jurisdicción va anexo el imperium; la facultad de mandar y de usar la coacción y la coerción para concretar lo ordenado. Sin esta facultad no podría ejercerse la otra: Jurisdictio sine modica coercitione nulla est. Por ello los jueces no sólo tienen el imperio o mando para ejercer la facultad de conocer y decidir los asuntos que se les someten (Joaquín Escriche), sino también todo el poder necesario para ejecutar y llevar a cabo sus decisiones en la forma que prescriben las leyes, pues si dejamos que los particulares decidan si acatan o no sus determinaciones, pues cuando no les beneficie el fallo estimarán que son víctimas de una injusticia, que el Estado falló en su cometido de dar a cada uno lo suyo, y con ello regresamos al principio de estas notas.

Solo basta decir que la denominada justicia alternativa está delegada y regulada por las leyes del Estado que facultan a los particulares —y en casos de excepción hasta a las autoridades— para que puedan arreglar sus diferencias en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues no podemos obligarlas a

vincularse, si no es su deseo o voluntad. Recordemos que el acceso a la justicia es tanto un derecho humano universal de rango máximo, como una garantía reforzada en todo Estado de derecho, y el nuestro no es la excepción.

Por último va el agradecimiento al Dr. Carlos Barrachina Lisón, Director de la Revista *Iuris Tantum*, la oportunidad de apoyar en la conformación de un número monográfico referido a un tema de importancia peculiar en un entorno litigioso como el nuestro. Debemos resolver las controversias, pero nos parece de mayor relevancia social terminar con el conflicto que subyace en las mismas, el que no siempre concluye con la sentencia tradicional dictada por el juez, sin la participación de las partes.

Dra. Eréndira SALGADO LEDESMA  
Universidad Anáhuac México  
erendira.salgado@anahuac.mx

**MONOGRÁFICO:**  
**JUSTICIA ALTERNATIVA**



**JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO  
RECUENTO DE UNA DÉCADA DE RANGO  
CONSTITUCIONAL**  
*ALTERNATIVE JUSTICE IN MEXICO RECOUNT OF A  
DECADE OF CONSTITUTIONAL RANK*

ERÉNDIRA SALGADO LEDESMA\*

Universidad Anáhuac México, México

[erendira.salgado@anahuac.mx](mailto:erendira.salgado@anahuac.mx)

**RESUMEN:**

La búsqueda de opciones para la atención del conflicto social ha ocupado parte de las tareas estatales a lo largo del tiempo. La que prevalece, desde hace casi un siglo, es llevarlos ante un órgano público especializado e imparcial que los dirima con carácter definitivo e inatacable. Pero resolver la controversia no garantiza darle la razón al que la tiene, mucho menos terminar con el conflicto. De ahí la conveniencia de involucrar de modo activo a las partes para que alcancen la solución que mejor convenga a sus intereses. Ésta una de las ventajas de la justicia alternativa, más no la única.

**Palabras clave:**

Administración de justicia, Sistema judicial tradicional, Medios alternativos de resolución de controversias (Masc), Manejo del conflicto social.

**ABSTRACT:**

*The search for options for the attention of social conflict has occupied part of the state tasks over time. The one that prevails, for almost a century, is to take them before a specialized and impartial public body that will settle them with a definitive unassailable character. But, resolving the controversy does not guarantee giving the reason to the one who has it, much less ending the conflict. Hence the convenience of actively involving the parties to reach the solution that best suits their interests. This is one of the advantages of alternative justice, but not the only one.*

**Keywords:**

*Justice administration, Classical judiciary system, Alternative dispute resolution (ADR), Social conflict management.*

\* Miembro del Sistema Nacional de Investigadores desde 2007. Coordinadora Académica de la Facultad de Derecho. Universidad Anáhuac México.

# I. INTRODUCCIÓN

Las ventajas de los mecanismos alternativos de solución de controversias se “redescubren” —de tiempo en tiempo— y la legislación que los rige adquiere rango constitucional, como ocurrió en 1824 y 1836. Luego de un periodo de aplicación vuelven a quedar temporalmente relegados, latentes sólo en la legislación secundaria, hasta que diversa gestión gubernativa vuelve a ponerlos en valor<sup>1</sup> mediante propuestas de reformas, al resaltar su importancia y cualidades como opción viable para resolver el conflicto social y disminuir las cargas de trabajo que agobian al sistema de justicia tradicional. Esta visión no la compartimos. Más bien la objetamos por restrictiva, pues haya o no sobrecarga de trabajo en los tribunales cumplen una finalidad diversa a la del sistema de justicia adversarial, en razón de tratarse de dos vías de acceso a la jurisdicción del Estado con caracteres diversos, pero coincidentes en la finalidad: solucionar el conflicto. El empleo de una u otra debe quedar dentro de los márgenes de decisión de cada justiciable, los que valorarán las bondades y las limitaciones de una u otra, de acuerdo con el caso específico y sus propias necesidades, en la búsqueda de la solución que mejor convenga a sus intereses.

El presente análisis tiene como objetivo central determinar el grado de cumplimiento de los mandatos contenidos en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución), a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 18 de junio de 2008 que ordenó la incorporación de los mecanismos alternos de resolución de controversias en la legislación, además de aplicarlos en materia penal para asegurar la reparación del daño a las víctimas del delito. Poxra la consecución del propósito omitiremos la descripción de los más utilizados: conciliación, mediación y arbitraje, en razón de que la misma ha sido colmada en múltiples estudios realizados por especialistas: José Ovalle,<sup>2</sup> Francisco González,<sup>3</sup> Nuria González,<sup>4</sup> Agustín Carrillo,<sup>5</sup> Francisca Arellano-Paris Cabello,<sup>6</sup> Gabriela Sánchez-Gilda Ortiz,<sup>7</sup> entre otros.

<sup>1</sup> La expresión poner en valor o puesta en valor define cómo hacer que algo o alguien sea más apreciado al resaltar sus cualidades, *Seco, Manuel*, et al., *Diccionario del español actual*, Madrid, Aguilar lexicografía, 1999, [https://www.fundeu.es/dudas/palabra-clave/poner-en-valor/Diccionario del español actual](https://www.fundeu.es/dudas/palabra-clave/poner-en-valor/Diccionario%20del%20espa%20ol%20actual).

<sup>2</sup> OVALLE FAVELA, José, “El acceso a la justicia en México”, México, *Anuario Jurídico 1976-1977*, núms. 3-4, 1978, pp. 171-227.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área”, en <http://www.gdca.com.mx/PDF/varios/CONCILIACION%20EN%20MEXICO.pdf>.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “El ABC de la mediación en México”, <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/NURIA-El-ABC-de-la-mediacion-en-Mexico.pdf>.

<sup>5</sup> CARRILLO SUÁREZ, Agustín Eduardo, *Mediación y arbitraje. Guía de estudios*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2004, p. 2.

<sup>6</sup> ARELLANO HERNÁNDEZ, Francisca Patricia y CABELLO TIJERINA, Paris Alejandro (coords.) *Retos y perspectivas de los MASC en México*, México, Tirant Lo Blanch, 2015, [https://www.academia.edu/36321311/MÉTODOS\\_ALTERNOS\\_DE\\_SOLUCIÓN\\_DE\\_CONFLICTOS\\_Y\\_SU\\_PROTAGONISMO\\_EN\\_EL\\_NUEVO\\_CONTEXTO\\_LEGAL\\_MEXICANO\\_RETOS\\_Y\\_PERSPECTIVAS](https://www.academia.edu/36321311/MÉTODOS_ALTERNOS_DE_SOLUCIÓN_DE_CONFLICTOS_Y_SU_PROTAGONISMO_EN_EL_NUEVO_CONTEXTO_LEGAL_MEXICANO_RETOS_Y_PERSPECTIVAS).

<sup>7</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, María Gabriela y ORTIZ LÓPEZ, Gilda Lizette “Justicia alternativa, una visión panorámica”, *Aequitas*, núm. 27, pp. 27-52, [http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/masc/articulos/Justicia\\_Alternativa\\_una\\_vision\\_panoramica.pdf](http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/masc/articulos/Justicia_Alternativa_una_vision_panoramica.pdf).

A lo largo del texto nos enfocaremos en describir las acciones legales y gubernativas llevadas a cabo —en la última década— para concretar los beneficios esperados por el Constituyente permanente a fin de advertir las coincidencias entre la praxis y el texto constitucional, además de compartir la experiencia exitosa de Guanajuato, entidad que tiene un desarrollo destacado en la implementación de los mecanismos alternativos, los que han sido incorporados hasta en el ámbito escolar básico. Por último, precisaremos sus alcances y restricciones en la función administrativa, pues la apertura normativa posibilita que no sólo sean vías para resolver el conflicto entre particulares, sino, incluso, entre particulares y autoridades. Desde ahora adelantamos que los esfuerzos institucionales, salvo en este último rubro, resultan considerables y han sido avalados por la interpretación progresista de los tribunales federales.

## II. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008. JUSTIFICACIÓN Y TRASCENDENCIA

Mediante decreto publicado en el DOF, el 18 de junio de 2008, la Constitución fue reformada en los artículos 16, 17, 18, 19, 21, 22, 73, 115 y 123 para modificar diversos aspectos relativos al sistema de justicia penal, con el propósito de introducir principios novedosos que lo orienten y prever mecanismos alternativos al procedimiento tradicional con objeto de asegurar (garantizar) la reparación del daño. La reforma contradijo la idea de que el conflicto penal únicamente puede resolverse mediante un proceso seguido por conducto de tribunales, mediante la intervención decisoria del poder público, y con el dictado de una sentencia.<sup>8</sup>

La exposición de motivos expuso la necesidad de: “Dar cabida a medios alternativos de justicia penal, de manera que se permita resolver el conflicto generado por la comisión de delitos sin correr el riesgo de colapsar a las instituciones ante las exigencias legales y administrativas que implica el modelo de juicio propuesto”.<sup>9</sup> Así, ante la “decadencia” del funcionamiento del sistema de justicia penal, la opción que los legisladores vislumbraron para agilizarlo fueron las soluciones alternas al procedimiento tradicional; por supuesto, no exceptuadas de control judicial, “para evitar el uso perverso que de estas medidas se ha llegado a presentar en otros países y asegurar la satisfacción del derecho a la reparación del daño por parte de la víctima”.<sup>10</sup>

Bajo la lógica antedicha, éstos constituyen opciones para la atención de cuestiones que estaban funcionando de modo deficiente en el sistema de justicia penal. De ahí que el proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

<sup>8</sup> Cfr. ZAMORA PIERCE, Jesús, “Justicia alternativa en materia penal”, México, IJJ-UNAM, p. 121, versión digital <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3069/12.pdf>.

<sup>9</sup> Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, “Proceso Legislativo de la Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública”, Proceso legislativo. 18 de junio de 2008. Cuaderno de apoyo”.

<sup>10</sup> *Ibid.*

sometido a votación de la representación popular y luego aprobado por la mayoría de los representantes incorporara un párrafo quinto al artículo 17 con el texto siguiente: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que se requerirá supervisión judicial”.<sup>11</sup>

El nuevo prototipo del procedimiento penal —en la actualidad de corte acusatorio y oral— favorecerá el empleo de los medios alternativos. En observancia del artículo 17, el Código Nacional de Procedimientos Penales contempla como soluciones alternas en esta materia: los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso. Define dichos acuerdos como los celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado, los que una vez aprobados por el ministerio público o el juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal en delitos que se persiguen por querrela, por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido; delitos culposos o delitos patrimoniales cometidos sin violencia contra las personas, salvo que el imputado haya celebrado con anterioridad acuerdos por los mismos delitos (para evitar la denominada puerta giratoria)<sup>12</sup> ni cuando se trate de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas.

No somos expertos en materia penal, pero suena razonable que para alcanzar una satisfacción mayor en las exigencias de la víctima, el legislador busque alternativas diversas a la persecución penal tradicional, que propugnen el restablecimiento del status quo.<sup>13</sup> Como afirma Julio Maier,<sup>14</sup> más que convertir el proceso en una forma simbólica de ejercicio del poder deben considerarse los intereses de quienes participan de modo directo en el drama penal, para que, “el conflicto social no siga secuestrado por la agencias estatales”.

Pero dichos mecanismos no tendrán aplicabilidad sólo en materia penal, la idea original de los integrantes de las Comisiones Unidas de Justicia y Puntos Constitucionales de la H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, sino en todos los ámbitos jurisdiccionales e incluso en los administrativos.

La idea subyacente en la reforma se tradujo en una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita:<sup>15</sup>

Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias (mediación y conciliación) permitirán en primer lugar cambiar al paradigma

<sup>11</sup> “Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho [...] Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial [...], <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/17.pdf>.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ DE CEBALLOS, Diego, “El sistema penal y la puerta giratoria”, *Milenio*, 9 de agosto de 2017, <https://www.milenio.com/opinion/diego-fernandez-de-cevallos/sin-rodeos/el-sistema-penal-y-la-puerta-giratoria>.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ, Julio, “La reparación como sanción jurídico-penal”, *Ius et veritas*, núm. 17, pp. 41 y 42, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15790/16222>.

<sup>14</sup> Cit. Exposición de motivos de la *Ley de Medios Alternativos en Materia Penal para el Estado de Puebla* (PO, 14 de septiembre de 2012), <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Puebla/wo96693.pdf>.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 30.

de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; asimismo, servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

Y es que sin necesidad de disposición constitucional, los mecanismos alternativos ya eran empleados en diversas materias regulados por normativa de orden secundario, como el Código de Comercio (7 al 13 de diciembre de 1889), la Ley Federal de Protección del Consumidor (28 de febrero de 1975), la Ley Federal de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (18 de enero de 1999), e incluso en decreto presidencial, como el que creo la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (3 de junio de 1996) que introdujo la conciliación y el arbitraje para resolver conflictos derivados de las quejas en la atención médica y hospitalaria, siempre y cuando se tratare de derechos disponibles (todos los no prohibidos de forma expresa por disposición legal), pero su incorporación en la Constitución, donde ya estuvieron regulados: abrirá las puertas para su generalización en el ámbito nacional y en todos los órdenes gubernativos.

De ahí que si bien la reforma hubiera podido contemplar otras ramas del derecho para la aplicación de los mecanismos alternativos, como sostienen algunos expertos,<sup>16</sup> tampoco resultaba relevante la enunciación expresa del artículo 17, dado que el acceso a la justicia es tanto derecho humano<sup>17</sup> como garantía normativa (en razón de que el propio texto constitucional delimita la participación del poder público en el proceso de concreción del derecho reconocido por el Constituyente originario o permanente).<sup>18</sup> Asegurados sustantiva y procesalmente en la Constitución general y en diversos instrumentos convencionales signados por el Estado mexicano.

En efecto, la legislación en este país, con o sin texto constitucional de por medio, desde hace casi dos siglos ha contemplado la utilización de mecanismos alternativos en algunas ramas del derecho. Su empleo se remonta hasta la Colonia.<sup>19</sup> En las entidades federativas ha ocurrido de modo similar, incluida la materia penal.

<sup>16</sup> CABRERA DIRCIO, Julio y AGUILERA DURÁN, Jesús, “La justicia alternativa en el derecho colaborativo y sus perspectivas en México”, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 40, enero-junio 2019, pp. 243-275, <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/13234/14709>>. Los autores sostienen que, como consecuencia de la reforma constitucional, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal sienta las bases para que se aplique la justicia alternativa en esta materia, pero que, “hubiera podido contemplar otras ramas del derecho, que siguen teniendo los mismos problemas”.

<sup>17</sup> Los reconocen y tutelan los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

<sup>18</sup> Se definen como tales: “La (s) garantía jurídica (s) de carácter institucional que viene constituida por el reconocimiento por parte de las normas jurídicas estatales (especialmente por parte de las normas constitucionales) tanto de una serie de principios y valores que se consideran básicos e ineludibles a la hora del correcto funcionamiento del sistema jurídico en cuanto que sistema de Estado de derecho, como de los concretos derechos humanos y de sus correspondientes instrumentos garantizadores”, *Curso sistemático de derechos humanos*, <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/interdisciplinario/ddhh292.htm>.

<sup>19</sup> SALGADO LEDESMA, Eréndira, *Defensa de usuarios y consumidores*, México, Porrúa, 2007.

Como ejemplo destaca el Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla, que acorde con reformas y adiciones del 18 de diciembre de 2002 y 21 de enero de 2004 posibilitó la mediación (por el ministerio público o el juez) con la finalidad de solucionar conflictos en delitos del fuero común seguidos por querrela, y en algunos de oficio, como se describe a continuación:<sup>20</sup>

ARTÍCULO 395. La mediación tiene por objeto que el querellante y el inculpado, asistidos de uno o varios mediadores, encuentren formas alternativas de solución al conflicto de índole penal, que diriman ante los órganos de procuración e impartición de justicia, con el fin de que busquen de manera conjunta y pacífica un acuerdo satisfactorio que termine con la prosecución procesal.

La mediación será procedente únicamente en delitos de querrela y en los de oficio en que permita el Código Penal [...]

Con todo, coincidimos con la afirmación de que la reforma: “Ha tenido un efecto aún más importante (que la sola inclusión en materia penal) ya que ha representado la base constitucional para la consolidación de la resolución alternativa de controversias en otros ámbitos”:<sup>21</sup> ¡Y sólo se puede fortalecer aquello que es o está! A tal grado, que hoy en día no sólo son opciones viables para resolver las controversias entre particulares en múltiples materias, sino incluso práctica obligada para la solución de conflictos entre autoridades administrativas del orden federal y administrados.

### III. RECEPCIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS EN LA NORMATIVA FEDERAL

La reforma constitucional ordenó la incorporación de los mecanismos alternativos en materia penal, en razón del principio de exacta aplicación de la ley que limita tanto a la autoridad jurisdiccional como a la legislativa para dejar en estado de incertidumbre jurídica al gobernado, de ahí que la Constitución establezca la garantía de la exacta aplicación de la ley al caso concreto (art. 14) sin la aptitud de llegar a acuerdos de tipo alguno ni fuera ni dentro del procedimiento respectivo,<sup>22</sup> salvo que lo ordene la normativa específica.

El legislador federal cumplió el mandato en sus términos, al expedir leyes especiales en materia penal y realizar la modificación de un número importante en otras materias. El titular del Ejecutivo federal complementó el mandato con adecuaciones reglamentarias. Entre las primeras destacan: la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (*DOF*,

<sup>20</sup> En [http://www.auditoriapuebla.gob.mx/images/codigos/2017/01Codigo\\_Proc\\_Mat\\_Defensa\\_Social\\_Puebla-17mar16.pdf](http://www.auditoriapuebla.gob.mx/images/codigos/2017/01Codigo_Proc_Mat_Defensa_Social_Puebla-17mar16.pdf).

<sup>21</sup> AZAR MANZUR, Cecilia, “Respuesta a la solicitud de posicionamiento de la Comisión de Justicia del Senado de la República al Anteproyecto de Decreto de Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias”, [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias\\_Mat\\_Penal/CAM\\_Pos.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias_Mat_Penal/CAM_Pos.pdf).

<sup>22</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, libro XXIII, marzo de 2006, tesis 1ª./J. 10/2006, p. 84.

29 de diciembre de 2014), ley marco en la materia, que en observancia del artículo 17 multicitado establece principios, bases, requisitos y condiciones de la mediación, la conciliación y la junta restaurativa que conduzcan a soluciones alternas a las previstas en la legislación procedimental para la atención de delitos, tanto del orden federal como del fuero común.

En esta materia, los mecanismos alternativos tienen como objetivo propiciar —a través del diálogo— la solución de las controversias surgidas entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referida a un hecho delictivo, auxiliados con procedimientos confidenciales y más económicos que el proceso tradicional, como dispone el artículo 1 de la ley citada. Dado su carácter nacional, la competencia establecida es de índole concurrente: federal y local, en favor de las procuradurías o fiscalías de los poderes judiciales, de la federación o de las entidades federativas. Como principios rectores fijó los siguientes:

- Voluntariedad: participación de los intervinientes por decisión propia, libres de toda coacción.
- Información: deben informarse, las consecuencias y alcances legales.
- Confidencialidad: la información tratada no será divulgada ni podrá utilizarse en perjuicio de persona alguna dentro del proceso penal.
- Flexibilidad y simplicidad: uso de lenguaje sencillo y carente de formalismos innecesarios.
- Imparcialidad: objetividad en la conducción, sin juicios, opiniones, prejuicios, favoritismos, inclinaciones o preferencias que concedan u otorguen ventajas a ninguno de los intervinientes.
- Equidad: condiciones de equilibrio entre los intervinientes.
- Honestidad: participación de los intervinientes y el facilitador con apego a la verdad.

Con la reforma en vigor, de modo paulatino fueron promulgadas leyes de rango federal y local, y otras tantas sufrieron adecuaciones, como la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes* (DOF, 16 de junio de 2016) que establece los principios rectores del sistema mencionado y cuyo artículo 2, fracción IV, fija las bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos en los procedimientos seguidos a quienes hayan cometido conductas tipificadas como delito, siempre y cuando cuenten con 12 años cumplidos y menos de dieciocho, y la *Ley General de Víctimas* (DOF, 9 de enero de 2013) reformada el 3 de enero de 2017, que señala el derecho de la víctima del delito a tomar decisiones informadas sobre las vías de acceso a la justicia o mecanismos alternativos.

En materia administrativa afectó diversa normativa; relacionamos las principales leyes reformadas por orden cronológico: *Ley Federal del Derecho de Autor* (10-VI-2013); *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros* (10-I-14); *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* (10-XI-14); *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público* (17-XII-15); *Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados* (13-I-16); *Ley de Aguas Nacionales*

(24-III-16); *Ley de la Propiedad Industrial* (18-V-18); *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente* (5-VI-18); *Ley Federal del Derecho de Autor* (15-VI-2018); *Ley de Aeropuertos* (18-VI-18), y *Ley Agraria* (25-VI-18). También hubo adecuaciones en otras materias: *Ley de Ahorro y Crédito Popular* (10-I-14) y *Ley del Mercado de Valores* (9-III-18).

El *Código de Comercio* y la *Ley Federal de Protección al Consumidor* merecen mención aparte, pues ambas disposiciones incorporaron la regulación de la denominada justicia alternativa desde tiempo atrás, no como consecuencia de la reforma constitucional de 2008. El código desde fines del siglo XIX. La ley del consumidor desde diciembre de 1975. Esta última ha contado con impulso exitoso para el cumplimiento de los objetivos plasmados por el legislador federal, gracias a la creación y participación de la Procuraduría Federal del Consumidor, *ombudsman* y autoridad administrativa que busca la equidad en las relaciones entre proveedores y consumidores y usuarios de bienes y servicios. La instancia de justicia alternativa (en sede administrativa) más conocida y con mejores resultados obtenidos en los procedimientos a cargo con porcentaje de quejas conciliadas cercano al 80% y rangos de atención de hasta un millón aproximado al año.<sup>23</sup>

#### IV. CUMPLIMIENTO DEL MANDATO DEL CONSTITUYENTE POR LOS CONGRESOS LOCALES

Desde la publicación de la reforma constitucional en análisis debió transcurrir más de una década para que la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas observaran el mandato en sus términos. A la fecha, todas cuentan con regulación especializada y centros de justicia alternativa, una vez que el Estado de Sinaloa, el más rezagado, lo hiciera el 15 de mayo de 2013. Sin embargo, desde sus orígenes, la ordenación fue desigual, tanto en el periodo de cumplimiento como en el rango del instrumento legal que contuvo la estructura y facultades de los órganos instituidos para la atención de los mecanismos alternativos. La ley nacional, en el artículo 40 dispuso que podrían quedar situados en los poderes judiciales locales, pero, en ninguna parte expresó que, por virtud de reglamento, decreto o acuerdo, pues la Constitución general es enfática al respecto: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”. Y una ley es una disposición normativa emanada del poder legislativo, desde los ámbitos formal y material. Aun así, en dos entidades, el canon que estableció los centros de justicia alternativa provino de los poderes ejecutivo y judicial, los que acorde con sus atribuciones publicaron disposiciones de menor jerarquía para regularlos: reglamentos o acuerdos.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> PROFECO, *Informe anual de labores 2017*, [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/415228/Informe\\_Anuar\\_2017.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/415228/Informe_Anuar_2017.pdf). Para que se tenga un parámetro de la dimensión del volumen de quejas recibidas, tan sólo contra tiendas departamentales se han presentado 6 millones 389 mil y contra mueblerías 9 millones 152 mil pesos (cobros indebidos o retrasos en tiempos de entrega).

<sup>24</sup> En el caso del Estado de Tabasco, por virtud de un Acuerdo del Consejo de la Judicatura. Luego subsanado con la expedición de la *Ley de Acceso a la Justicia Alternativa para el Estado* (PO, 29 de agosto de 2012) que ordenó la adscripción de centros de justicia alternativa, tanto en el Poder Judicial como en la Procuraduría

En la actualidad tenemos centros de mediación o justicia alterativa adscritos al poder judicial, por virtud de una ley, en la totalidad de entidades federativas, salvo el caso de Morelos y Sinaloa, en donde dependen de las procuradurías de justicia locales. En la mayoría tienen carácter de centro, mientras en Jalisco es instituto, y en Tlaxcala unidad. Aun así, en todas observamos rasgos comunes en la integración del órgano encargado de las actividades, además de exigirse la profesionalización del personal operativo a cargo.

Dentro del análisis, también nos pareció destacable el caso de Guanajuato, el cual ha efectuado un esfuerzo considerable, tanto legislativo como judicial, para concretar los postulados que animaron la regulación constitucional, razón por la cual le dedicamos un apartado especial. Tampoco queremos dejar de advertir que algunas entidades incorporaron normativa aplicable a los mecanismos multicitados, mucho antes de la emisión del mandato constitucional de 2008; caso de Baja California, Baja California Sur, Coahuila, Guanajuato, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Tamaulipas, Tlaxcala, y Veracruz. Dentro de éstos destaca Quintana Roo, que cuenta con la ley de mecanismos alternativos más antigua de México, del 16 de diciembre de 1997, seguida de Guanajuato y Colima. Ésta última, mediante decreto número 229 (PO, 22 de junio de 2002) adicionó el artículo 1º de la constitución local con la fracción VII, para establecer como garantía de toda persona: “La de resolver sus controversias de carácter jurídico a través de la justicia alternativa”.<sup>25</sup>

Para ilustrar la evolución nos servirá de utilidad la tabla integrada a continuación:<sup>26</sup>

Entidad	Fecha de adecuación normativa	Tipo de centro o unidad
Aguascalientes	<i>Ley de Mediación y Conciliación</i> (25-III-13).	Centro de Mediación
Baja California	<i>Ley de Justicia Alternativa</i> (19-X-07).	Centro de Justicia Alternativa
Baja California Sur	<i>Ley de Justicia Alternativa</i> (29-X-07).	Centro Estatal de Justicia Alternativa
Campeche	<i>Ley de Mediación y Conciliación</i> (4-VIII-11).	Centro Estatal de Justicia Alternativa
Coahuila	<i>Ley de Medios Alternativos de Solución de Controversias</i> (12-VII-05).	Centro de Medios Alternos
Chihuahua	<i>Ley de Justicia Alternativa</i> (30 de mayo de 2015).	Centro Estatal de Mediación

General de Justicia de la entidad. Lo anterior lo complementó la *Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado* (PO, 28 de mayo de 2016) que en su artículo 3 integró al poder, los centros de acceso a la justicia alternativa dotados de competencia para la aplicación de los mecanismos de solución de conflictos, cuyas atribuciones quedaron incorporadas en los artículos 91 a 93.

<sup>25</sup> Exposición de motivos de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima, <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/colima-ley-de-justicia-alternativa.pdf>.

<sup>26</sup> Parte de la información tomada para la elaboración de la tabla aparece en la presentación del Instituto de Capacitación Judicial del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, complementada y actualizada con la obtenida en archivos en línea, [http://www.stj-sin.gob.mx/cMasc/programa\\_capacitacion](http://www.stj-sin.gob.mx/cMasc/programa_capacitacion).

Colima	<i>Ley de Justicia Alternativa (27-IX-03).</i>	Centro Estatal de Solución Alternativa de Conflictos
Distrito Federal	<i>Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia (20-VIII-15).</i>	Centro de Justicia Alternativa
Durango	<i>Ley de Justicia Alternativa (26-II-09).</i>	Centro Estatal de Justicia Alternativa
México	<i>Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social (18-X-10).</i>	Centro de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa
Guanajuato	<i>Ley de Justicia Alternativa (27-V-03).</i>	Centro Estatal de Justicia Alternativa
Guerrero	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial y Acuerdo del Consejo de la Judicatura (19-VII-11).</i>	Centro Estatal de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias
Hidalgo	<i>Ley de Justicia Alternativa (21-VI-09).</i>	Centro Estatal de Justicia Alternativa
Jalisco	<i>Ley de Justicia Alternativa (30-I-07).</i>	Instituto de Justicia Alternativa
Michoacán	<i>Reglamento del Centro<sup>SEP</sup> de Mediación y Conciliación del Poder Judicial (3-III-05).</i>	Centro de Mediación y Conciliación
Morelos	<i>Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal (18-VIII-08).</i>	Centro de Justicia Alternativa en Materia Penal
Nayarit	<i>Ley de Justicia Centro Estatal de Alternativa Justicia Alternativa (23-IV-11).</i>	Centro Estatal de Justicia Alternativa
Nuevo León	<i>Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos (14-I-05).</i>	Centro Estatal de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos (PGJ)
Oaxaca	<i>Ley de Mediación (12-IV-04).</i>	Centro de Mediación
Puebla	<i>Ley del Centro Estatal de Mediación del Estado (20-IX-16).</i>	Centro Estatal de Mediación
Querétaro	<i>Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial (21-IX-07).</i>	Centro de Mediación
Quintana Roo	<i>Ley de Justicia Alternativa (16-XII-09).</i>	Centro Estatal de Mediación
San Luis Potosí	<i>Ley de Mediación y Conciliación (16-X-12).</i>	Centro Estatal de Mediación y Conciliación
Sinaloa	<i>Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal (15-V-13).</i>	Centro de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal
Sonora	<i>Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (7-IV-08).</i>	Centro de Justicia Alternativa
Tabasco	<i>Acuerdo del Consejo de la Judicatura (10-X-08).</i>	Centro Integral de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (PJE) <sup>27</sup>

<sup>27</sup> Los antecedentes de los mecanismos alternativos en el estado fueron introducidos con las reformas de los códigos sustantivo y adjetivo civil en 1997. En el *Código de Procedimientos Civiles*, la figura de la conciliación obligatoria dentro del procedimiento de los juicios ordinarios civiles y familiares, el cual otorgó a los jueces la facultad de convocar a las partes en cualquier momento del procedimiento para tratar de conciliar sus intereses. PÉREZ BAXIN, Óscar, "Implementación de los mecanismos alternativos de solución de

Tamaulipas	<i>Ley de Mediación y su Reglamento para el Poder Judicial (21-VIII-07).</i>	Centro Estatal de Mediación
Tlaxcala	<i>Ley que Regula el Sistema de Mediación y Conciliación (13-IV-07).</i>	Unidad de Mediación y Conciliación
Veracruz	<i>Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos (15.VIII-05).</i>	Centro Estatal de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos
Yucatán	<i>Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (24-VII-09).</i>	Centro Estatal de Solución de Controversias
Zacatecas	<i>Ley de Justicia Alternativa (26-XII-08).</i>	Centro de Justicia Alternativa

## V. GUANAJUATO. UN ESFUERZO CONSIDERABLE

Mediante reforma publicada en el *Periódico Oficial (PO)* del 5 de julio de 2018 fueron modificados los artículos 2 y 7 de la *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guanajuato* para establecer la mediación y la conciliación como medios alternativos para la resolución de las controversias entre partes interesadas, respecto de derechos de libre disposición. A tal propósito, la exposición de motivos afirmó que las autoridades deben favorecer la solución del conflicto por sobre los formalismos procedimentales en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos. El artículo 13 dispuso que las formas alternativas también deben observarse en la aplicación del sistema integral de justicia para adolescentes, en los casos en que resulte procedente.

La normatividad los sujetó a la observancia de varios principios, algunos divergentes de los instaurados en la carta federal; como la rapidez y el profesionalismo. Este último de nuestro particular interés, pues si bien algunas entidades requieren que los mediadores y los conciliadores sean profesionales, en Guanajuato no sólo se exige, sino que se trabaja de modo constante en la calificación y profesionalización de quienes están adscritos al Centro de Justicia Alternativa Estatal, de agentes del ministerio público y demás personal de instituciones privadas y particulares que llevan a cabo esta actividad profesional, con el apoyo de la Escuela de Estudios e Investigación Judicial del Estado, adscrita al Poder Judicial del Estado de Guanajuato, mediante cursos modulares, capacitación en línea y estudios de posgrado. Puede afirmarse que no se han escatimado recursos con tal propósito.

En una decisión asertiva, en la entidad también tienen aplicabilidad dichos mecanismos en el ámbito escolar, a fin de fomentar en el educando la cultura de la paz. El prototipo facilita que, desde temprana edad, los educandos puedan resolver los problemas cotidianos mediante el diálogo constructivo. La idea fue retomada por Baja California, donde en los primeros meses de este año fue presentada una iniciativa, ante la Legislatura local, para incorporarlos en la legislación.

---

controversias en el Poder Judicial del Estado de Tabasco”, en *Perfiles de las Ciencias Sociales*, UJAT, año 2, núm. 4, enero-junio 2015.

La decisión que celebramos implica la legitimación social y cultural de los mecanismos alternativos, de acuerdo con las declaraciones de la Organización de Estados Americanos, la que reporta que en pocos países de la región se les ha incorporado en planes educacionales y en currículos obligatorios del nivel escolar.<sup>28</sup>

b) *Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato (PO, 1 de agosto de 2006)*

La *Ley de Justicia Alternativa* tiene por objeto la regulación de la mediación y la conciliación en sede judicial, como formas de autocomposición asistida de las controversias entre interesados: a) a través de los mediadores y conciliadores adscritos a un centro de justicia alternativa; b) en sede ministerial por los agentes del Ministerio Público mediadores y conciliadores; c) por instituciones privadas constituidas para proporcionar tales servicios, y d) por personas físicas. Estas últimas una vez que obtienen la autorización respectiva y sujetas a la certificación correspondiente.

De nuevo, Guanajuato se pone a la vanguardia al acercar la operación de 31 centros de justicia alternativa a los lugares más poblados de la entidad; esto constituye, en suma, la justicia expedita que garantiza el artículo 17 constitucional: libre de trabas. No como sinónimo de pronta, como erróneamente suele confundirse.

A tal propósito, además de la dirección del centro estatal instalada en la capital de la entidad operan las sedes regionales establecidas en las localidades siguientes: Guanajuato, León, Salamanca, Irapuato, Celaya, San Francisco del Rincón, San Miguel Allende, Acámbaro y Salvatierra. Otras sedes con carácter itinerante se ubican en: Apaseo el Grande, Cortázar, San Luis de la Paz, Santa Catarina, Jaral del Progreso, Romita, San Diego de la Unión, San Felipe, Victoria y Villagrán. Por último, las salas especializadas en materia penal se sitúan en: Acámbaro, Celaya, Dolores Hidalgo, Guanajuato, Irapuato, León, Salamanca, Salvatierra, San Miguel Allende y Valle de Santiago.

c) *Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Guanajuato (PO, 22 de mayo de 2012)*

Para los propósitos antedichos, el artículo 185 de *Ley Orgánica del Poder Judicial* incorporó al denominado Centro Estatal de Justicia Alternativa como uno de los órganos de dicho poder, a cargo de la aplicación de las formas alternativas de solución de controversias en sede judicial. Éste ejerce sus atribuciones en sedes permanentes o itinerantes y actúa en forma gratuita, o remunerada de modo convencional, a petición de parte interesada. El centro cuenta con un director, los subdirectores, los mediadores y los conciliadores y el personal de apoyo que determine el Consejo del Poder Judicial, órgano responsable de la administración del poder en la entidad.

<sup>28</sup> OEA, Consejo Permanente, “Métodos alternativos de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos”, p. 5, <https://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/docs/cp09044s04.doc>.

Los principios legales que rigen los procedimientos son los siguientes: celeridad, confidencialidad, equidad, flexibilidad, honestidad, imparcialidad, legalidad, neutralidad, profesionalismo y voluntariedad, y como en todas y cada una de las entidades sólo serán aplicables tratándose de derechos respecto de los cuales sus titulares puedan disponer libremente, sin que se pueda mediar en los temas siguientes del orden civil y familiar: nulidad de matrimonio; derecho a recibir alimentos; filiación; asuntos del incapaz a cargo del tutor, salvo que sea de interés del incapacitado y se cuente con autorización judicial; sucesión futura; la herencia, antes de visto el testamento, si lo hay, y en cualquier negocio que esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable ignorada por los interesados.

En los procedimientos en materia civil una vez llegado a un acuerdo, el director del centro, o el subdirector de la sede correspondiente, pueden elevar a categoría de cosa juzgada los convenios que celebren los interesados en la controversia, como ordena el artículo 446 del *Código de Procedimientos Civiles para el Estado*, en la fracción III, adicionada el 13 de junio de 2008 que dispone: “Se equiparán a las sentencias ejecutorias, para efectos de ejecución [...] Los convenios celebrados por los interesados con asistencia de los mediadores y conciliadores adscritos al Centro Estatal de Justicia Alternativa”. ¿Y qué es la cosa juzgada?:<sup>29</sup> La verdad legal, por eso no admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en criterio por contradicción sostuvo que la cosa juzgada encuentra su fundamento y razón de ser en la necesidad de:<sup>30</sup> “Preservar y mantener la paz y la tranquilidad en la sociedad, con medidas que conserven la estabilidad y la seguridad de los gobernados en el goce de sus libertades y derechos, y tiene por objeto primordial proporcionar certeza respecto a las relaciones en que se han suscitado litigios, mediante la inmutabilidad de lo resuelto en una sentencia ejecutoriada”.

De ahí que la resolución dictada en dichos procedimientos sea equiparable con la sentencia, desde un punto de vista material, tanto en el plano federal como en el local, lo cual les brinda definitividad, certeza y eficacia como opción de justicia a la cual optaron los sujetos en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero siempre regidos (en el procedimiento y en sus efectos) por la fuerza de la normativa constitucional y legal. De no ser así, ¿a qué fin introducir una etapa adicional al de por sí retardado proceso judicial?

d) *Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato (PO, 3 de septiembre de 2010)*

La entidad contaba con la *Ley del Proceso Penal* que regulaba la aplicación de los mecanismos alternativos, de modo preferente, para lograr resultados restaurativos

<sup>29</sup> Artículo 363, *Código de Procedimientos Civiles del Estado*, <https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/Codigo%20de%20Procedimientos%20Civiles%20para%20el%20Estado%20de%20Guanajuato%205%20julio%202018.pdf>.

<sup>30</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. I.4o.C.36 K. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época, tomo XXIX, febrero de 2009, tesis núm. de registro 167948, p. 1842.

en materia penal, la cual quedó abrogada con la entrada en vigor del *Código Nacional de Procedimientos Penales*. La disposición determinaba el tipo de delitos y la procedencia del convenio que podían suscribir el inculpaado con la víctima u ofendido para evitarse las consecuencias del proceso. Sin embargo, de conformidad con lo ordenado por el Decreto *por el cual se expide el Código Nacional*, en los artículos 183-190 del Libro Segundo. Del Procedimiento. Título I. *Soluciones alternas y formas de terminación anticipada*, en relación con los artículos Transitorios: Segundo. *Vigencia*; Tercero. *Abrogación*, y Cuarto. *Derogación tácita de preceptos incompatibles*, la normativa procesal penal federal y de las entidades federativas quedaron abrogadas de modo paulatino, además de todas las disposiciones que se le opusieran, previa declaratoria del órgano legislativo correspondiente y la entrada en vigor del decreto respectivo. Para el Estado de Guanajuato acaeció el 21 de abril de 2015 y el 1 de junio de 2016, una y otro.<sup>31</sup>

e) *Ley de Atención y apoyo a la Víctima y al Ofendido del Delito en el Estado de Guanajuato (PO, 30 de mayo de 2006)*

La *Ley de Atención y Apoyo a la Víctima y al Ofendido del Delito* (arts. 42-44) ordena que todas las autoridades realicen acciones que tengan como fin consolidar una cultura de prevención del delito con la participación ciudadana, para la generación de soluciones y alternativas de más fácil acceso. Dichas acciones deben encaminarse a orientar, sensibilizar, concientizar o asesorar sobre cuestiones relativas a la cultura de la paz y la solución pacífica de conflictos. La cultura de la paz, en la definición de la Organización de las Naciones Unidas (1998, Resolución A/52/13) consiste: “En una serie de valores, actitudes y comportamientos que rechazan la violencia y previenen los conflictos tratando de atacar sus causas para solucionar los problemas mediante el diálogo y la negociación entre las personas, los grupos y las naciones”.<sup>32</sup>

f) *Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato (PO, 1 de agosto de 2006)*

La *Ley de Justicia para Adolescentes* (arts. 13, 24 y 45) dispone que los defensores públicos especializados tienen facultad de promover las formas alternativas de solución de conflictos establecidas en la ley. Asimismo, determina como derechos de los adolescentes procurar la aplicación de formas alternativas de justicia en los procesos en que se hallen involucrados. A tal propósito, los acuerdos reparatorios celebrados entre la víctima u ofendido y el adolescente, una vez aprobados por el ministerio público especializado o el juez de control, y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal.

<sup>31</sup> Decreto 191. *Se expide la Declaratoria correspondiente al inicio de vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales*, <http://www2.scjn.gob.mx/Penal/Paginas/DecretosLegLocIniVigencia.aspx>.

<sup>32</sup> UN, <http://unescopaz.uprrp.edu/documentos/culturapaz.pdf>.

g) *Ley para Prevenir, Atender y Erradicar la Violencia en el Estado de Guanajuato (PO, 27 de marzo de 2009)*

Esta disposición tiene por objeto establecer las bases para la prevención, atención y erradicación de la violencia (salvo en el ámbito penal); la organización y funcionamiento del sistema estatal para la prevención, atención y erradicación de la violencia, además de la coordinación entre el estado y los municipios para prevenir, atender y erradicar la violencia. La misma es aplicable en los casos de violencia cometida contra personas y grupos vulnerables: niños, jóvenes, adultos mayores, discapacitados y cualquier persona que por sus condiciones físicas, mentales, jurídicas o sociales requieran de servicios especializados para su atención y protección.

Sus disposiciones ordenan la creación de un consejo estatal para prevenir, atender y erradicar la violencia y la instalación de centros multidisciplinarios para la atención integral de la misma.

h) *Ley para una Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar en el Estado de Guanajuato y sus Municipios (PO, 2 de julio de 2013)*

Al consejo estatal, creado en términos de ley para prevenir y atender la violencia, le corresponde la integración de un capítulo dentro del: *Modelo Escolar de Prevención de la Violencia y la Delincuencia*<sup>33</sup> para el fomento a la cultura de la paz en el entorno escolar. Éste debe basarse en el desarrollo de habilidades socio-emocionales y la prevención de conflictos interpersonales, a través de los cuales se presentarán actividades orientadas al fomento a la cultura de la paz.

La metodología para la atención del conflicto escolar fue construida por la Secretaría de Seguridad con la finalidad de prevenir y controlar las variables que intervienen en la problemática. Como objetivos del modelo destacan: proporcionar herramientas a los planteles educativos y a la comunidad escolar para identificar los problemas más urgentes en la búsqueda de soluciones; identificar estrategias de trabajo; proporcionar listado de asociaciones civiles con las que puedan celebrarse convenios para la atención de la violencia escolar y elaborar el protocolo de actuación para la atención de emergencias en los planteles educativos. Entre las acciones destacan: la identificación de los factores que generan la violencia entre iguales, como hiperactividad, estrés, falta de afecto, abandono y abuso; los tipos de violencia escolar más frecuentes; fijar las características del denominado bullying y sus manifestaciones; el modo en que participa cada uno de los actores involucrados en la conducta y las acciones para la prevención y la atención de la problemática en el ámbito escolar.

A los miembros de la comunidad educativa que aborden los factores de riesgo asociados a los distintos tipos de violencia se les ofrecerá información y capacitación con la finalidad de detectarlos, prevenirlos, atenderlos y reducirlos.

<sup>33</sup> En <http://www.seg.guanajuato.gob.mx/AConvivir/Paginas/dctos/Protocolo/ModeloEscolarPrevencionViolenciaDelincuencia.pdf>.

También se promoverán acciones para eliminar la discriminación e impulsar la resolución pacífica de conflictos a través del desarrollo e implementación de estrategias de educación y sensibilización de la comunidad escolar para promover la cultura de la paz. Para consolidar dicha cultura, la comunidad educativa promoverá la mediación escolar como mecanismo alternativo de solución de conflictos al interior de las escuelas con apoyo de un Reglamento Escolar en Materia de Violencia.

A la Procuraduría de los Derechos Humanos le corresponde intentar la mediación y, en su caso, la conciliación entre el quejoso y el generador de violencia, así como la inmediata solución del conflicto. A la Secretaría de Educación local formar mediadores escolares entre el personal directivo y los docentes para facilitar la solución pacífica de conflictos, como ordena el reglamento de la ley (PO, 18 de octubre de 2013).

El esfuerzo realizado hasta esta fecha resulta considerable y digno de reconocimiento. Su complementación corresponde a las autoridades y responsables de cada centro escolar, los que deben propiciar condiciones favorables para la educación y garantizar el respeto absoluto a la integridad, tanto física como emocional, de todos los educandos y demás personal de la comunidad educativa.

## VI. JUSTICIA ALTERNATIVA PARA RESOLVER CONFLICTOS ENTRE AUTORIDADES Y GOBERNADOS

A lo largo del presente análisis hemos advertido que diversas leyes de rango federal regulan los mecanismos alternativos y posibilitan la aptitud de llevar a cabo procedimientos que tengan como resultado alcanzar acuerdos o suscribir convenios para poner término a la controversia. El empleo no es potestativo de los particulares, si bien suelen utilizarlos de modo más frecuente. La normativa también los incorpora como vías de solución en controversias en que una de las partes es autoridad, supeditados en todos los casos a que no contraríen disposiciones de orden público ni versen sobre materias que no sean susceptibles de transacción.

Lo anterior —a primera vista— implica un cambio de paradigma en la actuación de los sujetos de derecho público, pues las dependencias y entidades solían agotar todas las instancias jurisdiccionales previstas en la legislación administrativa y procesal en las controversias con los administrados, aun y cuando advertieran la probabilidad de obtener una resolución desfavorable.

En nuestra experiencia en la administración pública, el primer obstáculo que advertíamos para tratar de acercar a las partes (dependencia y particular) con el objetivo de resolver controversias derivadas de la prestación de servicios públicos deficientes, a cargo de instituciones estatales de rango federal, estribaba en la imposibilidad de que las autoridades aceptaran llegar a acuerdos, debido a restricciones en la normativa; de modo destacado el arbitraje. La razón es sencilla de advertir, los mecanismos son de utilidad cuando hay conflictos en relaciones horizontales: entre iguales. En las asimétricas, de *supra* a subordinación, no

necesariamente, pues el costo de litigación del Estado es fijo al contar con estructura para tales propósitos, además de que diversas normas de derecho público no permiten llegar a acuerdos respecto de intereses y recursos del Estado.

Caso análogo ocurre cuando los mecanismos alternativos involucran a particulares y una de las partes se sitúa en una posición dominante (económica); por ejemplo, las grandes instituciones financieras versus los cuentahabientes, lo común en los procedimientos a cargo de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros. La página institucional reporta que no hay información disponible sobre este rubro. Más bien, lo que no hay son acuerdos entre las partes. En el *Informe de Rendición de Cuentas* por conclusión de la Administración 2012-2018, la institución reporta un total de 6 arbitrajes realizados en el periodo: un promedio de 1 al año.<sup>34</sup> ¿Lo anterior implica el fracaso de la justicia alternativa? No, de ninguna manera, sólo el empleo de los mecanismos alternativos en un ámbito incorrecto.

En la administración pública centralizada poco ayudaban para su desarrollo, los órganos de control interno que solían instaurar procedimientos contra los servidores públicos que, para la defensa de los intereses estatales, no agotaban todas las instancias y recursos, aun a sabiendas de la inutilidad de algunos. Ello conllevaba costos altos para el erario y prolongaba los juicios de forma innecesaria, lo que aumentaba el tiempo de litigación; incrementaba el costo de acceso a la justicia; incidía en el rezago en los órganos jurisdiccionales y frustraba derechos legítimos de los administrados, además de provocar pérdidas económicas para la administración pública con el impacto consiguiente en el cumplimiento de los objetivos constitucionales y legales de las dependencias, entidades y empresas productivas del Estado.

La necesidad de buscar soluciones a esta problemática propició que, en el seno de los denominados: *Diálogos por la Justicia Cotidiana*, convocados por el gobierno de la República y llevados a cabo en noviembre de 2015, bajo la conducción del Centro de Investigación y Docencia Económica, participaran poderes públicos, organismos autónomos, especialistas, miembros del foro e integrantes de la denominada sociedad civil en la búsqueda de opciones para contar con mejor acceso a la justicia. Por ejemplo, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal llevaran a cabo análisis para determinar el riesgo, la viabilidad y la procedencia de conciliar o acordar la resolución de un determinado asunto.

Los participantes en la Mesa 6: *Asistencia jurídica temprana y justicia alternativa* coincidieron en la viabilidad de conciliar las controversias antedichas mediante la suscripción de convenios y acuerdos cuando la conclusión quedara justificada: “En aquellos casos en que se presenten elementos valorativos objetivos que pronosticaren un resultado adverso en un litigio o controversia y que, a la luz de un análisis del costo-beneficio y de riesgos predecibles, permitan establecer las

<sup>34</sup> CONDUSEF, *Informe de Rendición de Cuentas 2012-2018*, <https://www.condusef.gob.mx/gbm/documentos/transparencia/Informe-rendicion-de-cuentas-consolidado-18.pdf>.

mejores condiciones para el Estado y, con ello, evitar erogaciones mayores al erario federal”.<sup>35</sup>

Lo anterior lo retomará el Ejecutivo federal, en el *Decreto por el que se establecen las acciones administrativas que deberá implementar la Administración Pública Federal para llevar a cabo la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos previsto en las leyes respectivas como medios alternativos de solución de controversias que se susciten con los particulares*, publicado en el DOF del 29 de abril de 2016. Y si bien como justificación de la expedición menciona que fue valorada, “la necesidad de alcanzar una justicia expedita que resuelva los conflictos de la administración con la ciudadanía de manera pronta, completa e imparcial”, rehusamos aceptar que ésta sea la razón principal que lo fundamente. Sostenemos lo anterior, en razón de que, en el cuerpo del documento, el Ejecutivo reconoce que diversas leyes federales en materia administrativa posibilitan la suscripción de convenios o la transacción con las partes (trabajadores, administrados y administración pública) para dar por concluidas controversias administrativas y laborales. Estas últimas, las más onerosas por los pagos millonarios que deben sufragarse por concepto de salarios caídos.

Entre otras leyes menciona las siguientes: *Ley Federal de Procedimiento Administrativo* (art. 57, fracción VI); *Código Federal de Procedimientos Civiles* (art. 373, fracción I; *Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado* (art. 26; *Ley Federal del Trabajo* (art. 876, fracción III), y *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional* (art. 125). Y si las leyes ya posibilitaban llegar a acuerdos, ¿a qué fin expedir un decreto que lo reitera?: resulta ocioso. En la Facultad de Derecho, desde el primer semestre, a los alumnos nos enseñan que la ley tiene mayor jerarquía que un decreto; ¿el presidente lo desconocía?

En el foro citado, también quedó expuesta la necesidad de institucionalizar lineamientos en el servicio público, para que los servidores y funcionarios aprovecharan los mecanismos alternativos en la gestión de los conflictos generados en el ámbito de su competencia: “Sin que esto implique sanciones administrativas”.<sup>36</sup> Lo anterior muestra, una vez más, la aptitud de los mecanismos alternativos para alcanzar acuerdos que finalicen diferendos en sede administrativa; no así en la práctica, la que los rechazaba porque implicaban riesgos altos; incluso un juicio de lesividad. Quienes colaboramos en alguna época en la función pública gubernativa tenemos claro que los órganos de control interno fueron el obstáculo principal para concretar este tipo de soluciones. El Ejecutivo federal, como titular unipersonal de la función ejecutiva o gubernativa, sólo tenía que instruir al titular de la dependencia (por eso se denomina así, porque depende del titular del ejecutivo) responsable del control interno: la Secretaría de la Función Pública, para que ésta, en ejercicio de atribuciones, dictara los lineamientos respectivos y supervisara su aplicación y observancia puntual.

<sup>35</sup> Gobierno de la República, Diálogos por la justicia cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones, s/p, en [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di\\_logos\\_Justicia\\_Cotidiana.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf).

<sup>36</sup> *Ibid.* p. 156.

Como resultado del foro también fueron planteadas algunas propuestas de reformas a la Constitución y legislación secundaria, algunas repetidas, otras pertinentes, y otras ya en vigor. Dentro de estas últimas, la necesidad de reformar el artículo 73 la Constitución para facultar al Congreso de la Unión para legislar en materia de mecanismos alternativos.<sup>37</sup> La reforma de 2008 había fijado dicha competencia (en los planos federal y local), sólo bastaba que el legislador cumpliera con las tareas encomendadas. Lo que ocurrirá pocos meses después de celebrado el foro (25 de junio de 2018). La revisión y la adecuación legislativa propuesta para reconocer el carácter de cosa juzgada o de cumplimiento obligatorio a los acuerdos obtenidos en dichos mecanismos ya había sido incorporada en la legislación mercantil, desde el 17 de abril de 2012, con la reforma del artículo 1391, fracción VIII, del *Código de Comercio*, que estableció que los convenios, así como los laudos arbitrales emitidos en los procedimientos conciliatorio y arbitral a cargo de la Procuraduría Federal del Consumidor: “Traen aparejada ejecución”, lo que implicó que podría exigirse de inmediato su cumplimiento.

La adecuación del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, a fin de ajustar las disposiciones para que los convenios de transacción y laudos emitidos por la Procuraduría del Consumidor y la Procuraduría Social motivaren ejecución (también aplicable para los convenios emanados del procedimiento de mediación), ocurre en fecha posterior al foro, el 23 de marzo de 2017 (arts. 444 y 500). Sin embargo, los criterios del Poder Judicial de la Federación habían validado esta decisión tiempo atrás.<sup>38</sup> Las leyes de Chihuahua, Guanajuato y Puebla también contemplaban estas disposiciones.

## VII. COLOFÓN

Antes de concluir, sólo un punto nos parece importante destacar, si los elementos valorativos pronostican resultados adversos para la administración pública, también el gobernado tendrá aptitud de conocerlos y podrá rehusarse a conciliar y suscribir el convenio respectivo para llegar a algún arreglo, acorde con el beneficio mayor que pueda obtener. La ventaja principal de los mecanismos alternativos, según nuestra óptica, es que ambas partes ganen. Si una parte ya está en posición perdedora, ¿a qué fin negociar? Los acuerdos, para que sean útiles, deben darse de forma temprana.

## BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO HERNÁNDEZ, Francisca Patricia y CABELLO TIJERINA, Paris Alejandro (coords.) *Retos y perspectivas de los MASC en México*, México, Tirant Lo Blanch, 2015.

<sup>37</sup> *Ibid.* p. 153

<sup>38</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, tomo VII, enero de 1991, tesis núm. de registro 224061, p. 369; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, tomo XXVII, abril de 2008, tesis núm. XVI, 2º. C.T.49 C, núm. de registro 169911, p. 2330, y *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, libro 21, agosto de 2015, tesis con núm. de registro 2009845, p. 2164.

- CARRILLO SUÁREZ, Agustín Eduardo, *Mediación y arbitraje*. Guía de estudios, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2004.
- SALGADO LEDESMA, Eréndira, *Defensa de usuarios y consumidores*, México, Porrúa, 2007.
- SECO, Manuel, *et al*, *Diccionario del español actual*, Madrid, Aguilar lexicografía, 1999.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, *Justicia alternativa en materia penal*, México, IJ-UNAM, s/e, versión digital <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3069/12.pdf>.

### *Hemerografía*

- AZAR MANZUR, Cecilia, “Respuesta a la solicitud de posicionamiento de la Comisión de Justicia del Senado de la República al Anteproyecto de Decreto de Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias”, [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias\\_Mat\\_Penal/CAM\\_Pos.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias_Mat_Penal/CAM_Pos.pdf).
- CABRERA DIRCIO, Julio y AGUILERA DURÁN, Jesús “La justicia alternativa en el derecho colaborativo y sus perspectivas en México”, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 40, enero-junio 2019.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “Proceso Legislativo de la Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo. 18 de junio de 2008)”, Cuaderno de apoyo, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>.
- CURSO SISTEMÁTICO DE DERECHOS HUMANOS, <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/interdisciplinario/ddhh292.htm>.
- FERNÁNDEZ DE CEBALLOS, Diego, “El sistema penal y la puerta giratoria”, *Milenio*, 9 de agosto de 2017, versión en línea, <https://www.milenio.com/opinion/diego-fernandez-de-cevallos/sin-rodeos/el-sistema-penal-y-la-puerta-giratoria>.
- GOBIERNO DEL ESTADO DE PUEBLA, Exposición de motivos de la *Ley de Medios Alternativos en Materia Penal para el Estado de Puebla (PO*, 14 de septiembre de 2012), <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estat/Puebla/wo96693.pdf>.
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA, *Diálogos por la justicia cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones*, s/p, en [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di\\_logos\\_Justicia\\_Cotidiana.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf).
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área”, en <http://www.gdca.com.mx/PDF/varios/CONCILIACION%20EN%20MEXICO.pdf>.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “El ABC de la mediación en México”, <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/NURIA-El-ABC-de-la-mediacion-en-Mexico.pdf>.

- OVALLE FAVELA, José, “El acceso a la justicia en México”, México, *Anuario Jurídico 1976-1977*, núms. 3 y 4, 1978.
- PÉREZ BAXIN, Óscar, “Implementación de los mecanismos alternativos de solución de controversias en el Poder Judicial del Estado de Tabasco”, en *Perfiles de las Ciencias Sociales*, UJAT, año 2, núm. 4, enero-junio 2015.
- PROFECO, *Informe anual de labores 2017*, [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/415228/Informe\\_Anual\\_2017.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/415228/Informe_Anual_2017.pdf).
- SÁNCHEZ GARCÍA, María Gabriela y ORTIZ LÓPEZ, Gilda Lizette “Justicia alternativa, una visión panorámica”, *Aequitas*, núm. 27, pp. 27-52, [https://www.academia.edu/36321311/MÉTODOS\\_ALTERNOS\\_DE\\_SOLUCIÓN\\_DE\\_CONFLICTOS\\_Y\\_SU\\_PROTAGONISMO\\_EN\\_EL\\_NUEVO\\_CONTEXTO\\_LEGAL\\_MEXICANO\\_RETOS\\_Y\\_PERSPECTIVAS](https://www.academia.edu/36321311/MÉTODOS_ALTERNOS_DE_SOLUCIÓN_DE_CONFLICTOS_Y_SU_PROTAGONISMO_EN_EL_NUEVO_CONTEXTO_LEGAL_MEXICANO_RETOS_Y_PERSPECTIVAS).
- RODRÍGUEZ, Julio, “La reparación como sanción jurídico-penal”, *Ius et veritas*, núm. 17, pp. 41 y 42, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15790/16222>.
- PJF, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. I.4o.C.36 K. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época, tomo XXIX, febrero de 2009, tesis núm. de registro 167948. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, libro 21, agosto de 2015, tesis con núm. de registro 2009845, p. 2164.
- \_\_\_\_\_, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, tomo VII, enero de 1991, tesis núm. de registro 224061.
- \_\_\_\_\_, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, tomo XXVII, abril de 2008, tesis núm. XVI, 2º. C.T.49 C, núm. de registro 169911.
- \_\_\_\_\_, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. I.4o.C.36 K. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época, tomo XXIX, febrero de 2009, tesis núm. de registro 167948.
- \_\_\_\_\_, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, libro XXIII, marzo de 2006, tesis 1ª./J. 10/2006.
- Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa, [http://www.stj-sin.gob.mx/cMasc/programa\\_capacitacion](http://www.stj-sin.gob.mx/cMasc/programa_capacitacion).
- UN, <http://unescopaz.uprrp.edu/documentos/culturapaz.pdf>.

### *Páginas de Internet*

- <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>.
- <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/17.pdf>.
- <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/colima-ley-de-justicia-alternativa.pdf>.
- <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/coahuila-ley-de-metodos-alternos-de-solucion-de-controversias.pdf>.

[http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/wp-content/uploads/Ley\\_Justicia\\_Alternativa\\_TSJDF-Todas-las-Rfmas\\_Lic-AnaHdzCJA.pdf](http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/wp-content/uploads/Ley_Justicia_Alternativa_TSJDF-Todas-las-Rfmas_Lic-AnaHdzCJA.pdf) <http://www.congresochoihuahua2.gob.mx/biblioteca/leyes/archivosLeyes/1164.pdf>

<https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/hidalgo-ley-de-justicia-alternativa.pdf>

<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig173.pdf>

<https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/Codigo%20de%20Procedimientos%20Civiles%20para%20el%20Estado%20de%20Guanajuato%205%20julio%202018.pdf>

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/13234/14709>

[https://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/sua/Guias\\_optativas/Mediacion\\_y\\_Arbitraje\\_AreaII-Derecho\\_Civil.pdf](https://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/sua/Guias_optativas/Mediacion_y_Arbitraje_AreaII-Derecho_Civil.pdf)

<http://www.pnpc-dacsyhujat.com/images/Revista%20Perfiles/Anio2-4-2015/implementacion%20de%20los%20mecanismos%20alternativos%20de%20solucion%20de%20controversias%20en%20el%20poder%20judicial%20del%20estado%20de%20tabasco.pdf>

<https://2019.vlex.com/#vid/ley-organica-poder-judicial-575286266>

<http://imug.guanajuato.gob.mx/wp-content/uploads/2017/05/Ley-del-Proceso-Penal-para-el-Estado-de-Guanajuato.pdf>

<https://www.google.com/search?ei=O833XOmaEom4tQW026H4Ag&q=ley+de+justicia+para+adolescentes+guanajuato&oq=ley+de+justicia+ad>

<https://portal.pgjguanajuato.gob.mx/PortalWebEstatal/Genero/Media/estatal/LEYDEATENCIÓNYAPOYOALAVICTIMAYALOFENDIDODELDELITO-1-2015.pdf>

<https://portal.pgjguanajuato.gob.mx/PortalWebEstatal/Archivo/normateca/20.pdf>

[https://www.academia.edu/36321311/M%C3%89TODOS\\_ALTERNOS\\_DE\\_SOLUCI%C3%93N\\_DE\\_CONFLICTOS\\_Y\\_SU\\_PROTAGONISMO\\_EN\\_EL\\_NUEVO\\_CONTEXTO\\_LEGAL\\_MEXICANO\\_RETOS\\_Y\\_PERSPECTIVAS](https://www.academia.edu/36321311/M%C3%89TODOS_ALTERNOS_DE_SOLUCI%C3%93N_DE_CONFLICTOS_Y_SU_PROTAGONISMO_EN_EL_NUEVO_CONTEXTO_LEGAL_MEXICANO_RETOS_Y_PERSPECTIVAS)

[http://tsj-tabasco.gob.mx/resources/pdf/biblioteca/ley\\_de\\_acceso\\_a\\_la\\_justicia\\_alternativa.pdf](http://tsj-tabasco.gob.mx/resources/pdf/biblioteca/ley_de_acceso_a_la_justicia_alternativa.pdf)

[www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/Codigo%20de%20Procedimientos%20Civiles%20para%20el%20Estado%20de%20Guanajuato%205%20julio%202018.pdf](http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/Codigo%20de%20Procedimientos%20Civiles%20para%20el%20Estado%20de%20Guanajuato%205%20julio%202018.pdf)

[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/justicia\\_constitucional\\_local/documento/2017-05/114915.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/justicia_constitucional_local/documento/2017-05/114915.pdf)

<http://www2.scjn.gob.mx/ Penal/Paginas/DecretosLegLocIniVigencia.aspx>

<https://portal.pgjguanajuato.gob.mx/PortalWebEstatal/Archivo/normateca/16.pdf> <https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/Codigo%20de%20Procedimientos%20Civiles%20para%20el%20Estado%20de%20Guanajuato%205%20julio%202018.pdf>

[http://www.auditoriapuebla.gob.mx/images/codigos/2017/04Codigo\\_de\\_Procedimientos\\_Civiles\\_20sep16.pdf](http://www.auditoriapuebla.gob.mx/images/codigos/2017/04Codigo_de_Procedimientos_Civiles_20sep16.pdf)  
[http://www.auditoriapuebla.gob.mx/images/codigos/2017/01Codigo\\_Proc\\_Mat\\_Defensa\\_Social\\_Puebla17mar16.pdf](http://www.auditoriapuebla.gob.mx/images/codigos/2017/01Codigo_Proc_Mat_Defensa_Social_Puebla17mar16.pdf)  
<https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/Codigo%20de%20Procedimientos%20Civiles%20para%20el%20Estado%20de%20Guanajuato%205%20julio%202018.pdf>  
[http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-los-estados-unidos-mexicanos-de-4-de-octubre-de-1824constitucion-1824/html/260423b7-0a71-4d1d-9f89-832b7ed472ac\\_2.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-los-estados-unidos-mexicanos-de-4-de-octubre-de-1824constitucion-1824/html/260423b7-0a71-4d1d-9f89-832b7ed472ac_2.html)  
<https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/colima-ley-de-justicia-alternativa.pdf>  
UN, <http://unescopaz.uprrp.edu/documentos/culturapaz.pdf>  
<http://www.seg.guanajuato.gob.mx/AConvivir/Paginas/dctos/Protocolo/ModeloEscolarPrevencionViolenciaDelincuencia.pdf>  
<http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/index.php?module=municipios&param=20801&modulename=Justicia%20Alternativa&func=>



# ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN EN LA PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR: PRECURSORA DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

## *ARBITRATION AND CONCILIATION IN THE FEDERAL CONSUMER ATTORNEY'S OFFICE: PRECURSOR OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS*

AGUSTÍN EDUARDO CARRILLO SUÁREZ\*  
Universidad Nacional Autónoma de México, México  
acarrillos@derecho.unam.mx

*Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius;  
ergo, ubi homo, ibi ius.*<sup>1</sup>

### RESUMEN:

El orden constitucional mexicano redimensionó los mecanismos alternativos de solución de controversias con el propósito de reducir la carga de trabajo que impera tanto en los tribunales como en el ámbito administrativo y presupuestal. El objetivo de estos mecanismos de solución radica en disminuir la litigiosidad que se suscita entre las partes mediante dos instituciones jurídicas: la conciliación y el arbitraje, donde las partes adoptan una posición más amigable y cercana a sus pretensiones a efecto de dirimir sus controversias. Así el Estado cumple uno de sus roles fundamentales, que es disminuir las tensiones sociales.

#### **Palabras clave:**

MASC, función jurisdiccional, administración de justicia, amigable composición, justicia electrónica.

### **ABSTRACT:**

*The Mexican constitutional order provided a new dimension to the alternative dispute resolution mechanisms, in various areas, with the purpose of reducing the workload of the courts, as well as addressing administrative disputes to reduce*

\* Profesor Titular de Tiempo Completo, “C”, en la Facultad de Derecho de la UNAM (con licencia sin goce de sueldo). Fue Subprocurador Jurídico de la Procuraduría Federal del Consumidor.

<sup>1</sup> “Donde hay hombre hay sociedad; donde hay sociedad hay derecho; luego: donde hay hombre, hay derecho”.

*the budgetary impact. The main objective of the “MASC” lies in the reduction of litigation between the parties through the use of two legal institutions: conciliation and arbitration, which make it possible to adopt more friendly positions and bring them closer in their claims in order to resolve their differences. Thus, the State fulfills one of its fundamental roles: to reduce social tensions.*

**Keywords:**

*ADR, Jurisdictional functions, Administration of Justice, Friendly composition, e-Justice.*

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 17 reconoce el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, el cual constituye un pilar fundamental para la seguridad jurídica de todos los gobernados. La protección constitucional contempla, prima facie, el derecho de toda persona a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos (libre de trabas) para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, los que emitirán las resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

El 18 de junio de 2008 fue adicionado el mandato referido con un párrafo tercero que ordena: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”. Con esta decisión del Constituyente permanente, el acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias queda elevado a rango similar que el derecho de acceso a la jurisdicción del Estado, tal como la han sostenido algunos criterios del Poder Judicial de la Federación<sup>2</sup> que rescatan la idea de que las partes son las dueñas de sus problemas y a ellas corresponde decidir la forma de resolverlos, en un primer momento, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso ni es la única ni siempre es la mejor opción a tal propósito.

Los criterios judiciales han definido a los mecanismos alternativos como: “Procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición).<sup>3</sup> La doctrina los ha conceptualizado como, “procedimientos de índole jurisdiccional y potestativo situados fuera de sede judicial a los cuales acuden las partes en disputa con la finalidad de encontrar solución a sus diferendos, por sí, o con el auxilio de un tercero imparcial”.<sup>4</sup> Los procedimientos pueden o no estar situados en sede judicial, pero la naturaleza jurídica no es de índole contenciosa ni procesal pues, como advertimos, quedaron elevados al rango de derecho humano para garantizar el acceso a la justicia tal y como ordena la carta constitucional.

<sup>2</sup> PJF, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3, tesis: III.2o.C.6 K (10a.), p. 1723.

<sup>3</sup> *Ídem*.

<sup>4</sup> SALGADO LEDESMA, Eréndira, “*Defensa de usuarios y consumidores*”, México, Porrúa 2007, p. 110.

De conformidad con la exposición de motivos de la iniciativa presentada, por el Ejecutivo federal, el 13 de marzo de 2007, una de las ideas centrales de la regulación e incorporación de dichos mecanismos con rango constitucional es lograr la despresurización del sistema judicial, además de la impartición de justicia como lo ordena el artículo 17 constitucional.<sup>5</sup> El dictamen presentado el 12 de diciembre de 2007, en la Cámara de Diputados, expone la teleología de los mecanismos referidos al señalarse que su inclusión permitirá:

En primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciando una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho.<sup>6</sup>

En razón de lo expuesto advertimos la existencia de dos postulados esenciales: a) el acceso a los mecanismos alternativos constituye un derecho fundamental en favor de todo gobernado, y éstos deben desarrollarse a través de la legislación secundaria, y b) la finalidad es hacer efectivo el mandato constitucional de brindar justicia pronta y expedita, además de fomentar la civilidad de las personas a través del ejercicio de valores como la responsabilidad personal, el respeto y la comunicación efectiva que propendan a la búsqueda de la verdad y la justicia. En ese sentido tienen como objetivo despresurizar el conflicto social a través de la participación y compromiso de las partes.

De acuerdo con las consideraciones previas, analizaremos los mecanismos de solución de controversias contemplados en la Ley Federal de Protección al Consumidor (ley del consumidor): conciliación y arbitraje de consumo, las figuras pioneras que contribuyeron al desarrollo de la justicia fuera de tribunales, no sin antes realizar una referencia histórica breve sobre los antecedentes en nuestro país.

## II. REFLEXIÓN SOBRE LOS ANTECEDENTES DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO

Para profundizar en la esencia los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) resulta pertinente llevar a cabo una somera revisión histórica. A tal propósito analizaremos los textos constitucionales que los han incorporado a lo largo del tiempo.

La *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824* es el primer texto fundamental que tiene vigencia plena en el Estado mexicano. Con ésta inicia de modo formal la historia constitucional de nuestro país. La misma no instituyó un apartado especial que incorporara los derechos humanos, de acuerdo con la técnica constitucional de la época, los mismos quedarían plasmados en

<sup>5</sup> Vid. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/089\\_DOF\\_18jun08.zip](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/089_DOF_18jun08.zip).

<sup>6</sup> *Idem*.

una ley constitucional; sin embargo, dentro del cuerpo normativo sí quedaron fijados algunos límites al despliegue del poder público, que servirían de verdaderas libertades jurídicas. En tal sentido, el artículo 156 estableció la viabilidad de resolver conflictos a través de árbitros: “Artículo 156. A nadie podrá privarse del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio”.<sup>7</sup>

De la redacción puede apreciarse la facultad de las partes para decidir si el conflicto lo someterán o no a la jurisdicción estatal, o incluso la aptitud de sustraerlo de ésta con posterioridad a haber acudido ante los tribunales.

Las *Siete Leyes* de 1836 constituyen un documento constitucional de interés y relevancia histórica para conocer el pensamiento conservador en materia de derechos fundamentales; sin embargo, por lo que respecta a la hoy denominada justicia alternativa, las leyes constitucionales retomaron la posibilidad de la resolución arbitral de conflictos, en el artículo 39, al establecer que todos: “Los litigantes tienen derecho para terminar, en cualquier tiempo, sus pleitos civiles o criminales, sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes”.<sup>8</sup> Puede advertirse que, de nuevo, queda bajo la decisión de los particulares someter o no ante una autoridad estatal sus diferendos.

Las *Bases Orgánicas de 1843* fueron redactadas por un grupo que se autodenominaba: “notables”, cuyo propósito fue establecer un nuevo cuerpo constitucional que dotara de estabilidad a la organización del Estado.<sup>9</sup> En congruencia con las constituciones previas, el artículo 39 retoma el tema de la justicia alternativa incorporado en la Quinta Ley Constitucional:<sup>10</sup> “Los litigantes tienen derecho para terminar sus pleitos civiles, y los criminales sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes”.

El *Acta Constitutiva y de Reformas de 1847* constituye el documento fundamental por el cual recobra vigencia la Constitución de 1824, que había sido puesta en vigor temporal por virtud del decreto presidencial de José Manuel Salas, el 22 de agosto de 1846,<sup>11</sup> hasta en tanto se convocare a elecciones y fuere dictada la nueva constitución para la República. El Acta restablece formal y materialmente los preceptos normativos de la carta constitucional de 1824, entre éstos, el artículo 156, precursor de la justicia alternativa, que estará vigente hasta la expedición de la Constitución federal de 1857 que no lo contempla más.

<sup>7</sup> UNAM, *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Departamento de Legislación y Jurisprudencia.

<sup>8</sup> UNAM, *Leyes Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Departamento de Legislación y Jurisprudencia.

<sup>9</sup> VÁZQUEZ MANTECÓN, María del Carmen, “*Las Bases orgánicas y la danza de los caudillos en los cuarenta*”, en GALENA, Patricia, México y sus constituciones, México, FCE, 2008, p. 132.

<sup>10</sup> MORENO BONETT, Margarita, *et al.*, “De la crisis del modelo borbónico al establecimiento de la República Federal”. Enciclopedia Parlamentaria de México, del Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, LVI Legislatura, México, 1997. Serie III. Documentos. Volumen I. Leyes y documentos constitutivos de la Nación mexicana, Tomo II. p. 351.

<sup>11</sup> En <https://independenciademexico.com.mx/segunda-republica-federal/>.

Coincidimos con las ideas del maestro Mario de la Cueva, cuando afirma que el Constituyente de 1856-1857, más que un texto positivo normativo creó un modo de vida política del hombre y le brindó a la nación mexicana una ruta clara y definida sobre cómo construir su futuro.<sup>12</sup> Esta Constitución de corte liberal individualista trata de consolidar la formación del Estado mexicano a través de sus instituciones, quizá esto sea la explicación del porqué monopolizó la impartición de justicia. Con ello rompió con una tradición que la Constitución Gaditana de 1812 transmitió en los prolegómenos del constitucionalismo mexicano, y que se incorporaría nuevamente con rango constitucional más de 150 años después.

En el periodo que transcurre desde la publicación de la Constitución de 1857, hasta la reforma constitucional de 2018, los MASC fueron desarrollados en la legislación secundaria, como ocurrió con el *Código de Comercio* de 1889 y sus posteriores reformas, en materia procesal civil y, por supuesto, en materia administrativa, en la cual ha tenido un desarrollo notable para la eficacia del derecho a la protección del consumidor consagrado con rango constitucional en el artículo 28.

### III. PROCEDIMIENTOS DE JUSTICIA ALTERNATIVA A CARGO DE LA PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR

La Procuraduría Federal del Consumidor (Procuraduría del Consumidor), como institución, tuvo su origen en la primera *Ley Federal de Protección al Consumidor* publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 22 de diciembre de 1975.<sup>13</sup> La naturaleza jurídica corresponderá a un organismo descentralizado de servicio social con funciones de autoridad, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Su objetivo fundamental, ayer y hoy, ha sido promover y proteger los derechos e intereses de la población consumidora.

El contexto histórico y económico por el que atravesaba nuestro país cuando fue establecida, lo enmarcaba un entorno de desaceleración económica, “síntoma del agotamiento de un modelo de desarrollo basado en la industrialización por la vía de la sustitución de importaciones”,<sup>14</sup> ello provocó un proceso inflacionario de *altos vuelos* acentuado a partir de 1973. Baste recordar que en la década de 1960 los precios crecían menos de 5% por año y a partir de 1973 subieron un 20%, con una devaluación de la moneda que osciló de \$12.50 por dólar a \$20.00. El inicio de una devaluación sostenida llevará al país a una profunda crisis económica para el año 1976.<sup>15</sup>

Ante las dificultades económicas, una de las primeras reacciones del gobierno fue controlar los precios para disminuir la percepción real de la inflación en

<sup>12</sup> Cfr. CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, “La narrativa constitucional del conservadurismo mexicano de 1847-1853”, en Noriega, Cecilia y Salmerón, Alicia, México: *Un siglo de Historia Constitucional 1808-1917*, México, PJF, 2010, p. 270.

<sup>13</sup> En [https://www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?codnota=4830120&fecha=22/12/1975&cod\\_diario=207912](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4830120&fecha=22/12/1975&cod_diario=207912).

<sup>14</sup> ESCALANTE GONZALBO, Pablo, *et al.*, *Nueva historia mínima de México*, 9ª reimp, México, El Colegio de México, 2012, p. 287.

<sup>15</sup> *Ídem*, p. 288.

los sectores económicamente más desprotegidos. En ese sentido, la Procuraduría del Consumidor tuvo un papel de especial importancia en el contexto de crisis, al tener como atribuciones:<sup>16</sup> representar los intereses de la población consumidora mediante el ejercicio de acciones jurídicas encaminadas a proteger los intereses respectivos; denunciar ante las autoridades competentes la violación de precios y las prácticas monopólicas, además de conciliar las diferencias entre proveedores y consumidores.

En la ley quedaron establecidos los procedimientos de conciliación y de arbitraje dirigidos y sustanciados por la procuraduría. En los mismos se esperaba y propiciaba que los inconformes avinieran sus intereses en una junta de conciliación que, de ser exitosa, quedaba expresada en un convenio firmado por las partes. De lo contrario se les ofrecía el procedimiento arbitral, cuyas reglas las fijarían los propios interesados, o de forma supletoria el árbitro acorde con la legislación ordinaria, cuyo objetivo era llegar a la solución legal, pronta e imparcial sustentada en el laudo arbitral con el cual concluía la participación de la procuraduría, pues nunca ha tenido la aptitud de ejecutar sus propias resoluciones. Esta parte de la jurisdicción sigue reservada como antaño a los tribunales. De ahí que si bien las resoluciones, en su carácter de amigable componedor o árbitro, son susceptibles de recurrirse mediante recursos, tanto el convenio como el laudo, en caso de no cumplirse de forma voluntaria, serán exigibles a través de la jurisdicción ordinaria.

La ley del consumidor será reformada en cuatro ocasiones: enero de 1982, febrero de 1985, enero de 1988 y enero de 1989. En todas y cada una, la Procuraduría del Consumidor ha contado con mayores atribuciones, pues de modo paulatino ha seguido ampliándose la extensión protectora del derecho del consumidor.

La denominada “nueva” *Ley Federal de Protección al Consumidor* fue publicada en el *DOF*, el 24 de diciembre de 1992<sup>17</sup> y a lo largo de veintiséis años de vigencia ha sufrido treinta reformas. La expedición de la ley se dio un contexto económico que, “buscaba reducir la intervención del Estado en la economía y favorecer la libre circulación de mercancías entre los países”.<sup>18</sup> La gestación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, signado poco después, impactó de forma notable el modo de comprender la función económica del Estado, la cual quedó expresada en una transformación jurídica que también impactó de modo cierto en la ley.<sup>19</sup> El objetivo central de la modificación era, “reordenar el marco legal de las instituciones encargadas de regular las relaciones de consumo”,<sup>20</sup> enmarcadas de modo natural en la globalización del liberalismo económico que trajó consigo la suscripción de dicho tratado.

<sup>16</sup> *Cfr.* Artículo 59 de la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1975, [https://www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?cod\\_diario=207912&pagina=55&seccion=0](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=207912&pagina=55&seccion=0).

<sup>17</sup> *Cfr.* [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfpc/LFPC\\_orig\\_24dic92\\_ima.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfpc/LFPC_orig_24dic92_ima.pdf).

<sup>18</sup> ESCALANTE GONZALBO, Pablo, *et al.*, “Nueva historia mínima de México”, El Colegio de México, Novena reimpresión, México 2012, p. 296.

<sup>19</sup> *Cfr.* WITKER, Jorge, “Ley Federal de Competencia Económica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nueva Serie Año XXVI, núm. 77, México, 1993, p. 585.

<sup>20</sup> SALGADO, Eréndira, *op. cit.*, p. 154.

En la actualidad, la Procuraduría del Consumidor cuenta con un marco jurídico que corresponde al desarrollo de una sociedad abierta a la globalidad. Aun así, la naturaleza jurídica sigue “anclada” en sus orígenes normativos, pues en el artículo 20, la institución sigue siendo un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propios con funciones de autoridad administrativa, que tiene a cargo la promoción y protección de los derechos e intereses del consumidor, al tiempo que procura la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

Entre las múltiples atribuciones que señala el artículo 24 de la ley vigente destaca la contenida en la fracción XVI, concerniente a la solución de diferencias entre consumidores y proveedores, regida por los términos y procedimientos establecidos en la ley. Los procedimientos de conciliación y arbitraje bajo su responsabilidad tienen origen en las quejas incoadas por los usuarios, las cuales se estiman en más de 300 por día. De acuerdo con el *Informe Anual de Actividades* de 2017,<sup>21</sup> en el año que se reporta hubo un total de 103,702 quejas presentadas ante la institución. En éstas, los consumidores obtuvieron un porcentaje de conciliación del orden de 72, y fue recuperado un monto económico de: \$784 millones 571 mil pesos. La eficacia del procedimiento es alta, pues de las quejas presentadas en el ámbito nacional, que ascienden a un promedio de 110,000 por año, el 80% concluyeron de forma satisfactoria.<sup>22</sup> A diferencia del procedimiento arbitral, pues en el mismo periodo fueron realizados sólo 57 procedimientos, lo que significó recuperar la cantidad \$1 millón 227 mil pesos en favor de los consumidores.

El número de procedimientos de conciliación refleja el horizonte de utilidad para el grueso de la población, al convertirse en herramienta efectiva para la solución de los conflictos en materia de consumo, pues cumple el objetivo de acercar el servicio de justicia estatal con rapidez y a bajo costo; garantías todavía insatisfechas en el sistema de justicia tradicional. Esto último es fácil deducirlo de lo expuesto; si dividimos el número de procedimientos entre los montos recuperados, nos dan en promedio las cifras siguientes por cada evento: \$7,565.63 en conciliación y \$21 mil 520 en arbitraje. El costo de litigación o pago de árbitros privados para la recuperación de sumas tan reducidas limitaría el acceso del consumidor a la justicia tradicional, o incluso al arbitraje privado. Con la participación de una institución pública que vigila la equidad en la relación mercantil, la cual cuenta con procedimientos accesibles y sin costo para resolver diferencias entre las partes, se posibilita que los consumidores no vean defraudadas sus expectativas.

#### a) *Procedimiento conciliatorio*

Los mecanismos alternativos contemplados en la ley del consumidor inician con las quejas o reclamaciones que de manera individual o grupal presentan los consumidores: de forma escrita, oral, telefónica, electrónica o por cualquier otro

<sup>21</sup> Cfr. [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/415228/Informe\\_Anuar\\_2017.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/415228/Informe_Anuar_2017.pdf).

<sup>22</sup> Cfr. Informes Anuales de Actividades de la Procuraduría Federal del Consumidor, <https://www.gob.mx/profeco/documentos/informes-de-actividades-29444>.

medio. En la conciliación, las partes intentan resolver sus conflictos a través del acuerdo de voluntades, enmarcado en un sistema de reglas y principios que procuran un acuerdo rápido, la equidad y la seguridad jurídica de ambas, lo que evita el proceso jurisdiccional. La misma es definida como, “el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas”.<sup>23</sup>

La conciliación<sup>24</sup> puede alcanzarse mediante dos vías: de forma inmediata a través del teléfono u otros medios remotos o domiciliaria, y 2) con la asistencia personal del consumidor ante la institución (artículo 111 de la ley). En el presente apartado nos referiremos sólo a la conciliación personal, la cual inicia una vez que se presenta la queja por el consumidor, que la misma es analizada y calificada como procedente.

La conciliación inicia cuando el propio consumidor la selecciona como primera opción y la queja resulta procedente, o en los casos en que resulte inviable la conciliación inmediata o no logra la solución satisfactoria para las partes.

La procuraduría establece el día y la hora en la que se llevará a cabo la audiencia de conciliación. Ésta tendrá verificativo por lo menos cuatro días después de la notificación de la queja al proveedor. La queja será notificada acorde con lo dispuesto en *Ley Federal de Procedimiento Administrativo* (ley de procedimiento) aplicada de forma supletoria, sin que tengan aplicabilidad las reglas del *Código Federal de Procedimiento Civiles*.<sup>25</sup>

La naturaleza de la audiencia de conciliación tiene como objetivo avenir los intereses de las partes presentándoles varias opciones de solución al problema, por lo que en ésta no se juzga el fondo de la controversia ni constituye un acto de autoridad. En criterio del Poder Judicial de la Federación contenido en tesis XXI.4o.12 A, de la novena época, resulta improcedente promover juicio de garantías en el que se aduzca la audiencia de inicio del procedimiento conciliatorio como acto reclamado, pues ésta “no afecta los intereses jurídicos del quejoso”.<sup>26</sup> El procedimiento sólo tiene como objetivo avenir a las partes a fin de que lleguen a un arreglo favorable y no dirimir una controversia que tenga como consecuencia la afectación de la esfera jurídica del vendedor o prestador del servicio (artículo 113).

De conformidad con las ideas expuestas resulta clara la improcedencia del juicio de amparo contra los actos relativos al procedimiento conciliatorio, pues no afectan el fondo de la controversia, debido a que en dicha audiencia no existe un fallo en favor o en contra de las partes involucradas, sino que la esencia es lograr la armonización de los intereses de las partes por decisión propia: ellas construyen la resolución. De modo diferente ocurre en el procedimiento arbitral,

<sup>23</sup> BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, MÉNDEZ SILVA, Ricardo, Voz: “*Conciliación*”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, Tomo II, 1983, p. 186.

<sup>24</sup> PROFECO, *Guía de Conciliación Personal*, México, 2016, en [http://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad\\_TomolI/GU%CDA%20DE%20LA%20CONCILIACI%D3N%20PERSONAL8.pdf](http://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad_TomolI/GU%CDA%20DE%20LA%20CONCILIACI%D3N%20PERSONAL8.pdf).

<sup>25</sup> PJJ, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo IV, Tesis: (III Región) 8o.1 A (10a.), p. 2880.

<sup>26</sup> PJJ, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XX, agosto de 2004, p. 1654.

donde una vez emitido el laudo por la institución, éste adquiere caracteres de sentencia definitiva que resuelve el fondo de la cuestión debatida. Sin embargo, es importante señalar que la procuraduría puede imponer medidas de apremio a los proveedores para forzarlos a presentarse a la audiencia de conciliación o cuando no rinden el informe relacionado con los hechos reclamados por el consumidor, pues ante estas conductas adquiere el carácter de autoridad administrativa (no amigable componedor) en ejercicio de competencia constitucional y legal: la protección de los derechos e intereses del consumidor, como ordena el artículo 28 constitucional.

Ante las medidas de apremio, como acto autoritario, procede el recurso de revisión establecido en el artículo 83 de la ley de procedimiento. Respecto del consumidor, si éste no se presenta a la audiencia de conciliación y no justifica la ausencia a satisfacción de la autoridad, dentro de los 10 días siguientes, se le tendrá por desistido de su reclamación y no podrá presentar otra queja por los mismos hechos.

El desahogo de la audiencia de conciliación se lleva a cabo mediante las etapas siguientes:<sup>27</sup>

- Al inicio de la audiencia, las partes deben acreditar la personalidad.
- Debe quedar evidenciada la relación contractual. El conciliador expone la reclamación y el proveedor presenta un informe.<sup>28</sup>
- El conciliador expone a los interesados los elementos en los que presentan coincidencias y contradicciones.
- El conciliador exhorta a las partes a llegar un arreglo, presentándoles diferentes alternativas de solución al conflicto sin prejuzgar el fondo del asunto, pero en todos los casos y en todo momento salvaguarda los derechos del consumidor.<sup>29</sup>
- El conciliador puede requerir elementos de convicción que se consideren pertinentes para llegar a la solución del conflicto.
- De lograrse la conciliación, las partes celebran un convenio que deberá aprobarse por la Procuraduría del Consumidor. Con posterioridad, el cumplimiento será verificable, y de no cumplirse con las obligaciones contraídas podrá iniciarse el procedimiento por infracciones a la ley, sin perjuicio de las acciones que, para la ejecución del convenio, le correspondan al consumidor, pues éste tiene carácter de título ejecutivo por disposición legal.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Cfr. PROFECO, *Guía de Conciliación Personal, México*, 2016, en [http://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad\\_TomoII/GU%20CDA%20DE%20LA%20CONCILIACION%20D3N%20PERSONAL8.pdf](http://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad_TomoII/GU%20CDA%20DE%20LA%20CONCILIACION%20D3N%20PERSONAL8.pdf).

<sup>28</sup> Con fundamento en el artículo 25 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría podrá imponer medidas de apremio al proveedor, si en el informe presentado no se advierte una relación clara con los hechos motivos de la reclamación, además de que evidentemente, se le tendría por no presentado el informe respectivo.

<sup>29</sup> Artículo 113, primer párrafo, *Ley Federal de Protección al Consumidor*.

<sup>30</sup> Código de Comercio [...] Artículo 1391. El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución. Traen aparejada ejecución [...].

De no lograrse la conciliación, las partes son exhortadas para que a través del arbitraje solucionen el conflicto. De no hacerlo quedan a salvo sus derechos. Aun así, de encontrar elementos en la queja, al darse por concluido el procedimiento conciliatorio sin aceptación del arbitraje, la Procuraduría del Consumidor puede iniciar el procedimiento por infracciones a la ley en contra del proveedor, como autoridad administrativa que tiene a cargo la verificación del cumplimiento de la ley en la materia.

### b) *Procedimiento arbitral en amigable composición*

Una vez concluida la etapa conciliatoria sin llegar a acuerdo entre las partes, la procuraduría les propone suscribir el procedimiento arbitral. Éste puede ofrecerse en amigable composición o de estricto derecho, siempre y cuando el monto de lo reclamado no exceda de \$545,737.62 (artículo 118).

Esta forma heterocompositiva es la solución al litigio, dada por un tercero imparcial: un juez privado o varios, generalmente designados por las partes contendientes.<sup>31</sup> El tercero que resuelve el conflicto es ajeno al poder judicial, pues es una institución administrativa o bien un particular quienes ejercen la función jurisdiccional por delegación de ley.

El arbitraje supone algunas ventajas en contraposición con el procedimiento jurisdiccional tradicional, pues su sustanciación goza de mayor flexibilidad, celeridad, simplicidad, apelación inmediata y especialización en la materia, además de ser un procedimiento seguido en forma de juicio que preserva los principios de seguridad jurídica y equilibrio procesal. El laudo que emana de la Procuraduría del Consumidor es susceptible de ejecución y obligatorio para las partes; no así el del árbitro persona física, pues éste debe homologarse ante una juez para que sea susceptible de ejecución.

De acuerdo con los criterios del Poder Judicial de la Federación,<sup>32</sup> en el arbitraje en amigable composición, las partes habilitan a un tercero (árbitro) para proponer soluciones de acercamiento entre intereses contrapuestos, lo que propicia fórmulas equitativas cuya obligatoriedad es facultativa, es decir, quedan regidas por las reglas de la caballerosidad y el honor en términos de un compromiso asumido, pero no por soluciones técnicas basadas en fórmulas de derecho o normas jurídicas.

El arbitraje puede derivarse de un procedimiento conciliatorio fallido o solicitarse de forma directa cuando el consumidor y el proveedor deciden someter su conflicto ante la Procuraduría sin necesidad de queja o reclamación previa ni de

---

VIII. Los convenios celebrados en los procedimientos conciliatorios tramitados ante la Procuraduría Federal del Consumidor o ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, así como los laudos arbitrales que éstas emitan [...], en [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/315341/Codigo\\_de\\_Comercio.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/315341/Codigo_de_Comercio.pdf).

<sup>31</sup> FLORES GARCÍA, Fernando, Voz: "Arbitraje", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo I, México, UNAM, 1983. p. 179.

<sup>32</sup> PJF, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, septiembre de 2009, tesis: 1a. CLXVIII/2009, Primera Sala, p. 433.

etapa conciliatoria. En este punto es conveniente recordar que el artículo 84 de la ley del consumidor señala que los contratos de adhesión sujetos a registro deben contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o el cumplimiento de los mismos. Ésta circunstancia ha pretendido impugnarse, por algunos proveedores, en la vía constitucional por considerar que transgrede el principio de seguridad jurídica, al condicionar el acceso a la tutela jurisdiccional del Estado, al cumplimiento de una obligación impuesta por la ley que rige la materia: dirimir los posibles conflictos por la vía administrativa ante la Procuraduría del Consumidor. Sin embargo, el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis P. XLII/2005 determinó la constitucionalidad de la obligación, al señalar que ésta no prohíbe acudir a las instancias judiciales correspondientes.<sup>33</sup> En efecto, basta que alguna de las partes no acepte el arbitraje para que quede sin efecto la disposición, pues éste es el carácter esencial de la justicia alternativa que la diferencia del proceso tradicional: la aptitud de someterse o no los procedimientos.

Una vez que las partes deciden someterse al arbitraje en amigable composición, la Procuraduría se cerciora que dicha determinación se encuentre estipulada en un acta denominada: auto inicial, en la cual constarán los puntos esenciales de la controversia, de forma precisa, la modalidad del arbitraje seleccionado, y las reglas que lo regirán. Dada su naturaleza, este arbitraje emplea reglas flexibles para el desahogo del procedimiento; aun así, en todo momento deben observarse las formalidades esenciales que garanticen la equidad y la seguridad jurídica de las partes.

### c) *Arbitraje en estricto derecho*

En este proceso, el árbitro se rige por las disposiciones legales que ha de interpretar y aplicar en los alcances precisos que su técnica o especialización le

<sup>33</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXII, agosto de 2005, p. 19. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. EL ARTÍCULO 86, PÁRRAFO TERCERO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE TUTELA JURISDICCIONAL. El artículo 117 de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece que la Procuraduría Federal del Consumidor podrá actuar como árbitro entre consumidores y proveedores cuando así la designen y sin necesidad de reclamación o procedimiento conciliatorio previos; por su parte, los numerales del 111 al 122 del mismo ordenamiento prevén que la mencionada Procuraduría es competente en la vía administrativa para resolver cualquier diferencia suscitada entre proveedores y consumidores, ya sea por el procedimiento conciliatorio, o si no se logra la avenencia de los interesados mediante el arbitraje, siempre y cuando lo acepten ambas partes, ya que bastará con que una no lo haga para que se dejen a salvo sus derechos. En ese orden de ideas, la cláusula que exige el párrafo tercero del artículo 86 de la ley citada y que deberá contenerse en los contratos de adhesión, referida a que la mencionada Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre su interpretación o cumplimiento, no transforma el arbitraje en obligatorio ni prohíbe a las partes acudir ante los tribunales para dirimir la controversia, y mucho menos revoca la opción de rehusar el arbitraje, toda vez que lo que impone es que si las partes en conflicto optan por la vía administrativa a través del arbitraje, la autoridad competente para conocer de esas controversias será la Procuraduría Federal del Consumidor, lo que trae como consecuencia que las partes ya no puedan nombrar árbitros independientes como lo permite el artículo 116 de la referida ley, sin que ello transgreда el principio de tutela jurisdiccional porque no impide ni retrasa el acceso a la justicia de los proveedores, en razón de que no prohíbe que las partes se sometan a las instancias judiciales correspondientes.

facultan.<sup>34</sup> De acuerdo con el artículo 120 de la ley, en caso de que las partes no hayan fijado reglas específicas, el árbitro las establecerá en aplicación supletoria del *Código de Comercio*, o a falta de disposición expresa, en el ordenamiento procesal civil local aplicable.

Los pasos generales del procedimiento son los siguientes:<sup>35</sup>

- La procuraduría elabora el acuerdo de radicación que establece la fecha en que deberá realizarse la audiencia de compromiso arbitral.
- Las partes formalizan la voluntad de someterse a dicho mecanismo y fijan de modo conciso la controversia, en la audiencia del compromiso arbitral, la cual queda asentada en el acta de audiencia respectiva.
- Se tiene un pazo de cinco días hábiles para la presentación de la demanda. El demandado tendrá el mismo plazo para la presentación de la reconvencción una vez que haya sido notificado y le hayan corrido el traslado debido.
- Actor y demandado reciben los medios de prueba brindados, previamente admitidos por el árbitro.
- La valoración de pruebas y la emisión de los acuerdos queda a cargo del árbitro.
- Las audiencias para el desahogo de las pruebas se llevan a cabo con toda formalidad legal. A cada una recae un acuerdo y un acta.
- Se ordena la emisión del laudo arbitral, el cual estará estructurado en cuatro partes: preámbulo, resultandos, considerandos y puntos resolutivos.
- Procede la aclaración del laudo a solicitud de cualquiera de las partes, por escrito y dentro de los dos días hábiles siguientes a la notificación del mismo.
- Se lleva a cabo la audiencia de cumplimiento del laudo, en la cual, las partes manifestarán si se ha acatado o no el acuerdo contenido en él. De presentarse incumplimiento quedan a salvo los derechos de las partes para que hagan valer la determinación a través de los medios jurisdiccionales respectivos.

#### IV. EFICACIA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS Y LAUDOS ARBITRALES

Los convenios celebrados por las partes deberán aprobarse por la Procuraduría del Consumidor. Ésta examinará de modo minucioso que las cláusulas no sean contrarias a derecho, como consecuencia, el acuerdo que lo da por admitido no puede impugnarse (artículo 115).

El cumplimiento del laudo arbitral deberá iniciarse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de notificación, a menos que las partes hayan decidido un

<sup>34</sup> PJF, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Primera Sala, Novena Época, Tomo XXX, septiembre de 2009, tesis: 1a. CLXVIII/2009, p. 433.

<sup>35</sup> *Procedimiento arbitral ante la Procuraduría Federal del Consumidor*, Codificación, MP-230-02. Vid. [https://www.profeco.gob.mx/juridico/normateca/arch\\_proyectos/2012/MP-230-02/MP-230-02.docx](https://www.profeco.gob.mx/juridico/normateca/arch_proyectos/2012/MP-230-02/MP-230-02.docx).

término diferente. La aclaración del mismo procede en un plazo de dos días siguientes a la fecha de notificación (artículo 121).

El Poder Judicial de la Federación sostuvo que los laudos emitidos por la procuraduría, en su calidad de árbitro, tenían carácter de cosa juzgada.<sup>36</sup> Y en caso de ser condenatorios tendrían efectos de título ejecutivo que trae aparejada ejecución. Esto significaba que, en caso de incumplimiento, la parte afectada podría solicitar al juez competente el dictado del auto de ejecución respectivo. Sin embargo, este criterio fue recogido con del *Código de Comercio* de 2012, mencionada en párrafo previo, por lo que ya es precepto legal; de ahí que el laudo es un instrumento que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas que afectan a los gobernados sometidos, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, a dicho procedimiento; por ende, constituyen actos materialmente jurisdiccionales, pues su objetivo es resolver la controversia de fondo de forma irrevocable e inmutable. De lo anterior se concluye que no requieren de homologación de tipo alguno, como bien sostenía el Poder Judicial de la Federación desde la novena época.<sup>37</sup>

Como puede observarse, de las consideraciones planteadas, ahora contamos con un marco jurídico sólido que brinda eficacia a las resoluciones adoptadas en los Masc llevados a cabo por la Procuraduría Federal del Consumidor.

## V. PERSPECTIVAS Y RETOS DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN SEDE ADMINISTRATIVA

En la actualidad, los alcances científicos han revolucionado la forma en que se efectúan las diferentes actividades humanas. Las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) han impactado grandes áreas del conocimiento. El *mundo jurídico* no ha sido ajeno a dichos cambios ni al desarrollo de la tecnología, por lo que ha surgido un concepto novedoso y hasta controversial conocido como: justicia electrónica, entendida como la utilización de las TICs, “al servicio del proceso de impartición de justicia”. En otras palabras, gobierno electrónico

<sup>36</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIV, octubre de 2001, tesis: 2a. CCVI/2001, p. 436.

<sup>37</sup> PJF, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XV, mayo de 2002, tesis: I.4o.C.52 C. p. 1174. “LAUDO ARBITRAL. NO NECESITA SER HOMOLOGADO PREVIAMENTE PARA QUE EL JUEZ ORDENE SU EJECUCIÓN. La homologación es un reconocimiento que hace un tribunal público de la regularidad de un laudo pronunciado por un árbitro nacional o extranjero (para poder proceder a su ejecución); es decir, la homologación implica la aprobación judicial de un acto jurídico que no había adquirido toda su eficacia jurídica antes de ser homologado. Sin embargo, es doctrina nacional uniforme que los laudos pronunciados en nuestro país no requieren de la aprobación judicial para que puedan ser ejecutados. La regla, en consecuencia, es que los laudos pronunciados por los árbitros deben ser ejecutados por los Jueces ordinarios, sin necesidad de que éstos les otorguen, antes de ordenar la ejecución, una previa aprobación u homologación, situación que se corrobora con lo dispuesto por el artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que dispone que notificado el laudo se pasarán los autos al Juez ordinario para su ejecución, a no ser que las partes pidieren aclaración de sentencia. En esa virtud, si la Procuraduría Federal del Consumidor autoriza un convenio por estar conforme a derecho y no contener cláusulas contrarias al mismo, a la moral o a las buenas costumbres, lo eleva a la categoría de laudo ejecutoriado, y obliga a las partes a estar y pasar por él en todo tiempo y lugar, tal convenio es susceptible de ejecutarse sin necesidad de previa homologación”.

en la impartición de Justicia. Por gobierno electrónico entendemos, “los procesos y estructuras creados para la oferta electrónica de servicios públicos”.<sup>38</sup> Y decimos controversial, puesto que nos queda claro que la justicia, más adecuadamente: su acceso, no es un servicio público, sino una función estatal.

La Procuraduría del Consumidor no ha quedado ajena a esta evolución. En fecha reciente ha llevado la tecnología hasta el procedimiento de solución de controversias mediante el sistema denominado: “Concilianet”. Un módulo de solución de controversias en línea, en éste desahoga las audiencias de conciliación vía remota (internet) con aquellos proveedores de bienes y servicios que tienen celebrado un convenio de colaboración con la institución.<sup>39</sup> La operación del mismo encuentra fundamento legal en el artículo 99 de la ley de la materia, que establece que las quejas o reclamaciones se pueden presentar, entre otras formas, a través de medios electrónicos. Lo anterior también comprende el procedimiento de notificación y la presentación de la documentación para la valoración de las pruebas. En suma: el procedimiento de conciliación se lleva a cabo mediante un mecanismo electrónico desarrollado de forma digital. Si bien cabe resaltar lo dicho: sólo se podrá conciliar de este modo, con los proveedores inscritos en la plataforma. Las ventajas que plantea el sistema, entre otras, es que permite aumentar la celeridad de la conciliación, pues no hay necesidad de acudir ante el sector central o a las delegaciones de la procuraduría, además de la posibilidad de entregar pruebas y realizar la valoración documental en línea, incluido el desahogo de la audiencia de conciliación.

De conformidad con el informe de la procuraduría que nos ha servido de apoyo, en el año 2017 se ventilaron 6,367 quejas en “Concilianet”, con un porcentaje de conciliación del 87%, lo que significó un monto de \$14 millones 813,868 pesos en favor de los consumidores.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido advertir, la estructura de los mecanismos alternativos de solución de controversias incorporados en la ley de protección del consumidor, bajo tutela de la Procuraduría del Consumidor, ha sido un precedente fundamental para el desarrollo de la justicia alternativa en México; pero aún quedan por salvar los obstáculos que enfrentan las resoluciones en la vía jurisdiccional tradicional, pues algunas suelen impugnarse, lo cual desvirtúa los propósitos de brindar celeridad en el procedimiento. Con todo, la conciliación ha alcanzado niveles de eficacia altos y satisfacción entre las partes involucradas en el conflicto mercantil. Por cuanto al arbitraje y los todavía escasos números, faltan mayores acciones para reforzar las bondades entre la población consumidora y su contraparte en el conflicto mercantil.

<sup>38</sup> GARCÍA BARRERA, Myrna Elia, “Justicia electrónica: en busca de la interoperabilidad”, en TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn, *Derecho y TIC. Vertientes Actuales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2016, pp. 161 y 162.

<sup>39</sup> En <https://concilianet.profeco.gob.mx/Concilianet/comoconciliar.jsp>.

La inclusión de la justicia electrónica, ha posibilitado un mayor desarrollo de la justicia alternativa, pues reduce aún más los tiempos de solución del conflicto mercantil, acorde con la digitalización de los servicios del gobierno. Esta materia de ninguna manera podría quedar exenta. La oportunidad de agilizar, todavía más, la justicia alternativa encuentra eco en el papel fundamental de la sociedad (y la persona humana como centro) y en la evolución del derecho como ciencia que se expresa en la ley. Ya lo había dicho con tino Zagrebelsky: “El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos”.<sup>40</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, MÉNDEZ SILVA, Ricardo, Voz: “Conciliación”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo II, México, UNAM, 1983.
- CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, “La Narrativa Constitucional del Conservadurismo Mexicano de 1847-1853”, en NORIEGA, Cecilia y SALMERÓN, Alicia, *México: Un siglo de historia constitucional 1808-1917*, México, Poder Judicial de la Federación, 2010.
- ESCALANTE GONZALBO, Pablo, *et al.*, “Nueva historia mínima de México”, 9ª reimp, México, El Colegio de México, 2012.
- FLORES GARCÍA, Fernando, Voz: “Arbitraje”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, tomo I, México, UNAM, 1983.
- GARCÍA BARRERA, Myrna Elia, “Justicia Electrónica: en busca de la interoperabilidad”, en TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn, *Derecho y Tic. vertientes actuales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2016.
- MORENO BONETT, Margarita, *et al.*, “De la crisis del modelo borbónico al establecimiento de la República Federal”, *Enciclopedia Parlamentaria de México*, Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, LVI Legislatura. México, 1997. Serie III. Documentos. Volumen I. Leyes y documentos constitutivos de la Nación mexicana.
- SALGADO LEDESMA, Eréndira, *Defensa de usuarios y consumidores*, México, Porrúa 2007.
- VÁZQUEZ MANTECÓN, María del Carmen, “Las Bases orgánicas y la danza de los caudillos en los cuarenta”, en GALEANA, Patricia, *México y sus constituciones*, México, FCE, 2008.
- UNAM, *Leyes constitucionales, México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Departamento de Legislación y Jurisprudencia.
- WITKER, Jorge, “Ley Federal de Competencia Económica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, Nueva Serie Año XXVI, núm. 77, 1993.
- ZAGRABELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997.

<sup>40</sup> ZAGRABELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 199, p. 153.

- PROFECO, *Guía de Conciliación Personal*, México, 2016, [http://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad\\_TomoII/GU%CDA%20DE%20LA%20CONCILIACI%D3N%20PERSONAL8.pdf](http://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad_TomoII/GU%CDA%20DE%20LA%20CONCILIACI%D3N%20PERSONAL8.pdf).
- PROFECO, *Informe de Actividades Anuales*, <https://www.gob.mx/profeco/documentos/informes-de-actividades-29444>.
- PROFECO, *Procedimiento arbitral ante la Procuraduría Federal del Consumidor*, Codificación, MP-230-02. Vid. [https://www.profeco.gob.mx/juridico/normateca/arch\\_proyectos/2012/MP-230-02/MP-230-02.docx](https://www.profeco.gob.mx/juridico/normateca/arch_proyectos/2012/MP-230-02/MP-230-02.docx).
- [http://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad\\_TomoII/GU%CDA%20DE%20LA%20CONCILIACI%D3N%20PERSONAL8.pdf](http://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad_TomoII/GU%CDA%20DE%20LA%20CONCILIACI%D3N%20PERSONAL8.pdf).
- [https://www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?cod\\_diario=207912&pagina=55&seccion=0](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=207912&pagina=55&seccion=0).
- [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfpc/LFPC\\_orig\\_24dic92\\_ima.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfpc/LFPC_orig_24dic92_ima.pdf).
- [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/089\\_DOF\\_18jun08.zip](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/089_DOF_18jun08.zip).
- <https://independenciademexico.com.mx/segunda-republica-federal/>.
- [https://www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?codnota=4830120&fecha=22/12/1975&cod\\_diario=207912](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4830120&fecha=22/12/1975&cod_diario=207912).
- [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/315341/Codigo\\_de\\_Comercio.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/315341/Codigo_de_Comercio.pdf)
- <https://concilianet.profeco.gob.mx/Concilianet/comoconciliar.jsp>.

## *Legislación*

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Ley Federal de Protección al Consumidor.*

*Ley Federal del Procedimiento Administrativo .*

*Código de Comercio.*

## *Criterios del Poder Judicial de la Federación*

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3, Tesis: III.2o.C.6 K (10ª).

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo IV, Tesis: (III Región) 8o.1 A (10a.).

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, agosto de 2004, Tesis: XXI.4o.12 A.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XV, abril de 2002, Tesis: I.9o.A.41 A.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, Tesis: I.4o.C.52 C.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, Tomo XXX, septiembre de 2009, Tesis: 1a. CLXVIII/2009.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, agosto de 2005, Tesis: P. XLII/2005.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIV, octubre de 2001, Tesis: 2a. CCVI/200.

## EL COMPONENTE ÉTICO DE LA MEDIACIÓN RESTAURATIVA

### *THE ETHICAL COMPONENT OF RESTORATIVE MEDIATION*

AGUSTÍN RAMÍREZ RAMÍREZ\*  
Universidad Anáhuac México, México  
[agustin.ramirezr@anahuac.mx](mailto:agustin.ramirezr@anahuac.mx)

#### RESUMEN:

La mediación restaurativa tiene estrechos lazos con la justicia transicional y, aunque una y otra no sustituyen los procesos relacionados con la tutela judicial, los vínculos que mantienen, nos permiten sugerir que la solidaridad, como vertiente ética del comportamiento racional de toda persona, contribuye a la recomposición de las estructuras sociales ante conflictos que por su magnitud no pueden ser resueltos en forma integral a través de los métodos adversariales, por lo que en escenarios de violencia generalizada como los que se presentan en la actualidad en nuestro país, la mediación restaurativa constituye una opción deseable de las políticas públicas.

#### **Palabras clave:**

Mediación, justicia transicional, solidaridad, racionalidad.

#### **ABSTRACT:**

*Restorative mediation has close ties to transitional justice and, although they do not substitute the processes related to judicial protection, the links they maintain allow us to suggest that solidarity, as an ethical aspect of the rational behavior of every person, contributes to the recomposition of the social structures in the face of conflicts that, due to their magnitude, cannot be solved in an integral way through adversarial methods, so that in scenarios of generalized violence, such as those currently occurring in our country, restorative mediation constitutes a desirable option of public policies.*

#### **Keywords:**

*Mediation, transitional justice, solidarity, rationality.*

---

\* Coordinador Académico de Derecho Administrativo. Universidad Anáhuac México, Facultad de Derecho, Campus Sur.

## I. NOTA INTRODUCTORIA

La Constitución de 1917 no incorporó la posibilidad de la autocomposición dentro de sus prescripciones. Dada su tradición liberal, el texto del artículo 17, a la vez que prohibió la posibilidad de hacerse justicia por cuenta propia, atribuyó al Poder Judicial la potestad para impartir justicia, de conformidad con un esquema de división de poderes apegado a los cánones de la teoría clásica, al señalar:

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Con el paso del tiempo, nuestro texto constitucional ha sufrido diversas modificaciones. Una de las relevantes es la reforma al artículo en cita, publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 18 de julio de 2008, que introdujo la posibilidad de utilizar Medios Alternos de Solución de Controversias (MASC), como mecanismos autocompositivos alternos a la disputa judicial, con lo cual el acceso a la justicia no se limita al ejercicio de atribuciones exclusivas por parte de los tribunales del Estado.

La facultad del Congreso de la Unión para expedir “la legislación [...] de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal” es conferida hasta el año 2013, con la reforma del artículo 73 constitucional, regulada en su fracción XXI, en el entendido de que, conforme al régimen transitorio del decreto de reformas, sus disposiciones entrarían en vigor en toda la República a más tardar el 18 de junio de 2016.

La reforma que introdujo la facultad del Congreso para, “expedir la ley general que establezca los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal” (fracción XXIX-A, del artículo 73), es todavía más reciente, pues fue publicada en el *DOF* el 5 de febrero de 2017, lo que dio lugar a que apenas en abril de 2018, la Cámara de Diputados aprobara la *Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias*, con base en el texto de la iniciativa presentada por el Presidente de la República, el 11 de diciembre de 2017.

De esta manera, el paradigma compositivo de controversias a nivel constitucional no es ya atribución exclusiva del poder público, lo que nos motiva a reflexionar sobre el valor de las diversas modalidades de auto composición; en particular de aquéllas que se encuentran asociadas a la búsqueda de la armonía social, como es el caso de la mediación restaurativa que, como se sabe, se relaciona de manera importante con los principios de la justicia transicional.

Por ello nos parece importante abundar sobre el contexto a partir del cual se desarrolla, en la actualidad, el conflicto social, y cómo es que la mediación, particularmente en su modalidad restaurativa tiene la capacidad de restituir ciertos valores como justicia y solidaridad, para encausar el comportamiento de los miembros

de nuestra comunidad hacia mejores esquemas de comprensión de los problemas y sus causas primigenias, a partir de impulsar políticas públicas a cargo de los órganos del Estado en sus distintos niveles de gobierno, que tiendan a una disminución real de las diferencias sociales, lo que mejoraría las brechas de la actual desigualdad social, que constituyen, en parte, las causas de la alta conflictividad y violencia por las que atraviesa nuestro país.

## II. LA JUSTICIA COMO PREMISA DE ACTUACIÓN DE LA MEDIACIÓN RESTAURATIVA

La justicia, bajo la concepción clásica de “dar a cada uno lo suyo”, nos remite al análisis de sus alcances en el contexto de los MASC y, en particular, a la autocomposición, ya que la impartición de justicia con base en la disputa judicial, pareciera generar una desconfianza enorme de la población en las instituciones que la administran.

Dado que, en la mediación, la fuente de legitimidad del arreglo de las diferencias es la voluntariedad de las partes, la justicia se verifica a partir de decisiones autónomas, con base en un comportamiento racional de los contendientes. A diferencia de los mecanismos adversariales, como el arbitraje y la jurisdicción a cargo de los órganos del Estado, en el que, en todos los casos, la resolución del conflicto arroja un ganador y un perdedor. En ello radica el valor de la autocomposición.

Señala Hervada, que el análisis de la justicia y de lo justo parte de un hecho social constatable: “Que las cosas están atribuidas a distintos sujetos, o, dicho de otro modo, las cosas están repartidas. Ni todo es de todos ni todo es de la colectividad humana [...], las cosas, al estar repartidas, entran en el dominio de un hombre”.<sup>1</sup> De conformidad con esta premisa, la mediación, en cuanto mecanismo autocompositivo, implica el reconocimiento de un conjunto de valores que fundamentan el comportamiento humano en su sentido originario, que motiva a las partes a comprender el verdadero sentido de conducirse recíprocamente y respetar los derechos que a cada uno le asisten, de lo que resulta un ejercicio de autoconciencia que necesariamente tiene la capacidad de disminuir el enfrentamiento.

Así, de entre las diferentes formas de apreciar la justicia, en su modalidad conmutativa, cuyo rasgo característico es la intersubjetividad, el respeto del derecho de cada uno de los contendientes amerita que éstos reflexionen en forma razonada con base en los valores propios de una formación cultural centrada en el respeto y la tolerancia, que son conceptos no característicos de la administración de justicia adversarial, pues en términos de la teoría de la naturaleza diversa de las controversias, “ante problemas distintos existen y deben existir formas distintos de gerenciarlos”.<sup>2</sup>

En efecto, aunque parece una obviedad, no todas las controversias ameritan un tratamiento judicial, lo que resulta notorio si los conflictos se evalúan a la luz

<sup>1</sup> HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, décima edición corregida, Pamplona, Universidad de Navarra, S.A., p. 22.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Alejandro, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2016, p. 10.

de la necesidad de reconciliación social, a efecto de fomentar una interpretación de la justicia como vivencia, a partir de valores propios de nuestra humanidad y de una premisa básica: la capacidad racional del ser humano que, a diferencia de los seres inferiores, no responde de manera impulsiva o innata ante situaciones que cuestionan su comportamiento.

En este contexto podemos situar los alcances de la justicia en cuanto a que el desenvolvimiento social tiene un impacto distinto en cada sujeto; de ahí que el entendimiento individual explica lo justo de lo injusto en función de la reconstrucción que cada uno hace de su particular situación, por lo que la justicia no se entiende siempre bajo el mismo enfoque. No obstante, la premisa que explica este comportamiento no es sólo la sociabilidad que caracteriza al ser humano, sino en específico su capacidad de abstracción que, a diferencia de los seres inferiores, define la existencia, en la naturaleza, de una voluntad orientada por la racionalidad humana.

De conformidad con lo anterior, un aspecto relevante para diferenciar lo justo de lo injusto, en términos de las vivencias individuales, tiene como premisa la existencia de valores como ejes de acción que orientan la acción humana, además de que definen su personalidad y comportamiento cotidiano, en donde los principios del derecho y la moral aseguran la convivencia y garantizan mejores estándares de armonía.

Y aunque en principio podemos afirmar que la justicia, en su acepción primigenia, tiene un referente objetivo en la equidad, la verdadera connotación del término sólo podemos comprenderla a partir de los principios del derecho natural, bajo los cuales, la justicia constituye un acto que precede al derecho. De tal suerte que sólo se hace justicia al reconocer el derecho del “otro” en una relación de intersubjetividad, pues la connotación del derecho injusto sólo se aprecia en el derecho positivo conforme a una ficción producto del intelecto humano, que no siempre responde a las particularidades de reconocimiento de lo debido en términos de la racionalidad humana.

Lo anterior nos lleva a entender la justicia desde la perspectiva del comportamiento moral, como una característica propia de nuestra esencia humana que nos identifica como miembros de una misma comunidad y nos acerca a aquél del que reconocemos que transita por una etapa de sufrimiento. Cuando reconocemos la injusticia que se comete en la persona del “otro”, desde nuestro ser racional somos capaces de solidarizarnos con la necesidad ajena, y aunque no necesariamente comprendemos el dolor del otro en toda su dimensión, en estricto sentido, al externar esta conducta intencionada, afirmamos nuestra integridad moral y contribuimos a estrechar la cohesión social conforme a un propósito superior de promoción de los principios de la justicia.

En ese sentido, podría señalarse que la justicia está más cerca de los fundamentos filosóficos que orientan la aplicación de los Masc, pues a diferencia de la justicia administrada por el Estado, en la autocomposición no sólo está de por medio el reconocimiento del derecho previo, esto es, la existencia de “lo tuyo, lo

mío y lo suyo”, sino que esta capacidad de reconocimiento se sustenta en un principio de solidaridad que es ajeno en la disputa judicial.

A lo anterior habría que agregar que este sentido de solidaridad es un concepto que se puede entender en mejores términos conforme a los preceptos de la moral cristiana, que tiene una de sus expresiones básicas en el principio del “amor al prójimo”, que además se explica mediante un proceso cognitivo propio de la persona, no sólo en cuanto a que nos motiva el sentimiento de compasión, sino porque también somos capaces de interpretar las sensaciones y sentimientos por los que atraviesa el padeciente, mediante un proceso sensorial que somos capaces de abstraer e imaginar en sus resultados, lo que acrecienta las posibilidades de entendimiento.

Por otra parte, es claro que la solidaridad puede claramente vincularse con el concepto de justicia, dado que constituye la expresión de una finalidad última del ser humano dentro sus tendencias básicas, es decir, la búsqueda de la felicidad, pues, en la medida en que imaginamos la posibilidad de alejar la confrontación y la disputa, enriquecemos nuestra esencia y afirmamos nuestra dignidad en el contexto de nuestra racionalidad.

El tema induce a un pensamiento integrador del paradigma compositivo, a partir de una idea de justicia con base en los principios del derecho natural, pues no obstante que no se puede dejar de lado que por nuestra tradición jurídica, hablar de justicia implica hacerlo desde las tesis del positivismo jurídico, el enfoque *iusnaturalista* puede explicar con mayor precisión la finalidad sujeta a estudio, es decir, la de hacer prevalecer los valores centrados en la dignidad de la persona, a través de medios alternos a la disputa judicial.

A partir de un enfoque como el anotado, resulta prudente preguntarnos en qué medida la justicia alternativa se encuentra atinadamente acompañada dentro del paradigma compositivo en nuestro texto constitucional, y si la justicia o, mejor dicho, el que impere la justicia, depende de la existencia de un aparato judicial que excluye la intervención directa de los contendientes en la búsqueda de un reconocimiento de justicia. Por fortuna, el paradigma compositivo en nuestro texto constitucional permite el uso de medios alternativos a la vez que la intervención judicial, y ambas posibilidades son útiles para hacer prevalecer los principios asociados al concepto de justicia.

En la jurisdicción estatal, la norma, vista como ficción y producto de la creatividad humana, se asocia a un proceso racional de reconocimiento de los derechos subjetivos de los contendientes, lo cual configura la verdad legal como fundamento de la decisión judicial, mientras que en los medios alternos, el acceso a la justicia tiene su fundamento en un principio de autodeterminación de los contendientes, quienes con la asistencia de un tercero imparcial, también hacen uso de su capacidad racional para discernir sobre el derecho que les es propio, es decir, se hace justicia a partir del reconocimiento del otro como igual, de tal suerte que al ser integrantes de una misma comunidad humana, las partes contendientes son capaces de identificar, en mejores términos que en la jurisdicción

estatal, los intereses que les son propios en el contexto lo que a cada uno le corresponde, es decir, en el contexto de los principios del derecho natural.

### III. EL PROBLEMA DE LA COHESIÓN SOCIAL

Mediación y conflicto se encuentran estrechamente asociados, de ahí que para aproximarnos al tema fue necesario, en primer lugar, una referencia al paradigma compositivo en sus dos variantes o modalidades, la justicia formal y los medios extrajudiciales para la solución de controversias, de entre los cuales la mediación es, con toda seguridad, el método más significativo para la recomposición de la armonía perdida en un contexto social específico.

Afirmamos, en principio, que tanto la solidaridad como la justicia tienen un papel significativo en el contexto social, y si bien no se trata de renunciar a una idea que nos parece suficiente para analizar no sólo la respuesta social sino también las formas de intervención del Estado ante conflictos que surgen en el seno de toda comunidad, es necesario replantear la premisa. Para ello creemos conveniente señalar que la justicia aparece dentro del marco de las relaciones jurídicas formales como respuesta a ciertas conductas antijurídicas, mientras que la solidaridad está anclada conceptualmente a signos inequívocos de sociabilidad en términos de nuestra naturaleza racional, centrada en la necesidad de estrechar los lazos humanos.

En tal sentido, si bien la justicia constituye un valor en sí mismo, es en la solidaridad que la mediación encuentra una respuesta para fomentar, a través del diálogo, el entendimiento humano y por tanto la posibilidad de limitar la fractura de las relaciones sociales, tan resquebrajadas hoy en día a causa de un largo camino que como humanidad hemos recorrido en el contexto de un mundo globalizado, centrado en el consumismo y la falta de apreciación de los intereses del “otro”, pues a pesar de integrar parte de nuestra propia comunidad, nuestra realidad se disocia y tiende hacia la exclusión social pervirtiendo nuestra naturaleza humana, con lo cual se engendra un interés egoísta que se impulsa para prevalecer, en las sociedades contemporáneas, como finalidad última de nuestra existencia, en desdén de los estándares de una felicidad que parece estar lejana si no se asocia a satisfactores de carácter estrictamente materiales.

México es un país multicultural y multiétnico y el discurso gubernamental se jacta de esta circunstancia que todos seguimos bajo el alegato de que es parte de nuestra riqueza como Nación, pero, en los hechos, lo cierto es que somos una sociedad poco respetuosa aunque quizá formalmente tolerante, pues en público afirmamos nuestra “mexicanidad” porque es lo “políticamente correcto”; no obstante que en los espacios más cerrados de nuestra convivencia, como es el caso de la familia y en los círculos sociales a los que pertenecemos, cualquiera que sea nuestro estatuto social, se afirma una tendencia a la exclusión propia para no pertenecer ni compartir los rasgos socioculturales de dicha multiétnicidad.

¿Pérdida de valores?, nos preguntamos en los círculos académicos y el debate se centra en la influencia de paradigmas culturales que nos son ajenos, aunque

también se afirma una especie de pensamiento lineal en cuanto a que pareciera existir cierto determinismo que nos alinea a la necesidad de ser una sociedad cosmopolita y global, como sinónimo de “modernidad”, mientras que los lazos sociales se van deteriorando a partir de un proceso de exclusión social sustentado en la desigualdad.

En ese contexto, habrá que enfocar el análisis en la presencia del conflicto en las llamadas instituciones socializadoras, en particular, la familia y la comunidad y la manera en que la mediación restaurativa puede contribuir a la recomposición del tejido social, ya que es en estos espacios de convivencia que los conflictos pueden escalar a dimensiones imprevistas y el sabernos integrantes de una comunidad nos permite lograr acuerdos y construir consensos, pues no obstante que el hecho de convivir constituye la fuente de nuestras diferencias, también es el punto de partida para alcanzar mejores formas de entendimiento, comprensión y armonía.

Reconocernos como parte de una comunidad nos induce a un comportamiento ético indispensable que sólo puede darse en un esquema de socialización en donde sus integrantes admiten que su actuar se rige por un principio de libertad, en el entendido de que nuestro margen de actuación no es absoluto, ya que se encuentra enmarcado siempre dentro de un contexto social que tiene por finalidad última la convivencia humana.

Ya Habermas, al referirse al comportamiento moral de individuos racionales enfatizaba la existencia de un principio de corresponsabilidad de uno para con el otro, al precisar:

Las personas con las que se conforma en un momento dado un Estado nacional encarnan con sus procesos de socialización al mismo tiempo las formas culturales de vida en las que han desarrollado su identidad, incluso aunque hayan roto con sus tradiciones de origen. Las personas o, mejor dicho, sus estructuras de personalidad, forman, por así decirlo, puntos nodales de una red adscriptiva de culturas y tradiciones, de contextos de vida y de experiencias compartidos de manera intersubjetiva. Y este contexto constituye también el horizonte dentro del cual los ciudadanos, tanto si lo quieren como si no, desarrollan sus discursos ético-políticos de autocomprensión. Si cambia el conjunto de los ciudadanos, cambia también ese horizonte de tal modo que se mantendrán otros discursos sobre las mismas cuestiones y se obtendrán otros resultados.<sup>3</sup> [*Énfasis añadido*].

Lo anterior nos lleva a una forma de pensamiento, desde la mediación, que implica comprender los esquemas de comportamiento que se deducen de la sociabilidad en un espacio y tiempo determinados, de tal suerte que los comportamientos a partir de la auto comprensión a la que se refiere Habermas, delimitan el comportamiento de sus integrantes cuando se presentan determinados conflictos en el seno de ciertas comunidades o instituciones socializadoras.

En ese sentido, para algunos autores el conflicto se origina en la naturaleza de las sociedades y constituye una aberración que se forma como una “disfunción

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, España, Paidós, 1999, p. 206.

de los sistemas sociales”,<sup>4</sup> pero también se afirma que éste ocurre, porque “es funcional para el sistema social”,<sup>5</sup> de ahí que podamos asegurar que el conflicto es consustancial a la naturaleza humana, además de ser indispensable para la salud del tejido social, pues no habría otra manera de identificar las diferencias que ocurren dentro de los esquemas ortodoxos de sociabilidad que hemos construido, pues de lo que no hay duda es que para vivir en armonía, hemos acordado una serie de parámetros de conducta que se encuentran regulados ya sea por el derecho, la moral o los convencionalismos sociales.

Como lo hemos señalado, es común que los conflictos surjan dentro de instituciones socializadoras como la familia y la comunidad misma, a partir de lo cual se plantea la posibilidad de aplicar un proceso de mediación, en su modalidad restaurativa, a fin de solucionar el problema entre sus miembros, pero también en aras de fomentar la cohesión de la organización humana específica en la que acontece el conflicto.

Ahora bien, no renunciamos a la línea argumentativa planteada en la sección anterior en cuanto a la relación entre justicia y solidaridad, no obstante, creemos necesario reforzar la idea de que la mediación, para que tenga un impacto positivo en las sociedades contemporáneas, requiere de un mejor entendimiento del concepto de solidaridad, dado que alude a la necesidad de razonar, comprender y respetar, el comportamiento del “otro”, de quien está a nuestro lado, de tal suerte que cuando el conflicto aparece en el seno de las instituciones socializadoras, la promoción del diálogo a través de la mediación es el mecanismo idóneo para asegurar mejores estándares de respuesta en la composición de un conflicto, pues genera comportamientos de empatía y de respeto por nuestros semejantes, y en este escenario que se puede recomponer el tejido social.

Así, para comprender su naturaleza como valor fundamental de la mediación, nos parece que es necesario aludir a su contraparte dentro del aparato estatal; nos referimos al tema de la subsidiariedad, que conceptualmente constituye la base de las políticas públicas a cargo del Estado y una finalidad centrada en la consecución de los fines del aparato estatal, es decir, del bien común, que en estricto sentido constituye una dimensión ética cuya aparición histórica se remonta a los orígenes de la civilización occidental, en la Grecia antigua, pero que quizá pueda explicarse con mayor precisión, en la doctrina de Tomás de Aquino, al señalar que, “se precisan tres requisitos para que la sociedad viva de manera buena. El primero es que la sociedad viva unida por la paz. El segundo es que la sociedad, unida por el vínculo de la paz, sea dirigida a obrar bien [...] En tercer lugar, se requiere que, por la diligencia del dirigente, haya suficiente cantidad de lo necesario para vivir rectamente”.<sup>6</sup>

A ese respecto, nos parece importante promover que las políticas públicas fomenten el uso de los procesos auto compositivos de solución de controversias,

<sup>4</sup> REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos*, España, Paidós, 2004, p. 34.

<sup>5</sup> *Ídem*.

<sup>6</sup> GUERRA, Rodrigo, “Bien común. La maduración de un concepto”, <http://arvo.net/etica-y-politica/bien-comun-la-maduracion-de-un-concepto/gmx-niv894-con16781.htm>.

pues es un hecho que vivimos un alto nivel de descomposición social que genera desigualdad, no obstante los esmeros de las políticas públicas por acabar con el drama de la pobreza y el hambre, cuestiones que por su propia naturaleza son generadoras de conflictos sociales de la mayor trascendencia, que explican en parte nuestras desavenencias cotidianas, además de que ponen en riesgo la integridad de la sociedad y de las instituciones públicas garantes del bienestar colectivo, situaciones que afectan de manera irremediable la salud del tejido social, esto es, la vida en comunidad.

Es por ello que desigualdad social y conflicto parecen indisolubles en nuestro medio, pues es un hecho que vivimos en una sociedad materialmente desequilibrada, a pesar de la existencia de reglas de derecho que pretenden asegurar la convivencia armónica y el desarrollo igualitario de sus ciudadanos, así como políticas públicas que pretenden garantizar escenarios adecuados de movilidad social como factores de equilibrio. Así, no obstante que, “potenciar la movilidad social a través de la reducción de la desigualdad de oportunidades tiene un efecto doble: menor desigualdad de resultados y mayor crecimiento económico”,<sup>7</sup> parece contradictorio que en nuestro país, la situación de desigualdad sea persistente, y “se refleja en una dinámica de alta pobreza en un contexto de bajo crecimiento económico [además de que] la dinámica de la pobreza de ingreso de los últimos 25 años también resulta persistente. Así, la llamada *pobreza de patrimonio* —muy similar a la pobreza por ingreso definida a partir de la *línea de bienestar* de CONEVAL— es prácticamente la misma en 1992 y 2016: 53.09 % y 52.91 % de la población mexicana, respectivamente”.<sup>8</sup>

Situaciones de diferenciación social como las señaladas engendran conflictos sociales que es necesario enfrentar, no sólo a través de mecanismos formales de solución de controversias, sino de manera particular mediante la utilización de formas alternas como la mediación, en su modalidad restaurativa, pues en un contexto social como el anotado, es fácil comprender las razones de pobreza del capital social y por tanto el resquebrajamiento de los valores fundamentales de sus miembros, pues se afecta de manera directa sus niveles de bienestar, y por tanto su dignidad, ya que las condiciones materiales de vida llegan a ser insultantes para un importante grupo de la población.

Por ello, pareciera que la noción de ciudadanía se ha venido desvaneciendo en la sociedad contemporánea, a pesar de las políticas públicas que se implementan desde el Estado, en al menos las últimas tres décadas, como es el caso de México con el Programa Social contra la desigualdad que en su oportunidad (con Salinas de Gortari), se denominó “Solidaridad”, para transformarse en las siguientes cuatro administraciones federales sólo con el cambio de denominación (Progres, Oportunidades y Prospera), por lo que podríamos afirmar, junto con Nató, que se ha deteriorado la condición fundamental de la ciudadanía, en términos de

<sup>7</sup> DELAJARA, Alberto, *et al. El México del 2018. Movilidad Social para el bienestar*, México, Centro de Estudios Espinoza Yglesias, p. 28.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 29.

equidad,<sup>9</sup> esto es, la justicia ponderada por otras virtudes, lo que aleja cada vez más las posibilidades de fortalecer la armonía del tejido social.

En el caso particular de México, uno de los mayores conflictos que enfrenta la organización social es la descomposición de las estructuras societarias, en un contexto de violencia generalizada y conductas delictivas que involucran a sectores que de modo tradicional han sido desfavorecidos de los beneficios del llamado desarrollo social.

Llama la atención y habría que promover la comprensión del discurso gubernamental de la siguiente administración, que pretende superar la situación descrita a partir de la implementación de una estrategia sustentada en los principios de la “justicia transicional”, que, como se sabe, se centra en cuatro acciones susceptibles de ser aplicadas: i) aplicar de manera estricta el paradigma compositivo de la justicia ordinaria, con el castigo de quienes han cometido crímenes que han afectado de manera trascendente los fundamentos de nuestra organización social; ii) fomentar la operación de estructuras formales que conduzcan al conocimiento de la verdad, sin que ésta deba identificarse de necesidad con la llamada “verdad histórica o legal”, producto de la justicia tradicional; iii) cuidar que se atienda el principio de reparación integral de los daños ocasionados a las víctimas, con el propósito de desterrar en lo posible los altos índices de impunidad que vivimos, y iv) encontrar espacios de mediación que nos permitan restablecer el orden social quebrantado con la búsqueda del acercamiento de víctimas y victimarios que traigan a las primeras, el encuentro de una paz interior que satisfaga la necesidad humana de reencuentro interno y paz espiritual.

Con seguridad, la restauración del tejido social, bajo los postulados que hemos anotado, tenderían a la mejoría de mayores estándares de satisfacción de las finalidades asociadas al bien común, es decir, trascender los intereses personales en la búsqueda de la felicidad colectiva como era la idea de los clásicos.

#### IV. ARTICULACIÓN ENTRE MEDIACIÓN Y SOCIEDAD

Para abordar la relación a que se refiere el título de este apartado, podemos partir de una pregunta concreta: ¿Puede la mediación remediar los conflictos que surgen en el seno de la comunidad?, y si la respuesta es afirmativa, lo relevante es cuestionarnos sobre el origen de este tipo de conflictos, pues si bien la aparición de diferencias entre los miembros de una determinada comunidad es histórica y consustancial a la sociabilidad humana, lo cierto es que al paso de los años se ha ido diferenciando en función de los niveles de cohesión que se muestran en las diversas etapas de la sociedad contemporánea.

Por ello nos parece que, en primer lugar, debemos ser conscientes de que en la actualidad nos encontramos altamente influidos por modelos de comportamiento asociados a la aparición de las nuevas tecnologías de la información en un mundo globalizado, lo que nos hace más visibles ante los demás, pero que

<sup>9</sup> Cfr. NATÓ, Alejandro, *et al. Mediación Comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*, Buenos Aires, Universidad, 2006, p. 24.

constituye también la causa de nuestro encierro individual; vivimos juntos, pero apartados del resto en espacios virtuales de realización individual, incluso dentro del seno familiar, en donde se supone que los lazos de armonía deben ser más fuertes y estar más arraigados, en razón no sólo de la sociabilidad que caracteriza a la persona humana, sino debido a sentimientos de fraternidad propios de quienes comparten un proyecto de vida.

De lo anterior podría afirmarse que el conflicto que surge en el seno de la familia tiene un impacto negativo severo en la medida en que afecta las relaciones del núcleo social por excelencia, pero también influye desfavorablemente, aunque en grados diversos, en la estructura de otras formas de organización social, como es el caso de la comunidad, pues no obstante que compartimos creencias y valores, no parecen funcionar como mecanismos de cohesión social, debido a que en esos espacios replicamos un comportamiento de aislamiento virtual que sólo en apariencia nos organiza en una comunidad de intereses mutuos respecto de nuestros fines como personas.

Esta forma de comportamiento se entiende bajo la premisa de que la familia es el espacio en el que se adquieren los valores más importantes para la convivencia, entre ellos, el respeto en su sentido universal de aceptación de las diversas formas del comportamiento humano, cuestión que de manera recurrente, en nuestro actuar cotidiano, se confunde con un simple acto de tolerancia, lo que promueve comportamientos de instrumentalización del ser humano, tanto de sí mismo como respecto de unos sobre de otros, dado que nos encontramos de manera permanente en la búsqueda de satisfactores materiales que nos llevan a la ilusión de una vida plena.

En ese sentido, retomamos la línea argumentativa de los apartados anteriores, en el sentido de que la falta de solidaridad es una importante fuente de conflicto, tanto en la familia como en la comunidad, al grado de especular una idea respecto de que esta ausencia de lazos de fraternidad constituye la raíz del conflicto, y que sus manifestaciones más inmediatas pueden apreciarse en una diversidad de problemas cotidianos que pueden incluso generar violencia tanto física como emocional.

Esta ausencia de sentimiento fraterno se asocia de igual manera a un déficit de la capacidad de socializar, que fortalece un modelo de comportamiento egoísta en cierto sentido, en razón de que no nos interesamos por las necesidades, sentimientos ni emociones de quienes nos rodean, incluidos de manera frecuente nuestros seres más cercanos.

La afirmación anterior parte de una hipótesis: los valores tienen un sentido universal invariable, pues la rectitud en el obrar no puede ser inconsistente al paso de los años, sino que se trata de una distorsión en el comportamiento humano, bajo el influjo de un proceso imperceptible a simple vista de instrumentalización de la persona humana, conforme a un deseo, también imperceptible, pero gradual y permanente, de obtener la felicidad a través de pasar por encima de la dignidad de quienes están a nuestro alrededor.

Se trata de un comportamiento que se fortalece a partir de la influencia de modelos de comportamiento basados en la acumulación de satisfactores materiales, modelos que por lo general tienen la capacidad de generar tensión en el seno familiar, en particular cuando padres e hijos somos incapaces de encausar las diferencias internas, muchas veces generacionales, hacia un esquema de entendimiento mutuo; patrones que se reproducen de igual manera y casi de manera similar en otros espacios como la escuela y la comunidad, en virtud de que el origen no puede ser distinto a un patrón que se ha venido construyendo en el seno de la célula social que es la familia.

Este espíritu de anhelo por obtener de manera exclusiva satisfactores materiales, genera expectativas de formación profesional que no todos logran alcanzar, lo que motiva situaciones de frustración y resentimiento, que alejan cada vez más las posibilidades de cohesión comunitaria, además de que se disminuye la posibilidad de la solidaridad humana con el surgimiento de espacios de exclusión social de las mayorías que el Estado tampoco es capaz de superar, debido a políticas públicas insuficientes para disminuir la brecha de desigualdad.

En conclusión, al margen de señalar que en el desarrollo de este análisis también nos motiva nuestra formación bioética, sostenemos que la ausencia de valores propios de la racionalidad humana, en particular el respeto (que coloquialmente se entiende como tolerancia), constituyen la raíz de gran parte de los conflictos que surgen no sólo en la familia, la escuela y la comunidad, sino en contextos sociales de mayor extensión territorial, debido a que la ausencia de lazos de fraternidad entre sus miembros disminuyen y resquebrajan el tejido social.

Por fortuna, la mediación en sus distintas vertientes o modalidades tiene la capacidad de recomponer las diferencias en los ámbitos anotados, ya sea gracias a la aplicación de procesos de negociación asistida en conflictos de poco impacto social, como también es factible el uso de formas más sensibles de integración social como la mediación restaurativa, que por sus características se imponen como medios de recomposición del capital social.

De ahí la importancia de conceptos como la justicia transicional, que se enfoca en la posibilidad de trascender escenarios complejos de conflictividad como los que atraviesa México, en donde se necesita no sólo de la intervención gubernamental sino de manera más enfática un proceso de aprendizaje y concientización de los miembros de la comunidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- DELAJARA, Alberto, *et al.*, *El México del 2018. Movilidad Social para el bienestar*, México, Centro de Estudios Espinoza Yglesias.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Alejandro, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2016.
- GUERRA, RODRIGO, “Bien común. La maduración de un concepto”, <http://arvo.net/etica-y-politica/bien-comun-la-maduracion-de-un-concepto/gmx-niv894-con16781.htm>.

- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, España, Paidós, 1999.
- HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 10ª ed. corregida, Pamplona, Universidad de Navarra, S.A., 2001.
- NATÓ, Alejandro, *et al.*, *Mediación Comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*, Buenos Aires, ed. Universidad, 2006.
- REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos*, España, Paidós, 2004.



**DERECHO COLABORATIVO. EL CONOCIMIENTO QUE  
TODO ABOGADO DEBE ADQUIRIR PARA LOGRAR UNA  
LABOR MÁS EFICIENTE**

***COLLABORATIVE LAW. THE KNOWLEDGE THAT EVERY  
LAWYER SHOULD ACQUIRE TO ACHIEVE A MORE  
EFFICIENT JOB***

RAFAEL HORACIO MONTOYA VARGAS\*  
Centro Estatal de Justicia Alternativa del  
Estado de Guanajuato, México  
[rafael.montoya@poderjudicial-gto.gob.mx](mailto:rafael.montoya@poderjudicial-gto.gob.mx)

**RESUMEN:**

En la actualidad, el jurista necesita formarse, no sólo en los esquemas adversariales, sino, también, en las visiones de cooperación y fomento a la cultura de la paz, que no pretenden relegar la perspectiva personal del conflicto, sino generar un comportamiento colaborativo, responsable y constructivo, que permita a las partes asumir sus obligaciones con base en los intereses recíprocos, a fin de proponer soluciones que puedan ser integradoras y participativas. Este enfoque, que pretende desafiar los paradigmas existentes, exige modificar el plan de estudios de la licenciatura en derecho para dar cabida a una nueva asignatura: el derecho colaborativo.

**Palabras clave:**

Práctica colaborativa, gestión del conflicto, escuelas de negociación, cultura de la paz, ganar-ganar.

***ABSTRACT***

*At present, the jurist needs to be trained not only in the adversarial schemes, but also in the visions of cooperation and promotion of the culture of peace, which do not seek to relegate the personal perspective of the conflict, but to generate collaborative, responsible and constructive behavior; which allows the parties to assume their obligations on the basis of mutual interests, in order to propose solutions that can be participatory and participatory. This approach, which aims*

---

\* Director del Centro Estatal de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato.

*to challenge existing paradigms, requires modifying the undergraduate curriculum to accommodate a new subject: collaborative law.*

**Keywords:**

*Collaborative law, conflict management, bargaining school, peace culture, win-win.*

## I. INTRODUCCIÓN

Desde el origen más remoto de las civilizaciones humanas una de las principales preocupaciones ha sido la atención y solución de los conflictos suscitados entre sus miembros. Las sociedades primitivas consideraban que la mejor manera de atender las controversias era a través de reglas de observancia general, que constituían verdaderos derechos y obligaciones para cada uno de los miembros de la comunidad.

Cuando las sociedades antiguas comenzaron a estructurarse y organizarse propicia que su sistema de reglas fuera cada vez más complejo y que naciera formalmente lo que actualmente conocemos como ciencia del derecho, para cuyo entendimiento y aplicación eran requeridos operadores expertos.

Los albores de la disciplina se remontan a la antigua Grecia, lugar en donde se representaba por la Diosa Themis, protectora de todos los profesionales que realizaban funciones de abogados o juristas. En ese tiempo fue mucho el prestigio que fue ganando todo aquel que realizara la labor de la abogacía: “Aquel que hace por otro”. Nace así una profesión que en su desarrollo se mantendrá siempre ligada a la historia de la humanidad, de la justicia y de los ideales del Estado, los que han sido pilares fundamentales para su desarrollo y evolución permanente, hasta convertirse en una de las profesiones elegidas de manera preferente por jóvenes que culminan sus estudios de bachillerato.

## II. NECESIDAD DE LA CIENCIA JURÍDICA

La actividad profesional jurídica surge entonces por la imperiosa necesidad de contar, dentro del grupo social, con expertos en la interpretación de las normas emanadas de los Estados debidamente estructurados. Los gobernantes en turno tomaban el cúmulo de reglas que debía observar el ciudadano, tanto de las costumbres sociales como de la moral de los pueblos. Además, los órganos o autoridades que auxiliaban al soberano en la tarea de gobernar creaban leyes sumamente complejas, cuya comprensión e implementación quedaba sólo al alcance de quien dedicaba todo su tiempo al estudio a fin de comprender la instrumentación y, como consecuencia, contar con aptitud de brindar asesoría o servicio legal a quien por cualquier circunstancia quebrantara la paz y el orden.

Las civilizaciones que marcaron el rumbo de los Estados debidamente organizados fueron la griega y la ateniense. Con su pensamiento filosófico y epistemológico determinaron, también, el desarrollo de la justicia. En Atenas se funda la primera escuela de juristas y, según narra la historia, Pericles se convierte en el primer profesional en ejercicio de la función de abogado; sin embargo, no fue sino hasta la aparición de la civilización romana cuando el derecho alcanza su

punto más alto de desarrollo. Las instituciones de ésta preveían dos figuras estrechamente relacionadas al sistema jurídico; el *advocati* o *causadici* que corresponde a lo que hoy en día conocemos como abogados y los jurisconsulti o *iusprudenti* que no tenían títulos como los *advocati*, pero que asistían y auxiliaban a otros en los juicios públicos, además de aconsejarlos para su defensa debida.

Durante los casi tres siglos comprendidos entre la fundación de Roma, año 753 a.C., y hasta la aparición de la compilación Justiniana y la caída del Imperio Romano de Occidente, en 476, el imperio había conquistado gran parte de lo que hoy es Europa, África y algunos territorios de Asia, en los que permeó su sistema jurídico y propició la evolución a costa de las circunstancias que se presentaban en cada uno de los territorios (Morineau, 2006); la ambición expansionista romana los llevó a que, desde mediados del siglo II a.C., sometieran a la península ibérica a un fuerte proceso de romanización, el cual vino a culminar en el año 209 a.C. con la conquista de Nova Carthago (hoy Cartagena) por el general Publio Cornelio Escipión, quien posteriormente fundó la colonia Itálica cerca de Sevilla. La ocupación romana en el territorio español trajo consigo grandes avances en el tema del derecho municipal. A pesar de la fuerte organización española, a la caída del imperio fue perdiendo cohesión y poder, lo que provocó que el pueblo germano de los godos lo invadiera y ocuparan.

El territorio español, ahora dominado por los visigodos (godos del este), fue conquistado intelectualmente por las instituciones, las creencias, las costumbres, los usos y el sistema jurídico existente en el territorio, los cuales conservaron la estructura municipal, en gran medida. En éste, la adopción de la normativa romana, a la cual introdujeron nuevas formas e instituciones, dio origen a la ley romana de los visigodos. Sin embargo, el año 711 marca el inicio de la conquista de los árabes, extendida por toda la península, con excepción de las regiones montañosas de Cantabria y los Pirineos. El dominio durará cerca de ocho siglos, y no será hasta que el rey Pelayo, en Asturias, emprende la reconquista de los territorios invadidos cuando culmina la desocupación, en 1492, con la toma de Granada. Ello propiciará la unificación del derecho (Valencia, 2016).

Con la conquista, los españoles migraron a la Nueva España y con ellos la organización, las instituciones, el derecho y la tradición romano-canónica. En ésta, por impulso de Fray Juan de Zumárraga y de Antonio de Mendoza, primer virrey de la Nueva España, mediante cédula del príncipe Felipe, el 25 de enero de 1553 fue fundada la Real y Pontificia Universidad de México (Universidad Pontificia de México, 2015) que impartía la cátedra de leyes. Para cursarla, los estudiantes debían haber concluido la escuela de letras y gramática latina, esta última tras realizar estudios a lo largo de tres años. Una vez concluidos los estudios universitarios, el alumno podía optar por el grado de bachiller en leyes, que alcanzaba mediante la aplicación de un examen de conocimientos, o de licenciado o doctor en leyes con la presentación y defensa de una tesis.

### III. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

La enseñanza de la disciplina jurídica —en México— la podemos clasificar en dos grandes periodos. El primero comprende desde el virreinato hasta la primera

mitad del siglo XIX, donde predominó una configuración curricular orientada a la formación académica. El segundo va desde la creación de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en 1867, hasta época actual. En fecha posterior se funda el Ilustre y Real Colegio de Abogados de México (1760) gracias a la cédula emitida por el Rey Carlos III, que tenía como finalidad el ejercicio del mutualismo y ciertos actos de piedad, además de elevar el nivel de la práctica jurídica; de ahí que únicamente aquellos que estuvieran matriculados podrían fungir como litigantes en las audiencias de la Corte de México (Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2018). En 1867, por Decreto de la Ley Orgánica de la Instrucción Pública para el Distrito Federal y Territorios se crea la Escuela Nacional de Jurisprudencia que preparaba, no sólo a los profesionales del derecho, sino también a los escribanos, agentes de negocios y licenciados en economía, la que para 1951 se convertiría en la actual Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (México, y otros, 2013). Y en 1912 se funda la Escuela Libre de Derecho como la primera institución particular de educación superior especializada en enseñar la ciencia jurídica en el país.

Con el devenir de los años, la profesión de abogado no sólo se fue consolidando, sino que, además, se convertirá en la profesión favorita de quienes dirigirán los destinos políticos de la Nación, tal vez basados en el primer reto que cualquier gobernante enfrenta en su gestión: consolidar un verdadero Estado de derecho. Por la cabeza de cualquier gobernante, primero deben sentarse las bases para que los gobernados perciban la seguridad jurídica que el Estado les brinda.

La dignidad y popularidad que representaba tener un título de abogado, que además repercutía en el *estatus* social y económico de quien ejercía tan noble profesión, como consecuencia devino la saturación de la licenciatura y, por lo menos en México, cada vez surgían más escuelas o facultades de leyes. Algunas incluso con el ofrecimiento de que el experto en dicha disciplina lograría su culminación en tan solo dos años, lo que dejaba mucho que desear sobre el nivel académico de dichas instituciones. No obstante, el crecimiento y la evolución, el currículo de casi todas las escuelas o facultades de derecho mantenían los programas tradicionales en donde las materias básicas como derecho romano, derecho civil, derecho penal, derecho agrario, derecho mercantil, y los respectivos procesales, eran las materias “estrellas” de los programas de estudio.

#### IV. NECESIDAD DE NUEVAS ASIGNATURAS

No será hasta hace aproximadamente diez años, cuando se empiezan a incorporar nuevas asignaturas jurídicas en los planes de estudios respectivos; algunas pasajeras, pero otras llegaron para quedarse, como el derecho ecológico y una que de modo particular reviste importancia para este ensayo; la materia denominada mecanismos o métodos alternos o alternativos de solución de controversias o conflictos, conocida por el acrónimo: Masc. Surge, así, el estudio de las soluciones alternas de controversias que, en algunas instituciones educativas, los alumnos la han cursado por elección, dado que es de carácter optativo. Aun así, estimamos que representa un avance de consideración, que, al estudioso de la

disciplina jurídica, a lo largo de sus estudios le muestren un paradigma distinto al de la justicia adversarial. No obstante, para reforzarlo hacen falta otras asignaturas bajo este enfoque.

## V. DERECHO COLABORATIVO

La cuestión de si la materia debe conformar o no el currículo obligatorio; cuál debe ser el contenido del programa de estudios respectivo, o incluso su denominación precisa, aunado a la carencia de textos que apoyen su comprensión, han impedido que el nuevo paradigma detone acorde con las necesidades actuales de búsqueda de otras salidas al conflicto. Por tanto, nos parece lógico y comprensible definir una nueva rama de la ciencia jurídica que favorezca el estudio homogéneo y efectivo —aun a manera de introducción o antecedente— de los mecanismos alternos de solución de controversias; incluso desde un enfoque jurídico, como les gusta a quienes diseñan los programas de estudios de la licenciatura multicitada. A partir de una estructura legal nueva que resulte de comprensión más sencilla para docentes y alumnos, resultaría atractivo ofrecer la materia que denominaremos: *derecho colaborativo*, en razón de que no los sacará de su esquema conceptual el que, en una licenciatura en abogacía, de necesidad deben estudiarse derechos.

Así, al hablar de *derecho colaborativo* se continúa bajo el estereotipo de comprensión y estudio de la ciencias o materias que conformen el plan de estudios de la carrera de abogado. El *derecho colaborativo* convendría al gremio educativo. Al momento del desarrollo del programa, pronto se darían cuenta de que lo que se busca es la preparación de los abogados, no para el litigio o la confrontación legal, sino para aprender a construir acuerdos mutuamente satisfactorios y buscar que los clientes se encuentren satisfechos por la asesoría o representación que les fue dada, al apreciar que sus antagonistas, los que no serán más adversarios, también serán vencidos.

Antes de postular una nueva disciplina jurídica resulta indispensable analizar la problemática que, en un momento dado, justifica esta postura. Para ello basta con comparar, por cruda que sea, las deudas que la hetero-composición tiene con la sociedad. Si partimos de la base de que el derecho en el momento actual tiene como característica fundamental la forma hetero-compositiva de resolución de los conflictos, habría que partir del principio básico de que es otro, un tercero ajeno a las partes en conflicto, quien resuelve sus diferencias basado en un sistema de normas, y es ahí precisamente donde encontramos la situación problemática, ¿cuántas veces la resolución dictada por el tercero ajeno al conflicto no ha dejado satisfecha ni a la persona a quien se decretó ganadora del proceso, mucho menos a quien resultó perdedor? Y éste no es el único dilema, sino, además, el grado de satisfacción que, a las partes, deja la intervención del órgano jurisdiccional respecto de la controversia que le plantearon a través de sus escritos procesales.

## VI. ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO

En los primeros años de la profesión, después de haber recibido toda la formación adversarial tradicional suficiente para la atención de los conflictos planteados

por los futuros clientes, tuvimos oportunidad de atender la petición de una señora, quien deseaba asesoría y representación en juicio por la infidelidad sufrida por parte de su esposo, del cual: “Nada quería saber”. Su testimonio principal sostenía que, en fecha reciente, se había enterado de que su todavía cónyuge había tenido un hijo fuera de matrimonio, e incluso lo había reconocido. A partir de esta petición, nuestro pensamiento lógico-jurídico, basado en las enseñanzas de confrontación y adversariales de nuestros formadores en la profesión, entendimos o deducimos que lo que la señora quería o pedía era la disolución del vínculo matrimonial con el hombre que había traicionado el juramento de fidelidad mutua que se debe toda pareja, y que el *plus* en nuestros servicios sería dejarla satisfecha; por supuesto: “dándole con todo al infiel”.

La estrategia a seguir fue la siguiente: la demanda de divorcio fue interpuesta y en la misma fue invocada, como causal, el adulterio; bajo la manga se tenía un as para su procedencia, el acta de nacimiento donde el esposo reconocía haber tenido un hijo con otra durante el tiempo en que había estado casado con la defendida. El hombre casado no puede o, mejor dicho, no debe, reconocer un hijo procreado con mujer distinta de su esposa. De forma simultánea fue presentada una denuncia ante el ministerio público por el delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar. En ésta, como probable responsable fue señalado el esposo adúltero, pues con motivo de la actividad extramarital desatendía las necesidades básicas de su familia. Ambos escritos fructificaron, y al poco tiempo fue emplazado en el juzgado civil (en ese entonces no existían los juzgados de familia en el Estado de Guanajuato) y después de haber dado contestación, los agentes ministeriales cumplieron la orden de aprehensión otorgada por el juez: el varón fue remitido a uno de los centros de readaptación social del Estado.

Después del pago de la fianza respectiva, el demandado nos buscó como abogados de la contraparte, y ofreció allanarse a las pretensiones planteadas en la demanda civil. Insistió en que se convenciera, a su todavía esposa, para que le otorgara el perdón en el proceso penal respectivo, pues éste se sigue a petición de parte agraviada, no de oficio. La oferta resultaba tentadora; una vez que recibió y firmó el escrito de allanamiento, la clienta hizo lo propio en el juzgado penal. Como consecuencia, la sentencia en el proceso civil fue favorable. Como abogado, la satisfacción fue plena, en razón de que habíamos llevado a cabo una excelente representación jurídica, pues, en la práctica, la imperiosa necesidad de justicia de quien la solicitó fue concretada: obtuvo el fallo favorable a sus intereses.

No obstante, la historia no termina aquí, sino un año después. Al ir transitando por una de las calles de Guanajuato, nos percatamos de una pareja de enamorados que buscaba pasar inadvertida de nuestra vista, pensamos que se trataba de algún familiar o de alguna persona cercana que por alguna razón esquivaba de nuestras miradas su tórrido romance; con asombro, duda y curiosidad, nos acercamos a la pareja y, nuestra sorpresa fue mayúscula: eran aquellos que meses atrás habían disuelto el vínculo matrimonial con nuestra intervención y apoyo. La clienta había regresado con su exmarido. Les dimos un afectuoso saludo, mismo que devolvieron un tanto apenados, acompañado de una sonrisa. En ese entonces, con la sola formación como abogado adversarial pensamos en la

máxima popular que afirma que los seres humanos somos el único animal capaz de, “tropezar dos veces con la misma piedra”. La situación resultaba simpática, sin hacer mayor reflexión analítica sobre lo peculiar.

Después de siete años de llevado ese asunto y en la época en la que iniciamos el conocimiento particularizado sobre la mediación y la conciliación como procedimientos de autocomposición asistida, la postura adversarial fue cambiando y en el auge de nuestra función como mediador recordamos aquella historia del divorcio de la esposa engañada; entonces sí realizamos un análisis más profundo sobre lo que había pasado años atrás, y de modo más particular sobre si como abogados, dentro del sistema de justicia tradicional habíamos cumplido con la necesidad que en ese momento tenía la esposa engañada, hubiese sido muy enriquecedor poder volver a entrevistar a la clienta y preguntarle, cuáles fueron los motivos que la llevaron a reconciliarse con su ex esposo, y, más aún, si nuestra intervención como abogados le pareció adecuada, no pudimos hacerlo, pero surgieron múltiples reflexiones, las cuales resumimos a continuación.

La primera es que, nuestra labor como abogado en el sistema adversarial, fue no sólo la esperada, sino incluso la apropiada. La segunda va dirigida al juzgador, cuya intervención en razón de lo que pedían y le probamos las partes, seguro que también fue adecuada. Como tercera, tal vez la más devastadora, es si la satisfacción del ideal justicia, como la definiera Justiniano, que consiste en, “dar a cada quien lo que le corresponde”, había sido colmada con la intervención de todos los que participamos en aquél juicio y logrado la sentencia respectiva en 1995. Como mediadores, seguro tendríamos que reconocer que, aún dentro del servicio de administración de la justicia, ambas partes no fueron satisfechas en sus necesidades elementales.

Tal vez, la esposa engañada, lo único que quería era la aceptación expresa y tácita de la infidelidad del esposo, así como el ofrecimiento de disculpas y las muestras de un arrepentimiento tal, que le hicieran pensar que nunca más le volvería a fallar. Lo anterior difícilmente podría lograrse con la intervención de alguna autoridad estatal. Exigía, más bien, la intervención de algún tercero que pudiese llevarlos a analizar el conflicto, las necesidades, las responsabilidades y los ánimos para modificar las situaciones que lo produjeron, pero, en ese entonces, en México no existía la mediación y los abogados no estábamos preparados para ver los conflictos jurídicos desde otro enfoque, con una visión basada, más en las necesidades emocionales de las partes, que atendiera a los sentimientos y buscara acuerdos mutuamente satisfactorios. De seguro que el hombre adúltero también tenía necesidades insatisfechas y él las podía haber expresado en un procedimiento distinto en el que se le diera voz y participación para encontrar, entre ambos, una solución más atinada a su conflicto de pareja.

Resulta obvio que el hecho de haber regresado como pareja fue un ejemplo claro de que el sistema de justicia formal o heterocompositiva falló en el cumplimiento de las necesidades de solución del conflicto familiar. El análisis de este caso nos muestra que la justicia formal, en ocasiones, le queda a deber a la generalidad en la atención de sus necesidades, que si bien se basa en derechos, también

involucra cuestiones diversas, como la afectiva, que por su carácter no son cuantificables en numerario ni pueden atenderse por el sistema tradicional de justicia, dada su restricción que entrevé solo lo que la norma predica o dicta, y cuyas respuestas, en algunos casos, generan más problemas que soluciones. Así, podemos afirmar que la sentencia concluye con el juicio o proceso, pero no siempre termina o resuelve el conflicto jurídico-social, o incluso el personal de quienes participaron en un litigio.

No es pertinente hacer un juicio crítico en contra del juzgador o de los abogados, porque nadie tenía obligación de visualizar un esquema distinto para la atención de las necesidades jurídico sociales de las partes en controversias como la narrada, por eso resulta necesario introducimos en el análisis de una nueva formación del abogado que lo lleve a vislumbrar las preocupaciones de sus clientes y le posibiliten entender mejor sus verdaderas necesidades en torno a la intervención del Estado en la solución de conflictos interpersonales, en las cuales pueda tener participación un tercero sin potestad para obligar, pero dotado de otras herramientas mejores para procurar alcanzar soluciones por las propias partes interesadas, como el mediador o el conciliador.

## VII. DE NUEVO A LA CUESTIÓN

Aun con todo lo expuesto pudiéramos concluir que siguen siendo incipientes los argumentos para establecer la necesidad de creación de una nueva rama del derecho, y mucho menos la autonomía del que hemos denominado: *derecho colaborativo*, porque para lograrlo necesitamos exponer las razones que motivan la creación, además de resolver las interrogantes del estudio independiente soportado en la doctrina y la legislación sustantiva y adjetiva, pero si faltaren elementos para concebirla, sí debe entenderse como una nueva forma del ejercicio profesional del abogado y, primer paso, debemos trabajar en habilitar a los profesionales del derecho en otras técnicas para llevar acabo el ejercicio profesional, en las cuales favorezcamos la búsqueda de acuerdos para el cliente que, en un primer momento, excluyan el conflicto de la vía judicial, dentro de la justicia formal, a fin de que se colabore con la parte contraria en la búsqueda de acuerdos mutuamente satisfactorios, los que serán legítimos y de observancia puntual, porque surgirán de las propias partes en disputa. Esta nueva concepción jurídica, aunque pareciera novedosa, en realidad tiene como antecedente primario la postura planteada, desde los años *setenta*, por Frank Sander, matemático y abogado, profesor emérito de la Universidad de Harvard, profesional que sienta las bases de los tribunales multi-puertas, también conocidos como *multi-door courthouse*: un sistema novedoso en la administración de justicia de acceso para los ciudadanos comunes en los Estados Unidos de América. En éste se exponían las variantes que debe tener toda persona para resolver sus conflictos, de modo semejante a un *buffet*, donde cada cual elige lo que más le apetece para saciar su apetito, aunque en este caso sería más preciso afirmar: para saciar su sed de justicia. En época más reciente y también en dicho país (*noventas*) se habla de una

normativa marco en el desarrollo del derecho colaborativo y los mecanismos alternos (*Uniform Law Collaborative Act*, 2009).

Otro claro ejemplo de cómo la colaboración no es una de nuestras principales estrategias a seguir en las diferentes circunstancias que se nos presentan en nuestra vida, la basamos de modo fundamental en que nuestro desarrollo como persona vamos obteniendo ciertos elementos que nos hacen ser de cierta forma, caracteres que determinan nuestro comportamiento. La forma en la que lo adquirimos es mediante el aprendizaje, desde la enseñanza en la familia dentro de nuestra casa, la escuela e incluso el o los grupos sociales en los que nos desenvolvemos al formar parte de una sociedad. Y es entonces cuando en nuestra interacción con nuestros semejantes se ve reflejada una vez más la característica relativa a la competitividad, y es que precisamente en estos grupos socializadores a los que pertenecemos nos van enseñando consciente o inconscientemente a competir pensando que esta es la única forma de obtener el mayor beneficio.

### VIII. SI AMBOS JUGADORES SON COLABORATIVOS OBTENDRÁN MAYOR PUNTAJE

En un ejercicio practicado con grupos de alumnos de la licenciatura en derecho para visualizar qué tipo de negociadores son o serán, los resultados obtenidos fueron más que claros sobre nuestra tendencia natural a competir. La actividad propuesta fue la práctica del juego de cartas denominado: “Serpientes y conejos”, que consiste en obtener la mayor cantidad de puntos posibles en cinco tandas de juego. En el juego, todos los competidores, de modo simultáneo, deben tirar una carta en una mesa, sin que puedan ver cuál tirarán los otros, para que al final se vea cuál eligió cada uno. Con las cartas sacadas por cada uno, los resultados que se pueden obtener son en los términos siguientes: si uno de los jugadores juega con la carta de conejo y otro la de serpiente, el segundo obtiene tres puntos, mientras que el primero no obtiene puntos; si ambos jugadores sacan conejo, cada uno obtienen dos puntos, y si ambos sacan serpiente, ganan un punto cada uno.

Una vez explicadas las instrucciones inició el juego y, en la mayoría de los casos, los jugadores que obtenían más puntos optaban por jugar víbora, mientras que los que conseguían menos empezaban jugando conejo, pero, en las últimas tandas también decidieron sacar su carta de víbora. Al preguntarles sobre los motivos que los llevaron a la selección de la carta que tirarían, los que eligieron víbora, en su mayoría aplicaban la lógica de que si en cada turno sacan esta carta iban a ganar o a empatar, pero nunca perderían, y dado que los “perdedores” tiraban conejo, no en todos los turnos, el competidor destacado obtenía siete puntos, dado que él tiraba siempre víbora, pero su contrincante sólo en uno de los casos tiró conejo.

Al finalizar los juegos, los aparentes ganadores estaban muy contentos, porque consideraban que habían triunfado por haber obtenido más puntos; sin embargo, ésta no es la estrategia mediante la cual se obtiene la mayor cantidad de puntos en este juego: si todos hubiesen tirado conejo, ambos jugadores habrían

obtenido diez puntos, es decir, tres puntos más que aquel que “pensó muy bien” su estrategia de juego.

Esta sencilla actividad reflejó cómo ignoramos el hecho de que si ambos jugadores son colaborativos obtendrían mayor puntaje; éste es el objetivo principal del juego.

## IX. LA COLABORACIÓN EN EL DERECHO

Si trasladamos este juego simple, al derecho, refleja que la colaboración puede ayudarnos a obtener lo que buscamos sin que la parte contraria pierda. Implica un ganar-ganar. Mediante el diálogo puede accederse a las necesidades del otro, además de tener un panorama más completo sobre lo que originó el conflicto; de esta forma cada parte siente que ha sido escuchada y que realmente su postura será tomada en cuenta para dictaminar la resolución favorable para ambas, ya que es flexible a las necesidades de cada uno.

Al incluir una formación colaborativa no competitiva, en la formación de los abogados, se irá inhibiendo el deseo de contender y, poco a poco, lo natural será buscar la cooperación para obtener el mayor beneficio para todos los involucrados. De ahí que estimamos necesaria la implementación del aprendizaje de este tipo en la formación, no sólo del futuro abogado, sino incluso para la vida diaria, con el propósito de dejar de lado el deseo de vencer y llegar a la comprensión de que se puede ganar sin necesidad de que el otro pierda.

Esta práctica colaborativa tiene diferentes ámbitos de aplicación, casi en cualesquiera de los derechos de libre disposición; por ejemplo, resaltan los resultados fructíferos en la atención integral del conflicto en las materias familiar y civil, en donde se tienen registradas experiencias de alto grado de satisfacción entre los conflictuados, que documentan la resolución encontrada de manera colaborativa, lo que permite a las partes explorar el origen, el desarrollo y la cúspide de su conflicto para asumir sus obligaciones de manera responsable basándose fundamentalmente en la exposición de los intereses que avalan las posiciones de cada cual, para que al final propongan soluciones responsables, integradoras y participativas, más allá de beneficiar a uno sólo de ellos.

El derecho colaborativo tiene características que le dan uniformidad; entre otras, la exclusión de la vía judicial como única opción para solucionar las controversias; el diseño u observación de un procedimiento informal que cada parte y sus abogados pueden elegir y variar según su conveniencia, además del elemento final y fundamental: el espíritu colaborativo entre los conflictuados y sus abogados.

En lo referente a los sustentos doctrinales y normativos que pudiesen avalar al derecho colaborativo como nueva disciplina jurídica podemos mencionar los escritos enriquecedores que en nuestro país han presentado los autores siguientes: Ana Ballesteros Temprano, “El derecho colaborativo una forma más humana para la resolución de controversias”; Luis Fernando Saucedo Morales, “Derecho colaborativo una nueva forma de solucionar conflictos”, y Antonio M. Prida, “Derecho

colaborativo otra forma de resolver conflictos”, entre otros que ya han empezado a sembrar la inquietud sobre esta nueva rama o conocimiento obligatorio en la formación de los futuros abogados.

En el ámbito normativo se puede rescatar el antecedente de la figura de la transacción que los códigos civiles prevén acerca de la solución buscada por las partes haciéndose recíprocas concesiones, además de las leyes estatales de justicia alternativa, la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal*, y, claro como parte fundamental la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en el artículo 17 cuando refiere que, “siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”. Y si bien estas nociones pudieran estimarse contradictorias con las ideas expresadas, de que la característica fundamental del derecho colaborativo es la exclusión de la vía judicial, no es tal, pues la norma constitucional pretende alentar las soluciones pacíficas no adversariales, por ende, colaborativas.

## X. LA REGULACIÓN ACTUAL RESULTA INSUFICIENCIA PARA LA ATENCIÓN MEJOR DEL CONFLICTO

El marco normativo vigente en esta época no regula la rama del derecho que proponemos, por lo que en la Academia será necesario realizar mayores esfuerzos para robustecer la parte doctrinal para que ésta lleve a los órganos legislativos a regular de manera más particularizada el tema y logremos también una postura legislativa sobre tan novedosa rama de la ciencia jurídica.

Otra cuestión que proponemos analizar para sustentar la propuesta del *derecho colaborativo* es la relación que guarda con los mecanismos alternos de resolución de controversias, en particular con la mediación; la estimamos una mediación sin mediadores. La práctica colaborativa tiene base en dichos mecanismos, pero, por ejemplo, a diferencia de la mediación tendrá un protagonista ajeno a las partes que facilita el proceso, y esta participación podrá recaer en los abogados formados en derecho colaborativo, de tal suerte que ahora ellos serán los auxiliares para que las partes resuelvan su conflicto de manera auto-compositiva y asistida. Lo anterior justificaría que los futuros abogados estudiaran estos temas para convertirse en mejores asesores y representantes de sus clientes. El *derecho colaborativo* prepararía al futuro abogado en la comprensión del tema derivado de los conflictos jurídicos sociales, para que éste aprendiera a entender las necesidades y el verdadero conflicto que lleva a la persona a su despacho, al tiempo que propiciara mayor entendimiento y empatía entre el profesional y el potencial interesado en busca de asesoría jurídica.

El segundo elemento de estudio sería el análisis de las diversas formas de gestión o solución de los conflictos para que comprenda que éstos no se resuelven sólo de manera hetero-compositiva y adversarial, sino que tiene a su disposición otras formas: auto-tutelares y auto-compositivas.

Los siguientes temas que acompañarían el aprendizaje del *derecho colaborativo* tienen que ver con la negociación y las diferentes escuelas que nos enseñan la comprensión del difícil arte de transigir en forma exitosa. Como tema central se abordarían las bondades de los acuerdos negociados y la capacidad que todos tenemos para colaborar desde una perspectiva jurídica, a partir del estudio de la Constitución y de las diferentes figuras procesales que regulan los antecedentes del contrato de transacción, además de las leyes nacional y estatales que abordan los mecanismos alternos de solución de controversias o justicia alternativa. De tal suerte, al finalizar el estudio, el alumno conocerá, explorará y profundizará en el estudio de un nuevo paradigma sobre la gestión de los conflictos, y éste le posibilitará, más tarde, ya como abogado, ofrecer a sus clientes otra modalidad de gestión del mismo, cuando le planteen un asunto para su pronta solución: podrá hablarles de una visión nueva acerca de sus controversias, no la forma tradicional o adversarial de resolverlos, sino de la posibilidad de encontrar una solución colaborativa.

Con el aprendizaje sobre el paradigma colaborativo, la asesoría que podría brindar el Licenciado en Derecho sería más completa, y estaría no solamente favoreciendo más variantes en los esquemas de atención procesal; con mayor significado, también estaría contribuyendo a la cultura de la paz, que tanta falta le hace a la sociedad contemporánea. De pronto, como integrantes de la sociedad comprenderíamos que, no solamente peleando podemos resolver las disputas; que una sentencia no siempre pone fin a un conflicto, sino que, tal vez, dará nacimiento a uno nuevo o de mayor envergadura. Lo que la sentencia termina es el proceso jurisdiccional, pero en muchos casos no concluye la controversia ni el conflicto, mucho menos resuelve las necesidades de los que fueron llevados al litigio adversarial.

Se trata, pues, de un desafío que engloba al estudio tradicional de la ciencia jurídica, y qué, como consecuencia, puede no ser bien visto por los conservadores atados a los esquemas tradicionales ni por aquellos a quienes les gusta continuar haciendo las cosas de la misma manera.

Por tanto, se requiere una visión futurista dispuesta a desafiar los paradigmas existentes para lograr la consolidación de nuevos programas de estudios de la ciencia del derecho en los que tenga cabida el derecho colaborativo, sea que se cuestione o no si merece considerarse una rama autónoma que amerite un estudio independiente de las otras, o de un tema que forme parte de alguna disciplina ya consolidada, pero, lo que desde ya estimamos como verdad innegable, es que el jurista debe formarse no sólo en los esquemas adversariales, sino también, y acaso más aún por las necesidades sociales en las que transita nuestro país, en las visiones de cooperación y de fomento a la cultura de la paz que no pretenden excluir la visión propia del conflicto, sino que buscan generar un comportamiento colaborativo que excluya la visión del conflicto desde el enfoque destructivo y más bien generen una visión constructiva del mismo.

## XI. PARA FINALIZAR

En definitiva, como soporte y fundamento de nuestra propuesta, tendríamos que tomar en cuenta y valorar la eficacia que han tenido en México —durante los último veinte años— los centros de justicia alternativa de las diversas entidades federativas, que al cabo de estos años de actividad intensa han consolidado su aportación a la cultura de la paz y a la nueva concepción pública que busca resolver los conflictos en forma auto compositiva, la cual tiene como fundamento cardinal la responsabilidad de los generadores y se traduce en una participación más comprometida de quien afronta desavenencias y coopera en la búsqueda de soluciones. Esta participación los convierte en mejores ciudadanos, responsables de sus actos y de las probables consecuencias, pues los asumen con el propósito de enmendar lo negativo que abonó al demérito de los valores de la sociedad mexicana y que en ocasiones incluso menoscabó la dignidad de algunos de sus miembros.



# DE LOS EFECTOS DEL ACUERDO ARBITRAL TRAS LA EXTINCIÓN POR NOVACIÓN DE LA OBLIGACIÓN QUE LO CONTIENE

## *THE EFFECTS OF THE ARBITRAL AGREEMENT AFTER THE EXTINCTION BY NOVATION OF THE OBLIGATION CONTAINING IT*

PAUL G. RENAUD COURTNEY\*  
Universidad Anáhuac México, México  
[paul.renaud@anahuac.mx](mailto:paul.renaud@anahuac.mx)

### RESUMEN:

El principio de autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral impide que éste se destruya cuando la obligación que lo contiene se extingue por novación. La cuestión es dilucidar si ese pacto de arbitraje que sobrevive a la novación se transfiere a la nueva relación jurídica o no, y, en todo caso, determinar cuál será su utilidad y cuales sus efectos una vez desaparecida la obligación específica para la cual fue establecido por las partes.

#### **Palabras clave:**

Novación, arbitraje, acuerdo arbitral, separabilidad del acuerdo arbitral, autonomía del acuerdo arbitral, relación jurídica.

### **ABSTRACT**

*The principle of autonomy or separability of the arbitration agreement prevents it from being destroyed when the obligation that contains it is extinguished by novation. The question is to determine if this arbitration agreement that survives the novation is transferred to the new legal relationship or not, and, in any case, determine what will be its usefulness and what its effects will be once the specific obligation for which it was established by the parties has disappeared.*

---

\* Abogado por la Escuela Libre de Derecho, Candidato a Doctor en Derecho de la Empresa por la Universidad Anáhuac México en convenio con la Universidad Complutense de Madrid, profesor de Obligaciones y Contratos civiles en la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México, Coordinador Académico de Derecho Privado y Mediación en la misma institución.

### **Keywords:**

*Novation, arbitration, arbitration agreement, autonomy of the arbitration agreement, separability of the arbitration agreement, legal relationship.*

## I. NOTA PRELIMINAR

La eficacia extintiva de la novación es incuestionable. Llevada a cabo conforme a los lineamientos que para su procedencia son previstos por la ley, surte el doble efecto de extinguir por un lado una obligación previamente existente y, por el otro, el de dar nacimiento a una nueva obligación que vincula a las mismas partes y que sustituye a la anterior.

En estas condiciones, se plantea en primer término la necesidad de precisar si la fuerza extintiva de la novación se extiende o no al convenio arbitral que suscribieron las partes para definir el mecanismo de solución de las controversias que hubieran podido surgir con motivo de la relación jurídica que se extingue, tomando especialmente en consideración el principio de autonomía —o separabilidad— del acuerdo arbitral.

*Prima facie*, la respuesta a dicho planteamiento se presenta evidente: toda vez que por autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral se entiende que este pacto no es propiamente accesorio sino independiente en su totalidad del contrato en el cual se encuentra incorporado y que en realidad estamos en presencia de dos relaciones jurídicas distintas, es de concluirse que la novación que produce la extinción de la obligación respecto de la cual se estableció por las partes el sometimiento al arbitraje para resolver en su caso las disputas que de ella derivasen, no tiene el alcance de extinguir per se este acuerdo arbitral, sino que sobrevive a la supresión de tal obligación.

Por supuesto, el asunto que nos ocupa no concluye —ni podría concluir— en este punto. Más allá de la meridiana explicación en el sentido de que si la intención de las partes al acordar la novación incluye la eliminación del convenio arbitral, debe hacerse constar dicha voluntad expresamente, manifestarla en específico para tal efecto y de manera adicional a la de novar la obligación a la cual se encuentra vinculado, las cuestiones que no han quedado puntualmente esclarecidas son las referentes a que si bien es innegable que la novación de una obligación no extingue por sí sola el acuerdo arbitral que le corresponde sino que subsiste con vida propia con posterioridad a la novación, ¿para qué subsiste?, ¿sus efectos trascienden a la nueva obligación?, ¿es jurídicamente relevante que ese acuerdo arbitral siga teniendo existencia y eficacia después de la extinción de la relación jurídica concreta para la cual fue establecido convencionalmente por la partes?

Abordar el análisis de estos planteamientos y presentar nuestros personales argumentos conclusivos en torno a los mismos es el objetivo de este trabajo.

## II. DINÁMICA DE LA NOVACIÓN

El panorama evolutivo de esta particular forma de extinción de las obligaciones nos presenta de ella distintas modalidades. En primer término, la novación objetiva, que se da cuando en la sustitución de la antigua obligación por la nueva

encontramos una diferencia sustancial en algún elemento que afecta la esencia de la relación jurídica, como puede ser el objeto, la causa o la condición. En segundo lugar, existe la novación subjetiva, que se caracteriza por el cambio de alguno de los sujetos de la relación, de manera que la nueva obligación cuenta con un acreedor o un deudor diferente respecto de la primitiva. En nuestro país, esta última forma de novación quedó suprimida en la legislación civil de 1928,<sup>1</sup> la que introdujo la figura de la cesión de deudas dentro de los medios de transmisión de las obligaciones, al lado de la cesión de derechos y la subrogación; esto implica que, a partir de la entrada en vigor de dicha legislación, el cambio de sujetos en una determinada relación jurídica obligacional no la extingue, sino que se mantiene la misma con diverso acreedor o deudor, según sea el caso.

En estas condiciones, haremos referencia específica a los elementos principales de la novación objetiva, a fin de estar en posibilidad de evidenciar sus alcances sobre el acuerdo arbitral.

En México, tanto el *Código Civil Federal* como el *Código Civil para el Distrito Federal* establecen en su respectivo artículo 2213: “Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua”, y precisa el artículo 2215 de ambos ordenamientos: “La novación nunca se presume, debe constar expresamente”.

De manera general, la eficacia extintiva y creadora de la novación requiere del acuerdo de voluntades de las partes involucradas<sup>2</sup> y, además, en todas las legislaciones que la regulan, tal eficacia está sujeta a la actualización de importantes condiciones:

- a) La existencia de una obligación previa cuya extinción se pretende.
- b) La creación de una nueva obligación que sustituye a la primera.
- c) Una diferencia sustancial entre la obligación primitiva y la nueva.
- d) El animus novandi de las partes, es decir, su intención de novar.

Se subraya la relevancia del nexo causal existente entre los dos primeros requisitos que hemos mencionado, pues resulta que de no extinguirse la obligación primitiva no podría crearse la nueva, y a la inversa, si esta última no naciera, la relación jurídica original no se extinguiría. Francisco de A. Sancho Rebullida,<sup>3</sup> citando a Cossío, se expresa en el mismo sentido, indicando que “la extinción de la obligación primitiva no es solo el efecto, sino, además, la causa de la nueva, llamada a sustituirla, hasta el punto de que nacimiento y extinción se condicionan recíprocamente y la obligación nueva no se produce si la anterior era nula o inexistente y viceversa”.

<sup>1</sup> Nos referimos concretamente al entonces Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, promulgado en 1928 y con entrada en vigor el 1° de octubre de 1932. El código civil de 1884 contemplaba la novación subjetiva en los siguientes términos: “Art. 1607. Hay también novación cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo, que queda exonerado; o cuando el antiguo acreedor es substituido por otro, con quien queda obligado el deudor primitivo.”

<sup>2</sup> Al efecto, el artículo 2214 de los códigos civiles Federal y para el Distrito Federal dispone en ambos casos que la novación es un contrato, y como tal, está sujeto a las disposiciones respectivas, salvo las modificaciones que en dichos ordenamientos se previenen.

<sup>3</sup> SANCHO, Francisco de A., *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Nauta, S.A., 1964, p. 327.

También es fundamental el requisito de que en la nueva obligación que nace como consecuencia de la novación se incluya un elemento nuevo —*aliquid novi*— que denote una diferencia sustancial respecto de la relación jurídica anterior, toda vez que, si no hay diferencia, o se trata de una diferencia no esencial o sustancial, no tendrá lugar la novación. En su *Tratado elemental de derecho civil*, Planiol y Ripert,<sup>4</sup> al explicar que la novación produce la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a sustituirla, destacan la importancia de la diferencia sustancial que debe existir entre la obligación que se extingue y la que la reemplaza:

La segunda obligación debe diferir de la primera por un elemento nuevo, suficiente para que se distinga una de la otra: “Novatio enim a novo nomen accepit”. Si faltase esta diferencia, la antigua obligación continuaría existiendo sin cambiar, y la pretendida novación no sería sino su reconocimiento o confirmación.

Este aspecto de la novación tiene especial trascendencia en la perspectiva del análisis que venimos realizando, pues debe dejarse en claro que la divergencia en lo esencial de ambas obligaciones implica por supuesto que se trata de dos relaciones jurídicas diferentes, una extinta y otra naciente, y que, salvo convenio expreso, lo que afectaba a la primera no puede seguir afectando a la segunda. Sobre este rasgo de la novación explican Fausto Rico, Patricio Garza y Mischel Cohen,<sup>5</sup> que no cualquier variación en el objeto produce la extinción del vínculo obligatorio sino solamente la que sea sustancial, conforme a lo establecido por el artículo 2213 del código civil. “La modificación sustancial —continúan— es la que impide que algo siga siendo lo que es. Se contrapone a la accidental, que sólo afecta a las circunstancias del ser” (énfasis añadido).

Atendiendo a la naturaleza contractual de la novación, el *animus novandi*, es decir, la intención de novar, es otro elemento indispensable. En nuestro sistema jurídico se impone este requisito en el texto del artículo 2215 de nuestros códigos civiles Federal y para el Distrito Federal: “La novación nunca se presume, debe constar expresamente”. La Suprema Corte de Justicia de la Nación también se ha pronunciado en diversas tesis por la indefectibilidad de esta precisión en el acto novatorio:

NOVACIÓN. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA. La novación del contrato nunca se presume; está sujeta a las condiciones de todos los contratos y a las disposiciones expresas de la ley, sólo existe, cuando de manera clara aparece la intención de cambiar por otra, la obligación primitiva.<sup>6</sup>

NOVACIÓN. NO EXISTE SI NO HAY VINCULACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS CELEBRADOS. De conformidad con el artículo 2213 del Código Civil para el Distrito Federal, existe novación de un contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente, sustituyendo una obligación nueva a la antigua; de manera que para

<sup>4</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho civil*, t. IV: *Las obligaciones*, 2a. ed., trad. de Jorge M. Cajica Jr., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 343.

<sup>5</sup> RICO, Fausto, et al., *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, México, Porrúa, 2013, p. 1131.

<sup>6</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo V, Segunda Parte-1, enero-junio de 1990, tesis s/n, p. 308.

que tenga lugar tal figura jurídica es indispensable que se reúnan los requisitos de existencia de una obligación anterior, la creación de otra obligación que la sustituya, la existencia de un elemento de esencia diferencial entre la primera y la nueva obligación y la exteriorización solemne de la voluntad o *animus novandi*; por tanto, si las partes no manifiestan su voluntad para sustituir la obligación anterior por una nueva, no existe novación.<sup>7</sup>

En estas condiciones, para que la novación surta sus efectos extintivo-creadores, es necesario que la voluntad de las partes en aras de que tales resultados se produzcan conste de manera indubitable, pues podría darse el caso de que un acuerdo no preciso en ese sentido tenga por consecuencia, no la novación, sino la *renovación* de la relación primigenia, o bien solamente la generación de una nueva obligación que en lo sucesivo coexistirá con la anterior. Planiol y Ripert<sup>8</sup> destacan la importancia de la intención de novar “porque en todo caso puede crearse una nueva deuda al lado de la ya existente. Si el acreedor no consiente en perder su primera acción, subsistirán las dos obligaciones, una al lado de la otra, pero sin la extinción correlativa de la primera”.

Naturalmente, el efecto extintivo de la novación alcanza tanto a la obligación principal original como a las obligaciones que le sean accesorias, sin embargo, puede el acreedor “por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva”.<sup>9</sup> Esta posible reserva del acreedor respecto de las obligaciones accesorias no puede dar lugar a la subsistencia de garantías constituidas por terceros si no es que éstos, en sus respectivos casos, hubieran manifestado su conformidad para tal fin.<sup>10</sup>

Podemos observar que estas disposiciones legales hacen referencia a las obligaciones accesorias en general, de manera que no se trata de una alusión exclusiva a las garantías sino que también “comprende los intereses y otras deudas anexas”.<sup>11</sup>

En este orden de ideas, si entendiéramos —como lo hacen algunos— que la cláusula arbitral contenida en un contrato determinado tiene carácter accesorio, tendríamos que concluir necesariamente que al extinguirse por novación la relación jurídica principal derivada de dicho contrato, el acuerdo de sujeción al arbitraje quedaría automáticamente extinguido, y habría que definir en estas circunstancias la curiosa posibilidad de que el acreedor “por una reserva expresa” pudiera impedir su extinción y entonces lograr que “pase” a la nueva obligación.

Por supuesto, esta consideración es inaceptable a la luz del principio de separabilidad del convenio arbitral, cuyos efectos y particularidades se tratan a continuación.

<sup>7</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 145-150, Cuarta Parte, tesis s/n, p. 387.

<sup>8</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *op. cit.*, pp. 349 y 350.

<sup>9</sup> Artículo 2220 tanto del Código Civil Federal como del Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>10</sup> Artículo 2221 de los referidos códigos civiles: “El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación. Tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador.”

<sup>11</sup> RICO, Fausto, *et al.*, *op. cit.*, p. 1139.

### III. EL PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD O AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL.<sup>12</sup>

Uno de los principios de mayor relevancia y trascendencia en el ámbito del arbitraje comercial es sin duda alguna el de la autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral. Este principio se traduce, grosso modo, en que el pacto de sujeción al arbitraje constante en la cláusula arbitral de un contrato determinado, constituye un acuerdo claramente independiente de éste, con “vida propia”, y en consecuencia es inmune por regla general a las vicisitudes que puedan afectar la eficacia o validez del contrato que lo contiene, incluido el supuesto de su posible inexistencia.

Significa que la cláusula compromisoria se considera independiente del contrato principal del cual forma parte y, por ende, permanece vigente con posterioridad a su extinción. De hecho, sería totalmente contraproducente que el incumplimiento del contrato o la petición de su nulidad bastaran para poner fin también a la vigencia de la cláusula compromisoria, ya que es una de las situaciones en las que más se precisa dicha cláusula.<sup>13</sup>

El principio de separabilidad del acuerdo arbitral tiene amplísimo reconocimiento y enorme aceptación a nivel internacional. Particularmente se aprecia su recepción por una gran cantidad de países que han adoptado en su legislación interna los lineamientos de la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>14</sup> sobre Arbitraje Comercial Internacional, la que lo consigna expresamente en el párrafo 1) de su artículo 16:

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.<sup>15</sup> (Énfasis añadido)

México adopta la Ley Modelo en 1993 y a partir de entonces quedó contemplado el principio de separabilidad del convenio arbitral en el texto del artículo 1432 del código de comercio, en los mismos términos.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Conocido también como principio de independencia o de “vida propia” del acuerdo arbitral.

<sup>13</sup> REDFERN, Alan y HUNTER, Martin *et al.*, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4a. ed. en español revisada y adaptada por Noiana Marigo y Felipe Ossa, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 257.

<sup>14</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o UNCITRAL por sus siglas en inglés.

<sup>15</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, 2088, p.9.

<sup>16</sup> Artículo 1432.- El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria. (Énfasis añadido)

Este principio tiene su asiento en el hecho de que entre acuerdo arbitral y el contrato que lo contiene no existe propiamente un nexo de accesoriedad o dependencia, sino que se trata de dos relaciones jurídicas distintas y autónomas.<sup>17</sup>

Francisco González de Cossío<sup>18</sup> advierte sobre esta dualidad de relaciones y precisa que el destino del acuerdo arbitral se encuentra disociado del contrato principal:

El análisis de validez del acuerdo arbitral es jurídicamente distinto del análisis de validez de la relación que lo contiene. Ello significa, en el argot del derecho de las obligaciones, que cuando las partes celebran un contrato con un acuerdo arbitral, jurídicamente entablan no una sino dos relaciones jurídicas. Y cada una se cocina aparte.

En la práctica del arbitraje comercial, doméstico e internacional, encontramos una franca inclinación por la separabilidad del acuerdo arbitral. Los principales reglamentos de arbitraje, institucionales e internacionales, incluyen en su contenido la referencia expresa a este principio.

Así, por ejemplo, el artículo 21.2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establece en lo conducente: “Una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato”.<sup>19</sup>

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés) señala en su artículo 6.9:

Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y decidir sobre sus pretensiones y alegaciones.<sup>20</sup>

El artículo 11 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), bajo el título “Autonomía del acuerdo de arbitraje”, dispone al efecto:

La posible nulidad o inexistencia del contrato o convenio no implica la incompetencia del Tribunal Arbitral si éste admite la validez del acuerdo de arbitraje. El Tribunal Arbitral continúa siendo competente, incluso en caso de inexistencia o de nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus Demandas y conclusiones.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Cfr. PEREZNIETO, Leonel y GRAHAM, James A., *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Colección Mediación – Arbitraje, México, Limusa, 2009, pp. 129 y 130.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 4a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 434.

<sup>19</sup> Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>.

<sup>20</sup> Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente a partir del 1° de marzo de 2017, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>.

<sup>21</sup> Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, <https://camex.com.mx/wp/wp-content/uploads/2017/11/reglas-de-arbitraje-del-cam-adoptadas-por-arias-mexico.pdf>.

Es de concluirse —por ende— que son efectos básicos del principio de separabilidad: a) que el acuerdo arbitral no necesariamente sigue la suerte del contrato en que se contiene; b) que el acuerdo arbitral puede estar sujeto a un régimen legal distinto al del contrato que lo incluye; y c) que el tribunal arbitral puede resolver sobre su propia competencia.<sup>22</sup> Cabe añadir como consecuencia lógica derivada de las consideraciones que hemos venido haciendo, que para darse el supuesto de que el acuerdo arbitral se viese afectado de inexistencia o nulidad, las causas de tales ineficacias tendrían que incidir de manera directa sobre los elementos de existencia o requisitos de validez del propio acuerdo arbitral, independientemente de las que pudieran referirse al contrato que generó la relación jurídica subyacente respecto de la cual se pactó la sujeción al arbitraje en caso de controversia.

#### IV. IMPACTO DE LA NOVACIÓN SOBRE EL ACUERDO ARBITRAL Y EFECTOS POSTERIORES

Con base en lo expuesto hasta ahora, reiteramos evidentemente la conclusión en el sentido de que la novación de una relación jurídica no tiene el efecto de extinguir por sí sola el acuerdo arbitral establecido por las partes con miras a resolver las controversias que en su caso derivasen de dicha relación, debido a la separabilidad o autonomía del convenio arbitral. También ha quedado claro que, si la intención expresa de las partes al llevar a cabo la novación es suprimir la cláusula arbitral, por supuesto ésta no subsistirá, de manera que para que la obligación naciente cuente con una cláusula de sujeción al arbitraje debe pactarse nuevamente al efecto; de lo contrario, las controversias que deriven de la nueva obligación se habrán de resolver por vía judicial.

Ahora bien, reconociendo la subsistencia del acuerdo arbitral después de la extinción por novación de la relación jurídica a la cual estaba dirigido, una cuestión que debe dilucidarse de entrada es si ese pacto arbitral que sobrevive pasa a la nueva obligación, vinculando a las partes al arbitraje tal como en la anterior. Por la afirmativa se pronuncian algunas voces, como la de Jesús Córdoba Schaefer:<sup>23</sup>

En efecto, al tratarse de dos contratos distintos, al novar una obligación, la cláusula arbitral perdura o sobrevive y se impregna en la nueva obligación; mientras que las partes también pueden optar por la novación del acuerdo arbitral, siendo entonces importante esa intención de animus novandi, también de la novación del acuerdo arbitral, cambiándola por otra forma de solución de controversias, como es el caso de optar por la jurisdicción ordinaria [...].

[...] nuestra conclusión principal sobre este punto es que en los casos de cesión, novación y subrogación o cualquier otro contrato que implique la transmisión de derechos y obligaciones a otra parte, se debe presumir que el convenio arbitral se transfiere con ella, salvo que las partes acuerden expresamente lo contrario. (Énfasis añadido)

<sup>22</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, p. 283.

<sup>23</sup> CÓRDOVA, Jesús, “La vinculación del convenio arbitral en los contratos de cesión o de la mal llamada transmisión de la cláusula arbitral”, *Informe práctico de arbitraje, Actualidad Jurídica*, Perú, núm. 240, noviembre 2013, pp. 84-91.

En México no se han dado pronunciamientos judiciales que aborden particularmente este problema. Sin embargo, en las decisiones de nuestros Tribunales Federales se cuenta con una tesis aislada que, en una interpretación a contrario sensu, podría dar lugar a pensar en la transferencia del acuerdo arbitral de la obligación original a la nueva, en caso de novación:

Arbitraje mercantil. criterios para determinar la ineficacia del acuerdo de. Un acuerdo de arbitraje es ineficaz cuando hay algún motivo por el cual no puede producir efectos, por lo que son causas de ineficacia del acuerdo arbitral aquellas que impiden que se produzcan sus efectos, positivos o negativos, ya sea porque las partes no están facultadas y obligadas a someterse al arbitraje, o debido a que es imposible plantear la diferencia ante un tribunal estatal. Así, no podrán generarse los efectos del arbitraje si existe una renuncia de ambas partes al mismo, dado que esa voluntad es prioritaria en la conformación del acuerdo y debe atenderse a ella, como se tiene que respetar en el caso opuesto, esto es, cuando se pacte el convenio arbitral, en atención a que la voluntad de las partes es la base toral de las convenciones mercantiles. Desde luego, esa renuncia deberá constar de manera expresa e indubitable, porque de esa misma forma tiene que obrar el acuerdo arbitral en aras de la certeza y de la constatación del efectivo consentimiento en comprometer, y la exigencia que para ese acuerdo se impone debe también, por identidad de razón, regir en cuanto a la dimisión al compromiso. Tampoco podrán surtirse los efectos del arbitraje si hay una novación de la cláusula arbitral, pues en tal caso se sustituirá el compromiso de someterse al arbitraje por el pacto de sujetarse a la jurisdicción estatal, es decir, una obligación primigenia por una posterior, acorde a la naturaleza de esa figura que se regula en el artículo 2213 del Código Civil Federal. De la misma forma, si el plazo en que debía acudirse al arbitraje, en caso de existir pacto sobre esa vigencia temporal o aplicarse el previsto legalmente de manera genérica, ha fenecido, porque en tal caso opera la prescripción en su vertiente negativa, liberadora de obligaciones, conforme a los artículos 1135 y 1158 del Código Civil Federal, en relación con los artículos 1038 y 1047 del Código de Comercio. Similar imposibilidad de producción de efectos del pacto arbitral se dará si un tribunal estatal resolvió la controversia sin oposición de las partes, o cuando la sentencia judicial ha causado ejecutoria, dada la firmeza que ello produce y el respeto que debe darse a la cosa juzgada, lo cual impedirá a las partes someter al arbitraje una cuestión ya fallada por un órgano del Estado, quien tampoco podrá hacer la remisión correspondiente. La muerte o incapacidad de los árbitros, en caso de que hayan sido designados nominalmente en el convenio arbitral y no se haya previsto en este último la posibilidad de sustituirlos, también provoca que no pueda producir efectos dicho pacto, dado que no habrá tribunal arbitral que conozca del asunto y al cual deba remitir la autoridad judicial. Los anteriores supuestos relacionados con la falta de capacidad para que el acuerdo de arbitraje surta sus efectos, esto es, con su ineficacia, son enunciativos y no limitativos, ciertamente, pero revelan que el juzgador que se pronuncia sobre esa cuestión debe constreñirse a verificar si existe un motivo que impida que los referidos efectos se produzcan.<sup>24</sup> (Énfasis añadido)

<sup>24</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, tesis I.3o.C.521 C, p. 2623.

En efecto, al establecer la tesis de referencia que los efectos del arbitraje tampoco podrán surtir si hay novación de la cláusula arbitral, sustituyéndose en este caso el compromiso de someterse al arbitraje por el de sujetarse a la jurisdicción estatal, podría interpretarse a contrario sensu que, si **no** hay novación de la cláusula arbitral, entonces los efectos del arbitraje sí podrán darse en relación con la nueva obligación, sin sustituirse el acuerdo arbitral por el de sometimiento a la jurisdicción estatal.

En nuestra opinión, la consideración sobre la supuesta transferencia del acuerdo arbitral de la obligación antigua a la nueva en caso de novación resulta por demás incorrecta. Basta con poner atención al concepto que de acuerdo de arbitraje se establece de forma generalizada en la legislación arbitral a todo nivel. Por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional lo define en los términos siguientes:

#### ARTÍCULO 7. Definición del acuerdo de arbitraje

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. (Énfasis añadido)

Siguiendo esa misma línea, nuestro código de comercio precisa en la fracción primera del artículo 1416:

ARTÍCULO 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por:

I.- Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. (Énfasis añadido)

En España, la vigente Ley de Arbitraje<sup>25</sup> señala:

#### ARTÍCULO 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. (Énfasis añadido)

Se destaca en todos estos preceptos —y es común denominador prácticamente en todas las legislaciones arbitrales del mundo— que el acuerdo de voluntades de las partes para someter a arbitraje las posibles diferencias que surjan entre ellas, está referido de manera específica a una determinada relación jurídica, la que evidentemente no puede ser otra más que aquélla para la que se produjo de inicio el convenio arbitral.

<sup>25</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, y su reforma por la Ley 11/2011, de 20 de mayo.

Los comentaristas del Instituto Mexicano de Arbitraje<sup>26</sup> se pronuncian al respecto bajo la misma directriz, cuando al realizar la interpretación del artículo 1416 del código de comercio en torno al concepto de acuerdo de arbitraje, confirman que se trata de un acuerdo mediante el cual las partes deciden someterse al arbitraje a fin de resolver controversias que deriven de una determinada relación jurídica.

En otras palabras, el arbitraje comercial no puede plantearse respecto de controversias en abstracto ni sobre disputas que deriven de relaciones que no sean de naturaleza jurídica —por ejemplo, de tipo familiar o moral—, sino que en todo caso requiere haber una relación jurídica subyacente y es respecto de ésta que las partes pueden convenir en dirimir por la vía del arbitraje las diferencias que se susciten, siempre que estén dentro del ámbito de aplicación del Título Cuarto, desde luego.<sup>27</sup> (Énfasis añadido)

La referencia a una relación jurídica determinada —y no a otra— también se puntualiza en el texto de las cláusulas modelo de sujeción al arbitraje que proponen las más prestigiadas instituciones administradoras a nivel nacional e internacional. Por ejemplo, la cláusula modelo sugerida por el Centro de Arbitraje de México (CAM) establece: “Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), por uno o más árbitros nombrados conforme a dichas Reglas”. (Énfasis añadido)

Por su parte, la cláusula modelo de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) señala: “Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México”. (Énfasis añadido)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), plantea la siguiente cláusula modelo de arbitraje: “Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”. (Énfasis añadido)

En todas estas cláusulas modelo se aprecia claramente que el acuerdo de voluntades de las partes para someterse al arbitraje se dirige en forma específica y exclusiva a las controversias que deriven de la relación jurídica contractual en que se concreta la cláusula, sin que pueda entenderse que el mismo acuerdo aplica también con relación a las diferencias que resulten de alguna otra relación jurídica, aun cuando ésta vincule a las mismas partes, y mucho menos si se trata de una obligación sustancialmente diferente, como es la que nace como consecuencia de la novación.

<sup>26</sup> El Instituto Mexicano de Arbitraje es una asociación civil cuya finalidad es el fomento y desarrollo del arbitraje, principalmente el comercial, nacional e internacional, que agrupa a los más destacados especialistas en la materia.

<sup>27</sup> Instituto Mexicano de Arbitraje, Legislación mexicana de arbitraje comentada, México, Porrúa, 2015, p. 19.

A todo esto, no podemos perder de vista que el acuerdo arbitral es un contrato y como tal está sujeto a las reglas previstas al efecto por la legislación civil. En tal virtud, le resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1796 de los códigos civiles tanto Federal y para el Distrito Federal, en cuanto a que desde que se perfeccionan los contratos, “obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”.

Entonces, es indiscutible que, en razón del contenido de la cláusula arbitral, las partes quedan obligadas a lo expresamente pactado en ella, es decir, al sometimiento al arbitraje por las posibles controversias que llegasen a surgir de la relación jurídica que la contiene y no de otra totalmente distinta, como lo es la nueva obligación —sustancialmente diferente— que se crea en la novación a la par de la extinción de la obligación anterior.

Es claro que los términos de la cláusula arbitral dejan cabal y expresa evidencia de la intención de las partes respecto de cuál es la relación jurídica específica sobre la que recae su obligación de sujeción al arbitraje en caso de controversia, sin que pueda suponerse en forma alguna que su acuerdo de voluntades se extiende a otra u otras obligaciones, salvo que se hubiera convenido expresamente en ese sentido. Atendemos por supuesto a lo dispuesto por los artículos 1851 y 1852 de los citados códigos civiles, cuyo texto en ambos ordenamientos es como sigue:

ARTÍCULO 1851.- Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

ARTÍCULO 1852.- Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

Por consiguiente, debemos entender que aun cuando la novación no provoca la extinción del acuerdo arbitral, sino que lo deja “vivo” por efecto del principio de separabilidad, no puede ser que dicho acuerdo subsistente sirva ahora en sus términos para obligar a las partes a acudir al arbitraje en caso de desavenencias derivadas de una relación jurídica distinta, para la cual no fue convenida la cláusula arbitral en cuestión.

Esto es así porque, en la novación, el expreso propósito de quienes la llevan a cabo es suprimir absolutamente la obligación que originalmente los vincula, con todo cuanto de hecho y por derecho le corresponde, y sustituirla por otra totalmente diferente —*animus novandi*—. Si la voluntad de las partes no se manifiesta con este objetivo de manera expresa, no habrá novación.<sup>28</sup>

Además, se ha hecho notar previamente que el acuerdo arbitral no tiene carácter accesorio respecto de la relación jurídica obligacional que lo contiene.

<sup>28</sup> Este mismo criterio ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis aislada bajo el rubro: Novación no existe si no hay vinculación jurídica entre los contratos celebrados. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tercera Sala, Volumen 145-150, Cuarta Parte, p. 387.

Por esta razón, no le atañe la disposición del artículo 2220 de nuestros precitados códigos civiles, la que en ambos ordenamientos hace referencia al hecho de que la novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias, con la posibilidad de que el acreedor, por una reserva expresa, impida la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasarían a la nueva. Resultaría francamente impensable e improcedente que por una reserva expresa “del acreedor” —lo que evidentemente supone una decisión unilateral—, el acuerdo arbitral previsto para la obligación primitiva pudiera “pasar” a la nueva.

Ahora bien, si de conformidad con lo expuesto entendemos: a) que la novación produce el efecto de extinguir por completo la obligación primigenia pero no el acuerdo arbitral previsto para ella, dado el principio de autonomía o separabilidad que lo rige; b) que el acuerdo arbitral que sobrevive a la extinción por novación de la obligación original que lo contempla no trasciende a la nueva; c) que si la intención de las partes en la novación es la de que la nueva relación jurídica prevenga su obligación de someterse al arbitraje en caso de posibles controversias derivadas de ella, tendrían que convenir nuevamente en ese sentido; entonces, ¿cuál es la razón jurídica de la subsistencia del acuerdo arbitral —con “vida propia”—, después de la extinción por novación de la obligación a la que estaba vinculado?

Para responder a este planteamiento debemos poner sobre la mesa algunas consideraciones de importancia. Primeramente, para entrar al análisis del impacto de la novación sobre el acuerdo arbitral, es necesario corroborar si al realizarse fueron cumplidos todos los requisitos que exige la ley para la eficacia de esta particular forma de extinción de las obligaciones, adicionalmente a los que son comunes a todos los contratos, conforme a las previsiones de nuestros multicitados códigos civiles.<sup>29</sup>

En efecto, para que la novación surta plenamente sus efectos deben cubrirse a cabalidad tanto los elementos de existencia como los requisitos de validez que le corresponden en función de su naturaleza contractual, en términos de los artículos 1794 y 1795 de los códigos civiles tanto Federal como para el Distrito Federal,<sup>30</sup> en correlación con las disposiciones que en dichos ordenamientos se establecen de manera específica en materia de nulidad de la novación:

ARTÍCULO 2218. La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solamente pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen.

ARTÍCULO 2219. Si la novación fuere nula, subsistirá la antigua obligación.

<sup>29</sup> El artículo 2214 establece en ambos ordenamientos: “La novación es un contrato, y como tal, está sujeta a las disposiciones respectivas, salvo las modificaciones siguientes”.

<sup>30</sup> Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Bajo esta premisa, y en aras de alcanzar una respuesta a la interrogante planteada sobre la razón y utilidad de la subsistencia *quia posterum* del acuerdo arbitral tras la novación de la obligación que lo contiene, tenemos que reconocer que en la hipótesis de que la novación haya tenido lugar en observancia completa de los requisitos legales que le aplican, es decir, si la novación se llevó a cabo en forma jurídicamente correcta, la conclusión evidente es que se producirá la extinción de la relación jurídica que contiene el acuerdo arbitral y consecuentemente este último, que sobrevive, se habrá quedado sin materia y sin posibilidad de ejecución.

En estas condiciones, pareciera que no existe razón que justifique la permanencia del convenio original de arbitraje con posterioridad al momento en que se verifica el acto jurídico novatorio. Sin embargo, esto no es así, por lo menos no del todo.

La pregunta obligada es: ¿para qué sirve entonces que el acuerdo arbitral subsista y permanezca vigente después de la novación?

No olvidemos que la novación es una figura contractual que puede verse afectada de inexistencia o de nulidad por no reunir los correspondientes elementos de existencia o los requisitos necesarios para su validez y que, además, la ley indica que la novación será nula si lo fuere igualmente la obligación primitiva. En todos estos supuestos subsistirá la antigua obligación.

Bajo esta perspectiva, la respuesta viable a mi parecer es en el sentido de que el pacto arbitral que subsiste con posterioridad a la novación tendrá eficacia precisamente en la hipótesis de que se planteen controversias sobre la existencia o validez del propio acto jurídico de la novación. En estos casos, el acuerdo de arbitraje que sobrevive a la extinción de la primera obligación tiene el alcance de vincular tales controversias a efecto de que sea el tribunal arbitral quien las resuelva. Lógicamente, la decisión del tribunal arbitral habrá de consistir, sin otra opción, en la declaración relativa a la improcedencia de la novación por razón de su inexistencia o nulidad, o bien, en la confirmación de su validez y eficacia con todas sus repercusiones.

En el primer supuesto, si la novación es declarada nula o inexistente por el tribunal arbitral, evidentemente no puede surtir efectos y, a la luz de la previsión del artículo 2219 de nuestros códigos civiles, subsistirá la antigua obligación. Claro es que, si esto ocurre, el acuerdo arbitral continuará en vigor en los términos y condiciones originalmente convenidos.

En el segundo supuesto, si el tribunal arbitral se pronuncia a favor de la plena eficacia de la novación, quedará confirmada la extinción de la relación jurídica específica respecto de la cual pactaron las partes el sometimiento al arbitraje en caso de surgir diferencias derivadas de la misma y, en consecuencia, el acuerdo arbitral de referencia se habrá quedado sin materia a partir de entonces y sin posibilidad futura de ejecución, no obstante su consabida permanencia “con vida propia” después de operar la novación, gracias a la fuerza que le imprime el principio de autonomía o separabilidad.

Más allá, no quedan a la vista otros alcances o aplicaciones de este acuerdo arbitral “superstite”, que permanece a futuro —*quía posterum*— tras la extinción de la obligación a la que estuvo ligado.

## V. CONCLUSIONES

En virtud del principio de autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral, éste y la obligación que lo contiene constituyen dos relaciones jurídicas claramente diferentes e independientes, de manera tal que las vicisitudes que pueden afectar a una de ellas no van a afectar a la otra. Como consecuencia, la novación que extinga la relación jurídica específica respecto de la cual convinieron las partes la sujeción al arbitraje en caso de controversias derivadas de ella, no tiene el efecto de extinguir por sí sola este acuerdo arbitral, sino que sobrevive a la novación.

Evidentemente, por elemental aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, si la intención de las partes en la novación es que la nueva obligación siga contemplando la obligación de acudir al arbitraje en caso de desavenencias que surjan de ella, por supuesto pueden pactarlo así, pero no se tratará de una “reserva” del acuerdo arbitral original como sucede con las obligaciones accesorias, sino de un nuevo convenio de arbitraje celebrado entre dichas partes, en relación directa y exclusiva con esa nueva obligación.

Aunque el acuerdo de arbitraje no se extingue por la novación y subsiste en sus términos con posterioridad, no se transmite a la nueva obligación. En todo caso, las partes tendrían que llevar a cabo un nuevo acuerdo de voluntades para incluir una cláusula arbitral que aplique de manera específica para la obligación naciente.

El acuerdo arbitral que sobrevive a la extinción de la obligación primitiva a causa de la novación, tendrá eficacia solo en el supuesto de que se susciten controversias sobre la existencia o validez del propio acto jurídico de la novación, quedando su resolución a cargo del tribunal arbitral.

En caso de que la resolución del tribunal arbitral declare nula o inexistente la novación, subsistirá la antigua obligación y naturalmente el pacto de arbitraje respectivo seguirá teniendo aplicación respecto de las posibles controversias que deriven de dicha relación jurídica, que fue precisamente el objeto para el que se estableció desde su origen por las partes. Si, por el contrario, la decisión del tribunal arbitral sostiene la validez y efectividad de la novación, el resultado será que el acuerdo arbitral queda sin objeto y sin posibilidad de ejecución posterior, toda vez que dejó de existir la relación jurídica para la cual fue convenido de manera específica y exclusiva.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21a. ed., México, S.A., 2009.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 4a. ed., México, Porrúa, S.A., 2014.

- INSTITUTO MEXICANO DE ARBITRAJE, *Legislación mexicana de arbitraje comentada*, México, 2015.
- PEREZNIETO, Leonel y GRAHAM, James A., *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Colección Mediación – Arbitraje, México, Editorial Limusa, 2009.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho civil*, t. IV: Las obligaciones, 2a. ed., trad. de Jorge M. Cajica Jr., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991.
- REDFERN, Alan y HUNTER, Martin *et al.*, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4a. ed. en español revisada y adaptada por Noiana Marigo y Felipe Ossa, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et al.*, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, 1a. ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 2013.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de A., *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Ediciones Nauta, S.A., 1964.

### *Hemerografía*

- CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, “La vinculación del convenio arbitral en los contratos de cesión o de la mal llamada transmisión de la cláusula arbitral”, *Informe práctico de arbitraje*, Actualidad Jurídica, Perú, núm. 240, noviembre 2013.
- FOLLONIER-AYALA, Alejandro, “Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, Vol.2, Núm. 2, Año 2014.

### *Otras fuentes*

- FLORES RUEDA, Cecilia (edit.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*, México, Themis, S.A. de C. V., 2011.

## LA MEDIACIÓN Y LA ORALIDAD EN LA JUSTICIA *THE MEDIATION AND THE ORALITY IN JUSTICE*

VÍCTOR MANUEL NAVARRETE VILLARREAL\*

Centro Estatal de Mediación, Conciliación y de Justicia  
Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México, México  
contacto.mediacion@pjedomex.gob.mx

*Los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo*

LUDWIG WITTGENSTEIN

### RESUMEN:

En junio de 2008 se sentaron las bases para que, en los procesos judiciales en México, imperen los principios de inmediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad, todo ello dentro de un sistema en donde predomine lo adversarial, lo acusatorio y la oralidad. Las bondades de la oralidad son evidentes: Fomenta la transparencia, y desincentiva prácticas corruptas; hace que la impartición de justicia sea realmente pronta y expedita y exige que los operadores jurídicos del foro estén mejor preparados en materia de Derecho.

### **Palabras clave:**

Procesos judiciales, oralidad, transparencia, mediación.

---

\* Licenciado en Derecho, con Mención Honorífica, por la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestro en Derecho por la Universidad de Harvard, Estados Unidos de América; en Relaciones Internacionales por la Universidad de Cambridge, Inglaterra; en Gestión y Resolución de Conflictos: Mediación, por la Universidad de Barcelona, y Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional por la Escuela Libre de Derecho y la Cámara Internacional de Comercio.

Se ha desempeñado como servidor público en el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, donde fungió como Secretario Auxiliar de su Presidente; fue Secretario del Agente del Ministerio Público en la Unidad Especializada en Delincuencia Organizada, de la Procuraduría General de la República; también, colaboró en la Coordinación de Asesores del Procurador General de la República.

Actualmente es Director General del Centro Estatal de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa del Poder Judicial del estado de México. Hasta septiembre de 2016 fungió como Director de Mediación Familiar del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Ha publicado diversos artículos en materia de derecho internacional y de mecanismos alternativos de solución de controversias.

Participó, a título personal y como experto internacional, en el escrito de *Amici Curiae*, en apoyo a la Comisión Federal Electoral, en el caso: McConnell y otros vs. La Comisión Federal Electoral, ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América.

Es miembro fundador del Colegio Nacional de Mediadores Certificados.; Asociado del Consejo Mexicano de Asuntos Internacionales (COMEXI) y miembro de la Rama Mexicana de la *International Law Association*.

## **ABSTRACT:**

*In June 2008 in Mexico, the basis was laid for the principles of immediacy, publicity, contradiction, concentration and continuity to prevail in the judicial proceedings, all within a system where the adversarial, the accusatory and orality prevail. The goodness of orality is evident: It promotes transparency, and discourages corrupt practices; makes the provision of justice truly prompt and expeditious and requires that the legal operators of the forum be better prepared in matters of law*

### **Keywords:**

*Judicial proceedings, orality, transparency, mediation.*

En la actualidad estamos atravesando por un parte aguas en la vida jurídica del país. En la reforma constitucional que entró en vigor en junio de 2008 se sentaron las bases para que, en los procesos judiciales en México, imperen los principios de inmediatez, publicidad, contradicción, concentración y continuidad, todo ello dentro de un sistema en donde predomine lo adversarial, lo acusatorio y la oralidad.

Es claro que el sentido de la reforma estaba dirigido a crear un nuevo sistema de justicia penal y de seguridad pública. Sin embargo, la tendencia en el país es que este nuevo sistema judicial, fundado sobre todo en la oralidad, se replique en el ámbito federal y local, así como en todas las materias en que sea posible.

Los tribunales locales han ido incorporando poco a poco el mandato constitucional para que los llamados “juicios orales” se conviertan en realidad.

Desde el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, signada, el 10 de diciembre de 2007, por los diputados federales que las conformaban, ya se esgrimían buenos argumentos para que el sistema de judicial se apegara a los principios rectores de un verdadero debido proceso legal:

“Destacan como un principio básico que el trabajo judicial se haga bajo la mirada de todos los ciudadanos y, en particular, de los usuarios del sistema de justicia, pues un sistema de juicios orales, en el que las pruebas se rinden bajo la mirada del público y en el que el juez escucha a las partes, es más confiable que un sistema opaco y escrito, como el que tenemos actualmente.”<sup>1</sup>

En el mismo documento, se postula que la oralidad es una herramienta esencial para la consecución de los principios del debido proceso, pues a través de ella, se logrará la construcción de un sistema de justicia mucho más eficaz en la resolución de los conflictos sociales.

<sup>1</sup> Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversas Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados. Palacio Legislativo de San Lázaro. Diciembre 10 de 2007.

Por otro lado, vale destacar que los diputados hacen una aclaración de lo más pertinente al afirmar que aun cuando la oralidad no constituye principio procesal, es el elemento que posibilita la existencia y permanencia de los principios de publicidad, continuidad, concentración, contradicción e intermediación.

Al respecto, el dictamen señala que no es posible concebir un proceso público si las actuaciones se llevan a cabo por escrito; por ello es menester que tanto los juzgadores como el público se enteren al mismo tiempo de todo lo actuado en las audiencias.

En este punto, la publicidad y la transparencia van de la mano y solamente, a través de la oralidad, se puede lograr este binomio.

De igual manera, la continuidad en el desarrollo de las audiencias y la concentración en el desahogo de pruebas, son principios que se cumplen a cabalidad si las actuaciones se desarrollan oralmente. Por otro lado, un proceso verdaderamente contradictorio únicamente es dable con la oralidad, pues sin ella, los interrogatorios no pueden llevarse a cabo de forma verdaderamente ágil.

La oralidad implica, también, un cambio fundamental en la práctica forense: Abandonar la cultura del expediente y fomentar el desarrollo de una fundada en la audiencia.

“La metodología de audiencias, propia de este nuevo proceso, implica que las decisiones judiciales, sobre todo si afectan derechos, se adopten siempre frente a las partes, una vez que se les ha dado la oportunidad de contradecir la prueba y de ser escuchadas. Así pues, la oralidad no es una característica únicamente del juicio, sino de todo el proceso en general...”<sup>2</sup>

Las bondades de la oralidad son evidentes: Fomenta la transparencia, y desincentiva prácticas corruptas; hace que la impartición de justicia sea realmente pronta y expedita y exige que los operadores jurídicos del foro estén mejor preparados en materia de Derecho ya que, con este método, tienen que hacer su mejor esfuerzo para argumentar correctamente, sin recurrir a la presentación de escritos largos, farragosos que sólo contribuyen al ejercicio de un litigio “chicanero.”

Estamos ciertos de que existen más ventajas en la oralidad de las que se consignan en este escrito. También nos queda claro que, si bien los procedimientos judiciales orales traerán enormes beneficios, no están exentos de algunos retos y dificultades que habrán de superarse.

Entre ellos destaca el reto que implica poner en práctica el principio de la intermediación, el cual, en pocas palabras, significa que el juez siempre esté presente en todas y cada una de las audiencias.

El juez dirigirá el proceso frente a las partes, sus abogados y el público, en tiempo real. Con ello se acaba la vieja práctica de “presidir dos audiencias al mismo tiempo”. Lo anterior no constituye una crítica malsana, sino refleja lo que en la práctica sucede: Los Secretarios de Acuerdos llevan las audiencias aun cuando siempre estén supervisados por el titular del juzgado.

---

<sup>2</sup> *Ibidem.*

En un sencillo ejercicio aritmético, al entrar en vigor los juicios orales en todas las materias, la carga de trabajo de los jueces se incrementará sensiblemente, lo que nos lleva a plantearnos dos opciones: o se aumenta el número de juzgados, o el procedimiento judicial habrá de contar necesariamente con salidas alternas al juicio.

La primera opción no es la más apetecible, puesto que la demanda por los servicios de impartición de justicia es sumamente elástica. Esta afirmación se apoya en un estudio llevado a cabo por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el cual se afirma: "...la utilidad marginal obtenida de la creación de más tribunales es decreciente, porque la demanda por justicia es elástica. En otras palabras, la creación de más tribunales provoca en el corto plazo una nueva saturación porque la gente percibe una mayor oportunidad de acceso: 'al disminuir el tiempo de espera se estimula inevitablemente la congestión'."<sup>3</sup>

La segunda, la instrumentación de salidas alternas, requiere de un nuevo diseño procedimental, tanto en lo normativo como en lo institucional. Para lograr un buen funcionamiento de las salidas alternas, es menester reestructurar todo el procedimiento, sin alterar el debido proceso legal.

La finalidad principal de las salidas alternas es lograr que los asuntos que ingresan al procedimiento judicial no tengan que recorrer todas las etapas de éste, para concluir satisfactoriamente. La idea es que la mayoría de los casos sean resueltos antes de recorrer todo el camino que culmina en la sentencia. Sin salidas alternas la oralidad estaría condenada al fracaso.

La mediación constituye una salida alterna que coadyuvará a reducir sensiblemente la carga de trabajo de los juzgados, dentro del nuevo esquema de justicia oral.

La oralidad llegó, por fin, a la mayor parte de los tribunales de la República. Magistrados y jueces han trabajado desde hace varios años en el diseño e instrumentación de los juicios orales.

En muchas entidades federativas se exhorta a las partes para que acudan a la mediación o a la conciliación, con el objeto de que sean las propias partes quienes encuentren solución a su controversia, al tiempo que se logra una reducción de la carga de trabajo de los juzgados. En mi opinión, este simple hecho ya constituye un avance considerable en la atención de las necesidades de los justiciables. Sin embargo, me parece que no es suficiente, y enseguida intentaré explicar por qué se requiere, en algunos casos, que al justiciable se le brinde un espacio distinto al jurisdiccional y un tiempo prudentemente amplio para solucionar sus diferencias; es decir, que la mediación se constituya en una verdadera salida alterna.

Es fundamental señalar que la mediación como salida alterna al juicio es también un procedimiento oral, al igual que los nuevos juicios de los que puede

<sup>3</sup> OROZCO, Wistano L. y ROLDÁN XOPA, José. (Coord.). "Estudio sobre justicia alternativa en el Distrito Federal", en *Revista Este País*, número 138. Septiembre de 2002. México, D.F. p. 8.

llegar a formar parte, pero debemos ser muy precisos en el sentido de que se trata de otro tipo de oralidad.

En primer lugar conviene retomar la idea de que el lenguaje oral que emplea la mediación es un lenguaje natural y cotidiano.

Por lenguaje natural entendemos no sólo aquél que admite grandes márgenes de ambigüedad y vaguedad, como el que emplea el propio Derecho —a diferencia del lenguaje de la Física o la Música, que son lenguajes formales—; sino que es un lenguaje que se aprende por el simple hecho de socializar en los primeros años de vida.

Salvo en casos excepcionales de enfermedad, abandono o discapacidad, todos los seres humanos aprendimos a hablar (lenguaje oral) porque nos relacionamos a temprana edad con otros seres humanos parlantes mayores que nosotros. Nuestra disposición genética para desarrollar esta habilidad es anterior, más profunda y arraigada que la que tenemos, por ejemplo, para resolver un problema de cálculo diferencial.

Simplemente, tomemos en consideración la edad promedio en la que un individuo aprende a hablar, y fijémosla en dos años. Ahora, comparémosla con la edad a la que se aprende a escribir: cinco o seis años. Por último, veamos a qué edad en promedio, y conforme a la mayoría de los sistemas educativos del mundo, se aprende un conocimiento especializado como el Derecho: entre 22 y 26 años, según el país de que se trate.<sup>4</sup>

En principio, cualquier persona que posea cierta madurez emocional e intelectual y que sepa hablar puede participar, de manera exitosa, en un proceso de mediación, toda vez que empleará el lenguaje que aprendió desde muy corta edad y el diálogo que sostendrá con la persona con la cual tiene algún conflicto estará basado en intereses y necesidades humanos: lo que requiere es conducción del diálogo para descubrir estos intereses y necesidades, no requiere de un abogado que hable por ella. No es necesaria la traducción de un lenguaje natural básico a uno especializado.

Esto nos lleva a otro punto que tiene que ver no únicamente con el habla (lenguaje oral) cotidiana, que es el de la mediación, sino con otra característica del lenguaje o más bien dicho, el pensamiento que se sigue en el litigio y en la mediación.

En el primero, se emplea un lenguaje que Edward De Bono denomina discusión tradicional (*traditional argument*) o pensamiento adversarial.

En el pensamiento adversarial, las partes asumen posiciones diferentes y contradictorias y ambas se atacan entre sí. Cada una de las partes intenta probar que a la otra no le asiste la razón.

El pensamiento adversarial adolece de todo elemento constructivo o creativo. Está diseñado para descubrir la “verdad”, pero no para crear algo realmente nuevo.

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, una persona que desee estudiar Derecho en los Estados Unidos de América sólo es admitida a esta carrera si ya ha concluido sus primeros estudios universitarios correspondientes al *College*. Por esta razón los egresados de Derecho tienen una edad promedio de 26 años.

Puesto en términos hegelianos y en el contexto de un procedimiento judicial, se puede afirmar que este tipo de pensamiento y, por ende, de lenguaje consiste en un diálogo en el cual una parte presenta una tesis (demanda), la otra, una antítesis (contestación a la demanda) y el juzgador realiza la síntesis a través de su sentencia.

De acuerdo con De Bono, el debate tradicional fue perfeccionado por tres grandes pensadores griegos: Sócrates, Platón y Aristóteles, hace más de dos mil cuatrocientos años.<sup>5</sup>

Asimismo, el autor nos señala que existe otro tipo de pensamiento, al cual estamos muy acostumbrados en el juicio: el llamado pensamiento vertical y que básicamente se encarga de probar y desarrollar patrones conceptuales y de comportamiento.

Ésta es la lógica que predomina en los juicios. Por el contrario, en la mediación no se usa este tipo de argumentación, sino aquel que el propio autor en cita denomina pensamiento paralelo.

A través de este enfoque, ambas partes se encuentran pensando en paralelo en la misma dirección; se trata de un pensamiento colaborativo y coordinado. Es posible cambiar de dirección con el objeto analizar la situación en su conjunto y ampliar el panorama de la misma.

En todo momento cada uno de los involucrados se encuentra pensando en paralelo con los demás. No tiene que existir acuerdo en las declaraciones, pensamientos o percepciones de cada uno de los participantes, al menos no en todos los puntos que se estén tratando.

El curso de la conversación se puede cambiar (labor del mediador), con el objeto de crear un nuevo discurso a partir de los pensamientos paralelos. En otras palabras, en la mediación, no hay adversarios a los que hay que vencer; sino personas que tienen percepciones diferentes de la realidad y que comparten un problema. Al centrar la atención en el problema, cada una de las partes va aportando opciones de solución y el mediador, a través ciertas herramientas, ayuda a las partes a cambiar su propio discurso para que ambas se centren en sus intereses, que son mucho más amplios que sus posiciones, y lleguen a soluciones que sean satisfactorias para ambas.

La mediación utiliza también lo que Edward De Bono bautizó con el nombre de pensamiento lateral. El autor nos señala que: “La finalidad del pensamiento es recolectar información para darle el mejor uso posible. Dada la manera en que la mente trabaja para crear patrones conceptuales fijos, no es posible darle el mejor uso a la nueva información a menos que contemos con determinados medios que nos permitan reestructurar viejos patrones y ponerlos al día. Nuestros métodos tradicionales de pensamiento nos enseñan cómo refinar dichos patrones y establecer su validez. Pero siempre estaremos por debajo del uso óptimo de la información disponible a menos que sepamos cómo crear nuevos patrones y escapar de la dominancia de los viejos. Al pensamiento vertical le atañe probar o desarrollar

---

<sup>5</sup> DE BONO, Edward, Father of Lateral Thinking: <http://www.edwdebono.com/parallel.htm>.

patrones conceptuales. Al pensamiento lateral le atañe reestructurar dichos patrones (introspección) y propiciar el surgimiento de otros nuevos (creatividad). El pensamiento lateral y el vertical son complementarios. Se requiere habilidad en ambos; sin embargo, el énfasis en la educación se ha dado exclusivamente a través del pensamiento vertical. La necesidad de desarrollar el pensamiento lateral surge de las limitaciones del comportamiento de la mente como sistema de memoria que se maximiza a sí mismo”.<sup>6</sup>

A diferencia del pensamiento vertical y adversarial, el pensamiento lateral implica dejar de insistir en la misma estrategia para resolver un conflicto, un vez que se ha comprobado que no funciona. No por mucho insistir en una estrategia, se logrará solucionar un problema. Parafraseando al gran físico y matemático, Albert Einstein: si se buscan resultados distintos, no hay que hacer siempre lo mismo.

Para De Bono, cuando empleamos la lógica tradicional, partimos de ciertas premisas que ya están dadas de antemano, tal como sucede en un juego de ajedrez, las piezas ya están ahí.

El autor se pregunta: “¿Qué son esas piezas?” En la mayoría de las situaciones de la vida real, las piezas no están dadas de antemano, simplemente asumimos que lo están. Tendemos a asumir determinadas percepciones, conceptos y límites.

Al pensamiento lateral no le interesa jugar con las piezas o premisas existentes, sino que pretende cambiar las piezas mismas, centrándose en el componente perceptual del pensamiento, en el que organizamos el mundo exterior en piezas que sí podemos manejar y procesar adecuadamente.

La mediación intenta emplear el lenguaje oral y cotidiano para lograr que las partes se escuchen y reconozcan que tienen percepciones distintas respecto de los problemas que les aquejan.

No se trata de averiguar quién tiene la razón, pues todos los participantes tienen la razón, su razón. El pensamiento lateral, se emplea en este mecanismo alternativo de solución de controversias, cuando el mediador reencuadra las percepciones de cada mediado respecto de alguna situación en particular, y cuando realiza preguntas que, en apariencia, nada tienen que ver con las posiciones presentadas; es decir, el facilitador “obliga” a que las partes piensen lateralmente y vayan cambiando sus percepciones del conflicto. Al ir cambiando las percepciones, los va acercando a que descubran sus intereses y necesidades, dejando de lado las piezas “existentes de antemano” (sus posiciones).

También promueve el pensamiento creativo tan característico del pensamiento lateral, al incitar a las partes a que realicen una lluvia de ideas para aportar opciones de solución. De alguna manera el mediador es un “provocador” que, estratégicamente, genera confusión en las partes para que éstas abandonen los viejos patrones aprendidos.

---

<sup>6</sup> DE BONO, Edward, *Lateral Thinking. A Textbook of Creativity*. <http://ebookbrowse.com/edward-de-bono-lateral-thinking-pdf-d88465889>. p. 9.

Existe una razón más para que en la mediación se emplee un lenguaje distinto al jurídico y que se caracteriza por ser oral y cotidiano y basado tanto en el pensamiento paralelo como el lateral.

En su estupendo y breve artículo intitulado “Wittgenstein y Mediación”,<sup>7</sup> el doctor Luis Miguel Díaz discurre acerca de la imposibilidad que presenta el Derecho para cambiar la realidad, toda vez que el juego del lenguaje jurídico da significado a la conducta humana y al mundo fáctico en general, pero “no causa cambio directo en el universo, lo que cambia el mundo es la conducta humana y los fenómenos naturales.”

Tendemos a emplear el lenguaje jurídico para cambiar una realidad en donde se sobreponen diversas juegos de lenguaje, donde las palabras adquieren diferentes significados pues son usadas, con frecuencia, simultáneamente en distintos contextos, lo cual produce confusión e impide una visión holística de los conflictos y por tanto, su resolución o mejor dicho su gestión.

El doctor Díaz señala:

“Los sistemas de derecho de los países actuales mantienen el dogma de que para resolver disputas legales entre las partes involucradas, otros humanos imparciales facultados por la ley (entidades políticas, autoridades administrativas, jueces, árbitros, etc.) deben solucionar la disputa. Sin embargo este enfoque de resolución de conflictos presupone dos premisas epistemológicas falsas: a) Que existe un universo objetivo, el cual puede ser conocido por ésos quienes deciden, y b) Esos que deciden son imparciales (humanos sin padres, sin país, sin amigos, sin emociones, sin pensamientos, sin deseos, sin anhelos, etc.).”<sup>8</sup>

Coincidimos con las críticas del autor, pero además, existen otras razones para afirmar que el lenguaje jurídico no puede abarcar toda la realidad, como lo habrían soñado los civilistas franceses del siglo XIX.

El Derecho es un conjunto de reglas que son útiles para ordenar la convivencia social, pero el simple intento de acomodar toda la realidad para que fluya a lo largo de estos estrechos cauces —llamadas normas— es un verdadero absurdo; constituiría una distorsión monstruosa de la vida humana: en la norma jurídica no caben las emociones, las pasiones, la ambigüedad tan característica del lenguaje y comportamiento humanos, y tantos otros elementos propios de la existencia de las personas.

Todos estos elementos pertenecen a juegos de lenguaje distintos y son indiferentes al derecho, pero no a la realidad, no al conflicto. Por eso el Derecho se queda corto frente al drama del desencuentro humano.

Este punto se puede resumir en el absurdo e ingenioso dicho popular que se aduce entre algunos miembros de la comunidad jurídica mexicana: “Lo que no consta en el expediente, no existe.”

Y sin embargo, si las normas admitieran un intercambio de juegos lingüísticos en donde encontraran cabida todos estos factores meta jurídicos, el Derecho

<sup>7</sup> DÍAZ, Luis Miguel, “Wittgenstein y Mediación”, en <http://www.mediate.com/mobile/article.cfm?id=344>.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

perdería una de sus grandes fortalezas que, a su vez, constituye su gran debilidad: la naturaleza general de sus normas. Pero este punto sería objeto de otra discusión.

Vale resaltar que el mediador, a diferencia de otros operadores del sistema de justicia, no es una autoridad, sino un facilitador de la comunicación y de las negociaciones entre particulares y cuyos esfuerzos se encaminan a que estos últimos lleguen por sí mismos a acuerdos que les sean mutuamente satisfactorios y legales.

Para lograr que la negociación fluya, es menester que el tercero neutral ponga en práctica ciertas técnicas y estrategias que conduzcan a las partes a reconocer sus propios intereses y necesidades, y no sus posiciones como en el caso del litigio.

Si la materia a negociar son intereses, entonces diversas posiciones, y no sólo una, pueden satisfacer las necesidades de cada parte. Un acuerdo construido, de esta manera, tiene mayores probabilidades de ser cumplido que una sanción impuesta, porque surge de la más auténtica y profunda voluntad de las partes.

En otras palabras los procesos como la mediación, permiten que convivan distintos juegos del lenguaje, ya que si surge la confusión en cuanto a los significados en la comunicación, las propias partes pueden superarla con la ayuda del facilitador, quien les ayuda a contextualizar y resignificar lo dicho.

En conclusión se puede afirmar que el mediación es un procedimiento oral que emplea el lenguaje cotidiano, no especializado, en el que predomina el uso del pensamiento lateral y paralelo y en el cual es posible que se sobrepongan diversos juegos del lenguaje, sin crear situaciones caóticas, generando así nuevas oportunidades a los mediados para que transformen sus relaciones y solucionen sus diferencias.

La pregunta obligada es la siguiente: ¿Cómo pueden convivir, en el *iter* judicial dos lenguajes tan divergentes, toda vez que la oralidad en el juicio emplea el pensamiento vertical, adversarial y un código de normas sustantivas y adjetivas que solamente admite un sólo juego del lenguaje: el jurídico?

La respuesta no es sencilla, pero para lograr que se complementen se tiene que realizar una suerte de traducción de un lenguaje al otro.

Para que se logre realizar esta traducción es imperativo integrar dos aspectos en los procedimientos judiciales. El primero es que exista una remisión obligatoria a la mediación por parte del juzgador. Hasta ahora, en México no existe esta facultad del juez o el magistrado.

Incluso, el Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y se reforman, derogan y adicionan diversas Disposiciones al Código de Comercio, en materia de Conciliación Comercial, el cual ya ha sido aprobado por la Cámara de Diputados y que se encuentra en el Senado para su eventual aprobación, no contempla esta obligación sino que establece, en el artículo 6 de la ley general que el juez deberá exhortar a las partes para que intenten solucionar su conflicto a través de un mecanismo alternativo, y se especifica que se haga antes de la primera audiencia.

La situación de la exhortación es muy endeble en virtud de la importancia de los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano (véase artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Los ciudadanos deben saber en qué consisten estos procedimientos de viva voz del juez y de los facilitadores certificados.

Debe instaurarse la remisión obligatoria de los jueces a los mecanismos alternativos de resolución de controversias. El ciudadano debe acudir necesariamente por lo menos a una sesión informativa.

El segundo aspecto que ha de integrarse es el relativo al tiempo que debe transcurrir para que los justiciables estén en condiciones de pasar de un pensamiento adversarial y uno paralelo y colaborativo. En el Proyecto de decreto ya referido existe una regla en las reformas al Código de Comercio en la cual se estipula precisamente lo que no se debe hacer.

En el artículo 1390 Bis 35, se dispone: “En caso de que resulten improcedentes las excepciones procesales, o si no se opone alguna, el Juez exhortará a las partes a intentar la Conciliación en la institución especializada encargada de conocer de los mecanismos alternativos de solución de controversias adscrita al poder judicial federal o local correspondiente o por un conciliador que las partes elijan, con el objeto de poner fin al conflicto sin suspender el juicio correspondiente. El juicio concluirá, cuando las partes celebren un convenio de conciliación en términos del Título Quinto del presente Código. ...”

Una vez que las partes acepten intentar la conciliación (debería decir la mediación, o en su caso, la conciliación), el juicio se debe suspender, de lo contrario van a coexistir incentivos mutuamente excluyentes: litigar y colaborar. Hay que dar tiempo a la conciliación, sin presiones indebidas.

A diferencia del proyecto de reformas al Código de Comercio, en la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, sí se prevé un lapso para que, dentro del juicio, se intente la mediación u otro mecanismo alterno. Sin embargo el proyecto no prevé la suspensión de los procedimientos judiciales cuando las partes deciden iniciar un procedimiento de mediación o conciliación.

El artículo 30 del Proyecto, a la letra señala:

“Los Mecanismos alternativos de solución de controversias podrán incluir diferentes formas de proceder para lograr un Convenio.

Sus procedimientos tendrán en cuenta, en cada controversia, su complejidad, el número de Partes involucradas y las distintas materias, y el inicio de los mismos suspenderá la prescripción de la acción judicial correspondiente.”

Lo que se debe suspender es el procedimiento en su totalidad con el objeto de que las partes tengan margen para llegar a acuerdos de manera reflexiva, seria y comprometida. Por ello, se sugiere que el procedimiento judicial se suspenda hasta por 60 días naturales.<sup>9</sup> Las mediaciones o conciliaciones “al vapor” llevan consigo convenios muy endebles.

<sup>9</sup> El artículo 188 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece: “Los acuerdos reparatorios procederán desde la presentación de la denuncia o querrela hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio.

Es así como solamente con un tiempo prudente y suficiente en el cual los justiciables “depongan las armas” y con la obligatoriedad de acudir a una primera sesión de mediación o conciliación, será como se logre traducir un pensamiento a otro: de lo adversarial a la colaborativo.

Sin embargo, es factible realizar esta traducción si se cuenta con otros tiempos y espacios.

A guisa de ejemplo, podemos imaginar que un asunto que se ventila en juicio es remitido a mediación. En este procedimiento alternativo, se empleará el pensamiento y el lenguaje ya descritos. Asumamos que se resuelve el conflicto. Queda una tarea pendiente e indispensable para que lo solucionado en mediación tenga valor jurídico: El mediador tendrá que convertir todo lo expresado por los mediados a un lenguaje escrito, jurídico y aun cuando se abandone el lenguaje adversarial, pues las partes ya han arribado a un acuerdo, tendrá que redactar el convenio en términos del lenguaje vertical; es decir, tendrá que regresar a patrones conceptuales fijos y consolidarlos.

Dos mundos habrán de convivir, si es que queremos que la oralidad se consolide: el de la competencia y el de la colaboración. El puente es la mediación o conciliación como salida alterna.

Podemos saltar de un tipo de pensamiento y de lenguaje u otro: de los pensamientos adversarial y vertical, tan conocidos para los juzgadores, a los pensamientos paralelo y lateral, tan cercanos a los científicos, los artistas y los mediadores.

Los seres humanos ejercitamos todas las formas de concebir la realidad descritas por De Bono. La vida es competencia, tal como lo demuestran los deportes, el ajedrez, la supervivencia de las especies o el litigio, pero también necesitamos permanencia y estabilidad en el mundo, para ello empleamos el pensamiento vertical: sin regularidad de los patrones conceptuales y de conducta simplemente enloqueceríamos. También sabemos colaborar sin juzgarnos entre nosotros, aunque esta capacidad no se fomente mucho en nuestro sistema educativo. Valga señalar que los grandes descubrimientos científicos se han dado a través del pensamiento paralelo, piénsese en Darwin y en Wallace quienes sin conocerse estaban resolviendo, cada quien por su cuenta, problemas muy similares y arribando a una teoría de la evolución de las especies similar. Lo mismo sucedía con Leibniz y Newton en cuanto al cálculo diferencial.

---

En el caso de que se haya dictado el auto de vinculación a proceso y hasta antes de que se haya dictado el auto de apertura a juicio, el Juez de control, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por treinta días para que las partes puedan concretar el acuerdo con el apoyo de la autoridad competente especializada en la materia.

En caso de que la concertación se interrumpa, cualquiera de las partes podrá solicitar la continuación del proceso.”

El artículo 4 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal dispone: “La mediación procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para solucionar o prevenir una controversia común. Los jueces del Distrito Federal podrán, de conformidad con lo dispuesto en la legislación aplicable, ordenar a los particulares que acudan al procedimiento de mediación a que se refiere la Ley, e intenten, a través de dicho procedimiento, llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia, decretando además la suspensión del juicio hasta por el término de dos meses.”

Ni qué decir cuando los hermanos Wright hicieron volar al primer avión: Si no hubieran empleado el pensamiento lateral jamás habrían construido algo nuevo que no fuera un pájaro aunado a un motor y una hélice.

Debe haber un regreso al pensamiento estructurado, analítico, lógico y secuencial.

Cualquiera diría: ¿Qué se gana entonces con la mediación?

A nuestro juicio, mucho. Los mediados han aprendido a manejar sus problemas jurídicos y no jurídicos de otra manera, más creativa, ampliando los límites de su mundo pues han ampliado los límites de su lenguaje.

## BIBLIOGRAFÍA

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversas Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados. Palacio Legislativo de San Lázaro. Diciembre 10 de 2007.

DE BONO, Edward, Father of Lateral Thinking: <http://www.edwdebono.com/parallel.htm>.

\_\_\_\_\_, *Lateral Thinking. A Textbook of Creativity*. <http://ebookbrowse.com/edward-de-bono-lateral-thinking-pdf-d88465889>.

DÍAZ, Luis Miguel, “Wittgenstein y Mediación”, <http://www.mediate.com/mobile/article.cfm?id=344>.

Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

OROZCO Wistano L. y ROLDÁN XOPA, José. (Coord.). “Estudio sobre justicia alternativa en el Distrito Federal”, en *Revista Este País*, número 138. Septiembre de 2002. México, D.F.

Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y se reforman, derogan y adicionan diversas Disposiciones al Código de Comercio, en materia de Conciliación Comercial (Cámara de Senadores, 27 de abril de 2018.- Status: PENDIENTE)

## ESTADO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA *STATUS OF CRIMINAL MEDIATION IN SPAIN*

RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES  
Universidad de Santiago de Compostela, España  
[raquel.castillejo@usc.es](mailto:raquel.castillejo@usc.es) – [raquelciarcus@gmail.com](mailto:raquelciarcus@gmail.com)

### RESUMEN:

En España la justicia penal es retributiva, poniéndose el acento sobre el crimen y su castigo. No obstante, han avanzado corrientes que tienden a introducir una justicia restaurativa a través del procedimiento de mediación. Durante años, la mediación únicamente se reconocía en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, contemplándola con finalidad educativa y resocializadora. Será posteriormente, para el ámbito de adultos a través de la experiencia piloto impulsada por el Consejo General del Poder Judicial desde el año 2005. Hoy, es una realidad que ha venido para quedarse.

#### **Palabras clave:**

Justicia restaurativa, mediación, víctima, victimario.

### **ABSTRACT:**

*In Spain, the criminal justice is retributive, putting the accent on the crime and its punishment. However, they have advanced currents, which tend to introduce a restorative justice through the mediation procedure. For years, mediation was only recognized in the organic law 5/2000 of 12 January, criminal responsibility of minors, contemplating her resocializadora and educational purposes. It will be later, for the field of adults through the pilot project promoted by the General Council of the judiciary since 2005. Today, it is a reality has come to stay.*

#### **Keywords:**

*Restorative justice, mediation, victim, perpetrator.*

### I. JUSTICIA RESTAURATIVA

Hasta ahora, en España únicamente a través del proceso judicial se han podido resolver los conflictos, pero en la actualidad se ha revelado insuficiente

para todos los que se le presentan. Con el paso del tiempo crece la convicción de fracaso del sistema penal ortodoxo, en cuanto a que las penas reduzcan la criminalidad. Es por ello que se ha abierto paso a otras ideas que han dado lugar a una profunda revisión de la mentalidad tradicional sobre cuál sea la función del sistema penal, y los modos de afrontar las situaciones creadas por los delitos. Por tal razón se hace necesario acudir a otros mecanismos alternativos al proceso que sirvan para la solución de los conflictos jurídicos.

En efecto, aunque el Poder Judicial tenga el monopolio del enjuiciamiento y fallo de los conflictos, resulta obvio que no es el único modo de resolverlos, hay otros que sirven también para actuar la tutela jurídica, pues junto a los modelos en los que existe una posición protagonista de los órganos del Estado en la resolución de los conflictos, tiene perfecta cabida, en el Estado de Derecho, un ámbito de resolución de controversias en el que no tiene que intervenir necesariamente un órgano del Estado. Esto no deslegitima en absoluto la función estatal, y en concreto la actuación del Poder Judicial para la resolución de conflictos, como potestad derivada de la soberanía del Estado y como servicio público de tutela judicial al ciudadano.

En este marco, se abren paso, corrientes como la incorporación de la víctima a la teoría del delito y a la política criminal, dando nacimiento a la victimodogmática y a la victimología. Con estas corrientes se viene exigiendo la introducción de la mediación en el proceso penal. Así en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, se imponen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Si avanzamos en el modelo de justicia clásico, observaremos como se trata, primero, desde la práctica, después desde la legislación, de que no tenga lugar el juicio penal sobre el fondo de la acusación; ejemplo de ello es el proceso de aceptación por decreto. Esto explica que se hayan desarrollado tres clases de justicia. Por un lado, la justicia alternativa, la cual provoca la excepción más clara al principio de legalidad penal al comienzo del proceso penal. El modelo clásico es el alemán con iniciativa del Ministerio Fiscal y con un principio de oportunidad reglado ante delitos de bagatela o de importancia insignificante y ausencia de interés en la persecución.

Por otro cabe destacar la justicia negociada, la que representa el desarrollo más espectacular en la evitación del juicio una vez iniciado el proceso penal. Un reflejo de ella es la conformidad española.

Por último, la justicia restaurativa, considerada como una tercera vía, en cuanto se halla entre el modelo de justicia retributiva y el de justicia rehabilitadora dirigida a la readaptación. Recordemos a este respecto que la justicia retributiva pone el acento sobre el crimen y su castigo. Por su parte, la justicia rehabilitadora se concentra en la recuperación y la reintegración del delincuente.

Frente a ellas, la justicia restaurativa se interesa por el crimen, pero lo define como un problema de orden interrelacional. A esta última nos referiremos a continuación, en cuanto el procedimiento de mediación cabe considerarlo su máximo exponente.

## II. LAS ADR. LA MEDIACIÓN

La mediación se integra en el contexto de los mecanismos de solución de conflictos alternativos al proceso judicial, a los que se ha venido denominando ADR, aunque no por ello son opuestos a aquél o no pueden insertarse dentro, estos, realizarse de manera intrajudicial.

La denominación ADR engloba a las distintas vías o técnicas que vienen siendo habitualmente utilizadas en la sociedad americana para resolver cuantas cuestiones no pretenden ser abordadas por los tribunales. Sin embargo, en este último tiempo, ha cambiado el término alternativas por adecuadas o complementarias, en gran medida porque la alternatividad no siempre responde a la verdadera naturaleza de la técnica o medio empleado.

Y como tal, no sirven tan solo como métodos alternativos frente a los procesos judiciales, sino complementarios o adecuados respecto de los procedimientos jurisdiccionales, pues en ocasiones los métodos aplicados en las ADR se adaptan mejor al conflicto concreto que se las somete.

De tal modo que existen algunos conflictos sociales que dada su complejidad no resultan aptos para ser resueltos adecuada y eficazmente a través de los instrumentos clásicos de resolución de conflictos, como es el proceso. Para éstos se requiere una metodología específica basada en el trabajo conjunto de diversas disciplinas, pues el tratamiento legal incide básicamente en parte del problema, pero no en su totalidad. El tratamiento del problema en el proceso judicial se centra en el hecho enjuiciado que obvia las circunstancias de los sujetos encausados, por tanto deja de lado, sobre todo en el campo penal, cuestiones tales como la solución del conflicto entre las partes implicadas, para que, por un lado, la víctima logre asumir lo que ha ocurrido, entenderlo, perder, si no total, sí al menos parte del miedo y otras emociones que se le han podido generar; por otro, que el victimario se haga consciente del daño causado con su conducta y llegue a asumir la responsabilidad de la misma.

Como ya pusimos de manifiesto, la evolución de la situación del sujeto pasivo en el entramado de la administración de justicia revela que el paso de un Derecho Penal de inspiración eminentemente retributiva, a otro basado en la prevención, no supuso un cambio cualitativo en lo que a la víctima se refiere. Por el contrario, la tendencia resocializadora del victimario centró nuevamente el interés analítico en el sujeto activo del delito y fortaleció la orientación de cara al autor del Derecho Penal material. Esto es así en el aspecto sustantivo en lo que respecta a la vertiente procesal. Es necesario subrayar que la tradicional recuperación del proceso penal por los derechos de defensa del acusado/imputado supuso un paulatino desplazamiento de los derechos de la víctima a un segundo plano. Así, a juicio de García-Pablos de Molina, la víctima ha padecido un secular y deliberado abandono que no ha sido subsanado con el denominado Estado social de Derecho.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 69.

Más allá de esta tendencia de la administración de justicia, el interés en torno a la figura de la víctima emergió con fuerza en la década de los años cincuenta del siglo pasado, materializado en una nueva disciplina: la Victimología, que aparece como uno de los pilares fundamentales en la eclosión de la justicia restaurativa. Desde esta nueva concepción de la justicia, la víctima, centro de atención tanto del ámbito científico de la mediación como del legislador internacional, es exhortada a tomar parte activa en la resolución de su propio conflicto.

Al respecto recordar la Recomendación número Rec (2006) Del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 14 de junio de 2006, dirigida a los Estados miembros sobre la asistencia a las víctimas de las infracciones, que en el punto 13 de su Anexo recoge lo siguiente:

13.2 El interés de las víctimas deberá ser considerado en su globalidad y con prudencia en el momento de la toma de la decisión de una mediación, así como durante el proceso de mediación. Sería conveniente tener en cuenta debidamente no sólo los beneficios potenciales sino también los riesgos potenciales para la víctima. 13.3 En el caso donde la mediación ha sido considerada, los Estados deberán alentar la adopción de normas claras para proteger los intereses de las víctimas. Estas normas deberán referirse especialmente a la capacidad de las partes a dar su libre consentimiento, sobre las cuestiones de confidencialidad, sobre el acceso a una fuente independiente de información, sobre la posibilidad de retirarse del procedimiento en cualquier momento y sobre la competencia de los mediadores.<sup>2</sup>

En definitiva, con relación a la víctima cabe identificar tres objetivos que van destinados a la integral reparación del daño sufrido. Se trata de la reparación o resarcimiento del daño, de la recuperación del sentimiento de seguridad y, finalmente, de la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido en calidad de testigo.

Por otro lado, por lo que respecta al victimario, en aras a la retribución del daño ocasionado a la sociedad se han desatendido los fines de reinserción y rehabilitación del victimario. En contraposición, la mediación penal coloca al victimario ante las consecuencias reales de sus hechos, ante los sentimientos y perturbaciones que su conducta ha ocasionado en una persona real, lo cual favorece una responsabilización genuina por la conducta infractora. Se le da la posibilidad de obtener una rehabilitación real, así como la oportunidad de entender el verdadero alcance del delito. Participa activamente y de manera conjunta con la víctima en la definición de la indemnización o en el modo de restauración del mal ocasionado a esta última, lo que nuevamente incide sobre la rehabilitación.

En definitiva, con relación al victimario se persigue su responsabilización por la conducta infractora, la reparación a través de la aplicación de la pena correspondiente, así como de medidas alternativas que sirvan para dar solución a su conducta infractora. Y, por último, una actitud más positiva hacia el sistema represivo que significa el sistema penal.

<sup>2</sup> En <https://es.slideshare.net/mariadaza3958/recomendacin-2006-8-ct-mtros-consejo-de-europa-traduccion>.

Pero no solo la víctima y el victimario obtienen beneficios, sino la sociedad en general que recobra la confianza en la justicia cuando es consciente de que tanto la víctima como el victimario han obtenido una respuesta satisfactoria a su conflicto.

A la persecución de ese fin, al tratamiento integral del conflicto, surge la mediación, como instrumento auxiliar de la justicia con una metodología adaptada a dar una mejor y más apta respuesta a determinados litigios.

Todo ello no obsta a que también se hallen inconvenientes a la implementación de la mediación en el proceso penal. Así, por un lado, se incide en que el acudir a mediación, negociar y llegar a acuerdos se hace de forma forzada, lo que le provoca en el presunto autor excluir la exclusión de autonomía de decisión con respecto al reconocimiento de los hechos. Si bien es cierto que la presión que, se dice, siente el autor de los hechos no venga producida por el proceso penal, sino por la comisión del hecho, manteniéndose el proceso penal en un segundo plano, en interés de la víctima y de la comunidad hasta el restablecimiento de la paz jurídica.

También se defiende que la mediación provoca una justicia de clase, en cuanto en tanto normalmente los acuerdos que se toman en su seno pasan por la restitución económica de la víctima, y qué duda cabe de que el resarcimiento y el perdón de ésta se pueden otorgar con mayor facilidad si se satisfacen económicamente los daños causados con el ilícito. Si ello es así, resulta posible arbitrar mecanismos que impidan que la mediación se convierta en una justicia de clase; por ejemplo, previendo, como se hace en Austria, fondos de compensación por el Estado que sirvan para el pago de las indemnizaciones correspondientes cuando el autor de los hechos no pueda sufragarlas.

Por último, se argumenta la falta de seguridad jurídica, pues ofrece un tratamiento desigual para los mismos hechos delictivos. No obstante, con el proceso judicial tampoco se les da tratamiento idéntico a los mismos hechos delictivos, pues en todos concurren circunstancias que hacen necesaria la aplicación de atenuantes y eximentes, y en este marco se entiende actualmente el sometimiento al proceso de mediación como atenuante.

### III. LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

Hasta ahora, la mediación en España ha contado con la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor (12 de enero de 2000), que ha contemplado la mediación penal con una finalidad educativa y resocializadora, que junto con el Reglamento que desarrolla la Ley, destacan el criterio pedagógico de la responsabilidad del menor infractor, regulando los principios de la justicia reparadora, y el principio de oportunidad reglada, para determinadas infracciones, como un mecanismo muy favorable para alcanzar la resocialización del menor, a través del que se otorgan al Ministerio Fiscal varias opciones para desjudicializar la conducta típica del menor infractor.

En el ámbito de los adultos, los juzgados españoles han venido llevando a cabo una experiencia piloto impulsada por el CGPJ desde el año 2005, pero no hay norma que lo avale. De hecho, se está haciendo oídos sordos a la Directiva 2012/29 UE que obliga a los Estados miembros a incorporar la mediación penal en sus legislaciones internas, lo que ahora se ha materializado en España, si bien de forma dispersa e insuficiente, en la última reforma del Código Penal operada por la LO 1/15, así como en la Ley 4/15, del Estatuto de la Víctima del delito.

### 1. *La reforma del CP*

En lo que respecta a la Ley de reforma del Código Penal, se introduce por la Disposición Final 2ª, apartado 10, el principio de oportunidad de forma reglada, en cuanto el artículo 963 LECR permite en determinadas circunstancias (el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor; y no exista un interés público relevante en la persecución del hecho, y entienda por éste supuestos en los que no se hubiere procedido a la reparación del daño y no existiera denuncia del perjudicado) que el Ministerio Fiscal desista de la acción penal, interesado en el sobreseimiento y archivo de la causa, por lo cual apela a la posibilidad que ahora le otorga la ley, en ejercicio del principio de intervención mínima, lo que sin duda favorecerá el sobreseimiento de procesos en los que el justiciable alcance un acuerdo de mediación.

Asimismo, la reforma afecta a los beneficios penitenciarios de la suspensión y de la sustitución de las penas con la finalidad de reforzar la confianza en el principio resocializador, por un lado, flexibiliza los requisitos que se exigían hasta ahora para su concesión y revocación; y, por otro, introduce mecanismos que simplifican su tramitación, lo cual unifica los dos sistemas de sustitución y suspensión en un único sistema de suspensión de la pena privativa de libertad. De este modo, la pena suspendida podrá quedar condicionada, entre otras razones, al cumplimiento del acuerdo que las partes hayan alcanzado en virtud del procedimiento de mediación, siempre que el delito o los antecedentes carezcan de relevancia a efectos de la peligrosidad del delincuente, valorándose por tanto las circunstancias del delito, personales, familiares y sociales, la conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, y los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas impuestas.

En este sentido se redacta el nuevo artículo 80 CP, apartado 3, segundo párrafo: “En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida primera del artículo 84”.

Asimismo, reconoce validez y eficacia al acuerdo alcanzado en mediación, para el caso de revocación de la suspensión de la pena y consiguiente orden de

ejecución, al recoger en el apartado 3 del artículo 86, “en el caso de revocación de la suspensión los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos”.

Y, por último, no podemos obviar que, respecto a la concesión de los beneficios de la libertad condicional, se hace alusión, entre otros requisitos a, “la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas”.

Todos estos avances, aunque escasos, no dejan de ser laudatorios.

Una institución semejante se halla totalmente arraigada en el ordenamiento portugués, en el que, reconociéndose constitucionalmente el principio de legalidad, se prevé una importante excepción, la *Suspensao Provisória do Processo* que, bajo la inspiración de principios tales como cooperación, eficacia y celeridad, pretende responder a los desafíos de la pequeña criminalidad al tiempo que procura la agilización y humanización de la justicia penal.

El régimen de la *suspensao* viene establecido en los artículos 281 y 282 del Código de Proceso Portugués, en los que se dispone que el Ministerio Público puede proponer la suspensión provisional del proceso, siempre y cuando se den determinadas circunstancias que permitan la escenificación de un espacio de consenso en el proceso penal, y sin que por ello se deba hacer expresa renuncia a los fines tradicionales del sistema de justicia penal.

La suspensión provisional regula el archivo condicional de las actuaciones bajo ciertas condiciones, de forma tal que el consenso es favorecido por la posibilidad de establecer una gama de obligaciones y reglas de conducta que corresponde en su integridad al elenco de deberes que pueden ser impuestos en caso de régimen de prueba o probation y que la ley penal sustantiva considera conducentes a promover la resocialización.

Así, el artículo 281 del Código de Proceso Portugués regula en qué casos y bajo qué circunstancias se podrá emplear, por parte del Ministerio Público, la suspensión provisional. De modo tal que si el crimen fuera punible con pena de prisión no superior a cinco años o como sanción diferente de prisión, el Ministerio Público puede dedicarse, con el acuerdo del juez de instrucción, por la suspensión del proceso, mediante la imposición al acusado de condiciones y reglas de conducta, si se verificaran los siguientes presupuestos:

- a) Acuerdo del acusado y asistente.<sup>3</sup>
- b) Ausencia de antecedentes criminales del acusado.
- c) Que no se requiera medida de seguridad de internamiento.
- d) Carácter leve de la culpa.
- e) Que sea de prever que el cumplimiento de las condiciones y reglas de conducta responda suficientemente a las exigencias de prevención que sean del caso.

---

<sup>3</sup> Cfr. DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, *Justicia criminal consensuada*. Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 192.

## 2. Ley del Estatuto de la víctima

Antes de comenzar por la exposición de esta ley en lo relativo a la justicia restaurativa, me gustaría contestar, como lo hace Gómez Colomer,<sup>4</sup> a la pregunta sobre qué interés tiene la víctima en el proceso penal:

- a. Que se preste asistencia personal inmediatamente tras la comisión del delito
- b. Que se le informe jurídicamente de sus derechos en manera comprensible.
- c. Que se detenga al autor del delito, se le enjuicie y se le condene.
- d. Que se le garantice protección frente a ese delincuente en todo momento.
- e. Que se le restituya la cosa robada, hurtada o dañada.
- f. Que se repare el daño material que ha sufrido.
- g. Que se le indemnice por daños morales.
- h. Que el autor del delito reconozca los hechos y le pida perdón
- i. Que se cumpla lo acordado, en su caso.

Si se dan cuenta, el interés de la víctima no se centra exclusivamente en el proceso y en los efectos de éste, sino en la reparación material y moral de la misma. Con este objetivo, la Ley 4/2014, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, pretende aglutinar en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de las víctimas, dentro del proceso y también los extraprocesales, transponiendo las Directivas de 2011 y 2012 que estaban pendientes de incorporación a nuestro ordenamiento nacional.

En efecto, la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, tiene como antecedente remoto, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 25 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconocía un amplio elenco de derechos a las víctimas en el ámbito del proceso penal.

El grado de cumplimiento de dicha Decisión Marco fue objeto del informe de la Comisión Europea de abril de 2009,<sup>5</sup> que puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima, y destaca la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos de dicho Estatuto.

En este contexto se ha producido la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

<sup>4</sup> GÓMEZ COLOMER, José Luis, “Notas sobre la justicia procesal (alternativa, negociada, restaurativa o reparadora)”, en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, Dir. Castillejo Manzanares, Santiago de Compostela 2014, p. 179.

<sup>5</sup> Informe de la Comisión, de 20 de abril de 2009, de conformidad con el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (COM (2008) 166 final).

Así, en España, el Estatuto de la Víctima del Delito nace con vocación de constituir un catálogo general de los derechos, procesales y extraprocerales, de todas las víctimas de delitos, lo que no obsta a que se haga con remisiones constantes a la normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad.

En cualquier caso, y ante la ausencia de una regulación específica para ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, se ha pretendido otorgarles una especial protección en este texto mediante la transposición de otras dos Directivas, la 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

Con posterioridad ve la luz, el Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima y se regulan las oficinas de atención a las víctimas del delito, aprobado el día 11 de diciembre de 2015 y en vigor desde el 1 de enero de 2016. Además, se insta a la aprobación de protocolos y a la adopción de procedimientos coordinados entre las autoridades implicadas, tareas en las que se propone que puedan participar también las asociaciones o colectivos de víctimas.

Pues bien, en el artículo 15 de la ley se introduce que las víctimas puedan acceder a los servicios de Justicia Restaurativa. En principio, semejante precepto nos llena de satisfacción, aunque si acudimos al preámbulo, no podemos no estar de acuerdo con las razones que sirven a esta introducción. En efecto, se afirma que el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la implementación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, lo cual orilla, como consecuencia, los beneficios que pueda deparar para la persona infractora, pero en perfecta sintonía con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

De modo expreso se dice:

Se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa [...] Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

En consonancia con ello, entre los derechos de las víctimas, en el artículo 3 se introduce el derecho a los servicios de justicia restaurativa, lo que se reitera en el artículo 5, relativo al derecho de las víctimas a recibir información desde el

primer contacto con las autoridades competentes, entre los que se incluye en el apartado k) servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos que sea legalmente posible.

Desde luego, lo manifestado poco tiene que ver con la concepción de justicia restaurativa, sin embargo, bien entendida en el Código Penal, lo que no deja de sorprender dada la cercanía temporal de ambas leyes.

En cualquier caso, resulta cierto que la protección de la víctima engloba la inserción de un sistema de justicia restaurativa en cuanto con ella, entre otras cosas, evita la llamada victimización secundaria. En efecto, de la multiplicidad de factores del hecho delictivo se derivan diversos tipos de victimizaciones. De este modo, se puede diferenciar la victimización primaria, entendida como la producida por las consecuencias directas e indirectas derivadas de la comisión del delito y donde los daños no se limitan a los sufridos por el bien jurídico protegido. Así por ejemplo los daños psicológicos derivados de los delitos contra la libertad sexual. Se ha de diferenciar de la victimización terciaria, entendida como la que hace referencia al grupo de costes sociales derivados de la penalización, ya se produzcan éstos en el victimario o sobre terceros. Por ejemplo, la victimización a la que es sometida la descendencia de madres reclusas que convive con éstas en los centros penitenciarios.

Por último, la victimización secundaria, que deriva de la interacción de la víctima con las disfunciones inherentes al funcionamiento institucional. De este modo, su confluencia con las organizaciones y profesionales encargados de procurarle asistencia y apoyo gesta efectos alienantes que potencian los sentimientos adquiridos durante la comisión del delito.

Pues bien, la mediación, al contrario que el sistema judicial penal tradicional, ofrece a víctima y victimario la posibilidad de participar de manera activa en la reparación de su conflicto. Abre, ante la víctima, un escenario en el que elabora la reparación psicológica y da respuesta a las necesidades que emanan del propio hecho delictivo, lo que evita el proceso de victimización secundaria. Al mismo tiempo, ofrece al victimario un escenario al cual enfrentarse con la verdadera naturaleza de las secuelas de su comportamiento, brindándole un espacio genuino para la responsabilización y la reinserción, donde se suprime gran parte de la victimización y estigmatización producto del paso por el aparato judicial.

Todas aquellas situaciones y actitudes revictimizadoras presentes en la mayoría de los agentes jurídico-sociales insertos en el sistema de justicia ordinario, no tienen lugar en la mediación. En esta misma línea, la neutralidad e imparcialidad exigida a los profesionales de la mediación garantiza que sus propios valores, prejuicios y asunciones no tengan espacio en el proceso.

Pero no sólo lo previsto en el preámbulo de la ley causa rechazo, son más las cuestiones. En primer lugar, se posibilita el acceso a mecanismos reparatorios y, sin embargo, no se adoptan las medidas necesarias para incorporar al proceso penal la validez de estos acuerdos.

Desde luego, el Estatuto de la Víctima obliga a la urgente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para integrar en ella la mediación. Semejante

integración se ha exigido en varios documentos europeos, de modo particular en la Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación en materia penal. Mientras esto no se produzca tendremos que seguir utilizando los mecanismos establecidos en las experiencias piloto. De forma tal que, si se trata de delitos perseguibles a instancia del ofendido, perjudicado o agraviado, en los que cabe el perdón del ofendido, éste puede ser la consecuencia del acuerdo restaurativo. En estos supuestos el proceso no se incoaría o incoado, es archivado.

La eficacia del perdón siempre ha sido una cuestión problemática, pues según se sostiene mayoritariamente la admisibilidad del perdón ha de adaptarse al carácter eminentemente público del Derecho Penal.

En la persecución de cualquier otro delito distinguiríamos según la fase del proceso en que nos halláramos. En cualquier caso, el sometimiento de la causa al proceso de mediación no debe suponer en sí mismo la suspensión del proceso penal, y ello sobre todo en la fase de instrucción en la que continuarán practicándose las diligencias de investigación ya acordadas y aquellas que se consideren necesarias para el esclarecimiento del delito. No podría ser de otra forma, pues la paralización de las actuaciones podría suponer la pérdida de fuentes de prueba fundamentales para la satisfactoria terminación del proceso.

En cualquier caso, en la fase de investigación se corre el riesgo de, por no contarse con más elementos que la denuncia, las declaraciones y los informes periciales, que, concluida la mediación, con o sin acuerdo, el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento de la causa, lo que hará que todo el proceso haya sido infructuoso, si no hay acusación particular personada, o personada ésta, también lo solicitare.

Así bien en la fase de investigación, si el Juez de Instrucción, con acuerdo del Ministerio Fiscal, decide someter el proceso a mediación (pues los acuerdos alcanzados en ésta podrán valorarse a efectos de una atenuación de la responsabilidad criminal), así lo comunicará al imputado en su primera declaración en calidad de tal. Si éste aceptare, tras haber consultado a su abogado, el juez dictará providencia acordando el inicio de la misma.

A continuación, dará traslado de la providencia a las partes personadas y al imputado y remitirá al equipo mediador dicha providencia, así como lo que constare hasta el momento en autos. En cualquier caso, la víctima podrá negarse a someterse al proceso de mediación.

Si ambas partes se sometieren y prestaren su consentimiento informado, se llevará a cabo, en todo caso, con anterioridad al comienzo de la fase intermedia, a fin de que el acuerdo pueda ser tomado en consideración en el escrito de calificación provisional. En efecto, en la fase de instrucción, el juez adopta la resolución de remisión tras la incoación de diligencias previas, arts. 774 y ss. LECr, debiendo desarrollarse la mediación antes de dictarse el auto de procedimiento abreviado o de transformación en juicio de faltas —art. 779 LECr—. De modo tal que cabrá que el Ministerio Fiscal, el letrado de la defensa y de la acusación particular, actuando conforme prevé el art. 784.3 LECr, redacten un escrito

conjunto de calificación, en el que recojan los términos del acuerdo y las variaciones en la calificación. O bien, la defensa muestre su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal. A este respecto, alguna jurisprudencia admite incluso que el proceso termine tras la denuncia de la víctima, sin que ésta presente querrela por haber llegado con anterioridad a acuerdos entre ella y el victimario. Así la SAP de Lleida de 14 de mayo de 2008, según la cual:

El apelante, condenado en la instancia como autor de una falta del art. 618.2 del CP, recurre la sentencia interesando su absolución alegando que existía un acuerdo alcanzado en el proceso de medición penal seguido en el marco del presente procedimiento y que determinó que la propia denunciante no llegara a formalizar acusación contra el ahora recurrente, lo que en su opinión constituye una circunstancia que hubiera debido ser valorada por el Juzgador “*a quo*” en el momento de dictar la resolución que ahora se impugna. En segundo lugar, discrepa de la valoración probatoria efectuada por el Juez de instancia y, por último, impugna las consecuencias penales derivadas de la falta por la que ha sido condenado peticionando la imposición, en su caso, de la pena mínima prevista legalmente. Frente a ello se opone el Ministerio Fiscal que impugna el recurso e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Del relato fáctico contenido en la sentencia de instancia, complementado con el que se recoge en la presente resolución, se desprende que los únicos hechos enjuiciados se remontan nada menos que al año 2004, concretamente al 2 de noviembre, cuando el denunciado, ahora recurrente, se presentó en el colegio en el que estudiaba su hija Llum y la recogió para llevársela en coche, incumpliendo así lo que venía acordado en la resolución judicial dictada en el procedimiento de medidas provisionales que se seguían, bajo el número 380/04, ante el Juzgado de 1.ª Instancia no. 1 de los de Balaguer. Además consta que dos años después de ocurrir aquellos hechos ambas partes aceptaron y siguieron, en el marco del presente procedimiento, un proceso de mediación penal que tenía por objeto resolver y reencauzar las profundas diferencias que entre ellos existía, reconociendo la desagradable situación en la que se encontraban debido a los constantes enfrentamientos que entre ellos existía por estos motivos así como la tensión que se había producido en su comunicación, todo ello permitió que alcanzaran una serie de acuerdos entre los que se encontraban el que la denunciante renunciara a las acciones civiles y, al mismo tiempo, se comprometía a no continuar con el presente proceso penal, lo que se materializó en el acto de juicio al no formular acusación alguna contra el denunciado.

El conjunto de estas circunstancias concurrentes no pueden desvincularse a la hora de enjuiciar los hechos ya que si bien es cierto —como así se encarga de poner de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito impugnatorio del recurso interpuesto— que el ilícito juzgado constituye una falta de carácter público en el que no ha de tener ninguna incidencia la posición que mantengan las partes también lo es el que éste ilícito participa de una particular naturaleza en la medida en que a través de él se pretende sancionar aquellas conductas de ínfima gravedad que represente el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales dictadas en el marco de los procesos matrimoniales. Es más, en el caso concreto lo que se persigue es la protección de los intereses de los menores en cuanto a titulares de su derecho a la estabilidad familiar, al

equilibrio en su desarrollo psico-afectivo lo que, a su vez, incluye los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas, conforme al art. 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. Por lo tanto, y como se encarga de poner de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (R. 160/2007) “lo que se pretende mediante dicho tipo de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de ‘cosificación’, de conversión en instrumentos arrojados de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, entre los progenitores. El mantenimiento de la paz en las relaciones familiares en crisis se pone al servicio del interés superior del menor, lo que exige, necesariamente, el respeto a los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes”.

Así las cosas no puede prescindirse en éste caso de la voluntad de las partes al iniciar el proceso de mediación y alcanzar una serie de acuerdos encaminados a la resolución particular del conflicto y estos, con los que se pretende la pacificación de las controversias existentes en relación —entre otros aspectos— al normal desenvolvimiento del régimen de visitas implicó la expresa voluntad de apartarse del presente procedimiento penal, lo que no solo se manifestó con los acuerdos expresamente alcanzados sino con la postura procesal mantenida en el acto de juicio, en la que la propia denunciante rehusó a la calificación de los hechos y, consecuentemente al ejercicio de la acción penal.

De todo ello ha de deducirse que aún cuando en el presente caso pudiera inculcarse el único hecho enjuiciado en la falta en la que se sustentó la única acusación, la deducida por el Ministerio Fiscal, en el acto de juicio oral, lo cierto es que la existencia de aquel acuerdo alcanzado durante el proceso de mediación, y referido a unos hechos anteriores entre los que se encontraba el que fue objeto de enjuiciamiento, unido a la posición procesal mostrada por la denunciante, que desistió del ejercicio de la acción penal, y al importante tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos y el momento en que se juzgaron, abocan indefectiblemente a considerar que, en este caso en concreto, los hechos carecen de relevancia y trascendencia penal, al haberse reencauzado a los trámites de resolución voluntaria y personal del conflicto y todo ello en aras a procurar la necesaria atenuación de las tensiones a fin de procurar el pacífico desenvolvimiento de las relaciones entre ambos progenitores, lo que indiscutiblemente y en definitiva ha de redundar en beneficio de los menores.

Consecuentemente a lo anterior ha de estimarse el recurso y revocar la sentencia de instancia en el sentido de absolver al recurrente de la falta por la que venía condenado, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de ambas instancias, conforme a lo establecido en el art. 239 y siguientes de la LECr.

En la fase de enjuiciamiento también podrá tener lugar la mediación antes de la práctica de la prueba, cuya conveniencia podrá valorar el juez que se encargue del mismo, siempre que exista acuerdo del Ministerio Fiscal.

Si las partes aceptan y, sometiéndose a mediación, no hubiere acuerdo, se abrirá el juicio oral. En caso contrario se iniciará el acto del juicio con el trámite de conformidad, en el que se podrá modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados en mediación, siempre dentro de los términos de la más estricta legalidad —art. 787 LECr.

En cualquier caso y fase, es claro que el imputado, o bien acusado, habrá de haber admitido, por iniciativa propia, algún tipo de participación en los hechos, si bien la valoración de la reparación y consecuencias jurídicas derivadas de la misma le corresponde efectuarla al juez o tribunal que conozca de la causa.

En la fase de ejecución, será el juez encargado de la ejecución, con el acuerdo del Ministerio Fiscal, quien valore la conveniencia de la mediación. La mediación finalizada en esta fase podrá valorarse por ambos, junto a otros elementos concurrentes, a fin de conceder suspensiones de condena, sustituciones o informes para indulto.

Por otra parte, los efectos de la mediación con resultado de acuerdo entre las partes deben ser distintos según sea la fase del proceso penal en que tenga lugar. Actualmente, tal y como se está llevando a cabo en los juzgados con la experiencia piloto del CGPJ, si se produce con anterioridad a la sentencia, de modo normal redundará en la aplicación de la atenuante de reparación del daño a la víctima, prevista en el art. 21.5 CP, y será el juez quien valorará la intensidad de la misma, como simple o muy cualificada, para lo que habrá de tomar en consideración el desarrollo del proceso y las demás circunstancias que concurran en el caso.

No obstante, para que pueda apreciarse la atenuante del art. 21.5 CP, el Tribunal Supremo exige que la reparación sea real y efectiva, pues en caso contrario, aun habiendo sometimiento de las partes al proceso de mediación y acuerdo, no cabrá que el tribunal la aplique. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2006, al manifestar que:

El primero de los tres motivos que articula el recurrente lo canaliza a través del art. 849-2 LECrim, denunciando error de hecho, al no haber hecho constar la sentencia en el *factum* su participación junto con la víctima en un “programa voluntario de mediación penal” arbitrado por la Subdirección General de Medios Abiertos y Medidas Penales Alternativas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1. La denuncia casacional viene documentalmente apoyada en el Informe obrante a los fol. 185 a 189 en el que la citada Subdirección General hace constar “el Sr. Narciso manifiesta su arrepentimiento por las lesiones causadas al Sr. Matías, que, en ningún momento tuvo la intención de hacerle ningún mal, y además le pide disculpas. El Sr. Matías acepta estas disculpas. Ambas partes, con la firma de este acuerdo, dan por finalizado el conflicto. El Sr. Matías se da por reparado después de este proceso de mediación”.

La inclusión de este dato, aunque de forma expresa no lo manifieste el censurante, tiene por objeto incorporar al relato histórico sentencial la base fáctica necesaria para la estimación de la atenuante de reparación del daño, sobre cuyo extremo versa el contenido del motivo siguiente.

En el correlativo ordinal se denuncia, a través del art. 849-1.o LECrim, la inaplicación del art. 21-5.o CP en relación al núm. 6, circunstancia análoga de reparación del daño.

1. No le falta razón al recurrente en lo concerniente a que en momento procesal oportuno formuló petición expresa para que el tribunal sentenciador apreciara la atenuante referida, como consta en el apartado 4.3 del escrito de calificación

provisional, elevado a definitivo en el acto del juicio oral. En dicho trámite se introdujo una modificación, aceptada por el tribunal, pero referida al apartado 4.1, según se desprende del escrito complementario presentado en el acto de la vista, lo que hacía que quedase inalterada la pretensión de estimación de la atenuante analógica de reparación del daño.

La Audiencia, ni en los antecedentes de hecho de la sentencia en el apartado de la calificación de la defensa, ni en el cuerpo de la misma, ni mucho menos en el fallo sentencial, se pronuncia sobre tal extremo. Así las cosas, es visto que estamos ante un claro supuesto de incongruencia omisiva (art. 851-3 LECrim), acogible en casación, pero con posibilidad de ser salvada la omisión con un pronunciamiento de fondo de esta Sala de casación, habida cuenta que el recurrente aduce, precisamente en este motivo, otro por infracción de Ley en el que plantea la aplicación de tal atenuante.

2. La sentencia refleja en el fundamento jurídico séptimo la afirmación según la cual “todo responsable penal de un delito o falta lo es también civilmente si bien no procede en este caso por no reclamar la víctima y existir además una conciliación expresa entre la misma y el procesado, dentro del sistema arbitrado por la Administración para la solución amistosa de los conflictos”.

En el tenor literal del informe confirma la voluntad reparadora del autor del delito dándose la víctima por satisfecha con la finalización de este programa reparador, que dio lugar a la firma de los acuerdos plasmados a los folios 188 y 189.

El problema es si tal situación es susceptible de tenerse en cuenta como base fáctica de una atenuante de reparación del daño, aunque sea analógica.

3. El Ministerio Fiscal, con certeras argumentaciones resume los criterios que esta Sala viene manteniendo. Señalemos los siguientes:

a) Esta circunstancia, de naturaleza predominantemente objetiva, responde a una política criminal orientada a la protección de la víctima y requiere para su estimación dos elementos:

1.- el primero de carácter cronológico, en cuanto la indemnización o reparación deberá llevarse a efecto con anterioridad a la fecha de la celebración del juicio.

2.- el segundo, de naturaleza material, consistente en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios o incluso de la reparación moral. En cualquier caso, deberán quedar excluidos los factores de índole subjetiva propios del arrepentimiento.

b) Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta “personal del culpable”. Ello hace que se excluyan:

1.- los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio.

2.- supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado.

3.- conductas impuestas por la Administración.

4.- simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.

c) La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, de manera que no es posible reconocer la consecuencia atenuatoria a acciones aparentes o a reparaciones reducidas pese a tener los medios adecuados. Debería, por tanto, excluirse la atenuación en la consignación de pequeñas cantidades.

A pesar de todo no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima.

d) Una reparación real y verdadera no implica que en todos los casos deba ser total, cuando el autor haya realizado un esfuerzo reparador auténtico, pues también forma parte de la atenuación la disminución de los efectos perjudiciales del delito, por lo que las reparaciones parciales significativas contribuyen a disminuir tales efectos, todo ello sin perjuicio de la intensidad atenuatoria que el tribunal estime procedente otorgar a la circunstancia.

4. De cuanto llevamos dicho la mera participación del recurrente en el programa voluntario de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica efectiva reparación. El perjudicado desde un principio renunció a toda clase de indemnizaciones, así que tanto da que no exista daño a reparar o el existente sea renunciado, ya que en ninguno de ambos casos se ofrece la posibilidad de reparar y realmente, en este caso, no se ha reparado nada.

La renuncia del perjudicado por razones familiares (se hallaba casado con la sobrina del acusado) no se produjo por efecto de la reconciliación, sino a causa de la generosidad de la víctima y no de las disculpas extrajudiciales.

En definitiva, sin reparación real y efectiva, total o parcial, no puede haber atenuación. El motivo se desestima.

De igual modo es posible que la mediación tenga reflejo en una sentencia de conformidad, imponiéndose la condena pactada por el Ministerio Fiscal y el imputado, si tiene lugar en la instrucción, o acusado, si tuviere en el juicio oral, evitándolo, y en su caso el acusador particular si lo hubiera. En cualquier caso, la sentencia, además de la condena podrá recoger los pactos alcanzados por las partes respecto a la responsabilidad civil y los compromisos personales a los que hubieren llegado.

En definitiva, para el infractor la mediación con acuerdo podrá suponer la aplicación de circunstancias atenuantes, y en su caso, de ser la pena privativa de libertad facilitar la evitación del ingreso en prisión, favoreciendo así el reconocimiento del beneficio de la suspensión de la ejecución de la condena o de su sustitución por pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

Por último, por lo que respecta a la mediación en fase de ejecución, nos remitimos a lo anteriormente expuesto respecto a la reforma del Código Penal a este respecto.

En cualquier caso, mientras sean éstas las consecuencias otorgadas en la práctica al acuerdo reparador, al investigado, encausado o acusado no le resulta atractivo acogerse a la mediación, pues nuestra legislación le viene a otorgar los mismos beneficios legales en el caso de que llegue a intentar reparar el daño a la víctima, que si acordare con ésta un acuerdo reparatorio a través de la mediación. La atenuante del art. 21.5CP, las alternativas a la prisión como la suspensión o sustitución de la pena, o los beneficios penitenciarios derivados de la fase de ejecución penal, le son concedidos sin necesidad de que tenga que reconocer los hechos delictivos y asumir su culpabilidad.

Respecto a apreciar la atenuante, se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia 249/2014, de 14 de marzo:

La mediación por sí misma no constituye un atenuante, aunque a través de ella se puede llegar a la conciliación, a la reparación y a otras fórmulas de satisfacción simbólicas que en su caso podrían tener repercusión penal. La mediación es la herramienta para alcanzar unos fines. Es un medio y no un fin. Y dentro de esta perspectiva, la reparación no sólo engloba las indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil, sino que el contenido de la justicia restaurativa, nos invita a redescubrir que la víctima necesita tanto o más que un resarcimiento económico, una explicación, una petición de perdón, la percepción de que el victimario se ha hecho cargo del daño causado injustamente; la comprobación del esfuerzo reparador no seguido de logros efectivos pero movido por el sentimiento de que se debe reparar el mal infligido. Por tanto, es la reparación la que genera la atenuante y no el procedimiento en sí de la mediación que puede resultar fallido. Porque cabe reparación sin previa mediación; y mediación sin reparación.

En segundo lugar, una de las cuestiones más controvertidas viene siendo la de delimitar el posible ámbito objetivo en que estas medidas pueden ser eficaces. Pues bien, la ley, lejos de aclararnos en qué delitos sí y o no se puede utilizar, se limita a indicar que será posible el recurso a los servicios reparadores allí donde esta posibilidad no esté legalmente vedada.

Las posturas son diversas. Algunos consideran que debe limitarse la aplicación a los delitos menos graves y a las faltas; mientras hay quien considera que, a sensu contrario, se debe excluir de la mayoría de las faltas. Por último, hay otra, la cual consideramos más adecuada, y es la relativa a considerar que habrá que estarse a las circunstancias de cada caso, sobre todo, a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes, para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación. De manera que la derivación a mediación no debe responder exclusivamente a criterios objetivos que atiendan exclusivamente a los tipos penales, sino que, debe tomarse en consideración el criterio subjetivo de la presencia como sujeto pasivo en el supuesto de víctimas que sean personas físicas, y con vulneración de derechos eminentemente personales. Tengamos en cuenta que la gravedad del hecho, según la calificación y pena que se halle contenida en el Código Penal, no coincide siempre y en todo caso con la gravedad percibida subjetivamente, de forma tal que no tienen por qué estar todos los delitos graves excluidos ni tampoco deben incluirse todas las faltas, porque no todas son idóneas para el proceso de mediación.

Así bien, se han de barajar varios criterios, por un lado y claramente, los subjetivos, esto es, las condiciones subjetivas de las personas que protagonizarían la resolución mediada, tanto en función de sus diversas capacidades personales como de la situación coyuntural en que se hallen; y además la significación subjetiva del hecho, al margen de su calificación jurídico-penal. Por otro, a lo anterior habrá de unirse, si se trata de un hecho flagrante o en el que existen claros indicios de criminalidad. Para, por último, valorar de modo positivo los supuestos en que nos hallamos ante relaciones enconadas entre partes, en su caso con múltiples

denuncias repetidas o cruzadas, en injurias y calumnias, violencia doméstica y de género, y hurtos contra las personas físicas.

A este respecto, la apreciación de cuál sea el hecho delictivo concreto que ha de derivarse a mediación, se debería dejar, en primer lugar, en manos del juzgador, y a continuación, remitidas las partes a mediación, será el equipo quien tome la última decisión.

En definitiva, consideramos que es más recomendable la no existencia de una lista cerrada de hechos delictivos que puedan llevarse a mediación. Lo anterior no quita que puedan configurarse protocolos que sean revisables con cierta periodicidad, en la que concurran otros elementos que lleven a determinar, caso por caso, y atendidas las coordinadas concurrentes, la posible remisión del asunto al servicio de mediación penal.

Así, por ejemplo, en el ordenamiento francés no existen criterios legales que definan objetivamente cuáles son las infracciones susceptibles de ser objeto de mediación penal. O en el alemán, donde se ha querido configurar un marco normativo de la mediación abierto y, por tanto, que permite acudir al TOA tanto en los delitos bagatelarios como en los delitos graves, en atención al tipo de hecho o a los sujetos implicados sean presuntos autores del hecho o sean las víctimas, o incluso a otras características del caso particular que así se hiciera conveniente, permitiendo o excluyendo el acceso al procedimiento de mediación impulsado desde el TOA.

Pues bien, si partimos de que no debe haber un elenco cerrado de supuestos, pero sí criterios o condiciones de mediabilidad penal, habría que concretar cuáles fueran éstos.

Cabría atender a la gravedad como elemento de exclusión, ya sea por razón de la pena o por el grado de violencia en la comisión de los hechos. No obstante, si fuera así, se privaría en ciertos casos de la posibilidad de que la víctima y el acusado pudieran beneficiarse de los efectos positivos de la mediación. Y ello a la vista de que puede haber supuestos en los que la víctima y el victimario de manera voluntaria prefieren el diálogo, y con él la consecuencia inevitable que es la reparación, al proceso penal in extenso.

En los países escandinavos se permite la mediación en delitos que comportan violencia. De hecho, existe un número elevado de delitos de agresión en los que el procedimiento de mediación se despliega con éxito, incluso en delitos de agresiones sexuales, en violencia doméstica, entre otros.

En Alemania se ha optado por permitir acudir a mediación cualesquiera que fuera la gravedad del hecho, atendiera ésta a la pena atribuida legalmente, lo que no es óbice a la posible exclusión de la reparación en ciertos supuestos, si bien se atiende a otros criterios tales como el tipo de hecho delictivo o los sujetos que se hallen implicados que no hicieren recomendable estos servicios; de modo especial en aquellos supuestos en los que la función de prevención deba ser preponderante la de la posible función restaurativa.

De nuevo en nuestro ordenamiento, el legislador español ha hecho exclusión de los delitos de violencia de género. En efecto, la mediación se halla excluida por el art. 44.5 LO 1/2004.

En la actualidad, la utilización de la mediación en asuntos de familia está más que justificada y nadie duda de sus virtudes. Así, la propia legislación introduce la mediación familiar en la Ley 5/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio, y donde se incluyen normas concretas que albergan el sometimiento a mediación de determinadas cuestiones en materia de familia. Y es que, en los conflictos de pareja, matrimonial o no, el proceso no es la mejor solución, adaptándose más a ellos los mecanismos que optimizan la solución pactada de aquél. Así la mediación en este tipo de crisis supone, por un lado, el que las cuestiones familiares, tan íntimas y personales, queden en el marco que les ha de ser propio, la confidencialidad, pues la persona mediadora y las partes tienen el deber de mantener la confidencialidad en relación con la información que en el proceso de mediación se hubiera vertido. Por ello, las partes podrán expresarse con libertad, y haciéndolo de este modo los pactos son posible, la solución del conflicto pactada no resulta tan complicada; además, por otro lado, si las partes llegar a exteriorizar sus sentimientos, a expresar lo que sienten o han sentido, la fase de recogida de datos que todo mediador ha de efectuar como fase previa, ayuda a las partes a clarificar cuestiones afectadas por la situación objetiva de crisis familiar. Por último, si en la crisis se han producido actos violentos, sirve como mecanismo reeducador, sin provocar más alteración y escalada del conflicto, sino como paliativo de posibles actos posteriores.

Por ello, resulta paradójico que precisamente en aquellas familias donde es necesaria una intervención más completa y un abordaje más complejo, como en el caso de las familias con problemática de violencia, se limiten los recursos a utilizar.

En este sentido, a Recomendación nº (98) 1, del Consejo de Europa sobre la mediación familiar, establece en su párrafo 3.9, que el mediador pondrá especial atención en saber si ha habido violencia entre las partes o si puede producirse en un futuro, así como en los efectos que éstas puedan tener sobre la situación de las partes en la negociación, y examinar si, en estas circunstancias, es apropiado el proceso de mediación.

Por lo tanto, se prevé la mediación no sólo como un mecanismo apto en los supuestos en os que exista violencia, sino como instrumento de prevención de la misma. En efecto, la mediación así entendida puede ser un proceso preventivo que conduce a evitar enfrentamiento, o que se produzcan más, repercutiendo beneficiosamente en la estabilidad emocional de las partes y garantizando la continuidad de la relación entre ellas en aquellos temas en los que fuere necesario, así hijos comunes. En base a mantener esa relación, o por lo menos no deteriorarla más de lo que está, se establece un proceso de interacción entre el mediador y las partes, partiendo de la credibilidad, en el mediador, en donde la confianza es el elemento más sólido y sire para que ésta se extienda al proceso y facilite la interacción entre las partes, compensando así la desconfianza habitual en la otra parte.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> BERNAL SAMPER, Trinidad, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 138.

Por otro lado, en nuestro país el CGPJ, el 21 de marzo de 2001, emitió un Informe sobre la violencia de género en el ámbito familiar en el que, entre otros muchos aspectos, destaca la conveniencia de trasladar a la jurisdicción civil las infracciones leves relativas a la violencia doméstica. El mismo indica, además, la deseabilidad de la potenciación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación, en aquellos supuestos en los que la gravedad del hecho y las circunstancias personales, familiares y sociales concurrentes aconsejasen y permitiesen el mantenimiento de la relación familiar o de pareja.

En el mismo sentido se resuelve en las Conclusiones del Curso, “la mediación civil y penal. Un año de experiencia. Alternativas a la Judicialización de los conflictos dirigidos a Fiscales y Jueces de Familia y Penales”,<sup>7</sup> en el que se dice que,

se considera especialmente indicada la mediación para afrontar conflictos surgidos en el contexto de relaciones conyugales o uniones de hecho —siempre y cuando se garantice la igualdad de las partes—, relaciones familiares, vecinales y derivadas de otro tipo de convivencia, como las que tienen lugar en las relaciones laborales, porque en dichas controversias intervienen personas que se conocen y existe un tejido humano y social que intenta reconstruir o resulta necesario, para prevenir la repetición del conflicto, que los implicados pacten soluciones satisfactorias.

Cuando no había previsión alguna de mediación en el proceso penal, la misma ya se prohibía en los delitos de violencia de género —art. 44.5 LO 1/2004—. Con ello, el legislador ha optado por criminalizar todo el entorno de pareja, de forma que se convierte en un asunto de Estado y del Derecho Penal.

De hecho, son dos las grandes pautas que definen el nuevo modelo de intervención punitiva en la ley integral, por un lado, la decisión de crear una tutela penal reforzada aplicable solo a la mujer; y por el otro, el incremento generalizado de la severidad de la respuesta penal frente a la violencia de género.

Con esta previsión se desoye, no sólo la normativa europea, así la Recomendación nº (98), 1, del Consejo de Europa sobre la Mediación Familiar, la que establece en su párrafo 3.9 que el mediador pondrá especial atención en saber si ha habido violencia entre las partes o si pueden producirse en un futuro, así como en los efectos que éstas puedan tener sobre la situación de las partes en la negociación, y examinar si, en estas circunstancias, es apropiado el proceso de mediación; sino, también, al CGPJ, que en su informe de 21 de marzo de 2001, sobre la violencia de género en el ámbito familiar, destacó la conveniencia de trasladar a la jurisdicción civil las infracciones leves o faltas relativas a la violencia doméstica. Además, indica la deseabilidad de la potenciación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación, en aquellos supuestos en los que la escasa gravedad del hecho y las circunstancias personales, familiares y sociales concurrentes aconsejasen y permitiesen el mantenimiento de la relación familiar o de pareja.

En todo caso, la regulación de la mediación en el ámbito de la violencia de género presenta hoy dos obstáculos, uno de contenido legal y otro relacional.

<sup>7</sup> CGPJ. Fiscalía General del Estado. Cursos de Formación continúa 2006. 6, 7 y 8 de noviembre 2006.

El primero de ellos es la obligatoriedad de imposición en estos delitos de la pena accesoria de alejamiento, obstáculo que podría salvarse con la modificación del artículo 57 CP, en el sentido de eliminar el carácter obligatorio de la imposición de tal pena y dejarlo al arbitrio judicial en los casos en que hubiera existido conciliación entre la víctima y la persona condenada.

Este precepto, además, genera disfunciones graves de relevancia penal. En efecto, provoca problemas tales como el que produce la imperativa aplicación de un delito de quebrantamiento de condena —art. 468.2 CP—, para los casos de desobediencia a las órdenes de alejamiento o incomunicación decretadas judicialmente frente al agresor en los casos de maltrato a la mujer ha ocasionado problemas relevantes que no encuentran fácil solución. Así lo reconoció una de las primeras sentencias que conoció del problema, la de la AP de Sevilla de 15 de julio de 2004, según la cual,

el tribunal considera absolutamente improcedente que se adopten medidas de protección a la víctima... en contra de la voluntad expresa de la propia víctima, cuando ésta es una persona adulta y dotada de plena capacidad de obrar, a la que hay que suponer en plenitud de facultades mentales y en condiciones de juzgar sobre sus propios intereses... Otra cosa sería tratar a las víctimas de la violencia de género como sujetos cuya capacidad de autodeterminación se encuentra abolida o limitada y cuyo interés ha de ser, por tanto, tutelado institucionalmente por encima de su propia opinión, al modo de los menores o incapaces, lo que francamente nos parece ofensivo para la dignidad personal de la víctima que precisamente se pretende proteger.

El segundo obstáculo hace referencia a la notable desigualdad que pudiera existir entre las partes en la relación con el desequilibrio de poder. Respecto a esta segunda cuestión, consideramos que podría ser salvado el escollo, a la vista de que, en primer lugar, no cabrá la mediación en supuestos en los que por razón de los graves hechos de violencia física, o reiterados actos de violencia física, la situación de la mujer sea de indefensión, de una indefensión que se ha venido a llamar “aprendida”. Los profesionales se refieren a ella, aludiendo a la actitud pasiva ante un destino atroz, ante la muerte o, sin llegar a ésta, ante la propia destrucción física o psicológica sin poner nada de su parte. De tal modo que las teorías de la indefensión aprendida muestran que una victimización repetida mina las posibilidades de reacción ante el ataque sufrido, lo que hace que la víctima se halle en una posición de desequilibrio con su agresor, sin tratar de reequilibrarlo. Así, el sentimiento de indefensión incapacita a la víctima para encontrar una reacción viable para reducir el sentimiento de vulnerabilidad, pues la posible solución se considera ineficaz para aliviar la angustia.

En segundo lugar, es necesario que se adopten ciertas cautelas; por un lado, que los mediadores se sometan a un reciclaje continuo y una especialización de este ámbito. Por otro, que los programas de mediación instauren procedimientos para mejorar la seguridad de las víctimas durante y después de la mediación (detectores de metales en las oficinas de mediación; guardias de seguridad y servicios

de protección, entrevistas en el momento de llegada al programa para identificar la existencia de malos tratos; sesiones de mediación con las dos partes por separado; equipos de mediación mixtos, formados por un hombre y una mujer; asistencia por parte de los defensores de las víctimas, abogados y trabajadores sociales), y por último, la mujer víctima debe aceptar someterse a este sistema una vez que haya recibido la ayuda necesaria para situarse ante su agresor en absolutas condiciones de igualdad. Por tanto, a estos efectos, es la voluntad de la víctima y el informe elaborado por un psicólogo, los que deben determinar la posibilidad de realización.

Así bien, aquel precepto, de acuerdo a lo anteriormente manifestado, debe ser suprimido, pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle de forma correcta al tener en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada. Esta situación se puede corregir con la libertad de las partes para intervenir en la mediación, manifestada en la firma del documento de consentimiento informado, previo informe realizado por un psicólogo.

En tercer lugar, en el estatuto de la víctima, a fin de poder acudir a la justicia restaurativa, se requiere un reconocimiento por parte del victimario de los hechos esenciales que fundamentan la responsabilidad penal, lo que equivale a la asunción de los elementos fácticos básicos a los que alude el artículo 12 de la Directiva, la que exige como condición mínima, el reconocimiento por el infractor de, “los elementos fácticos básicos del hecho”.

Claro, tal y como se prevé la aceptación de la mediación en el proceso penal, se plantea una cuestión que incide de manera sustancial en la afectación de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho a la presunción de inocencia. Desde luego, se ha de tratar de evitar que los derechos y garantías se hallen afectado una vez iniciado el proceso de mediación, éste no llegue a su fin, o bien terminado, no haya acuerdo.

Por otro lado, el precepto, en una cuestión de tanta transcendencia, obvia identificar el órgano que ha de recibir tal declaración, la que, en todo caso, no debiere ser hecha ante el órgano jurisdiccional o el Ministerio Fiscal.

Por último, se establece el deber de confidencialidad de los debates que precisan para su difusión del consentimiento de ambas partes, sin que, a diferencia de lo que establece la Directiva, pueda quebrarse el deber de secreto cuando así lo aconsejen razones de interés público superior.

En efecto, el proceso debe ser confidencial, pues es la forma de garantizar la confianza en el sistema, aunque cabe admitir excepciones que deben ser expresamente reguladas. Mas el principio de la confidencialidad hay que ponerlo en relación con otro principio, el de voluntariedad, que determina que, en cualquier momento, cualquiera de las partes puede dar por finalizado el proceso de mediación y acudir a los tribunales. Por esta razón ha de garantizarse que no se va a utilizar la mediación de forma fraudulenta para obtener fuentes de prueba.

En cualquier caso, la confidencialidad respecto a la persona del mediador ha de garantizarse a través de que quede vinculado por el secreto profesional respecto

de los hechos y circunstancias que le han sido confiados, así como que no pueda ser llamado a declarar como testigo en el juicio subsiguiente ni tampoco como perito.

No obstante, la confidencialidad tiene su límite en el orden público, por lo que el principio ha de ceder ante el riesgo para la integridad física de las personas, o ante el conocimiento de un hecho delictivo distinto al que es objeto de enjuiciamiento.

Respecto de las partes, se les ha de prohibir utilizar en un proceso posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación.

#### IV. CRÍTICAS AL ÚLTIMO INTENTO DE REGULAR LA MEDIACIÓN PENAL EN EL SENO DE UN CÓDIGO PROCESAL PENAL

##### 1. *Concepto de mediación*

Según el artículo 143 del Borrador de Código Procesal Penal de 2013, por mediación penal se entiende, a los efectos previstos en el Título VI (la mediación penal), el procedimiento de solución de conflictos entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo.

Se trata, así, de introducir, un instrumento de justicia restaurativa en el marco de un proceso penal. Para estos efectos recordemos que las concepciones modernas del Derecho Penal mantienen que la función de la pena es la prevención, y ello por cuanto el castigo que comporta la pena es para evitar las conductas que se reprochan socialmente, las consideradas como indeseables, cumpliéndose con ello una misión de pacificación social.

Frente a ello surge la teoría de la resocialización, que tiene como propósito permitir la obtención de numerosos beneficios si se compatibiliza con otros fines, o quizás si se pretende alcanzar desde parámetros de libertad, lo que supone, en todo caso, la reconsideración de la pena privativa de libertad como la base del sistema punitivo. Pero junto al sujeto sometido al proceso penal y los fines resocializadores del mismo, se halla la víctima, la gran olvidada. Para atender a estas dos premisas: la resocialización y la victimización, el borrador quiere hacer mención a estos dos sujetos en el procedimiento de mediación, refiriéndose especialmente a la tutela de las víctimas en su artículo 12, según el cual, la tutela de la víctima es una de las finalidades del proceso penal. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y el Tribunal informarán a los ofendidos y perjudicados por el delito de los derechos que le asisten, con particular atención a las víctimas especialmente vulnerables.

Con ello, el *prelegislador* introduce una nueva concepción basada en la filosofía restitutiva o restaurativa, que implica un nuevo modo de repensar la justicia penal, desde la que otorga, al delincuente, la posibilidad de responder ante las víctimas responsabilizándose de la reparación del daño que pudiere haber causado.

## 2. *Ámbito objetivo de la mediación*

Si bien se trata de un paso necesario, deja sin regular dos cuestiones de fundamental importancia, el marco objetivo y subjetivo de la mediación. Esto es, ¿cabe el procedimiento de mediación frente a cualquier infracción, y cualquiera que sea el sujeto que cometiere el hecho delictivo? Las experiencias provenientes de otros ordenamientos jurídicos, amén de las propias en lo que a los proyectos piloto se han venido desarrollando en nuestro país, nos dan algunas ideas que permiten cuestionarnos supuestos específicos, situaciones especiales, o posicionarnos sobre si es o no necesario establecer un límite de pena para poder asumir como posible que la función reparatoria se convierta en la preferente en la perseguibilidad penal, tanto que evita el desarrollo formal del proceso mismo, otorgando validez y eficacia al acuerdo que se alcance, de naturaleza reparatoria, en el procedimiento de mediación.

La primera cuestión sería la de determinar si debe o no considerarse *a priori* excluible alguna infracción penal y, en su caso, si sería o no conveniente configurar un elenco de conductas que pudieren o no ser objeto de mediación. La pregunta es por ello *numerus clausus*: sí o no.

## 3. *Ámbito subjetivo de la mediación*

Por último, decíamos que era preciso que se hubiere delimitado el ámbito subjetivo, esto es, si todos los sujetos activos y pasivos pueden sin exclusión acudir a un procedimiento de mediación.

Respecto de la víctima habríamos de cuestionarlo en los delitos de violencia de género o en los delitos de peligro abstracto. A estos delitos de violencia de género ya nos hemos referido. Respecto a los delitos de peligro, en especial, en los de peligro abstracto, al surgir el concepto de víctimas innominadas o colectivas, se pueden generar *a priori* ciertos obstáculos a la hora de considerar la mediación, como medio que exige, entre otras cosas, dos posiciones; una de ellas, la de víctima. Es precisamente ese obstáculo de indeterminación de uno de los sujetos que debe sentarse con el autor de los hechos o con los autores y desarrollar este procedimiento de diálogo, de comunicación, el que puede llevar a negar la viabilidad de la mediación.

Este obstáculo ha encontrado respuesta no viendo la necesidad de que la víctima deba ser singularizada, sino que sea posible hablar de lo que se denomina como “víctima simbólica” o “víctimas por subrogación”, en cuanto la ley podría permitir que determinadas personas jurídicas pudieren ejercer esa función en el saldo de las víctimas, tales como asociaciones en defensa del medio ambiente o asociaciones dedicadas a la desintoxicación, en el caso de drogodependencias, o destinadas a trabajar por la no violencia.

Por último y con respecto al encausado podría plantearse en la mediación con personas reincidentes, o con pluralidad de sujetos o con personas jurídicas.

En lo relativo a la mediación con personas reincidentes, la reincidencia puede implicar un uso excesivo de las etiquetas, máxime si se piensa que, aún cuando alguien pudo ser reincidente, las circunstancias personales, sociales, etc., que le rodearon pueden ser claramente diversas en los momentos en que se produce el hecho y la mediación puede jugar de manera esencial en la recomposición de las relaciones entre víctima-victimario y servir de canalización para una verdadera rehabilitación del sujeto.

Además, hemos de tener en cuenta que el reincidente puede serlo por un delito o falta que nada tuvo que ver con la actuación anterior y, por tanto, que los elementos que deben concurrir para poder trabajar con el mediador se den sin problema alguno.

Cuando sean varios los encausados, no todos tienen porque querer someterse al procedimiento de mediación. Si unos se sometieran y otros no, hemos de tener en cuenta que el acuerdo adoptado no puede jugar como prueba de cargo para los restantes coimputados. Pero, además, se debiere prohibir la entrada en el proceso como testigo de aquel que se sometió al procedimiento de mediación y salió del proceso judicial.

Por último, y respecto del proceso penal abierto contra persona jurídica, se puede arbitrar que sea la persona física que les represente quien pueda participar en el proceso negociador de mediación. En cualquier caso, quien se muestra contrario a estos supuestos, lo son, no tanto porque sean personas físicas quienes representen a la jurídica, sino en lo relativo a la reparación o compensación simbólica, por la eliminación del elemento reparatorio que la mediación ofrece a las víctimas.

#### *4. Procedimiento de mediación*

##### **4.1. Mediación institucionalizada o profesional**

El siguiente precepto que introduce el prelegislador sobre la mediación, provoca un mar de dudas. En efecto, en el número 1 prevé que, a la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables las normas establecidas en varios de los artículos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La primera cuestión que surge a raíz de este apartado, al ver la rúbrica del precepto: “Mediación institucionalizada o profesional”, es si cabe otro tipo de mediación que no sea la institucionalizada o profesional. A estos efectos cabe remitirnos a lo previsto en la citada ley, aunque no es un precepto al que se remita este texto articulado, a fin de comprender lo que son las “instituciones de mediación”.

El citado artículo comienza definiendo, qué tipo de entidades gozarán —a los efectos de dicha Ley—, de la categorización de “instituciones de mediación”. En este sentido tendrán la consideración aquellas corporaciones de derecho público y las entidades de carácter privado o público que cuenten entre sus objetivos con la promoción de la mediación. Asimismo, deben facilitar el acceso y

administración de la misma, incluyendo en este concepto una designación transparente de los mediadores, todo sin que la institución pueda prestar directamente el servicio de mediación, y sin que pueda tener una intervención en la mediación que rebase lo dispuesto en la propia Ley 5/2012.

Sin embargo, si existe una remisión a la Ley de mediación en lo que respecta a la profesionalización de los mediadores, y por tanto a qué ha de entenderse por mediación profesional. En este sentido destacan dos preceptos, el 11 y el 12, según los cuales pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Además, las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán asignar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos señalados en esta Ley.

En cualquier caso, el mediador deberá estar en posesión del título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, la cual se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, los que tendrán la validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

Para que todo ello se cumpla, el Ministerio de Justicia y las Administraciones competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

Desde luego, no cabe sino pensar que no hay otra mediación que la institucionalizada o profesional, si es así para el ámbito civil y mercantil, cómo no para el penal.

#### **4.4.2. Principios que rigen la mediación**

En segundo lugar, ese mismo número prevé que a la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables, las normas establecidas en los artículos 6.1, 6.3, 7, 8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 1, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Pues bien, la remisión a muchos de ellos está totalmente justificada por referirse a puntos comunes en ambas mediaciones. Así en lo relativo a los principios que rigen el procedimiento de mediación (voluntariedad y libre disposición, igualdad de partes e imparcialidad, así como neutralidad), a las partes en la mediación, a las condiciones para ejercer de mediador, calidad y autorregulación de los mediadores, al procedimiento de mediación (información y sesiones informativas, pluralidad de mediadores, sesión constitutiva, duración del procedimiento, y desarrollo de las actuaciones de mediación, terminación del procedimiento y acuerdo de mediación).

En lo relativo a la remisión a los principios de la mediación, lo cierto es que son comunes en todas las legislaciones de ámbito comparado al referirse a dicho procedimiento.

La mediación en el proceso penal ha de ser un servicio de atención gratuita a la ciudadanía, nota que deriva del carácter público que tiene el Derecho Penal, voluntario para las partes durante todo el tiempo que dure el procedimiento de mediación, de forma tal que se puede abandonar en cualquier momento sin que suponga por ello una merma en las garantías procesales.

De forma tal que, por un lado, tiene naturaleza autocompositiva, en cuanto son las partes las que han de llegar al acuerdo, interviniendo la persona mediadora a los solos efectos de equilibrar la capacidad negociadora de ambas partes y favorecer la negociación para la consecución de acuerdos. Así pues, a través de la mediación no se impone la solución por terceros, como en el proceso judicial o en el arbitral, mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, sino que la solución es negociada, asumida y acordada por las propias partes, sin que el tercero, persona mediadora, tenga poder de decisión o imposición sobre las soluciones y acuerdos a las que lleguen las propias partes.

Además, se trata de un instrumento al que se acude de forma voluntaria, de hecho, nada parece más alejado de la finalidad de todo procedimiento de mediación, que no es otro que alcanzar un acuerdo de modo voluntario y autónomo, la imposición a las partes para que se sometan a un procedimiento de estas características. No obstante, existen ordenamientos que prevén la obligatoriedad de la mediación, como lo hace la ley austriaca de 2004, con previsión de sanciones para quien no se somete a un proceso de esta naturaleza. Otros sistemas delegan la facultad discrecional al juez, que no acepta el caso hasta que no aprecia que se han agotado todas las posibilidades de mediación, como en Florida u otros estados de EEUU. Sin embargo, lo más frecuente es que la norma general sea la voluntariedad en todas las manifestaciones de la mediación, sin perjuicio de que pueda ser establecida la obligatoriedad de una entrevista informativa previa, con el objetivo de asegurar que la opción que realizan los ciudadanos por rechazar o aceptar un proceso de mediación es plenamente consciente, aceptada y no mediatizada por prejuicios propios o de terceras personas.

Por otra parte, la voluntariedad no se refleja únicamente en el momento de aceptar participar en un proceso de mediación penal, sino que también está presente a lo largo del mismo, es decir, que cualquiera de las partes conserva la facultad de anunciar que quiere dar por terminado el proceso de mediación.

Se ha de exigir que el tercero sea además neutral, esto es, la persona que medie no podrá orientar y menos imponer a las partes su propia escala axiológica frente a la propia de cada parte, evitando así plantear alternativas que vayan dirigidas a alcanzar soluciones que sean más conformes a la propia escala de valores de la persona mediadora. La neutralidad del mediador está en relación directa con los fines teleológicos de su función que, en definitiva, son el resultado de la pacificación de las relaciones interpersonales y el de la reconstrucción de vínculos sociales.

El mediador también ha de ser también imparcial, entendiendo por imparcialidad la cualidad de no tomar partido por alguien que esté siendo objeto en el tratamiento de la cuestión, descubriendo los intereses y necesidades de todos los intervinientes, respondiendo de forma objetiva a cualquier planteamiento expuesto o interés expreso implícito en cualquier proceso.

En cualquier caso, hubiera sido más satisfactoria la no remisión y sí la elaboración de un texto propio relativo a la mediación penal, y todo ello porque necesitamos una configuración legal adecuada para introducir la mediación en nuestro proceso penal, a través de:

- a. Aprobación de una norma habilitante, ley de mediación penal, que regule que es la mediación, cuáles son sus principios básicos, elementos objetivos, elementos subjetivos, procedimiento y consecuencias derivadas del acuerdo no de mediación. No considero que sea suficiente con la remisión a una norma basada en la mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- b. Desarrollo de un Estatuto del mediador y su correspondiente actividad de control, a través de la formación.
- c. Necesidad de reformas en el Código Penal, referidas a la reparación.

Pero, en cualquier caso, no se entiende bien la remisión a dos preceptos, el 25 (formalización del título ejecutivo) y 26 (tribunal competente para la ejecución de acuerdos de mediación). No queda otra opción que pensar que la remisión a aquéllos, en lo relativo a la formalización del acuerdo de mediación como título ejecutivo, es para la responsabilidad civil que acompaña en algunos supuestos a la responsabilidad penal, y sólo cuando los acuerdos pasarán por ello, podrían constituirse como título ejecutivo y ejecutarse a través del procedimiento de ejecución previsto a estos efectos.

El número 2 del mismo artículo, prevé que la voluntad del infractor de someter el conflicto con la víctima a mediación se le comunicará a esta última por el Ministerio Fiscal, cuando no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho. La comunicación se realizará directamente o a través de la Oficina de Atención a las Víctimas. Resulta imprescindible cuestionar dicha regulación, en cuanto parece indicar que el único que puede instar el procedimiento de mediación es el infractor.

#### **4.4.3. Principio de confidencialidad y presunción de inocencia**

Por último, deviene imprescindible lo regulado en el artículo 144.4, según el cual, el mediador se halla sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con motivo de su intervención en el procedimiento.

Esto se ha de enlazar de modo necesario con la confidencialidad, pues es la forma de garantizar la confianza en el sistema, aunque cabe admitir excepciones que deben ser expresamente reguladas. El principio de confidencialidad hay que

ponerlo en relación con el principio de voluntariedad antes analizado, que determina que, en cualquier momento, cualquiera de las partes puede dar por finalizado el proceso de mediación y acudir a los tribunales. Por esta razón ha de garantizarse que no se va a utilizar la mediación en forma fraudulenta para obtener fuentes de prueba.

En cualquier caso, la confidencialidad respecto de la persona del mediador ha de garantizarse a través de que quede vinculado por el secreto profesional respecto de los hechos y circunstancias que le han sido confiados y que no puede ser llamado a declarar como testigo en el juicio subsiguiente ni tampoco como perito.

Respecto de las partes, se les ha de prohibir utilizar en un proceso posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación.

No obstante, la confidencialidad tiene su límite en el orden público, por lo que el principio ha de ceder ante el riesgo para la integridad física de las personas, o ante el conocimiento de un hecho delictivo distinto al que es objeto de enjuiciamiento.

Todo ello no es sino consecuencia de que las bases conceptuales sobre las que se asienta cualquier cauce de mediación penal no pueden ser otras que las de partir de dos premisas esenciales; a saber, la existencia de un daño o perjuicio causado a una persona por otra, y que la persona perjudicada y su autor lo sean en grado de presunción, a saber, el sometimiento a este procedimiento sólo puede hacerse desde la base del debido respeto a la presunción de inocencia, que de necesidad también debe extenderse a la víctima, que no es tal, hasta que, en efecto, se derive de una serie de actuaciones que así lo prueben.

La aceptación de sometimiento a procedimiento de mediación no implica, ni puede implicar, que el imputado acepte ir a mediación porque está reconociendo los hechos en esa primera toma de contacto. Ni tampoco, obvio, que el sistema está reconociendo a priori los daños causados a la víctima. Antes, al contrario, es importante insistir en que acudir a mediación no puede significar en sí mismo un reconocimiento previo ni la existencia de daños ni la culpabilidad o comisión de los hechos. Deben establecerse cautelas legales en cuanto a no considerar en absoluto que la aceptación de someterse a mediación puede valorarse como un reconocimiento de culpabilidad.

Así bien, en lo relativo a la aceptación de la mediación en el proceso penal, se plantea una cuestión que incide de manera sustancial en la afectación de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho a la presunción de inocencia. Se trata de la exigencia de reconocimiento de hechos por iniciativa del autor, tal y como prevé la Recomendación núm. R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación penal, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Se trata de evitar que los derechos y garantías se hallen afectados una vez que ha iniciado el proceso de mediación, éste no llegue a su fin, o bien terminado no haya acuerdo. En efecto, ya la mera decisión por parte de aquél de participar en el procedimiento de mediación puede entenderse como un indicio de su intervención en el hecho delictivo del que trae causa el proceso, pudiendo afectarse

directamente su derecho a la presunción de inocencia, a pesar de que el ofrecimiento que realice el órgano jurisdiccional, para participar en el proceso de mediación, no traiga causa de la fragancia del delito, o del reconocimiento de hechos, sino de la naturaleza y circunstancias del hecho criminal y de la posibilidad de reparación. Por lo tanto, si la mera aceptación de participar en el proceso de mediación puede incidir en la presunción de inocencia, el sometimiento al proceso, cuando se abandonó sin acuerdo, puede generar más dudas.

No obstante, tenemos que tomar en consideración dos cuestiones, a saber: por una parte, el abandono del proceso de mediación puede ser debido a que no está conforme con los hechos que la víctima expone; por otro, el juez, en ningún caso podrá basar la sentencia condenatoria en otra cosa que no sea la prueba, y el acta que el mediador remita al juzgado en ningún caso podrá entenderse tal.

En definitiva, el reconocimiento de los hechos durante el desarrollo de la actividad mediadora no podrá ser trasladado al proceso penal si aquélla finaliza sin acuerdo y, de llegarse a acuerdo, en los exclusivos términos de éste.

Tampoco podrá utilizarse nada de lo que se manifestó durante el proceso de mediación; ni las partes ni el mediador, a pesar de que, no habiendo resultado satisfactoria la mediación, la víctima y el ofensor habrán emitido declaraciones que podrían proporcionar información útil contra el presunto autor de los hechos en el marco del proceso penal. A este respecto, al estar presidida la mediación por el principio de confidencialidad, de manera tal que las partes no podrán utilizarlo de manera incriminatoria, a lo que cual se habrán comprometido en el documento de consentimiento informado, con su firma, al inicio de las sesiones. Asimismo, el mediador no podrá ser llamado ni en calidad de testigo ni de perito, quedando amparado por el secreto profesional. Pero más aún, el acta sin acuerdo que presente el mediador debe limitarse a dar cuenta del no acuerdo, y puede ilustrar sólo el tiempo del desarrollo y el número de horas invertidas en cada parte. Todo ello a la vista de que la participación en el proceso de mediación puede, sin perjuicio del resultado, tomarse en consideración como un elemento más para la aplicación de circunstancias atenuatorias o adoptar decisiones suspensivas o sustitutivas en la fase de ejecución de sentencia.

En caso de haber llegado a acuerdo, no podrá darse traslado al juez del acta de acuerdos hasta el momento del juicio oral, a fin de garantizar el derecho a la presunción de inocencia, aunque, en todo caso, en dicha acta no debe constar el reconocimiento de los hechos por el acusado, sino sólo el contenido de la reparación, a fin de que no pueda utilizarse en modo alguno en el proceso. A este respecto recordemos cómo el parágrafo 32 de la Recomendación (99) n° 19 prevé que el mediador no debe revelar los contenidos de los encuentros ni expresar ningún juicio sobre el comportamiento de las partes durante el proceso de mediación seguido.

Otra cuestión que se plantea y que su resolución sólo pasa por la confianza en el órgano jurisdiccional, en cuanto la sentencia condenatoria ha de recaer en el único supuesto de existencia de prueba de cargo suficiente ocurre cuando son varias las personas encausadas y sólo algunas acuden a mediación. Si bien es

cierto que el acuerdo al que se llegase, en su caso, no podría constituir por sí sólo prueba de cargo contra el resto de los acusados, no lo es menos que el reconocimiento de los hechos punibles por alguno de ellos podría influir directamente en el derecho a la defensa de los demás.<sup>8</sup> Para evitarlo, tendría que prohibirse la entrada en el proceso como prueba testifical la declaración del coimputado que ha asistido al proceso de mediación.

## 5. Efectos de la mediación

Una de las cuestiones trascendentales relativa a la consecución de un procedimiento de mediación es el relativo a los efectos que ésta pudiera tener en el proceso penal. A ello se refiere el artículo 146 del Borrador, según el cual ni el Ministerio Fiscal ni los tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la ley, del acuerdo con la víctima si se alcanza.

Desde luego, resulta imprescindible la regulación de los efectos, pero, es más, se remite a la ley, quedando incierta cuál sea ésta. En cualquier caso, consideramos que se ha desaprovechado el código para insertarlos, como ya pusimos de manifiesto, en el marco del sobreseimiento por razones de oportunidad, o de la suspensión, sin perjuicio de que pudiere haber otros.

Y es que la mediación penal hemos de entenderla como un instrumento que se inserta en otro instrumento, el proceso penal. En efecto, cuando se habla de mediación como alternativa al proceso, ni tan siquiera se está pensando en la desaparición del proceso penal, y en la consecuente condena por un mediador a una determinada consecuencia jurídica, sino que ese está barajando la posibilidad de que, tras el trabajo realizado por aquél, y en el marco del procedimiento de mediación, se pueda incorporar al instrumento procesal, en ocasiones abreviándolo, en ocasiones minimizándolo a la cuasi mera sentencia, y en otras condicionando el contenido de la misma, o la propia ejecución de la sentencia en su desarrollo.

Si lo entendemos así, la mediación penal exige dos garantías para su incorporación:

- a. La posibilidad de control judicial del acuerdo, que permita considerar inapropiado el mismo, en atención a las garantías de los sujetos intervinientes.
- b. La posibilidad, en todo momento, de que el no acuerdo supone la incorporación al proceso penal.

Con estas dos premisas, hay que concluir que la mediación es el instrumento del instrumento, que es el proceso penal, de manera que sirva a éste de garantía que es la de los ciudadanos y de la sociedad.

<sup>8</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro Manuel, "Mediación Penal: cuestiones a considerar en su regulación en España", en *Simposio sobre Tribunales y mediación. Nuevos caminos para la justicia. Comunicaciones*, 18 y 19 de junio de 2009, p. 214.

Así pues, la incorporación de la mediación al proceso penal no debe suponer una alteración del *ius puniendi* del Estado y, en ningún caso, supone la aparición por sustitución de éste, el *ius puniendi* de las víctimas y la desapoderación del Poder Judicial de la tutela penal, lo que sin duda habría que cuestionarse desde el punto de vista constitucional.

Los tribunales son y seguirán siendo los que controlen el buen desarrollo del procedimiento mediador, porque existirán prevenciones procesales para garantizar la presunción de inocencia y los derechos procesales de las víctimas; porque existirá un ámbito objetivo reglado para este procedimiento mediador, y porque sería una institución amparada en el principio de oportunidad reglada y visualizable a través del sobreseimiento o de la sentencia, no, en ningún caso, una forma de autotutela ajena al monopolio del Estado, al de los tribunales y al del proceso, sino que en todo caso la mediación vendrá condicionada a la pendencia de un proceso penal al cual servir.

Así, cabría pensar en la consideración de la reparación en tres niveles diversos, con base en la eficacia jurídica que la misma puede desplegar en atención a la entidad o gravedad de los hechos y a la exigencia de un mayor o menor reproche de los mismos. En aquellos supuestos en los que se traten de hechos bagatelarios, la reparación podría evitar la persecución del hecho, de modo que tras una mediación penal y un acuerdo reparatorio, éste podría convertirse en alternativa a la persecución penal mediante el proceso. Se trataría de aquellos supuestos en los que podríamos considerar la mediación, no como complemento del proceso, sino como alternativa al mismo, de la misma forma que cabe decidirse políticamente por la despenalización de estas conductas. Este último es el camino que, al parecer, sigue el legislador a la vista del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012.

Ya alguna jurisprudencia ha admitido que el proceso termina tras la denuncia de la víctima, sin que ésta presente querrela, por haber llegado con anterioridad a acuerdos con el victimario. Así la SAP de Lleida de 14 de mayo de 2008, según la cual,

el apelante, condenado en la instancia como autor de una falta del art. 618.2 del CP, recurre la sentencia interesando la absolución alegando que existía un acuerdo alcanzado en el proceso de mediación penal seguido en el marco del presente procedimiento y que determinó que la propia denunciante no llegara a formalizar acusación contra el ahora recurrente, lo que en su opinión constituye una circunstancia que hubiera debido ser valorada por el Juzgador “a quo” en el momento de dictar la resolución que ahora se impugna. En segundo lugar, discrepa de la valoración probatoria efectuada por el juez de instancia y, por último, impugna las consecuencias penales derivadas de la falta por la que ha sido condenado peticionario la imposición, en su caso, de la pena mínima prevista legalmente. Frente a ello se opone el Ministerio Fiscal que impugna el recurso e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Del relato fáctico contenido en la sentencia de instancia, complementado con el que se recoge en la presente resolución, se desprende que los

únicos hechos enjuiciados se remontan nada menos que al año 2004, concretamente al 2 de noviembre, cuando el denunciado, ahora recurrente, se presentó en el colegio en el que estudiaba su hija Llum y la recogió para llevársela en coche, incumpliendo así lo que venía acordado en la resolución judicial dictada en el procedimiento de medidas provisionales que se seguían, bajo el número 380/04, ante el Juzgado de 1ª instancia núm. 1 de los de Balaguer. Además consta que dos años después de ocurrir aquellos hechos ambas partes aceptaron y siguieron, en el marco del presente procedimiento, un proceso de mediación penal que tenía por objeto resolver y reencauzar las profundas diferencias que entre ellos existía, reconociendo la desagradable situación en la que se encontraban debido a los constantes enfrentamientos que entre ellos existía por estos motivos así como la tensión que se había producido en su comunicación, todo ello permitió que alcanzaran una serie de acuerdos entre los que se encontraban el que la denunciante renunciara a las acciones civiles y, al mismo tiempo, se comprometía a no continuar con el presente proceso penal, lo que se materializó en el acto del juicio al no formular acusación alguna contra el denunciado.

El conjunto de estas circunstancias concurrentes no pueden desvincularse a la hora de enjuiciar los hechos ya que si bien es cierto —como así se encarga de poner de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito impugnatorio del recurso interpuesto— que el ilícito juzgado constituye una falta de carácter público en el que no ha de tener ninguna incidencia la posición que mantengan las partes también lo es el que éste ilícito participa de una particular naturaleza en la medida en que a través de él se pretende sancionar aquellas conductas de ínfima gravedad que represente el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales dictadas en el marco de los procesos matrimoniales. Es más, en el caso concreto lo que se persigue es la protección de los intereses de los menores en cuanto a titulares de su derecho a la estabilidad familiar, al equilibrio de su desarrollo psico-afectivo lo que, a su vez, incluye los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas, conforme al artículo 9 de la convención de naciones unidas sobre Derechos del Niño. Por lo tanto, y como se encarga de poner de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (R160/2007) “lo que se pretende mediante dicho tipo de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de cosificación, de conversión en instrumentos arrojados de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, entre los progenitores. El mantenimiento de la paz de las relaciones familiares en crisis se pone al servicio del interés superior del menor, lo que exige, necesariamente, el respeto a los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes”.

Así las cosas no puede prescindirse en éste caso de la voluntad de las partes al iniciar el proceso de mediación y alcanzar una serie de acuerdos encaminados a la resolución particular del conflicto y estos, con los que se pretende la pacificación de las controversias existentes en relación —entre otros aspectos— al normal desenvolvimiento del régimen de visitas implicó la expresa voluntad de apartarse del presente procedimiento penal, lo que no solo se manifestó con los acuerdos expresamente alcanzados sino con la postura procesal mantenida en el acto del juicio, en la que la propia denunciante rehusó a la calificación de los hechos y, consecuentemente al ejercicio de la acción penal.

De todo ello ha de deducirse que aún cuando en el presente caso pudiera inculcarse el único hecho enjuiciado en la falta en la que se sustentó la única acusación, la deducida por el Ministerio Fiscal, en el acto del juicio oral, lo cierto es que la existencia de aquel acuerdo alcanzado durante el proceso de mediación, y referido a unos hechos anteriores entre los que se encontraba el que fue objeto de enjuiciamiento, unido a la posición procesal mostrada por la denunciante, que consistió del ejercicio de la acción penal, y al importante tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos y el momento en que se juzgaran, abocan indefectiblemente a considerar que, en este caso en concreto, los hechos carecen de relevancia y trascendencia penal, al haberse reencauzado a los trámites de resolución voluntaria y personal del conflicto y todo ello en aras a procurar la necesaria atenuación de las tensiones a fin de procurar el pacífico desenvolvimiento de las relaciones entre ambos progenitores, lo que indiscutiblemente y en definitiva ha de redundar en beneficio de los menores.

Consecuentemente a lo anterior ha de estimarse el recurso y revocar la sentencia de instancia en el sentido de absolver al recurrente de la falta por la que venía condenado, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de ambas instancias, conforme a lo establecido en el artículo 239 y siguientes de la LECr.

En aquellos otros hechos de poca entidad o medianamente graves, sin ser bagatelarios, podría procurarse la conformidad con la acusación.

Ya en la criminalidad grave cabría plantearse si el procedimiento de mediación y sus efectos reparadores podrían jugar como atenuante de la pena, o incluso como medida de suspensión de la misma, inclusive ubicando la reparación en la fase de ejecución penal que alcanzaran, en todo caso, consecuencias beneficiosas para el reo.

El artículo 144, en sus números 3 y 4 también prevé que la institución de mediación o el mediador comunicarán el inicio y la finalización del procedimiento de la mediación, con su resultado, al Ministerio Fiscal. Lo que debemos, sin duda, relacionarlo con lo previsto en el número 1, en lo relativo a cuáles son los efectos de introducir el acuerdo de mediación en el proceso judicial y si se diferencia o no según sus fases, tanto por sus efectos en cada una de ellas, como por la posible suspensión o no del proceso judicial.

No cabe sino remitirnos a lo dispuesto en el artículo 145, según el cual, cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal podrá suspender las Diligencias de Investigación mediante decreto si lo considera oportuno.

## V. LOS GRANDES CAMBIOS INTRODUCIDOS POR EL BORRADOR QUE SE HACEN PRECISOS PARA INTRODUCIR LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL

### 1. *La acción penal*

El principio acusatorio informa de quién inicia el proceso y quién fija su objeto, pero cabe dar un paso más y referirse a quién debe aportar al proceso los

hechos y las pruebas de los mismos —facultades materiales de dirección del proceso—.

En cuanto a la aportación de los hechos al proceso, es claro que, por regir en nuestro sistema procesal penal el principio acusatorio, corresponde a persona ajena al juzgador el determinar el objeto del proceso, aunque deba ser el juez quien lo fije tras el juicio de acusación. Por ello, el órgano jurisdiccional que ha de dictar la sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de acusación, pues ello comportaría su conversión en acusador. Esto es, el principio acusatorio exige que todos los hechos que sirvan para la identificación del objeto del proceso sean introducidos y mantenidos, hasta el trámite de las calificaciones definitivas, por una persona distinta al órgano jurisdiccional, de manera que no pueda decirse que ésta ha tomado parte activa en la construcción o sostenimiento de la tesis acusadora a lo largo del proceso, lo cual salva la imparcialidad en su aspecto más externo.<sup>9</sup>

Sentado lo anterior, entendemos que el principio acusatorio exige el ejercicio y sostenimiento de la acción por un órgano público o privado distinto e independiente del que ha de juzgar, únicamente para que pueda iniciarse y desarrollarse el juicio oral.<sup>10</sup> De manera tal que en el proceso penal y el principio acusatorio ha de ser entendido en el sentido de que no hay proceso sin acusación, y el de contradicción, traducido en que no hay condena sin proceso, así bien “la acusación nos lleva al proceso, y el proceso nos lleva a la condena o absolución”.<sup>11</sup>

En este marco, el artículo 88 del Borrador prevé que constituye objeto necesario del proceso penal la acción penal fundada en la atribución de la comisión de un hecho punible al pretendidamente responsable, mediante la cual se solicita al tribunal la imposición de la sanción legalmente prevista.

Pues bien, siendo la acción penal el objeto necesario del proceso penal, se la califica como pública y por ello se atribuye su ejercicio al Ministerio Fiscal —art. 89—. En total conexión con ello, el artículo 55 prevé que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Fiscal, que habrá de interponerla y mantenerla ante el tribunal competente cuando entienda que al encausado se le debe imponer sanción penal conforme a la ley. Todo lo que no obsta para que, en los casos y en las formas previstas por dicho código, también puede ser ejercitada por el acusador particular y popular —art. 89—.

En este sentido, siendo la víctima todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido el daño personal o patrimonial para tratar de prevenir el delito o auxiliar a la víctima en el momento de la comisión del hecho punible o inmediatamente después —art. 59—, podrá ejercitarla con plena autonomía respecto a otras partes acusadoras —art. 65—.

<sup>9</sup> DÍAZ CABIALE, José, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, Comares 1996, p. 362.

<sup>10</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “El juicio oral”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 776 y 777.

<sup>11</sup> LÓPEZ-PUIGGERVER, Viada, “Correlación entre la acusación y la sentencia”, RDP, núm. 2, 1959, p. 433.

También se podrá ejercitar la acción popular; la acción interpuesta por persona que no ha resultado ofendida ni perjudicada por el delito, la que igualmente podrá ser ejercida con plena autonomía respecto a otras partes acusadoras —art. 69—.

No obstante, la acción popular tan sólo podrá ejercitarse para la persecución y sanción de determinados delitos, a la sazón —art. 71—:

- a. Prevaricación judicial
- b. Cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y por particulares partícipes en los mismos.
- c. De cohecho de los artículos 419 a 472 CP.
- d. De tráfico de influencias de los artículos 428 a 430 CP.
- e. Contra la ordenación del territorio y el urbanismo de los artículos 319 y 320 CP.
- f. Contra el medio ambiente de los artículos 325 a 331 CP.
- g. Electorales de los artículos 139, 140, 146, 149 y 150 LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral general.
- h. Provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del artículo 510 CP.
- i. Terrorismo.

## *2. Sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad*

Con independencia de la personación en el proceso penal de la acusación particular o popular, el Ministerio Fiscal estará obligado a ejercer la acción penal, siempre que entienda suficientemente fundada la atribución del hecho punible al encausado, salvo que concurra motivo bastante para la suspensión o sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad —art. 90—.

A partir de esta última, cabe recordar que el principio de legalidad hunde sus raíces, por un lado, en el positivismo legalista del movimiento codificador del siglo XIX, como por otro en las doctrinas retribucionistas de la pena. De forma tal que es la ley la que proporciona al Ministerio Público parámetros seguros para el ejercicio de la acción penal.

Si bien ello es así, en la actualidad cabe plantearse la introducción del principio de oportunidad en nuestro proceso, sin que quepa oponer que el principio de legalidad, de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Fiscal, viene exigido por la Constitución, de preceptos tales como el 9.3, el 25.1 y el 124, así como del 24 y 117.1, pues semejante afirmación merece matizaciones.

En primer lugar, parece evidente que tanto la legalidad que garantiza el artículo 9.3 CE como el artículo 25.1 se vinculan con el principio de legalidad penal, pero no se refieren al ejercicio de la acción penal, cuya obligatoriedad tiene rango legal, pero no viene obligado por la Constitución. En segundo lugar, la referencia al artículo 124 del texto constitucional, donde se regula el Ministerio Fiscal, no

puede acogerse del modo en que viene formulado, no sólo porque la norma fundamental inmediatamente después de ordenar que el Fiscal promueva la acción de la justicia en defensa de la legalidad añade “y del interés público tutelado por la ley”, de modo que ese interés ya no es exactamente la ley o, al menos, no aparece explícita y directamente en la ley porque, si así fuera, el inciso holgaría; pero es que, además, el Ministerio Fiscal, que sin duda ha de ser guardián de la ley, debe atender la satisfacción de otros intereses, como el interés social al que también menciona el artículo 124, de modo que una lectura completa del precepto constitucional conduce a atribuir al Ministerio algo más y algo distinto del mero ejercicio del principio de legalidad.

Por otra parte, se sostiene que la sujeción del fiscal a la ley no puede ser ni menor ni de otro género que la del juez, y que el ejercicio obligatorio de la acción penal es algo connatural al principio de legalidad, pero en estas consideraciones se pierde de vista que el sometimiento del juez a la ley, más allá de la interpretación de las normas, es una característica esencial del mismo y un correlato de su independencia, pero no cabe referirse en los mismos términos al Ministerio Fiscal, pues precisamente la Constitución, ni ordena que esté sometido únicamente al imperio de la ley ni proclama su independencia, sino, al contrario, que está sometido al principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

Pues bien, en cualquier caso, en la actualidad, el principio de legalidad rige por lo general en nuestro actual proceso penal, donde se exige al Ministerio Fiscal que promueva su iniciación y que presente la acusación siempre que considere que existen motivos para ello (arts. 100 y 105 LECr). Por consiguiente, la ley procesal no parece dejar, en principio, margen alguno a la apreciación de las circunstancias específicas de cada caso, que sean ajenas a las establecidas en la ley penal sustantiva o en la ley procesal para eludir esa actuación.

De permitirse la entrada del principio de oportunidad a nuestro proceso significaría que el fiscal tendría la facultad de adoptar en un caso concreto una determinada postura basándose no sólo en consideraciones jurídicas, sino también en atención a consideraciones extralegales o políticas. Se trata de conjugarse el debido juego entre el principio de oportunidad y el de legalidad, por varias razones:<sup>12</sup>

- Razones de interés social o utilidad pública en las que se baraje; por un lado, la falta de interés público en la persecución del delito, por su escasa lesión social; por otro, que se estimule la pronta reparación de la víctima, y, por último, que se eviten los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad. Esto nos permitirá sin duda introducir mecanismos de justicia reparadora como la mediación.
- Contribuir decisivamente a la consecución de la justicia material por encima de la formal.
- Favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

<sup>12</sup> ARMENTA DEU, Teresa, “La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 58, 2000, p. 278.

- Constituir el único instrumento que permite tratar diferenciadamente los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución.

En todo caso, junto a estos argumentos cabe, como pone de manifiesto Conde Pumpido,<sup>13</sup> dar dos o más que pertenecen al área de los principios y de la praxis. Desde el primer punto de vista, se trata de reconocer que, en el proceso penal, al lado de espacios de conflicto, deben existir espacios de consenso. Mientras la criminalidad más grave es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que determinen y clarifiquen el conflicto, la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva y constitutiva de hechos aislados y no repetibles en la vida de su autor, debe conducir a soluciones de consenso, que contribuyan a la no estigmatización de quien, por la ocasionalidad de su infracción, no es propiamente un delincuente. En tales casos la búsqueda de la pacificación del proceso a través del consenso es un imperativo ético jurídico y el mantener en este terreno a ultranza el principio de legalidad es con frecuencia convertir un proceso público, como el penal, en instrumento de intereses puramente privados.

Desde el otro punto de vista, el de la praxis, el verdadero argumento se asienta en que solo el principio de oportunidad —siempre reglado, siempre bajo la definición y el control de la ley— permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado de los hechos punibles, eligiendo la persecución de aquellos en los que existe un verdadero interés social de punición y excluyendo las bagatelas penales, esto es, los hechos con un mínimo interés social y en los que la pena carece de significación. Situaciones análogas, que debieran dar lugar a prescindir de la regla de la legalidad pura serían todas aquellas en que el castigo del hecho típico se revelase como causante de males e injusticias mayores que los que provocaría su impunidad, ora por tratarse de residuos de una legislación obsoleta y no asumidos ya como reprochables por la sociedad, ora porque el propio interés de la víctima aconseje evitar la publicidad del enjuiciamiento, ora porque las condiciones del hecho y su autor aconsejen sustituir la pena por otro tipo de sanción o medida jurídica más adecuada.

Por tanto, el fiscal, además de valorar la legalidad de su decisión, valorará también si ésta es oportuna, conveniente o adecuada. De hecho, y como dice Beling,<sup>14</sup> en el orden jurisdiccional penal el principio de oportunidad implica que, “aceptándose el principio de investigación oficial combinada con el de acusación formal se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razón de nimiedad de la infracción (mínima *non cura praetor*) o por temor a costos procesales considerables. El principio de

<sup>13</sup> CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal, Revista del Poder Judicial. Número Especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, vol. 6, 1989, p. 24.

<sup>14</sup> BELING, E., *Derecho Procesal Penal*. Traducción y notas de Fenech, Barcelona, ed. Labor, 1943, p. 25.

legalidad niega tal facultad a la autoridad encargada de la acusación, mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede”.

Una vez reconocido tal principio de actuación al Ministerio Fiscal, cabe distinguir dos grandes sistemas; el segundo es por el cual se decide el Borrador. Por un lado, el principio de oportunidad libre, tratándose de la libertad absoluta por parte de quien ejerce el *ius puniendi* para determinar en cada caso concreto cuándo se ejerce el poder represivo del Estado y de qué manera. Como consecuencia, el fiscal podrá determinar con total disponibilidad qué conductas se persiguen teniendo una total disponibilidad del *ius puniendi* estatal. Resulta evidente que tal concepción no puede ser admisible en un Estado de Derecho, donde los poderes públicos están sometidos al imperio de la ley, por ello el principio de oportunidad libre no tiene cabida para el fiscal en la esfera de lo previsto en el artículo 124 de nuestra Constitución.

Este principio, así configurado, es propio del sistema procesal norteamericano, en donde la legitimidad democrática directa del Ministerio Público constituye una singularidad de este modelo, que lo aleja del modelo continental europeo. En efecto, los fiscales estatales son elegidos por sufragio libre. Mientras los fiscales federales son nombrados y destituidos por el Presidente de los EEUU, previa consulta y consentimiento del Senado. A pesar de todo lo cual se hallan ubicados en el Poder Ejecutivo.

La figura del Fiscal se caracteriza por no pertenecer propiamente a una carrera, pues en el nivel superior existe un cargo político y en el inferior se trata de un empleo temporal para un abogado. En este marco, no existen criterios de unificación en su actuación, no habiendo órdenes de obligado cumplimiento ni generales ni particulares en materia de acusación.

Frente al principio de oportunidad libre se halla la reglada, según la cual, ya en la incoación o durante la tramitación se abre la posibilidad de extinguir o suspender la instrucción.

De forma tal que han de prever se unos motivos genéricos de sobreseimiento por razones de oportunidad, fijándose en razones de política criminal o de interés público que desaconsejen la apertura del juicio y la irrogación de una pena privativa de libertad.

Esta es la fórmula acogida por el borrador, que en ningún caso contraria nuestra Constitución. En efecto, estando de acuerdo con lo manifestado por Conde-Pumpido,<sup>15</sup> consideramos que la oportunidad reglada es una necesidad en los países de nuestro entorno democrático como un medio de evitar procesos sin contenido socialmente trascendente y de anticipar la resocialización de los delincuentes primarios, de hecho “la oportunidad reglada no contradice la legalidad, siempre que sea la propia ley la que fije los supuestos en que puede ser utilizada y determine los criterios o condiciones para su aplicación, y de introducirse por el legislador la oportunidad reglada, deben preverse los mecanismos de control

<sup>15</sup> CONDE PUMPIDO, Cándido, “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. especial VI, Madrid, 1989, pp. 35/6.

judicial de la aplicación que de la misma haga el fiscal, lo que permitirá si tal uso se acomoda a las condiciones impuestas en la ley”.

Así bien, el que se abogue por la introducción de la oportunidad, no supone contraponerlo necesariamente al principio de legalidad, como criterio de actuación del Ministerio Público, pues el uso de la discrecionalidad no rompe la legalidad cuando es la propia ley quien la autoriza y más aún si al autorizarla le fija sus límites.<sup>16</sup>

En este sentido se pronuncia el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto del Código Penal de 1992, en el cual indica que el principio de legalidad concebido retributivamente coloca al Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, por más que pueda ser inútil o contraproducente; sin embargo, la legalidad,

no se quebranta porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras más leves, o por medidas o simplemente pueda renunciarse a ella. Y esta conclusión se proyecta sobre el proceso: el principio de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Público debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés social en el caso, o el presunto culpable ha sufrido ya una pena natural u otro tipo de circunstancias o compensaciones hacen innecesario el recurso al derecho criminal, siempre desde luego, con la posibilidad de ulterior control judicial.

Al respecto, también cabe recordar la Recomendación (87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre, en cuanto prevé que la facultad de aplicar el principio de oportunidad en la persecución de los hechos delictivos ha de estar prevista en la ley y adoptada cuando existan indicios suficientes de culpabilidad, y teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, las circunstancias y consecuencias de la misma, la personalidad del infractor, los efectos de una eventual condena, la situación de la víctima, garantizándole siempre el derecho a la reparación de los daños. Al tiempo, previene que el archivo puede ser incondicionado o sujeto a determinadas condiciones y previa audiencia del imputado.

Tengamos para tales efectos en cuenta que, el Fiscal de Europa, desde la Revolución Francesa ha sido por definición garante de la legalidad y ello ha tenido su reflejo en el proceso penal, en el deber de éste de obrar con imparcialidad porque ha de buscar la verdad material. En este marco, son varios los países,

<sup>16</sup> Algunos autores han llegado a considerar esta oportunidad reglada como una manifestación singular del principio de legalidad, así Ruiz Vadillo, Enrique, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Jornadas sobre la Justicia penal en España*, Madrid, 24-27 de marzo de 1987, 3ª ponencia, Revista del Poder Judicial, número especial II, pág. 68, quien entiende que cuando la ley concede cierto arbitrio al Fiscal o al Juez, no se está, al hacer uso de ese arbitrio, en el terreno de la oportunidad, sino haciendo uso de los que la ley dispone. En tales casos, la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa.

Alemania,<sup>17</sup> Bélgica, Noruega, Portugal,<sup>18</sup> Irlanda, Dinamarca, Luxemburgo, Polonia, algunos cantones Suizos y Francia, en los que se prevé expresamente que en determinados supuestos el Ministerio Público pueda tener un cierto margen de libertad, aunque ciertamente el grado de oportunidad será diferente de un país a otro, pero existe un común denominador en los mecanismos de control y fijación de los supuestos en los que el fiscal puede apartarse de la legalidad. En definitiva, será la propia ley la que autorice al Fiscal a disponer de la acción penal y se arbitran mecanismos que evitan que pueda ser utilizado de un modo perverso por él.

De hecho, este modo de actuación fue recomendado en la Reunión de Helsinki de 1986:<sup>19</sup>

- 3.a. El Ministerio público o prosecutor debe tener responsabilidades de abstenerse de acusar en base a ciertas condiciones que vinculen al imputado de una infracción.
- 3.b. Deben desarrollarse normas legislativas o administrativas en orden a la fijación de las condiciones que puedan ser impuestas en la decisión de abstención.
- 3.c. El objetivo principal de esas condiciones debe ser la mejoría del comportamiento del infractor y la compensación a la víctima de la infracción.
- 3.d. Las condiciones impuestas no deben restringir los derechos políticos del imputado ni deben tener naturaleza punitiva.
- 3.e. Las condiciones que pueden ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que pueden ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de condena.
- 3.f. Particularmente, en el caso de infracciones relacionadas con el uso de drogas o del alcohol debe ser considerada como una posible condición la posibilidad de sujeción a tratamiento médico o sumisión a vigilancia.

<sup>17</sup> En la legislación alemana existe un mecanismo de control de la decisión del Ministerio Público, así, en un sistema en el que el Fiscal tiene el monopolio de la acción penal y domina el proceso que el Juez no puede iniciar de oficio, la refección de la acusación de aquél sustrae el hecho a toda posibilidad de enjuiciamiento, aunque éste fuera procedente. Sin embargo, el ofendido o perjudicado, que ha acudido al Fiscal para que éste inicie la persecución, podrá ver satisfecha su pretensión, si es desconocida indebidamente por el Fiscal, cuando, tras haberle sido notificada la decisión de no tomar en cuenta la instancia o cerrar la investigación sin pedir la iniciación del proceso formal, puede acudir al superior del Fiscal y si tampoco es atendida su pretensión, iniciar el llamado procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública. En este proceso se obligará al Ministerio Fiscal a interponer la querrela, salvo que se estime que no existen suficientes bases para afirmar el indicio de un delito, o cuando, existiendo esas bases, se trata de uno de los supuestos en que la ley autoriza al fiscal a prescindir de la persecución.

<sup>18</sup> En Portugal también existe un control de la decisión del Fiscal a través de tres vías: en primer lugar, en el plazo de 30 días a partir del acuerdo de archivo, el superior jerárquico del Ministerio Público puede ordenar que sea formulada acusación, salvo que el asistente (acusador particular) hubiera requerido la apertura de la instrucción. En segundo lugar, el acuerdo del Juez se hace necesario tanto para el archivo de las diligencias de investigación por tratarse de delito al que el tribunal puede dispensar o suspender la pena, como para el supuesto en que el Fiscal decida la suspensión provisional de la acusación. Por último, existe un control social que se produce a través de la facultad del asistente (acusador particular) de requerir la apertura de una instrucción judicial en los casos en que el Ministerio Fiscal no haya deducido acusación

<sup>19</sup> “Non-Prosecution in Europe (Proceeding of the European Seminar)”, en Publicaciones del *Helsinki Institute for Crimen Prevention*, núm. 9, 1986.

Pues bien, en el sistema previsto por el prelegislador en el Borrador, se prevé que cabrá el sobreseimiento por razones de oportunidad:

- a. Cuando el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias.
- b. Si el delito se imputare a una persona jurídica, cuando ésta carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente.
- c. Cuando la causa hubiera sido suspendida, conforme al artículo siguiente, por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente.
- d. Cuando la sanción que pudiera llegar a imponerse al encausado por el hecho sea irrelevante a la vista de la condena que le haya sido impuesta en otro proceso o que le pueda llegar a ser impuesta en el mismo proceso.
- e. Cuando el autor participe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado.
- f. Cuando el autor o participe en un delito leve o menos grave denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y el sobreseimiento facilite la persecución de la extorsión o las amenazas.
- g. Cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o participe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público.

El prelegislador ha perdido la oportunidad de regular, entre los supuestos de sobreseimiento por razón de oportunidad, aquellos casos en los que víctima y encausado se hubieren sometido a un procedimiento de mediación, y en él hubieren llegado a acuerdos, siendo la infracción de escasa gravedad.

De cualquier forma, y en conexión con lo anterior, parece claro que en la medida en que el órgano de investigación sea el Fiscal, resulta más eficaz la efectiva implantación del principio de oportunidad; si la incorporación del principio de oportunidad no se incardina al inicio del proceso, la conexión desaparece.

En este sentido, en el Borrador se prevé que será el Ministerio Fiscal el que deba apreciar y valorar si existen motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad, y siendo así, se instará al Tribunal de Garantías para que lo acuerde. Es éste el que debe ejercer el control sobre la solicitud de sobreseimiento, pudiendo únicamente denegarlo y por lo tanto ordenar la continuación del proceso, si existe parte acusadora personada en la causa que manifieste su voluntad de sostener la acción penal y ofrezca motivo fundado para efectuar el enjuiciamiento del hecho en interés de la justicia —art. 91.2—.

Desde luego que los modelos pudieran ser múltiples, y según el que se adopte, los efectos sobre el principio de oportunidad son diversos. Así cabe el modelo italiano, en el que el Fiscal es independiente, rigiendo la obligatoriedad de la acción penal, y precisándose la intervención del *Giudice per le indagini preliminari* para adoptar medidas que afecten derechos fundamentales, controlar los tiempos de las investigaciones preliminares y del mismo ejercicio de la acción penal, así como decidir sobre los resultados de las investigaciones preliminares del Fiscal o la imputación.<sup>20</sup>

El alemán configura una fiscalía dependiente del Ministro de Justicia del *Land* correspondiente, aunque ejercita facultades discrecionales sobre la acción penal en delitos castigados con penas de hasta un año.<sup>21</sup>

Por su parte, en Portugal, la investigación la lleva el Fiscal, pero el Juez de Instrucción controla después la investigación llevada a cabo, y puede completarla si así lo estima necesario y otro acusador lo solicita. Además, el mismo juez intervendrá en la adopción de toda medida que afecte derechos fundamentales, estando sometido en todo caso el Fiscal al principio de legalidad.<sup>22</sup>

En este tipo de proceso penal, se distingue con claridad entre la investigación del Fiscal, de carácter obligatorio y dirigida a fundamentar la decisión de formular o no acusación, y la instrucción que, por imperativo Constitucional, ha de ser judicial, teniendo carácter facultativo, a petición del acusador o del acusado, y con la finalidad de decidir someter o no la causa de enjuiciamiento, esto es, de autorizar o negar judicialmente que continúe adelante la acusación formulada.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991.
- BERNAL SAMPER, Trinidad, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2002.
- DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo, *Justicia criminal consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- DÍAZ CABIALE, José, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, Granada, Comares, 1996.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro Manuel, “Mediación Penal: cuestiones a considerar en su regulación en España”, en Simposio sobre Tribunales y me-

<sup>20</sup> SPATARO, Armando, *Sistemas de proceso penal en Europa*, Italia, Colex, 1999, p. 231.

<sup>21</sup> Armenta Deu, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 74 a 138.

<sup>22</sup> ORLANDO VIEGAS MATINS A/JOAO ALBINO R/ATIDE DAS NEVES/MOURANZ LOPES, J., “El sistema judicial portugués: ralitas y critiques”, en informe *Pi y Sunyer sobre la justicia a Catalunya*, 1998, pp. 635 y ss.

diación. Nuevos caminos para la justicia. Comunicaciones, 18-19 de junio de 2009.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “El juicio oral”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969.

SPATARO, Armando, *Sistemas de proceso penal en europa*, Italia, Colex, 1999.

VON BELING, Ernst., *Derecho Procesal Penal* (trad. y notas de Fenech), Barcelona, Labor, 1943.

### *Hemerografía*

ARMENTA DEU, Teresa, “La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 58, 2000.

CGPJ. Fiscalía General del Estado. Cursos de Formación continua 2006. 6, 7 y 8 de noviembre 2006.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido, “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, *Revista del Poder Judicial*, núm. Especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, vol. 6.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “Notas sobre la justicia procesal (alternativa, negociada, restaurativa o reparadora)”, en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, Dir. Castillejo Manzanares, Santiago de Compostela 2014.

INFORME DE LA COMISIÓN, de 20 de abril de 2009, de conformidad con el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (COM (2008) 166 final).

LÓPEZ-PUIGGERVER, Viada, “Correlación entre la acusación y la sentencia”, RDP, núm. 2, 1959.

“NON-PROSECUTION IN EUROPE (proceeding of the European Seminar)”, en *Publicaciones del Helsinki Institute for Crimen Prevention*, núm. 9, 1986.

VIEGAS MATINS, Orlando, et al, “El sistema judicial portugués: ralitas y críticas”, en *Informe Pi y Sunyer sobre la justicia a Catalunya*, 1998.

RUIZ VADILLO, Enrique, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en Jornadas sobre la Justicia penal en España, Madrid, 24-27 de marzo de 1987, 3ª ponencia, *Revista del Poder Judicial*, número especial II.

### *Páginas electrónicas*

<https://es.slideshare.net/mariadaza3958/recomendacin-2006-8-ct-mtros-consejo-de-europa-traduccion>.

<https://es.slideshare.net/mariadaza3958/recomendacin-2006-8-ct-mtros-consejo-de-europa-traduccin>.

**VARIA**



## CONSTITUCIÓN Y ESTADO. CONCEPTOS ANÁLOGOS *CONSTITUTION AND STATE. ANALOGOUS CONCEPTS*

GUSTAVO DE SILVA GUTIÉRREZ\*

De Silva Consultores y Abogados, S.C., México  
tdesilva@desica.com.mx

### RESUMEN:

En esta aportación se identifica al Estado con la Constitución. Mediante el sistema analítico y comparativo se advierten las similitudes existentes entre los elementos del Estado y los ámbitos de validez de la norma constitucional, llegando a concluir, que Estado y Constitución son conceptos que corresponden a un mismo ente.

El trabajo se desarrolla desde un punto de vista estrictamente jurídico, sin pretender abordar otras materias relacionadas, como la sociología o la política.

Kelsen identificó al Estado con el derecho en general. En las siguientes líneas, nos apartamos parcialmente de dicho supuesto, para asentar la identificación en exclusiva con la Constitución, haciendo coincidir ambos conceptos.

### **Palabras clave:**

Estado. Constitución. Elementos del Estado. Ámbitos de validez normativa.

### **ABSTRACT:**

*In this contribution identify the State with the Constitution. Through the analytical and comparative system, we notice the existing similarities between the elements of the State and the ambits of validity of the constitutional norm, coming to conclude that State and Constitution are the same thing.*

*The work is developed from a strictly legal point of view, without pretending to address other related areas, like the sociology or the political.*

*kelsen identified the State with the legal order in general. In the next lines, we move away partially from that assumption, for to hold in exclusive, the identify between State and Constitution, and to do coincide both concepts.*

---

\* Doctor en derecho, especializado en derecho constitucional y socio de la firma De Silva Consultores y Abogados, S.C.

## **Keywords:**

*State. Constitution. Elements of the State. Ambits of validity of the norm.*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Estado, Constitución y derecho. 3. La población como elemento del Estado y el ámbito personal de validez de la norma constitucional. 4. El territorio como elemento del Estado y ámbito espacial de validez de la norma constitucional. 5 El ámbito temporal de validez de la norma constitucional y del Estado. 6. El gobierno como elemento del Estado y el ámbito material de validez de la norma constitucional. 7. La soberanía como elemento del Estado y la supremacía constitucional. 8. Estado constitucional de derecho. 9. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

El Estado es derecho y producto de éste sus instituciones, las que son creadas por el mismo para trasladar del plano *in iure* al mundo fáctico el efecto de la norma mediante su aplicación con la finalidad de regular la conducta humana.

La actividad de las instituciones estatales, también se encuentra regulada por el derecho a efecto de estar adecuadamente encauzada.

La presente aportación parte de la identificación tradicional realizada por diversos autores (Kelsen entre ellos), que se hace del Estado con el derecho, admitiendo que el Estado es una ficción jurídica. Sin embargo, el análisis comparativo de ambos entes se aparta de considerar al derecho en general, para observar la coincidencia del Estado con una sola y específica norma jurídica: La Constitución.

En esta medida, el derecho en general no es ya parte del Estado, sino producto de éste.

Mediante el sistema analítico y comparativo, se confrontan los elementos del Estado con los ámbitos de validez de la norma constitucional, advirtiendo su coincidencia desde el punto de vista jurídico, sin abordar aspectos conceptuales de política, sociología u otras materias.

Vertido el análisis, se puede arribar a la conclusión relativa a que Estado y Constitución son un mismo ente y por tanto se identifican.

## 2. ESTADO, CONSTITUCIÓN Y DERECHO

Cuando evocamos el término Estado no referimos a un ente con características doctrinariamente definidas a partir de ciertos elementos, como lo son: Población, territorio, gobierno y soberanía.<sup>1</sup>

Cada uno de los elementos indicados analizados en forma aislada, podrá arrojar definiciones que en mayor o menor medida se alejen de conceptos jurídicos

<sup>1</sup> Cfr. SERRA ROJAS, Andrés, *Teoría del Estado*, Décimo cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 231. Algunos autores observan como cuarto elemento a la cultura, identificando a la Constitución como una parte de ésta. Cfr. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, traductor Héctor Fix Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 21. La soberanía, más que un elemento, es una cualidad del Estado en relación con el ejercicio de sus atribuciones, pues el Estado es soberano.

y se acerquen a otras materias; sin embargo, cuando los términos o característica indicadas se analizan desde el origen y naturaleza del concepto general que se pretende definir, necesariamente nos acercará al derecho, pues el Estado en su origen, es una ficción jurídica.<sup>2</sup>

En efecto, el Estado es una ficción, una persona moral o jurídica<sup>3</sup> y como tal no existe en el mundo como ente físico, pero sus efectos y consecuencias sí son perceptibles en la realidad, pues de lo contrario, no tendría razón de existir. Al ser una ficción jurídica, es producto del derecho y en esa medida, el Estado propiamente es derecho.

Dicha identificación del Estado y el derecho, ha sido doctrinariamente sostenida desde hace muchos años;<sup>4</sup> sin embargo, admitiendo en parte la indicada teoría, consideramos que el Estado no debe identificarse con el derecho en general, sino sólo específicamente con la Constitución.

Es importante observar que nuestra norma jurídica fundamental, origen de validez de las restantes normas que conforman el derecho en México, es denominada Constitución en la medida en que constituye al Estado; pero sostener en términos simples lo anterior, sin observar con detenimiento su significado, puede llevarnos a implicar que el Estado es un derivado o producto de la Constitución, lo que es inexacto, pues la Constitución no constituye al Estado como algo externo a ella, sino que al crearse, conjuntamente con ésta, se constituye éste.

En efecto, más que observar al Estado como un producto de ésta, la Constitución lo conforma al momento mismo en que es elaborada; es decir, nacen indisolubles por ser la misma cosa. La norma fundamental constituye al Estado porque lo integra en su totalidad y con exclusión de todo lo demás.

La Constitución es pues la norma jurídica en la que (no simplemente, por la que) se constituye al Estado, y por lo tanto, se identifican. El Estado es pues la propia Constitución.

Del Estado o Constitución surgirán el resto de las normas jurídicas conformantes del derecho u ordenamiento jurídico; pero sin llegar a confundirse con éste.

---

<sup>2</sup> Desde luego que el Estado es un ente político y de organización social, pero se concretiza y surge en virtud del derecho; por lo que desde esa óptica lo analizaremos. El Estado es una persona moral, aunque algunos autores la consideran anterior a una elaboración jurídica. *Cfr.* DABIN, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, traductores Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, UNAM, México, 2003, p. 100.

<sup>3</sup> Persona moral o jurídica que actúa a través de los poderes del Estado. *Cfr.* SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, *Teoría del derecho y del Estado. Ensayos*, Ed. Porrúa y UNAM, México, 2003, p. 157.

<sup>4</sup> Entre otros autores, pueden observarse: *Cfr.* KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traductor Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1995, pp. 215 y 216. *Cfr.* RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, Décimo quinta edición, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 265. Ulises Schmill opina sobre Kelsen, que cuando identifica al Estado y al derecho, no es porque los considere la misma cosa, sino porque, atendiendo a que el derecho es un orden coactivo y siendo el Estado quien ejerce la violencia legítima, todo problema referente al Estado es un problema jurídico y por tanto, debe ser resuelto a través de normas jurídicas. *Cfr.* SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. La teoría de la identidad del derecho y del estado de Hans Kelsen, en *La reforma del estado. Estudios comparados*. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y VALADÉS, Diego (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1996. pp. 591 a 597.

Ahora bien, la identificación de Estado y Constitución<sup>5</sup> no debe mermar los modernos conceptos de ésta como principal norma reguladora de la sociedad. Superada se encuentra la consideración de Constitución, sólo como expresión política. El Estado es también norma jurídica viva con la que debe identificarse la sociedad de la que emana.<sup>6</sup>

Al ser una norma jurídica, la Constitución genera como tal, el surgimiento de ámbitos de validez normativa; los que se observan en cierta medida, en íntima relación con los elementos que se atribuyen al Estado.

### 3. LA POBLACIÓN COMO ELEMENTO DEL ESTADO Y EL ÁMBITO PERSONAL DE VALIDEZ DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Cuando un grupo de personas, en un determinado territorio, rigen su conducta con apego a las mismas normas jurídicas con exclusión de otras, la comunidad internacional debe reconocer en ese lugar la presencia de un Estado.

La población es el elemento humano del Estado y en esa medida, es el cúmulo de personas que se encuentran sometidas y regidas por la norma constitucional.

El Estado al igual que el derecho es una construcción humana con la finalidad de regular la conducta de las personas en sociedad. El derecho surge de forma concomitante con la idea de sociedad, mediante el establecimiento de normas que se pactan o acuerdan entre las personas de una comunidad determinada, logrando orden y en cierta medida seguridad al interior de la misma.

En otros casos, dichas normas, más que pactarse, se impusieron en virtud de un grupo dominante<sup>7</sup> surgido dentro del propio grupo social o del exterior,<sup>8</sup> acercándonos a la idea relativa a que el hombre no crea al Estado mediante una reflexión subjetiva, sino que se lo encuentra de modo objetivo y real.<sup>9</sup>

Cuando la organización social se tornó más compleja, se dio cabida al surgimiento del Estado moderno,<sup>10</sup> producto de la evolución de las diversas formas

<sup>5</sup> Es importante observar que cuando referimos al término Constitución, no excluimos a aquellas constituciones no escritas, las cuales pueden tener los requisitos de las escritas. Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado: ciencia de la política*, traductor Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 1985, p. 56.

<sup>6</sup> La Constitución es fuente directa derechos y obligaciones. Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Algunos autores ven en la Constitución la normalidad social (el ser) en relación con la normatividad (el deber ser). HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, traductor Luis Tobio, segunda edición, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 316 a 329.

<sup>7</sup> Donde una vasta multitud de personas debe obediencia a un reducido número de hombres. Cfr. Laski. Citó: SERRA ROJAS, Andrés, *idem*, p. 167. Al extremo de llegar a decir en palabras de Luis XIV: “El Estado soy yo.” Cfr. *Ibidem*.

<sup>8</sup> En muchas ocasiones el Estado es una organización social impuesta por los vencedores a los vencidos mediante la guerra. Teorías como la de Marx, sobre el derecho y el Estado como forma de control de grupos dominantes tienen apoyo en las teorías del origen violento del Estado a través de la dominación por la fuerza. Cfr. MURO RUÍZ, Eliseo, “Las teorías del Estado en el diseño de los sistemas de justicia penal”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (Coord.), Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 574.

<sup>9</sup> Cfr. HELLER, Hermann, *Idem*, p. 94.

<sup>10</sup> Es hasta el renacimiento que surge el Estado moderno. Cfr. CÁRDENAS GARCÍA, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017, p. 15. Para

sociales existentes en el devenir histórico de la humanidad. Producto de dichas estructuras, básicamente se otorgó protección y orden, a cambio de tributos.

En cualquier caso, así como el derecho carece de sentido si no regula la conducta del ser humano en sociedad; de igual forma el Estado pierde razón de ser si no se concibe como una forma de organización social.

El Estado es la forma *macro* de organización social; es el modo en que una comunidad se organiza estableciendo sus propias reglas o norma jurídicas al interior y su forma de interacción con el exterior.

El Estado es a su población lo que la Constitución a su pueblo (que es población sujeta de derechos y obligaciones).

La sociedad se organiza y crea al Estado, sometándose a su imperio, a su norma suprema. Determina el tipo de Estado que requiere o quiere, identificando expresamente las características del mismo al momento de asentar su Constitución.

En virtud del sometimiento que genera el Estado, la población optó al tiempo del establecimiento de éste, por otorgar o reservarse para sí, derechos básicos y fundamentales; siendo ésta una de las características propias de lo que doctrinariamente se denomina Estado de derecho.

La población del Estado corresponde al ámbito personal de validez de la norma constitucional.<sup>11</sup> Las personas que gozan de los derechos y obligaciones establecidos en la Constitución y todo sujeto sometido al marco constitucional y por ende, al ordenamiento jurídico derivado de la misma, es súbdito del Estado.<sup>12</sup>

En este sentido, es importante no confundir la calidad de nacional o de ciudadano,<sup>13</sup> con la de integrante de la población del Estado, pues en la medida en que se está sometido al ámbito jurídico nacional se está bajo la tutela del Estado; aún y cuando se ostente la calidad de extranjero.<sup>14</sup>

Conforme lo indicado, debe advertirse que la población no sólo es parte del Estado, sino sujeto y objeto del mismo, pues es su razón de ser y existir;<sup>15</sup> es el

---

algunos autores, el Estado moderno surge en Europa, siendo el primero, Inglaterra. Cfr. GUERRERO, Omar, *Del Estado gerencial al Estado cívico*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 56.

<sup>11</sup> Atendiendo al ámbito personal de validez, las normas jurídicas pueden clasificarse en generales (por ejemplo, una ley) o individualizadas (por ejemplo una sentencia). En el caso de la Constitución, es desde luego una norma general. Cfr. MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Teoría del derecho*, Ed. Oxford, México, 2007, p. 271.

<sup>12</sup> Algunos autores suelen indicar que el ámbito personal de la Constitución abarca a todas las personas que se encuentren dentro del país. Cfr. PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Introducción al estudio del derecho, Séptima edición*, Ed. Oxford, México, 2012, p. 190. Sin embargo, pueden existir casos de aplicación normativa extraterritorial. Incluso de extranjeros, en el extranjero, que se acogen al sistema o a los que se puede aplicar en determinadas circunstancias, el derecho nacional mexicano.

<sup>13</sup> Mexicano es quien ostenta la nacionalidad, en términos del artículo 30 constitucional y ciudadano mexicano es aquel que además de ser nacional, goza de derechos políticos para participar en la vida pública del Estado, en términos del artículo 34 constitucional.

<sup>14</sup> Siendo por tanto factible estar sujeto a más de una jurisdicción. Véase la tesis sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la novena época, número 2a. CVI/2007, visible a página 637 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, agosto de 2007, bajo el rubro: "EXTRANJEROS. GOZAN DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AL QUEDAR SUJETOS A LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO MEXICANO."

<sup>15</sup> El Estado es un producto humano, creado en beneficio de la comunidad, aunque la realidad nos demuestra que en muchas ocasiones determinados grupos de poder formados con alarmantes minorías, logran el control del Estado en perjuicio de la población.

conjunto de gobernados, o más aún, el grupo de personas que se encuentran sometidas al orden constitucional.

#### 4. EL TERRITORIO COMO ELEMENTO DEL ESTADO Y ÁMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

El territorio como tal es un aspecto físico, es ente material y parte del planeta en que vivimos; es un pedazo de corteza terrestre. Tradicionalmente se le ha considerado como un elemento del Estado en virtud de que éste requiere de un mínimo espacio para desempeñarse; pero en esta medida, debemos advertir que el territorio pertenece al Estado, deriva de éste, pero no lo conforma.

Lo anterior es así, en virtud de que si el Estado es propiamente una ficción jurídica, una persona moral creada con su Constitución, no es dable admitir que el territorio como ente físico pueda conformarlo, pues un ente físico no conforma una ficción jurídica; por el contrario, el territorio es reconocido por la norma jurídica, pero no debe a ésta su existencia como tal, sino únicamente en la medida en que en dicha porción física o área se asienta el Estado y ejerce su poder.

Tradicionalmente se han considerado elementos del Estado a la población y al territorio (junto con el gobierno y la soberanía); pero más que elementos físicos que lo constituyen, son consecuencias jurídicas que repercuten en la forma en que se observa a éstos.

Conforme lo indicado, el territorio como elemento del Estado se identifica con el ámbito de validez espacial de la norma jurídica, identificando a éste con el espacio físico en donde la misma se aplica.<sup>16</sup>

En este sentido, lo que identificamos jurídicamente como territorio, no es más que la medida de la jurisdicción o el ámbito de aplicación de la norma jurídica. Más que un elemento físico conformante del Estado, es un ente físico en el que el Estado se asienta y por ende, el espacio donde se asienta la Constitución; donde ésta se aplica y tiene vigencia.

De esta forma podríamos apreciar que México, el Estado mexicano, no tiene el territorio con forma similar al “cuerno de la abundancia” que se plasma en algunos mapas; sino una apariencia diferente y de mayores proporciones al considerar los mares territoriales.<sup>17</sup>

El territorio nacional es considerado en sus fronteras con estados diversos al mexicano, como Guatemala, Belice o los Estados Unidos de América; al igual que mares pertenecientes a alguno de estos países o bajo jurisdicción internacional; pero si México encuentra parte de su límite territorial en el río Bravo o el Suchiate, es porque a partir del primero de los indicados deja de tener aplicación la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por ende las normas

<sup>16</sup> “La vigencia espacial de las normas de derecho se extiende normalmente al ámbito dominado por el portador del Ordenamiento jurídico, es decir, al territorio del Estado.” NAWIASKY, Hans, *Teoría general del derecho*, Segunda edición, Traductor José Zafra Valverde, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 97.

<sup>17</sup> Parte del territorio nacional también lo conforman el espacio aéreo y el subsuelo. *Cfr.* VESCOVI, Enrique, *Introducción al estudio del derecho*, Ed. B de F., Buenos Aires, 2002, p. 184.

jurídicas mexicanas derivadas de ésta, entrando en aplicación normas jurídicas diversas pertenecientes a los Estados Unidos de América; y similar observación cabe hacer respecto del segundo, en tanto parte del límite territorial marcado por la frontera sur que divide a nuestro país con Guatemala o respecto de la frontera con Belice.<sup>18</sup>

Obsérvese que el territorio es determinado por la propia Constitución, pero el ámbito jurisdiccional de la norma no debe confundirse con la norma en sí. De igual forma el territorio es uno, pero no se debe confundir con el Estado. Territorio como concepto jurídico y ámbito espacial de validez es derivado de Estado y Constitución. El territorio como elemento del Estado, es la jurisdicción de la norma constitucional.

## 5. EL ÁMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ DE LA NORMA CONSTITUCIONAL Y DEL ESTADO

El ámbito de validez temporal de una norma jurídica, es relativo al tiempo en que la misma se encuentra vigente o con valor y por ende, resulta aplicable.<sup>19</sup>

En este punto es importante observar que las normas generales tienen una vigencia cuyos efectos miran al futuro; es decir, producen consecuencias a partir de su nacimiento y hasta en tanto sean derogadas o anuladas; pero los efectos derivados de las mismas sólo pueden ser efectivos a partir de que la norma tuvo valor jurídico. Lo indicado se traduce en una prohibición de retroactividad normativa, que en el caso mexicano se encuentra prevista en el artículo 14 constitucional.

Sin embargo, esta prohibición de retroactividad en cuanto a sus efectos, no es aplicable a la norma constitucional, la cual sí puede ser aplicada y tener efectos hacia el pasado.<sup>20</sup> Pero no debe confundirse la vigencia temporal de la norma, con los efectos de la misma en relación con actos o hechos ocurridos en el tiempo.

El Estado mexicano no ha existido desde siempre y se desconoce el tiempo que le reste y el momento en que algún cambio de fondo podrá generar la desaparición del mismo; pero en cualquier caso, la Constitución no prevé un período de vigencia terminal, por lo que tanto el Estado, como desde luego la norma constitucional mediante la que se establece el mismo, es creado o emitida a partir de determinado momento, pero sin límite en cuanto a su vigencia temporal o existencia hacia el futuro.

<sup>18</sup> Obsérvese que similares consideraciones operan por lo que hace al interior de México, al ser un Estado Federal. Puede verse la jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la novena época, número P./J. 40/99, visible a página 916 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo IX, mayo de 1999, intitulada: "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA EXPRESIÓN 'JURISDICCIONES' CONTENIDA EN LAS FRACCIONES II Y V DEL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SE REFIERE AL TERRITORIO EN EL QUE LOS MUNICIPIOS EJERCEN SUS FACULTADES".

<sup>19</sup> Los contratos de arrendamiento son normas jurídicas sujetas a tiempo determinado; las sentencias penales condenatorias tendrán vigencia durante el tiempo en que se ejecuta la condena; la miscelánea fiscal generalmente es emitida por el periodo de un año, al igual que la ley de ingresos y presupuesto de egresos.

<sup>20</sup> Al respecto puede observarse lo dispuesto en las fracciones VIII y XVIII del artículo 27 constitucional, que regulan situaciones acaecidas con anterioridad a 1917.

Sin embargo lo anterior nos lleva a reflexionar en cuanto al momento de creación del Estado mexicano, concluyendo que éste surge el 4 de octubre de 1824, fecha en que se promulgó la primer Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

En este sentido, el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, previa a la Constitución, y otros documentos jurídicos de gran relevancia y mayor antigüedad, como el acta de independencia, los Sentimientos de la Nación o Constitución de Apatzingán, entre otros, son antecedentes relevantes del Estado Mexicano, pero no dan inicio o punto de partida al mismo; pues no lo constituyen propiamente.

El período de tiempo en que gobernó Agustín de Iturbide como primer emperador de México, no podemos considerarlo como una etapa propiamente dicha o perteneciente al Estado mexicano, pues éste aun no nacía a la vida jurídica. Ciertamente es que la nación mexicana ya existía,<sup>21</sup> pero ésta no debe confundirse con el concepto de Estado mexicano.<sup>22</sup>

Si consideramos entonces al Estado mexicano surgido en 1824, con motivo de su primer Constitución, debemos preguntarnos si la pérdida de vigencia de dicha Constitución y la entrada en vigor de constituciones posteriores, generaron en cada caso la desaparición del Estado y el surgimiento de uno nuevo, y en ese supuesto, considerar como fecha inicial del actual Estado mexicano, el 1 de mayo de 1917; fecha en que entró en vigor la última Constitución. Pero respondemos en sentido negativo, pues aún y cuando hemos sostenido que Constitución y Estado se identifican, el Estado mexicano ha sido uno sólo desde su nacimiento en la Constitución de 1824 y en su caso, se ha reconstituido con cada nueva Constitución, pero no ha perdido existencia y unidad desde su origen.

El Estado se crea de una vez y para siempre. Y similares consideraciones caben respecto de las reformas constitucionales, pues no podemos sostener que cada reforma crea un Estado diferente, sino que más bien lo detalla, modifica, lo especifica más, o en su caso lo reforma, pero es el mismo Estado mexicano en cambio continuo y dinamismo, al igual que el derecho.

## 6. EL GOBIERNO COMO ELEMENTO DEL ESTADO Y EL ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

El Estado es la organización política de la sociedad para alcanzar desarrollo y convivencia pacífica. El Estado moderno debe garantizar seguridad y orden en un ambiente de ejercicio de libertades públicas.

La organización social que denominamos Estado, requiere la dirección de una voluntad unificada que cuide los fines que busca la totalidad de quienes conforman la población, mediante la ejecución coactiva de sus ordenaciones, desarrollando

<sup>21</sup> La nación mexicana comienza a formarse en la época colonial, producto de la identidad propia que comenzó a arraigarse y ser parte de quienes habitaban esta región y que en gran medida, aún subsiste.

<sup>22</sup> La nación es un concepto sociológico, relativo al conjunto de personas que comparten ideología, vínculos históricos, culturales, lingüísticos, religiosos, etc., por lo que comparten identidad. Por su parte el Estado es un concepto jurídico, relativo a la organización política en que el derecho regula una sociedad.

un poder dominante de imperio que le fue entregado de forma originaria y que en su caso podría a su vez derivar.<sup>23</sup>

Pero para lograr todos esos cometidos, el Estado se desenvuelve a través de instituciones y crea un gobierno que le permite realizar sus funciones y a través del cual unifica la voluntad y la exterioriza de modo coactivo.

Es a través del gobierno que el Estado ejerce sus actos de imperio o dominio sobre su población y en general, en su ámbito de influencia, para la consecución de sus fines.

Pero si hemos manifestado que el Estado es una ficción jurídica, luego entonces, para tener efectos en la realidad requiere que sus derivaciones se ejecuten; y esto se logra a través de las instituciones públicas. El gobierno es pues, el elemento o herramienta a través de la cual el Estado se manifiesta y tiene efectos en el mundo fáctico.

Dichas manifestaciones del Estado se realizan a través del derecho, no sólo en la creación de instituciones, sino también en la emisión de normas generales o particulares que coadyuvan en el cumplimiento de los fines del Estado.

Ahora bien, el ámbito material de validez de la norma jurídica refiere al objetivo principal de su regulación; es decir, lo que se pretende con la emisión de la norma.<sup>24</sup> Es la finalidad jurídica perseguida a través del derecho.<sup>25</sup>

Como se ha indicado, pilar fundamental del Estado es la creación de instituciones que lo sostengan, mediante el establecimiento del gobierno; y, en este sentido, si Constitución es Estado, luego entonces, el ámbito material de una Constitución debe ser la configuración de la estructura del Estado mediante el establecimiento de instituciones públicas fundamentales y principales que detallen la forma en que se desenvolverá el gobierno estatal.

Conforme lo indicado, podemos observar que el ámbito material de la Constitución es la conformación de las instituciones del Estado; de su gobierno. La Constitución se establece conjuntamente con el Estado, organizándolo, conformándolo y determinándolo.

La Constitución crea o constituye los “poderes” del Estado, que al ser un solo Estado, en realidad es un solo poder, por lo que determina la división del mismo en órganos de gobierno con funciones y finalidades determinadas; establece y sostiene a las instituciones públicas principales; conforma organismos autónomos que no dependen de los poderes creados o constituidos; etc.

Desde luego que el ámbito material de la Constitución no se agota en la organización pública del Estado mediante el establecimiento de su gobierno; pues

<sup>23</sup> Cfr. JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Traductor Fernando de los Ríos, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 394 y 395.

<sup>24</sup> Atendiendo al ámbito material, podemos encontrar la clasificación principal de las normas en derecho público o privado. La Constitución es una norma primigenia de derecho público, pero no se encuentra limitada a éste, pues puede regular aspectos de derecho privado. Cfr. VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Vigésimo primera edición, Ed. Porrúa, México, 2012, pp. 291 y 292.

<sup>25</sup> Para clasificar el ámbito de validez material, es necesario atender a la materia que regula la norma. Cfr. PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, *Teoría del derecho*, Ed. Oxford, México, 2009, p. 353.

de igual forma determina la forma de Estado y otorga las características principales el mismo. Y en el caso de un Estado federal como el nuestro, establece las partes conformantes de la federación y de igual manera determina la forma básica de su organización.

Como parte de la organización de un Estado Federal, se establece un orden complejo en el que coexisten normas centralizadas y descentralizadas conforme un sistema de distribución competencial establecido en la Constitución y en esta medida, instituciones federales y locales.<sup>26</sup> Estas determinaciones también son parte del ámbito material de validez jurídica; que especifica el establecimiento de órdenes jurídicos, y junto con ellos, las facultades y funciones de los distintos niveles o mejor dicho, órbitas de gobierno a conformarse en éstos.

El ámbito material de validez jurídica de la norma constitucional, es pues el establecimiento del gobierno como elemento del Estado.

La Constitución otorga validez, pertenencia y unidad a todas las normas del sistema jurídico, pero de igual forma, orienta el contenido de éstas y al hacerlo, norma *prima facie* la actuación de Gobierno y gobernados. Siendo así, la Constitución no sólo es la creación del Estado, sino a su vez, una verdadera norma jurídica.<sup>27</sup>

De esta forma, las instituciones o entes públicos son creados para lograr la efectividad del derecho en general, por lo que no todas emanan directamente de la Constitución, sino que pueden ser establecidas por normas jurídicas secundarias, las que, al igual que todas las normas derivadas del Estado, de forma directa o indirecta, se encuentran subordinadas a ésta, puesto que en ella encuentran su validez original.<sup>28</sup>

Pero cierto es también que la Constitución, en su ámbito material, no sólo se conforma de una parte orgánica al determinar la estructura del Estado, sino que de igual forma, contiene una parte dogmática dirigida a la población del Estado. El reconocimiento o establecimiento de derechos fundamentales y de derechos humanos a nivel constitucional, es consecuencia lógica de la creación del Estado, pues al determinar el gobierno en virtud del cual éste imperará sobre los gobernados, es indispensable determinar los límites a la actividad gubernamental, mediante el reconocimiento de los derechos subjetivos principales o fundamentales.

Al otorgarse el poder al Estado, el cual ejercerá a través de sus instituciones, se observa necesario determinar en la parte dogmática, la guía de interacción entre gobierno y gobernados mediante el reconocimiento normativo de los valores

<sup>26</sup> Cfr. SCHMILL, Ulises y DE SILVA, Gustavo, “La sanción ante el incumplimiento de la sentencia de amparo”, *El Foro. La ejecución de sentencias de amparo, la repetición del acto reclamado y la negativa a suspenderlo*, Décimo cuarta época, tomo XVIII, número 2, Barra Mexicana Colegio de Abogados, México, 2005, pp. 17 y 18.

<sup>27</sup> Ciertamente el derecho no se conforma sólo por normas (*stricto sensu*), sino por principios, valores u otros contenidos; pero todos los preceptos en su conjunto tienen una finalidad normativa, por lo que son correctamente identificados también como normas (*lato sensu*).

<sup>28</sup> Cualquier norma jurídica adquiere su valor derivado de otra norma. Excepto la Constitución, puesto que si el Estado es soberano, se excluye de la necesidad de plantearse el fundamento de su validez. Cfr. SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, Ed. Porrúa, México, 1971, p. 51.

y principios máximos a favor de los gobernados; muchos de los cuales se reducen en forma directa mediante normas constitucionales que determinan derechos a las personas bajo el imperio del Estado.

Es pues el Estado el que delimita el alcance de las posibilidades en el ejercicio del poder por parte del gobierno que a su vez instituye.

El ámbito material de validez de la Constitución, no se agota en el gobierno del Estado; pero si lo comprende y en esa medida, se identifican.

## 7. LA SOBERANÍA COMO ELEMENTO DEL ESTADO Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Los antiguos reconocían como necesaria para el Estado la cualidad de la autarquía,<sup>29</sup> entendida esta como autosuficiencia y por ende, total independencia de otros estados. Autonomía total respecto de exterior.

Sin embargo, el Estado requiere de algo más que la independencia del exterior; necesita de igual forma la superioridad respecto del interior. Requiere del *imperium*.<sup>30</sup>

Podemos entender entonces a la soberanía del Estado en una doble concepción: Como el poder sobre todo hacia el interior y como independencia e igualdad en relación a los otros estados, hacia el exterior.

El Estado requiere ser soberano, pues de lo contrario no podría tener la calidad de imperio hacia el interior y tanto hacia el interior o exterior podría encontrarse sometido a algo, perdiendo su característica de tal. Para la consecución de sus fines, el Estado requiere autoridad absoluta sobre todo lo que existe en su ámbito de influencia; incluidos desde luego, no sólo sobre la población, sino de igual forma sobre los poderes estatales constituidos.

Esta soberanía la adquiere de su población, la que al organizarse socialmente en Estado, la otorga a efecto de que éste pueda cumplir sus fines.

En el caso mexicano, el artículo 39 constitucional establece que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo; pero si hemos manifestado que no debe confundirse al pueblo o a la población con el Estado, luego entonces, la soberanía, ¿reside en el pueblo o en el Estado?

Más adelante y de forma inmediata, el primer párrafo del artículo 40 constitucional determina que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión; es decir, del gobierno estatal. Conforme a lo manifestado, la soberanía ¿reside en el pueblo, en el gobierno o en el Estado?

La soberanía reside en el Estado.<sup>31</sup>

Obsérvese que el artículo 39 establece que la soberanía reside originariamente en el pueblo, lo que implica que en efecto, originalmente la soberanía la

<sup>29</sup> Aristóteles. Citó: JELLINEK, Georg, *idem*, p. 401.

<sup>30</sup> *Cfr. idem*, pp. 401 a 407.

<sup>31</sup> Fue en Francia donde comenzó a emplearse el termino soberano (sobre todos) para referirse al rey; pero fue Jean Bodin quien dota al concepto de soberanía de un significado aún vigente. *Cfr.* PIZZOLO, Carogelo, "Soberanía, Estado y globalización" en *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, SERNA DE LA GARZA, José María y VON BOGDANDY, Armin (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014, pp. 285 y 286.

ostentaba el pueblo, el que determinó organizarse socialmente a través de la Constitución de un Estado; y para que el Estado pudiera cumplir los fines para los cuales fue concebido, el pueblo le otorgó la soberanía que ostentaba, a efecto de someterse al Estado y al *imperium* del mismo.

Cierto es que el poder del Estado, es ejercido a través de sus instituciones de gobierno; pero dicho poder que le permite actuación es delegado, no otorgado ni enajenado a su favor. El poder y la soberanía continúan en ejercicio y bajo el Estado, no de su gobierno. El gobierno también está sometido a la soberanía del Estado o la Constitución. Este es el sentido que debe otorgársele a las disposiciones constitucionales citadas.

Conforme lo indicado con anterioridad, al momento en que el pueblo determina constituir su Estado, debe otorgar a éste la soberanía de la que goza; pero en virtud de que la democracia directa es de ejercicio complejo en las sociedades modernas, el pueblo determina convocar a un Constituyente que tendrá la finalidad de elaborar una Constitución; es decir, de crear al Estado.

El pueblo otorga al Constituyente el poder y soberanía que ostenta, a efecto de que éste pueda crear de forma adecuada al Estado; sin embargo, junto con la cesión de soberanía, le establece directrices, por lo que el otorgamiento de dicha soberanía es condicionado a que el Constituyente respete la voluntad popular en los aspectos básicos, como podrían ser la forma de gobierno, la forma de Estado y de igual manera, el reconocimiento o establecimiento de derechos fundamentales como límites al poder del futuro gobierno.

El Poder Constituyente en ejercicio de la soberanía concedida, crea o constituye al Estado en la Constitución. Una vez creado éste en ésta, el Constituyente deposita en la Constitución y el Estado la soberanía que le fue conferida por el pueblo y desaparece.<sup>32</sup>

Es precisamente en el concepto de Constitución, donde se refleja con mayor claridad el paso del Estado absoluto, que depositaba su soberanía en el rey, a lo que en ahora conocemos como Estado de derecho.<sup>33</sup>

La soberanía queda depositada de forma definitiva en el Estado y por ende, en la Constitución. Esta soberanía estatal, es lo que jurídicamente también se denomina supremacía constitucional;<sup>34</sup> principio determinado en el artículo 133 constitucional en virtud de la cual, ninguna norma debe contradecir el texto

<sup>32</sup> “Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan.”. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Vigésimo novena edición, Ed. Porrúa, México, 1995, p. 11. Algunos autores consideran que para hacer efectivo el concepto de soberanía popular (originario o no), debiera someterse a aprobación de la voluntad general, el texto constitucional como condición de su vigencia. *Cfr.* HORN, Hans Rudolf, “El Estado constitucional como proyecto común de la humanidad”, en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, p. 196.

<sup>33</sup> *Cfr.* GARCÍA RICCI, Diego, *Estado de derecho y principio de legalidad*, CNDH y UNAM, México, 2015, p. 33.

<sup>34</sup> La noción de supremacía constitucional se refiere exclusivamente a soberanía interior. La soberanía interior es un superlativo, mientras que la soberanía exterior es un comparativo de igualdad. *Cfr.* TENA RAMÍREZ, Felipe, *idem*, p. 6.

supremo. Esta supremacía se debe encontrar garantizada mediante la existencia de controles constitucionales de tipo jurisdiccional, como en el caso mexicano lo son el amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

Pero no sólo la normatividad o el derecho debe someterse a la Constitución, sino en general, toda la actividad humana que se desarrolle dentro de los límites del Estado debe ajustarse a ésta, sin posibilidad de contradecirla.<sup>35</sup> Población y gobierno deben ajustarse y someterse a la Constitución. Los poderes del Estado sólo pueden actuar dentro y conforme lo permite la Constitución.

En virtud de la supremacía constitucional, todas las instituciones de gobierno, los gobernados, los entes internos del país (todos) y las normas jurídicas en su totalidad, independientemente al orden jurídico al que pertenezcan, se encuentran sometidas al imperio del Estado; o mejor dicho, a la Constitución.

En esa medida, las entidades federativas, si bien son autónomas en cuanto a su régimen interior, no son soberanas, pues se encuentran sometidas al imperio constitucional o mandato del Estado federado.

Por otra parte, al ser el Estado una ficción jurídica, sólo puede manifestarse a través de la emisión de normas jurídicas o en ejecución de las mismas.<sup>36</sup> Desde esa óptica, el Estado ejerce su soberanía mediante mandatos (a través de la emisión de normas jurídicas) y mediante la ejecución coercitiva de los mismos. Pero si las normas emanan en su origen del Estado, no puede ninguna de ellas contradecirlo o violentarlo.

En esta medida, el orden jurídico y el derecho en general, será un derivado del Estado, por lo que no deberán identificarse; pero si debemos observar que todas las normas emanan en su origen del Estado y en esa medida, el sistema de validez normativa encuentra en la Constitución, el origen primario del derecho.

La Constitución se convierte así en el centro del que emanan todas las normas e instituciones de gobierno, tanto federales como locales; erigiéndose no sólo en origen, sino en centro de atracción en virtud del cual todas las consecuencias del Estado se mantienen unidas y relacionadas. Es en torno a la Constitución, en donde la nación debe encontrar su punto de unión.

El advertir que la soberanía es un atributo propio y necesario del Estado, es reconocer la supremacía de la Constitución.

## 8. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Siendo Constitución y Estado un mismo ente, nos queda observar que hoy en día, el estándar internacional relacionado con países jurídicamente avanzados, nos exige encontrarnos en el denominado estado constitucional de derecho;<sup>37</sup> que

<sup>35</sup> Ajustar los actos a la Constitución del Estado, implica no llevarlos a cabo en contra de sus determinaciones; lo que no se traduce en que toda la actividad humana esté expresamente regulada por la norma constitucional.

<sup>36</sup> Ejecución, incluida la física o material, que también conforma una norma jurídica, aunque no necesariamente escrita.

<sup>37</sup> Estado Constitucional de derecho que es el último y actual eslabón del estado de derecho, que surgió como estado liberal y luego social de derecho (algunos consideraban el democrático de derecho).

más que una triple tautología, es un diseño constitucional con características sustanciales e indispensables mínimas para encontrarse alejado del totalitarismo o absolutismo, como lo son: el imperio de la ley; la legalidad de la administración; la división de poderes; la disposición expresa de derechos fundamentales<sup>38</sup> y la existencia de controles constitucionales de tipo jurisdiccional, pues el progreso del estado de derecho es paralelo y simultáneo al desarrollo del papel de la jurisdicción, que nos permitirá encausar de forma adecuada el desempeño del estado en el uso legítimo de poder.<sup>39</sup>

Importante será añadir como característica mínima a este diseño constitucional, el de la existencia de tribunales adecuados para ejercer los controles constitucionales y de legalidad, entendiendo por estos a órganos judiciales autónomos, independientes, imparciales y técnicamente desarrollados en el ámbito jurídico, para lograr resoluciones de calidad que reflejen contenidos con un alto nivel de especialidad.

Si el derecho otorga al estado facultades de coacción, crea el peligro de poder arbitrario y ante ello, el estado de derecho minimiza el riesgo indicado.<sup>40</sup>

Sin embargo, es importante no encerrar el estado de derecho en la estructura constitucional, pues éste debe a partir de la Constitución, irradiar la totalidad del ordenamiento jurídico y reflejarse en la actuación de gobernantes y de gobernados.

Requiere ser una realidad que guíe y envuelva a la sociedad, por lo que a partir del mismo se debe: a) Observar el estado de derecho en todo el derecho; es decir, no puede ni debe agotarse en la Constitución, sino que debe observarse reflejado desde ésta y desarrollarse en toda la legislación secundaria, apegado a los valores, principios, directrices y determinaciones que de ella derivan y exponenciarse, pues por su propia naturaleza, el estado de derecho es necesariamente progresivo en virtud y a través de las normas secundarias; b) Alcanzar mayor plenitud mediante la aplicación efectiva de las normas, pues es requisito *sine qua non* para éste, el que las normas se interpreten y apliquen de forma adecuada conforme los parámetros marcados en el propio sistema y de acuerdo a los fines y valores del mismo (normas flexibles de aplicación rígida);<sup>41</sup> incluyendo desde luego, la sujeción de las instituciones públicas a las normas del estado de derecho; y finalmente, c) Lograr la adecuación social al estado de derecho, mediante la cual, los integrantes de la comunidad vivan de forma consciente y participativa el derecho.

Estado o Constitución, como base política de la organización social, tendiente a lograr fines básicos como desarrollo, bienestar, orden, seguridad, progreso,

<sup>38</sup> Para temas relativos a estado de derecho, puede verse: Cfr. DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Ed. Taurus, Madrid, 1998, pp. 35 y 44 a 55.

<sup>39</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, pp. 88 a 95.

<sup>40</sup> Cfr. Joseph Raz. Citó: VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del estado de derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, p. 12.

<sup>41</sup> Las normas rígidas con aplicación rígida nos conduce al estado totalitario; las normas flexibles con aplicación flexible nos lleva a la impunidad y la injusticia; las normas rígidas, de aplicación flexible nos conducen a la corrupción. Es en las normas flexibles con aplicación rígida donde nos acercamos al estado de derecho.

ejercicio de libertades públicas, entre otros, mediante la sustentación del estado constitucional de derecho.

## 9. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Estado no se identifica con el derecho en general, sino exclusivamente con la Constitución. Estado es igual a Constitución.

SEGUNDA.- Los elementos del Estado, se identifican con los ámbitos de validez normativos de la Constitución.

TERCERA.- Para que el estado constitucional de derecho sea una realidad plena, no basta que se implemente en la Constitución, cuyo punto de partida es necesario, sino que es menester que se refleje desde ésta en toda la normatividad secundaria, se apliquen las normas a gobernados y gobernantes mediante un sistema de leyes flexibles de aplicación rígida y se logre la adecuación social al estado de derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016.
- CÁRDENAS GARCÍA, Jaime, *Del estado absoluto al estado neoliberal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017.
- DABIN, Jean, *Doctrina general del estado, Elementos de filosofía política*, Traductores Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, UNAM, México, 2003.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Ed. Taurus, Madrid, 1998.
- GARCÍA RICCI, Diego, *Estado de derecho y principio de legalidad*, CNDH y UNAM, México, 2015.
- GUERRERO, Omar, *Del estado gerencial al estado cívico*, Ed. Porrúa, México, 1999.
- HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, Traductor Héctor Fix Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.
- HELLER, Herman, *Teoría del estado*, Traductor Luis Tobio, segunda edición, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- HORN, Hans Rudolf, “El estado constitucional como proyecto común de la humanidad”, en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del estado*, Traductor Fernando de los Ríos, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, Traductor Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1995.

- MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Teoría del derecho*, Ed. Oxford, México, 2007.
- MURO RUÍZ, Eliseo, “Las teorías del estado en el diseño de los sistemas de justicia penal”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (Coord.), Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.
- NAWIASKY, Hans, *Teoría general del derecho*, Segunda edición, Traductor José Zafra Valverde, Ed. Comares, Granada, 2002.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, Séptima edición, Ed. Oxford, México, 2012.
- PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, *Teoría del derecho*, Ed. Oxford, México, 2009.
- PIZZOLO, Carogelo, “Soberanía, estado y globalización”, en *Soberanía y estado abierto en América Latina y Europa*, SERNA DE LA GARZA, José María y VON BOGDANDY, Armin (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, Décimo quinta edición, Ed. Porrúa, México, 2006.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, *El sistema de la constitución mexicana*, Ed. Porrúa, México, 1971.
- \_\_\_\_\_, “La teoría de la identidad del derecho y del estado de Hans Kelsen”, en *La reforma del estado. Estudios comparados*, SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y VALADÉS, Diego (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Teoría del derecho y del estado. Ensayos*, Ed. Porrúa y UNAM, México, 2003.
- \_\_\_\_\_ y Gustavo de Silva, “La sanción ante el incumplimiento de la sentencia de amparo”, *El Foro. La ejecución de sentencias de amparo, la repetición del acto reclamado y la negativa a suspenderlo*, Décimo cuarta época, tomo XVIII, número 2, Barra Mexicana Colegio de Abogados, México, 2005.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Teoría del estado*, Décimo cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 1998.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Vigésimo novena edición, Ed. Porrúa, México, 1995.
- VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del estado de derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.
- VESCOVI, Enrique, *Introducción al estudio del derecho*, Ed. B de F., Buenos Aires, 2002.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Vigésimo primera edición, Ed. Porrúa, México, 2012.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del estado: ciencia de la política*, Traductor Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 1985.

**LOS EFECTOS Y POSIBLES CONSECUENCIAS  
DE LA ALIANZA PAN - PRD EN LAS ELECCIONES  
PRESIDENCIALES DE 2018 BAJO LA PERSPECTIVA  
DEL MODELO ESPACIAL DEL VOTO**

***THE EFFECTS AND POSSIBLE CONSEQUENCES OF THE  
PAN - PRD ALLIANCE IN THE PRESIDENTIAL ELECTIONS  
IN 2018, FROM THE PERSPECTIVE OF THE SPATIAL  
MODEL OF VOTING***

LUIS EDUARDO LEÓN GANATIOS  
Universidad de Guanajuato, México  
ganatios.leon@gmail.com

**RESUMEN:**

Las elecciones presidenciales de julio del 2018 en México dejaron a todas luces un claro ganador electoral, la coalición Juntos Haremos Historia obtuvo un 53.19% de los votos válidos de dicha elección, la coalición de MORENA obtuvo la victoria en 31 de los 32 Estados de la República y, todos los votos obtenidos por sus contendientes si se juntaran de igual manera no habrían podido derrotar a Juntos Haremos Historia.

**Palabras clave:**

Alianza electoral, PAN, PRD, MORENA, elecciones presidenciales.

**ABSTRACT:**

*The July 2018 presidential election in Mexico clearly left a clear election winner, the Juntos's Coalition Will Make History won 53.19% of the valid votes of that election, the MORENA coalition achieved victory in 31 of the 32 states of the Republic and, all the votes obtained by their contenders if they came together in the same way would not have been able to defeat Juntos Haremos Historia.*

**Keywords:**

*Electoral Alliance, PAN, PRD, MORENA, presidential election.*

En las pasadas elecciones presidenciales de 2018 participaron tres grandes fuerzas electorales; Juntos Haremos Historia (Conformada por el Movimiento de Regeneración Nacional, Partido del Trabajo y Partido Encuentro Social). Por México al Frente (Conformada por el Partido Acción Nacional, Partido de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano). Y, Todos por México (Conformada por el Partido Revolucionario Institucional, Partido Nueva Alianza y Partido Verde Ecologista de México), una cuarta opción encabezada por un candidato independiente; Bronco Independiente (Jaime Rodríguez Calderón).<sup>1</sup>

La coalición Juntos Haremos Historia fue la amplia ganadora en las elecciones al obtener un 53.19% de los votos, el segundo lugar lo obtuvo la coalición Por México al Frente con un 22.27% de los votos y, finalmente la coalición Todos por México obtuvo un 16.40% de los votos.

Si tomamos en cuenta un escenario previo a las elecciones presidenciales de 2018, cuando aún no estaban las alianzas conformadas, el Número efectivo de partidos era de 2.17, lo que representa una competencia real entre 2 partidos políticos con opciones reales de triunfo.

Según la intención de voto para finales de 2017 y, tomando en cuenta la distribución ideológica de votantes y partidos políticos, los partidos que tenían más opción de triunfo eran el recién conformado MORENA y el PRI; ambos con una intención de voto entre 30 y 40 % de los votantes.

Por otro lado estaban el PAN y el PRD, partidos tradicionales en anteriores elecciones, quienes acaparaban entre el 10 y 20% de la intención de voto.

Para afrontar las elecciones, un total de nueve partidos políticos configuran coaliciones de tres partidos cada una, MORENA, uno de los favoritos crea Juntos Haremos Historia, el PRI, otro de los contendientes con opciones crea la alianza Todos por México y, finalmente el PAN y el PRD crean la coalición Por México al Frente.

La coalición entre el PAN y el PRD es la que despierta, a nuestro juicio, un interés de análisis en términos ideológicos, el tratar de inferir las razones de esta alianza y, cómo cambian el escenario electoral y finalmente los resultados electorales de la contienda de julio de 2018.

La finalidad de este estudio será la de revisar, dentro del marco de las teorías espaciales de voto, en la versión concreta de proximidad, la alianza que conformaron el PAN y el PRD, que consecuencias trajo dicha alianza y que posible escenario futuro en la configuración del sistema de partidos mexicano puede desarrollar.

## 1. MARCO CONCEPTUAL DE LAS TEORÍAS ESPACIALES DEL VOTO

Las teorías espaciales del voto utilizan la referencia ideológica expresada en la posición tanto de votantes como de partidos políticos y/o candidatos para explicar el voto; en su variante de proximidad se mide la cercanía entre dichos votantes y partidos y, de esta forma se puede establecer la intención de voto de los electores previos a una elección.

<sup>1</sup> El candidato independiente al obtener sólo un 5.23% de los votos no será analizado dentro de la contienda electoral.

Esta intención de voto basada en la ideología la podemos expresar como voto ideológico, que es el que se ejerce cuando un elector decide su voto con base en preferencias estables que suelen etiquetarse, para el caso de la política, en posiciones de izquierda, centro y derecha. Una aproximación teórica del voto ideológico puede encontrarse en Downs (1957), quien partiendo de una idea económica de ubicación espacial logra que el voto espacial sea políticamente significativo cuando establece que “en una sociedad, los partidos políticos pueden ordenarse de izquierda a derecha en forma reconocida por todos los votantes”.<sup>2</sup>

Los partidos políticos y/o candidatos se ubicarían en una escala izquierda-derecha y los votantes también se ubicarán en esta misma escala, algunos autores ilustran este principio cuando parten de la idea de que “la gente utiliza los términos izquierda, derecha y centro como si estas palabras significasen algo... La gente utiliza la metáfora de la posición espacial porque esta les ayuda a entender la política”.<sup>3</sup>

Los términos izquierda y derecha representan un referente útil y que permite clasificar a los elementos participantes para un estudio más claro y concreto dentro de la política, la contraposición de dichos términos representan una diada necesaria dentro de la esfera política.

Estos términos antitéticos son “recíprocamente exclusivos y conjuntamente exclusivos: exclusivos, en el sentido de que ninguna doctrina ni ningún movimiento pueden ser al mismo tiempo de derechas y de izquierdas; exhaustivos, porque una doctrina o movimiento únicamente puede ser de derechas o de izquierdas”.<sup>4</sup>

Para poder aplicar los criterios del voto ideológico es necesario aplicar el modelo en sociedades democráticas, con elecciones periódicas y, en donde compitan al menos dos o más partidos políticos con opciones reales de triunfo, es decir, elecciones competitivas.

Siendo una politeya democrática con elecciones competitivas entonces se pondera la coherencia de ubicación de votantes y candidatos o partidos, para realizar esta ponderación es necesario tener los datos de ubicación de votantes y candidatos o partidos, que se obtienen mediante encuestas.

El objetivo fundamental del voto ideológico parte de una idea central propuesta por Downs, cuando establece que los partidos políticos “formulan su política estrictamente como medio para obtener votos”<sup>5</sup> de esta forma, la principal preocupación de los partidos políticos sería la correcta expresión y difusión de su oferta electoral hacia los votantes.

Las dificultades que puedan encontrarse en esta expresión y difusión de la oferta electoral son causadas por el *conocimiento imperfecto* termino propuesto

<sup>2</sup> DOWNS, Anthony, “Teoría económica de la acción política en una democracia”, en Albert. Batlle (Ed.) *Diez textos básicos de Ciencia Política*. Barcelona, España: Ariel Ciencia Política. 1992, pp. 93-111.

<sup>3</sup> HINICH, Melvin y MUNGER, Michael, *Analytical politics*. Nueva York: Cambridge University Press. 1997, p. 101.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto, *Derecha e izquierda*. CDMX: Editorial Taurus. 2013, p. 32.

<sup>5</sup> DOWNS, Anthony, *op. cit.*, p. 96.

por el mismo autor cuando señala que “la incertidumbre del votante con respecto a los partidos políticos también indica que la tienen los partidos políticos con respecto a los votantes y esto ocurre porque la información necesaria para superar la ignorancia de los partidos y los ciudadanos es costosa”.<sup>6</sup>

Por esta razón, la ubicación ideológica de los partidos políticos en un continuo ideológico (izquierda–derecha) ahorraría dicho coste de informarse a los votantes y a los partidos políticos. Debido a que asumir una posición ideológica resume una serie de requisitos que satisfacen al votante y, los partidos al ubicarse en una posición ideológica ofrecen por su parte, un igual número de requisitos.

Por ende, el votante elegirá la preferencia ideológica que más se acerque a su propia preferencia. Esto puede resumirse en la aplicación de tres axiomas:

- I. La mayor parte del electorado tiene una ideología izquierda–derecha y, por tanto, es capaz de auto ubicarse en esta escala ideológica.
- II. La mayor parte del electorado es capaz de percibir cuáles de los principales partidos son de derecha y cuales son de izquierda
- III. En consecuencia, la mayor parte del electorado vota aquel partido que está de acuerdo con su propia ideología izquierda – derecha.<sup>7</sup>

Para comprobar estos axiomas, en primer lugar, debemos tener la ubicación ideológica de los votantes, esto, se puede extraer de una encuesta que va a mostrar la frecuencia de votantes existentes en una escala lineal de valores que corresponde a 1, que representa la izquierda y 10, que representa la posición de derecha, el valor de 5 representaría una posición de centro.

Es importante verificar las opciones de no sabe, no contesta o no responde, que serían aquellos ciudadanos que no tienen la capacidad valorativa de ubicarse en una escala lineal de valores, el porcentaje que suman estos grupos suelen ser muy bajos, lo que no representa un valor significativo en términos de ubicación dentro de la escala.

---

<sup>6</sup> *Ibidem* p. 98.

<sup>7</sup> ANDUIZA, Eva y BOSCH, Agustí, *Comportamiento político y electoral*. Barcelona: Ariel Ciencia Política. 2004, p. 204.

Tabla 1. Ubicación ideológica de los votantes mexicanos para las elecciones presidenciales de 2018

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válidos	Ninguna	57	4.8	4.8
	No responde	59	4.9	9.7
	No sabe	11	.9	10.6
	Izquierda	126	10.5	21.1
	1	45	3.8	24.8
	2	56	4.7	29.5
	3	70	5.8	35.3
	4	91	7.6	42.9
	5	299	24.9	67.8
	6	95	7.9	75.8
	7	72	6.0	81.8
	8	70	5.8	87.6
	9	30	2.5	90.1
	Derecha	119	9.9	100.0
	Total	1200	100.0	

Fuente: Elaboración propia con base en la encuesta Latinobarómetro 2017.

## 2. PRIMER ESCENARIO IDEOLÓGICO: POSICIÓN IDEOLÓGICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS SIN LA ALIANZA DEL PRD CON EL PAN

Si tomamos en cuenta los principales partidos políticos con opciones de triunfo<sup>8</sup> para las elecciones presidenciales de 2018, podemos resumir cuatro fuerzas electorales: MORENA, PRI, PAN y PRD.

Dichas fuerzas electorales se ubican en la escala lineal de valores de la siguiente manera:

Tabla 2. Ubicación ideológica de los partidos políticos —sin alianzas— para las elecciones presidenciales de 2018

Partido Político	Ubicación ideológica
MORENA	4.17
PRD	4.48
PAN	5.49
PRI	6.58

Fuente: Elaboración propia con base en el tratamiento de datos de la encuesta Latinobarómetro.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Para este estudio tomamos en cuenta o denominamos partidos políticos o candidatos con opciones reales de triunfo a aquellos que tengan históricamente resultados que superen el 10% de los votos en contiendas electorales.

<sup>9</sup> La ubicación ideológica de cada partido se determina con una tabla de contingencia en donde se unen las variables ideológica y de intención de voto, de esta forma se logra obtener un resultado en una escala lineal

Con base en la anterior ubicación, se determina que MORENA y PRD son partidos de izquierda, el PAN es un partido de centro derecha y el PRI es un partido de derecha.

Habiendo comprobado los dos primeros axiomas; ubicación de votantes y ubicación de partidos, puede resolverse por ende el tercer axioma, en donde los votantes, según el modelo de voto ideológico, deberían elegir aquella opción más cercana a sus preferencias. Esto, mediante la siguiente fórmula de proximidad:

$$Prox = |v - c|$$

En donde se resta la posición del votante a la posición del partido y se toma en cuenta el menor valor numérico para decidir la proximidad, sin importar el signo. Por ejemplo, tenemos un partido ubicado en la posición 8 de la escala lineal de valores, siendo un partido de derecha y representado con el símbolo  $Ca = 8$ , de igual forma tenemos un partido ubicado en la posición 1, siendo un partido de izquierda y representado con  $Cb=1$  y, finalmente tenemos un partido ubicado en el punto 6, siendo un partido de derecha o centro derecha, representado por  $Cc= 6$ . Por otro lado, tenemos a un votante ubicado en el punto 4, siendo de izquierda o centro izquierda y representado con  $v= 4$ .

Al desarrollar la fórmula se consigue el siguiente resultado:

$$Prox= |v4 - Ca 8| 4$$

$$Prox= |v4 - Cb 1| 3$$

$$Prox= |v4 - Cc 6| 2$$

De esta manera, según la fórmula de proximidad, el votante (v) votaría por el partido o candidato Cc en donde el resultado de dos (2) ha sido el menor.

Aplicamos la fórmula para establecer la intención de voto de los principales partidos sin alianzas.

Tabla 3. Resultados según el cálculo ideológico de los partidos políticos sin alianzas

Partido Político	Resultado
MORENA	34.57%
PRD	14.91%
PAN	19.19%
PRI	31.32%

Fuente: Elaboración propia con base en cálculos de la fórmula de proximidad.

La posición ideológica de votantes y partidos determina que MORENA tendría la mayor intención de voto con un 34.57%, seguido del PRI con un 31.32%, PAN y PRD quedarían rezagados al tercer y cuarto lugar.

---

de valores en donde 1 representa a la izquierda y 10 representa a la derecha, pasando por posiciones intermedias o de centro que sería representado por el 5.

Esta situación pudo haber creado la alianza entre PAN y PRD, pues si ambos partidos unían sus votos alcanzarían un 34.10%, resultado que les daría prácticamente un empate técnico con MORENA.

### 3. SEGUNDO ESCENARIO IDEOLÓGICO: POSICIONES IDEOLÓGICAS DE LOS PARTIDOS CON ALIANZAS Y/O COALICIONES.

El escenario real y final que se presentó para las elecciones presidenciales de 2018 fue el de la creación de tres alianzas, y, una de esas alianzas estuvo formada por la unión del PAN y PRD.

Tabla 4. Ubicación ideológica de las coaliciones electorales para las elecciones de 2018

Coalición	Partidos	Ubicación ideológica	Cambio en escala
Juntos Haremos Historia	MORENA, PT y PES	4.25	0.08
Por México al Frente	PAN, PRD, MC	5.31	-0.18 y 0.83
Todos por México	PRI, PVEM, PANAL	6.41	-0.17

Fuente: Elaboración propia con base en los datos de la Encuesta Latinobarómetro.

La creación de alianzas movió la posición de los principales partidos políticos dentro de la escala lineal de valores, MORENA se movió al centro en 0.08 puntos al unirse con el PT y PES, El PAN por su parte se movió -0.18 puntos hacia la izquierda y el PRD se movió 0.83 puntos hacia el centro o centro derecha, por su parte el PRI se movió -0.17 puntos al centro.<sup>10</sup>

Los partidos que se movieron de forma más antinatural fueron el PRD y el PAN al crear su alianza, el PRI se movió un poco al centro y MORENA fue el partido que realizó la alianza más congruente ideológicamente al sólo moverse en 0.08 puntos dentro de la escala lineal de valores.

Con estos movimientos en la escala volvemos a calcular la intención de voto basada en la fórmula de proximidad.

Tabla 5. Resultados según el cálculo ideológico de los partidos políticos unidos en coaliciones

Coalición	Resultado %	Resultado esperado %	Diferencial %
Juntos Haremos Historia	43.98	34.57	9.41
Por México Al Frente	23.20	34.10	-10.90
Todos Por México	32.80	31.32	1.48

Fuente: Elaboración propia con base en cálculos de la fórmula de proximidad.

<sup>10</sup> Expresamos los movimientos en signo positivo cuando los partidos o alianzas se movieron del 1 al 10 y en signo negativo cuando los partidos o alianzas se movieron del 10 al 1.

Las coaliciones surten diferentes efectos dentro de los partidos políticos, la coalición Juntos Haremos Historia mejora su voto en un 9.41%, inferimos que esto ocurre porque el PRD al moverse de posición hacia el centro le otorgó votantes a dicha coalición, la coalición Por México al Frente es la más perjudicada al obtener 10.90% menos de lo esperado, esto demuestra que la alianza PAN-PRD no fue bien recibida por los votantes.

Se podría pensar que la unión de dos partidos en una coalición es la unión de los capitales electorales de cada partido. Sin Embargo, Downs señala que “Una vez colocado en la escala política, un partido puede colocarse ideológicamente bien a la izquierda o bien a la derecha, pero no puede ir más allá del partido más cercano hacia el cual se está moviendo”<sup>11</sup> Si esto ocurriese entonces los votantes podrían dejar de percibir sus preferencias con respecto a estos partidos; para el caso de la Coalición Por México al Frente tanto el PAN como el PRD pierden gran parte de sus votantes al moverse ambos al centro del espectro de la escala lineal de valores.

Finalmente, la alianza encabezada por el PRI le deja un 1.48% de dividendos, una cantidad menor que no justifica la razón estratégica de su alianza, aunque de igual manera su alianza con partidos de porcentaje menor no tenía por qué traer consecuencias importantes inesperadas.

#### 4. ANÁLISIS DE TODOS LOS RESULTADOS

En este apartado analizaremos comparativamente todos los resultados obtenidos para medir el efecto de las alianzas y la capacidad explicativa del voto ideológico.

Tabla 6. Resultados proyectados y reales en las elecciones presidenciales de 2018 en México

Coalición	Resultado sin alianzas	Resultado Alianzas	Resultado Real	Eficacia predictiva 1	Eficacia predictiva 2
Juntos Haremos Historia	34.57	43.98	53.19	18.62	<b>9.21</b>
Por México Al Frente	34.10	23.20	22.27	11.83	<b>0.93</b>
Todos Por México	31.32	32.80	16.40	14.92	16.40

Fuente: Elaboración propia a partir de resultados reales del INE y resultados proyectados.

En la anterior tabla mostramos el general de resultados en tres escenarios, resultados sin alianzas, con alianzas y resultados reales. El gran beneficiado de las alianzas fue MORENA, la unión del PAN y el PRD que en principio pudo proyectar un empate técnico propició al final una diferencia de más de treinta puntos porcentuales con respecto a la alianza de MORENA, por su parte la alianza del

<sup>11</sup> DOWNS, Anthony, *op. cit.*, p.102.

PRI no significó una gran diferencia en su resultado, ciertamente este partido perdió la mitad de sus votos proyectados, pero podemos inferir que esto hubiese ocurrido con o sin alianzas. Cabe destacar que esta pérdida del votos del PRI y de la coalición Todos por México pudo ocurrir por factores no ideológicos tales como el voto castigo.

## 5. CONCLUSIONES

Las elecciones presidenciales de julio del 2018 en México dejaron a todas luces un claro ganador electoral, la coalición Juntos Haremos Historia obtuvo un 53.19% de los votos válidos de dicha elección, la coalición de MORENA obtuvo la victoria en 31 de los 32 Estados de la República y, todos los votos obtenidos por sus contendientes si se juntaran de igual manera no habrían podido derrotar a Juntos Haremos Historia.

Podríamos analizar varios escenarios de voto ideológico y de alianzas, y, claramente JHH hubiese sido el ganador. Sin embargo, pensamos que la alianza PAN-PRD fue clave en definir un escenario ideológico mucho más robusto a los intereses de JHH.

En principio, MORENA fue una escisión del PRD, y ambos partidos por ende tenían una gran superposición ideológica, el PRD dentro de sus cálculos pensó que lo mejor sería buscar una alianza, el partido ideológicamente más cercano era el PAN, aunque culturalmente esto es discutible, puesto el PAN es el partido socialcristiano por excelencia en México. Sin embargo, el gran espectro ideológico que cubre el PRI hizo que este partido al final y, concretamente para la competencia electoral de 2018 fuese el partido más colocado a la derecha, abandonando así su posición natural de centro izquierda para saltar por encima del PAN y quedar como la opción más cercana al número 10 dentro de la escala lineal de valores.

El abandono de la posición de izquierda por parte del PRD hizo un gran favor a MORENA, por dos razones:

1. MORENA como partido, independientemente de las alianzas que forme para competir en el futuro, queda como única opción real de izquierda, por tanto, sus votantes no tendrían por qué dudar en su intención de voto, claro está, si los votantes deciden de forma ideológica y
2. MORENA tiene la capacidad de polarizar el escenario electoral.

Otro factor importante visto en las pasadas elecciones fue el realineamiento electoral sufrido por el PRI, dicho partido perdió casi la mitad de sus votantes proyectados, al menos en nuestros cálculos, siendo un votante que se abstuvo o que voto por JHH, pues la alianza del PAN-PRD no aprovechó dicho realineamiento.

Es importante observar, en un futuro, la nueva configuración de votantes y partidos, pensamos que las circunstancias ocurridas en estas elecciones dejaron a MORENA muy bien posicionada a la izquierda de la escala lineal de valores, el

PAN y el PRI tal vez cambien sus posiciones de centro y derecha y, posiblemente el PRD desaparezca.

La movilización de votantes en el espectro izquierda - derecha será el que defina y oriente a los nuevos escenarios electorales, para el año de 2018, el votante mexicano estaba orientado hacia la izquierda, por tanto la posición de izquierda es la más deseada o la que acumula el mayor número de votantes, pero factores como el accountability hacia el gobierno puede cambiar dicha posición.

## 6. REFERENCIAS

- ANDUIZA, Eva y BOSCH, Agustí, *Comportamiento político y electoral*. Barcelona: Ariel ciencia Política. 2004
- BOBBIO, Norberto, *Derecha e izquierda*. CDMX: Editorial Taurus. 2013.
- DOWNS, Anthony, *An economic theory of democracy*. Nueva York: Harper y Row.1957
- DOWNS, Anthony, “Teoría económica de la acción política en una democracia”, en Albert. Batlle (Ed.) *Diez textos básicos de Ciencia Política*, Barcelona, España: Ariel Ciencia Política. 1992
- HINICH, Melvin y MUNGER, Michael, *Analytical politics*. Nueva York: Cambridge University Press.1997
- Instituto Nacional Electoral INE. 2018. En <https://computos2018.ine.mx/#/presidencia/nacional/1/1/1/1> [Consultado el 18 de abril de 2019]
- Latinobarómetro 2018. Disponible en <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>. [Consultado el 19 de febrero de 2019]

## **EVALUACIÓN DE INDICADORES DE CINCO MUNICIPIOS MEXICANOS EN UN CONTEXTO DE CONFLICTO, PARA SU POSIBLE COOPERACIÓN TERRITORIAL**

### ***EVALUATION OF INDICATORS OF FIVE MEXICAN MUNICIPALITIES IN A CONTEXT OF CONFLICT, FOR THEIR POSSIBLE TERRITORIAL COOPERATION***

IGNACIO ALONSO VELASCO

Universidad de Quintana Roo, México

[velasco@uqroo.edu.mx](mailto:velasco@uqroo.edu.mx)

#### **RESUMEN:**

Dentro de la literatura sobre asociacionismo municipal se ha prestado atención a los elementos que favorecen e inhiben la conformación de esta figura. El objetivo de este estudio es evaluar las condiciones que presentan cinco municipios mexicanos para su posible asociación, ubicados en los Estados de Quintana Roo y Campeche. Para ello, se consideraron variables geográficas, políticas, sociales, económicas y jurídicas. Lo que se pretende con este asociativismo es una reterritorialización, es decir, organizar un trabajo en común y crear estructuras cooperativas que articulen la dinámica socioeconómica y política de una sociedad que se encuentra en un espacio bajo indefinición jurisdiccional.

#### **Palabras clave:**

Marginación, localización, ideología, legislación, población.

#### **ABSTRACT:**

*Within the literature on municipal associationism, attention has been paid to the elements that favor and inhibit the conformation of this figure. The objective of this study is to evaluate the conditions presented by five Mexican municipalities for their possible association, located in the States of Quintana Roo and Campeche. For this, geographical, political, social, economic and legal variables were considered. What is intended with this association is a reterritorialization, that is, organizing a common work and creating cooperative structures that articulate the socioeconomic and political dynamics of a society that is in a space under jurisdictional indefinition.*

**Keywords:**

*Marginalization, location, ideology, legislation, population.*

## INTRODUCCIÓN

Partiendo del argumento que mantiene que existe la posibilidad de que la realidad actual cambie y evolucione, se pueden valorar propuestas alternativas, dotadas de implicaciones espaciales y territoriales. La producción del espacio se encuentra en un continuo proceso de construcción de territorios y territorialidades a diferentes escalas geográficas. De esta manera, el territorio es el resultado de una producción social a partir del espacio, como un *subespacio* inscrito dentro de unas definidas relaciones de poder (Ortiz y Gómez, 2017).

Por otra parte, la ayuda mutua y la solidaridad son elementos fundamentales en las relaciones entre seres humanos, lo cual permite la vida común en sociedad y, a su vez, ofrece oportunidades formidables para la producción y transformación del espacio geográfico. La cooperación y la solidaridad no se dan solamente a nivel individual, sino que está presente en colectividades, permitiéndonos plantear un proyecto de trabajo (inter) asociativo en diversos territorios municipales. Se nos ofrece la posibilidad de crear una nueva organización territorial y espacial de la vida social.

En este sentido, la figura de la asociación permite a los municipios desarrollar sus propios esquemas de descentralización horizontal; entendiéndose por esto, un proceso de gestión pública local en la toma de decisiones entre entidades públicas con atributos de gobierno. Este aspecto relacional es lo que da lugar a que haya gobernanza.

Por asociación de municipios se puede entender aquella reunión de dos o más municipios, formalizada jurídicamente para la más eficaz prestación de los servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan. Según lo dispone el artículo 115 constitucional mexicano, cuando se trata de municipios de una misma entidad federativa bastará el acuerdo previo de sus ayuntamientos (Rendón y Martínez, 2005); pero si son de diversas entidades federativas se requerirá la aprobación de los respectivos congresos estatales (Quintana, 2003). El propio numeral hace referencia a la asociación de las comunidades indígenas, remitiendo a la ley ordinaria.

La asociación busca satisfacer los requerimientos de servicio de todas las poblaciones municipales implicadas. Por su naturaleza, puede dar origen a un organismo *ad hoc* para atender el servicio, lo cual supone una mezcla en las formas de prestación (García del Castillo, 2002).

La gestión intermunicipal no solo puede proveer servicios públicos sino también atender problemas de carácter regional que comparten. Por ejemplo, para defender la independencia de Cataluña, se creó el 14 de diciembre de 2011 en Vich la “Asociación de Municipios por la Independencia”, integrada por entidades locales de cargos electos (ayuntamientos, comarcas, diputaciones y otros). Moyado (2002) hace referencia a los municipios conurbados con respecto a la problemática que afecta a áreas metropolitanas. De esta forma, se logra que los ayuntamientos, previo acuerdo de cabildo y con base en las leyes locales, unan es-

fuerzos y se coordinen para contar con mejores servicios en centros de población conurbados, pero pertenecientes a municipios distintos (Biebrich y Spíndola, 2011). Además de las áreas metropolitanas, encontramos otros modelos de cooperación intermunicipal como es el caso de las comarcas o las mancomunidades en España.

En América también hay muestras de asociaciones entre municipios, como es el caso de Estados Unidos, en donde se manejan esquemas de relaciones intergubernamentales entre entes de igual o distinto orden. En Brasil el diseño de la intermunicipalidad ha basado su legislación e instrumentación en el esquema francés y español, dándole una tendencia hacia la asociación pública-privada, bajo la denominación de consorcios (Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal [INAFED], 2010). A partir de 1993, fecha de creación de la Asociación Chilena de Municipalidades los municipios de ese país se pueden agrupar para trabajar mancomunadamente en temas de participación, autonomía y descentralización.

Hay que tener en cuenta que, al igual que existen distintos modelos de asociacionismo municipal de derecho público para la prestación de servicios públicos, también los municipios se pueden unir en torno a una persona privada, como es el caso de las redes de cooperación entre ciudades, que destacan en Alemania y Francia, o a través de la constitución de una asociación civil, como ocurre con la “Asociación de Municipios de México, A. C.” (AMMAC), fundada en 1994, o con la Federación Nacional de Municipios de México (FENAMM), constituida en octubre de 1997. Su equivalente en España sería la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), que agrupa al 90% de los gobiernos locales españoles. Fue fundada en 1985 y es la sede oficial de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI).

Ante este contexto y considerando el objetivo de este trabajo se plantea el siguiente cuestionamiento, ¿En los municipios de Othón P. Blanco, Bacalar, José María Morelos, Hopolchén y Calakmul, se dan las condiciones necesarias para que pudiera generar resultados positivos su asociación? A manera de hipótesis se establece que en los Municipios referidos existe el contexto propicio para su asociacionismo.

El objetivo de esta investigación es evaluar las condiciones de asociacionismo en los Municipios mexicanos objeto de estudio, que forman parte de las Entidades de Quintana Roo y Campeche, respectivamente. Para dicha evaluación se consideraron datos de carácter geográfico, político, social, económico y jurídico de los años 2015 y 2017. Lo que se pretende finalmente con este asociativismo es una reterritorialización, es decir, organizar un trabajo en común y crear estructuras cooperativas que articulen la dinámica socioeconómica y política de una sociedad que se encuentra en un espacio bajo indefinición jurisdiccional.

## 1. ÁREA DE ESTUDIO

El área de estudio se ubica en la parte meridional del sureste del territorio que comprende la República Mexicana, entre los paralelos 17° 49' 00" y 18° 01' 02" de latitud norte, y los meridianos 89° 09' 07" y 89° 24' 53" de longitud oeste. Actualmente existe una disputa entre los Estados de Campeche, Quintana Roo

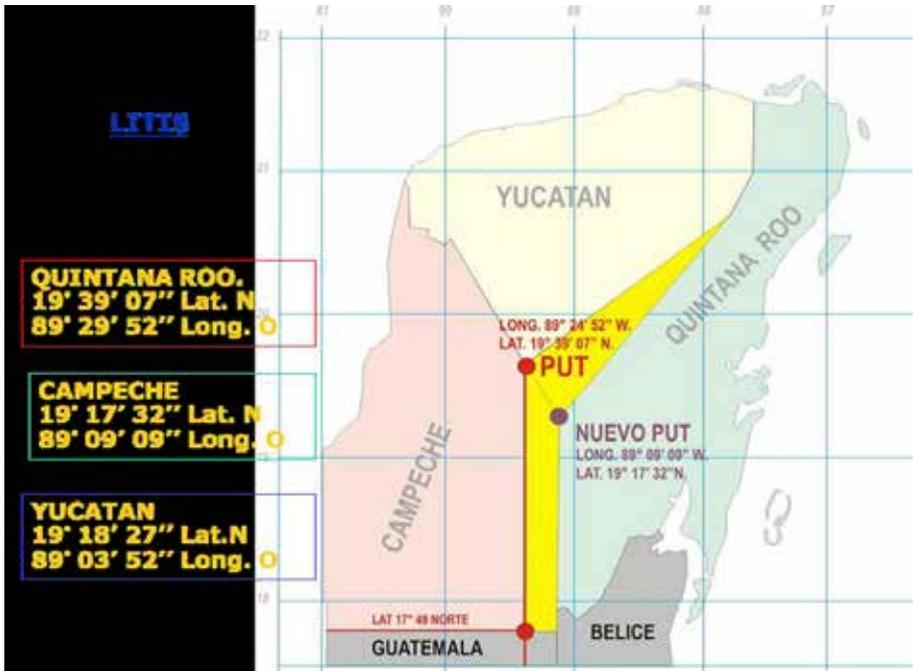
y Yucatán por una franja de tierra de unos 10,500 km<sup>2</sup>, que afecta, entre otros, a los municipios campechanos de Calakmul y Hopelchén, así como a entidades locales de Othón P. Blanco, Bacalar y José María Morelos, pertenecientes a la entidad quintanarroense. Dada la coyuntura política, no se vislumbra una pronta solución a este problema.

Desde el punto de vista político-administrativo, el Estado de Quintana Roo se estableció como entidad federativa mexicana en octubre de 1974. La Reserva de la Biosfera Calakmul fue creada el 23 de mayo de 1989 y el 1° de enero de 1997, el gobierno del Estado de Campeche, colindante con Quintana Roo, creó el municipio homónimo de dicha área protegida. Con este acto, Campeche se adjudicó 4,800 km<sup>2</sup>, en disputa con Quintana Roo (Romero y Rioja, 2012).

El conflicto limítrofe entre los Estados de Quintana Roo y Campeche, sustancialmente, consiste en que la primera de dichas Entidades sostiene que la línea divisoria con Campeche parte del vértice “cerca de PUT”, ubicado en el meridiano 89° 24' 52'', que desciende en línea recta hacia el Sur hasta la frontera con la República de Guatemala, en la mojonera internacional 102.

Campeche, por su parte, defiende que su límite con Quintana Roo es el meridiano 89° 09'04'' longitud Oeste de Greenwich y desciende al Sur hasta el punto trino internacional México-Guatemala-Belice, en la mojonera internacional 107 (Figura 1).

Figura 1. Territorio objeto del conflicto limítrofe entre Quintana Roo, Campeche y Yucatán.



Fuente: Instituto Nacional Electoral (2014).

## 2. METODOLOGÍA

En la literatura académica sobre asociativismo municipal se ha prestado atención a los elementos que favorecen e inhiben la conformación de esta figura. La primera variable del modelo de investigación, presentada en la Tabla 1, se extrajo de un estudio que realizó Julio César Veglia en la Provincia de Corrientes, Argentina. Este autor revisó las asociaciones existentes en los 6 municipios de dicha provincia, de donde pudo inferir, entre otros elementos, que la cantidad poblacional es un factor a tener en cuenta en el porcentaje de participación de los municipios en las iniciativas de asociaciones.

Igualmente resulta pertinente un análisis que realizaron los investigadores Eduardo Rodríguez Oreggia y Rodolfo Tuirán Gutiérrez, en el 2006, a través de un modelo probabilístico Probit que les permitió determinar los factores significativos en las decisiones sobre cooperación intermunicipal y que son de utilidad en la focalización de políticas públicas dirigidas a incentivar este tipo de asociaciones en México.<sup>1</sup> Estos autores tuvieron en cuenta las seis últimas variables de la Tabla 1, las cuales consideran las capacidades y la heterogeneidad de los municipios de México, por lo que su relevancia consiste en determinar las barreras e incentivos que pueden ser útiles en términos de políticas públicas de provisión de servicios públicos.<sup>2</sup>

A través del siguiente modelo se delimitan las variables independientes y sus respectivas relaciones causales con la variable dependiente.

Tabla 1. Modelo de investigación

Cantidad poblacional Localización geográfica Marginación Deuda Legislación Ideología Asesoría	Grado de viabilidad de la asociación intermunicipal
---	---

Fuente: Elaboración propia con base en Rodríguez-Oreggia y Tuirán (2005) y Veglia (s.f.)

A continuación, para desarrollar la operacionalización de las variables independientes, se exponen las definiciones conceptuales y operacionales de las mismas

<sup>1</sup> Para este análisis utilizaron la base de datos de la Encuesta Nacional a Presidentes Municipales sobre Desarrollo Social 2002, levantada por Indesol, Sedesol, INEGI y CONAPO. Esta base se complementó con los datos extraídos del Sistema Nacional de Información Municipal (SNIM), que maneja el Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal (INAFED, 2004), el cual forma parte de la Secretaría de Gobernación de México.

<sup>2</sup> Es necesario advertir que Oreggia y Tuirán manejaron también como variable el grado de urbanización municipal que, para el presente trabajo, fue omitido. La razón para ello es que determinaron que dicho factor no es significativo, por lo que no pudieron establecer una mayor o menor propensión a la asociación entre municipios teniendo en cuenta su tamaño.

(Tabla 2), también se hace referencia a los criterios de medición, sus dimensiones y a la definición de los indicadores empíricos y a la identificación de los valores de cada indicador (Tabla 3).

Tabla 2. Definiciones conceptuales y operacionales

<b>Variables</b>	<b>Definiciones conceptuales</b>	<b>Definiciones operacionales</b>
Cantidad poblacional	Comprende únicamente la dimensión poblacional y se refiere a la mayor o menor cantidad de habitantes en un territorio determinado.	Revisión de la población municipal, según la base de datos de INEGI, 2015.
Localización geográfica	Ubicación espacial de ciudades, países, puertos, accidentes geográficos, etc.; aunque también puede estar referido al sitio donde se encuentra cualquier objeto o ser vivo.	Ubicación geográfica de los municipios dentro de la superficie de México.
Marginación	Conjunto de problemas o desventajas sociales de una comunidad o localidad. Hace referencia a grupos de personas o familias.	Revisión de los indicadores de CONAPO, tanto del año 2010 como del 2015, a nivel municipal y localidad, en cuanto a la marginación, teniendo en cuenta las siguientes dimensiones: educación, vivienda, distribución de la población e ingresos por trabajo.
Deuda	Cantidad que debe el municipio sobre la media de la deuda de los municipios de su respectiva entidad.	Revisión, por medio de solicitudes de información del sistema INFOMEX, de la deuda acumulada y deuda <i>per cápita</i> de las Entidades Federativas de Campeche y Quintana Roo, así como de sus respectivos municipios.
Legislación	Existencia de regulaciones estatales en la materia del asociativismo intermunicipal	Revisión de legislación estatal. Si es proclive a aceptar las asociaciones entre municipios se califica como alta. Una legislación estatal en la materia que es limitada se califica como media. Una legislación estatal nula o con vacíos legales es calificada como baja.
Ideología	Asociación a una serie de ideas, preceptos y principios propios de una ideología política. Puede ser entendido como la mera identificación con dichos ideales o con la pertenencia a un partido político determinado.	Identificación de qué partido político o coalición se encuentra gobernando los municipios objeto de estudio.
Asesoría	Información recibida de otras organizaciones nacionales o internacionales que ofrezcan servicios de asesoría, asistencia técnica, cursos de capacitación o viajes de intercambio.	Revisión, a través de solicitudes de información del sistema INFOMEX, de la presencia e intervención de expertos, consultores y facilitadores, así como de la disposición de información sobre los procesos, procedimientos y contenidos acerca del asociacionismo intermunicipal.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 3. Operacionalización de las variables independientes y dependiente

Variables	Dimensiones	Indicadores	Valores
Cantidad poblacional	Social	Número de habitantes	+ 15.000 habs. (Alta) + de 5.000 y – de 15.000 habs. (Media) + de 500 y – de 5.000 habs. (Baja)
Localización geográfica	Geográfica	Coordenadas geográficas	Centro (alta) Norte y sur (baja)
Marginación	Socio-económica	Los grados de marginación usados por CONAPO	Media (alta) Baja y muy baja (media) Muy alta y alta (baja)
Deuda	Económica	Deuda del municipio sobre el promedio de la deuda estatal	Por encima del promedio (alta) Por debajo del promedio (baja)
Legislación	Jurídica	Posee el Estado regulación sobre la materia	Favorecedora de la creación de asociaciones municipales (alta) Limitada en la materia (media) Nula o con vacíos legales (baja)
Ideología	Política	Afiliación política del gobernante	Partido de la Revolución Democrática (PRD), Partido Alianza Nacional (PAN), Partido Revolucionario Institucional (PRI) (alta) Otro partido, coalición o modo de elección (baja)
Asesoría	Administrativa	Nivel de información	Más de dos proveedores de servicios de consultoría (alta) Uno o dos (media) Sin asesoría (baja)

Fuente: Elaboración propia con base en Rodríguez-Oreggia y Tuirán (2005) y Veglia (s.f.)

### 3. RESULTADOS

#### 3.1. Cantidad poblacional

Los municipios objeto de análisis tienen una baja densidad poblacional, lo que podemos inferir de sus grandes extensiones territoriales<sup>3</sup> y la poca cantidad poblacional que poseen. Mientras que en Calakmul y Hopelchén solo habita el 8% de los habitantes campechanos, en Othón P. Blanco, Bacalar y José María Morelos, únicamente reside el 20% de la población quintanarroense (Tabla 4).

<sup>3</sup> Calakmul es el municipio con mayor extensión territorial de Campeche y Hopelchén ocupa el tercer lugar. Mientras, las entidades locales de Othón P. Blanco, Bacalar y José María Morelos son las de mayor extensión territorial de los de Quintana Roo, tan solo detrás del Municipio de Felipe Carrillo Puerto.

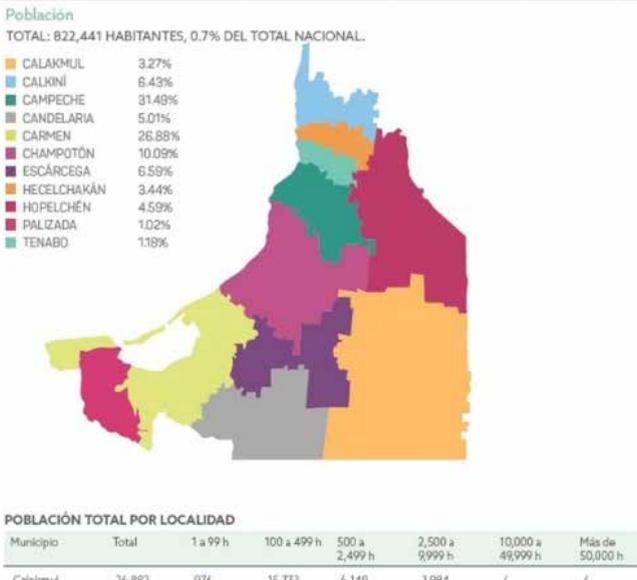
Tabla 4. Cantidad poblacional y territorial (absoluta y relativa) de los estados y municipios objeto de estudio

	Cantidad poblacional		Extensión territorial	
	Absoluta (N° habitantes)	Relativa <sup>4</sup> (%)	Absoluta (kms2)	Relativa (%)
Campeche	899,931	0.7	57,924	3.0
Quintana Roo	1,501,562	1.3	44,809 <sup>5</sup>	2.3
Calakmul	29,767	3.3	16,273	28.1
Hopelchén	37,777	4.6	7,224	12.5
Othón P. Blanco	224,080	15.0	9,956	22.2
Bacalar	39,111	2.6	6,058	13.5
José María Morelos	37,502	2.5	4,850	10.8

Fuente: Elaboración propia con base en INEGI (2015a y 2017b).

Más de la mitad de los residentes en el Municipio de Calakmul (15,773) vive en localidades pequeñas, en el rango de 100 y 499 habitantes (Figura 2). Algo semejante sucede en Hopelchén, donde más del 60% de su población vive en comunidades pequeñas, inferiores a los 2,500 habitantes. En estas entidades locales no hay ninguna comunidad que supere las 10,000 personas, ni siquiera en Xpuhil o Hopelchén, que son sus correspondientes cabeceras municipales.

Figura 2. Porcentaje poblacional por municipio campechano



Fuente: Plan Estatal de Desarrollo de Campeche, 2015-2021.

<sup>4</sup> La relación proporcional en el caso de las Entidades Federativas de Quintana Roo y Campeche, es con respecto al contexto nacional. Al tratarse de sus municipios, el cálculo porcentual se hace con base en los datos de sus respectivos estados.

<sup>5</sup> Esta es la cantidad de km<sup>2</sup> de Quintana Roo, según datos del INEGI, la cual no coincide con la información que maneja el gobierno de dicha entidad, quien sostiene que es de 50,843 km<sup>2</sup>, lo cual alteraría también el dato porcentual de la superficie territorial que le corresponde a Quintana Roo dentro del contexto nacional.

Por otro lado, en Quintana Roo, Othón P. Blanco y Bacalar tienen a la mitad de su población viviendo en localidades de entre 500 y 2,499 habitantes, mientras que en José María Morelos solo es un 40% de sus pobladores los que residen en esa categoría de comunidades, según el último Censo de Población y Vivienda (INEGI, 2010).

A los gobiernos locales con pocos habitantes y una limitada capacidad de gestión y financiera, la regionalización intermunicipal ofrece la posibilidad de potenciar sus recursos y capacidades, fortaleciendo su legitimidad frente a la ciudadanía. En opinión de Carrera (2005) esta figura aparece como la mejor opción para lograr una solución eficaz y eficiente para que un gran número de municipios pueda satisfacer las demandas básicas de su población en materia de servicios públicos.

### 3.2. Localización geográfica

Las entidades locales en estudio se encuentran localizadas en la zona más al sur del territorio de la República Mexicana, de hecho, son limítrofes con los países de Belice y Guatemala.

Existe una variación importante en cuanto a la altitud de las diferentes cabeceras de los municipios analizados, ya que mientras Chetumal (cabecera de Othón P. Blanco) y Bacalar apenas se encuentran al nivel del mar, por el contrario, Xpuhil (cabecera de Calakmul), Hopelchén y José María Morelos se localizan en la zona más elevada de toda la Península de Yucatán (Tabla 5).

Tabla 5. División geoestadística municipal y coordenadas geográficas de las cabeceras de los municipios objeto de estudio.

Cabecera municipal	Latitud norte	Longitud oeste	Altitud (msnm)
Xpuhil	18° 30' 20"	89° 23' 50"	260
Hopelchén	19° 44' 41"	89° 50' 42"	90
José María Morelos	19° 44' 46"	88° 42' 45"	31
Bacalar	18° 40' 37"	88° 23' 43"	20
Chetumal	18° 30' 13"	88° 18' 19"	10

Fuente: Elaboración propia con base en INEGI (2015b y 2015c).

### 3.3. Marginación

De acuerdo con el Consejo Nacional de Población (CONAPO), la marginación se considera como un problema fundamental de la sociedad, en donde están ausentes ciertas oportunidades para el desarrollo y las capacidades para conseguirlas. Si dichas oportunidades no se evidencian directamente, las comunidades y las familias que viven en esta situación se ven expuestas a ciertos riesgos y vulnerabilidades que les impiden alcanzar determinadas condiciones de vida. La experiencia asociacionista en México se da entre municipios de alta marginalidad y de carácter rural en un 62% y entre municipios urbanos en menor escala, 38% (Santín, 2007).

El municipio juega un papel fundamental en la atención de las desigualdades sociales por medio de la prestación de servicios dirigidos a los sectores más necesitados de la población, a través de las políticas sociales. Éstas son un medio de ajuste de las desigualdades y generadoras de oportunidades. Desde 1990, el CONAPO considera tres dimensiones de la marginación: educación, vivienda e ingreso y distingue cinco niveles de grado de marginación (muy alto, alto, medio, bajo y muy bajo).

A nivel estatal, Campeche y Quintana Roo cuentan con un grado alto y medio de marginación, respectivamente, tanto en el año 2000, como en el 2010. Esto está determinado en el caso de Campeche por superar considerablemente, con un 6.4%, el indicador nacional de viviendas que no cuentan con drenaje ni servicio sanitario (3.6%), mientras que en Quintana Roo se registran altos niveles de hacinamiento (43.1%), por encima de la tasa de 36.5% correspondiente al país (CONAPO, 2012).

La entidad quintonarroense en los últimos años ha logrado reducir el índice de rezago social. En la última medición realizada por el Coneval (2014), este Estado registró un grado bajo de rezago social y lo ubicó en la posición 20 a nivel nacional (Plan Estatal de Desarrollo de Quintana Roo 2016-2022). Ambas Entidades Federativas analizadas cuentan con municipios con alto grado de marginación, entre los que se hallan los de Calakmul, Hopelchén, Bacalar y José María Morelos (CONAPO, 2015). De los municipios estudiados, solo el de Othón P. Blanco logra ostentar un bajo grado de marginación tanto en el 2010, como en el 2015 y muy bajo grado rezago social (Tabla 6).

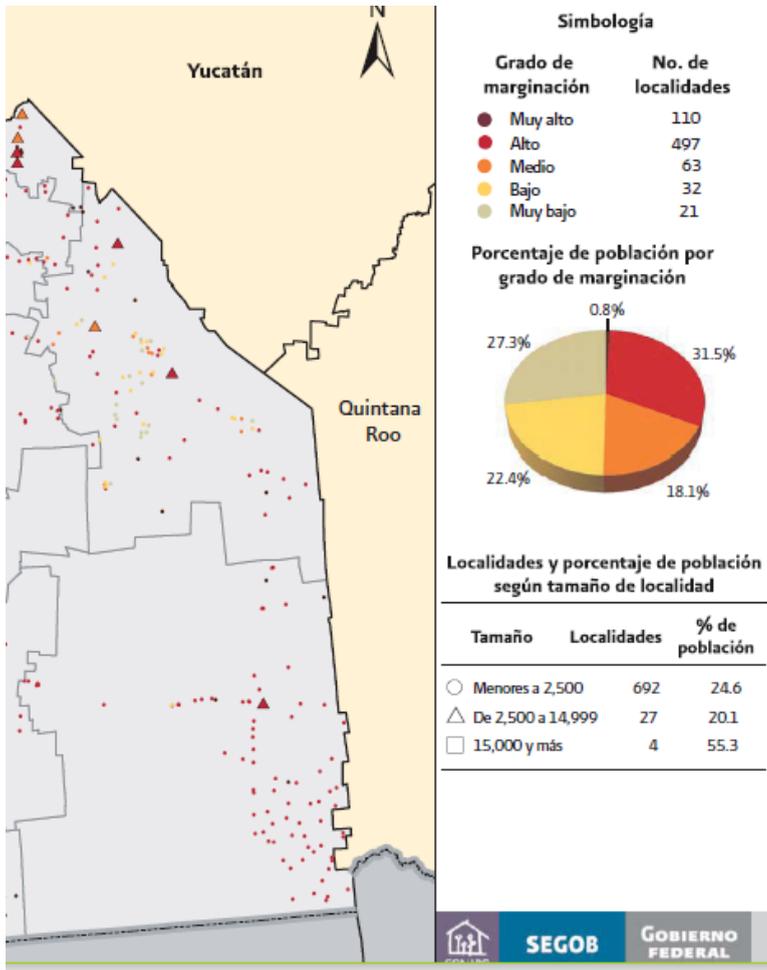
Tabla 6. Histórico del grado de marginación de los municipios evaluados, desde 2005 hasta la actualidad

<b>GRADO DE MARGINACIÓN EN</b>	<b>BACALAR</b>	<b>CALAKMUL</b>	<b>HOPELCHÉN</b>	<b>JOSÉ MA. MORELOS</b>	<b>OTHÓN P. BLANCO</b>
2005	INEXISTENTE	ALTO	ALTO	ALTO	BAJO
2010	INEXISTENTE	ALTO	MEDIO	MEDIO	BAJO
2015	ALTO	ALTO	ALTO	ALTO	BAJO

Fuente: Elaboración propia con base en CONAPO (2015).

A nivel de localidad, el mayor número de poblaciones se encuentra en un alto grado de marginación, tanto a escala nacional (58% de las localidades) como a estatal (31% de las poblaciones campechanas). De hecho, prácticamente la totalidad de las localidades ubicadas dentro de la zona bajo indefinición jurisdiccional entre Quintana Roo y Campeche presentan un alto grado de marginación (Figura 3).

Figura 3. Campeche: grado de marginación por localidad, según tamaño, 2010



Fuente: Estimaciones del CONAPO con base en INEGI, Censo de Población y Vivienda 2010.

Lo que caracteriza a una localidad con un alto grado de marginación es contar con elevados porcentajes de población analfabeta o con primaria inconclusa, y por carencia de agua entubada, excusado, energía eléctrica o refrigerador en la vivienda. Además, el carácter rural de una localidad determina en México su alta marginación, pues el 98% de las que poseen esta cualidad, a nivel nacional, no son de tipo urbano (CONAPO, 2012).

### 3.4. Deuda

Los municipios mexicanos cada vez dependen más de las transferencias federales. Para que puedan bajar recursos para desarrollo social, tienen que gestionarlos ante instancias de la Federación y estos son otorgados de manera etiquetada, por lo que está muy reducida la libertad de maniobra de los municipios para poder decidir cuáles son sus prioridades.

Esta deficiencia financiera hace necesario la suma de capacidades y voluntades con el fin de que los municipios puedan promover una estrategia de desarrollo social más adecuada con las necesidades de su población y no con las prioridades del gobierno federal. Esto indica que el desarrollo y fortalecimiento de la intermunicipalidad requiere también de la solución de los añejos problemas financieros que padecen los gobiernos locales (Carrera, 2005).

Haciendo uso de la plataforma que existe en materia de transparencia en México, llamada Infomex, se realizaron consultas a las Entidades Federativas de Quintana y Campeche, y a sus respectivos municipios, para averiguar cuál es el monto total de la deuda que acumulan sus arcas públicas (Tabla 7).

Tabla 7. Monto total de la deuda y deuda per cápita a nivel estatal y municipal

		Monto total de la deuda en pesos mexicanos	Deuda per cápita en pesos mexicanos
Municipios	<b>Estado de Quintana Roo</b>	19.243.453.243	12.816
	Solidaridad	1.300.434.560	6.203
	Benito Juárez	1.200.000.000	1.614
	Cozumel	645.959.289	7.475
	Othón P. Blanco	436.470.619	1.948
	Lázaro Cárdenas	5.206.110	191
	Isla Mujeres	13.674	1
	Puerto Morelos	0	0
	José María Morelos	0	0
	Felipe Carrillo Puerto	0	0
	Tulum	0	0
	Bacalar	0	0

		<b>Monto total de la deuda en pesos mexicanos</b>	<b>Deuda per cápita en pesos mexicanos</b>
<b>Municipios</b>	<b>Estado de Campeche</b>	889.257.155	988
	Carmen	742.585.413	3.359
	Campeche	385.795.416	1.489
	Palizada	27.062.650	3.240
	Candelaria	15.399.125	374
	Calkiní	14.209.160	269
	Hopelchén	12.799.246	339
	Escárcega	9.993.612	184
	Tenabo	9.315.469	957
	Calakmul	8.016.330	298
	Champotón	0	0
	Hecelchakán	0	0

Fuente: Elaboración propia con base en información obtenida por medio del Sistema Infomex 2017/2018 e INEGI (2017).

La cantidad total adeudada por los 11 municipios quintanarroenses asciende a 3,588,084,255 millones de pesos, mientras que la de los también 11 municipios campechanos suma 1,225,176.422 millones de pesos. De aquí se puede comprobar que los primeros municipios están tres veces más endeudados que los segundos, lo cual también se ve reflejado a nivel estatal, ya que Quintana Roo tiene un importe de la deuda más de veinte veces superior a la de Campeche.

En lo que a la deuda per cápita estatal se refiere, se halla en consonancia con las cifras anteriores, pues cada ciudadano quintanarroense se encuentra trece veces más endeudado que uno campechano.

### 3.5. Legislación

Desde 1983 ya existía la posibilidad de crear asociaciones en México para la mejor prestación de servicios públicos, en cuyo caso se trataba de asociaciones en las que actuaban los municipios como sujetos de derecho público. La reforma al artículo 115 constitucional de 1999, reforzó la figura y avanzó hacia la nueva oportunidad de que los municipios se asociaran no solo para la mejor prestación de servicios públicos, sino también para el ejercicio de sus funciones públicas.<sup>6</sup>

Además, se abrió la posibilidad a que se pudieran asociar municipios de diferentes estados, previa aprobación de sus legislaturas. Esta opción es muy interesante debido a que las problemáticas que puedan compartir municipios colindantes no distinguen de límites políticos de territorios estatales, por lo que se

<sup>6</sup> La diferencia básica entre un servicio público y una función pública estriba en que el primero puede ser concesionado, mientras que la segunda no puede ser ejercida por particulares, sino que es inherente al estado y éste lo ha de prestar de manera directa, como ocurre con la seguridad pública.

posibilita que, por ejemplo, la zona limítrofe de Quintana Roo con Campeche que se encuentra en disputa, pudiera ser gestionada de forma conjunta por los municipios vecinos, mientras se resuelve por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la controversia constitucional de a qué Estado pertenece dicha zona, de acuerdo con el artículo 105 de la Constitución Federal.

Aún el 14 de agosto del 2001 se adicionó un último párrafo a esta fracción III del artículo 115 constitucional federal, con la finalidad de reconocer la posibilidad de coordinación y asociación de las comunidades indígenas.

Salvo esta última adición, lo demás está regulado en el artículo 150 de la Constitución Local de Quintana Roo y respaldado por el artículo 66, fracciones III, inciso e) y V, inciso d) de su Ley de los Municipios. Sin embargo, Campeche en el artículo 105, fracción V, inciso a) de su Constitución, tan solo prevé el caso de la coordinación de dos o más municipios campechanos y no de otra entidad, situación que corrige en los artículos 3º y 102, fracciones II (para coordinación o asociación de municipios del mismo Estado) y III (para coordinación o asociación con municipios de otros estados para la más eficaz prestación de servicios públicos municipales) de la Ley Orgánica de los Municipios del Estado de Campeche.

El artículo 164 de la misma Ley señala cómo se han de celebrar los convenios con municipios de otro estado, dentro del supuesto previsto en el artículo 102, fracción III. Aquí se establece que el proyecto de dichos convenios requiere de la aprobación de las dos terceras partes de los integrantes del Ayuntamiento presentes en la sesión y se abre la posibilidad a que el Ayuntamiento que suceda al suscriptor pueda dar por terminado el convenio sin responsabilidad alguna, por medio del voto favorable de la misma mayoría calificada antes referida. En este artículo 164 de la Ley Orgánica de los Municipios del Estado de Campeche, existe un error en su fracción IV, cuando al hacerse referencia a los convenios a celebrarse con municipios de otro estado se remite al artículo 102, fracción II de la propia Ley, cuando en realidad se tendría que referir a la fracción III de dicho artículo, que es donde realmente se regulan tales tipos de convenios, ya que la fracción II se refiere tan solo a aquéllos que se celebran entre municipios del propio Estado de Campeche.

La posibilidad de conflicto entre los municipios con base a dichos convenios está prevista en el ordenamiento jurídico mexicano, empezando por el artículo 115, fracción II, inciso e), párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A su vez, las legislaturas de los estados deben expedir normas que prevean los procedimientos para resolver los conflictos que se susciten entre municipios y aquéllas han seguido soluciones diferentes, aunque existen algunas regularidades, pues se admite, en primer lugar, por la totalidad de los estados, una primera instancia de solución mediante convenios entre los propios municipios afectados. Dicho convenio requiere de la aprobación del congreso local para su validez y vigencia, tras su correspondiente publicación en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado.

Una segunda forma de solucionar el conflicto, altamente aceptada en las legislaturas estatales como, por ejemplo, las de los Estados de México, Durango, Baja California, Aguascalientes y Morelos, consiste en la intervención del congreso local para conocer del planteamiento contencioso que los municipios hagan sobre el conflicto de límites. En tal circunstancia corresponde al propio congreso estatal dictar la solución a dicho conflicto.

Una tercera opción que viene a solucionar el conflicto es la intervención del Tribunal Superior de Justicia el que, como órgano jurisdiccional de la entidad federativa, dictará en única instancia su resolución sobre el particular. Modalidad adoptada por los Estados de Campeche, Quintana Roo, Hidalgo y Baja California Sur, entre otros.

En particular, en el Estado de Quintana Roo esta solución es la prevista en el artículo 131 de su Constitución y en los artículos 17 y 196 de su Ley de los Municipios. Esta última disposición se encuentra en el Título Duodécimo, denominado “Coordinación y Asociación de Municipios”, la cual establece que los conflictos derivados de los convenios celebrados entre los municipios serán resueltos por la Sala Constitucional y Administrativa del Tribunal Superior de Justicia del Estado en única instancia y con fuerza de cosa juzgada, en forma definitiva e inatacable en el ámbito estatal.

Además, hay que decir que los artículos 152 de la Constitución del Estado de Quintana Roo y 16 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo de su estado establecen como facultades de la Legislatura del Estado, en sus fracciones XXXV y XXXVI, las de emitir las normas que establezcan los procedimientos mediante los cuales, la misma puede resolver los conflictos que surjan entre los ayuntamientos entre sí y entre estos y el Ejecutivo Estatal, salvo cuando tengan carácter contencioso; y la de definir los límites de los municipios en caso de duda surgida entre ellos, salvo cuando tengan carácter contencioso (Biebrich y Spíndola, 2011).

En el Estado de Campeche, es en el artículo 88, fracción IV, inciso b) constitucional en donde se le atribuye al Pleno del Tribunal Superior de Justicia la competencia para conocer y resolver los conflictos que se susciten entre un municipio y otro, lo cual se reafirma en el artículo 14, fracción V de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Estado de Campeche. Hay que señalar que en este artículo existe un error de remisión, ya que hace referencia a que es en el artículo 88, fracción II de la Constitución Política del Estado de Campeche donde se establece la facultad de conocer y resolver conflictos, cuando en realidad esa fracción está derogada y es en la fracción IV donde realmente se establece tal atribución.

Debemos tener en cuenta que cuando se trata de Municipios de dos o más entidades federativas colindantes, como ocurre con este estudio de caso, dicha controversia ya no es típicamente intermunicipal, sino interestatal y deben seguirse las reglas que la Constitución Federal prevé en el artículo 46, o en su caso, en el 105, fracción I, inciso g), para la vía del convenio o la vía contenciosa, respectivamente (Quintana, 2003).

En el año 2002, la investigadora Leticia Santín del Río realizó un estudio por medio del cual analizó la legislación de cada entidad federativa en relación con el asociacionismo y coordinación municipal y la categorizó como de alto, medio o bajo perfil. En aquél entonces calificó como de bajo y promedio el perfil de las legislaciones de las entidades federativas de Quintana Roo y Campeche, respectivamente.

En la actualidad se ha avanzado bastante en la regulación de estos dos estados. Desde el 2002, al respecto, en Quintana Roo hubo reformas constitucionales en el 2003 y entró en vigor una nueva ley municipal en el 2005, al igual que en Campeche en el 2008.

### 3.6. *Ideología*

Todos los municipios analizados se encuentran gobernados por coaliciones de partidos, denominada Campeche para todos (CCPT), en el caso de los dos entes locales de dicha entidad federativa (Tabla 8).

Otra característica en común de los entes locales en estudio es que, casi siempre han estado bajo el dominio político del PRI, solo o en coalición. Es el caso de Bacalar,<sup>7</sup> Hopelchén,<sup>8</sup> José María Morelos,<sup>9</sup> Calakmul<sup>10</sup> y Othón P. Blanco.

Desde que se constituyó el Estado de Quintana Roo en 1974, el último municipio referenciado fue gobernado siempre por el PRI. Esa hegemonía fue trunca cuando en la jornada del 5 de junio del 2015 dicho partido perdió el gobierno capitalino frente a Una Nueva Esperanza (UNE), coalición conformada por el PRD y el PAN, que postuló a Presidente Municipal a Luis Alfonso Torres Llanes.<sup>11</sup> Tras unas negativas gestiones municipales, en la jornada electoral del 1° de julio del 2018, dicha coalición tuvo que abandonar el gobierno de Othón P. Blanco para cedérselo a la coalición integrada por Morena-PT.

Es Hernán Pastrana Pastrana quien preside Othón P. Blanco en el periodo 2018-2021, quien ha manifestado en entrevista personal concedida el 4 de septiembre del 2018, que no ve con buenos ojos la posibilidad de una asociación intermunicipal para resolver el conflicto limítrofe, él defiende que sería mejor la creación del Municipio de Nicolás Bravo sobre el territorio bajo indeterminación jurisdiccional, ya que así se forzaría al Estado de Campeche a acudir ante la SCJN y de esa forma reavivar el pleito.

<sup>7</sup> El joven Municipio de Bacalar fue creado el 2 de febrero del 2011, cuenta con tan solo tres administraciones municipales.

<sup>8</sup> Salvo en las administraciones 2003-2006 y 2009-2012, que gobernó el PAN.

<sup>9</sup> Salvo en el periodo 2011-2013, que gobernó el PRD.

<sup>10</sup> En la corta vida del Municipio de Calakmul, con tan solo dos décadas de existencia y ocho administraciones municipales, tan solo en una ocasión fue el PAN quien rigió este municipio. Fue en la administración municipal del 2016 al 2018.

<sup>11</sup> Este ingeniero desarrolló su carrera partidista en las filas del PRI, aunque ya no estaba afiliado a partido alguno cuando se postuló a la presidencia municipal de Othón P. Blanco.

Tabla 8. Gubernaturas de los entes locales objeto de estudio, en las dos últimas administraciones municipales

Municipio	Periodo	Partido o coalición	Presidente/a Municipal
Bacalar	30/09/2016-30/09/2018	Coalición (PRI-PVEM- <sup>12</sup> PNA) <sup>13</sup>	Manuel Alexander Zetina Aguiluz
	30/09/2018-30/09/2021	Coalición (PRI-PVEM-PNA)	Manuel Alexander Zetina Aguiluz
Calakmul	30/09/2016-30/09/2018	PAN	Juan Enrique González Chan
	30/09/2018-30/09/2021	Coalición (PRI-PVEM-PNA)	Luis Felipe Mora Hernández
Hopelchén	30/09/2016-30/09/2018	Coalición (PRI-PVEM)	José Ignacio España Novelo
	30/09/2018-30/09/2021	Coalición CCPT (PRI-PVEM-PNA)	Sandy Areli Baas Cauch
José María Morelos	30/09/2016-30/09/2018	Coalición (PRI-PVEM-PNA)	José Dolores Baladez Chi
	30/09/2018-30/09/2021	Coalición (PAN-PRD-PMC) <sup>14</sup>	Sofía Alcocer Alcocer
Othón Blanco	30/09/2016-30/09/2018	Coalición UNE (PAN-PRD)	Luis Alfonso Torres Llanes
	30/09/2018-30/09/2021	Coalición (Morena- <sup>15</sup> PT) <sup>16</sup>	Gregorio Hernán Pastrana Pastrana

Fuente: Elaboración propia con base en SNIM (2018).

### 3.7. Asesoría

El recurso humano es el elemento más relevante en cualquier organización y, si no cuenta con la información y conocimientos necesarios para desarrollar sus funciones, los resultados acabarán siendo deficientes. Carrera (2005) considera que muchos funcionarios responsables de ejecutar las políticas públicas municipales en México no tienen ni el perfil idóneo para ello ni la capacitación y actualización necesaria. Ante eso resulta poco fructífero tener vocación y deseo de servir a la población. En México no existe un servicio civil de carrera a nivel municipal que sirva para consolidar un cuerpo de funcionarios públicos bien capacitados.

Las entidades federativas no cuentan con una política para proporcionar asesoría y asistencia técnica a los gobiernos locales interesados en formar una intermunicipalidad. Mientras, el gobierno federal sí realiza esta función por medio del

<sup>12</sup> Partido Verde Ecologista de México.

<sup>13</sup> Partido Nueva Alianza.

<sup>14</sup> Partido Movimiento Ciudadano.

<sup>15</sup> Movimiento de Regeneración Nacional.

<sup>16</sup> Partido del Trabajo.

Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal (INAFED). En el caso concreto de los ayuntamientos aquí analizados, se pudo elaborar la Tabla 9.

Tabla 9. Servicios de asistencia técnica por parte de empresas consultoras o asesores en los ayuntamientos evaluados

<b>OTHÓN P. BLANCO</b>	<b>BACALAR</b>	<b>CALAKMUL</b>	<b>HOPELCHÉN</b>	<b>JOSÉ MA. MORELOS</b>
Dos empresas y un asesor en materia de seguridad pública	Un asesor en Tesorería	Un asesor	No tiene	No tiene

Fuente: Elaboración propia con base en Sistema Infomex 2017/2018.

## CONCLUSIONES

Las intermunicipalidades tienen un gran potencial que se ha de estimular con el fin de que los municipios puedan incrementar y mejorar sus capacidades en sus ámbitos de competencia. Por medio de esta figura se pueden ejecutar proyectos sin importar ideologías políticas, limitantes económicas o periodos de gobierno, tan solo es necesario tener como objetivo prioritario alcanzar el bienestar de la población, por medio de la construcción de procesos, proyectos y optimización de recursos, gracias a las economías de escala y el aprovechamiento eficiente del territorio.

En la literatura académica se ha evidenciado que hay ciertos elementos en los municipios que pueden favorecer o inhibir su asociativismo, ya que no todos gozan de las mismas circunstancias. Tras la revisión de los indicadores de cada una de las variables manejadas en este trabajo y su constatación de si se dan o no, y en qué medida, en los municipios aquí analizados, se pueden extraer algunas conclusiones.

En función de la variable de la cantidad poblacional, Veglia afirma que los municipios de primera categoría, que son los que cuentan con más de 15,000 habitantes, son los más propensos a asociarse y que, cuanto menor es la categoría del municipio, menor también es el porcentaje de participación de los mismos en dichas iniciativas.

Este autor considera que los municipios con una población considerable poseen una estructura de mayor complejidad, lo que les permite contar, entre otras cosas con mayores recursos económicos y técnicos, así como un mayor grado de posibilidades de acceso a los flujos de información exógena, lo que podría estar dando la participación en movimientos de asociativismo. En esto coinciden Sobrino, Garrocho, Graizbord, Brambila y Aguilar (2015, p. 114) al afirmar que los municipios más pequeños y con mayor rezago tienen menor tendencia a asociarse.

Desde este punto de vista, los municipios investigados en este trabajo rebasan ampliamente la cantidad de 15,000 habitantes cada uno, por lo que se consideran de primera categoría y aptos para poderse coordinar.

De acuerdo con la variable de la localización geográfica, los municipios aquí analizados no son tan propensos a asociarse al estar ubicados al sur de México, ya que los más proclives a hacerlo se encuentran en la zona central de dicha República. Las entidades federativas en las que han tenido más éxito las asociaciones intermunicipales son Jalisco, Nuevo León, Guanajuato y Oaxaca. En opinión de la Dra. Leticia Santín del Río, académica de la UNAM, es en donde ha habido más voluntad e interés de las autoridades locales para hacer frente a objetivos y metas comunes.

Teniendo en cuenta la variable de la marginación, se parte de la hipótesis de que los municipios con mayor propensión a la asociación son los de marginación media, categoría en la que no se halla actualmente ninguno de los entes locales evaluados,<sup>17</sup> seguidos de los de una baja marginación, entre los que se encuentra Othón P. Blanco. Sin embargo, los de alta marginación, como lo son los de Calakmul,<sup>18</sup> Hopelchén, Bacalar y José María Morelos, que son los que más se beneficiarían de un acuerdo de asociación, no cuentan con información adecuada ni servicios de asesoría que les permitan conocer los beneficios potenciales que obtendrían de la asociación, por eso no se unen.

Hay otra suposición que mantiene que, ante una mayor presión por deuda, superior al promedio, los municipios son más propensos a asociarse. Al respecto, se obtuvo que el promedio de deuda de los municipios quintanarroenses es de 326,189,478 millones de pesos y la de los campechanos se encuentra tan solo en una media de 111,379,675 millones de moneda mexicana, lo que supone que las administraciones municipales de Quintana Roo se encuentran, en promedio, el triple de endeudadas, que las del Estado de Campeche. Por supuesto que esta afirmación no afecta a todos los entes locales quintanarroenses, ya que, por ejemplo, Bacalar y José María Morelos reportaron no tener deuda (Tabla 7).

En cuanto al resto de los municipios evaluados, hay que tener en cuenta que, por un lado, la deuda acumulada por las arcas públicas municipales de Othón P. Blanco alcanza la cantidad de 436,470,619.45 millones de pesos y que la de Calakmul y Hopelchén apenas supera los 8 y ronda los 13 millones de pesos, respectivamente.

Por lo que respecta a la deuda per cápita del municipio quintanarroense, es de 1,948 pesos por ciudadano, mientras que la de Calakmul y Hopelchén está en torno a tan solo 300 pesos por ciudadano (seis veces y media menos que aquél).

De aquí se puede afirmar que el municipio quintanarroense de Othón P. Blanco es más proclive al asociacionismo que el resto de los analizados, debido a que la difícil situación financiera por la que atraviesa le obliga a buscar nuevas formas de financiar proyectos de servicios públicos. No en vano Othón P. Blanco es el décimo tercer municipio con la deuda per cápita más elevada de todo el país, por detrás de Cozumel y Solidaridad, que ocupan el primer y tercer lugar,

<sup>17</sup> En el 2010, los municipios de José María Morelos y Hopelchén sí tenían un nivel de marginación media, pero ésta incrementó y en el 2015 se encuadraron dentro de la categoría de marginación alta.

<sup>18</sup> El Municipio de Calakmul viene registrando una alta marginación desde el 2010.

respectivamente, de acuerdo con las cifras del Centro de Estudios de las Finanzas Públicas al primer trimestre de 2018 (Luces del Siglo, 2018).

Esta variable fue la más difícil de evaluar debido a la falta de transparencia de algunas administraciones municipales quintanarroenses con respecto al monto total de su deuda pública, a pesar de que esta es una de las obligaciones de transparencia que tienen en común todos los sujetos obligados a rendir información pública.<sup>19</sup> Es precisamente esa resistencia a la transparencia una de las desventajas que presenta el asociativismo, ya que este favorece la rendición de cuentas, tanto entre los municipios participantes, como hacia la sociedad. Ese es un compromiso difícil de adquirir por parte de administraciones corruptas que prefieren seguir laborando en un ambiente de opacidad.<sup>20</sup>

En conformidad con la variable de la legislación, se plantea la hipótesis de que, a mayor grado de legislación estatal relativa al asociacionismo municipal, mayor es la propensión de los municipios a asociarse. En este sentido se puede afirmar que los municipios quintanarroenses son altamente propensos a coordinarse ya que cuentan con regulación con respecto a esta temática, tanto a nivel constitucional, como en varias de sus leyes locales, como son la que regula la materia municipal o la ley orgánica de su poder legislativo. En ellas se establecen los lineamientos básicos que deben seguir los gobiernos locales del Estado de Quintana Roo interesados en asociarse y los instrumentos y mecanismos por medio de los cuales se pueda formalizar y operar la intermunicipalidad. En cuanto a la legislación de Campeche, hay vacíos e imprecisiones normativas, aquí señalados, que evidencian errores de técnica legislativa importantes.

En lo que respecta al elemento de la ideología, se parte de la hipótesis de que, si el gobierno municipal es de alguno de los tres grandes partidos políticos que existen en México a nivel nacional, hay mayor propensión a asociarse que si dicho gobierno fuera de cualquier otro partido o coalición o método de elección. En este sentido, los municipios evaluados se consideran poco proclives a coordinarse al estar regidos por coaliciones.

No obstante, hay que tener en cuenta que tres de los cinco municipios estudiados<sup>21</sup> se hallan gobernados por la misma coalición, integrada por los partidos políticos PRI-PVEM-PNA (Tabla 8), lo que mitiga la lógica de confrontación, por lo que se les va a otorgar un grado medio de propensión al asociacionismo. Hay que considerar que la voluntad política de los actores involucrados es clave para la conformación de una asociación intermunicipal.

Por último, partiendo del supuesto de que, a mayor intercambio de información y asistencia técnica que tenga el municipio, más probabilidad tendrá de asociarse

<sup>19</sup> Deber impuesto en las fracciones XXII de los artículos 91 y 74 de las leyes de transparencia y acceso a la información pública de los Estados de Quintana Roo y Campeche, respectivamente.

<sup>20</sup> La Auditoría Superior del Estado de Quintana Roo solicitó a cinco municipios de dicho Estado que aclaren el destino y comprueben la correcta aplicación de cuatro millones de pesos, correspondientes al ejercicio fiscal, 2017. Una de las entidades locales bajo observación es la de José María Morelos, la cual tiene pendiente de comprobar el destino de 1,395,460.02 pesos otorgados a sus regidores (Novedades Quintana Roo, 19 de noviembre de 2018).

<sup>21</sup> Bacalar, Calakmul y Hopelchén.

con otros. Se considera que Othón P. Blanco es más proclive a la intermunicipalidad que el resto de los entes locales analizados, ya que su ayuntamiento tiene un equipo más completo de asesoría y consultoría.

De la revisión de todas estas conclusiones se pudo elaborar la Tabla 10.

Tabla 10. Grado de propensión al asociacionismo de los municipios evaluados

	BACALAR	CALAKMUL	HOPELCHÉN	JOSÉ MA. MORELOS	OTHÓN P. BLANCO
Cantidad poblacional	ALTA	ALTA	ALTA	ALTA	ALTA
Localización geográfica	BAJA	BAJA	BAJA	BAJA	BAJA
Marginación	BAJA	BAJA	BAJA	BAJA	MEDIA
Deuda	BAJA	BAJA	BAJA	BAJA	ALTA
Legislación	ALTA	MEDIA	MEDIA	ALTA	ALTA
Ideología	MEDIA	MEDIA	MEDIA	BAJA	BAJA
Asesoría	MEDIA	MEDIA	BAJA	BAJA	ALTA

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede inferir de este trabajo, son variados y complejos los retos a vencer para formar un nuevo modelo de relaciones intergubernamentales en México. Es momento de empoderar a los municipios y hacerlos realmente autónomos para que puedan tomar sus propias decisiones, como pudiera ser para trabajar de manera conjunta y así brindar a sus gobernados una mejor gestión que se traduzca en un desarrollo sostenible y mejores niveles de vida. ¿Lograrán los ayuntamientos de los municipios aquí investigados acordar su asociación? Eso es algo que la voluntad política y el tiempo podrán contestar.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIEBRICH, C. A. Y SPÍNDOLA, A. (2011): *Los derechos fundamentales del pueblo de Quintana Roo a través de su historia*, Chetumal, México: Estos días.
- CARRERA, A. P. (octubre de 2005): *La intermunicipalización en México: una estrategia para el desarrollo de relaciones intergubernamentales más equilibradas*. Ponencia presentada en el X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile.
- CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, (2012): *Índice de marginación por localidad 2010*. Disponible en <https://bit.ly/2R3aRs5>
- \_\_\_\_\_, (2015): *Cartografía de marginación por municipio, 2005, 2010 y 2015*. Disponible en <https://bit.ly/2R3aRs5>
- GARCÍA DEL CASTILLO, R. (2002): *Administración del desarrollo urbano y servicios públicos municipales*, México: Instituto Nacional de Administración Pública, A. C., colección Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal, t. II, 28.

- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), (2010): *Marco Geoestadístico Municipal*.
- \_\_\_\_\_, (2015a): *Encuesta Intercensal 2015. México*.
- \_\_\_\_\_, (2015b): *Anuario estadístico y geográfico de Campeche 2015*.
- \_\_\_\_\_, (2015c): *Anuario estadístico y geográfico de Quintana Roo 2015*.
- \_\_\_\_\_, (2017): Oficio núm. 1309.7./308/2017, dirigido del Coordinador Estatal de Quintana Roo del INEGI al Subsecretario de Ingresos de SEFIPLAN.
- INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL (2014): *Dictamen Técnico-Jurídico sobre la Modificación de la Cartografía Electoral-Federal, respecto de la Creación del Municipio de Calakmul, Estado de Campeche*. Disponible en [bit.ly/2gJ2mC8](https://bit.ly/2gJ2mC8).
- INSTITUTO NACIONAL PARA EL FEDERALISMO Y EL DESARROLLO MUNICIPAL, (2010): *El asociacionismo: herramienta para resolver conflictos comunes*. Disponible en <https://bit.ly/2NuWP51>
- \_\_\_\_\_, (2016): *Impulsando asociaciones intermunicipales en beneficio de la población*. Disponible en <https://www.gob.mx/inafed/articulos/impulsando-asociaciones-intermunicipales-en-beneficio-de-la-poblacion-75065?idiom=es>
- MOYADO, F. (2002): *Organización e integración de la Administración Pública Municipal*, México: Instituto Nacional de Administración Pública, A. C., colección Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal, t. I, 134.
- ORTIZ, S. Y GÓMEZ, J. D. (2017): «La producción de un espacio cooperativo» en *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*. N° 73, 77-98. doi: 10.21138/bage.2410.
- PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE CAMPECHE (noviembre de 2015). *Plan Estatal de Desarrollo del Estado de Campeche 2015-2021*. Periódico Oficial del Estado de Campeche. Recuperado de <https://bit.ly/2NtHKM5>
- PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUINTANA ROO (25 de enero de 2017). *Plan Estatal de Desarrollo del Estado de Quintana Roo 2016-2022*. Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, Tomo I. Número 11 Extraordinario. Novena Época. Recuperado de <https://bit.ly/2OgWMDb>
- QUINTANA, C. F. (2003): *Derecho Municipal*, 7ª. ed., México: Porrúa.
- RENDÓN, T. Y MARTÍNEZ, J. A. (2005): *Diccionario de términos municipales*, México, Universidad de Guanajuato.
- RODRÍGUEZ-OREGGIA E. Y TUIRÁN GUTIÉRREZ, R. (2006): «La cooperación intermunicipal en México. Barreras e incentivos en la probabilidad de cooperar» en *Gestión y Política Pública*, Vol. XV, N° 2, II Semestre, 393-409.
- ROMERO, R., Y RIOJA. L. (2012): *Frontera en conflicto. El diferendo limítrofe entre los estados peninsulares de Quintana Roo y Campeche, México, en el Punto de Unión Territorial (PUT)*. Ponencia presentada en el XII Coloquio Internacional de Geocrítica, Bogotá, Colombia.
- SANTÍN DEL RÍO, L. (2002): «Las intermunicipalidades: práctica de cooperación entre municipios para el fortalecimiento institucional, el desarrollo social y un ordenamiento racional del territorio» en Leticia Santín (coord.)

- Perfil y perspectivas de los municipios mexicanos para la construcción de una política social de Estado.* SEDESOL, INDESOL, FLACSO. México.
- SANTÍN DEL RÍO, L. (marzo de 2007): *La intermunicipalidad. Gestión pública eficaz y operativa entre municipios asociados en México.* Ponencia presentada dentro del Taller denominado Zonas metropolitanas y gobiernos locales en sistemas federales, impartido al COLMEX y al INAFED, México, D. F.
- SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN MUNICIPAL SNIM (2018). *Información política e histórica de presidencias municipales.* Recuperado de <https://bit.ly/1nX3L5p>
- VEGLIA, J. L. (s.f.): *Procesos de Asociacionismo Intermunicipal desde la Perspectiva del Desarrollo Sostenible. El caso de la Provincia de Corrientes.* Trabajo presentado en la Facultad de Arquitectura y Urbanismo, en Chaco, Argentina.



**O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE COMO  
ELEMENTO PROPULSOR DO ESTADO  
SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO**

***EL PARADIGMA DE LA SOSTENIBILIDAD COMO  
ELEMENTO PROPULSOR DEL ESTADO SOCIO AMBIENTAL  
DE DERECHO***

***THE SUSTAINABILITY PARADIGM AS A DRIVING FORCE  
OF THE SOCIO-ENVIRONMENTAL STATE OF LAW***

NATHALIA BATSCHAUER D'AVILA MARTINS\*  
Universidade do Vale do Itajaí, Brasil  
nathaliabdavila@edu.univali.br

HELOISE SIQUEIRA GARCIA\*\*  
Universidade do Vale do Itajaí, Brasil  
heloisegarcia@univali.br

**RESUMO:**

O objetivo da presente pesquisa é a análise da necessidade de consolidação de um novo modelo de Estado de Direito, frente às atuais condições globais de crise ecológica e social. O método utilizado para a pesquisa foi o método indutivo. Durante o trabalho será analisada a evolução histórica dos Estados de Direito Liberal, Social e Democrático, e a forma como essa evolução está ligada às mudanças de paradigma suscitados pelas crises vivenciadas pela humanidade. Considerando a atual crise ambiental e social vivida mundialmente, será estudada a

\* Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Advogada. E-mail: nathaliabdavila@edu.univali.br ou nathaliabdavila@gmail.com

\*\* Doutora em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Doutora em Derecho pela Universidade de Alicante – Espanha. Pós-doutoranda com bolsa concedida pela CAPES. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante – Espanha. Pós-graduada em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNIVALI; e em Ensino e Tutoria a Distância pela Faculdade AVANTIS. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; e dos cursos de Direito do Centro Universitário Uniavan e da Faculdade Sinergia. Advogada. E-mail: heloisegarcia@univali.br

insurgência da sustentabilidade como novo paradigma e a necessidade da instituição do Estado Socioambiental de Direito.

**Palavras chave:**

Estado Liberal; Estado Social; Estado Democrático; Paradigma da Sustentabilidade; Estado Socioambiental de Direito.

**RESUMEN:**

El objetivo de la presente pesquisa es el análisis de la necesidad de consolidación de un nuevo modelo de Estado de Derecho, frente a las actuales condiciones globales de crisis ecológica y social. El método utilizado para la pesquisa fue el método inductivo. Durante el trabajo será analizada la evolución histórica de los Estado de Derecho Liberal, Social y Democrático, y la forma como esa evolución histórica de los Estado de Derecho Liberal, Social y Democrático, y la forma como esa evolución está ligada a los cambios de paradigma suscitados por las crisis vivenciadas por la humanidad. Considerando la actual crisis ambiental y social vivida mundialmente, será estudiada la insurgencia de la sostenibilidad como nuevo paradigma y la necesidad de la institución del Estado Socio Ambiental de Derecho.

**Palabras clave:**

Estado Liberal; Estado Social; Estado Democrático; Paradigma de la Sostenibilidad; Estado Socio Ambiental de Derecho.

**ABSTRACT:**

*The objective of this research is the analysis of the need to consolidate a new model of State of Law, in face of the current global conditions of ecological and social crisis. The method used for the research was the inductive method. During the work the historical evolution of the States of Law, Liberal, Social and Democratic, will be analyzed, and the way in which this evolution is linked to the paradigm changes provoked by the crises experienced by humanity. Considering the current environmental and social crisis experienced worldwide, the insurgency of sustainability as a new paradigm and the need for the institution of the Socio-Environmental State of Law will be studied.*

**Keywords:**

*Liberal State, Social State; Democratic State; Paradigm of Sustainability; Socio-Environmental State of Law.*

**INTRODUÇÃO**

O objetivo da presente pesquisa é a análise da necessidade de consolidação de um novo modelo de Estado de Direito, frente às atuais condições globais de crise ecológica e social.

Nesse sentido, será analisada a evolução histórica dos Estados de Direito, conforme os contextos em que estavam inseridos e as mudanças de paradigma suscitados na sociedade ou, em uma análise global, pelas crises vivenciadas pela

humanidade. Para tanto, serão estudadas a instituição e a transição dos Estados de Direito Liberal, Social e Democrático.

Após, analisar-se-á a atual crise ambiental e social vivida mundialmente e a insurgência da sustentabilidade como novo paradigma global, momento em que se observará em que contexto emergiu a sustentabilidade, bem como o seu potencial axiológico para ser aplicada nesta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada.

Com a consolidação da sustentabilidade como novo paradigma global, nasce a necessidade de uma transformação do atual Estado de Direito que não consegue mais atender às demandas suscitadas pela humanidade.

Por esta razão, o Estado Socioambiental de Direito será estudado, para que se compreenda este novo modelo de Estado, as suas características e se, de fato, poderá sanar os anseios da atual crise que se vive mundialmente, sem, entretanto, esgotar o tema.

A relevância do estudo do presente tema reside na necessidade de apresentar evidências de que a humanidade está se aproximando de um momento de evolução social, que reclama a consolidação de um novo paradigma do Direito e, conseqüentemente, de um novo Estado de Direito.

As categorias operacionais ou termos estratégicos utilizados e seus conceitos operacionais serão esboçados no desenvolvimento da pesquisa.

A investigação, o tratamento de dados e o relato da pesquisa segue o método indutivo,<sup>1</sup> acionado com auxílio das técnicas do referente,<sup>2</sup> da categoria,<sup>3</sup> do conceito operacional<sup>4</sup> e da pesquisa bibliográfica.<sup>5</sup>

## 1. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO EM DECORRÊNCIA DA MUDANÇA DE PARADIGMAS

Inicialmente, para que se possa compreender o verdadeiro sentido de um paradigma e como ocorreu sua introdução na discussão epistemológica contemporânea, é fundamental o estudo da concepção de paradigma formulada por Thomas Kuhn.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> “MÉTODO INDUTIVO: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” Conforme Cesar Luiz PASOLD, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015, p. 205.

<sup>2</sup> “REFERENTE: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015, p. 209.

<sup>3</sup> “CATEGORIA: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015, p. 197.

<sup>4</sup> “CONCEITO OPERACIONAL [COP]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015, p. 198.

<sup>5</sup> “PESQUISA BIBLIOGRÁFICA: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” Conforme Cesar Luiz PASOLD, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015, p. 207.

<sup>6</sup> KUHN, Thomas, *A estrutura das revoluções científicas*, Perspectiva, São Paulo, 2000, p. 43.

Um paradigma, em seu entendimento, consiste em um modelo de padrão aceito, o qual, em regra, não admite reprodução, na medida em que “é um objeto a ser mais bem articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas”.<sup>7</sup>

Portanto, a cada mudança de paradigma é necessário que o passado seja novamente trabalhado, a fim de que o novo paradigma complemente o anterior.<sup>8</sup>

Para Menelick de Carvalho Netto a noção de paradigma apresenta duplo aspecto, por permitir explicar o desenvolvimento científico comparado a um processo de rupturas, por intermédio da “tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo”, consubstanciados no conjunto das condições e circunstâncias das práticas sociais, “que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo”.<sup>9</sup>

Utilizando a concepção de paradigma na seara das ciências sociais e do direito, J. Habermas,<sup>10</sup> mencionado por Marcelo Cattoni, ensina que paradigmas de direito são “as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade”. Com efeito, “um paradigma de direito delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente a eles atribuídas”.<sup>11</sup>

Em uma breve análise, conclui-se que os paradigmas foram e são os grandes causadores das mudanças nos modelos de Estado de Direito durante a história, razão pela qual o estudo individual de cada modelo e suas peculiaridades é fundamental para a presente pesquisa.

## 1.1 *O Estado Liberal de Direito*

Este modelo de Estado institucionalizou-se após a Revolução Francesa de 1789, com o término do Estado Monárquico autoritário e constituiu o primeiro regime jurídico-político da sociedade, materializando novas relações econômicas e sociais: de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e de outro a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência).<sup>12</sup>

<sup>7</sup> KUHN, Thomas, *A estrutura das revoluções científicas*, Perspectiva, São Paulo, 2000, p. 44.

<sup>8</sup> MAULAZ, Ralph Batista de, “Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito”, em *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>9</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de, “Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito” em *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 476, mai., 1999.

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, Tempo Universitário, Rio de Janeiro, 1997, p. 123.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen, *Between facts and norms: contributions to discourse theory of law and democracy*, The MIT, Cambridge, 1996. p. 194 e 195. *Apud.*, CATTONI, Marcelo, *Direito constitucional, Mandamentos*, Belo Horizonte, 2002, p. 54.

<sup>12</sup> LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos, “Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos” em *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

Com o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, os reais desejos burguesia estavam resumidos, porquanto almejavam a liberdade individual, a abolição das discriminações e fraternidade dos camponeses e sans-cullotes,<sup>13</sup> com o intuito de que apoiassem a revolução e lutassem por ela, competindo ao Estado “garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”.<sup>14</sup>

Ao obstar o exercício arbitrário do poder pelos governantes, o Estado de Direito Liberal reconhece, de uma forma mínima, direitos individuais fundamentais, como a vida, a liberdade e a propriedade.

Segundo Norberto Bobbio:

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio invioláveis.<sup>15</sup>

Assim, o Estado Liberal cria os chamados direitos fundamentais de primeira geração.

Consagra-se, ademais, a igualdade de todos perante a lei, proprietários, no mínimo, de si próprios, pondo-se fim aos privilégios de nascimento que prevaleciam<sup>16</sup> e os indivíduos passam a ser respeitados como sujeitos de direito.

Com o rompimento da ideologia passada, o homem traça seus passos rumo à democracia, buscando concretizar os ideais burgueses referentes às liberdades concretas.<sup>17</sup>

Por conseguinte, a separação de poderes foi salutar para a proteção dos direitos da liberdade, por fracionar o exercício das funções administrativas, legislativas e judiciais e, dentre outras prerrogativas, a segurança jurídica também passou a ser respeitada.<sup>18</sup>

E então, a Constituição passa a ser entendida como uma ordenação normativo-sistemática da comunidade política, que, nas palavras de J. J. Canotilho, pode ser definida como uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> Sans-culottes (tradução: sem-calças): população pobre de Paris, formada pela massa de artesãos, aprendizes, lojistas, biscateiros e desempregados; teve importante participação nos acontecimentos revolucionários de 1789 a 1794.

<sup>14</sup> CATTONI, Marcelo, *Direito constitucional*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2002, p. 55.

<sup>15</sup> Norberto BOBBIO, *Liberalismo e Democracia*, 2ª edição, Brasiliense, São Paulo, 1988, pág. 19.

<sup>16</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de, “Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito” em *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 476, mai., 1999.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo, *Do Estado liberal ao Estado social*, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 44.

<sup>18</sup> MAULAZ, Ralph Batista de, “Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito”, em *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>19</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 48.

Em resumo, o paradigma do Estado Liberal de Direito gera liberdade a todos, isto é, a liberdade, a propriedade e a igualdade são conferidas a todos e encontram sustento na legislação, na separação de poderes e nos direitos e garantias individuais.

## 1.2 O Estado Social de Direito

No paradigma constitucional do Estado Liberal, não obstante o homem tenha alcançado o ideal de liberdade perante o Estado, especialmente com o implemento de um documento formal garantidor de direitos de 1ª geração, a condição humana não melhorou muito em relação à noção pré-moderna.<sup>20</sup>

Isso porque a igualdade formal aplicada e o absenteísmo do Estado Liberal agravaram a situação da classe trabalhadora, especialmente diante da expansão do capitalismo, que passou a submeter o trabalhador a condições degradantes.<sup>21</sup>

Essa situação moveu a classe trabalhadora a organizar-se com o objetivo de resistir à exploração, com a possibilidade de uma ruptura drástica do Estado Liberal, em virtude da acentuada adesão de operários do ocidente europeu, colocando-se em risco a ordem liberal com o surgimento de ideias socialistas, comunistas e anarquistas, que “animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais”.<sup>22</sup> Consequentemente, torna-se necessário o tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades.

Sobre as semelhanças e diferenças existentes entre estas duas formas de Estado, Gordillo assim enuncia:

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios.<sup>23</sup>

Infere-se que o Estado Social (ou do Bem-Estar) e o Estado Liberal, quando possuam finalidade diversa, apresentam afinidades, pois ambos destinam-se a respeitar os direitos individuais, notadamente o da liberdade, para a edificação de pilares que fundamentam a criação dos direitos sociais.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> MAULAZ, Ralph Batista de, “Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito”, em *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>21</sup> LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos, “Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos” em *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>22</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de, “Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito” em *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 476, mai., 1999.

<sup>23</sup> GORDILLO, Agustín, *Principios Gerais de Direito Público*, Ed. RT, São Paulo, 1977, p. 74.

<sup>24</sup> LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos, “Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos” em *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

Desse modo, surgem os “direitos de segunda geração”, que apresentam a função de melhorar as condições de vida e de trabalho da população em geral, requisitando do Estado a proteção das pessoas exploradas, compreendendo, entre outros, o direito ao trabalho, à saúde, à educação, ao lazer e à moradia,<sup>25</sup> sendo que a Constituição do México, de 1917, foi a primeira a consagrar os direitos sociais, ainda que a Constituição Alemã de 1919 (de Weimar) seja a mais conhecida. No Brasil, a primeira Constituição a consagrá-los foi a de 1934.<sup>26</sup>

Posteriormente, surge a fase social do constitucionalismo, alicerçada na Constituição da República de Weimar, inaugurando-se o Estado Social de Direito, materializando determinados direitos, gerando a “internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material”,<sup>27</sup> não apenas no âmbito dos direitos individuais, na medida em que também reinterpretado o princípio da separação de poderes.

Surgem novos institutos no direito, tais como: os direitos sociais, a função social do contrato, a função social da propriedade, o dirigismo contratual, a legislação econômica pelo Poder Executivo.<sup>28</sup>

Nas palavras de Paulo Cruz, o Estado de Bem-Estar Social “caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia, pela intervenção, aos cidadãos de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos”.<sup>29</sup>

Portanto, o Estado Social de Direito institucionalizou-se naquele momento para assegurar direitos sociais e concretizar o ideal da igualdade material aos cidadãos.

### 1.3 Estado Democrático de Direito

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial, o paradigma do Estado Social começa a entrar em crise.<sup>30</sup>

Na lição de Paulo Bonavides, o Estado Social não mais atendia de forma efetiva aos anseios democráticos, pois “o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacionalsocialismo”.<sup>31</sup>

Consequentemente, na tentativa de superar a oposição existente entre Estado Social e o direito formal burguês, houve a criação de uma nova compreensão do modelo constitucional de Estado.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Inserida no rol do art.6º da C.F./88 por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000.

<sup>26</sup> LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos, “Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos” em *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>27</sup> HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, Tempo Universitário, Rio de Janeiro, 1997, v. 2, p. 127.

<sup>28</sup> STRECK Lenio Luiz e MORAIS, Jose Luis Bolzan de, *Ciência Política e Teoria do Estado*, 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 2013. p. 76.

<sup>29</sup> CRUZ, Paulo Márcio, *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*, Juruá, Curitiba, 2002. p. 163.

<sup>30</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de, “Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito” em *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 476, mai., 1999.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo, *Do Estado liberal ao Estado social*, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 205 e 206.

<sup>32</sup> HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, Tempo Universitário, Rio de Janeiro, 1997, v. 2, p. 131.

Assim, o Estado Democrático de Direito vem para corrigir as falhas que existiam no Estado Social, o qual não conseguiu garantir a justiça social, tampouco a efetiva participação democrática do povo no processo político.<sup>33</sup>

E assim, consagram-se os direitos de 3ª geração (direitos ou interesses difusos). Por sua vez, os de 1ª e 2ª acabam passando por uma releitura, adequando-se ao novo modelo.<sup>34</sup>

Os direitos de terceira geração localizam-se no plano do respeito, apresentando conteúdo fraternal e compreendem os direitos coletivos, ou seja, o Estado passa a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais (ou metaindividuais), os quais compreendem, dentre outros, a paz, a autodeterminação dos povos, a moralidade administrativa, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>35</sup>

Este modelo de Estado emerge da evolução do Estado Liberal e do Estado Social. Em verdade, cada modelo é o resultado das transformações dos anteriores.

Nessa perspectiva, Menelick de Carvalho Netto salienta que os direitos de 1ª geração são revestidos de conotação processual e retomados como direitos de participação no debate público, informando a soberania do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu direito participativo, pluralista e aberto.<sup>36</sup>

O Poder Judiciário tem sua participação ampliada, a fim de que seja concretizado este modelo de Estado.<sup>37</sup>

José Afonso da Silva (1999, p. 123), com precisão, traduz a união que gerou o respectivo modelo:

A configuração do ‘Estado Democrático de Direito’ não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do ‘*status quo*’.

A teoria adequada ao Estado Democrático de Direito resulta da aproximação da prática de interpretação de textos constitucionais exercida na jurisdição constitucional,<sup>38</sup> com a inserção de princípios constitucionais.

Nesse pensar, na vertente pós-positiva, o ordenamento jurídico revela-se como um conjunto normativo que engloba regras e princípios, fundindo-se, assim,

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª edição, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 118.

<sup>34</sup> MAULAZ, Ralph Batista de, “Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito”, em *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>35</sup> LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos, “Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos” em *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>36</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de, “Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito” em *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 476, mai., 1999.

<sup>37</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de, “Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito” em *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 476, mai., 1999.

<sup>38</sup> Cf., GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria da ciência jurídica*, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 146; PIMENTA, Roberto Lyrio, *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 126.

as diretrizes do Estado Democrático com as do Estado de Direito, tendo em vista que formam uma forte relação de interdependência, como assinala Bobbio:

Estado Liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir liberdades fundamentais.<sup>39</sup>

No Brasil, o Estado Democrático de Direito foi proclamado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 1º, o qual, de acordo com José Afonso da Silva, não se trata de “mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já está proclamando e fundando”.<sup>40</sup>

Carlos Ari Sundfeld<sup>41</sup> afirma que “o Estado brasileiro de hoje constrói a noção de Estado Social e Democrático de Direito”. Isso porque a figura estatal destina-se a atingir determinados direitos sociais, além de garantir a efetiva democracia e o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

## 2 O NOVO PARADIGMA: SUSTENTABILIDADE

A partir da década de 70, diante da situação de degradação ambiental do planeta e dos perigos que o desequilíbrio ecológico gera à humanidade, nasce uma consciência ecológica planetária,<sup>42</sup> resultante da crise ambiental vivida mundialmente, como bem enuncia François Ost:

É que o balanço da saúde do planeta revela-se de tal modo catastrófico, que não é mais possível esconder o facto à população. De todos os lados aparecem os sintomas da maleita: sintoma de febrilidade pelo aquecimento do clima, na sequência do aumento vertiginoso da produção de gases com efeito estufa, como o famoso CO<sub>2</sub>, síndrome de imunodeficiência da atmosfera, atacada pelos CFC e outros compostos clorados, doenças cutâneas sob a forma de desflorestação e desertificação, empobrecimento genético devido à redução vertiginosa da biodiversidade, envenenamento do ar, da água e da terra pelos resíduos tóxicos, e sufocação sob as montanhas de lixo... A que se juntam os sintomas mais físicos, vivamente sentidos pelas populações e afectando o quadro de vida, como o aumento dos danos acústicos, o desfeamento das cidades sacrificadas aos automóveis e às promoções imobiliárias, a uniformização das culturas e a banalização das paisagens.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*, 2ª edição, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1986, p. 20.

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª edição, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 119.

<sup>41</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de Direito Público*, 4ª edição, Malheiros, São Paulo, p. 56.

<sup>42</sup> MORIN, Edgar e KERN Anne Brigitte, *Terra-Pátria*, Sulina, Porto Alegre, 2005, p. 36.

<sup>43</sup> OST François, *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 1997, p. 121 e 122.

Fritjof Capra afirma que “a destruição ambiental não é somente um efeito colateral, mas um elemento essencial da concepção do capitalismo global”,<sup>44</sup> de modo que a produção capitalista, que tem como objetivo a busca desenfreada pelo lucro, desconsidera a capacidade dos sistemas naturais se recuperarem das degradações sofridas.<sup>45</sup>

O planeta, por sua vez, responde a estes ataques com catástrofes cada vez mais crescentes, tais como: furacões, tsunamis, erupções de vulcões, enchentes, deslizamentos, aquecimento global e mudanças climáticas abruptas.<sup>46</sup>

Os desastres naturais têm se intensificado em todo o mundo, tanto em frequência quanto em intensidade, causando grandes danos econômicos e humanos.<sup>47</sup> Nesse sentido, o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2013, apresentado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), atestou que o mundo pode viver uma catástrofe ambiental em 2050.<sup>48</sup>

Apenas em 2011, terremotos seguidos de tsunamis e deslizamentos de terra causaram mais de 20 mil mortes, 1 milhão de pessoas sem casas e prejuízos em torno de US\$ 365 bilhões (R\$ 730 bilhões) nos Estados Unidos da América.<sup>49</sup> Os pequenos países insulares em desenvolvimento sofreram perdas de até 8% do Produto Interno Bruto.<sup>50</sup>

Diante disso, muitos estudiosos entendem que a humanidade está se aproximando de um daqueles momentos evolutivos que determinam o surgimento de uma nova idade ou era,<sup>51</sup> de forma que surge a necessidade da consolidação de um novo paradigma do Direito.<sup>52</sup>

<sup>44</sup> CAPRA, Fritjof, *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*, Cultrix, São Paulo, 2005. p. 159.

<sup>45</sup> CRUZ, Paulo Marcio; LOPES DE FARIA, Daniela e ITO, Christian Normitsu, “A necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos” em *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 74-87, jun. 2016. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1119>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

<sup>46</sup> HARDING, Stephan, *Terra viva: ciência, intuição e a evolução de Gaia – para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*, Cultrix, São Paulo, 2008, p. 225.

<sup>47</sup> ARMADA, Charles Alexandre Souza, “O estado socioambiental de direito brasileiro e a concretização multidimensional da sustentabilidade” em: *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).

<sup>48</sup> Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do desenvolvimento humano 2013: a ascensão do sul. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

<sup>49</sup> Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do desenvolvimento humano 2013: a ascensão do sul. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

<sup>50</sup> ARMADA, Charles Alexandre Souza, “O estado socioambiental de direito brasileiro e a concretização multidimensional da sustentabilidade” em: *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).

<sup>51</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio e CRUZ, Paulo Marcio, “Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática” em: *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, maio 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>. Acesso em: 30/07/2017.

<sup>52</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio e CRUZ, Paulo Marcio, “Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática” em: *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, maio 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>. Acesso em: 30/07/2017.

É nesse contexto que emerge naturalmente a sustentabilidade, como grande potencial axiológico para ser aplicada e reconhecida na centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada.<sup>53</sup>

Assim, o ser humano deverá evoluir do individualismo liberal, passando pelas experiências de igualdade relativa do Estado de Bem-Estar Social, até alcançar a sustentabilidade.<sup>54</sup>

Aceitar a sustentabilidade como novo paradigma do Direito é reconhecer que o planeta é finito e não tem recursos infindáveis, de forma que a humanidade precisa adotar novos padrões de produção e consumo, que se limitem aos recursos que a biosfera terrestre é capaz de repor, que não comprometam drasticamente o meio ambiente, os biomas do planeta, os seres vivos que neles vivem, as cadeias alimentares e reprodutivas e que não degradem os seres humanos, a fim de se preservar os direitos das futuras gerações.<sup>55</sup>

O novo paradigma da sustentabilidade exige, também, uma readequação qualitativa e estratégica do próprio Direito, que, enquanto instrumento de controle social estatal emanado de um ente soberanamente isolado no planeta, já não produz mais respostas eficazes para assegurar um futuro sustentável.<sup>56</sup>

É necessária, portanto, a construção e a consolidação de uma nova concepção de sustentabilidade global, como paradigma de aproximação entre os povos e culturas, e na participação do cidadão de forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica e social.<sup>57</sup>

Destaca-se, nesse sentido, que a sustentabilidade deve ser construída a partir de diferentes dimensões, conforme Juarez Freitas:<sup>58</sup>

A sustentabilidade é multidimensional (ou seja, é jurídico-política, ética, social, econômica e ambiental), o que pressupõe, antes de tudo, uma reviravolta hermenêutica habilitada a produzir o descarte de pré-compreensões espúrias e unidimensionais, com a libertação de tudo o que impede o cumprimento alastrado da sustentabilidade como princípio constitucional, na cena concreta. Afinal, para crises sistêmicas, impõem-se soluções sistêmicas, estruturais e interdisciplinares, cooperativas e globais, com o engajamento de todos, não apenas dos governos.

Gabriel Ferrer, assim como a maioria dos doutrinadores, entende que o conceito de sustentabilidade precisa ser compreendido em sua tripla dimensão: a

<sup>53</sup> CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo, “O novo paradigma de Direito na pós-modernidade” em: *RECHTD/UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, v. 3, p. 75-83, 2011.

<sup>54</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio e CRUZ Paulo Marcio, “Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática” em: *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, maio 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>. Acesso em: 30/07/2017.

<sup>55</sup> NOVAES, Washington, “Agenda 21: um novo modelo de civilização” em: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.), *Anuário: direito e globalização, 1: a soberania, Renovar*, Rio de Janeiro, 1999, p. 324.

<sup>56</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio e CRUZ, Paulo Marcio, “Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática” em: *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, maio 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>. Acesso em: 30/07/2017.

<sup>57</sup> CRUZ, Paulo Márcio e OLIVIERO, Maurizio, “Reflexões sobre o direito transnacional” em: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 1 - Edição Especial Rio +20, p. 18-28, 2012.

<sup>58</sup> FREITAS, Juarez, *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 2ª edição, Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 50.

dimensão ambiental, relacionando-se com a sobrevivência; a dimensão econômica, determinando a criação e a distribuição da riqueza; e, finalmente, a dimensão social, significando a governança e a luta contra a exclusão.<sup>59</sup>

Por conseguinte, é possível afirmar que a sustentabilidade consolida-se como o atual paradigma, tornando necessária, portanto, a formação de um novo modelo de Estado de Direito, destinado a atender aos anseios impostos pela atual crise ecológica mundial.

Dessa forma, num momento particular da história do planeta, nasce um novo modelo de Estado, o Estado Socioambiental de Direito.

### 3 ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

No decorrer desta pesquisa, pode-se observar que o Estado de Direito não é uma obra acabada, ele está em constante processo de evolução, acompanhando as necessidades da população e incorporando novos valores, de modo a adaptar sua estrutura.<sup>60</sup>

Diante da complexidade da atual crise mundial, referida no item anterior, os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social não são mais suficientes para suportar a demanda das questões humanas, sociais e ambientais difundidas no planeta. Nem mesmo o Estado Democrático de Direito, por ter constitucionalizado e buscado dar efetividade a tais paradigmas, é o bastante para tal reivindicação. Com o novo paradigma da sustentabilidade, há a necessidade de se falar em um novo modelo de Estado de Direito: O Estado Socioambiental.

O Estado Socioambiental de Direito tem por marco axiológico a solidariedade e, portanto, funda-se nos direitos difusos de terceira geração, como, por exemplo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz e o desenvolvimento. Dessa forma, pode-se afirmar que cada forma de estruturação do Estado de Direito corresponde a um lema da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade”.<sup>61</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer corroboram com esse entendimento ao afirmarem:

No tocante ao modelo contemporâneo de Estado de Direito, é possível aderir à ideia de superação do modelo do Estado Social (que, por sua vez, já havia superado o Estado Liberal) —pelo menos na forma assumida após a Segunda Grande Guerra— por um modelo de Estado Socioambiental, também designado por alguns de Pós-Social, que, em verdade, não abandona as conquistas dos demais modelos de Estado de Direito em termos de salvaguarda da dignidade humana, mas apenas agrega

<sup>59</sup> FERRER, Gabriel Real, “La construcción del Derecho Ambiental” en: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Pamplona, Espanha, n. 1, 2002, pp. 73-94.

<sup>60</sup> FERREIRA, Heline Sivini e FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti, “Mudanças climáticas e biocombustíveis: considerações sobre a sustentabilidade forte no Estado de Direito Ambiental” en: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 59, n. 200, jul./set. 2010.

<sup>61</sup> PORTANOVA, Rogério, “Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI” en: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney Barros. (Orgs.), *Direito Ambiental Contemporâneo*, Manole, Barueri, 2004. p. 621-642.

a elas uma dimensão ecológica, comprometendo-se com a estabilização e prevenção do quadro de riscos e degradação ecológica.<sup>62</sup>

Os autores entendem que de acordo com as diferentes dimensões (liberal, social e ecológica) dos direitos fundamentais, o seu processo de afirmação histórica reforça a caracterização constitucional do Estado Socioambiental, em superação aos modelos de Estado Liberal e Social.<sup>63</sup>

Logo, o marco jurídico-constitucional socioambiental ajusta-se à necessidade da tutela e promoção —integrada e interdependente— dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, de forma que, em uma perspectiva integrada, falar em direitos fundamentais socioambientais é o mesmo que falar em direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA).<sup>64</sup>

É possível, portanto, destacar o surgimento de um constitucionalismo socioambiental, superando o modelo do constitucionalismo social, designadamente para corrigir o quadro de desigualdade e degradação humana em termos de acesso às condições mínimas de bem-estar.<sup>65</sup>

Considerando que a função do Estado Social não se esgotou, havendo ainda um número considerável da população mundial que vive em condições miseráveis, sem ter assegurado um mínimo existencial dos direitos sociais, faz-se a opção pelo termo Estado Socioambiental de Direito em vez de puramente Estado Ambiental de Direito.<sup>66</sup>

Isso porque é evidente que a questão ambiental não pode ser dissociada da social, conforme bem destaca Amartya Sen:<sup>67</sup>

Existem problemas novos convivendo com antigos—a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas [...] e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social.

Nesse contexto, ao analisar o Brasil, Luís Roberto Barroso afirma que, “no país da malária, da seca, da miséria absoluta, dos menores de rua, do drama fundiário, dos sem-terra, há por certo espaço para mais uma preocupação moderna: a degradação do planeta”.<sup>68</sup>

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, 3ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, pp. 53-54.

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, 3ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 54.

<sup>64</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, 3ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 54.

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, 3ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 54.

<sup>66</sup> FENSTERSEIFER, Tiago, “Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional” en: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 2, jan./mar. 2008, pp. 132-157.

<sup>67</sup> SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, Companhia das Letras, São Paulo, 2000, p. 9.

<sup>68</sup> BARROSO, Luis Roberto, “A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira” en: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 1, v. 115, out./dez. 1992.

Dessa forma, o Estado Socioambiental busca ter uma visão holística dos problemas da sociedade atual e do ordenamento jurídico, visando a proteger tanto a biodiversidade quanto a sociodiversidade,<sup>69</sup> podendo “ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente”.<sup>70</sup>

Neste modelo de Estado de Direito a proteção ambiental ocupa lugar fundamental na ordem constitucional, de forma que a preservação das condições ambientais passa a balizar as ações estatais e as políticas públicas, a fim de permitir uma existência digna às gerações futuras.<sup>71</sup>

O comando constitucional expresso no art. 225, caput, da CRFB/88, tem especial relevância, pois adota uma concepção integrada do meio ambiente, prevendo responsabilidades e encargos ambientais compartilhados entre Estado e sociedade,<sup>72</sup> quando subscreve que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.<sup>73</sup>

Observa-se, da leitura deste dispositivo, que, com relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a CRFB/88 prevê uma nova formulação subjetiva-objetiva, em que a dimensão subjetiva é o próprio direito e a dimensão objetiva se traduz no dever, de forma a harmonizar duas dimensões que são necessariamente complementares.<sup>74</sup>

Dessa forma, quando a Carta Constitucional determina que é dever do Poder Público e da coletividade proteger o meio ambiente observa-se a enunciação de um agir integrativo, com responsabilidades compartilhadas, incentivando a cidadania ambiental e a democracia participativa, de forma a preencher as exigências de um Estado Socioambiental de Direito.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> SANTILLI, Juliana, *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*, Peirópolis, São Paulo, 2005, pp. 91-92.

<sup>70</sup> FERREIRA, Helene Sivini, *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2010, p. 161.

<sup>71</sup> WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher e PAULITSCH, Nicole da Silva, “O Estado de Direito Socioambiental e a Governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário” en: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 2, pp. 256-268, mai-ago 2013, pp. 259 e 260.

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, 3ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, pp. 55 e 56.

<sup>73</sup> BRASIL, *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, Disponível en: «[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)». Acesso en: 20 out. 15.

<sup>74</sup> LEITE, José Rubens Morato e FERREIRA, Helene Sivini. “Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil” en: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Orgs.) *Estado de Direito Ambiental: tendências*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2010, p. 20.

<sup>75</sup> LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini. “Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil” en: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Orgs.) *Estado de Direito Ambiental: tendências*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2010, pp. 20-26.

Assim, o Estado Socioambiental de Direito surge como uma resposta à crise ambiental desencadeada na sociedade de risco pela irresponsabilidade organizada, tratando-se da reformulação de um dos pilares do Estado de forma a inserir o direito das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento sustentável na pauta política.<sup>76</sup>

Este modelo de Estado de Direito deve impulsionar a sociedade para uma mudança de paradigma em nível social, permitindo a consolidação da participação popular na decisão de assuntos de caráter ambiental e em nível ambiental, consolidando uma atuação mais solidária e sustentável.<sup>77</sup>

Entretanto, apesar dos fundamentos constitucionais analisados, “o Estado de Direito do Ambiente é uma construção teórica que se projeta no mundo real ainda como devir”.<sup>78</sup> Trata-se de um modelo, que apesar de seu caráter abstrato, tem importância como paradigma para compreender melhor a crise ambiental na sociedade de risco.<sup>79</sup>

O modelo de Estado Socioambiental de Direito traz esperança e alternativas para que seja possível visualizar um futuro em que os riscos são gerenciados em uma sociedade reflexiva e participativa.<sup>80</sup>

Consoante as premissas lançadas, há a necessidade de transcender de um pacto social para um pacto socioambiental, com o intuito de contemplar o novo papel que o Estado e a sociedade desempenham no âmbito do Estado Socioambiental de Direito.

Portanto, é fundamental a projeção de uma nova postura política e jurídica para a sociedade civil, que, especialmente sob o marco normativo da solidariedade, deverá compartilhar com o Estado, ainda que em menor intensidade, a carga de responsabilidades e deveres de tutela do ambiente para a atual geração e às futuras.<sup>81</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da presente pesquisa, pôde-se observar que, durante a história da humanidade, os Estados de Direito se renovaram conforme as mudanças de

<sup>76</sup> FERREIRA, Helene Sivini, *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2010, p. 160.

<sup>77</sup> ARMADA, Charles Alexandre Souza e SILVA, Carlos Roberto da, “O Estado Socioambiental de Direito” en: DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. (Org.), *Transnacionalidade, direito ambiental e sustentabilidade: contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa*, Ed. Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2014.

<sup>78</sup> LEITE, José Rubens Morato, “Sociedade de risco e Estado” en: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.), *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 169.

<sup>79</sup> CRUZ, Paulo Marcio; DE FARIA, Daniela Lopes e ITO, Christian Normitsu, “A necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos” em *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 74-87, jun. 2016, Disponível en: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1119>>. Acesso en: 30 jul. 2017.

<sup>80</sup> FERREIRA, Helene Sivini, *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2010, p. 160.

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, 3ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 55.

paradigma suscitados na sociedade ou, em uma análise global, pelas crises vivenciadas pela humanidade.

Os paradigmas de direito têm a função de delinear um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente a eles atribuídas.

Assim, percorrendo a evolução histórica dos Estados de Direito, observou-se que o Estado Liberal propugnava a liberdade e a luta contra os privilégios do clero e da nobreza, instituindo os chamados direitos fundamentais de primeira geração. Contudo, com o passar do tempo, notou-se que a liberdade econômica deu azo a uma nova forma de subjugação dos trabalhadores, causando injustiças. Diante disso, surgiu o Estado de Bem-Estar Social, cujo grande lema é a igualdade material, e não meramente formal. Ganharam relevância neste contexto os direitos fundamentais de segunda geração, ou, em outras palavras, os direitos sociais, que devem ser promovidos pelo Estado.

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial, o paradigma do Estado Social começa a entrar em crise, o Estado Social não mais atendia de forma efetiva aos anseios democráticos. Assim, o Estado Democrático de Direito vem para corrigir as falhas que existiam no Estado Social, o qual não conseguiu garantir a justiça social, tampouco a efetiva participação democrática do povo no processo político.

Todavia, observou-se que, devido à produção capitalista, cujo objetivo consiste na busca desenfreada pelo lucro, a situação global de degradação ambiental começou a se agravar e o planeta, por sua vez, respondeu a estes ataques com catástrofes cada vez mais crescentes.

A partir da década de 70, a preocupação com os perigos que o desequilíbrio ecológico impõem ao ser humano, fez nascer uma consciência ecológica planetária, resultante da crise ambiental vivida mundialmente.

E é nesse contexto que emerge naturalmente a sustentabilidade, em suas dimensões social, econômica e ambiental, como grande potencial axiológico para ser aplicada e reconhecida na centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada. Consolida-se, assim, o atual paradigma.

Diante da complexidade da atual crise mundial, os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social não são mais suficientes para atender à demanda das questões humanas, sociais e ambientais difundidas no planeta. Nem mesmo o Estado Democrático de Direito, por ter constitucionalizado e buscado dar efetividade a tais paradigmas, é o bastante para tal reivindicação. Com o novo paradigma da sustentabilidade, há a necessidade de se falar em um novo modelo de Estado de Direito: O Estado Socioambiental.

Observou-se que o Estado Socioambiental de Direito busca ter uma visão holística dos problemas da sociedade atual e do ordenamento jurídico, visando a proteger tanto a biodiversidade quanto a sociodiversidade, podendo ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere proteção ao meio ambiente.

De acordo com as premissas lançadas, entende-se que há a necessidade de transcender de um pacto social para um pacto socioambiental, em vista de contemplar o novo papel que o Estado e a sociedade desempenham no âmbito do Estado Socioambiental de Direito. Deve-se projetar uma nova postura política e jurídica para a sociedade civil, que, especialmente sob o marco normativo da solidariedade, deverá compartilhar com o Estado, ainda que em menor intensidade, a carga de responsabilidades e deveres de tutela do ambiente para a atual geração e às futuras.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ARMADA, Charles Alexandre Souza, “O estado socioambiental de direito brasileiro e a concretização multidimensional da sustentabilidade” en: *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponible en: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).
- \_\_\_ e SILVA, Carlos Roberto da, “O Estado Socioambiental de Direito” en: DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. (Org.), *Transnacionalidade, direito ambiental e sustentabilidade: contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa*, Ed. Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto, “A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira” en: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 1, v. 115, out./dez. 1992.
- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo e Democracia*, 2ª edición, Brasiliense, São Paulo, 1988.
- \_\_\_, *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*, 2ª edición, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1986.
- BONAVIDES, Paulo, *Do Estado liberal ao Estado social*, Malheiros, São Paulo, 1996.
- BRASIL, *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, Disponible en: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Aceso en: 20 out. 15.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1999.
- CAPRA, Fritjof, *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*, Cultrix, São Paulo, 2005.
- CARVALHO NETTO, Menelick de, “Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito” en *Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte*, n. 3, p. 476, mai., 1999.
- CATTONI, Marcelo, *Direito constitucional, Mandamentos*, Belo Horizonte, 2002.
- CRUZ, Paulo Márcio, *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*, Juruá, Curitiba, 2002.

- \_\_\_; DE FARIA, Daniela Lopes e ITO, Christian Normitsu. “A necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos” em *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, v. 12, n. 1, pp. 74-87, jun. 2016, Disponível em: «<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1119>». Acesso em: 30 jul. 2017.
- \_\_\_; BODNAR, Z. “O novo paradigma de Direito na pós-modernidade” em: *RECHTD/UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, v. 3, pp. 75-83, 2011.
- \_\_\_; OLIVIERO, Maurizio. “Reflexões sobre o direito transnacional” em: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 1 - Edição Especial Rio +20, pp. 18-28, 2012.
- DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. “Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática” em: *Revista do Direito, Santa Cruz do Sul*, v. 2, n. 49, maio 2016. Disponível em: «<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>». Acesso em: 30/07/2017.
- FENSTERSEIFER, Tiago, “Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional” em: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 2, jan./mar. 2008, pp. 132-157.
- FERREIRA, Heline Sivini, *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2010.
- \_\_\_ e FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti, “Mudanças climáticas e biocombustíveis: considerações sobre a sustentabilidade forte no Estado de Direito Ambiental” em: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 59, n. 200, jul./set. 2010.
- FERRER, Gabriel Real, “La construcción del Derecho Ambiental” em: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Pamplona, Espanã, n. 1, 2002
- FREITAS, Juarez, *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 2ª edição, Fórum, Belo Horizonte, 2012
- GORDILLO, Agustín, *Princípios Gerais de Direito Público*, Ed. RT, São Paulo, 1977.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria da ciência jurídica*, Saraiva, São Paulo, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, Tempo Universitário, Rio de Janeiro, 1997.
- HARDING, Stephan, *Terra viva: ciência, intuição e a evolução de Gaia – para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*, Cultrix, São Paulo, 2008
- KUHN, Thomas, *A estrutura das revoluções científicas*, Perspectiva, São Paulo, 2000.
- LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos, “Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos” em *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006, Disponível em: «<https://jus.com.br/artigos/9241>». Acesso em: 31 jul. 2017.

- LEITE, José Rubens Morato “Sociedade de risco e Estado” en: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.), *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2011.
- LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini. “Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil” en: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Orgs.) *Estado de Direito Ambiental: tendências*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2010
- MAULAZ, Ralph Batista de, “Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito”, en *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso en: 31 jul. 2017.
- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte, *Terra-Pátria*, Sulina, Porto Alegre, 2005.
- NOVAES, Washington, “Agenda 21: um novo modelo de civilização” en: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.), *Anuário: direito e globalização*, 1: a soberania, Renovar, Rio de Janeiro, 1999
- OST, François, *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 1997
- PORTANOVA, Rogério, “Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI” en: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney Barros. (Orgs.), *Direito Ambiental Contemporâneo*, Manole, Barueri, 2004. pp. 621-642
- PASOLD, Cesar Luiz, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*, 13ª edición, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015.
- PIMENTA, Roberto Lyrio, *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, Max Limonad, São Paulo, 1999
- SANTILLI, Juliana, *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*, Peirópolis, São Paulo, 2005
- SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, 3ª edición, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013
- SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, Companhia das Letras, São Paulo, 2000
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª edición, Malheiros, São Paulo, 2005
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de, *Ciência Política e Teoria do Estado*, 8ª edición, Saraiva, São Paulo, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de Direito Público*, 4ª edición, Malheiros, São Paulo
- WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher e PAULITSCH, Nicole da Silva. “O Estado de Direito Socioambiental e a Governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário” en: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 2, pp. 256-268, mai-ago 2013



**A IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL  
EMPRESARIAL PARA DIMINUIÇÃO DOS IMPACTOS  
CAUSADOS PELA *FAST FASHION***

***LA IMPORTANCIA SOCIAL EMPRESARIAL PARA  
DISMINUCIÓN DE LOS IMPACTOS CAUSADOS POR EL  
FAST FASHION***

***THE BUSINESS SOCIAL IMPORTANCE TO REDUCE THE  
IMPACTS CAUSED BY FAST FASHION***

HELENA LIEBL\*

Universidade do Vale do Itajaí, Brasil  
helenali.liebl@gmail.com

DENISE SCHMITT SIQUEIRA GARCIA\*\*  
Universidade do Vale do Itajaí, Brasil  
helenali.liebl@gmail.com

**RESUMO:**

A presente pesquisa trata sobre como a Responsabilidade Social Empresarial, aplicada na gestão de uma empresa, poderá auxiliá-la na diminuição dos impactos causados pela *Fast Fashion*. A pesquisa tem como objeto a análise dos impactos do modelo *Fast Fashion*, pois dificulta no objetivo de ambientalistas para que haja um desenvolvimento sustentável. Portanto como problema central o seguinte questionamento será enfatizado: Qual a importância da responsabilidade social empresarial para a diminuição dos impactos causados pela *Fast Fashion*? Quanto à

\* Pesquisadora do Edital do artigo 170 da Constituição do estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro da Academia de Letras do Brasil de Santa Catarina – Seccional de Balneário Piçarras. Membro do Grupo de pesquisa “Direito Empresarial Avançado”. E-mail: helenali.liebl@gmail.com

\*\* Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro do grupo de pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade”. Advogada. E-mail: denisegarcia@univali.br.

Metodologia, se utiliza a base lógica indutiva aliada as técnicas do referente, categoria, conceito operacional e pesquisa bibliográfica.

**Palavras chave:**

Responsabilidade Social Empresarial; Sustentabilidade; Fast Fashion; Slow fashion; Gestão empresarial.

**RESUMEN:**

La presente pesquisa trata sobre como la Responsabilidad Social Empresarial, aplicada en la gestión de una empresa, podrá auxiliar en la disminución de impactos causados por la FastFashion. La pesquisa tiene como objeto el análisis de los impactos del modelo FastFashion, porque dificulta en el objetivo ambientalista para que haya un desarrollo sostenible. Por lo tanto, como problema central el siguiente cuestionamiento será enfatizado: ¿Cuál es la importancia de la responsabilidad social empresarial para la disminución de los impactos causados por la *Fast Fashion*? Quanto a la Metodología, se utiliza la base lógica inductiva aliada a las técnicas del referente, categoria, concepto operacional y pesquisa bibliográfica.

**Palabras clave:**

Responsabilidade Social Empresarial; Sostenibilidad; *Fast Fashion*; *Slow fashion*; Gestión empresarial.

**ABSTRACT:**

*The present research deals with how Social Corporate Responsibility, applied in the management of a company, can help it in reducing the impacts caused by Fast Fashion. The research has as object the analysis of the impacts of the Fast Fashion model, because it hinders the objective of environmentalists for a sustainable development. Therefore, as a central problem, the following question will be emphasized: What is the importance of corporate social responsibility in reducing the impacts caused by Fast Fashion? As for the Methodology, the inductive logic base is used, together with the referent, category, operational concept and bibliographic research techniques*

**Keywords:**

*Social Corporate Responsibility; Sustainability; Fast Fashion; Slow fashion; Business management.*

**INTRODUÇÃO**

Atualmente, se faz necessários que os consumidores sejam mais focados em adquirir produtos com qualidade que não agredem o meio ambiente e de empresas socialmente responsáveis.

Por isso a importância da implantação de uma gestão relacionada a uma Responsabilidade Social Empresarial das empresas que utilizam o modelo *Fast Fashion* de produção, para que consigam se manter no mercado.

Destarte, a pesquisa tem como objeto a análise dos impactos do modelo *Fast Fashion*, pois dificulta no objetivo de ambientalistas para que haja um desenvolvimento sustentável.

Tem como objetivo geral analisar a importância da responsabilidade social empresarial para diminuição dos impactos causados pela fast fashion; e como objetivos específicos conceituar o que seja Fast Fashion e responsabilidade social; verificar os impactos desse modo de consumo; e averiguar como a responsabilidade social empresarial poderá ser relevante para dirimir os impactos da *Fast Fashion*.

Portanto como problema central tem-se o seguinte questionamento: Qual a importância da responsabilidade social empresarial para a diminuição dos impactos causados pela *Fast Fashion*?

Para encontrar tal solução para o problema acima descrito, a pesquisa foi dividida em três tópicos.

No primeiro tópico se abordou o conceito geral do modelo *Fast Fashion*, com um breve histórico e características deste. Bem como, também se abordou o conceito de *Slow Fashion*, que se contrapõe com o modelo da *Fast Fashion*, tratando de como as empresas estão migrando para este tipo de sistema produtivo.

No segundo tópico se discorreu sobre o conceito da Teoria da Responsabilidade Social Empresarial, com as suas diversas áreas e características.

Por fim, no terceiro tópico explanou-se como as empresas podem utilizar uma gestão socialmente responsável (com base na Teoria da Responsabilidade Social) para dirimir os impactos causados pelo modelo *Fast Fashion*, e consequentemente, migrar para um sistema menos danoso, que é o *Slow Fashion*.

Quanto à Metodologia empregada, aponta-se que, na Fase de Investigação<sup>1</sup> foi utilizado o Método Indutivo,<sup>2</sup> na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano,<sup>3</sup> e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente,<sup>4</sup> da Categoria,<sup>5</sup> do Conceito Operacional<sup>6</sup> e da Pesquisa Bibliográfica.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015. p. 87.

<sup>2</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015. p. 91.

<sup>3</sup> Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. *A monografia jurídica*, 5ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001. pp. 22-26.

<sup>4</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015. p. 58.

<sup>5</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015. p. 27.

<sup>6</sup> “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015. p. 39.

<sup>7</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015. p. 215.

## 1. DA FAST FASHION

O modelo da Fast Fashion surgiu por volta dos anos 80 do século passado,<sup>8</sup> quando a globalização no mundo se expandiu, com o auxílio da internet.<sup>9</sup>

A Universidade da Carolina do Norte iniciou, nessa época, pesquisa para saber como melhorar a flexibilização, agilização e diversificação de fabricantes e varejistas nas indústrias de consumo rápido.<sup>10</sup>

O século XX fora marcado pelo surgimento de grupos sociais, e, portanto, pela diversidade. Assim, concomitante ao desenvolvimento da tecnologia, “a moda transformou-se em um negócio fortemente influenciador da economia global”.<sup>11</sup>

Para serem inseridos nos novos grupos sociais, os indivíduos buscaram a sua subjetividade e individualização para não se sentirem solitários, entretanto, com isso surgiu uma uniformização de gosto que fora imposta pelas tendências da moda nas estações, ditando o que se deveria usar.<sup>12</sup>

Todavia, os grupos estavam cada vez mais diversificados, o que ocasionou diversidade também no vestuário e na moda, em si. Tal acontecimento pode ser motivo para o surgimento do *Fast Fashion*, já que visou suprir todas as necessidades de consumo da sociedade à época, a qual buscava sempre o novo, bem como a indústria visava o lucro.<sup>13</sup>

Daniela Delgado aponta alguns fatores que levaram ao surgimento do *Fast Fashion*, quais sejam: aumento da quantidade de nichos de mercado, desenvolvimento tecnológico dos fabricantes, informatização, busca por produtos individuais, aceleração da demanda e globalização da informação da moda.<sup>14</sup>

O modelo *Fast Fashion*, portanto, nada mais é do que uma moda rápida que consiste na aceleração da produção e comercialização,<sup>15</sup> trabalhando com uma quantidade limitada de estoque.

Segundo Enrico Cietta:

O *fast-fashion* não é somente um negócio a ser copiado, é um complexo de estratégias que têm como objetivo organizar um setor no qual o tempo é um recurso e

<sup>8</sup> SENHORAS, Eloí Martins. *Mapeando o segmento da moda Fast-Fashion*. Federal University of Roraima, 2016. Disponível em: <<http://works.bepress.com/eloi/405/>>. p. 03.

<sup>9</sup> DELGADO, Daniela. *Fast Fashion Estratégia para conquista do mercado globalizado*. Modapalavra e-período, 2008. p. 04.

<sup>10</sup> SENHORAS, Eloí Martins. *Mapeando o segmento da moda Fast-Fashion*. Federal University of Roraima, 2016. Disponível em: <<http://works.bepress.com/eloi/405/>> p. 03.

<sup>11</sup> SILVA, Mariane Velho e CANDIDO, Douglas Borges. *O verdadeiro preço de uma bagatela: os impactos do Fast Fashion pelas lentes de The True Cost*. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, São Paulo, 2016. p. 04.

<sup>12</sup> SILVA, Mariane Velho e CANDIDO, Douglas Borges. *O verdadeiro preço de uma bagatela: os impactos do Fast Fashion pelas lentes de The True Cost*. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, São Paulo, 2016. p. 05.

<sup>13</sup> SILVA, Mariane Velho e CANDIDO, Douglas Borges. *O verdadeiro preço de uma bagatela: os impactos do Fast Fashion pelas lentes de The True Cost*. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, São Paulo, 2016, ost. 05.

<sup>14</sup> DELGADO, Daniela. *Fast Fashion Estratégia para conquista do mercado globalizado*. Modapalavra e-período, 2008, p. 07.

<sup>15</sup> SENHORAS, Eloí Martins. *Mapeando o segmento da moda Fast-Fashion*. Federal University of Roraima, 2016. Disponível em: <<http://works.bepress.com/eloi/405/>> p. 03.

uma variável de escolha, além da rapidez e da quantidade, é uma amplitude de possibilidades e produtos pensados por targets específicos.<sup>16</sup>

Tal modelo visa dois objetivos: a redução das perdas caso as vendas não forem satisfatórias e dar uma impressão de produtos semi-exclusivos para um consumidor que busca por produtos personalizados.<sup>17</sup>

Assim, tem como capacidade minimizar riscos e custos das coleções,<sup>18</sup> já que trabalha com produtos semi-exclusivos e, portanto, com quantidades limitadas, o que faz com que não haja tanto estoque.<sup>19</sup> Além de ser uma capacidade, a redução dos riscos é também uma oferta das empresas Fast Fashion.<sup>20</sup>

Essa minimização de custos e riscos tem como objetivo a obtenção do lucro e para isso se usam peças descartáveis, sem nenhuma durabilidade, fazendo com haja um grande impacto ambiental, tanto pelos produtos utilizados, quanto pelo consumo exagerado.<sup>21</sup>

Outra capacidade do Fast Fashion é a otimização da gestão do processo de criação e a possibilidade de tornar a cadeia de produção flexível.<sup>22</sup> Entretanto, esta cadeia de produção recebe críticas, principalmente quanto a exploração de seus fornecedores terceirizados, já que necessitam cumprir preços e condições de prazo, o que gera uma exploração de mão de obra barata,<sup>23</sup> questão que será mais debatida do tópico 3 do presente trabalho.

As empresas do Fast Fashion possuem algumas preocupações, um pouco parecidas com as empresas tradicionais, pois se preocupam em cultivar a clientela, aumentar o reconhecimento de sua marca junto aos seus consumidores, entretanto, possui uma característica particular, que é a de empreender uma política de marca.<sup>24</sup>

Quanto a essa política de marca, as empresas do Fast Fashion diversificam suas marcas por tipos de produtos/coleções, sendo, portanto, frequente que elas adquiram marcas de outras empresas para se desenvolver.<sup>25</sup>

<sup>16</sup> CIETTA, Enrico. *A Revolução do fast Fasion: estratégias e modelos organizados para competir nas indústrias híbridas*, 2ª edição, Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2016. p. 187.

<sup>17</sup> DELGADO, Daniela. *Fast Fashion Estratégia para conquista do mercado globalizado*. Modapalavra e-período, 2008, p. 07.

<sup>18</sup> SHIMAMURA, Erica e SANCHES, Maria Celeste de Fátima, “O Fast Fashion e a identidade de marca”, em *Projética Revista Científica de Design*, Londrina, v. 3. n. 2. dez. 2012. p. 67.

<sup>19</sup> CIETTA, Enrico. *A Revolução do fastFasion: estratégias e modelos organizados para competir nas indústrias híbridas*, 2ª edição, Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2016. p. 43.

<sup>20</sup> DIX. Tadeu. p. 15.

<sup>21</sup> RIOS, Marina Pereira, “Fast Fashion, Sustentabilidade e Eco Têxteis”, em: 12º *Colóquio de Moda – 9ª Edição Internacional*. 3º Congresso de Iniciação Científica em Design e Moda, 2016. p. 02.

<sup>22</sup> SHIMAMURA, Erica e SANCHES, Maria Celeste de Fátima, “O Fast Fashion e a identidade de marca”, em *Projética Revista Científica de Design*, Londrina, v. 3. n. 2. dez. 2012, p. 67.

<sup>23</sup> SHIMAMURA, Erica e SANCHES, Maria Celeste de Fátima, “O Fast Fashion e a identidade de marca”, em *Projética Revista Científica de Design*, Londrina, v. 3. n. 2. dez. 2012, p. 67.

<sup>24</sup> CIETTA, Enrico. *A Revolução do fastFasion: estratégias e modelos organizados para competir nas indústrias híbridas*, 2ª edição, Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2016, p. 45.

<sup>25</sup> CIETTA, Enrico. *A Revolução do fastFasion: estratégias e modelos organizados para competir nas indústrias híbridas*, 2ª edição, Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2016, p. 46.

Assim, por consequência, segundo Cietta, a política comercial dessas empresas é orientada para um segmento de consumidores específicos, reportando à capacidade de minimização de custos das empresas Fast Fashion, pois são feitas escolhas bem conscientes de tamanhos, estilo, tipo de canal de distribuição para que não se tenha perdas.<sup>26</sup>

Em decorrência disso, as empresas Fast Fashion possuem um alto conhecimento de mercado, que, geralmente, é limitado geograficamente, sendo este um dos pontos fortes dessas empresas.

Destarte, as empresas que adotam tal modelo compreendem e utilizam uma estratégia de distribuição apta a adaptar a oferta de produtos às tendências atuais ou emergentes de consumo de forma rápida.<sup>27</sup>

Enrico Cietta afirma que o Fast Fashion não é um segmento de mercado e não pode ser entendido como um target de consumo transversal,<sup>28</sup> isto porque os modelos de Fast Fashion possuem uma faixa de preço bem definida e um pouco parecida, bem como pelo fato de que podem competir juntos com o Fast Fashion, marcas de empresas que não possuem as estratégias de moda rápida.<sup>29</sup>

A informação criativa no modelo Fast Fashion trabalha construindo a sua própria informação sobre a tendência de moda, em que pese já haver informações da pesquisa “de base” sobre as tendências realizadas pelas empresas do modelo programada.<sup>30</sup>

Essas informações são tão rápidas, que permitem adequar a proposta ao mercado e minimizar as perdas e custos.

Além do mais, a Fast Fashion produz o que se chama de moda globalizada, pois ela “mantém o mesmo tipo de produto em toda a sua rede, sem qualquer distinção devido a particularidades locais já que acreditam que uma mesma moda é usada no mundo todo atualmente”.<sup>31</sup>

Por consequência, há um barateamento do custo das peças, pois são produzidas em larga escala e distribuídas em todo o mundo onde as marcas possuem suas lojas, dando a impressão de semi-exclusividade.<sup>32</sup>

No modelo de Fast Fashion há uma cadeia de produção, em que a confecção das roupas é terceirizada, ocorrendo, muitas vezes, impactos sociais e ambientais,

---

<sup>26</sup> CIETTA, Enrico. *A Revolução do fastFasion: estratégias e modelos organizados para competir nas indústrias híbridas*, 2ª edição, Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2016, p. 46.

<sup>27</sup> CIETTA, Enrico. *A Revolução do fastFasion: estratégias e modelos organizados para competir nas indústrias híbridas*, 2ª edição, Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2016, p. 61.

<sup>28</sup> CIETTA, Enrico. *A Revolução do fastFasion: estratégias e modelos organizados para competir nas indústrias híbridas*, 2ª edição, Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2016, p. 222.

<sup>29</sup> CIETTA, Enrico. *A Revolução do fastFasion: estratégias e modelos organizados para competir nas indústrias híbridas*, 2ª edição, Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2016, p. 222.

<sup>30</sup> CIETTA, Enrico. *A Revolução do fastFasion: estratégias e modelos organizados para competir nas indústrias híbridas*, 2ª edição, Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2016, p. 95.

<sup>31</sup> DELGADO, Daniela. *Fast Fashion Estratégia para conquista do mercado globalizado*. Modapalavra e-período, 2008, p. 08.

<sup>32</sup> DELGADO, Daniela. *Fast Fashion Estratégia para conquista do mercado globalizado*. Modapalavra e-período, 2008, p. 08.

já que essa terceirização, geralmente ocorre em países de baixa economia e, por isso, que possuem uma mão de obra barata e até escravizada.

Destarte, já há uma alteração de pensamento dos consumidores e, inclusive das marcas, para aderirem ao modelo do *Slow Fashion*, deixando de lado o *Fast Fashion* e suas consequências desastrosas na sociedade, como se verá no próximo item.

### 1.1 Do Fast Fashion para o Slow Fashion

Em que pese o modelo *Fast Fashion* ainda ser muito difundido no Brasil e nos demais países, algumas pessoas já estão se conscientizando e mudando sua forma de pensar, de comprar e de usar.

Algumas empresas já vêm adotando o novo modelo de moda, chamado de *Slow Fashion*, que ao contrário da *Fast Fashion*, preza pela preservação do meio ambiente e diminuição dos impactos sociais.

A fabricação de produtos renováveis, a busca por alternativas para substituição de um produto poluente por um 100% biodegradável, e consciência no consumo é uma das características do *Slow Fashion*.<sup>33</sup>

Pode-se comparar o que está ocorrendo na moda, com o que ocorreu no setor alimentício, pois algumas pessoas já aceitam em pagar mais por produtos orgânicos de produtores locais, reconhecendo os benefícios de consumir de forma mais saudável, melhorando a qualidade de vida e da saúde ao longo do tempo.<sup>34</sup>

O sistema econômico está se alterando, e muitas dessas mudanças são positivas para a organização dos negócios e para a sociedade em geral.

Já há no Brasil modelos de negócios mais sustentáveis, como por exemplo, sites de alugueis de roupas, serviço de consignação de roupas, entre outros; sistemas pelos quais não geram muito consumo e impactos negativos na sociedade.<sup>35</sup>

As pessoas já não estão mais pensando individualmente, mas sim no coletivo, surgindo o chamado “consumo colaborativo”, “com a consciência de que às vezes é preciso dividir para multiplicar”<sup>36</sup> e de que não há a necessidade de comprar para ter acesso a ela.<sup>37</sup>

Garcia e Garcia salientam que as pessoas estão procurando minimizar os riscos oriundos do sistema Fast Fashion para terem uma vida mais plena e feliz, “felicidade esta que precisa ser avaliada num contexto do ser e não do ter”.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> RIOS, Marina Pereira, “Fast Fashion, Sustentabilidade e Eco Têxteis”, em *12º Colóquio de Moda*, 9ª Edição Internacional. 3º Congresso de Iniciação Científica em Design e Moda, 2016, p. 02.

<sup>34</sup> CARVALHAL, André, *Moda com propósito: manifesto pela grande virada*. 1ª edição. Paralela, São Paulo, 2016, p. 176.

<sup>35</sup> CARVALHAL, André, *Moda com propósito: manifesto pela grande virada*. 1ª edição. Paralela, São Paulo, 2016, p. 146.

<sup>36</sup> CARVALHAL, André, *Moda com propósito: manifesto pela grande virada*. 1ª edição. Paralela, São Paulo, 2016, p. 147.

<sup>37</sup> CARVALHAL, André, *Moda com propósito: manifesto pela grande virada*. 1ª edição. Paralela, São Paulo, 2016, p. 143.

<sup>38</sup> GARCIA, Denise Schmitt Siqueira e GARCIA, Heloíse Siqueira, “Os produtos ‘fastfashion’ e a justiça ambiental: análise da possibilidade da internalização das externalidades negativas”, em BALDAN, Guilherme Ribeiro;

O slow fashion, portanto, tem por objetivo a preservação dos recursos naturais, incentivando uma atitude mais calma e sem pressa, porém que seja produtiva e criativa, com qualidade nos produtos e, principalmente, sem consumo descontrolado.<sup>39</sup>

Assim, é perceptível que já há uma grande mudança na forma de comprar e usar roupas, bem como produção. Essa mudança dos indivíduos, aliado com a responsabilidade social empresarial gerará mudanças positivas e diminuição dos impactos negativos que a Fast Fashion traz à sociedade, conforme será nos tópicos seguintes.

## 2. DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

Até dez anos atrás não se falava no termo “responsabilidade social”, isso porque a própria sociedade do Brasil se alterou, devido a alguns fatores, como a globalização, a concorrência acirrada, novos discursos do antigo governo sobre as implantações de políticas públicas e a necessidades das empresas brasileiras adotarem políticas de responsabilidade social e de cumprimento dos direitos sociais para entrarem no mercado estrangeiro.<sup>40</sup>

Com o passar dos anos, as empresas viram os termos de competitividade mudar, tendo que buscar alternativas para garantir o crescimento no mercado cada vez era mais competitivo.<sup>41</sup>

Passaram a fazer uso de estratégias e processos que mostram a sintonia das organizações com as necessidades de seus clientes, quanto a questões de qualidade dos produtos e serviços, proteção e uso de recursos do meio ambiente de forma adequada e relações éticas e justas com os trabalhadores, fornecedores e governantes, indicando a responsabilidade social da empresa com a comunidade.<sup>42</sup>

Entretanto, mister esclarecer antes de falar da Teoria da Responsabilidade Social Empresarial, dois relevantes conceitos: responsável social e social responsável.

Responsável social não é, entretanto, sinônimo de social responsável, pois é quando a pessoa física ou jurídica pensa sobre sua responsabilidade para com a sociedade.

De tal sorte, que social responsável é a pessoa física ou jurídica fazendo algo para o social, sendo considerado responsável, através de doação, projeto, não podendo ser tida como não socialmente responsável naquele momento.<sup>43</sup>

Assim, a pessoa é responsável social a qualquer hora, em todos os seus projetos sociais, enquanto que social responsável é “fazer algo em benefício do

---

COSTA; Inês Moreira da; Leal e DOS SANTOS Jorge Luiz (orgs.), *Sustentabilidade, governança e proteção ao meio ambiente: uma visão a partir da amazônia*. 1ª edição, Emeron, Porto Velho, 2017, v. 1, pp. 9-27. p. 11.

<sup>39</sup> ARAÚJO, Mariana; BROEGA, Ana Cristina e RIBEIRO, Silvana Mota, “Sustentabilidade na moda e o consumo consciente”, em: *XIX Seminário Acadêmico Da Apec: O Local, O Global E O Transnacional Nas Produção Acadêmica Contemporânea*, Barcelona, Catalunh, Isbn: 978-84-697-0700-5, 2014, p. 48.

<sup>40</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 09.

<sup>41</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 41.

<sup>42</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 41.

<sup>43</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 10.

social para aquele momento, aquele projeto, ajudar naquela situação, mas não faz parte do dia-a-dia da pessoa física ou jurídica”.<sup>44</sup>

A responsabilidade social, então, não é apenas filantropia, ou seja, uma relação socialmente compromissada com a sociedade, mas também abrange as relações que as empresas tem com seus funcionários, clientes, fornecedores, concorrentes e meio ambiente.<sup>45</sup>

De tal sorte que a responsabilidade social das empresas se relaciona diretamente com as obrigações das empresas com a sociedade que está inserida, principalmente quanto ao consumidor.<sup>46</sup>

Isto porque, os consumidores estão cada vez mais exigentes e conscientes no seu papel na sociedade, questionando o ciclo produtivo e a cidadania corporativa. Desse modo, preferem um produto mais caro, mas que não seja resultado de exploração infantil ou escrava.<sup>47</sup>

Tachizawa resume Responsabilidade Social ao conceito de “efetividade”, com o alcance dos objetivos do desenvolvimento econômico-social, desse modo, a “organização é efetiva quando mantém uma postura socialmente responsável”.<sup>48</sup>

Essa efetividade se relaciona com uma sociedade satisfeita, atendendo os requisitos sociais, econômicos e culturais.

Entretanto, é necessário que seja feito um planejamento para serem definidas as estratégias operacionais e a atuação socialmente responsável:

O desenvolvimento de planejamento com ênfase na responsabilidade social requer uma mudança bastante significativa na filosofia e na prática gerencial da maioria das organizações, sejam elas públicas ou privadas. Isso faz o empreendimento organizações passar, necessariamente, por uma fase de mudanças culturais e gerenciais, para possibilitar novas formas de atuação, comportamentos e comunicação, além de novas técnicas e práticas de planejamento, controle e avaliação organizacional e social.<sup>49</sup>

Gilson frisa que a empresa que deseja elaborar e implementar programas de introdução de práticas de responsabilidade social empresarial devem estar administradas por pessoas habilitadas e especializadas “evitando-se assim que estas iniciativas resultem tópicas, descontínuas ou que se situem no campo da simples filantropia”.<sup>50</sup>

Com esse projeto social responsável, a organização assume obrigações morais, mesmo que não vinculadas as suas atividades de forma direta, mas que contribuem para o desenvolvimento sustentável da sociedade.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 11.

<sup>45</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 52.

<sup>46</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 53.

<sup>47</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 53.

<sup>48</sup> TACHIZAWA, Takeshy, *Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: estratégias de negócios focadas na realidade brasileira*, 7ª edição, Atlas, São Paulo, 2011, p.55.

<sup>49</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 42.

<sup>50</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 43.

<sup>51</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 44.

Assim, numa visão geral, responsabilidade social corporativa é toda e qualquer ação que possa contribuir para a melhoria da qualidade de vida da sociedade, possibilitando que as organizações demonstrem toda sua preocupação por meio de significativos projetos sociais.<sup>52</sup>

Ao se elaborar o projeto, deve-se ter em conta as limitações da Responsabilidade Social, como trata Peter Drucker, pois o custo de tais ações não podem sair dos lucros, analisando a capacidade de desempenho da instituição.<sup>53</sup>

Precisa também analisar a lucratividade mínima que é exigida pelos riscos do empreendimento e compromissos do futuro.

Dessa forma, a responsabilidade social não deve ser vista como um gasto, pelo contrário, deve ser vista como um grande investimento.

Isto porque, nem sempre a atuação responsável é um ato voluntário das empresas, pois se veem na necessidade de tal comportamento por conta de fiscalizações e pela imagem da empresa, trazendo um grande marketing.

Andrew Savitz, então, sugere a análise de quatro áreas de atividades ou perguntas, que são: o que diz a empresa, com suas políticas e atividade sobre questões sociais e ambientais; como a empresa opera, ou seja, se há impactos ambientais e sociais das práticas e processos da empresa, desde seus fornecedores, a natureza do negócio da empresa, se há impactos dos produtos e serviços oferecidos pela empresa; e por fim, como a sustentabilidade se aplica ao setor de atividade da empresa; as maneiras específicas em termos de desempenho.<sup>54</sup>

Após a implantação é relevante a divulgação de um relatório sobre as práticas da responsabilidade social, para se ver o que deve ser melhorado, bem como para que não haja uma baixa conscientização ou interesse.<sup>55</sup>

Urge salientar, que o exercício da responsabilidade social deve ser feito tanto no exterior da empresa, com as melhorias na comunidade, como no seu interior, com o oferecimento de melhoria de vida dos seus funcionários.<sup>56</sup>

O consumidor, com o passar dos anos, se preocupou mais com produtos e práticas que melhoram o meio ambiente e a comunidade, ligados à cidadania. Com isso, tem-se a responsabilidade social como uma estratégia das empresas para aumentarem o lucro e o seu desenvolvimento, em que pese se não o fizerem, acabará por perder a sua clientela.<sup>57</sup> Assim o que justifica a exigência por responsabilidade social é o “preço do sucesso”.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 44.

<sup>53</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 388.

<sup>54</sup> SAVITZ, Andrew, *A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007, p.136.

<sup>55</sup> SAVITZ, Andrew, *A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007, p.137.

<sup>56</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 45.

<sup>57</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 45.

<sup>58</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 357.

Tachizawa elenca as principais estratégias de responsabilidade social, aplicáveis em organizações de baixo impacto ambiental, quais sejam: projetos sociais em meio ambiente, educação, saúde, cultura, apoio à criança e ao adolescente e em voluntariado.<sup>59</sup>

Gilson trata das considerações trazidas por Kwasnicka para que os administradores entendam a relevância social da organização, são elas:<sup>60</sup> a preocupação com a sociedade que se encontra mais atualizada e exigente quanto a seus direitos e leis que asseguram o bem-estar e sobrevivência; a necessidade de atenção por participarem do desenvolvimento de atividades e valores sociais; e por fim, o desenvolvimento de teorias administrativas modernas, pois são imprescindíveis para o crescimento natural da organização.

Destarte, a responsabilidade social empresarial se relaciona com a ética, pois é um modo de gestão das empresas, tendo que agir, portanto, eticamente.

Uma pesquisa realizada em 1999 pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas mostrou que trezentas mil empresas (quase dois terços das empresas pesquisadas) realizam alguma ação social.<sup>61</sup>

A filantropia ocupa um grande espaço, tendo os donos das empresas ou os gestores se autodeclarando responsáveis pelas atividades sociais realizadas.<sup>62</sup>

Essa pesquisa também demonstrou que as empresas da Região Sul são as que menos se envolvem em atividades sociais e isto decorre pela sua população possuir mais acessos a serviços públicos.<sup>63</sup>

Este paradigma demonstra que as empresas devem tomar alguma atitude quando o governo não o faz, pois em sendo geradores de riquezas, podem voltar-se também para o investimento social.

A UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento) elaborou um documento com as obrigações das empresas decorrentes da sua responsabilidade social.<sup>64</sup>

- a) A obrigação com o desenvolvimento, pois alguns países exigem que as empresas respeitem a sua política de desenvolvimento, para crescerem juntos.
- b) Obrigações sociopolíticas, sobre a qual não permite que as empresas se envolvam no processo político de seus países, devendo respeitar a soberania e a integridade cultura.
- c) Proteção ao consumidor, que com a globalização é cada vez mais necessária as práticas de boa governança quanto ao consumidor, pois alguns países menos desenvolvidos abusam desses direitos.

<sup>59</sup> TACHIZAWA, Takeshy, *Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: estratégias de negócios focadas na realidade brasileira*, 7ª edição, Atlas, São Paulo, 2011, p. 268.

<sup>60</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 46.

<sup>61</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 48.

<sup>62</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 49.

<sup>63</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 49.

<sup>64</sup> Transnacional Corporations. Vol. 10. n° 2. 2001. Disponible en: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Corporate-Social-Responsibility.aspx>. Acesso em ago. 2017.

- d) Normas de governança corporativa, que dizem respeito à relação entre a direção da companhia e seu conselho de administração, bem como ao lucro.
- e) Ética na administração, gerando códigos de conduta empresarial, industrial, governamental e intergovernamental, lidando também com as práticas de boa governança.
- f) E, por último, o respeito aos direitos humanos, principalmente quando da relação com a comunidade, proibindo a violação e abusos dos direitos pelos governos.

Destarte, as questões sociais, econômicas e ambientais, em que pese serem atribuições do governo, as empresas “dispõem de melhores condições para lidar com certas questões sociais e ambientais do que as autoridades públicas”.<sup>65</sup>

De tal sorte que as empresas estão se envolvendo mais nas questões que antes eram consideradas exclusivas do governo, isto porque se percebeu que são também responsáveis, tanto quanto o governo, pois se há quem compra de fornecedores que utilizam mão-de-obra escrava e abusam de recursos ambientais, então essas empresas também se tornam responsáveis por essas violações de direitos humanos e do meio ambiente.<sup>66</sup>

Entretanto, quando se fala em gestão responsável de toda cadeia de produção surge uma complexidade de fatores, pois se forem de países diferentes os seus regimes legais não são diferentes, variando, portanto, as leis de proteção do meio ambiente e dos direitos trabalhistas.<sup>67</sup>

Outro fato que dificulta a gestão responsável são as diferenças sociais e culturais entre os países, pois em algumas sociedades o suborno é legal, sendo que empresas de outros países se recusam a efetuar o pagamento dito por eles ilegal.<sup>68</sup>

E a principal complexidade é a dificuldade da garantia de observância, pois algumas empresas relutam em exigir de seus fornecedores, justamente por saberem que não conseguem.

Adriana Charoux discorre sobre as quatro visões de Responsabilidade Social Empresarial trazidas pela IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor).<sup>69</sup>

A primeira trata que a empresa já faz a sua parte ao cumprir com a legislação, pagar impostos e garantir o lucro aos acionistas.

A segunda visão traz também as ações filantrópicas juntamente com os objetivos tratados acima.

<sup>65</sup> SAVITZ, Andrew, *A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007, p. 102.

<sup>66</sup> SAVITZ, Andrew, *A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007, p.103.

<sup>67</sup> SAVITZ, Andrew, *A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007, 2007, p. 194.

<sup>68</sup> SAVITZ, Andrew, *A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007, p. 195.

<sup>69</sup> SAVITZ, Andrew, *A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007, p. 13.

A terceira visão entende a Responsabilidade Social Empresarial como um elemento crucial de estratégia de negócios, pois diferencia o produto, agrega valor à marca, o que a valoriza diante da competitividade. É o mais utilizado atualmente.

Por fim, a quarta visão, trata a Responsabilidade Social Empresarial como parte da cultura organizacional da empresa, estando no seu cotidiano com um comportamento ético e sustentável:

Nessa visão, a empresa também será comprometida com a promoção de tais valores na sua cadeia de fornecedores e também no mercado onde atua, por exemplo, interrompendo transações com empresas que empregam mão de obra infantil ou utilizem critérios pouco transparentes em suas operações. Segundo essa perspectiva, o retorno em termos de boa imagem institucional e perenidade da organização são consequências naturais da condução responsável dos negócios.<sup>70</sup>

Destarte, as empresas possuem um entendimento que o investimento no social através de ações de responsabilidade corporativa é uma estratégia para que o lucro seja mantido em longo prazo, fazendo o chamado “ganha-ganha”, a empresa ganha ao fazer o bem à sociedade.

Entretanto, há muito para que se consiga chegar à quarta visão, incorporando o desenvolvimento à cultura organizacional.<sup>71</sup>

Por enquanto, o cenário é ainda da terceira visão, pois as empresas patrocinam as ações sociais de acordo com o retorno do que fora investido, “ainda que esse retorno se expresse pela dimensão “simbólica dos negócios”, mais relacionada ao fortalecimento da imagem institucional, o que trará rentabilidade em longo prazo”.<sup>72</sup>

Além disso, já existem empresas especializadas no “tratamento do compromisso social da empresa”, com a adoção de guias, prêmios, certificações e índices na bolsa de valores para qualificar e respaldar a boa cidadania corporativa.<sup>73</sup>

Todavia, mesmo com tais certificações, ainda há muita desproporcionalidade entre o lucro e o investimento social das empresas, não havendo também instrumentos de avaliação da contribuição para a comunidade beneficiada.

A ênfase da Responsabilidade Social Empresarial é o que a empresa pode e deve fazer para enfrentar e resolver os problemas da sociedade, sendo exigida também em instituições não empresariais, como universidades, hospitais, órgãos públicos e associações douts.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> CHAROUX, Adriana Guazzelli, *A ação social das empresas: quem ganha com isso?*, Peirópolis, São Paulo, 2007, p. 13.

<sup>71</sup> CHAROUX, Adriana Guazzelli, *A ação social das empresas: quem ganha com isso?*, Peirópolis, São Paulo, 2007, p.14.

<sup>72</sup> CHAROUX, Adriana Guazzelli, *A ação social das empresas: quem ganha com isso?*, Peirópolis, São Paulo, 2007, p.22.

<sup>73</sup> CHAROUX, Adriana Guazzelli, *A ação social das empresas: quem ganha com isso?*, Peirópolis, São Paulo, 2007, pp. 25-26.

<sup>74</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 357.

A Responsabilidade Social pode surgir como consequência dos impactos sociais da instituição, tratando do que ela pode fazer para a sociedade, ou como problemas da própria sociedade, com o que ela pode fazer pela sociedade.<sup>75</sup>

A organização moderna precisa pertencer a uma comunidade, prestando em serviço a essa e necessitando empregar pessoas para o trabalho. De tal sorte, que os problemas sociais “são disfunções da sociedade e não impactos da organização e de suas atividades”.<sup>76</sup>

De tal sorte que a Responsabilidade Social Empresarial possui a dimensão interna e a externa. A primeira entende a responsabilidade social com as práticas responsáveis socialmente em relação aos trabalhadores, e aos investimentos em recursos humanos, saúde e segurança do trabalho e gestão de mudanças ocasionadas pelo processo de reestruturação produtiva e dos recursos naturais, bem como em relação a políticas e programas para fornecedores e distribuidores.<sup>77</sup>

Já na dimensão externa, a Responsabilidade Social Empresarial inclui também as comunidades locais, os consumidores, autoridades públicas e ONGs, incluindo ações dirigidas a problemas que não necessariamente se relacionem com a empresa.

Desse modo, as duas dimensões de Responsabilidade Social Empresarial devem estar sempre interconectadas:

O desenvolvimento de um programa de SER deve ser respaldado por um amplo apoio de toda a organização às iniciativas ambientais desta. O envolvimento do quadro de funcionários num programa de SER externa demonstra compromisso social e fortalece o vínculo do empregado com a organização, pois o processo intensifica uma maior identificação do indivíduo com a empresa, não a vendo somente como empregadora, mas também como um agente social ativo que contribui para a sociedade da qual faz parte.<sup>78</sup>

Assim, a responsabilidade social tornou-se um relevante instrumento gerencial para capacitação e criação de condições de competitividade para as empresas,<sup>79</sup> já que são estratégias que orientam as empresas a garantirem o lucro, a satisfação dos seus clientes e o bem estar da sociedade.

Portanto, vê-se que as empresas estão implantando modelos de gestão de responsabilidade social para conseguirem competir com maior eficácia no mercado atual, que está cada vez mais globalizado, competitivo e exigente.

---

<sup>75</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 369 e 370.

<sup>76</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 370.

<sup>77</sup> DIAS, Reinaldo, *Gestão Ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade*, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2011, p. 178.

<sup>78</sup> DIAS, Reinaldo, *Gestão Ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade*, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2011, p. 178.

<sup>79</sup> TACHIZAWA, Takeshy, *Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: estratégias de negócios focadas na realidade brasileira*, 7ª edição, Atlas, São Paulo, 2011, p. 6.

### 3. DA RELEVÂNCIA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL PARA DIRIMIR OS IMPACTOS DA FAST FASHION

Desde alguns anos os consumidores estão mais exigentes em relação à qualidade e preço dos produtos que compram, procurando, inclusive, informações sobre as ações da organização quanto à comunidade e o meio ambiente.

Assim, as empresas são pressionadas a adotarem comportamentos éticos e sociais por agentes externos e internos, chamados de *Stakeholders*:

Os *Stakeholders* são qualquer grupo ou indivíduo que é afetado ou que afeta o alcance dos objetivos das organizações. São incluídos nesta categoria todos os grupos de interesse da organização quais sejam, clientes, funcionários, fornecedores, acionistas, proprietários, governo e comunidade local.<sup>80</sup>

Os interesses da empresa e dos *Stakeholders* devem ser recíprocos para que os objetivos sejam atendidos, assim as organizações devem obter estratégias que estimulem a participação de todos os *Stakeholders* e para que todos ganhem com isso.<sup>81</sup>

Cláudio P. M. Filho, afirma que os objetivos da visão dos *Stakeholders* podem ser tidos como estratégias para criar valor.<sup>82</sup>

Os *Stakeholders* possuem um papel sociopolítico dentro da empresa, pois esta possui uma concepção tradicional como instituição meramente econômica, que busca maximizar os lucros e minimizar os custos.

Destarte, aspectos sociais e políticos, influenciadores do ambiente dos negócios, não são levados em consideração nas decisões da empresa. Contudo, em sendo o ambiente complexo, a empresa é vista também como uma instituição sociopolítica.<sup>83</sup>

As empresas são marcadas pela existência de uma tríplice realidade, qual seja a econômica, a humana e a social. Isto porque as empresas produzem ou comercializam algum bem ou serviço relevante para as relações econômicas, necessitando de investimentos que assegurem retorno.

Quanto à realidade humana, a empresa se destina a produzir ou comercializar algum bem fruto da atividade do homem. E socialmente, os *Stakeholders* são os responsáveis por influenciarem as empresas.<sup>84</sup>

Como se viu no tópico dois, as empresas começaram a buscar outras estratégias que melhor traduzam as necessidades dos clientes, sem interferir no lucro, mas cuidando da qualidade do produto e serviços e da proteção ao meio ambiente.

Um dos problemas enfrentados por empresas que assumem a Responsabilidade Social é o de determinar e avaliar o desempenho social, para diagnóstico e acompanhamento das atividades e avaliação dos resultados.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 16.

<sup>81</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 17.

<sup>82</sup> MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro, *Responsabilidade Social e governança: o debate e as implicações*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2006, p. 07.

<sup>83</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 28.

<sup>84</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, pp. 28 e 29.

<sup>85</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 42.

Dessa forma, as empresas necessitam definir as suas estratégias operacionais para atingir os resultados pretendidos, bem como, “gerar valor e benefícios sociais para a comunidade onde estão inseridas”,<sup>86</sup> sendo o planejamento fundamental para uma atuação socialmente responsável.

A organização assume também obrigações de caráter moral que contribuem para o desenvolvimento social, pois com isso se preocupa mais com o bem-estar dos clientes e funcionários, buscando produtos que não agridem o meio ambiente e não utilizando mão-de-obra barata ou escrava, indo ao encontro, portanto, com a *Slow Fashion*.

Essa Responsabilidade Social também se funda no Princípio da Autonomia Privada na perspectiva funcional, “assim entendida como elemento do direito que deve dar à sociedade aquilo que o momento histórico exige”.<sup>87</sup>

Isto porque tal princípio possui uma função econômico-social, em que a promoção da livre circulação de bens e serviços e auto-regulamentações das relações, se condicionam à utilidade social, por ser meio adequado para satisfazer as necessidades sociais, visando o bem comum.

Com isso, também surge a Princípio da Solidariedade, buscando tutelar os interesses sociais, como um dos objetivos fundamentais do Brasil no artigo 3º, inciso I da CRFB/88.<sup>88</sup>

Não só as consciências individuais ou a interna organização das empresas, mas os próprios sistemas e modelos hoje dominantes devem sentir-se interpelados pela solidariedade, pregando a primazia do trabalho sobre o capital (...), a justa remuneração do trabalho, a função dos sindicatos, entre outros.<sup>89</sup>

Assim, o Princípio da Solidariedade é tido como estratégia econômica para as empresas que se baseiam na Responsabilidade Social Empresarial para dirimir os impactos do sistema *Fast Fashion*.

O enfoque atual dessa Responsabilidade Social, portanto, é o que a empresa pode ou deve fazer para enfrentar e resolver os problemas sociais, o que nesta pesquisa se relaciona com os problemas oriundos da *Fast Fashion*.

Urge salientar que em que pese a Responsabilidade Social possuir um perigo de diminuir o desempenho econômico e implicar em uma “usurpação de poder pelos administradores de empresas em setores sobre os quais não possuem autoridade legítima”, não se pode menosprezá-la.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007, p. 42.

<sup>87</sup> MEZZANOTTI, Gabriela, *A Disciplina da empresa: reflexos da autonomia privada e da solidariedade social*, Feevale, Novo Hamburgo, 2003, p. 28.

<sup>88</sup> Art. 3º, CRFB/88 - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Senado Federal, Brasília, 2016.

<sup>89</sup> MEZZANOTTI, Gabriela, *A Disciplina da empresa: reflexos da autonomia privada e da solidariedade social*, Feevale, Novo Hamburgo, 2003, p. 31.

<sup>90</sup> Peter Ferdinand DRUCKER, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 367.

Os administradores, de acordo com Peter Drucker, são os únicos grupos de liderança e por isso precisam assumir as responsabilidades pelo bem comum.<sup>91</sup>

Se houver uma moral nestas histórias de advertência, não é que a responsabilidade social seja ambígua ou perigosa. É que os impactos sociais e as responsabilidades sociais são áreas em que as empresas — e não apenas as grandes empresas — precisam resolver seus papéis, estabelecer seus objetivos e ter um bom desempenho. Os impactos sociais e as responsabilidades sociais precisam ser administrados.<sup>92</sup>

Daí se parte para a ideia de que uma empresa que trabalha com base na Produção Rápida, somente ela poderá diminuir os impactos que ela mesma causou.

Peter Drucker trata que as Responsabilidades Sociais podem surgir em duas áreas, ou como consequências dos seus próprios impactos sociais ou como problemas da sociedade, entretanto, ambos são interesses da administração.<sup>93</sup>

O autor também menciona que a organização pertence a uma comunidade e para tanto emprega pessoas, logo, seus impactos sociais ultrapassam a sua contribuição específica, por isso as duas áreas de Responsabilidade Social.<sup>94</sup>

De outro modo, os problemas sociais são alterações da sociedade e não da organização.

Quanto aos impactos e problemas sociais, não há o que se discutir quanto à responsabilidade por quem os gera. Logo, a empresa que se baseia no modo de produção da Fast Fashion, utilizando produtos que agridem o meio ambiente, mão-de-obra barata ou escrava, visando apenas o lucro é responsável por tais impactos e problemas sociais que esse modo de produção venha a causar.

Peter Drucker comenta que a comunidade resente mais o fato de uma empresa não aceitar a sua responsabilidade e permanecer inerte:

Como aquele que gera um impacto é responsável por ele, é preciso procurar minimizá-lo. Quanto menos impactos uma instituição tiver além da sua finalidade e missão específicas, melhor é a sua direção, mais responsáveis são suas medidas e mais aceitável como cidadã, vizinha e contribuidora ela se torna. Os impactos que não são essenciais e que não decorrem do cumprimento da finalidade e missão específicas devem ser mantidos num mínimo absoluto. Mesmo que aparentem ser benéficos, pelo fato de estarem fora das fronteiras das funções da instituição eles serão, mais cedo ou mais tarde, ressentidos, resistidos e considerados imposições.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 367.

<sup>92</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 367.

<sup>93</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 369.

<sup>94</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 370.

<sup>95</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 371.

Tais impactos não são benéficos, pois se incorporam a um custo e a uma ameaça, já que utilizam recursos, matérias-primas e obstruem os esforços da administração, sendo um “custo não-produtivo”.<sup>96</sup>

A sociedade, junto com os Stakeholders cobram os preços pelos impactos causados pelas empresas e que não se responsabilizaram para a eliminação do impacto ou na busca de alguma solução.

É o que está ocorrendo com as empresas de Fast Fashion. Os consumidores mudaram o modo de atuar e pensar e estão procurando comprar produtos de empresas responsáveis socialmente, ou seja, que trabalham com produtos que não agredem o meio ambiente e não utilizem mão-de-obra barata.

A única forma, portanto, de eliminar os impactos sociais é abandonar a atividade que o gera,<sup>97</sup> logo, para se eliminar os impactos causados pelo modo de produção Fast Fashion, mencionados no tópico um (como dano ao meio ambiente e mão-de-obra barata) é necessário alterar este modo de produção, passando a utilizar o modelo da Slow Fashion.

Claro que alterar o modelo de produção não é uma tarefa fácil e rápida, portanto, conforme aborda Peter Drucker, deve-se fazer um trabalho sistemático na eliminação do impacto, ou ao menos sua minimização, até então, conseguir se alcançar por completo o modelo da Slow Fashion.<sup>98</sup>

Peter também trata de que essa eliminação de impactos deve ser abordada como uma “oportunidade lucrativa de negócios”.<sup>99</sup> Todavia, tal eliminação, provavelmente implicará em um aumento de custos no início, já que uma oportunidade lucrativa é menos frequente:

O que outrora era uma “exterioridade” paga pelo público em geral tornou-se um custo empresarial. Tornou-se, portanto, uma desvantagem competitiva a menos que todas as indústrias do ramo adotem a mesma regra. E isso, na maioria dos casos, só é possível mediante regulamentação o que implica em alguma forma de ação governamental.<sup>100</sup>

Uma boa regulamentação é fundamental para que se consiga eliminar os impactos sem aumentar muito os custos. Entretanto os administrados tem medo desta regulamentação, mas não observam que quando a eliminação exigir alguma restrição, é de interesse da empresa que seja feita uma regulamentação.<sup>101</sup>

<sup>96</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 371.

<sup>97</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 377.

<sup>98</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 377.

<sup>99</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 377.

<sup>100</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 378.

<sup>101</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 378.

Deve-se então se ter os problemas sociais como um desafio e fonte de oportunidades “pois a função de uma empresa é satisfazer uma necessidade social e, ao mesmo tempo, servir à sua instituição ao transformar a solução de um problema social numa oportunidade de negócios”.<sup>102</sup>

Isto porque procurar dirimir os impactos sociais e os transformar em oportunidades de contribuição e desempenho, é uma responsabilidade de todas as instituições.<sup>103</sup>

A Responsabilidade Social denota a ideia de que a atividade de negócios e a sociedade são entidades interligadas, tendo a sociedade expectativas quanto ao comportamento e resultados dos negócios.<sup>104</sup>

A grande questão que faz com que as empresas da Fast Fashion não queiram migrar para o sistema Slow Fashion é a questão econômica, pois veem na alteração desse sistema uma diminuição do lucro. Conforme demonstra Claudio Filho, a percepção de retornos à empresa quanto a Responsabilidade Social é crescente, porém não há comprovação ainda:

A relação entre ações de responsabilidade social e desempenho financeiro é essencialmente inconclusiva, pois, dependendo do contexto, evidentemente existirão correlações positivas e negativas entre o investimento em ações de responsabilidade social e os ganhos financeiros.<sup>105</sup>

Isto porque algumas ações da Responsabilidade Social não possuem ligação direta com os negócios como a filantropia e as ações ambientais.<sup>106</sup>

A relação ocorre mais facilmente em empresas expostas à economia global, pois os milhares de funcionários trabalham em diferentes sistemas institucionais e isto induz as empresas a agirem elevando seus padrões de comportamentos éticos para não sofrerem sanções legais e perdas de reputação

Não há como falar de Responsabilidade Social sem tratar das leis, pois elas fazem parte do ambiente institucional, assim “a Responsabilidade Social Legal implica uma conduta da empresa consoante com as normas legais vigentes”,<sup>107</sup> dessa forma não se exerce nenhuma ação discricionária.

Com isso as empresas devem se basear na Responsabilidade Social Legal para alterarem o seu modo de produção para o Slow Fashion, atuando de acordo com a legislação trabalhista (oportunizando os direitos legais de seus funcionários)

<sup>102</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 381.

<sup>103</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002, p. 383.

<sup>104</sup> MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro, *Responsabilidade Social e governança: o debate e as implicações*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2006, pp. 08-09.

<sup>105</sup> MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro, *Responsabilidade Social e governança: o debate e as implicações*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2006, p. 14.

<sup>106</sup> MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro, *Responsabilidade Social e governança: o debate e as implicações*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2006, p. 14.

<sup>107</sup> MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro, *Responsabilidade Social e governança: o debate e as implicações*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2006, p. 37.

e com a legislação ambiental (utilizando produtos e equipamentos que não afetem o meio ambiente).

Ocorre que seguir a lei é muito mais do que um conjunto de regras e exceções:

Portanto, os administradores estariam enganados se considerassem apenas os aspectos legais como um meio adequado de direcionar o amplo escopo de questões éticas que emergem no dia-a-dia de suas atividades. Se for legal, é ético, é um slogan frequentemente ouvido. Mas condutas que são adequadas do ponto de vista legal podem ser altamente problemáticas do ponto de vista ético.<sup>108</sup>

Destarte a lei propicia um ambiente de negócios mais previsível, sob o qual reforça os valores econômicos e éticos.<sup>109</sup>

Claudio Filho comenta que a função clássica de uma organização com fins lucrativos é a mesma, porém para atingi-la é necessário aprofundar as relações e atender as diferentes demandas dos Stakeholders,<sup>110</sup> assim uma empresa Fast Fashion para continuar com os seus lucros na atualidade, precisa se adaptar aos novos consumidores que querem mais transparência e responsabilidade da empresa.

Além disso, também é necessária uma boa relação com os funcionários, incentivando-os com a participação nos lucros, valorizando-os.<sup>111</sup>

Por fim, é necessário que a empresa cuide do meio ambiente, não ocasionando dano a ele, já que as comunidades estão mais ativas e menos tolerantes às ações que causem dano externo, o que prejudicará no lucro da empresa, pois esta comunidade não mais irá adquirir seus produtos e serviços.

No livro *Ética e Responsabilidade Social nos Negócios*, os autores trazem como premissas da Responsabilidade Social a busca por esta de todos os envolvidos na sociedade, a educação para uma sociedade sustentável e principalmente a consideração do “poder de compra e consumo como fomentador da Responsabilidade Social nos negócios”.<sup>112</sup>

Tais premissas englobam as ações a serem tomadas pelas empresas que queiram dirimir os efeitos da Fast Fashion. Além dessas se incluem a transparência organizacional e a avaliação de desempenho.<sup>113</sup>

De acordo com uma pesquisa realizada pelo Instituto Ethos e pelo Jornal Valor, 51% (cinquenta e um por cento) dos consumidores consideram a ética nos negócios um dos principais fatores para avaliar se uma empresa é boa ou ruim e

<sup>108</sup> MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro, *Responsabilidade Social e governança: o debate e as implicações*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2006, p. 38.

<sup>109</sup> MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro, *Responsabilidade Social e governança: o debate e as implicações*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2006, p. 41.

<sup>110</sup> MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro, *Responsabilidade Social e governança: o debate e as implicações*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2006, p. 79.

<sup>111</sup> MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro, *Responsabilidade Social e governança: o debate e as implicações*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2006, p.80.

<sup>112</sup> ASHLEY, Patricia Almeida (coord.), *Ética e Responsabilidade Social nos Negócios*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 35.

<sup>113</sup> ASHLEY, Patricia Almeida (coord.), *Ética e Responsabilidade Social nos Negócios*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 35.

31% (trinta e um por cento) prestigiam ou punem a empresa com base em sua conduta social.<sup>114</sup>

Assim, trabalhar com a dinâmica social é muito mais que uma estratégia para aumentar as vendas, mas também é uma prática que define o comprometimento da empresa com a sociedade, ultrapassando a ideia de que ela só deve existir em função de seu caráter econômico:

Para que a responsabilidade social exista é necessário, antes de tudo, que as técnicas e filosofias das empresas sejam repensadas, que o fim social não seja massacrado pelo desejo de lucro; que não deve ser um fim em si o possibilitador de uma atitude de mais ética e responsável por parte das empresas.<sup>115</sup>

As empresas de Fast Fashion para dirimir os seus impactos necessitam ir além do que alterar o seu modo de produção, mas levar para o seu cotidiano os valores de uma Responsabilidade Social:

Assim, a atuação da empresa deve se calcar em valores fundamentais da vida em sociedade no âmbito social, econômico e ambiental, como direitos humanos, dos funcionários, colaboradores da empresa e dos grupos de interesse; proteção ambiental; envolvimento comunitário; relação com fornecedores e clientes; monitoramento e avaliação de desempenho.<sup>116</sup>

É utopia pensar na Responsabilidade Social como um bom negócio em curto prazo. Pelo contrário, ela é necessária para a sobrevivência no médio e longo prazo, devendo atender não apenas os acionistas, mas todo o público relacionado, já que vivemos na era do capitalismo social em que “para se manter vivo é necessário maximizar também a satisfação das contrapartes”.<sup>117</sup>

Isto porque a empresa integra a sociedade e deve agir positivamente em relação aos problemas sociais e ambientais, devendo privilegiar o lucro com responsabilidade. A isto se infere uma mudança comportamental de todas as partes da organização.<sup>118</sup>

Por isso a empresa de Fast Fashion tem um longo caminho para dirimir os seus impactos causados, indo muito além do que simples cuidado no produto utilizado, na forma de despejo de resíduos no meio ambiente e melhora no pagamento de seus funcionários.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário que os consumidores sejam mais conscientes e menos tolerantes para com os danos causados ao meio ambiente e ao modo de tratamento da empresa para com seus funcionários e sua comunidade em geral.

<sup>114</sup> ASHLEY Patrícia Almeida (coord.), *Ética e Responsabilidade Social nos Negócios*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 73.

<sup>115</sup> ASHLEY Patrícia Almeida (coord.), *Ética e Responsabilidade Social nos Negócios*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 74.

<sup>116</sup> ASHLEY Patrícia Almeida (coord.), *Ética e Responsabilidade Social nos Negócios*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 79.

<sup>117</sup> ASHLEY Patrícia Almeida (coord.), *Ética e Responsabilidade Social nos Negócios*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 84.

<sup>118</sup> ASHLEY Patrícia Almeida (coord.), *Ética e Responsabilidade Social nos Negócios*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 84.

E por ser o consumo um grande impulsor da economia global atualmente, bem como do grande dano causado ao meio ambiente, as empresas que utilizam o modelo Fast Fashion estão percebendo a necessidade de migrarem para um modelo que não afete o meio ambiente e que seja mais responsável socialmente.

Tal modelo, denominado Fast Fashion, é conhecido como Moda Rápida, onde as empresas que o utilizam são conhecidas pela grande e rápida produção de seus produtos, ocasionando um demasiado giro de tendências nas lojas. Ocorre que este modelo, geralmente, utiliza mão-de-obra escrava, com produtos durante a fase de produção que agridem o meio ambiente.

Destarte, o Slow Fashion é um modelo de produção em que os consumidores estão começando a utilizar em demasia nos dias atuais, por versar sobre um sistema de produção com produtos que não agridem o meio ambiente, com formas de despejo mais sustentável e que não tenha alta rotatividade dos produtos.

Tem-se, então, com base no que fora estudado, que a aplicação da Teoria da Responsabilidade Social Empresarial, é uma grande aliada para as empresas que queiram manter sua clientela que está cada vez mais exigente, visando ações socialmente responsáveis.

Essa maneira de gestão possui várias vertentes, em que cada empresa deve analisar qual lhe será mais bem adaptada e quais são suas necessidades.

Conclui-se, portanto, que a Teoria da Responsabilidade Social Empresarial, apesar de não trazer vantagens lucrativas a curto prazo, auxilia a empresa que queira ter um desenvolvimento sustentável, não apenas em suas ações para preservação do meio ambiente, de cuidado com as legislações e valorização da mão-de-obra, mas para que sua subsistência no mercado seja duradoura.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Mariana; BROEGA, Ana Cristina e RIBEIRO, Silvana Mota, “Sustentabilidade na moda e o consumo consciente”, em *XIX Seminário Acadêmico Da Apec: O Local, O Global E O Transnacional Nas Produção Acadêmica Contemporânea*, Barcelona, Catalunh, ISBN: 978-84-697-0700-5, 2014.
- ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.), *Ética e Responsabilidade Social nos Negócios*, Saraiva, São Paulo, 2003.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Senado Federal, Brasília, 2016.
- CARVALHAL, André, *Moda com propósito: manifesto pela grande virada*. 1ª edição. Paralela, São Paulo, 2016.
- CHAROUX, Adriana Guazzelli, *A ação social das empresas: quem ganha com isso?*, Peirópolis, São Paulo, 2007.
- CIETTA, Enrico. *A Revolução do fastFasion: estratégias e modelos organizados para competir nas indústrias híbridas*, 2ª edição, Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2016.
- DELGADO, Daniela. *Fast Fashion Estratégia para conquista do mercado globalizado*. Modapalavra e-período, 2008.

- DIAS, Reinaldo, *Gestão Ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade*, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2011.
- DRUCKER, Peter Ferdinand, *Fator Humano e desempenho: o melhor de Peter F. Drucker sobre administração*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2002.
- GARCIA, Denise Schmitt Siqueira e GARCIA, Heloíse Siqueira, “Os produtos ‘fastfashion’ e a justiça ambiental: análise da possibilidade da internalização das externalidades negativas”, em BALDAN, Guilherme Ribeiro; COSTA, Inês Moreira da e LEAL, Jorge Luiz dos Santos (orgs.), *Sustentabilidade, governança e proteção ao meio ambiente: uma visão a partir da amazônia*. 1ª edição, Emeron, Porto Velho, 2017, v. 1, pp. 9-27.
- KARKOTLI, Gilson, *Responsabilidade Social Empresarial*. 2ª edição, Vozes, Petrópolis/RJ, 2007.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*, 5ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- MACHADO FILHO, Cláudio Pinheiro, *Responsabilidade Social e governança: o debate e as implicações*, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2006.
- MEZZANOTTI, Gabriela, *A Disciplina da empresa: reflexos da autonomia privada e da solidariedade social*, Feevale, Novo Hamburgo, 2003.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*, 13ª edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015.
- RIOS, Marina Pereira, “Fast Fashion, Sustentabilidade e Eco Têxteis”, em *12º Colóquio de Moda – 9ª Edição Internacional. 3º Congresso de Iniciação Científica em Design e Moda*, 2016.
- SAVITZ, Andrew, *A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007.
- SENHORAS, Eloi Martins. *Mapeando o segmento da moda Fast-Fashion*. Federal University of Roraima, 2016. Disponível em: <http://works.bepress.com/eloi/405/>.
- SHIMAMURA, Erica e SANCHES, Maria Celeste de Fátima, “O Fast Fashion e a identidade de marca”, em *Projética Revista Científica de Design*, Londrina, v. 3. n. 2, dez. 2012.
- SILVA, Mariane Velho e CANDIDO, Douglas Borges. *O verdadeiro preço de uma bagatela: os impactos do Fast Fashion pelas lentes de The True Cost*. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, São Paulo, 2016.
- TACHIZAWA, Takeshy, *Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: estratégias de negócios focadas na realidade brasileira*, 7ª edição, Atlas, São Paulo, 2011.
- TRANSNACIONAL CORPORATIONS. Vol.10. nº 2. 2001. Disponível em <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Corporate-Social-Responsibility.aspx>. Acesso em ago.2017.



**PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD COMO PRESUNCIÓN  
*IURIS TANTUM* EN LA PRUEBA PERICIAL CONTABLE  
EN MATERIA FISCAL**

***PRINCIPLE OF IMPARTIALITY AS A PRESUMPTION IURIS  
TANTUM IN THE ACCOUNTING EXPERT EVIDENCE ON  
TAX MATTERS***

EDMUNDO ROBLEDO FRANCO\*  
Investigador independiente, México  
[edmundorobledofranco@gmail.com](mailto:edmundorobledofranco@gmail.com)

**RESUMEN:**

La prueba pericial contable en materia tributaria ha distorsionado su alcance al ser valorada por el intérprete de la norma dando pauta a un escenario de interpretación subjetivo y ambiguo, cuyo principal resultado es desestimar la información aportada al tema debatido a través de la misma. Los paradigmas de interpretación que se manifiestan alrededor de la valoración de esta prueba, han tomado un giro importante para ahora apreciar su contenido conforme a los principios ontológicos que la rigen, particularmente el principio de imparcialidad como presunción *iuris tantum*, dado que es a través de dichos principios que ahora se permite contrastar los argumentos que utilizan los juzgadores para desestimar un juicio de valoración respecto de la prueba concreta.

**Palabras clave:**

Prueba pericial contable, Derecho fiscal, Juicio de valoración.

**ABSTRACT:**

*The tax auditing expert opinion has distorted its scope when assessed by the taxing judges giving guidelines to a subjective and ambiguous interpretation scenario whose principal result is to reject the information provided to the particular theme subject to debate. Interpretation paradigms that manifest around the evaluation of this test,*

\* Doctor en Derecho de la Empresa. Abogado Postulante. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. [edmundorobledofranco@gmail.com](mailto:edmundorobledofranco@gmail.com).

*has taken an important turn of events to be now appreciated by its content, according to the ontological principles that govern it, particularly the principle of impartiality as a iuris tantum presumption, due to the fact that it is through these principles that nowadays provides the elements that allows to contrast the arguments that judges use to dismiss a judgment of valuation with respect to the concrete evidence.*

**Keywords:**

*Tax auditing expert opinion, taxing law, judgment of valuation.*

## INTRODUCCIÓN

El intérprete de la norma tributaria se enfrenta a un catálogo de paradigmas que se han ido formando a lo largo de una escuela de formación clásica, un sentido de interpretación restrictivo, un sentir jurídico partícipe de una interpretación *pro persona*<sup>1</sup> o simplemente como un seguimiento más en la corriente de interpretación que se ha venido sosteniendo por diversos juzgadores.

Sin embargo, existen ocasiones en que esos paradigmas deben ser cuestionados con argumentos sólidos que permitan focalizar la perspectiva a partir de la cual se deben centralizar los argumentos jurídicos y la consecuente aplicación de la norma de fondo por aplicar, no solamente para otorgar un sentido o inclinación en favor de una pretensión deducida en juicio (pues lógico es que, aquella parte cuya pretensión no ha prevalecido sobre la de su contraria parte, éste sostendrá que se trató de una resolución injusta, o en el mejor de los casos, infundada), pero más allá de posturas subjetivas, el presente texto busca destacar cómo el propio intérprete de la norma debe emitir un pronunciamiento investido de una auténtica técnica jurídica que limite todo espacio a la arbitrariedad en el pronunciamiento de la ley como norma jurídica individualizada (sentencia), al tiempo en que, se otorgue claridad al pronunciamiento de fondo y a la valoración de una prueba cuya esencia principal es la de dotar de elementos de convicción a la resolución de la cuestión debatida.

En el presente ensayo, se elabora un análisis de dicho mecanismo de valoración al tenor del principio de imparcialidad como presunción *iuris tantum*, con la intención de aportar una perspectiva unívoca que permita identificar con certeza las pautas de aplicación de este juicio valorativo concedido al intérprete de la norma fiscal que procure generar condiciones óptimas para reconducir una interdicción en la arbitrariedad.

Lo anterior, con la finalidad de conciliar la arraigada tradición del jurista mexicano de contemplar el citado principio en toda institución jurídica, evidenciando que este principio no solo concilia los nuevos mecanismos de concepción del derecho, sino también es compatible con las nuevas tendencias de solución de conflictos que surgen en materia tributaria<sup>2</sup> y su interrelación con la práctica contable.

<sup>1</sup> Este principio es también conocido como interpretación *pro persona* y fue introducido en nuestro sistema constitucional a partir de las reformas constitucionales efectuadas en junio de 2011 al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Miranda Camarena & Navarro Rodríguez, 2014).

<sup>2</sup> Como resultado de la iniciativa presentada en el marco de la reforma fiscal del ejercicio 2013 se adicionó un capítulo segundo denominado "De los Acuerdos Conclusivos", en el Título III del Código Fiscal de la

Así en el primer apartado habrán de desarrollarse de manera sucinta las nociones fundamentales de la problemática en general; en el segundo apartado se desarrolla la trascendencia de la determinación en la calificación de la pericial contable como medio probatorio eficaz en materia tributaria. En el tercer apartado se precisarán las consideraciones acerca del principio de imparcialidad del perito como presunción *iuris tantum*, para finalmente, hablar de las aportaciones conclusivas que el desarrollo de esta investigación sostiene.

## 1. VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA CONTABLE: ¿FACULTAD OMNÍMODA?

El intérprete de la norma tributaria se enfrenta a una especie de catálogo de paradigmas que “deben” aplicarse al momento en que realiza una función de interpretación de aquellas.

Sin embargo, muchos de esos modelos a seguir o pautas de interpretación provenientes del derecho común, han dejado de ser aplicables a los nuevos modelos de interpretación que se sostienen en el orden jurídico nacional como género, y más aún en el derecho tributario, como especie, por circunstancias tan precisas que se rigen dentro de la materia tributaria como lo puede ser el denominado *principio de autonomía calificadora del derecho tributario*,<sup>3</sup> por virtud del cual este principio provee de un sentido propio a una norma tributaria en cuanto a definir conceptos, figuras e instituciones jurídicas, mismas que incluso pudieran resultar distintas o contrarias al significado del que gozarán las mismas en el Derecho común del que provengan.

Ante este escenario, las presentes líneas sirven para destacar la importancia que revisten en la creación, implementación y seguimiento de esos paradigmas, los principios ontológicos que rigen a la prueba per se, particularmente atendiendo al principio de imparcialidad como presunción *Iuris Tantum* en la prueba pericial contable en materia fiscal, ya que es a través de estos principios que se debe informar y delimitar el sentido valorativo de una prueba pericial contable en el ámbito del derecho tributario, pues ello permitirá dictar las pautas de integración del sentido de convicción que se genere en el intérprete de la norma tributaria debatida, además de evidenciar que, los principales argumentos que utilizan los juzgadores para desestimar un juicio de valoración pleno, carecen de sustento lógico y jurídico.

## 2. PROBLEMÁTICA EN GENERAL

Tomando en consideración que la aplicación del juicio valorativo habrá de llevarse a cabo en sede jurisdiccional para efectos del presente texto, debe acudirse

---

Federación (artículos 69-C a 69-H) en la que se postuló la inclusión de los métodos alternativos de solución de controversias en materia tributaria. *Cfr.* Comisiones unidas de hacienda y crédito público y de estudios legislativos. Senado de la República, 2013.

<sup>3</sup> (Pérez de Ayala & González García, 1994).

a la aplicación del artículo 46, fracción III, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso<sup>4</sup> y del alcance que expresiones como “sana crítica”<sup>5</sup> conllevan en la actualidad en torno al juicio valorativo y consecuente elemento de convicción generado en el intérprete de la norma tributaria.

Es así como surge la disyuntiva de sostener si los peritajes periciales rendidos en juicio, conforme a la práctica jurisdiccional ordinaria, deben ser desestimados bajo un razonamiento laxo, carente de vinculación jurídica y dotado de plena subjetividad por parte del intérprete de la norma, o si, por el contrario, esos extremos en materia fiscal no pueden satisfacerse dada la alta especialidad de la materia.

Bajo el primer postulado el intérprete de la norma tributaria, como regla general utiliza argumentos que desestiman un dictamen pericial observando, a su parecer, que éstos presentan como principales vicios de convicción los siguientes:

1. El perito reproduce las mismas afirmaciones que su oferente;
2. Se trata de análisis de cuestiones de carácter económico con lo cual la pericial en materia de contaduría pública no resultó la idónea para conocer a fondo y en su caso demostrar la pretensión deducida en juicio.
3. Los dictámenes son genéricos e insuficientes.
4. El dictamen pericial representa una interpretación de las normas jurídicas con lo cual se desestima por sí solo; entre otros.

Ante ello, es claro que la importancia de fijar correctamente las pautas de aplicación e interpretación en este rubro han trascendido ya al grado de cuestionar la objetividad del perito respectivo, lo cual, guarda una franca colisión, no solo con la ética de un profesional que actúa como auxiliar de la administración de justicia, sino con la oportunidad de cuestionar si existe posibilidad de albergar la construcción teórica y razonada que sustente esas afirmaciones por parte del intérprete de la norma tributaria.

Recientemente, el Poder Judicial de la Federación a través del máximo tribunal constitucional del país, ha emitido un pronunciamiento en torno a la aplicación del principio ontológico de la prueba pericial que parte de una presunción *iuris tantum* en el sentido apuntado en el párrafo inmediato anterior, sosteniendo que si bien es cierto que la citada presunción por su propia naturaleza puede admitir prueba en contrario,<sup>6</sup> también fortalece la premisa de que todo peritaje se emite y funge bajo una vertiente de auxilio de la administración de justicia, por versar precisamente sobre cuestiones técnicas que escapan al común denominador del intérprete de la norma, dada la alta especialidad que requiere el objeto o materia del debate que es sometido a su consideración.

<sup>4</sup> Artículo 46. La valoración de las pruebas se hará de acuerdo con las siguientes disposiciones:

III. El valor de las pruebas pericial y testimonial, así como el de las demás pruebas, quedará a la prudente apreciación de la sala.

<sup>5</sup> Sobre el particular algunos autores señalan que el concepto sana crítica involucra un término complejos al procesalista y al jurista en general además de ser un concepto muy familiar al juez que debe valorar las pruebas siguiendo mayoritariamente el sistema de las reglas de la sana crítica. (Abel Lluch, 2015).

<sup>6</sup> Caso contrario estaríamos en presencia de una presunción del tipo *iure et de iure*.

La motivación que tienen las partes en el juicio al ofrecer una probanza, se traduce en el interés que éstas tienen de aportar un elemento para corroborar la veracidad de los elementos fundatorios de sus pretensiones, por lo cual, tratándose de la prueba pericial, su utilidad consiste en que la información experta que se allegue al procedimiento sea aprovechable y útil para el juzgador, además de ser pertinente respecto de la controversia.

Sin embargo, ni en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, ni en el Código Federal de Procedimientos Civiles como ordenamiento jurídico supletorio a dichas legislaciones, se prevén las prescripciones necesarias para regular la forma en que éste medio de prueba habrá de evaluarse ante los “paradigmas” antes sintetizados.

Para que una prueba pericial pueda cumplir su objetivo dentro de un proceso, esto es, proporcionar al resolutor la información que le permita contar con explicaciones necesarias para tomar una resolución que involucre conocimientos especializados propios de una ciencia, técnica o arte, es preciso que al realizarse su ofrecimiento, se indique el objeto del dictamen y que en los casos en que resulte necesario, se establezcan las referencias de hecho que el perito debe tomar en consideración para cumplir con esa meta.

En esta medida, es claro que estos aspectos se satisfacen desde el ofrecimiento de la prueba misma en materia fiscal, pues el extremo anunciado debe satisfacerse desde el ofrecimiento de la prueba en términos del artículo 14, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.<sup>7</sup>

De ahí que, si para la prueba pericial es necesaria la demarcación de los aspectos de hecho a partir de los cuales el perito habrá de emitir su opinión desde que se realizó su ofrecimiento, es claro que esa condición es satisfecha por mandato expreso de la propia ley del procedimiento.

Aunado a lo anterior, los artículos 15, fracción VII<sup>8</sup> y 43 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo,<sup>9</sup> en directa relación con los artículos

<sup>7</sup> Así lo establece el artículo de referencia de la siguiente manera:

“Artículo 14. La demanda deberá indicar: ...

V. Las pruebas que ofrezca.

En caso de que se ofrezca prueba pericial o testimonial se precisarán los hechos sobre los que deban versar y señalarán los nombres y domicilios del perito o de los testigos.”

<sup>8</sup> Artículo 15. El demandante deberá adjuntar a su demanda: ...

VII. El cuestionario que debe desahogar el perito, el cual deberá ir firmado por el demandante.

<sup>9</sup> Artículo 43. La prueba pericial se sujetará a lo siguiente:

I. En el acuerdo que recaiga a la contestación de la demanda o de su ampliación, se requerirá a las partes para que dentro del plazo de diez días presenten a sus peritos, a fin de que acrediten que reúnen los requisitos correspondientes, acepten el cargo y protesten su legal desempeño, apercibiéndolas de que si no lo hacen sin justa causa, o la persona propuesta no acepta el cargo o no reúne los requisitos de ley, sólo se considerará el peritaje de quien haya cumplimentado el requerimiento.

Los peritos deberán rendir su propio dictamen autónomo e independiente y exponer sus razones o sustentos en los que se apoyan, por lo que no deberán sustentar su dictamen en las respuestas expuestas por otro perito, ni remitirse a ellas para justificar su opinión técnica.

II. El magistrado instructor, cuando a su juicio deba presidir la diligencia y lo permita la naturaleza de ésta, señalará lugar, día y hora para el desahogo de la prueba pericial, pudiendo pedir a los peritos todas las aclaraciones que estime conducentes, y exigirles la práctica de nuevas diligencias.

197<sup>10</sup> y 211<sup>11</sup> del Código Federal de Procedimientos Civiles, al señalar que el valor de la prueba pericial queda a la prudente apreciación del tribunal, no configuran de ninguna manera una facultad omnimoda, ni mucho menos discrecional en favor del intérprete de la norma.

Por el contrario, estas hipótesis normativas hacen necesario que, ante la presentación de dictámenes científicos o técnicos expertos, el juzgador deba determinar, previamente, si los razonamientos subyacentes en ellos y la metodología ahí empleada son científica o técnicamente válidos y si pueden aplicarse a los hechos que son sujetos a demostrarse.

Así, la calificación de confiabilidad del dictamen dependerá directamente del enfoque que adopte el juzgador, el cual además de determinarse por los principios y metodología empleados, también se determinan por el objeto de la prueba pericial, de la litis efectivamente deducida en juicio y por aspectos prácticos de razonabilidad, sin que en modo alguno esa calificación deba obedecer a la parte oferente de dicha prueba.<sup>12</sup>

---

III. En los acuerdos por los que se discierna del cargo a cada perito, el magistrado instructor concederá un plazo mínimo de quince días para que rinda y ratifique su dictamen, con el apercibimiento a la parte que lo propuso de que únicamente se considerarán los dictámenes rendidos dentro del plazo concedido.

IV. Por una sola vez y por causa que lo justifique, comunicada al instructor antes de vencer los plazos mencionados en este artículo, las partes podrán solicitar la ampliación del plazo para rendir el dictamen o la sustitución de su perito, señalando en éste caso, el nombre y domicilio de la nueva persona propuesta. La parte que haya sustituido a su perito conforme a la fracción I, ya no podrá hacerlo en el caso previsto en la fracción III de este precepto.

V. El perito tercero será designado por la Sala Regional de entre los que tenga adscritos. En el caso de que no hubiere perito adscrito en la ciencia o arte sobre el cual verse el peritaje, la Sala designará bajo su responsabilidad a la persona que deba rendir dicho dictamen. Cuando haya lugar a designar perito tercero valuador, el nombramiento deberá recaer en una institución de crédito, debiendo cubrirse sus honorarios por las partes. En los demás casos los cubrirá el Tribunal. En el auto en que se designe perito tercero, se le concederá un plazo mínimo de quince días para que rinda su dictamen.

El Magistrado Instructor, dentro del plazo de tres días posteriores a la notificación del acuerdo que tenga por rendido el dictamen del perito tercero, podrá ordenar que se lleve a cabo el desahogo de una junta de peritos, en la cual se planteen aclaraciones en relación a los dictámenes. El acuerdo por el que se fije el lugar, día y hora para la celebración de la junta de peritos deberá notificarse a todas las partes, así como a los peritos.

En la audiencia, el Magistrado Instructor podrá requerir que los peritos hagan las aclaraciones correspondientes, debiendo levantar el acta circunstanciada correspondiente.

En el caso de la Sala Superior del Tribunal, el Magistrado ponente podrá ordenar directamente la reapertura de la instrucción del juicio, a efecto de que la junta de peritos se realice en la Secretaría General o Adjunta de Acuerdos o en la Sala Regional, la cual podrá llevarse a cabo a través de medios electrónicos.

<sup>10</sup> Artículo 197. El tribunal goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas; para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria; a no ser que la ley fije las reglas para hacer esta valuación, observando, sin embargo, respecto de cada especie de prueba, lo dispuesto en este capítulo.

<sup>11</sup> Artículo 211. El valor de la prueba pericial quedará a la prudente apreciación del tribunal.

<sup>12</sup> Al respecto el Poder Judicial ha establecido como estándares para la prueba pericial en materia de amparo que “la motivación que tienen las partes en el juicio al ofrecer una probanza es que les reporte un elemento de corroboración de la veracidad de los enunciados sobre los hechos fundatorios de sus pretensiones o de sus defensas, respectivamente y, tratándose de la prueba pericial, su utilidad consiste en que la información experta que se allegue al procedimiento sea aprovechable para el juzgador, debe ser pertinente respecto de la controversia y relevante en aspectos especializados específicos. Por su parte, de las disposiciones normativas que en materia de pruebas consigna la Ley de Amparo, en su artículo 119 se establece la relativa a la forma

En ese sentido, se postulan como criterios para admitir o excluir las pruebas periciales de contenido científico o técnico, o bien, algunos aspectos específicos de éstas, a circunstancias tales como:

- a) la teoría en la que se fundamentan;
- b) el porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica empleada;
- c) las publicaciones de la teoría o la técnica que hubieren sido sometidas al control de otros expertos; y,
- d) la existencia de un consenso general de la comunidad científica o técnica interesada.

### 3. DETERMINACIÓN EN LA CALIFICACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL COMO MEDIO PROBATORIO EFICAZ EN MATERIA TRIBUTARIA

En la mayoría de los asuntos tributarios, de manera cauta puede sostenerse que, cuando se advierte el ofrecimiento de una prueba pericial contable toda regla de lógica, sana crítica y razonabilidad, apuntan a discernir si la aplicación concreta y real de los valores que fueron individualizados en la esfera jurídica del contribuyente respetaron o no las reglas contenidas en la legislación tributaria.

Esto en modo alguno puede representar o significar que el auxiliar de la administración de justicia, éste sosteniendo una interpretación jurídica. Por el contrario, la referencia que se haga a las disposiciones tributarias como normas jurídicas, se delimita porque es precisamente en esas normas en donde se debe establecer la mecánica de cálculo de esos valores económicos que pretenden ser individualizados en la esfera jurídica del contribuyente.

En tal medida, si los vicios propios de ilegalidad atribuidos a los valores que fueron individualizados se cuestionaron a través del denominado juicio de nulidad, precisamente porque a través del mismo se atribuyeron vicios de legalidad en su

---

en la que debe ofrecerse la prueba pericial, y dispone que se hará presentando el cuestionario que, una vez calificado, habrá de responder el perito; sin embargo, en dicha ley ni en su ordenamiento supletorio, el Código Federal de Procedimientos Civiles, se prevén las prescripciones necesarias para regular la forma en que este medio de prueba habrá de evaluarse, lo que hace necesario recurrir a las máximas de la experiencia para su complementación, que se basan en aspectos prácticos de razonabilidad. De acuerdo con lo anterior, para que una prueba pericial pueda cumplir su objetivo dentro de un proceso, de proporcionar al resolutor información que le permita contar con explicaciones necesarias para tomar decisiones que involucren conocimientos especializados, propios de una ciencia, técnica o arte, es preciso que al realizarse su ofrecimiento se indique el objeto del dictamen y que, en los casos en que resulte necesario, se establezcan las referencias de hecho que el perito debe tomar en consideración, ya sea porque se encuentren reconocidas o aceptadas. De no realizarse esa delimitación del contexto en que ha de producirse la peritación, se corre el riesgo de que no haya control sobre los elementos de hecho que el perito puede tomar en consideración e, incluso, que sea utilizado para tratar de introducir al proceso probanzas de naturaleza diversa. De ahí que, si para la prueba pericial es necesaria la demarcación de los aspectos de hecho a partir de los cuales el perito habrá de emitir su opinión, al realizarse su ofrecimiento debe cumplirse esa condición pues, de lo contrario, el dictamen obtenido resultará ineficaz.” (Cfr. tesis I.1o.A.E.66 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo IV, octubre de 2016).

conformación, es claro “y lógico” sostener que, la prueba pericial concreta aporta un elemento de convicción para explicar fenómenos complejos con efectos técnicos, que escapan al entendimiento de la actividad habitual desarrollada por la sala fiscal. En consecuencia, dicha prueba, “por lógica”, resulta una prueba idónea y oportuna para conocer “a fondo” la incidencia de los vicios de ilegalidad debatidos.

Debe realizarse un particular énfasis en que, cuando un valor es individualizado en la esfera jurídica del contribuyente, esto genera una afectación económica por sí sola.

En consecuencia, al ser la contabilidad una técnica que sistemática y estructuralmente produce información cuantitativa expresada en unidades monetarias sobre las situaciones económicas identificables que realiza un contribuyente, es claro que, la eficacia<sup>13</sup> de dicha prueba es un medio de convicción idóneo para acreditar una pretensión en ese sentido, pues a través del contenido de sus dictámenes se identifica la situación individualizada del gobernado en torno a un requerimiento de pago específico.

Es necesario señalar que la contabilidad se aboca a la captación de las operaciones efectuadas por una entidad, las cuales son analizadas, clasificadas y registradas para generar información concreta, en consecuencia, la prueba pericial en materia contable sí constituye un medio probatorio idóneo para acreditar hechos presentes y ciertos, pues ante un acto de liquidación, la respuesta del perito sobre la forma en que aquél se constituyó produce información cuantitativa expresada sobre las situaciones identificables y cuantificables, lo que implica que la referida pericial, arroje elementos objetivos que deben generar convicción en el juzgador.<sup>14</sup>

En este mismo sentido, si el objeto de la prueba pericial es el auxilio en la administración de justicia, mismo que consiste en permitir que un experto en determinada ciencia, técnica o arte, aporte al juzgador conocimientos propios de su pericia y de los que el juzgador carece, porque escapan al cúmulo de los que posee una persona de nivel cultural promedio, los cuales, además, resultan esenciales para resolver determinada controversia, luego, es claro que el uso de la pericial y con ella de los métodos científicos que la misma involucra, implican el aprovechamiento de conocimientos especializados indispensables para apreciar y calificar ciertos hechos o evidencias susceptibles de atribuirles o negarles un sig-

<sup>13</sup> Sobre el tema la doctrina internacional en otras materias afines al juicio de valor de la prueba pericial ha sostenido que “...lo más relevante a los efectos de imprimir validez a una prueba pericial es la existencia de mecanismos que permitan a las partes y al Tribunal Arbitral poner en entredicho las manifestaciones vertidas por los peritos.” (Jiménez Blanco & Pujol, 2016).

<sup>14</sup> Al respecto el Poder Judicial ha establecido que “... la eficacia probatoria de los dictámenes periciales dependerá de que logren aportar al juzgador información sobre reglas, principios, criterios, interpretaciones o calificaciones de circunstancias, argumentos o razones para la formación de su convencimiento, ajenos al derecho y pertinentes a disciplinas científicas, tecnológicas o artísticas, preferentemente, respecto de ciertos hechos o prácticas, también especiales, cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente y requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas y efectos o, simplemente, para su apreciación e interpretación.” (Cfr. tesis I.1o.A.E.148 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo IV, mayo de 2016, p. 2837).

nificado respecto a una aplicación concreta, con lo cual esa información resulta útil para determinar qué circunstancias o evidencias son necesarias, conforme al marco metodológico, para arribar válidamente a la conclusión sostenida en los mismos.<sup>15</sup>

En esa medida, la calificación de esos hechos y la atribución de ese significado respecto de la aplicación concreta de la prueba, en ningún momento permite cuestionar la respuesta de un dictamen pericial dependiendo de quien haya sido su oferente, pues se insiste, la perspectiva de su valoración e interpretación depende en todo momento de ponderar que el objeto de la prueba pericial es el auxilio en la administración de justicia, no de cuestionar la ética e integridad profesional del perito dependiendo de la parte que se hubiera configurado como su oferente.

De esta forma, tanto las evidencias, como los métodos involucrados en ese proceso deben ser relevantes y fiables para el resultado, fin o propósito que el medio probatorio pretenda alcanzar; aspectos que deben tomarse en cuenta para la calificación de la prueba en lo relativo a su pertinencia e idoneidad, sin ponderar en su juicio de valor quien es el oferente de la prueba.

Por razones lógico-jurídicas, la prueba pericial prevista en el capítulo IV del título cuarto del libro primero del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria al juicio contencioso administrativo federal, se desdobra en su ejecución a través de los dictámenes de los peritos estableciendo que éstos deben colmar los requisitos de fondo siguientes:

- a) Contener la información empleada para sustentar el análisis del experto;
- b) Consignar la metodología utilizada que describa los procedimientos y elementos técnicos, científicos o artísticos, empleados para llevar a cabo el examen de las cuestiones sometidas a su calificación y, en su caso, hagan referencia a los principios, máximas de la experiencia o conocimientos especializados que se apliquen;
- c) Señalar las razones o elementos en consideración para orientar las conclusiones o las opiniones preferentes si hay diversidad de opciones elegibles;
- d) Referir que el conocimiento científico o técnico aportado sea directamente relevante y concretamente útil para el negocio; y,
- e) Formular conclusiones claras, firmes y congruentes con su análisis.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Al respecto el Poder Judicial ha establecido que "... el uso, primordialmente, de la pericial, y con ella de los métodos científicos, implica el aprovechamiento de conocimientos especializados, indispensables para apreciar y calificar ciertos hechos o evidencias y poderles atribuir o negar significado respecto a una cierta práctica, hipótesis o conjetura que pretende acreditarse. También es útil para determinar qué circunstancias o evidencias son necesarias, conforme al marco metodológico, para arribar válidamente a cierta conclusión. De esta forma, tanto las evidencias, como los métodos deben ser relevantes y fiables para el resultado, fin o propósito que con el medio probatorio se intente alcanzar; aspectos que deben tomarse en cuenta para la calificación de la prueba en lo relativo a su pertinencia e idoneidad..." (Cfr. tesis I.1o.A.E.45 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo IV, noviembre de 2015, p. 3605).

<sup>16</sup> (Cfr. tesis I.1o.A.E.147 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, tomo IV, mayo de 2016, p. 2838).

En esta tesitura, resulta claro que la prueba pericial, al ser científica, proporciona al órgano jurisdiccional elementos de naturaleza técnica que le permiten entender, calificar e interpretar ciertos hechos cuya intelección exige conocimientos técnicos de determinadas disciplinas con los que no cuenta la sala fiscal y por ende, la misma debe acudir a aquellas figuras que se configuran como auxiliares de la administración de justicia, para allegarse de esa información y resolver en consecuencia.

#### 4. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL PERITO COMO PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM*

Es así como en atención al marco teórico anterior, debe iniciarse ahora con la elaboración de esta parte argumentativa estableciendo la consideración de que, tanto la doctrina como la práctica forense, convergen en torno al tema de la valoración de las pruebas señalando que existen los sistemas tasado (o legal) y el sistema de pruebas libres (o de libre convicción).<sup>17</sup>

Por un lado, el sistema tasado es aquel en el que la ley señala por anticipado la eficacia probatoria que el juzgador debe atribuir a cada probanza, mientras que, el sistema de libre convicción, es aquel que se funda en la sana crítica que constituyen las reglas del correcto entendimiento humano, en las cuales interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juzgador, contribuyendo a que pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.<sup>18</sup>

Por cuanto hace al caso concreto, los principios relativos a la valoración de la prueba según el sistema de libre convicción, se encuentran previstos en el artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Civiles, al establecer que los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, de modo que, salvo aquellos casos en que la ley otorga el valor probatorio a una prueba, el juez debe decidir con arreglo a la sana crítica, esto es, sin razonar a voluntad, discrecionalmente o arbitrariamente.

En este sentido, si el peritaje es una actividad humana de carácter procesal, desarrollada en virtud de encargo judicial por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por su experiencia o conocimientos técnicos, artísticos o científicos y mediante la cual se suministran al juzgador argumentos y razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos, también especiales, cuya percepción y entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas y requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas y de sus efectos o, simplemente, para su apreciación e interpretación, es claro que la peritación cumple con una doble función: verificar los hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del juez; y dos, suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia

<sup>17</sup> (González Castillo, 2006).

<sup>18</sup> *Ídem*.

especializada de los peritos para formar la convicción del juez sobre tales hechos ilustrando su entendimiento.

En tal virtud, el valor probatorio del peritaje radica en una presunción concreta, de que el perito es sincero, veraz, honesto, imparcial, capaz y experto en la materia sobre la cual dictamina, en la que además ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ellas se concluyen, gracias a las reglas técnicas, científicas<sup>19</sup> o artísticas de la experiencia que conoce y aplica para esos fines, en forma explicada, motivada, fundada y conveniente.

Ante ello, es ilegal desestimar una opinión pericial, el hecho de que se trata de análisis de cuestiones de carácter económico con lo cual la pericial en materia de contaduría pública no resulte idónea para conocer el fondo debatido y en su caso demostrar la pretensión deducida en juicio; ni tampoco para sostener que los dictámenes son genéricos e insuficientes; ni que el dictamen pericial representa una interpretación de las normas jurídicas lo que hace que el mismo se desestime por sí solo; o bien, que el perito reproduce las mismas afirmaciones que su oferente; etcétera.

Y es que la trascendencia de dicha determinación vincula a los artículos 15, fracción VII y 43 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en directa relación con los artículos 197 y 211 del Código Federal de Procedimientos Civiles, pues a partir de ellos se hace necesario que, ante la presentación de dictámenes científicos o técnicos expertos, el juzgador deba determinar si los razonamientos subyacentes en ellos y la metodología ahí empleada son científica o técnicamente válidos y si pueden aplicarse a los hechos sujetos a demostración; aspectos que nada tienen que ver si el peritaje es ofrecido por alguna de las partes contendientes.

Por tanto, no resulta apegado a derecho negar todo valor probatorio a los dictámenes de referencia por el solo hecho de que la sala fiscal considere que cuenta con una facultad omnímoda de “libre valoración”, sino que, incluso existe la obligación de que, su criterio deben considerar dichos dictámenes incluso como un indicio y por tanto debe atender los hechos que con ellas se pretende probar en su integración con el resto de los elementos probatorios que hayan sido ofrecidos, a fin de establecer como resultado una valuación integral de todas las pruebas ofrecidas y con ello fijar un verdadero alcance del caudal probatorio con el que cuente el intérprete de la norma tributaria.

En esta tesitura, no solo era de esperarse el pronunciamiento vertido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el que ha reconocido que el objeto de la prueba pericial es auxiliar al juzgador en la evaluación de hechos o circunstancias que requieren conocimientos técnicos y especializados

<sup>19</sup> Para el caso de la actuación del perito contable éste se basa en el boletín 7010 “Normas para Atestiguar” en correlación con el boletín 7050 “Otros Informes sobre exámenes y Revisiones de atestiguamiento”, emitidos por el Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A.C., así como de la NIF A-2, como requisitos de fondo que debe contener un dictamen para ser valorado plenamente y crear convicción en el órgano resolutor. (Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2005).

de los cuales carece, por lo que se estima que los peritos actúan como verdaderos auxiliares en la administración de justicia y no con tintes de “sociedad” de la parte oferente de la prueba.

Bajo este postulado, se ordenó que el desempeño de su encargo debe regirse por el principio de imparcialidad, el cual los obliga a permanecer ajenos a los intereses de las partes en controversia, aun cuando éstas los hubieran designado, pues su actuación debe contribuir a resolver el juicio sin favorecer indebidamente a las partes, siendo que, bajo esos postulados, existe la presunción de que los peritos actúan de forma imparcial *iuris tantum* de que opera el principio de imparcialidad.

Y en un segundo orden, puede válidamente sostenerse que atento a ese parámetro de valoración de atender a una sana crítica, resulta indispensable traer a colación la trascendencia de que, un dictamen contable, por la misma estructura de nuestro sistema legal, “curiosamente” es valorado a partir de presunciones de derecho, con lo cual, la afirmación tajante del intérprete de la norma tributaria en el sentido de que son cuestiones de carácter económico, o sus conclusiones deben ser desestimadas cuando representan una interpretación de las normas jurídicas, se desestiman por sí solas.

En reconocimiento a estos postulados dentro del orden jurídico que impera la interpretación de la materia tributaria, puede válidamente armonizarse el contenido de la tesis aislada emitida por la Primera Sala del Alto tribunal siguiente mismo que fuera publicado en el Semanario Judicial de la Federación correspondiente:

**PERITOS. EL DESEMPEÑO DE SU ENCARGO DEBE REGIRSE POR EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD, AUN TRATÁNDOSE DE LOS DESIGNADOS POR LAS PARTES.** La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que el objeto de la prueba pericial es auxiliar al juzgador en la evaluación de hechos o circunstancias que requieren conocimientos técnicos y especializados de los cuales carece, por lo que se ha estimado que los peritos actúan como verdaderos auxiliares en la administración de justicia, pues a través de sus conocimientos hacen posible el ejercicio de la labor jurisdiccional al permitir al Juez dirimir la controversia sometida a su conocimiento; de ahí que el desempeño de su encargo debe regirse por el principio de imparcialidad, el cual los obliga a permanecer ajenos a los intereses de las partes en controversia, aun cuando éstas los hubieran designado, pues su actuación debe contribuir a resolver el juicio sin favorecerlas indebidamente. Ahora bien, del análisis de los preceptos que regulan la prueba pericial en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, se advierte que respecto de los peritos designados por las partes, a pesar de esta circunstancia y de que son ellas quienes en principio cubren sus honorarios, existe la presunción de que los peritos actúan de forma imparcial; sin embargo, dicha presunción admite prueba en contrario, por lo que ante el reclamo de alguna de las partes en el sentido de que alguno de los peritos se ha conducido con parcialidad, el Juez debe evaluar el desempeño de la función auxiliar encomendada, analizando los diversos elementos que concurren en el caso para determinar si la presunción *iuris tantum* ha quedado desvirtuada, y tomando en cuenta que la carga de la prueba corresponde a quien alega que el principio de imparcialidad no fue respetado.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Tesis 1a. XXIX/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, marzo de 2018.

En este sentido, se establece finalmente que es a partir de estos postulados que el intérprete de la norma tributaria debe justipreciar las cuestiones técnicas controvertidas, por esa precisa razón, es decir, por tratarse de cuestiones técnicas que en ningún momento pueden dejar margen a la discrecionalidad, ni del oferente, ni del auxiliar de la administración de justicia, ni mucho menos, del intérprete de la norma tributaria.

## CONCLUSIONES

Primera. La prueba pericial contable en materia fiscal debe precisar su utilidad, eficacia e idoneidad a partir de su concepción como un instrumento ejecutado por auxiliares de la administración de justicia en estricto sentido.

Segunda. Bajo una perspectiva de que los peritos se configuran como auténticos auxiliares de la administración de justicia, el intérprete de la norma se coloca en una situación que le permite armonizar todo el caudal probatorio con el que cuenta para resolver las cuestiones técnicas que son sometidas a su consideración excluyendo por sí sola una valoración aislada del dictamen pericial contable.

Tercera. Nuestro sistema legal ha comenzado a destacar un sistema de valoración basado en presunciones jurídicas sobre cuestiones de carácter técnico propias o inherentes a una disciplina distinta del derecho que, por un lado, permite ya armonizar el sentido de la decisión final del intérprete de la norma con la técnica o conocimiento que se requiere para resolver la cuestión debatida; y por el otro, permite generar un mecanismo que evita la interdicción en la arbitrariedad de la interpretación de la norma bajo paradigmas subjetivos con los que hasta ahora cuenta el juez.

## REFERENCIAS

ABEL LLUCH, X. (2015). *Las regas de la sana crítica*. La Ley.

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2008). *Derecho tributario y medios alternativos de solución de controversias* (Vol. 11). (F. d. (AFDUAM), Ed.) España.

Australian tax office. (2009). *Practice statement law administration 2009/9, Conduct of tax office litigation*. Australia: Australian tax office.

BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C. (1996). La finalización convencional de los procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales para la resolución de conflictos. En G. E. Pisarik, *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons-IEF.

Comisiones unidas de hacienda y crédito público y de estudios legislativos. Senado de la República. (2013). *Dictamen correspondiente a la minuta con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación*. México: Senado de la República.

- GONZÁLEZ CASTILLO, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 93-107.
- HARRISON, W., & HORNGREN, C. (2003). *Contabilidad*. México: Pearson.
- Instituto Mexicano de Contadores Públicos. (2005). *Principios de contabilidad generalmente aceptados*, (20 ed.). México: Instituto Mexicano de Contadores Públicos.
- JIMÉNEZ BLANCO, G., & PUJOL, O. (2016). Arbitraje y prueba pericial. (U. C. Uruguay, Ed.) *Revista de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay.*, 13, 33-86.
- LÓPEZ CASTRO, P. (2005). *Contabilidad básica*. México: Éxodo.
- MIRANDA CAMARENA, A., & NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (julio-diciembre de 2014). El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. (U. d. Medellín, Ed.) *Opinión Jurídica-Universidad de Medellín*, 13(26), 69-79.
- PÉREZ, J.; SUÁREZ, H.; DÉNIZ, J., & BONA, C. (2007). *Fundamentos de contabilidad: teoría y práctica*. Madrid: Delta publicaciones universitarias.
- PÉREZ DE AYALA, J., & GONZÁLEZ GARCÍA, E. (1994). *Derecho tributario I*. Salamanca, España: Plaza Universitaria ediciones.
- POMBO, J. (2011). *Contabilidad general*. Madrid: Paraninfo.
- Procuraduría de la Defensa del Contribuyente. (2014). *La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, Serie de cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente* (Vol. XIII). México: Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.
- RAMÍREZ, J. G. (s.f.). *Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia*. México: Suprema Corte de Justicia de a Nación.
- SÁNCHEZ ACEVES, J. (2008). La creación de una instancia de conciliación en materia tributaria previa al juicio de nulidad fiscal. *Letras jurídicas: Revista electrónica de derecho*(6).
- TROYA JARAMILLO, J. V. (2004). Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional. (U. A. Bolivar, Ed.) *Foro Revista de Derecho*(3).

**INSTITUTO HUMANITÁRIO TRANSVERSAL DA  
HISTÓRIA DA HUMANIDADE**  
***INSTITUTO DE HISTORIA TRANSHUMANITARIA DE LA  
HUMANIDAD***  
***INSTITUTE OF TRANSHUMANITARIAN HISTORY OF  
HUMANITY***

JOSÉ NORONHA RODRIGUES\*

Universidade dos Açores, Portugal  
jose.n.rodrigues@uac.pt

ANA BEATRIZ DA SILVA MACIEL E MEDEIROS ANDRADE\*\*

Universidade dos Açores, Portugal  
beatriz.medeiros.andrade@gmail.com

**ABSTRACT:**

*In this article we propose to take a brief tour of the International History of Asylum Law, from the times portrayed in the Bible up to the present time, through the two World Wars and the important milestone that was the creation of the 1951 Geneva Convention on the Statute refugees, among others. We will focus our study on the role of the asylum institution in the International Juridical Order, making a distinction between the instruments of Universal scope and the instruments of Regional scope that deal with this subject. Finally, we will make a distinction between the concept of asylum and that of refugee.*

**Keywords:**

*Humanitarian Institute, Asylum, History of Humanity.*

**RESUMO:**

Neste artigo propomo-nos a fazer uma breve viagem pela História Internacional do Direito de Asilo, desde os tempos retratados na Bíblia até à atualidade, passando pelas duas Guerras Mundiais e pelo marco importante que foi a criação da

\* Cátedra do Centro de Política para a Convenção dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, investigador do CEEApIA, CEIS20, IUS GENTIUM COIMBRIGAE e membro colaborador do CEDIS, IDILP, CINETS, CEDUE, IDCLB, Professor Auxiliar na Universidade dos Açores, e-mail: jose.n.rodrigues@uac.pt

\*\* Mestre em Relações Internacionais com dissertação intitulada “A Crise dos Refugiados - A transversalidade temporal do asilo e a premente necessidade da sua uniformização”, defendida e aprovada na Universidade dos Açores, em 2017, advogada, e-mail: beatriz.medeiros.andrade@gmail.com.

Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, entre outros. Incidiremos o nosso estudo sobre o papel da instituição de asilo na Ordem Jurídica Internacional, fazendo uma distinção entre os instrumentos de âmbito Universal e os instrumentos de âmbito Regional que versam esta temática. Finalmente, faremos uma distinção entre o conceito de asilo e o de refugiado.

**Palavras chave:**

Instituto Humanitário, Asilo, História da Humanidade.

**SUMÁRIO:** – 1. *Introdução* – 2. *A História Internacional do Direito de Asilo* – 2.1. *A história do asilo* – 2.2. *A constitucionalização do direito de asilo* – 3. *A influência das Grandes Guerras Mundiais na Problemática dos Refugiados* - 3.1. *A Primeira Guerra Mundial* - 3.2. *A Segunda Guerra Mundial* – 4. *A instituição de asilo na Ordem Jurídica Internacional - instrumentos de âmbito Universal* – 4.1. *A Carta das Nações Unidas e a criação da Organização Internacional para os Refugiados (OIR)* – 4.2. *O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)* – 4.3. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos* - 4.4. *A adoção da Convenção das Nações Unidas relativa aos Refugiados* - 4.5. *A necessidade da criação do Protocolo de Nova Iorque* – 4.6. *A Declaração sobre Asilo Territorial das Nações Unidas* - 5. *A instituição de asilo na Ordem Jurídica Internacional - instrumentos de âmbito Regional* – 5.1. *A Criação do Conselho da Europa e o Instituto de Asilo* – 5.2. *O continente africano e o asilo* – 5.3. *O Instituto de Asilo na América Latina e a Convenção de Caracas de 1954* – 5.3.1. *A evolução do asilo na América Latina: do Tratado de Direito Penal Internacional à Declaração de Cartagena das Índias* – 5.3.2. *O asilo territorial e o asilo diplomático na Convenção de Caracas* – 6. *Asilo e Refugiados: Particularidades e Tipicidades* – 6.1. *A noção e as categorias de asilo* – 6.2. *A distinção entre os conceitos de asilo e refugiado* – 7. *Conclusão*.

## 1. INTRODUÇÃO

O Mundo enfrenta atualmente a maior crise de refugiados desde a II Guerra Mundial. Todos os dias, centenas de migrantes tentam chegar ao Ocidente com o sonho de um futuro melhor, fugindo da guerra, da miséria, da fome, da corrupção e da morte. Segundo os dados da Amnistia Internacional, dos mais de 50 milhões de refugiados existentes, a maioria são sírios, afegãos, iraquianos e kosovares que pagam milhares de dólares para fazerem a travessia até um lugar seguro, não sabendo que vão ser largados pelos traficantes numa cidade desconhecida, sem apoio nem documentos, ou às vezes até no mar, onde muitos deles acabam por vir a perder a vida.<sup>1</sup> Foi o que aconteceu, por exemplo, a 16 de abril de 2016 quando um barco que tentava chegar à Europa vindo da Líbia naufragou, causando a morte de cerca de 500 pessoas.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Cfr. SIMÕES, Cátia: “Já chegaram à Europa mais de 50 milhões de refugiados este ano”, *Económico*, 9 agosto de 2015, in [http://economico.sapo.pt/noticias/ja-chegaram-a-europa-mais-de-50-milhoes-de-refugiados-este-ano\\_225768.html](http://economico.sapo.pt/noticias/ja-chegaram-a-europa-mais-de-50-milhoes-de-refugiados-este-ano_225768.html), consultado a 10/12/2015.

<sup>2</sup> Cfr. ONUBR: “Conselho de Segurança lamenta morte de até 500 refugiados em naufrágio no Mar Mediterrâneo”, *ONU Brasil*, 25 de abril de 2016, in <https://nacoesunidas.org/conselho-de-seguranca-lamenta-morte-de-ate-500-refugiados-em-naufragio-no-mar-mediterraneo/>, consultado a 16/06/2016.

De facto, em abril de 2015, já se tinham registado quase 900 mortes no Mar Mediterrâneo, o que representa 50 vezes mais do que no mesmo período no ano anterior. Em 2014, registaram-se apenas 17 mortes às portas da Europa<sup>3</sup> e espera-se que no ano de 2016 os números sejam piores do que os de 2015, uma vez que desde o seu início já morreram ou desapareceram 3.211 migrantes, apenas menos 15% que o número total de mortes registado em todo o ano de 2015 (3.771).<sup>4</sup>

Ora, a principal causa deste movimento migratório de difícil comparação na História da Humanidade tem a sua origem no conflito na Síria, bem como na constante violência no Afeganistão e na Eritreia, assim como na pobreza no Kosovo, situações que levam milhares de pessoas destas regiões a procurar asilo noutros países. Mais de 300 mil pessoas que requerem asilo nos países membros da União Europeia provêm da Síria, com uma larga vantagem em relação àquelas provenientes do Afeganistão, Kosovo, Eritreia, Sérvia, Paquistão, Iraque e Irão, de onde também fogem milhares de refugiados em busca de asilo.

Note-se também que os pedidos de asilo feitos na União Europeia multiplicaram-se no ano de 2015: a Eurostat registou 1.255.600 pedidos de asilo em 2015, mais do dobro do que em 2014.<sup>5</sup> Entre os países procurados, a Alemanha lidera a preferência dos migrantes, tendo recebido mais de 441 mil pedidos no ano de 2015, o que constitui 35% do total da UE. Depois da Alemanha, os países escolhidos são a Hungria com 14%, a Suécia com 12%, a Áustria com 7%, a Itália com 7% e a França com 6%. Em Portugal, o número de novos requerentes de asilo aumentou 89%, para 830 pedidos, valor que representa 0,1% do total da UE, sendo que a maior parte dos requerentes são oriundos da Ucrânia (45% do total nacional), do Mali (10%) e do Paquistão (8%).<sup>6</sup>

Com o objetivo de ajudar os migrantes que deixam os seus países de origem em situações precárias, o presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, propôs a 9 de setembro de 2015, em Estrasburgo, a distribuição pelos Estados-membros de mais de 120 mil refugiados que estão na Itália, Grécia e Hungria, com caráter urgente e obrigatório.<sup>7</sup>

A lista de recolocação de refugiados era liderada pela Alemanha como país que mais refugiados receberia, 31.443, seguindo-se a França, com 24.031, e a Espanha, com 14.931.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Cfr. AMNISTIA INTERNACIONAL: “Morte de refugiados e migrantes no Mediterrâneo é já 50 vezes mais do que no ano passado enquanto governos europeus nada fazem”, *Amnistia Internacional*, 15 de abril de 2015, in [http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2069:2015-04-15-15-43-58&catid=35:noticias&Itemid=23](http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=2069:2015-04-15-15-43-58&catid=35:noticias&Itemid=23), consultado a 16/06/2016.

<sup>4</sup> Cfr. LUSA: “Mais de 300.000 migrantes atravessam o Mediterrâneo”, *Açoriano Oriental*, 21 de setembro de 2016, p. 18.

<sup>5</sup> Cfr. LUSA: “Pedidos de asilo mais que duplicaram na UE”, *Expresso*, 4 de março de 2016, in <http://expresso.sapo.pt/internacional/2016-03-04-Pedidos-de-asilo-mais-do-que-duplicaram-na-UE>, consultado a 16/06/2016.

<sup>6</sup> Cfr. EXPRESSO: “Portugal vai acolher a partir de outubro 3.074 refugiados”, *Expresso*, 9 setembro 2015 in <http://expresso.sapo.pt/sociedade/2015-09-09-Portugal-vai-acolher-a-partir-de-outubro-3.074-refugiados>, consultado a 10/12/2015.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Cfr. BBC: “Refugiados na Europa: a crise em mapas e gráficos”, *BBC Brasil*, 6 setembro 2015, in [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150904\\_graficos\\_imigracao\\_europa\\_rm](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150904_graficos_imigracao_europa_rm), consultado a 10/12/2015.

Esta proposta da Comissão Europeia de serem definidas quotas de refugiados para cada Estado-membro —e em que o número de migrantes a receber seria calculado através de uma equação onde constaria o PIB, a taxa de desemprego, o número de refugiados já acolhidos e a população— foi rejeitada numa primeira linha. Contudo, apesar da oposição de alguns países, o sistema de quotas acabou por ser adotado, ainda que não tenha total aplicação prática. Assim, o acolhimento de refugiados é feito de forma voluntária e o número de pessoas a receber é determinado por cada país.<sup>9</sup>

O Estado Português comprometeu-se a receber até 4500 refugiados que estão em Itália e na Grécia, sendo que já se registou a chegada de 555 refugiados a terras lusitanas provenientes da Grécia e da Itália até ao dia 27 de setembro de 2016 e espera-se que este número duplique até ao fim do ano.<sup>10</sup> O objetivo é distribuir os diversos refugiados por todo o território nacional, tendo em conta as suas qualificações, as necessidades ao nível do sistema educativo e a capacidade instrutiva existente nos diversos pontos do país, para uma melhor integração daqueles quer ao nível do mercado de trabalho, quer ao nível da educação.<sup>11</sup>

Contudo, vários países da União Europeia procuraram rapidamente reforçar as suas fronteiras por forma a proteger as suas economias frágeis, que se encontram a recuperar da crise financeira, do desemprego e das ajudas externas. Por exemplo, o Reino Unido, usando o Exército mas numa operação gerida por civis, tentou reforçar a sua cerca, e a Hungria acelerou a construção de uma vala onde vão assentar 175 quilómetros de betão na fronteira com a Sérvia por forma a impedir a entrada de migrantes ilegais.<sup>12</sup>

Sobre a posição do Estado Húngaro em relação à entrada de refugiados no seu território, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) veio publicamente mostrar a sua preocupação com as medidas restritivas implementadas, chamando a atenção das autoridades húngaras para garantirem o acesso desimpedido das pessoas que necessitem de proteção, através de uma gestão de fronteiras conforme com o Direito Internacional.<sup>13</sup>

Por outro lado, em 20 de setembro de 2016, o Reino Unido e a França iniciaram a construção de um muro destinado a impedir o acesso ao porto de Calais (norte de França), principalmente por migrantes que querem chegar ao Reino Unido.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Cfr. DIAS, João de Almeida: “Portugal vai receber 1500 refugiados em dois anos, a maioria vem da Síria”, *Observador*, 7 julho de 2015 in <http://observador.pt/2015/07/07/portugal-vai-receber-1500-refugiados-dois-anos-maioria-vem-da-siria/>, consultado a 10/12/2015.

<sup>10</sup> Cfr. LUSA: “Portugal recebeu 555 refugiados da Grécia e Itália num ano”, *Observador*, 28 de setembro de 2016, in <http://observador.pt/2016/09/28/portugal-recebeu-555-refugiados-da-grecia-e-italia-num-ano/>, consultado em 29/09/2016.

<sup>11</sup> Cfr. ECONÓMICO: “Refugiados começam a chegar a Portugal em Novembro”, *Económico*, 23 setembro 2015, in [http://economico.sapo.pt/noticias/refugiados-comecam-a-chegar-a-portugal-em-novembro\\_229674.html](http://economico.sapo.pt/noticias/refugiados-comecam-a-chegar-a-portugal-em-novembro_229674.html), consultado a 10/12/2015.

<sup>12</sup> Cfr. SIMÕES, Cátia: “Já chegaram à Europa mais de 50 milhões de refugiados este ano”, *Económico*, 9 agosto de 2015, in [http://economico.sapo.pt/noticias/ja-chegaram-a-europa-mais-de-50-milhoes-de-refugiados-este-ano\\_225768.html](http://economico.sapo.pt/noticias/ja-chegaram-a-europa-mais-de-50-milhoes-de-refugiados-este-ano_225768.html), consultado a 10/12/2015.

<sup>13</sup> Cfr. UNHRC: “UNHRC urges Europe to change course on refugee crisis”, *UNHRC*, 16 de setembro de 2015, in <http://www.unhcr.org/55f9a70a6.html>, consultado a 10/12/2015.

<sup>14</sup> Cfr. DN/Lusa: “Começou a construção do Muro de Calais”, *Diário de Notícias*, 20 de setembro de 2016, in <http://www.dn.pt/mundo/interior/arrancam-obras-de-construcao-do-muro-que-bloqueia-acessos-ao-porto-de-calais-5399557.html>, consultado a 29/09/2016.

A verdade é que os recentes atentados terroristas —designadamente, à Redação da Revista *Charlie Hebdo* em Paris, em janeiro de 2015, a diversos locais da mesma cidade, como a casa de espetáculos *Bataclan*, a 13 de novembro de 2015, os ataques à estação de metro Maelbeek e ao Aeroporto Internacional de Zaventem em Bruxelas, em 22 de março de 2016, ou o ataque à discoteca LGBT em Orlando nos EUA, em 12 de junho de 2016— transmitiram aos países em geral um sentimento de insegurança. Colocou-se até a possibilidade de os terroristas aproveitarem a rota dos refugiados para se infiltrarem nestes países e provocarem aqueles ataques, o que, consequentemente, leva os respetivos Governos a sentirem necessidade de reforçarem as suas fronteiras.

Neste sentido, o ACNUR veio apelar para o facto de que só uma resposta unida por parte da União Europeia poderá conseguir fazer face ao problema. Segundo o Alto Comissariado, medidas individuais não vão resolver a situação mas, ao invés, torná-la pior e aumentar a tensão entre os Estados num momento em que a Europa necessita de solidariedade e confiança. Por isso, o ACNUR lembrou também os Estados das suas obrigações decorrentes da Convenção das Nações Unidas para os Refugiados, designadamente o seu artigo 31º, em que se prevê a não penalização perante a entrada ou presença não autorizada de requerentes de asilo ou refugiados em território estrangeiro.

A crise dos refugiados não é um fenómeno exclusivamente pertencente à Contemporaneidade: desde sempre se assistiu à deslocação massiva de pessoas motivada por violações dos mais elementares direitos humanos. Perseguições e discriminações por motivos de género, raça, linguagem, nacionalidade, opinião política, religião, situação económica, orientação sexual, entre outros, têm hoje o mesmo simbolismo e importância, a nível jurídico e social, que tinham há muitos anos, afetando as vítimas de hoje de forma igualmente gravosa em relação às vítimas de ontem. E é esta intemporalidade que faz com que o instituto de asilo seja um instituto humanitário transversal da história da Humanidade.

Assim, com este artigo pretendemos, por um lado, demonstrar a transversalidade temporal do instituto de asilo e, por outro, averiguar da necessidade da sua uniformização<sup>15</sup> em substituição da política de harmonização das legislações de cada um dos Estados-membros sobre esta matéria, que é a situação que se verifica atualmente na União Europeia.

Neste sentido, analisaremos os elementos característicos do asilo e a sua evolução a nível internacional, designadamente a sua influência nos primórdios da Humanidade, a sua constitucionalização e o seu papel durante as duas Guerras Mundiais, dissecando igualmente os principais instrumentos jurídicos sobre esta matéria a nível universal e a nível regional.

---

<sup>15</sup> Defendi esta teoria na minha tese de Doutoramento em Direito, intitulada *Política única de Asilo para a União Europeia*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, 2012.

## 2. A HISTÓRIA INTERNACIONAL DO DIREITO DE ASILO

### 2.1. *A história do asilo*

A ideia de asilo já conta com um considerável percurso histórico,<sup>16</sup> sendo possível apontar diversos momentos ao longo da História Universal em que esta temática surgiu.<sup>17</sup> De facto, nos primórdios da Humanidade, designadamente nos tempos antigos retratados na Bíblia<sup>18, 19</sup> já encontramos referências ao asilo.

Importa dizer que o asilo não foi conotado desde sempre como um instituto jurídico,<sup>20</sup> sendo considerado, ao invés, uma prática de proteção. Neste sentido, aqueles que fugiam, faziam-no em busca da proteção que lhes fora negada nos seus locais de origem e era precisamente este conceito de “proteção” que correspondia à noção da palavra asilo. Só depois, com a submissão da Grécia à soberania de Roma, a instituição de asilo sofreu a influência do direito romano, passando a ter também caráter jurídico, para além do caráter religioso que já detinha.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Sobre esta temática referem Paulo Merêa, Cabral de Moncada e Teixeira Ribeiro que “a ideia de asilo —pode dizer-se— é tão antiga como a humanidade, e os historiadores mais célebres dizem-nos que, mesmo entre os mais antigos povos e civilizações, se encontram notícias acerca de certos e determinados locais onde os perseguidos encontravam um asilo mais ou menos seguro contra os perseguidores. Estas primitivas formas de asilo não derivavam contudo de normas jurídicas internacionais. Tratava-se de um asilo fundamentalmente de origem religiosa ou, pelo menos, supersticiosa.” (Cfr. MERÊA, Paulo, MONCADA, Cabral de e RIBEIRO, Teixeira: “O Asilo Interno em Direito Internacional Público (Origem, evolução e estado atual do problema)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XXI (1945), Universidade de Coimbra, p. 59).

<sup>17</sup> A este propósito refere Andréa Lúcia Alves da Silva que “[o] homem tem convívio, desde os mais remotos tempos, com o fato de ter de sair de sua cidade de origem em razão de ter desagradado os seus governantes, ou a sociedade na qual vivia. A infração cometida possuía como punição, por quem detinha o poder, a suspensão da guarida ao faltoso que tinha, conseqüentemente, que tentar recuperar a proteção perdida.” (Cfr. SILVA, Andréa Lúcia da: “*Os refugiados no cenário mundial e a garantia dos direitos humanos através de uma cultura de paz*”, p. 2 in <https://www.google.pt/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=SILVA%2C+Andr%C3%A9a+L%C3%BAcia+Alves+da%2C+Os+refugiados+no+cen%C3%A1rio+mundial+e+a+garantia+dos+direitos+humanos+atrav%C3%A9s+de+uma+cultura+de+paz%2C+2012%2C+p.+2>, consultado a 10/12/2015).

<sup>18</sup> Aliás como referi, “[a própria] Bíblia contém inúmeros doutros casos de pessoas que tiveram de abandonar o seu local de origem. Podemos citar, a título de exemplo, Caim que em consequência do homicídio do irmão, se viu obrigado a vagar de terra em terra; Judas que, por ter praticado um ato de traição, “(...) foi levado cativo para fora de sua terra”, e José que se viu forçado a deixar sua casa e terra de forma a salvar seu filho da ira de Herodes (...)” (Cfr. RODRIGUES, José Noronha: “A História do Direito de Asilo no Direito Internacional”, *Temas de Integração*, Coimbra, Almedina, 1º e 2º Semestre de 2009, n.ºs 27 e 28, pp. 316 e 317).

<sup>19</sup> Refere também Teresa Cierco que “na tradição cristã, a Sagrada Família é obrigada a exilar-se duas vezes. A primeira, quando foge para o Egito, procurando proteção contra a perseguição de Herodes. A segunda, quando, de volta a Israel, José se vê obrigado por Arquelau, filho de Herodes, a retirar-se com a sua família para Nazaré. Jesus é conhecido pelo nome de “Jesus de Nazaré”, sua terra “de asilo”.” (Cfr. CIERCO, Teresa: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, Edições Almedina, S. A., Agosto 2010, p. 21.)

<sup>20</sup> Como referem Paulo Merêa, Cabral de Moncada e Teixeira Ribeiro, “já entre os mais antigos povos se sentia a necessidade de proteger os fracos contra os fortes e as vítimas contra os seus cruéis perseguidores. Isto, porém, ainda não quer dizer que o asilo tivesse sido praticado entre os povos primitivos e muito menos que constituísse uma instituição jurídica.” (Cfr. MERÊA, MONCADA e RIBEIRO: “*O Asilo Interno em Direito Internacional Público...*”, *op. cit.*, pp. 60 e 61).

<sup>21</sup> Cfr. ANDRADE, José H. Fischel de: *Direito Internacional dos Refugiados, Evolução Histórica (1921-1952)*, São Paulo: Renovar, 1995, p. 11.

Na Grécia Antiga,<sup>22</sup> os perseguidos e estrangeiros beneficiavam de proteção em templos, mosteiros, bosques sagrados e junto do imperador e, mais tarde, nas igrejas e cemitérios, o que transmitia aos gregos uma posição de superioridade por serem mais hospitaleiros que os outros povos. Para os gregos, a hospitalidade para com os estrangeiros e os peregrinos representava um alto grau de humanidade e cultura.<sup>23</sup> Para além disso, a Grécia teve a particularidade de conceder asilo a todos os criminosos, independentemente da espécie e gravidade do seu crime.<sup>24</sup>

Também as civilizações egípcia<sup>25</sup> e romana<sup>26</sup> utilizavam o asilo como forma de proteção dos escravos fugitivos, soldados derrotados e acusados de crimes. No primeiro caso, acolheram-se muitas vezes indivíduos acusados ou mesmo condenados pela justiça do rei, sendo igualmente reconhecidos como lugares de asilo os templos, o palácio real, os túmulos dos heróis e os conventos e casas dos sacerdotes; no segundo caso, o direito de asilo foi formulado como um instituto jurídico próprio que visava proteger somente as pessoas perseguidas injustamente, tanto por particulares como pelo poder público.

No entanto, é com o Cristianismo<sup>27</sup> que o instituto de asilo alcança uma amplitude universal com a adoção pelo Imperador Teodósio, o Grande, do édito que regulamenta o direito de asilo, em 431, e que foi confirmado pelo Código Justiniano em 535, restringindo, contudo, o direito de asilo às pessoas que não fossem responsáveis por delitos graves.<sup>28</sup> O direito de asilo passou a ser vinculado

<sup>22</sup> É de sublinhar relativamente a este ponto, tal como refere Andréa Lúcia Alves da Silva que “[não] foi por acaso que a palavra “asilo” derivou da língua grega, pois foi particularmente na Grécia Antiga que o asilo foi objeto de grande valia e de extenso uso [...] O indivíduo que buscava asilo, era geralmente um estrangeiro, o que em muito o favorecia perante os gregos [...] Os próprios gregos recorreram, inúmeras vezes, ao instituto do asilo, por ter sido a proscição, uma arma política de primeira importância.” (Cfr. SILVA, Andréa Lúcia da: “*Os refugiados no cenário mundial...*”, *op. cit.*, p. 3).

<sup>23</sup> Também José H. Fischel de Andrade sustenta que “foi particularmente na Grécia Antiga que o asilo foi objeto de grande valia e de extenso uso, tendo sempre sido concedido como uma noção de “inviolabilidade” ou de “refúgio inviolável”, onde o perseguido podia encontrar proteção para sua vida.” (Cfr. ANDRADE: *Direito Internacional dos Refugiados, Evolução Histórica...*, *op. cit.*, p. 9).

<sup>24</sup> Cfr. MERÊA, MONCADA & RIBEIRO: “*O Asilo Interno em Direito Internacional Público...*”, *op. cit.*, p. 62.

<sup>25</sup> Neste âmbito, refere Luciana Diniz Durães Pereira que “[politeístas], os egípcios construíram diversos templos para as suas divindades, locais em que podiam adorá-las e fazer-lhes oferendas. Alguns desses templos foram designados para abrigar e dar asilo a pessoas pertencentes a outros povos que buscavam, no Egito, proteção.” (Cfr. PEREIRA, Luciana Diniz Durães: *O Direito Internacional dos Refugiados: Análise Crítica do conceito “refugiado ambiental”*, Belo Horizonte, 2009, p. 44).

<sup>26</sup> Relativamente à civilização romana, Andréa Lúcia Alves da Silva sustenta que “[para] evitar os abusos judiciais à tranquilidade pública, o direito romano concedeu asilo somente àqueles que não fossem culpados nos termos da lei da época, protegendo, desse modo, apenas as pessoas injustamente perseguidas seja pelo Poder Público, seja por parte dos particulares.” (Cfr. SILVA, Andréa Lúcia da: “*Os refugiados no cenário mundial...*”, *op. cit.*, p. 3).

<sup>27</sup> A este propósito refere Teresa Cierco que “é com o Cristianismo que o asilo ganha um caráter universal. Os conceitos e as leis desenvolvem-se, não só de acordo com as necessidades políticas, mas também, por razões de sobrevivência. Daí que se possa explicar porque dois povos de origem nómada, os Árabes e os Judeus, incorporaram a prática de asilo nas suas culturas.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 20).

<sup>28</sup> Na verdade, excluíam-se “os homicidas, os adúlteros e os raptos de virgens, bem como, os governadores de províncias que tenham deixado ou abandonado o cargo e todos aqueles que não tenham pago os seus devidos impostos. (...) Eram inclusivamente impostas severas penas a todos aqueles que concedessem asilo

a edificações católicas como igrejas, conventos, mosteiros, cemitérios, ou seja, locais protegidos por Deus e, portanto, sagrados e imunes à perseguição. Deu-se uma modificação daqueles que eram considerados os locais privilegiados, o que permitiu um aperfeiçoamento da instituição no que toca aos seus fundamentos e à limitação da sua prática.

Ora, com a queda do Império Romano, o asilo veio desempenhar um papel muito importante na Europa Medieval, caracterizada pela crueldade e arbítrio da justiça feudal, pelas lutas internas de caráter predominantemente pessoal e pela desigualdade de ordens. Por conseguinte, as igrejas procuraram combater a opressão e a violência através da concessão do direito de asilo, desempenhando este um alto papel humanitário em favor dos fracos e oprimidos.<sup>29</sup>

Acontece, no entanto, que o direito de asilo foi alvo de uma grande reformulação nos séculos X a XV.<sup>30</sup> Em primeiro lugar, começou-se a observar abusos nas igrejas, nos conventos e noutros locais de refúgio, fruto do acolhimento de todo o tipo de criminosos, o que levou a que, a partir dos começos do século XIII, a limitação do asilo passasse a ser uma preocupação tanto da Igreja como dos Estados europeus.<sup>31</sup>

Posteriormente, as sociedades europeias passaram a ter uma política menos recetiva para com os estrangeiros, reforçando de forma mais protecionista as suas fronteiras, o que se traduziu no “período da construção da identidade dos Estados com a consequente estigmatização da diferença.”<sup>32</sup> Assistia-se, assim, ao nascimento do Estado Moderno com a consequente mutação do conceito de direito de asilo que se adaptou à conjuntura internacional sociojurídica e política emergente.<sup>33</sup>

---

às pessoas abrangidas pela exceção.” (Cfr. RODRIGUES, José Noronha: *Anais de Direito de Asilo*, CEEApLA Working-paper Series, nº 12/2008, p. 8).

<sup>29</sup> Cfr. MERÊA, MONCADA e RIBEIRO: “*O Asilo Interno em Direito Internacional Público...*”, *op. cit.*, pp. 63 e 64.

<sup>30</sup> A este propósito refere José H. Fischel de Andrade que “o período do século X ao XII (...) foi objeto de uma mudança fundamental e irreversível na Europa – a sociedade perseguidora, como tal, foi formada, causando o isolamento, a repressão, o exílio e a tentativa de extinção dos judeus, dos hereges e dos leprosos, fenómeno que envolveu uma transformação radical na relação autoridade-povo, posto que a perseguição ocorria em primeiro lugar não em razão do ódio da população, mas sim devido à decisão dos príncipes e prelados. Os séculos XIII, XIV e XV, por sua vez, testemunharam a expulsão dos judeus da Inglaterra, França, Espanha e Portugal, e a sua consequente dispersão pelos demais países europeus, norte da África, possessões holandesas, espanholas e portuguesas nas Américas.” (Cfr. ANDRADE: *Direito Internacional dos Refugiados, Evolução Histórica...*, *op. cit.*, p. 13).

<sup>31</sup> Cfr. MERÊA, MONCADA e RIBEIRO: “*O Asilo Interno em Direito Internacional Público...*”, *op. cit.*, p. 64.

<sup>32</sup> Cfr. RODRIGUES: “*A História do Direito de Asilo...*”, *op. cit.*, p. 319.

<sup>33</sup> Aliás, “[o] período da Idade Moderna, entre o Renascimento/Descobrimentos e as revoluções liberais dos finais do século XVIII, assinalou uma significativa viragem na estrutura do Estado, no plano do poder político de que era titular, e registou a defesa — e também a prática — de inúmeras formas de ditaduras soberanas. Por oposição à época medieval, a conceção do poder político centrar-se-ia e concentrar-se-ia na instituição estadual — atenuadas, primeiro, e destruídas, depois, as estruturas infra-estaduais e supra-estaduais que dominaram o panorama da organização política durante aquele período.” (Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar: *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, Volume I, 3ª Edição, 2009, p. 191).

Todavia, no século XVI, com a perda de poder do Clero<sup>34</sup> —que se traduziu no aumento considerável do número de indivíduos asilados ou em busca de proteção por terem rompido com a Igreja—, o instituto de asilo deixou de ser de exclusiva competência clerical, passando os governantes europeus a adotar uma política muito mais tolerante para com aqueles que buscavam proteção.<sup>35</sup> No entanto, esta tolerância continuava a não existir de forma tão facilitada em relação aos criminosos políticos, uma vez que o sistema repressivo penal da época se ressentia ainda de um certo espírito de ódio político e de vingança privada, próprios dos períodos de formação e estabilização dos novos agrupamentos políticos. Pelo contrário, os crimes de direito comum não eram ainda vistos como crimes contra o Estado e, por isso, era-lhes atribuída menor gravidade.<sup>36</sup>

Com estas alterações dava-se a laicização do instituto de asilo:<sup>37</sup> a transferência de poderes em matéria de asilo para o poder civil,<sup>38</sup> que atingiu a sua plenitude já no século XVII com a organização dos Estados nacionais e o consequente surgimento de um poder civil soberano no seu interior. A partir desta altura, o asilo deixa de ser um ato de caridade para com quem foge e passa a corresponder a um exercício de soberania.

Ainda no século XVII, o direito de asilo passou a ser visto por grandes precursores do Direito Internacional como um direito natural, ou seja, uma obrigação por parte dos Estados em acolher aqueles que necessitavam de proteção, por respeito ao dever humanitário internacional que lhes era inerente.

Nesta altura, Hugo Grotius<sup>39</sup> defendeu a tese de que o direito de asilo é um direito natural dos indivíduos perseguidos, fundamentado no direito à proteção e

<sup>34</sup> O Clero foi perdendo o poder e a importância que detinha na Idade Média, especialmente devido à “Lei de Partidas” —corpo normativo editado pelo rei espanhol de Castela, Afonso X, com o objetivo de trazer a unidade jurídica ao seu reino— e à Reforma que se traduziu na divisão da Igreja do Ocidente entre os católicos romanos e os reformados e protestantes, o que contribuiu para a tripartidarização da Igreja entre o Luteranismo, o Calvinismo e o Anglicanismo e para o aumento de refugiados na Europa. (Cfr. RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, *op. cit.*, p. 319).

<sup>35</sup> De facto, “na fase medieval, instados pela força imanente do liame religioso que conjugava asilo e Igreja e pelo prestígio desta instituição, os governantes da Europa, motivados pela filosofia política universalista, abriram as portas de seus reinos aos que pelas circunstâncias mais variadas, aí buscavam proteção.” (Cfr. ANDRADE: *Direito Internacional dos Refugiados, Evolução Histórica...*, *op. cit.*, p. 14).

<sup>36</sup> Cfr. MERÊA, MONCADA e RIBEIRO: “O Asilo Interno em Direito Internacional Público...”, *op. cit.*, p. 70.

<sup>37</sup> Quanto a esta temática, refere Luciana Diniz Durães Pereira que “[em] relação específica ao direito de asilo, a Modernidade foi um período de grande avanço, sobretudo no tocante à conceituação jurídica do asilo, da definição de seus elementos essenciais e do seu âmbito de aplicação. Assim, torná-lo um instituto jurídico laico, não mais completamente atrelado e de competência exclusiva da Igreja, foi não apenas uma necessidade como, também, uma consequência natural e lógica do pensamento dos homens da época.” (Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, *op. cit.*, p. 50).

<sup>38</sup> Aliás, como refere Andréa Lúcia Alves da Silva “[a] concessão do asilo deixou de ser competência exclusiva da Igreja, pois, com a organização dos Estados nacionais, e o consequente surgimento de um poder civil soberano interno, teve origem o que se pode denominar a laicização do instituto de asilo, fenómeno que, em nenhum momento, limitou as prerrogativas da Igreja, posto que com ela convivia.” (Cfr. SILVA, Andréa Lúcia da: “*Os refugiados no cenário mundial...*”, *op. cit.*, p. 4).

<sup>39</sup> Grotius defendeu igualmente “o direito dos refugiados, expulsos do seu domicílio ficarem, temporariamente ou em residência permanente, noutra país; o direito dos estrangeiros não serem discriminados em razão da

no dever de auxílio humanitário<sup>40</sup> que os Estados detêm. Apregoava igualmente que as pessoas expulsas dos seus países só tinham o direito de adquirir residência permanente noutra Estado em virtude de questões de natureza religiosa ou política, mas deviam submeter-se ao governo e autoridade legalmente impostos nestes Estados. Esta tese, no entanto, apenas foi totalmente adotada a partir do século XIX, altura em que se passou a entregar as pessoas perseguidas por graves crimes comuns aos Estados onde os crimes haviam sido cometidos.<sup>41</sup>

Assim, nos seus primeiros séculos de existência, o instituto de asilo era utilizado pelos Estados apenas em situações de emergência, quando a vida dos indivíduos se encontrava em perigo eminente. Foi isto, de facto, que se verificou nos tempos retratados pela Bíblia, com as civilizações grega, egípcia e romana, com a época do Cristianismo e durante os séculos seguintes, em que era determinada uma proteção ad hoc em função de cada caso concreto.

## 2.2. A constitucionalização do direito de asilo

Ora, no século XVIII, com a Revolução Francesa de 1789, surge a primeira consagração constitucional do direito de asilo: a Constituição Francesa de 24 de Junho de 1793 reconheceu o direito de asilo àqueles que fugiram por terem lutado pela liberdade. Neste sentido, o seu artigo 120º dispunha que o povo francês “dá asilo aos estrangeiros exilados de sua pátria por causa da liberdade. Recusa-o aos tiranos.”<sup>42</sup> Foi esta prerrogativa que deu origem à tradição francesa de concessão de proteção aos refugiados e que dura até aos dias de hoje.<sup>43</sup>

Com a constitucionalização do direito de asilo, baseado no direito à segurança e à proteção, a França dispunha-se a abrigar no seu território cidadãos de outras nacionalidades que, por serem perseguidos nos seus países de origem em virtude da não garantia dos seus direitos ou da não atribuição da sua liberdade, necessitavam de proteção.<sup>44</sup>

---

suas nacionalidade; e o direito às necessidades da vida, como alimentação, vestuário e medicamentos.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 22).

<sup>40</sup> A este propósito refere Luciana Dinis Durães Pereira que “[para] Grotius, o auxílio humanitário representava uma boa ação dos Estados Nacionais, à época recém instituídos, em promover o bem-estar e a paz da comunidade dos Estados, designada, por Grotius, pela expressão latina civitas maxima.” (Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., p. 51).

<sup>41</sup> Cfr. ANDRADE: *Direito Internacional dos Refugiados, Evolução Histórica...*, op. cit., p. 15.

<sup>42</sup> Cfr. RODRIGUES: “*A História do Direito de Asilo...*”, op. cit., p. 320.

<sup>43</sup> Sobre esta questão, refere Andreia Sofia Pinto Olveira que “apesar de a prática ter desmentido muitas vezes a bondade da proclamação, a letra do artigo 120º da Constituição de 1793 permite tirar algumas conclusões sobre o significado desta norma. Em primeiro lugar, por ela se introduz o asilo laico no conjunto das instituições jurídicas europeias, liberto de qualquer inspiração religiosa – até por aparecer ligado às reivindicações da corrente jacobina – e não ligado ao carácter específico de um lugar. Em segundo lugar, tem um duplo valor simbólico: permite identificar os valores políticos com que uma nação se pretende ver identificada e avançar para o reconhecimento do valor do indivíduo, da pessoa que, pelo seu comprometimento com uma causa, se torna merecedora de proteção noutra pátria que não a sua.” (Cfr. OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de proteção de um direito fundamental*, Coimbra Editora, 2009, pp. 44 e 45).

<sup>44</sup> Quanto a esta temática, José H. Fischel De Andrade menciona que “à época, a Assembleia Nacional declarou que em nome da Revolução Francesa, conceder-se-ia fraternidade e socorro a todos os povos que desejassem

Apesar desta prerrogativa ter feito da França o primeiro país na história universal a constitucionalizar o direito de asilo, a agitação contrarrevolucionária que se fez sentir na época levou a que esta Constituição nunca viesse a entrar em vigor. Pelo contrário, nos anos que se seguiram à Revolução Francesa, foram tomadas medidas legislativas para permitir ao Governo expulsar qualquer estrangeiro suscetível de perturbar a ordem e a tranquilidade pública. Também já no início do século XX, a Constituição Soviética oferecia asilo aos estrangeiros perseguidos por razões políticas, mas, na prática, poucas pessoas gozaram desse direito.<sup>45</sup>

Para além disso, o direito de asilo não foi acolhido da mesma forma pelas Constituições dos restantes países europeus.<sup>46</sup> Foi-lhe retirada a conotação de direito individual, passando este a constituir um direito do Estado de acolher ou não um estrangeiro requerente de asilo.<sup>47</sup> Ou seja, passou a estar nas mãos do Estado a decisão de oferecer ou não proteção ao requerente de asilo, o que significa que o direito deste só seria efetivamente acionado se houvesse uma decisão afirmativa daquele.

Assim, apesar desta tentativa falhada de consagração do direito de asilo, pouco mais se fez para o avanço na proteção jurídica aos refugiados: o seu acolhimento era uma prática aceite mas não havia garantias jurídicas para aqueles que se viam obrigados a fugir. Neste sentido, os refugiados estavam à mercê da boa vontade das autoridades do país de acolhimento que, a qualquer momento, podiam decidir expulsá-los mas que adotavam, em geral, uma atitude benevolente para com eles.<sup>48</sup>

Por outro lado, é neste século (XVIII) que se começa a assistir a uma maior sensibilização da Comunidade Internacional para a questão da violação dos Direitos Humanos. É neste contexto que nasce o princípio da não extradição, impedindo que toda e qualquer pessoa que cometesse um crime comum ou político<sup>49</sup>

---

readquirir sua liberdade, encarregando o Poder Executivo de dar aos generais as ordens necessárias para que se levasse socorro a esses povos e para que se defendesse seus cidadãos quando tivessem sido prejudicados, ou ainda pudessem sê-lo, por amor à liberdade.” (Cfr. ANDRADE: *Direito Internacional dos Refugiados, Evolução Histórica...*, op. cit., p. 16).

<sup>45</sup> Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., p. 70.

<sup>46</sup> A este propósito, Andrea Lúcia Alves da Silva refere que “as manifestações românticas de uma época de fervor pelos direitos do homem e do cidadão não foram, dentro do contexto europeu, seguidas de um progressivo desenvolvimento do direito de asilo; pelo contrário, a partir dessa época, ocorreu um longo silêncio nos textos constitucionais sobre o direito de asilo, o qual se converteu em um direito do Estado, em acolher os estrangeiros que escaparam do seu lugar de origem por razões políticas, deixando de ter o caráter de direito individual.” (Cfr. SILVA, Andréa Lúcia da: “*Os refugiados no cenário mundial...*”, op. cit., p. 4).

<sup>47</sup> “A praxe [dos] Estados foi a de decidir, caso a caso, se seria ou não conferido ao solicitante o direito de asilo, passando este a ser, de acordo com este entendimento, uma decisão política e discricionária do Estado de acolhida e não mais um direito inerente às pessoas perseguidas, de natureza essencialmente individual.” (Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., p. 53).

<sup>48</sup> Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., p. 45.

<sup>49</sup> Como refere Andreia Sofia Pinto Oliveira, “no século XIX, desenvolveu-se uma prática contrária à entrega de acusados da autoria de crimes políticos. Estes —crimes de lesa-majestade—, que tinham sido até aí considerados sempre como crimes mais graves do que os outros, passam a beneficiar de uma situação de favor para efeitos de extradição, passando a ser, desde então, vistos como infrações cujo desvalor não é absoluto,

fosse expulsa do seu país de origem, surgindo, assim, o precedente à extradição.<sup>50</sup> Neste sentido, o termo asilo passa a ser visto e utilizado como sinónimo de não extradição por crimes políticos praticamente durante todo o século XIX, sendo que os acordos e tratados de extradição que foram celebrados nesta altura passaram a conter uma cláusula de exclusão em relação aos delitos políticos.<sup>51</sup>

Ainda durante o século XIX e no início do século XX, o problema dos refugiados europeus era resolvido pela concessão de asilo ou pela extradição em cada caso concreto, não havendo legislação internacional para a proteção dos refugiados, nem sequer uma prática concertada neste sentido. Esta situação veio, no entanto, a ser alterada através da atividade da Sociedade das Nações, em consequência dos acontecimentos que tiveram lugar antes, durante e depois da Primeira Guerra Mundial.

### 3. A INFLUÊNCIA DAS GRANDES GUERRAS MUNDIAIS NA PROBLEMÁTICA DOS REFUGIADOS

#### 3.1. *A Primeira Guerra Mundial*

Com a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), esta temática ganhou uma outra dimensão por toda a Europa: as suas consequências trágicas —designadamente, a destruição dos meios de produção, as dificuldades económicas, sociais e políticas—, associadas à adoção de medidas restritivas de imigração por parte dos Estados, levaram a que milhares de pessoas se vissem obrigadas a deslocar-se para outros países, constituindo-se como o grupo socialmente mais vulnerável.<sup>52</sup>

No fim da Guerra, a Europa e a Ásia Menor receberam uma herança de 1,5 milhões de refugiados e pessoas deslocadas, espalhados por diversos países, mas a maioria deles não cabia no conceito de refugiado político: eram populações inteiras que se deslocavam desprovidas de nacionalidade e de bens.

Durante a Guerra começou-se a notar uma intensificação dos movimentos migratórios dentro da Europa —também em consequência da Revolução Russa de 1917 em que foram condenadas ao exílio centenas de milhares de russos—, mas foi, de facto, com o seu término que estas deslocações aumentaram consideravelmente, o

---

mas relativo – vale apenas para um determinado espaço e tempo -, pelo que aquele que é perseguido no seu próprio país pode ser admirado e visto como herói no país vizinho.” (*Ibidem*, p. 47).

<sup>50</sup> Sobre este assunto, José H. Fischel de Andrade refere que “o século XIX iniciou-se, em 1801, com Napoleão veemente protestando contra a extradição, requerida pela Inglaterra e levada a cabo pelo Conselho da Cidade de Hamburgo, de três irlandeses acusados de terem preparado uma insurreição armada. No ano seguinte, a despeito de seu posicionamento anterior, Napoleão requeria ao governo inglês a extradição de exilados políticos franceses.” (Cfr. ANDRADE: *Direito Internacional dos Refugiados, Evolução Histórica...*, *op. cit.*, pp. 17 e 18).

<sup>51</sup> Este princípio da não extradição apenas não vigorava se o crime fosse praticado contra os chefes de Estado, o que se traduzia na chamada “cláusula de atentado”.

<sup>52</sup> Desta Grande Guerra 8 milhões de soldados morreram, 20 milhões ficaram feridos e 5 milhões foram dados como desaparecidos. Houve igualmente milhões de contingentes de refugiados e vários milhares de movimentos populacionais e deslocações forçadas, como sejam, mais de 3.000 russos que se dirigiram para o interior e milhares de belgas e sérvios que tiveram de atravessar as suas fronteiras. (Cfr. RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, *op. cit.*, p. 323).

que dificultou a criação de um estatuto jurídico adequado que regulasse a situação.<sup>53</sup> Isto deveu-se também ao facto de a Grande Guerra ter provocado alterações significativas no mapa político da Europa e do Próximo Oriente, na medida em que se assistiu à queda dos impérios e à criação de novos Estados, que não coincidiam com a distribuição de povos existentes. Esta situação suscitou antagonismos que se tentaram minorar através da deslocação de populações.<sup>54, 55</sup>

Contudo, apesar das inúmeras consequências negativas que a Grande Guerra trouxe para a Europa —a fome, a miséria, a falta de emprego, a paz fragilizada, etc.—, há um aspeto positivo a apontar: a consciencialização por parte da Comunidade Internacional de que era necessário tomar medidas políticas quanto à problemática dos refugiados. Chegou-se à conclusão que esta questão não estava diretamente relacionada com a existência de conflitos, mas constituía um problema independente destes.

Por outro lado, o Tratado de Versalhes (1919)<sup>56</sup> criou a Sociedade das Nações<sup>57</sup> com o objetivo principal de assegurar a paz<sup>58</sup> entre os quarenta e quatro Estados signatários,<sup>59</sup> através da troca de informações e tendo competência para

<sup>53</sup> A este propósito, José H. Fischel de Andrade menciona que “ao se observar esse quadro, deve-se ter em mente que os refugiados do pós-guerra não eram só os políticos (...). Muitos havia que se encontravam em situação de completa falta de proteção estatal, mesmo sem estarem nessa situação, necessariamente, em função de suas opiniões políticas ou de suas crenças religiosas.” (Cfr. ANDRADE: *Direito Internacional dos Refugiados, Evolução Histórica...*, op. cit., p. 22).

<sup>54</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 26.

<sup>55</sup> Como refere Andreia Sofia Pinto Oliveira, “na sequência do primeiro grande conflito mundial do século passado, o Tratado de Versalhes de 1919 tentou definir uma nova ordem na Europa, traçando fronteiras capazes de satisfazer as aspirações nacionais que se faziam sentir ao tempo. Naturalmente, esta opção veio criar graves problemas às minorias que não se identificavam com a nação criada. Surgiu, assim, um problema gravíssimo de sucessão de Estados e de adequação das antigas nacionalidades aos novos Estados. A muitas pessoas foi dada a possibilidade de escolher a nação onde queriam viver e de se mudarem para o seu território ou de manterem a antiga nacionalidade nos territórios entretanto anexados a novas nações.” (Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., p. 53).

<sup>56</sup> Foi um tratado de paz assinado pelas potências europeias, na Conferência de Paz realizada em Paris em 1919, que encerrou oficialmente a Primeira Guerra Mundial. O principal ponto do tratado determinava que a Alemanha aceitasse todas as responsabilidades por causar a guerra e que fizesse reparações a um certo número de nações da Tríplice Entente (os termos impostos à Alemanha incluíam a perda de uma parte do seu território para um número de nações transfronteiriças, a perda de todas as colónias sobre os oceanos e sobre o continente africano, uma restrição ao tamanho do seu exército e uma indemnização pelos prejuízos causados durante a guerra).

<sup>57</sup> De acordo com Jéssica Luciano Gomes, “com a criação da Liga das Nações, em 1919, iniciou-se a proteção aos refugiados, devido à quantidade de vítimas e de pessoas deslocadas graças aos acontecimentos da Primeira Guerra Mundial. Os Estados-membros, com isso, demonstraram a responsabilidade jurídica do refúgio, ao estabelecer o Alto Comissariado da Liga das Nações para os Refugiados, em 1939.” (Cfr. GOMES, Jéssica Luciano: “A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos C-71/11 e C-99/11: uma análise da condição do refugiado no Direito Europeu”, *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, Módulo Europeu do Programa Jean Monnet, Edição FGV Direito Rio, Nº 4, 2015, p. 102).

<sup>58</sup> O seu Pacto criador dispõe que “os Membros da Sociedade reconhecem que a manutenção da paz exige a redução dos armamentos nacionais ao mínimo compatível com a segurança nacional e com a execução das obrigações internacionais impostas por uma ação comum.” (Cfr. Artigo 8º do Pacto da Sociedade das Nações).

<sup>59</sup> Os membros fundadores da Sociedade das Nações signatários do Tratado de Paz foram os EUA, a Bélgica, a Bolívia, o Brasil, o Império Britânico, o Canadá, a Austrália, a África do Sul, a Nova Zelândia, a Índia, a China, Cuba, o Equador, a França, a Grécia, Guatemala, Haiti, Hejaz, Honduras, Itália, Japão, Libéria, Nicarágua,

aplicar sanções aos Estados que violassem as disposições previstas no *Pacto da Sociedade das Nações*. Os Estados acordaram que “para desenvolver a cooperação entre as Nações e para lhes garantir a paz e a segurança, importa: aceitar certas obrigações de não recorrer à guerra; manter claramente relações internacionais fundadas sobre a Justiça e a honra; observar rigorosamente as prescrições do Direito Internacional [...]; fazer reinar a Justiça e respeitar escrupulosamente todas as obrigações dos Tratados nas relações mútuas dos povos organizados.”<sup>60</sup>

No entanto, a Sociedade das Nações enfrentou muito mais que um ambiente inseguro e relações diplomáticas fragilizadas, tendo que encarar um problema mais complicado: “como consequência direta da guerra, milhares de pessoas foram e estavam sendo deportadas, perseguidas, desabrigadas, ou seja, colocadas em estado total de desamparo, sendo, também, vítimas de fome e de doenças. No caso específico dos refugiados, o número de pessoas nessa situação era enorme, acentuando, ainda mais, a gravidade da situação.”<sup>61</sup>

De facto, desde o seu início, a Sociedade das Nações encontrava-se sob pressão para encontrar soluções para a problemática dos refugiados, apesar de nenhum dos preceitos do seu *Pacto* fazer referência a esta temática, nem instituir nenhum mecanismo para combater este fenómeno. Ainda assim, perante vários apelos, a Sociedade das Nações iniciou uma ação de proteção dos refugiados no sentido da preocupação com o seu estatuto jurídico e com o seu reassentamento, quando possível, embora temporário e destinado a grupos específicos de refugiados.<sup>62</sup> Apesar de não ter conseguido impedir grandes movimentações de refugiados nos anos que se seguiram à Primeira Guerra Mundial, acabou por ser através da Sociedade das Nações que tiveram início os esforços conjuntos para minimizar o sofrimento dos refugiados por parte da Comunidade Internacional, designadamente a criação do “Passaporte Nansen”,<sup>63</sup> o primeiro passaporte de viagem para os refugiados.

---

Panamá, Perú, Polónia, Portugal, Roménia, Estado Sérvio —Croata— Esloveno, Síão, Tcheco-Eslóvaquia, Uruguai, sendo que os Estados convidados a aderir ao Pacto foram a Argentina, o Chile, a Colômbia, a Dinamarca, Espanha, Noruega, Paraguai, Holanda, Pérsia, Salvador, Suécia, Suíça e Venezuela.

<sup>60</sup> *Cfr.* Preâmbulo do Pacto da Sociedade das Nações. (*Cfr.* “Pacto da Sociedade das Nações” in [https://docs.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDMTCyNjFiYTgtMjQwNy00NzlmLWE5YTYtMzJmNjY2ZTYwOTRm/edit?hl=pt\\_BR](https://docs.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDMTCyNjFiYTgtMjQwNy00NzlmLWE5YTYtMzJmNjY2ZTYwOTRm/edit?hl=pt_BR), consultado a 19/09/2016).

<sup>61</sup> *Cfr.* PEREIRA: O Direito Internacional dos Refugiados..., *op. cit.*, p. 54.

<sup>62</sup> Ora, “a razão para dito procedimento é óbvia e escusável: uma organização com o objetivo de ser universal não poderia, àquela época, ser hostil a potenciais Estados-membros, o que ocorreria a partir do momento em que se incumbisse de proteger os nacionais desses Estados, que, por uma ou outra razão, tiveram de negar-lhes provisão.” Para além disso, “em qualquer avaliação do papel da Liga das Nações no que tange aos refugiados, há, pois, que se ter em conta o cenário das relações internacionais então existente, onde os poderes das organizações internacionais ficavam consideravelmente limitados por suas cartas constitutivas e pela quase absoluta soberania estatal.” (*Cfr.* ANDRADE: Direito Internacional dos Refugiados, *Evolução Histórica...*, *op. cit.*, p. 24).

<sup>63</sup> Sobre o “Passaporte Nansen”, TERESA CIERCO refere que “esta medida, primeiro reconhecimento de um estatuto jurídico para os refugiados, possibilitou que milhares de pessoas regressassem aos seus países de origem ou se fixassem noutros, e representou o início de uma longa série de medidas jurídicas internacionais, ainda atualmente em evolução, destinadas a proteger os refugiados. Originalmente criados para os refugiados russos, os “Passaporte Nansen” foram depois estendidos aos refugiados arménios do Império Otomano (...).” (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 29).

Posteriormente, nos anos 30, despoletou-se uma crise económica sem precedentes na Europa e, conseqüentemente, uma multiplicação de regimes ditatoriais, designadamente na Itália e na Alemanha, o que, por um lado, fez aumentar o número de refugiados e, por outro, diminuiu a recetividade que os vários países passaram a ter para com estes, como foi o caso da França, Suíça e Grã-Bretanha que até aí foram sempre considerados países liberais e acolhedores.<sup>64, 65</sup>

No que se refere aos avanços na elaboração de um estatuto para os refugiados políticos, em 1928, esboçou-se uma primeira carta relativa ao estatuto dos refugiados que, no entanto, não chegou a ser aplicada pelos Estados. Em 1933 foi adotada a *Convenção relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados*, considerada como um dos primeiros instrumentos jurídicos internacionais relativos aos refugiados e pensada com o objetivo de ser aplicada especialmente em favor dos refugiados russos e arménios, entre outros. Nela se previa a proibição da expulsão dos refugiados para os países onde estes alegavam sofrer perseguição.

Apesar de ter sido ratificada apenas por oito países, esta *Convenção* atribuiu aos refugiados uma condição similar à dos estrangeiros privilegiados, tornando-se assim num modelo para os instrumentos que se lhe seguiram.<sup>66, 67</sup> No entanto, com o eclodir da Segunda Guerra Mundial, todas estas tentativas de regular o direito de asilo ficaram sem efeito e seria preciso esperar pelo fim da guerra para que se voltassem a discutir as questões do asilo e do estatuto jurídico dos refugiados.

Por outro lado, a Sociedade das Nações acabou por não singrar na cena internacional: os Estados Unidos decidiram abandonar o projeto e, mais tarde, a Alemanha Nazi seguiu pelo mesmo caminho. Também não se conseguiu efetivar a implementação dos valores que estiveram na base da sua criação, como a eliminação das disputas entre Estados e a criação de uma paz internacional, e “não [se] conseguiu efetivar a aceitação, por parte dos países integrantes [...], da noção de proteção internacional dos Direitos Humanos.”<sup>68, 69</sup> É, então, em 1946 que se

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 31 e 32.

<sup>65</sup> Sobre esta temática, Andreia Sofia Pinto Oliveira diz que “os primeiros dissidentes do regime instaurado por Mussolini, em 1922, estavam, no entanto, muito mais próximos do perfil dos refugiados do século XIX – personalidades que pertenciam às elites política, académica, social, que se opunham aos regimes instaurados e que sentiam, por isso, necessidade de fugir e de esperar no estrangeiro o momento do regresso. Na Alemanha, com a chegada de Hitler ao poder em 1933, são adotadas medidas que obrigam largas dezenas de milhares de pessoas a fugirem. (...) Também na Rússia, sob o regime de Estaline, foi intensificada a perseguição política, o que deu origem a uma onda de refugiados. Outros regimes autoritários obrigaram algumas pessoas ao exílio, entre os quais, o português.” (Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., p. 54).

<sup>66</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., pp. 32 e 33.

<sup>67</sup> Sobre esta temática, Andreia Sofia Pinto Oliveira refere que “no que toca à definição de refugiado contida nestes instrumentos internacionais, há dois elementos que estão sempre presentes e que constituem condições necessárias e suficientes para o reconhecimento da qualidade de refugiado: a ausência do país de origem e a falta de proteção por parte do governo do mesmo Estado. Com recurso a estes elementos foram definidos os refugiados russos e arménios, num arranjo de 1926, e os refugiados provenientes da Alemanha, em 1936.” (Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., p. 59).

<sup>68</sup> Cfr. RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, op. cit., p. 326.

<sup>69</sup> A este propósito, sustenta José Noronha Rodrigues que “não podemos, todavia, esquecer que (...) a Sociedade das Nações teve o mérito de aflorar previsões genéricas internacionais de Direitos Humanos, nomeadamente,

dá a dissolução da Sociedade das Nações e a sua substituição pela Organização das Nações Unidas (ONU).<sup>70</sup>

Para além disso, apesar de no pós-Guerra terem aparecido várias instituições responsáveis pelos refugiados e terem sido assinados diversos acordos e convenções<sup>71</sup> relativos a esta matéria, o facto de se tratarem essencialmente de recomendações sem força vinculativa e de serem ratificados por um número muito reduzido de Estados fez com que estes não fossem consistentemente aplicados na maior parte das vezes, o que, conseqüentemente, queria dizer que o problema dos refugiados continuava sem solução à vista.

### 3.2. *A Segunda Guerra Mundial*

Depois, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) eclodiu, trazendo novamente consequências desastrosas para a Europa a todos os níveis. A guerra provocou 55 milhões de mortos, 35 milhões de feridos, 20 milhões de órfãos, 40 milhões de deslocados e 190 milhões de refugiados, sendo que estes últimos se movimentavam por todo o lado, dentro e fora da Europa, durante a guerra e após o seu término,<sup>72</sup> como consequência dos conflitos internacionais, da desintegração dos impérios coloniais, da criação de Estados multiétnicos e da propagação dos regimes comunistas.

É neste sentido que é criada, em 1943, a Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento (ANUAR) com o objetivo de assistir os milhares de refugiados e deslocados existentes, bem como conduzi-los aos seus países de origem.<sup>73</sup> A ANUAR findou o seu mandato em 1947.

Em finais de 1950, contabilizavam-se na Europa cerca de 1.250.000 refugiados, como consequência da II Guerra Mundial, das alterações políticas na Europa de Leste e da tensão que a Guerra Fria despoletou.<sup>74</sup> No entanto, nos

---

com a implementação dos sistemas de mandatos e com o brotar de um leque de normas e de princípios genéricos de proteção das minorias.” (*Ibidem*, p. 326).

<sup>70</sup> “Entre agosto e outubro de 1944, (...) ocorreu a Conferência homónima entre China, União Soviética, Grã-Bretanha e EUA que consolidou a discussão diplomática a respeito da criação, frente ao fracasso da SDN diante da ocorrência da II Guerra Mundial (1939-1945), de uma nova [Organização Internacional] de cunho universal focada (...) na manutenção da paz e da segurança internacionais. Em decorrência das propostas de Roosevelt, a ONU foi institucionalizada, sobretudo, no sentido da criação de um Conselho de Segurança (CS) que ficaria responsável pelo monitoramento da paz.” (*Cfr.* PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, *op. cit.*, p. 57).

<sup>71</sup> São exemplos destes acordos e convenções o Acordo de Genebra de 1922, o Acordo de 31 de maio de 1924, o Acordo de 12 de maio de 1926, a *Convenção relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados de 1933* e a *Convenção respeitante ao Estatuto dos Refugiados Alemães de 1938*, entre outros.

<sup>72</sup> De facto, “após a Segunda Guerra Mundial, reaparece na Europa o fenómeno das deslocações forçadas que tiveram como causas primordiais as sistemáticas violações dos direitos humanos. Estas englobavam perseguições individuais e/ou em massa e resultavam da pobreza extrema, da discriminação social, racial, étnica, religiosa e política de determinados grupos sociais.” (*Cfr.* RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, *op. cit.*, p. 333).

<sup>73</sup> No entanto, havia quem defendesse a reinstalação dos refugiados/deslocados em vez do seu repatriamento, dando-lhes o direito de escolher o seu país de residência. Um dos países defensores desta tese eram os EUA, motivo pelo qual se recusaram a manter o seu apoio financeiro à ANUAR em 1947.

<sup>74</sup> *Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 45.

primeiros anos subsequentes ao fim da Guerra, não foi possível distinguir os movimentos de refugiados dos movimentos migratórios motivados por razões económicas, uma vez que a carência de mão-de-obra nos países mais afetados fazia com que todos os imigrantes fossem bem-vindos. A obtenção de autorização de permanência era simples e acessível, pelo que muitos pedidos de asilo não chegavam a ser formalmente apresentados.<sup>75</sup>

A partir dos anos 70, a economia deixou de crescer, dada a desregulamentação do sistema monetário internacional e o grande aumento do preço do petróleo, e, conseqüentemente, os Estados começaram a aplicar uma política de “imigração zero” para com aqueles que pretendiam entrar no seu território. Com isto, os pedidos de asilo começaram a aumentar significativamente, uma vez que o acesso ao território dos Estados já não era tão acessível como anteriormente e, por outro lado, o número de refugiados no mundo aumentou com a facilitação das deslocações intercontinentais.<sup>76</sup>

Ora, na sequência do fim da Segunda Guerra, muitos Estados, tanto a Leste como no Ocidente, tiveram que dotar os seus países de novas Constituições que passaram a incorporar o direito de asilo no seu texto constitucional. Foi o caso da França,<sup>77</sup> da Alemanha<sup>78</sup> e da Itália<sup>79</sup> e, mais tarde, nos anos 70, de Portugal e de Espanha.<sup>80</sup> Em todos estes países, com exceção da França, foi incluído o direito de asilo nas suas Constituições na sequência da queda dos regimes autoritários e da adoção de constituições democráticas.<sup>81</sup>

Neste sentido, a previsão do direito de asilo nas Constituições dos países europeus representou um grande passo. A partir daquele momento, o asilo passou a constituir uma garantia constitucional e a integrar a lei fundamental mais importante de diversos Estados, o que, conseqüentemente, reforçava a sua proteção.

Em Portugal, a integração do direito de asilo na *Constituição da República Portuguesa* deu-se após a Revolução do 25 de abril de 1974. Nela se previa e se prevê ainda hoje, designadamente no artigo 33º, nº 8, que “é garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados

<sup>75</sup> Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., p. 60.

<sup>76</sup> Sobre esta temática, Andreia Sofia Pinto Oliveira acrescenta que “paralelamente, mudou também a proveniência dos requerentes de asilo, passando a vir maioritariamente de quadrantes geográficos e culturais mais distantes: da Ásia, por força dos diversos conflitos armados que aí se fizeram sentir, da África, em virtude da descolonização, dos conflitos interétnicos e civis e da anarquia generalizada que se instalou em algumas partes do continente africano, e da Turquia, o que coloca aos países de acolhimento problemas acrescidos de integração. Nas décadas seguintes, estes factos fazem com que a presença de estrangeiros na Europa passe a ser vista com muita apreensão.” (*Ibidem*, p. 61).

<sup>77</sup> No Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 previa-se que “Todo o homem perseguido por causa da sua ação em favor da liberdade tem direito de asilo nos territórios da República.”

<sup>78</sup> No artigo 16º da Lei Fundamental da República Federal Alemã previa-se que “Os perseguidos políticos gozam do direito de asilo.”

<sup>79</sup> No artigo 10º da Constituição da República Italiana dizia-se que “O cidadão estrangeiro que veja recusado no seu país o exercício efetivo das liberdades democráticas garantidas pela Constituição italiana tem direito de asilo no território da República segundo as condições estabelecidas na lei.”

<sup>80</sup> No artigo 13º, nº 4 da Constituição do Reino de Espanha dizia-se que “A lei estabelecerá os termos em que os cidadãos de outros países e os apátridas poderão gozar do direito de asilo em Espanha.”

<sup>81</sup> Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., p. 70.

de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da liberdade social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana”.<sup>82</sup>

#### 4. A INSTITUIÇÃO DE ASILO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL-INSTRUMENTOS DE ÂMBITO UNIVERSAL

##### 4.1. *A Carta das Nações Unidas e a criação da Organização Internacional para os Refugiados (OIR)*

Em 26 de junho de 1945 é assinada a *Carta das Nações Unidas*, em São Francisco, que deu origem à Organização das Nações Unidas (ONU). Desta forma, os direitos fundamentais passaram a integrar a agenda de Direito Internacional, reconhecendo-se que era necessário restringir a autoridade do Estado para com os seus cidadãos após as atrocidades da II Guerra Mundial. Neste sentido, um dos objetivos das Nações Unidas era “realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de caráter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.<sup>83</sup>

A *Carta* não fazia referências diretas aos problemas dos refugiados e do asilo político, sendo que, no entanto, os Estados deveriam assumir a responsabilidade coletiva de prestar assistência aos refugiados enquanto assunto no âmbito da Comunidade Internacional. Para além disso, a *Carta* constituiu uma espécie de “rampa de lançamento” para os primeiros fundamentos internacionais e para as primeiras instituições especializadas em refugiados, como sejam a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (artigo 14º) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).<sup>84</sup>

Por outro lado, na agenda da primeira sessão da Assembleia-geral das Nações Unidas, em 1946, o problema dos refugiados foi considerado tema prioritário<sup>85</sup> e, em 1947, foi criada a Organização Internacional para os Refugiados (OIR), que assumiu as funções da ANUAR, e foi investida no mandato temporário de registar, proteger, instalar e repatriar refugiados, sendo que a sua primeira tarefa se prendeu com o repatriamento dos refugiados e das pessoas deslocadas em consequência da II Guerra Mundial. Fazia-o “por via da identificação, do registo, da assistência médica, jurídica ou política, dos refugiados, ou por via da intervenção

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 73 e 74.

<sup>83</sup> *Cfr.* Artigo 1º, nº 3 da *Carta das Nações Unidas*.

<sup>84</sup> *Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 40.

<sup>85</sup> Nesta sessão, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou uma Resolução que previa que “i) o problema dos refugiados (...) tem um caráter internacional; ii) nenhum refugiado ou pessoa deslocada que (...) apresentar razões válidas para não voltar ao seu país de origem, será obrigada a fazê-lo. O destino destes refugiados ou pessoas deslocadas, será propósito de um organismo internacional que poderá ser criado, salvo se o Estado onde eles estão estabelecidos concluir com este organismo um acordo nos termos do qual ele aceite tomar a responsabilidade da sua proteção.” (*Ibidem*, pp. 40 e 41).

dos anseios, das carências e das necessidades e, ainda, pelo desenvolvimento de políticas de reinstalação e de reintegração destes na sociedade”.<sup>86</sup>

A OIR desenvolveu padrões básicos para lidar com migrações em larga escala e teve um papel importante na procura de países onde a inserção dos refugiados fosse possível. Para esta Organização, “os refugiados eram todos aqueles que tinham sido perseguidos ou recebiam vir a sê-lo, com base na raça, sexo, religião ou opinião política, e todos os que não queriam ou não podiam beneficiar da proteção do seu país de origem. O conceito de “refugiado” incluía as vítimas dos regimes fascistas, dos regimes colaboradores ou análogos, vítimas do regime franquista de Espanha, e todos aqueles que já o eram antes da guerra”.<sup>87</sup>

A OIR terminou em Janeiro de 1951 e, “apesar de ter lidado com os problemas dos refugiados de forma satisfatória, a ONU entendeu necessária a designação de um Comissário das Nações Unidas para os Refugiados competente para o assunto”.<sup>88, 89</sup> Desta forma a ONU concluiu que a questão dos deslocados e refugiados não ficara resolvida: o verdadeiro problema residia na inexistência de legislação internacional que versasse sobre esta matéria.

#### 4.2. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)

Neste sentido, a Assembleia-geral das Nações Unidas cria<sup>90</sup> o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR),<sup>91</sup> a 1 de Janeiro de 1951, ficando a sua sede fixada em Genebra, na Suíça. O ACNUR está mandataado para dirigir e coordenar a ação internacional destinada a proteger e ajudar as pessoas deslocadas em todo o mundo e encontrar soluções duradouras para elas,

<sup>86</sup> Cfr. RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, *op. cit.*, p. 330.

<sup>87</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>88</sup> Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>89</sup> Para além disso, as Nações Unidas criou também, em 1950, a Agência das Nações Unidas para a Reconstrução da Coreia (UNKRA) e a Agência das Nações Unidas de Socorro e Trabalho para os Refugiados da Palestina no Médio Oriente (UNRWA) e, em 1952, o Comité Intergovernamental para as Migrações Europeias (CIME).

<sup>90</sup> A este propósito refere TERESA CIERCO que “conscientes de que o problema dos refugiados na Europa era grave e crónico, e que exigia uma atenção permanente, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da resolução 319 (IV) de 3 de Dezembro de 1949, criou o Alto Comissariado para os Refugiados com duas funções principais: assegurar a proteção internacional dos refugiados e procurar soluções permanentes para os seus problemas.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 45).

<sup>91</sup> “O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) foi criado pela Assembleia Geral da ONU em 14 de dezembro de 1950 para proteger e assistir as vítimas de perseguição, da violência e da intolerância. Desde então, já ajudou mais de 50 milhões de pessoas, ganhou duas vezes o Prémio Nobel da Paz (1954 e 1981). [...] O *Estatuto do ACNUR* enfatiza o caráter humanitário e estritamente apolítico do seu trabalho, e define como competência da agência assistir a qualquer pessoa que [se encontre] fora do seu país de origem e não pode (ou não quer) regressar ao mesmo “por causa de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política”. Posteriormente, definições mais amplas do termo refugiado passaram a considerar quem teve que deixar o seu país devido a conflitos armados, violência generalizada e violação massiva dos direitos humanos. Atualmente, estima-se que mais de 43 milhões de pessoas estão dentro do interesse do ACNUR, entre solicitantes de refúgio, refugiados, apátridas, deslocados internos e repatriados. Estas populações estão distribuídas em todos os continentes.” (Cfr. “*Agência da ONU para os Refugiados*”, in <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/breve-historico-do-acnur/> consultado a 02/07/2015).

tendo dois objetivos básicos: proteger homens, mulheres e crianças refugiadas e facilitar a reconstrução das suas vidas num ambiente normal.

O ACNUR ficou responsável, internacionalmente, com o apoio de várias organizações internacionais,<sup>92</sup> por lidar com a questão dos refugiados, procurando junto dos Governos e de instituições privadas a sua reinstalação voluntária ou a sua integração nas novas comunidades.<sup>93</sup> Originalmente, o ACNUR foi mandata-do apenas para tratar da questão dos refugiados, mas atualmente trabalha também com deslocados internos<sup>94</sup> e apátridas.<sup>95</sup>

Ao longo dos tempos, o ACNUR contribuiu para um enorme fortalecimento da proteção e assistência a refugiados, retornados e deslocados em todo o mundo, ao coordenar ações distintas de várias organizações, tanto em operações no terreno, como em países industrializados. Por exemplo, durante a Guerra-fria, o ACNUR assistiu entre 20.000 a 60.000 pessoas que chegavam, por ano, dos diversos países comunistas à República Federal da Alemanha, Áustria, Itália, Grécia e Turquia.<sup>96</sup>

Assim, o ACNUR está encarregue de supervisionar o respeito pelos direitos humanos e do refugiado e de dar proteção a quem precisa, fomentando o desenvolvimento do direito internacional nesta matéria e a cooperação dos Estados na aplicação dos princípios de solidariedade e de partilha. Neste sentido, o ACNUR procurou estender a sua proteção a todos aqueles que precisavam de ajuda, com base nas resoluções adotadas pela Assembleia Geral, passando a proteger também as pessoas que fugiam dos seus países em virtude de conflitos armados, revoluções internas ou situações de violação grave e sistemática dos direitos humanos.<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Como sejam, a UNICEF, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a Organização Mundial de Saúde (OMS) e a Organização Internacional para as Migrações.

<sup>93</sup> O *Estatuto do ACNUR*, criado através da Resolução 428 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950, diz no ponto 1, do Capítulo I que: “O Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados [...] assumirá a função de proporcionar proteção internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, aos refugiados que se enquadrem nas condições previstas no presente *Estatuto*, e de encontrar soluções permanentes para o problema dos refugiados, prestando assistência aos governos e, com o consentimento de tais governos, prestando assistência também a organizações privadas, a fim de facilitar a repatriação voluntária de tais refugiados ou a sua integração no seio de novas comunidades nacionais.” (Cfr. “*Estatuto do ACNUR*”, in [http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn\\_lisboa/a-estat.html](http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/a-estat.html), consultado a 06/09/2016).

<sup>94</sup> Sobre esta temática, Luciana Dinis Durães Pereira refere que “foi a partir de 1972 que os deslocados internos passaram a ser protegidos pelo mandato do ACNUR. Neste ano, em virtude de uma grave crise humanitária no Sudão, o ECOSOC requisitou ao órgão que cuidasse, além dos refugiados originados pelo conflito, também, em uma perspetiva de ampliação de suas competências, das pessoas que tiveram que se deslocar forçosamente dentro do próprio país, isto é, da população de deslocados internos sudaneses.” (Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, *op. cit.*, pp. 97 e 98).

<sup>95</sup> Apátrida é o indivíduo que não é titular de qualquer nacionalidade, ou seja, uma pessoa que não é considerada nacional de nenhum Estado-membro. Isto acontece, por exemplo, quando um Estado deixa de existir e não é substituído por nenhuma outra entidade ou quando o Estado ocupante ou sucessor não reconhece determinado grupo de pessoas como seus nacionais; ou quando existem pessoas pertencentes a minorias étnicas cujos Estados em que vivem não atribuem nacionalidade a estes grupos.

<sup>96</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>97</sup> No entanto, “o Comitê Executivo do ACNUR reconheceu (...) que apesar de ser internacionalmente aceite que estas pessoas devem beneficiar de assistência e de proteção do ACNUR na sua região de origem, não podem ser consideradas refugiadas. (...) Passaram assim a ser avaliados em relação à definição de refugiado

O ACNUR exerce mandatos de 5 anos nos quais é auxiliado pelo Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas (EXECOM)<sup>98</sup> que, atualmente, é formado por oitenta e cinco Estados.

Por sua vez, o EXECOM é um órgão subsidiário das Nações Unidas que entrou em funcionamento a 1 de janeiro de 1959, tendo sido criado em 1958 pelo Conselho Económico e Social (ECOSOC) por meio de uma solicitação da Assembleia Geral.<sup>99</sup>

O EXECOM adota “Conclusões”, especialmente em temas de proteção apresentados pelo Alto Comissariado, e “Decisões”, relativamente a revisões do uso de fundos e programas. Reúne-se uma vez por ano, durante uma semana, em Genebra, com o objetivo de discutir um tema anual selecionado pelos membros do Comitê, em consulta com o Alto Comissariado, e de adotar decisões e conclusões sobre a matéria selecionada.<sup>100</sup>

#### 4.3. A Declaração Universal dos Direitos Humanos

Em 10 de dezembro de 1948, deu-se um passo importante no que toca à matéria dos direitos fundamentais: a promulgação da *Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)*<sup>101, 102</sup>, que considerou “essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito, para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e opressão”, motivo pelo qual “os Estados membros se [comprometem] a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e as liberdades fundamentais”. Enquanto principal garante da dignidade

---

do mandato do ACNUR: os que eram visados pela *CRER*, pela *Convenção da OUA e pela Declaração de Cartagena*; os que eram obrigados a partir, ou impedidos de voltar para suas casas devido a catástrofes provocadas pelo homem ou catástrofes naturais ou ecológicas; as pessoas deslocadas no interior de um país e os apátridas.” (*Ibidem*, pp. 56 e 57).

<sup>98</sup> “De acordo com o seu mandato, o ExCom tem como funções principais: i) Assessorar o Alto Comissariado no exercício de suas funções de acordo com o Estatuto da agência; ii) Revisar anualmente o uso dos fundos à disposição do Alto Comissariado e dos programas propostos ou que já estão em execução. (Cfr. “*Agência da ONU para os Refugiados*”, in <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-comite-executivo-excom/>, consultado a 06/10/2015).

<sup>99</sup> Na Resolução 1166 (XII) de 1957, a Assembleia Geral: “Requer que o Conselho Económico e Social estabeleça um Comitê Executivo do programa do Alto Comissariado, que consistirá de representantes de vinte ou vinte e cinco Estados membros das Nações Unidas ou Estados membros de quaisquer agências especializadas, eleitos pelo Conselho na mais ampla base geográfica possível, com demonstrado interesse e devoção à solução dos problemas relativos aos refugiados.”

<sup>100</sup> Cfr. “*O Comitê Executivo (ExCom)*”, in <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-comite-executivo-excom/>, consultado a 19/01/2016.

<sup>101</sup> Sobre a *DUDH*, refere Teresa Cierco que “este célebre texto, composto por trinta artigos, foi influenciado pelas tradições francesas e anglo-saxónicas de consagração dos direitos do homem. De inspiração universalista, a Declaração refere-se à filosofia do Direito Natural (“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”) e aos princípios democráticos. Manifesta um certo individualismo e inscreve-se na tradição liberal, apesar de exprimir preocupações sociais. O catálogo dos direitos que proclama consagra mais direitos cívicos e políticos do que direitos económicos e sociais.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 48).

<sup>102</sup> Foram acrescentados a esta Declaração, em 1966 e 1976, respetivamente, os *Pactos Internacionais Relativos aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)* e aos *Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP)*.

humana na cena internacional,<sup>103</sup> nela se consagra que “todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e que toda a pessoa tem direito a uma nacionalidade.<sup>104</sup>

No que refere ao direito de asilo, a questão da sua inclusão nesta *Declaração* não foi propriamente pacífica, pois “muitos Estados entendiam que o asilo não devia figurar naquele documento, já que aquilo que a Carta pretendia era afirmar os direitos que, numa sociedade ideal, deveriam ser respeitados e o direito de asilo parte sempre de uma situação de violação de direitos humanos fundamentais de uma pessoa, carente, por isso, de proteção de um outro Estado que não aquela da sua nacionalidade ou residência”.<sup>105</sup>

No entanto, o direito de asilo acabou por ser incluído na *DUDH*, possuindo uma natureza individual, exclusiva do indivíduo perseguido, na medida em que prevê que “toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo<sup>106</sup> em outros países”.<sup>107</sup> Neste sentido, o direito de proteção é uma faculdade de todos aqueles que sejam perseguidos, exceto nas hipóteses previstas no n.º 2 do artigo 14.º da *DUDH*, designadamente, quando a perseguição se fundamenta em violação de crimes comuns ou em ações contrárias aos princípios previstos na *Carta da ONU*.

Todavia, “apesar de expressamente previsto na *Declaração*, o direito de asilo não foi satisfatoriamente por ela resguardado, pois a *DUDH* não atingiu consenso quanto à imposição aos Estados do dever de concederem asilo.”<sup>108</sup> De facto, o artigo 14.º da *DUDH* prevê o direito de procurar asilo mas não obriga os Estados a concederem-no, tendo o requerente de asilo que procurar um Estado que o aceda.

De facto, a proposta inicial era no sentido de consagrar o direito de toda a pessoa perseguida de buscar e de lhe ser garantido asilo. Contudo, a redação final consagra apenas o direito de buscar e de beneficiar de asilo, não se podendo ancorar nesta prerrogativa o dever dos Estados o concederem. Não obstante, o direito de beneficiar de asilo sugere que a decisão de um Estado de o conceder deve ser respeitada pelos seus pares, o que, aliás, veio a ser posteriormente desenvolvido pela *Declaração sobre Asilo Territorial de 1967 das Nações Unidas*.<sup>109</sup>

Apesar de não ser vinculativa, a *DUDH* de 1948 foi capaz de despoletar uma preocupação com os direitos humanos, colocando este assunto no interesse comum

<sup>103</sup> De facto, a *DUDH* dispõe o seguinte: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (Cfr. Parágrafo 1 do Preâmbulo da *DUDH*).

<sup>104</sup> Cfr. Parágrafos 3 e 6 do Preâmbulo da *DUDH* e Artigos 3.º e 15.º da *DUDH*.

<sup>105</sup> Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., p. 63.

<sup>106</sup> A este propósito, Luciana Diniz Durães Pereira refere que “esta definição de asilo contempla, em si mesma, tanto as hipóteses de asilo diplomático e territorial como a de refúgio strito sensu. Verifica-se, assim, que este direito, tal qual descrito na Declaração de 1948, deve ser juridicamente compreendido como género, isto é, uma previsão legal ampla e abrangente, lato sensu, das formas específicas de manifestação do direito de asilo.” (Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., p. 58).

<sup>107</sup> Cfr. Artigo 14.º, n.º 1 da *DUDH*.

<sup>108</sup> Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., p. 59.

<sup>109</sup> Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., pp. 63 e 64.

de toda a Comunidade Internacional: pela primeira vez, a Comunidade Internacional estabeleceu um código de conduta para a proteção dos direitos humanos básicos e das liberdades fundamentais. A *DUDH* tem igualmente exercido uma grande influência e sido incorporada em diversas ordens jurídicas nacionais, algumas delas a nível constitucional, e conseguiu obter um estatuto de fonte de Direito, mais importante que o da maior parte das resoluções e declarações emanadas da ONU.<sup>110</sup>

#### 4.4. *A adoção da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados*

Criada a consciencialização no seio da Comunidade Internacional de que era necessário um mecanismo político-legislativo para solucionar a problemática dos refugiados, dá-se, em 1951, o passo mais importante<sup>111</sup> no que a este assunto diz respeito: a adoção da *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (CRER)*.<sup>112</sup>

A *Convenção* foi inovadora na medida em que fixou os critérios a ter em consideração aquando da atribuição do estatuto do refugiado, bem como a definição do estatuto dos refugiados aplicável a todos os acordos internacionais já existentes que versam sobre esta temática, alargando o próprio conceito de refugiado. Ou seja, a *CRER* consolidou prévios instrumentos legais internacionais relativos aos refugiados e forneceu a mais compreensiva codificação dos direitos dos refugiados a nível internacional.<sup>113</sup>

Durante os trabalhos preparatórios da *CRER*, houve quem pretendesse introduzir uma disposição sobre a entrada de refugiados no território dos Estados, regulando-se, desta forma, o direito de asilo. No entanto, a falta de consenso sobre esta matéria fez com que apenas fosse possível fazer-se uma referência no

<sup>110</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., pp. 48 e 49.

<sup>111</sup> Como refere Teresa Cierco "(...) a *CRER* é, ainda hoje, considerada a trave mestra das atividades de proteção do ACNUR. Enquanto tratado internacional vinculativo, este texto representa uma importante etapa do direito internacional relativo aos refugiados. Este instrumento jurídico com vocação universal foi complementado em 1967 com o *Protocolo de Nova Iorque* (...)" (*Ibidem*, p. 46).

<sup>112</sup> De facto, "segundo decisão da Assembleia Geral de 1950 (Resolução n. 429 V), foi convocada em Genebra, em 1951, uma Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas para redigir uma Convenção regulatória do status legal dos refugiados. Como resultado, a *Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados* foi adotada em 28 de julho de 1951, entrando em vigor em 22 de abril de 1954." (Cfr. "Agência da ONU para os Refugiados", in <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/>, consultado a 21/07/2015).

<sup>113</sup> Quanto a esta temática, ERIKA FELLER menciona que "a *Convenção* [reveste-se] de um significado de natureza jurídica, política e ética que vai muito além dos seus termos concretos – jurídica, na medida em que estipula as normas básicas que devem presidir às ações assentes nos princípios [nela constantes]; política, na medida em que constitui um quadro verdadeiramente universal no âmbito do qual os Estados podem cooperar entre si e partilhar os encargos resultantes da deslocação forçada; e ética, na medida em que constitui uma declaração única, na qual os 139 Estados partes se comprometem a defender e a proteger os direitos de algumas das pessoas mais vulneráveis e desfavorecidas do mundo." (Cfr. FELLER, Erika: "Primeira Sessão – Proteção Internacional, Novos Desafios", *Em direção a um Sistema Comum Europeu de Asilo, Conferência europeia sobre asilo*, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2000, p. 36).

preâmbulo da Convenção, reconhecendo a instituição de asilo como uma consequência do estatuto de refugiado. Ainda assim, a *CRER* acaba por ter efeito também ao nível do asilo pois os critérios que constam da Convenção para a sua própria aplicabilidade são também aqueles que os Estados utilizam para conceder ou não asilo.<sup>114</sup>

Ora, a *CRER* começa logo no seu artigo 1º por definir o termo “refugiado”, impondo-lhe uma limitação temporal: apenas deviam ser aplicados os preceitos da *Convenção* às pessoas cujos acontecimentos catalisadores da necessidade de proteção tivessem ocorrido antes de 1 de janeiro de 1951, embora com a possibilidade posterior de os Estados Contratantes definirem um alcance diferente.<sup>115</sup> É feita ainda uma ressalva no sentido de que os Estados Contratantes poderiam definir a restrição geográfica dos acontecimentos que fundamentariam o pedido de refúgio, estabelecendo que os factos deveriam ter ocorrido na Europa ou simultaneamente na Europa e noutros locais.<sup>116</sup> Um refugiado, reconhecido com base nestes critérios constantes da *CRER*, tem direito a asilo seguro: tem o direito a não ser devolvido ao país de origem e dispõe de assistência para encontrar uma solução para os seus problemas.<sup>117</sup>

Ora, as disposições da *Convenção* foram consideradas essenciais para a uniformização internacional do conceito de refugiado e definiam este conceito como “sendo alguém fora do seu próprio país e que não pode regressar devido a um receio fundado de perseguições por razões de raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas e pertença a um grupo social”.<sup>118</sup>

Neste sentido, esta definição contém três requisitos essenciais que a caracterizam, designadamente, a perseguição (em virtude de opiniões políticas, raça, religião, nacionalidade ou grupo social), o fundado temor (ou seja, o medo, a aversão, o receio, a insegurança que sentem os indivíduos perseguidos e aqueles

<sup>114</sup> A este propósito, Teresa Cierco refere que “a Convenção faz algumas referências ao direito de asilo, ao interditar as sanções penais para quem entrar e permanecer irregularmente num determinado país (artigo 31º) e ao consagrar o princípio de *non-refoulement* e de não expulsão (artigo 33º). Estas duas cláusulas são as únicas que limitam a liberdade soberana dos Estados no que respeita à instituição de asilo.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 47).

<sup>115</sup> Neste sentido, dizia-se que “para os fins da presente *Convenção*, o termo “refugiado” aplicar-se-á a qualquer pessoa:

1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados;

2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem e se encontra fora do país na qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.” (Cfr. Artigo 1º da *CRER*).

<sup>116</sup> Por conseguinte, refere Daniele Anne Pamplona que “isso decorre de duas correntes opostas que se confrontaram na Assembleia, a europeísta, que advogava que apenas os europeus poderiam ser reconhecidos como refugiados, e outra, universalista, que defendia que as pessoas deveriam ser protegidas independentemente de suas origens.” (Cfr. PAMPLONA, Danielle Anne: “O instituto de refugio no Brasil: práticas recentes”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 17, n. 17, janeiro/junho 2015, p. 46).

<sup>117</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 47.

<sup>118</sup> Cfr. RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, op. cit., p. 335.

que desejam evitar uma situação em que poderiam correr o risco de serem perseguidos) e a extraterritorialidade (este requisito manifesta-se na necessidade e exigência colocada pela *CRER* de somente se reconhecer o estatuto de refugiado àqueles que se encontrem fora do seu local de origem ou residência habitual).<sup>119</sup>

Por um lado, “são considerados ameaça ou perseguição as seguintes ações que constituem violações dos direitos humanos: violência física ou mental, incluindo violência sexual; medidas legais, administrativas, policiais ou judiciais e ações e sanções discriminatórias; atos de natureza específica em relação ao gênero ou em relação a crianças”.<sup>120</sup>

Por outro lado, as razões de perseguição que levam ao reconhecimento do estatuto de refugiado nos termos da *CRER* são a raça (ou seja, discriminação em virtude das qualidades genéticas particulares e caracterizadoras das pessoas fundamentada na ideia de superioridade racial e no surgimento do fenómeno do racismo), a nacionalidade (a perseguição em virtude da nacionalidade pode constituir-se em ações adversas contra minorias nacionais dentro de um Estado, seja por questões linguísticas, étnicas ou antropológicas), opinião política (perseguições a indivíduos em virtude das suas convicções, preferências ou militâncias políticas configuram-se como atos de violação do direito humano essencial de liberdade de opinião),<sup>121</sup> religião<sup>122</sup> (os indivíduos são discriminados apenas pelo facto de pertencerem a determinado grupo religioso, por professarem uma religião específica que não a da maioria da população da sua região ou por não adotarem a religião oficial do seu Estado de origem) e a vinculação a determinado grupo social (de forma geral, um determinado grupo social é formado de pessoas de origem, modo de vida ou tradições sociais similares, coincidindo, muitas vezes, a causa do temor de perseguição desses grupos por outros motivos como a nacionalidade, opinião política ou religião que professam, por exemplo).<sup>123</sup>

No entanto, a *CRER* prevê igualmente três cláusulas de exclusão do reconhecimento do estatuto de refugiado, designadamente, nos seguintes casos: “às pessoas que atualmente beneficiam de uma proteção ou assistência da parte de um organismo ou de uma instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissário das Nações Unidas para os refugiados”, “a uma pessoa considerada pelas autoridades competentes do país no qual (...) instalou a sua residência como tendo os direitos e obrigações relacionados com a posse da nacionalidade desse país” e “às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que: elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade (...), elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio

<sup>119</sup> Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., pp. 71-78.

<sup>120</sup> Cfr. PONTES, Natália Coutinho: “Mecanismos da Política Migratória da União Europeia: como o Bloco está respondendo ao aumento do número de refugiados”, *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, Módulo Europeu do Programa Jean Monnet, Edição FGV Direito Rio, N°4, 2015, p. 133.

<sup>121</sup> O artigo 19° da *DUDH* consagra expressamente o direito de liberdade de opinião e expressão, incluindo as opiniões de natureza política.

<sup>122</sup> A liberdade de crença e manifestação religiosa está prevista no artigo 18° da *DUDH* e no artigo 27° do *PIDCP*.

<sup>123</sup> Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., pp. 78-85.

antes de serem nele admitidas como refugiados [e] elas [tornaram-se] culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas”.<sup>124</sup>

Quanto aos motivos que levam ao término do direito de proteção de reconhecimento do estatuto de refugiado encontramos a retomada da proteção pelo país de nacionalidade, a recuperação voluntária da nacionalidade que havia perdido, a aquisição de nova nacionalidade, a repatriação voluntária, a cessação das condições que geravam a necessidade de refúgio e, finalmente, tratando-se de pessoa que não tenha nacionalidade, a cessação das circunstâncias que originaram o temor e a perseguição e seja possível retorná-la ao seu local de origem.<sup>125, 126</sup>

Para além disso, na *CRER* também se diz que “os Estados Contratantes aplicarão as [suas] disposições aos refugiados sem discriminação quanto à raça, à religião ou ao país de origem” e que “proporcionarão aos refugiados em seu território um tratamento ao menos tão favorável quanto o que é proporcionado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar a sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos”,<sup>127</sup> reconhecendo-lhes direitos<sup>128</sup> e fazendo-lhes beneficiar do regime de reciprocidade relativamente aos nacionais e aos estrangeiros. Da mesma forma, também faz impender sobre os refugiados a obrigatoriedade de respeitar as leis e regulamentos internos do Estado em que se encontram.<sup>129</sup>

No entanto, talvez o principal princípio que se pode retirar deste diploma jurídico internacional será o do “*non-refoulement*”, previsto nos seus artigos 32º e 33º, e que impede que os Estados decidam expulsar qualquer “refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada”.<sup>130</sup> A única exceção que se põe a este princípio está relacionada com motivos de segurança nacional ou ordem pública, salvaguardando-se, no entanto, a concessão de um prazo razoável ao refugiado para procurar obter admissão legal noutra país.<sup>131</sup>

<sup>124</sup> Cfr. Artigo 1º, D, E e F da *CRER*.

<sup>125</sup> Previstas no Artigo 1º C), 1 a 6 da *CRER*.

<sup>126</sup> Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., pp. 86 e 87.

<sup>127</sup> Cfr. Artigos 3º e 4º da *CRER*.

<sup>128</sup> A este propósito referi que “para além disso, devem usufruir de outros direitos como os direitos associativos de acesso aos tribunais, às profissões assalariadas, não assalariadas e liberais; os direitos de bem-estar, de alojamento, de educação pública, assistência pública, legislação de trabalho e segurança social, auxílio administrativo, liberdade de circulação, de acesso aos documentos de identificação de viagem, de encargos fiscais, entre outros. Estando isentos de medidas excecionais aplicadas em razão da nacionalidade, podem, todavia, estar sujeitos a medidas provisórias aplicadas em tempo de guerra ou noutras circunstâncias graves e excecionais, mas indispensáveis à segurança nacional, etc.” (Cfr. RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, op. cit., p. 338).

<sup>129</sup> Cfr. Artigos 7º e 2º da *CRER*, respetivamente.

<sup>130</sup> Cfr. Artigo 33º da *CRER*.

<sup>131</sup> Quanto a esta temática, ALLINE NEVES ASSIS alerta para o facto de “entretanto, [existirem] alguns problemas relacionados ao princípio do *non-refoulement*. Agha Khan (apud BATISTA, 1998, p. 61 e 62) aponta dois pontos fracos neste princípio: O primeiro está relacionado com o aumento do número de petionários do estatuto do refugiado que pode gerar uma quantidade de pedidos de asilo falsos ou de má-fé, o que leva os Estados a enrijecerem sua prática de admissão de fronteiras; o segundo, de ordem prática, é a dúvida que pode suscitar a aplicação do artigo 33º da *Convenção*, cuja redação não deixa claro se o refugiado

Também nos artigos 12º a 29º da *Convenção*, por referência aos direitos conhecidos em cada nação aos nacionais e estrangeiros, definem-se os direitos dos refugiados à propriedade, ao exercício da profissão, à habitação, à educação, entre outros.<sup>132</sup>

Assim, a *CRER* define os princípios básicos em que deve assentar a proteção internacional dos refugiados.

“Entre eles contam-se, nomeadamente, o de que os refugiados não devem ser repatriados se no destino irão ser alvo de perseguição, ou se sobre eles pende a ameaça de poderem vir a sê-lo (...); o de que a proteção deve ser concedida a todos os refugiados, sem discriminação; o de que o problema dos refugiados é de natureza social e humanitária, não devendo por conseguinte tornar-se motivo de tensão entre os Estados; o de que, atendendo a que a concessão de asilo é suscetível de constituir, indevidamente, um pesado encargo para determinados países, só será possível alcançar uma solução satisfatória para o problema dos refugiados através da cooperação internacional; o de que não se pode esperar que uma pessoa que foge a uma situação de perseguição saia do seu país e entre noutro país de forma regular, pelo que a mesma não pode ser penalizada por ter entrado ou se encontrar em situação ilegal no país onde procura asilo; o de que, face às graves consequências que poderão advir da expulsão de um refugiado, tal medida só deverá ser adotada em circunstâncias excecionais com um impacto direto na segurança nacional ou na ordem pública; o de que a cooperação dos Estados com o Alto Comissário para os Refugiados é essencial para assegurar a efetiva coordenação das medidas tomadas para resolver o problema dos refugiados.”<sup>133</sup>

#### 4.5. *A necessidade da criação do Protocolo de Nova Iorque*

Ora, apesar da clara importância da adoção da *CRER* no seio da Comunidade Internacional, não podemos ignorar que o facto de se ter limitado temporalmente o conceito de refugiado às pessoas que adquiriram aquela condição em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de janeiro de 1951 não foi uma solução muito feliz. Compreende-se que a solução adotada teve origem nas consequências que a Segunda Guerra Mundial trouxe no que toca à deslocação massiva de pessoas entre territórios. No entanto, a verdade é que a problemática dos refugiados é intemporal e não pode ser condicionada a um

---

que está especificado no texto é o que está na fronteira ou o que já se encontra no território do Estado contratante da Convenção.” (Cfr. ASSIS, Alline Neves: “A proteção internacional dos refugiados no ordenamento jurídico brasileiro”, *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás*, n. 2, janeiro/junho 2012, pp. 314 e 315).

<sup>132</sup> Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., p. 65.

<sup>133</sup> Cfr. FELLER: “Primeira Sessão – Proteção Internacional, Novos Desafios”..., op. cit., pp. 35-36.

período temporalmente limitado, o que se veio a comprovar por várias vezes em alturas seguintes da História.<sup>134, 135, 136</sup>

De facto, desde a década de 1980 que as razões pelas quais as pessoas abandonam a sua terra natal vêm sendo cada vez mais incompatíveis com os critérios estabelecidos na *CRER*. Todavia, enquanto o número de requerentes de asilo vem registando um aumento, o número de pessoas a quem os países de acolhimento concedem asilo tem vindo a diminuir.

É neste sentido que é elaborado e apresentado à Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1966, um *Protocolo Adicional à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*, mais conhecido como Protocolo de Nova Iorque,<sup>137</sup> como consequência do reconhecimento por parte dos Estados de que o fenómeno dos refugiados está em constante mutação, não estando dependente de uma época específica da História, mas sim de uma série de condicionalismos políticos, sociais e económicos que se encontram em constante mudança.<sup>138</sup> O *Protocolo* veio eliminar

<sup>134</sup> A título de exemplo, Andrea Lúcia Alves Da Silva refere que “ao longo das décadas de 50 e 60, novos grupos de refugiados surgiram, particularmente na África. Esses refugiados foram em busca de proteção que, devido ao ajuste de tempo limitado da Convenção de 1951, não lhes podia ser assegurada.” (Cfr. SILVA, Andréa Lúcia da: “*Os refugiados no cenário mundial...*”, *op. cit.*, p. 6).

<sup>135</sup> Por seu turno, Kari Håkämies menciona que “até à Segunda Guerra Mundial, os fluxos de refugiados eram gerados, regra geral, por acontecimentos pontuais. Na década de 50, subsistia a convicção de que a problemática dos refugiados não passava de um fenómeno passageiro. O número de refugiados manteve-se constante até finais da década de 1970, rondando os 2-3 milhões, mas desde então tem aumentado a um ritmo acelerado. O problema associado aos refugiados palestinianos foi o primeiro a revelar-se crónico. Desde aí, tem havido inúmeras situações problemáticas de refugiados para as quais não temos conseguido encontrar soluções com carácter permanente.” (Cfr. HÅKÄMIES, Kari: “Sessão de Abertura”, Em *direção a um Sistema Comum Europeu de Asilo, Conferência europeia sobre asilo*, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2000, p. 15).

<sup>136</sup> Ainda sobre esta questão, Teresa Cierco menciona que “as situações de conflito que apareceram logo na década de 1950 (a crise na Hungria, a guerra na Argélia e as alterações políticas na China, entre outros), demonstraram que o ACNUR devia antever a situações novas, e não reduzir-se apenas àquelas pelas quais tinha sido criado. As causas de exílio destes e de novos grupos de refugiados não podiam ser relacionadas com acontecimentos ocorridos antes de 1951, como estava expresso na *CRER*. Como a função do Alto Comissário era protegê-los, a inadequação dos termos e do mandato da Convenção tornaram-se flagrantes e dificultavam a sua ação.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 50).

<sup>137</sup> De facto, “com o tempo e a emergência de novas situações geradoras de conflitos e perseguições, tornou-se crescente a necessidade de providências que colocasse os novos fluxos de refugiados sob a proteção das provisões da *Convenção*. Assim, um *Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados* foi preparado e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. Na Resolução 2198 (XXI) de 16 de dezembro de 1966, a Assembleia tomou nota do *Protocolo* e solicitou ao Secretário-Geral que submetesse o texto aos Estados para que o ratificassem. O *Protocolo* foi assinado pelo Presidente da Assembleia Geral e o Secretário-Geral no dia 31 de janeiro de 1967 e transmitido aos governos. Entrou em vigor em 4 de outubro de 1967.” (Cfr. “*Agência da ONU para os Refugiados*”, in <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/>, consultado a 21/07/2015).

<sup>138</sup> Neste sentido, o Protocolo iniciou com o seguinte Preâmbulo: “Considerando que a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados assinada em Genebra, em 28 de julho de 1951 [...], só se aplica às pessoas que se tornaram refugiados em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, Considerando que, desde que a *Convenção* foi adotada, surgiram novas categorias de refugiados e que os refugiados em causa podem não cair no âmbito da *Convenção*, Considerando que é desejável que todos os refugiados abrangidos na definição da *Convenção* independentemente do prazo de 1 de janeiro de 1951, possam gozar de igual estatuto,” (Cfr. Preâmbulo do *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*).

todas as barreiras temporais e geográficas que existiam na *CRER*, dando-se igual importância às violações de direitos humanos noutras regiões do mundo.<sup>139</sup>

A verdade é que ainda nos dias de hoje estamos sempre a assistir a alterações económicas, sociais e de segurança, com a emergência de questões como o terrorismo, guerras civis, processos de democratização ou alargamento e integração de novos Estados na União Europeia, que obrigam estes migrantes a sair de forma forçada do seu meio para sobreviver noutros Estados, sob o estatuto de refugiado.

Ora, o *Protocolo de Nova Iorque* tem uma dupla vertente: por um lado, serviu de complemento à *CRER* para os Estados que já estavam envolvidos e, por outro, constitui um instrumento jurídico independente, ao qual os Estados podem aderir mesmo não sendo partes na *Convenção*.<sup>140</sup> Assim, se um Estado adere somente ao Protocolo, não tem a possibilidade de introduzir qualquer limitação geográfica à aplicabilidade do conteúdo da *CRER* no seu território mas, se aderir à *Convenção* e/ou *Protocolo*, pode fazer reservas aos artigos que entender inaplicáveis.<sup>141</sup>

Por outro lado, neste *Protocolo* os Estados comprometeram-se a apresentar relatórios às Nações Unidas, fornecendo-lhes dados estatísticos sobre o estatuto dos refugiados, a execução do *Protocolo* e outras disposições legais relativas aos refugiados,<sup>142</sup> o que constituiu um passo importante para se conhecer os focos desta problemática entre os diferentes países e poder-se encontrar mais e melhores soluções para os eliminar.

Importa ainda mencionar que quer a *CRER* de 1951, quer o *Protocolo de Nova Iorque* de 1967 se regem segundo os princípios da *DUDH* de 1948. Neste sentido, devem ser garantidos aos refugiados no Estado de acolhimento todos os direitos consagrados naquele último diploma legal, como sejam a dignidade humana, a não discriminação, a liberdade e a segurança pessoal, a igualdade perante a lei, entre outros.

Por conseguinte, “a proteção internacional dos refugiados, positivada, em especial, com a adoção e vigência da *CRER* e do seu *Protocolo Adicional*, baseia-se, sobretudo, nos seguintes princípios: (i) princípio da proteção internacional da pessoa humana; (ii) princípios da cooperação e da solidariedade internacionais; (iii) princípio da não-devolução, ou seja, do *non-refoulement*; (iv) princípio da boa-fé; (v) princípio da supremacia do direito de refúgio; (vi) princípio da unidade familiar; e, por fim, (vii) princípio da não-discriminação”.<sup>143</sup>

<sup>139</sup> Nele se dizia: “Para os fins do presente *Protocolo*, o termo “refugiado”, salvo no que diz respeito à aplicação do n.º 3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da *Convenção*, como se as palavras “em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1.º de janeiro de 1951 e...” e as palavras “...como consequência de tais acontecimentos” não figurassem no n.º 2 da seção A do artigo primeiro. O presente *Protocolo* será aplicado pelos Estados Membros sem nenhuma limitação geográfica.” (Cf. Artigo 1.º, n.º 2 do *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*).

<sup>140</sup> Dado o claro reforço que este *Protocolo* veio trazer ao já estipulado na *CRER*, muitos foram os países que decidiram ratificá-lo, escolhendo entre ratificar apenas o *Protocolo* — o que já seria suficiente para que a maior parte das disposições da *Convenção* lhes fossem aplicáveis — ou ambos. Os EUA, por exemplo, optaram apenas por ratificar o *Protocolo*.

<sup>141</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 51.

<sup>142</sup> Cfr. Artigo 2.º, n.º 2 do *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*.

<sup>143</sup> Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., p. 67.

Entretanto, há ainda a referir dois outros momentos importantes da História dos Refugiados que não podem ser esquecidos: a fundação do Comité Intergovernamental para as Migrações Europeias,<sup>144</sup> em 1952, que veio dar origem à Organização Internacional para as Migrações, e a criação do Fundo das Nações Unidas para os Refugiados (UNREF), em 1954.

#### 4.6. *A Declaração sobre Asilo Territorial das Nações Unidas*

A 14 de dezembro de 1967, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 2312, relativa à *Declaração sobre Asilo Territorial (DSAT)*, inspirada pela *Convenção sobre Asilo Territorial de 1954*, e que constituiu um passo importante para a codificação internacional nesta matéria.<sup>145</sup> A *Declaração* desenvolveu diversas disposições de textos anteriores como a *Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950* e o *Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966*.

A *DSAT* apresenta duas teses essenciais: por um lado, reforça a ideia já consagrada nos artigos 13º, nº 2, e 14º da *DUDH* de que o asilo deve ser considerado como um direito individual; por outro, concebe o princípio da soberania territorial dos Estados na concessão ou não do direito de asilo aos seus requerentes, enquanto faculdade única e exclusiva daqueles.<sup>146</sup>

Para além do princípio da soberania, elencado logo no artigo 1º, nº 1 da *DSAT*, José Noronha Rodrigues defende a existência de oito outros princípios nesta Declaração, posição que igualmente suportamos, e que são: o Princípio da Justiça —como forma de eliminar potenciais abusadores deste instituto de asilo; o Princípio da Discricionariedade— corresponde ao Estado que concede o asilo qualificar as causas que o motivam; o Princípio da Humanidade —todas as pessoas que possam invocar o artigo 14º da Declaração Universal de Direitos Humanos interessam à Comunidade Internacional; o Princípio da Solidariedade— os Estados devem ajudar o Estado asilante na concessão de asilo quando este se encontre em dificuldades para o fazer; o Princípio do *Non-Refoulement*<sup>147</sup> —nenhuma pessoa pode ser expulsa ou devolvida a qualquer Estado onde possa ser objeto de perseguição; o Princípio da Seguridade— constitui uma exceção ao princípio

<sup>144</sup> Este Comité tinha como objetivo prestar assistência na movimentação dos deslocados e refugiados da Europa para os países ultramarinos.

<sup>145</sup> Ora, “essa *Declaração* da Assembleia Geral das Nações Unidas apresenta uma série de princípios fundamentais referentes ao asilo territorial. Ela expõe que a concessão de asilo territorial “é um ato pacífico e humanitário e que, como tal, não pode ser considerado como desfavorável por qualquer outro Estado.”” (Cfr. SILVA, Andréa Lúcia da: “*Os refugiados no cenário mundial...*”, *op. cit.*, p. 6).

<sup>146</sup> Cfr. RODRIGUES: *Anais de Direito de Asilo*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>147</sup> No que concerne a este princípio, TERESA CIERCO menciona que “a disposição mais importante deste texto consiste no artigo 3º que enuncia o princípio de *non-refoulement*. (...) Apesar de obrigar moralmente o Estado a não recusar a admissão de refugiados na fronteira, esta obrigação está limitada pelo caráter não obrigatório da *Declaração*. No entanto, convém mencionar que o reconhecimento da obrigação por parte da comunidade internacional em se ocupar dos refugiados, e a referência ao espírito de solidariedade internacional para partilhar os encargos que estes implicam, constitui uma manifestação política importante no domínio da cooperação internacional.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 52).

do *non-refoulement* quando se imponham razões preponderantes de segurança nacional ou para salvaguardar a população; o Princípio da Oportunidade —aplica-se aos casos em que se verifica uma exceção ao princípio do *non-refoulement* mas em que o Estado concede asilo provisório ao requerente enquanto este não se desloca para outro Estado; e, finalmente, o Princípio da Legalidade— fixa obrigações gerais para o asilado que estejam em consonância com os princípios das Nações Unidas.<sup>148, 149, 150</sup>

No entanto, estamos em crer que a *DSAT* acarreta ainda a existência de outros princípios gerais do Direito Internacional, nomeadamente, o Princípio da Boa-Fé —que tem que ser mesurado com todos os outros Princípios já apontados, designadamente na definição dos critérios para a concessão do direito de asilo, nas situações excepcionais em que se admite haver motivos para expulsar o requerente de asilo do Estado asilante, entre muitos outros; o Princípio da Coexistência Pacífica e do Respeito entre os Estados— a decisão de concessão ou não de asilo por um Estado deve ser respeitada pelos restantes; e o Princípio da Não-agressão nenhum Estado poderá compactuar com situações de agressão, devolvendo o requerente de asilo a um Estado onde possa ser objeto de perseguição.<sup>151</sup>

Enfim, para além de enunciar os já supramencionados conceitos da soberania do Estado na concessão de asilo, a qualificação dos factos pelo Estado de asilo, a referência aos crimes contra a paz ou contra a humanidade como impeditivos do benefício de asilo e a reafirmação do princípio do *non-refoulement*, a *Declaração* prevê a partilha de encargos entre os países no que respeita ao acolhimento de refugiados e requerentes de asilo.<sup>152</sup>

## 5. A INSTITUIÇÃO DE ASILO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL-INSTRUMENTOS DE ÂMBITO REGIONAL

### 5.1. *A criação do Conselho da Europa e o Instituto de Asilo*

Como já vimos, o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, trouxe consequências devastadoras para toda a Europa: milhares de mortos, centenas de pessoas desalojadas e dezenas de movimentos populacionais em busca de um sítio para viver. Urgia, portanto, a construção de uma nova Europa que ultrapassasse a tragédia que a assolava, razão pela qual se realizou o Congresso de Haia de 1948.<sup>153</sup>

<sup>148</sup> Cfr. Artigos 1º, nº 1, 1º, nº 2, 1º, nº 3, 2º, nº 1, 2º, nº 2, 3º, nº 1, 3º, nº 2, 3º, nº 3 e 4º da *DSAT*.

<sup>149</sup> Cfr. RODRIGUES: *Anais de Direito de Asilo*, op. cit., pp. 32-33.

<sup>150</sup> Também Luciana Diniz Durães Pereira refere que “a *Declaração* de 1967 foi responsável pela consagração de inúmeros princípios concernentes ao direito de asilo, entre estes o da não-devolução (*non-refoulement*) e o de que a concessão de asilo por um Estado pode não ser vista, pelo Estado de origem do asilado, como um ato de inimizade ou ofensa.” (Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., p. 59).

<sup>151</sup> Cfr. Artigos 1º, nº 1, última parte e 3º, nº 1 da *DSAT*.

<sup>152</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., pp. 52-53.

<sup>153</sup> Para melhor desenvolvimento vide, RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, op. cit., pp. 344 e 345.

Na sequência daquele Congresso é assinada por dez países<sup>154</sup> a *Convenção de Londres* que instituiu o Conselho da Europa, que entrou em vigor a 3 de agosto de 1949, passando este a ser um órgão fundamental no reconhecimento da democracia e dos direitos humanos fundamentais, sendo a mais antiga organização política do continente europeu ainda atualmente em vigor.<sup>155</sup>

Desta forma, e tendo como principal foco de intervenção a proteção dos direitos fundamentais,<sup>156</sup> o Conselho da Europa não pôde deixar de parte os problemas relacionados com os refugiados e o asilo.

No início,

“face [ao] aumento significativo de refugiados, de imigrantes, de deslocados e de requerentes de asilo, os Estados-membros do Conselho da Europa começam por adotar um conjunto de medidas para controlar e restringir a entrada no seu território. Estes tentam a todo o custo proteger as suas fronteiras da imigração não desejada, todavia, defrontam-se com um grave problema: como diferenciar as reais motivações dos requerentes de asilo, face ao fluxo misto do êxodo populacional. (...) Perante esta mistura de motivações, muitos Estados adotam políticas restritivas de acesso ao seu território a fim de evitarem o abuso generalizado do instituto de asilo, bem como para escamotear as obrigações legais internacionais no que concerne à proteção dos refugiados e do Homem em geral.”<sup>157, 158</sup>

No entanto, face ao grande fluxo de refugiados e deslocados emergentes da Segunda Guerra Mundial, os Estados-membros do Conselho da Europa viram-se obrigados a estabelecer vários tratados e acordos que salvaguardassem os mais elementares direitos humanos daquele grupo de pessoas. Neste sentido, o Conselho,

<sup>154</sup> Foram eles a França, Grã-Bretanha, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Irlanda, Itália, Dinamarca, Suécia e Noruega.

<sup>155</sup> Neste sentido, o artigo 1º do *Estatuto do Conselho da Europa* tem a seguinte redação: “a) O objetivo do Conselho da Europa é o de realizar uma união mais estreita entre os seus Membros, a fim de salvaguardar e de promover os ideais e os princípios que são o seu património comum e de favorecer o seu progresso económico e social. b) Este objetivo será prosseguido, por meio dos órgãos do Conselho, através do exame de questões de interesse comum, pela conclusão de acordos e pela adoção de uma ação comum nos domínios económico, social, cultural, científico, jurídico e administrativo, bem como pela salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. c) A participação dos Membros no Conselho da Europa não deve afetar a sua contribuição nas tarefas das Nações Unidas e de outras organizações ou uniões internacionais das quais façam parte. d) As questões relativas à defesa nacional não são da competência do Conselho da Europa.”, (*Cfr. “Estatuto do Conselho da Europa”*, in [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conselho\\_Europa/Conselho\\_Europa\\_Estatuto.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conselho_Europa/Conselho_Europa_Estatuto.htm), consultado a 07/09/2015).

<sup>156</sup> Segundo o artigo 3º do *Estatuto do Conselho da Europa*: “Todos os Membros do Conselho da Europa reconhecem o princípio do primado do Direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, comprometendo-se a colaborar sincera e ativamente na prossecução do objetivo definido (...)”, (*Ibidem*).

<sup>157</sup> *Cfr.* RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, *op. cit.*, p. 349.

<sup>158</sup> Por outro lado, o Protocolo nº 4 da *Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, adotada a 4 de novembro de 1950 pelos quinze países europeus membros do Conselho da Europa, previa nos seus artigos 2º e 3º o direito de livre circulação e a proibição de expulsão ou de entrada num país quer para nacionais, quer para estrangeiros, sendo que o artigo 7º daquele Protocolo continha uma série de garantias processuais que deviam ser aplicadas nos casos de expulsão de estrangeiros residindo legalmente no Estado em causa, designadamente, a imposição de estes só poderem ser expulsos por decisão judicial em conformidade com a lei.

composto por 47 Estados-membros, tenta contribuir para uma maior proteção da instituição de asilo não só na Europa, como também a nível global.

Assim, em 1950, os Estados-membros do Conselho da Europa assinaram a *Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, que institui pela primeira vez um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para o controlo judicial das violações aos direitos dos cidadãos. Esta, apesar de não conter diretamente disposições sobre o direito dos refugiados e dos que requerem asilo, aplica-se também àqueles por ser aplicável a todos os que se encontram no território dos países signatários.<sup>159</sup> À *Convenção* juntaram-se 14 Protocolos adicionais, dos quais se destacam, em matéria de asilo, o Protocolo adicional nº 4 (1963), que proibiu as expulsões coletivas de estrangeiros no seu artigo 4º, e o Protocolo adicional nº 7 (1984), que enuncia as condições de expulsão dos estrangeiros no seu artigo 1º.

Para além disso, no seio do Conselho da Europa, são de destacar as seguintes recomendações, resoluções e acordos que, direta ou indiretamente, referem a questão do asilo:

- o Acordo Europeu sobre o regime de circulação de pessoas entre os países membros do Conselho da Europa, assinado a 13 de dezembro de 1957;<sup>160</sup>
- a Convenção Europeia de Extradução, de 13 de dezembro de 1957;
- o Acordo Europeu relativo à supressão de vistos para os refugiados (1959) que permitia a livre circulação de refugiados entre o território das Partes Contratantes, desde que fossem titulares de visto de viagem válido e que a duração da sua estada fosse inferior ou igual a três meses;
- a Recomendação 293 (1961) da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, onde se propõe a introdução de um artigo específico sobre o direito de asilo no segundo protocolo à *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*;
- a Recomendação 434 (1965) da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, relativa à “Aplicação do direito de asilo aos refugiados europeus”;
- a Resolução 14 (1967) do Comité de Ministros, sobre a concessão de asilo a pessoas ameaçadas de perseguição;

<sup>159</sup> A este propósito, refere Teresa Cierco que “o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, enquanto garante da salvaguarda, aplicação e interpretação da *Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, tem também sido relevante em matéria de asilo. Defende que, mesmo que o direito de asilo não esteja garantido enquanto tal na Convenção, as medidas de repatriamento podem causar problemas do ponto de vista do artigo 3º, que proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante, ou do artigo 13º, onde se garante o direito a um recurso efetivo.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., pp. 67 e 68).

<sup>160</sup> Quanto a este assunto já referi que “(...) este acordo foi o embrião do *Acordo Schengen* pois, visava, essencialmente, reconhecer a obrigação de facilitar aos nacionais dos Estados contratantes do Conselho da Europa, qualquer que seja o seu país de residência, a entrada em qualquer território de qualquer outro Estado contratante e, a possibilidade de o abandonar quando o bem entender.” (Cfr. RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, op. cit., p. 351).

- a Resolução 817 (1977) da Assembleia Parlamentar relativa a certos aspetos do direito de asilo, e a Declaração relativa ao asilo territorial do Comité de Ministros, que vieram apoiar o conteúdo da Resolução 14, pedindo ao Comité de Ministros para apelar aos Estados-membros para que reconhecessem a competência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem em analisar os pedidos individuais e mantivessem a sua atitude liberal face às pessoas que procuram asilo no seu território;
- o Acordo Europeu sobre a Transferência da Responsabilidade relativa a Refugiados (1980) e a Recomendação sobre Harmonização de Procedimentos Nacionais relativos ao Asilo (1981);
- a Recomendação relativa à proteção de pessoas que satisfazem os critérios da *CRER* e que não são formalmente reconhecidas como refugiados (1984);
- a Recomendação 787 (1986) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, que institui a harmonização em matéria de elegibilidade em conformidade com a *CRER* e com o *Protocolo de 1967*;
- a Recomendação 1088 (1988) relativa ao direito de asilo territorial;
- e, finalmente, a Recomendação 1237 (1994) relativa à situação dos pedidos de asilo indeferidos.<sup>161</sup>

## 5.2. O continente africano e o asilo

Com o fim da era colonial, o continente africano assistiu a sucessivos movimentos de refugiados, sendo necessário um acordo regional para contemplar os aspetos específicos dos problemas dos refugiados em África. Neste sentido, é adotada a *Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA)* em 10 de setembro de 1969, em Adis-Abeba, pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da OUA.<sup>162</sup>

A *Convenção* define o termo refugiado como sendo “qualquer pessoa que, receando com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontra fora do país da sua nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira requerer a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país da sua anterior residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude desse receio, não queira lá voltar.” E acrescenta ainda que “o termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que

<sup>161</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., pp. 68 e 69.

<sup>162</sup> Sobre este assunto, Teresa Cierco explica que “no preâmbulo consta a convicção de que “todos os problemas (...) do Continente Africano devem ser resolvidos no espírito da *Carta da OUA* e no quadro de África”, e que a *CRER de 1951*, modificada pelo *Protocolo de 1967*, “constitui o instrumento jurídico fundamental e universal relativo ao estatuto dos refugiados...”. Afirma-se igualmente a existência de uma estreita colaboração entre a OUA e o ACNUR para assegurar “a eficácia das medidas preconizadas pela presente *Convenção*, com vista a resolver o problema dos refugiados em África”. Não se tratou assim de criar um sistema africano à margem do ACNUR, mas de estender a proteção internacional a novas categorias de refugiados no continente africano. (*Ibidem*, pp. 58 e 59).

perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade”.<sup>163, 164</sup>

No entanto, apesar de ter sido feito um alargamento da definição de refugiado, o conceito continuava a não englobar as pessoas deslocadas no interior do país e a quem as organizações humanitárias internacionais, como o ACNUR, tratavam de prestar assistência, bem como não se referia às catástrofes naturais e económicas, restringindo-se àquelas que eram provocadas pelo Homem.<sup>165</sup>

Ora, a maior inovação desta *Convenção* residiu no facto de prever uma disposição que obriga os Estados a acordar a concessão de asilo aos que o solicitam. Ou seja, por forma a não pôr em causa a soberania dos Estados, prevendo-se a obtenção automática ao direito de asilo, a *Convenção* optou por dispor que “os Estados-Membros da OUA comprometem-se a fazer tudo o que estiver ao seu alcance, no quadro das respetivas legislações, para acolher refugiados e assegurar a instalação daqueles que, por razões sérias, não podem ou não querem voltar aos seus países de origem ou de que têm a nacionalidade”.<sup>166</sup>

Para além disso, tal como a *CRER*, a *Convenção da OUA* previa o princípio do non-refoulement, adaptado às necessidades específicas regionais, onde os êxodos maciços eram muito mais significativos do que os pedidos de asilo individuais.<sup>167</sup> Neste sentido, previa-se que “todo o refugiado a que não foi concedido o direito de residir num determinado país de asilo, poderá ser admitido temporariamente no primeiro país de asilo onde se apresentou como refugiado, aguardando que sejam tomadas disposições para a sua reinstalação (...)”.<sup>168</sup>

A *Convenção* prevê ainda a proibição de qualquer atividade subversiva (a obrigação de os refugiados se conformarem com as leis e regulamentos do país em que se encontram), o princípio da não discriminação (a obrigação de os Estados não fazerem distinção de raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou de opiniões políticas perante todos os refugiados) e o princípio do repatriamento voluntário (nenhum refugiado pode ser repatriado contra a sua vontade).<sup>169</sup>

<sup>163</sup> Cfr. Artigos I, nº1 e I, nº2 da *Convenção da OUA*.

<sup>164</sup> Sobre a definição de refugiado plasmada na *Convenção da OUA*, Teresa Cierco refere que “a definição (...) encontra-se dividida em duas partes: a primeira é idêntica à definição da *Convenção* de 1951 sem os limites temporais e geográficos; a segunda parte vai mais longe, estendendo a proteção às pessoas forçadas a deixar o seu país de origem (...). Esta tratou-se de uma adição importante. Significa que, aqueles que fogem de distúrbios civis, violência e guerra tinham direito a reclamar o estatuto de refugiado nos Estados signatários desta *Convenção*. Já não se estava apenas perante acontecimentos de natureza geral que envolvem toda uma comunidade.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia, op. cit.*, p. 59).

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>166</sup> Cfr. Artigo II, nº1 da *Convenção da OUA*.

<sup>167</sup> Por conseguinte, no artigo II, nº 3 da *Convenção da OUA* prevê-se o seguinte: “Ninguém pode ser submetido por um Estado-Membro a medidas tais como a recusa de admissão na fronteira, o *refoulement* ou a expulsão que o obriguem a voltar a residir num território onde a sua vida, a sua integridade física ou a sua liberdade estejam ameaçados (...)”.

<sup>168</sup> Cfr. Artigo II, nº5 da *Convenção da OUA*.

<sup>169</sup> Cfr. Artigos III, IV e V da *Convenção da OUA*.

A *Convenção* da OUA influenciou a elaboração de outros acordos regionais como a Declaração de Cartagena, na América Latina, suscitou o desenvolvimento da questão dos refugiados “de facto” no seio do Conselho da Europa e ajudou à tentativa de elaboração da *Convenção sobre Asilo Territorial da ONU*.<sup>170</sup>

### 5.3. O instituto de asilo na América Latina e a convenção de Caracas de 1954

#### 5.3.1. A evolução do asilo na América Latina: do Tratado de Direito Penal Internacional à Declaração de Cartagena das Índias

No continente americano, o direito de asilo foi-se desenvolvendo particularmente na América Latina, sendo que os primeiros textos remontam ao século XIX onde é de notar a realização da primeira Conferência com o objetivo de regulamentar o direito de asilo, em Lima, em 1865 e o Primeiro Congresso Sul-americano de Direito Internacional Privado que culminou na assinatura do *Tratado de Direito Penal Internacional*, a 23 de janeiro de 1889, em Montevidéu. Este constituiu a primeira normatização jurídica internacional regional referente ao asilo, estabelecendo um precedente para a criação de outros instrumentos internacionais regionais convencionais que regulavam e ainda regulam, direta ou indiretamente, a concessão de asilo.<sup>171</sup>

Durante o século XX são ainda de destacar os seguintes instrumentos jurídicos regionais no âmbito do instituto de asilo: o Acordo sobre Extradução, assinado em Caracas em 1911, a Convenção sobre Asilo, assinada na VI Conferência Pan-americana de Havana em 1928, a Convenção sobre Asilo Político, assinada na VII Conferência Internacional Americana de Montevidéu em 1933, o Tratado sobre Asilo e Refúgio Político de Montevidéu de 1939, a Declaração Americana dos Direitos Humanos (1948) e as *Convenções sobre Asilo Diplomático e sobre Asilo Territorial de Caracas (1954)*.

Podemos referir igualmente o *Pacto de San José da Costa Rica (1969)* e a *Convenção Americana relativa aos Direitos do Homem (1969)* que comportam, contrariamente ao seu equivalente europeu, disposições relativas ao direito de asilo<sup>172</sup> e, mais tarde, a *Declaração de S. José de 1994* que teve a sua origem num Colóquio Internacional de Comemoração do 10º Aniversário da *Declaração de Cartagena*.

De facto, em 22 de novembro de 1984 foi elaborada a *Declaração de Cartagena das Índias (DCI)*,<sup>173</sup> que foi assinada por dez países da América Latina e

<sup>170</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 61.

<sup>171</sup> O *Tratado de Direito Penal Internacional* foi assinado pela Argentina, Bolívia, Paraguai, Perú e Uruguai e vem, pela primeira vez, regular o instituto de asilo naqueles países, tendo inclusivamente integrado a legislação interna de alguns Estados signatários e tendo sido muito importante numa época em que se lutava pela independência em alguns Estados latino-americanos e pela consolidação da democracia em outros. (Cfr. ANDRADE: *Direito Internacional dos Refugiados, Evolução Histórica...*, op. cit., p. 18).

<sup>172</sup> “Nesta última, destaca-se o artigo 22º sobre o “direito de deslocação e de residência” (parágrafos 7 e 8) que se refere ao “direito de procurar e de receber asilo” em caso de perseguição por delitos políticos, e ao princípio de *non-refoulement*.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 62).

<sup>173</sup> A este propósito, Andrea Lúcia Alves da Silva menciona que “(...) a *Declaração de Cartagena sobre Refugiados* [...] estipulava a criação de fundações para o tratamento dos refugiados na América Central, incluindo

da América Central: Belize, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá e Venezuela no Colóquio sobre a proteção internacional dos refugiados na América Central, México e Panamá: problemas jurídicos e humanitários, que teve lugar em Cartagena, Colômbia.<sup>174</sup>

A *DCI* nasceu com o mesmo objetivo do *Protocolo de Nova Iorque* de excluir as limitações temporais e geográficas impostas pela *CRER*, como resposta aos conflitos ocorridos naquela época,<sup>175</sup> que provocaram o fluxo de mais de 2 milhões de indivíduos, fixando como critério para a concessão do refúgio a existência de uma violação massiva de direitos.<sup>176</sup>

A *DCI* adotou uma definição de refugiado mais abrangente do que a adotada pelo *Protocolo de Nova Iorque*, tendo em conta não apenas os refugiados stricto sensu mas também todas as vítimas de problemas de ordem pública e da violação massiva dos Direitos do Homem.<sup>177</sup> “Para tanto, de forma expressa, foi resguardado, na terceira cláusula conclusiva da *DCI*, o conselho aos Estados de que a definição ou conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é aquela que, além de conter os elementos da *Convenção* de 1951 e do

---

o princípio da não rejeição, a importância de integrar os refugiados e empreender esforços para erradicar as causas de seus problemas.” (Cfr. SILVA, Andréa Lúcia da: “*Os refugiados no cenário mundial...*”, *op. cit.*, p. 6).

<sup>174</sup> Sobre esta temática, refere Teresa Cierco que “nesta *Declaração*, alguns países latino-americanos defenderam ‘...o caráter pacífico, apolítico e exclusivamente humanitário da concessão do asilo ou do reconhecimento do estatuto do refugiado’ e sublinharam a importância do princípio internacionalmente aceite, segundo o qual, nenhuma destas medidas pode ser interpretada como sendo ‘um ato hostil para com o país de origem dos refugiados.’” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 63).

<sup>175</sup> Ora, “(...) o Colóquio de Cartagena, que deu origem à *Declaração*, teve como razão de sua ocorrência a necessidade de se discutir a grave crise de refugiados pela qual passava, na década de 1980, a América Central: a) o número de refugiados guatemaltecos no México aumentou consideravelmente e, puderam instalar-se acampamentos longe da fronteira, na península de Yucatán; b) Honduras e Costa Rica continuaram aumentando a recepção de refugiados vindo, principalmente, de El Salvador, Guatemala e Nicarágua. Desses últimos países saíram cerca de 15.000 índios mulatos e sumos durante os primeiros meses de 1986; c) Belize [constituiu-se num] jovem país receptor de refugiados oriundos de diferentes países centro-americanos.” (Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, *op. cit.*, p. 89).

<sup>176</sup> Neste sentido, Danielle Anne Pamplona refere que “(...) [se] verificou que a definição contida na *Convenção de 1951* não dava conta de tratar dos refugiados provenientes dos conflitos no continente americano, dessa forma, fazia-se necessário modificá-la. E foi o que fez a *Declaração*, sugerindo um texto que representou um passo importante para o alargamento da condição de refugiado, eis que em seu item III, na terceira conclusão, expressamente prevê que devem preferencialmente ser considerados como refugiados ‘as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança, ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.’” (Cfr. PAMPLONA: “*O instituto de refúgio no Brasil...*”, *op. cit.*, p. 46).

<sup>177</sup> Quanto a esta questão, Teresa Cierco chama a atenção de que com esta *Declaração* “pela primeira vez, um instrumento internacional do direito dos refugiados contém uma referência explícita à violação dos direitos humanos. No entanto, como defende Hathaway, a partir do momento em que o refugiado sente que a sua vida, liberdade ou segurança estão ameaçadas, há já uma referência à violação dos direitos humanos em geral. Logo, esta *Declaração* não acrescenta nada verdadeiramente novo. A mesma coisa acontece no que respeita à questão dos “conflitos internos” que, segundo o mesmo autor, não é mais que especificar princípios já estabelecidos. Toda a situação de “conflito interno” consiste numa perturbação de ordem pública sendo, por isso, coberta quer pela *Convenção da OUA*, quer pela *Declaração de Cartagena*.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 64).

*Protocolo* de 1967, considere também como refugiadas as pessoas que fugiram de seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública”.<sup>178</sup>

Ora, este alargamento do conceito de refugiado tem particular importância em situações de fluxo de larga escala, quando é geralmente impraticável analisar pedidos individuais no estatuto de refugiado. Esta situação adequava-se perfeitamente ao contexto vivido na América Latina provocada pelos seus governos autoritários nos 70 e 80 e a necessidade de enfrentar a situação dos refugiados como uma consequência dos diversos conflitos regionais.<sup>179</sup>

No entanto, esta *Declaração* não é formalmente vinculativa, tendo somente a força de uma opinião compartilhada internacionalmente. Tornou-se, contudo, a base da política de refugiados na região e foi incorporada na legislação nacional de diversos Estados, na medida em que se converteu numa fonte espontânea e atípica de Direito Internacional em matéria de refugiados pela sua aceitação como conjunto de normas de referência na matéria.<sup>180</sup>

No vigésimo aniversário da *DCI* (novembro de 2004), o ACNUR, o Conselho Norueguês para os Refugiados, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, o Instituto Interamericano de Direitos Humanos e os governos do Brasil, Costa Rica e México, analisaram os principais desafios em matéria de refugiados na América Latina, tendo concluído que subsistem ainda situações que geram deslocamento forçado e identificando algumas linhas de ação na procura de soluções duradouras efetivas como a repatriação voluntária.<sup>181</sup>

### 5.3.2. O asilo territorial e o asilo diplomático na Convenção de Caracas

Por outro lado, a *Convenção de Caracas sobre Asilo Territorial e Asilo Diplomático*, de 28 de março de 1954, dividida em dois instrumentos jurídicos distintos, e aprovada na X Conferência Interamericana celebrada em Caracas, Venezuela, constituiu um marco importante no que ao direito de asilo diz respeito perante os países da América Latina, especificando a competência dos Estados asilantes, a qualificação da natureza do delito e a apreciação da urgência no pedido de asilo.<sup>182</sup>

<sup>178</sup> Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>179</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>180</sup> “Este processo foi continuado e desenvolvido pela Declaração e Plano de Ação concertado a favor dos refugiados, repatriados e deslocados centro-americanos e pelo documento Princípios e Critérios para a Proteção e Assistência aos Refugiados, repatriados e deslocados centro-americanos na América Latina, adotados na Conferência Internacional sobre Refugiados Centro-americanos.” (Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 69).

<sup>181</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>182</sup> Sobre este tema, Luciana Diniz Durães Pereira defende que “[se] pode aferir da existência destes documentos que o conceito de asilo diplomático e territorial, ou seja, do chamado *asilo político*, teve uma conceção e formação especial na América Latina sob o termo “asilado político” – apesar de, internacionalmente, o

No que concerne à *Convenção sobre Asilo Territorial* é de destacar, logo no seu artigo I, a referência ao princípio da soberania dos Estados, designadamente prevendo que “todo o Estado tem direito, no exercício da sua soberania, de admitir dentro do seu território as pessoas que julgar conveniente sem que, pelo exercício desse direito, nenhum outro Estado possa fazer qualquer reclamação”.<sup>183</sup> Com esta prerrogativa, os Estados pretenderam reforçar a ideia de que a concessão de asilo e a consequente cedência de direitos aos requerentes de asilo são atos que integram a sua esfera de soberania e que só a eles dizem respeito. O princípio da soberania dos Estados também se encontra previsto nos artigos II, VII e VIII da *Convenção*.<sup>184</sup>

Esta *Convenção* trouxe uma inovação na medida em que vem criar um novo princípio da não discriminação entre estrangeiros e nacionais: “Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, nenhum Estado é obrigado a estabelecer na sua legislação ou nas suas disposições ou atos administrativos aplicáveis a estrangeiros qualquer distinção motivada pelo único facto de se tratar de asilados ou refugiados políticos”.<sup>185</sup> Daqui se retiram os princípios da não discriminação entre estrangeiros e nacionais e, portanto, o princípio do tratamento equitativo entre ambos.

Também a *Convenção sobre Asilo Diplomático* faz alusão ao princípio da soberania dos Estados, mas, fá-lo de forma mais inovadora do que a *Convenção sobre Asilo Territorial*, na medida em que estipula no seu artigo II que o Estado asilante não necessita de fundamentar as razões de facto ou de direito pelas quais nega o pedido de asilo, conferindo, assim, uma grande liberdade aos Estados na concessão (ou não) de asilo. Designadamente, nela se prevê que “todo o Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar porque o nega”.<sup>186</sup>

Para além disso, esta *Convenção* confere outros poderes aos Estados asilantes, também eles inovadores, e que são: “a classificação da natureza do delito ou dos motivos da perseguição” e “julgar se se trata de caso de urgência”, o que, em caso afirmativo, significa que o asilo terá que ser concedido obrigatoriamente “pelo tempo estritamente necessário para que o asilado deixe o país com as

---

vocábulo asilo ser utilizado em sua conotação tanto genérica, como enquanto sinónimo de refúgio. Sendo assim, é uma construção jurídica tipicamente latino-americana e regional o asilo político, ligado às regras atinentes à extradição e de delitos e crimes de natureza política.” (Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., pp. 59-60).

<sup>183</sup> Cfr. Artigo II da *Convenção sobre Asilo Territorial de Caracas*.

<sup>184</sup> Designadamente, “Qualquer violação da soberania consistindo em atos de um governo ou de seus agentes contra a vida ou a segurança de uma pessoa praticados no território de outro Estado não se pode considerar atenuada pelo facto de ter a perseguição começado fora das suas fronteiras ou de obedecer a motivos políticos ou a razões de estados.”; “A liberdade de expressão de pensamento que o direito interno reconhece a todos os habitantes de um Estado não pode ser motivo de reclamação por outro Estado (...).”; “Nenhum Estado tem o direito de pedir a outro Estado que restrinja aos asilados e refugiados políticos a liberdade de reunião ou associação que a legislação interna deste reconheça a todos os estrangeiros dentro do seu território (...).” (Cfr. Artigos II, VII e VIII da *Convenção sobre Asilo Territorial de Caracas*).

<sup>185</sup> Cfr. Artigo VI da *Convenção sobre Asilo Territorial de Caracas*.

<sup>186</sup> Cfr. Artigo II da *Convenção sobre Asilo Diplomático de Caracas*.

garantias concedidas pelo governo do Estado territorial, a fim de não correr perigo para a sua vida, liberdade, ou integridade pessoal ou para que de outra maneira o asilado seja posto em segurança”.<sup>187</sup>

Finalmente, importa referir que ambas as *Convenções (Territorial e Diplomática)* têm como base o asilo político<sup>188, 189</sup> e integram o princípio do non-refoulement<sup>190, 191</sup> para as pessoas que sejam perseguidas por delitos políticos ou por delitos comuns cometidos com fins políticos.

## 6. ASILO E REFUGIADOS: PARTICULARIDADES E TIPICIDADES

### 6.1. A noção e as categorias de asilo

O asilo é uma “instituição em virtude da qual um Estado oferece proteção a determinados indivíduos que não possuem a sua nacionalidade, mas cuja vida, liberdade e/ou direitos fundamentais encontram-se, gravemente, ameaçados ou em perigo, por atos de perseguição ou de violência derivados de comportamentos ativos e passivos de Estados terceiros.”<sup>192, 193</sup> É a “[concessão de] autorização legal de entrada num país, estado/nação, é a permissão de estadia anuída a alguém (refugiado), que se viu obrigado a fugir da sua terra natal, para noutra, iniciar em segurança vida nova, longe das perseguições, da intolerância e da guerra.”<sup>194, 195, 196</sup>

<sup>187</sup> Cfr. Artigos IV, VII e V da *Convenção sobre Asilo Diplomático de Caracas*, respetivamente.

<sup>188</sup> Na *Convenção sobre Asilo Territorial*: “O respeito que, segundo o Direito Internacional, se deve à jurisdição de cada Estado sobre os habitantes de seu território, deve-se igualmente, sem nenhuma restrição à jurisdição que tem sobre as pessoas que nele entram, procedentes de um Estado, onde sejam perseguidos por suas crenças, opiniões e filiação política ou por atos que possam ser considerados delitos políticos.” (Cfr. Artigo II da *Convenção sobre Asilo Territorial de Caracas*).

<sup>189</sup> Na *Convenção sobre Asilo Diplomático*: “O asilo outorgado em legações, navios de guerra e acampamentos ou aeronaves militares a pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos será respeitado pelo Estado territorial, de acordo com as disposições desta Convenção.” (Cfr. Artigo I da *Convenção sobre Asilo Diplomático de Caracas*).

<sup>190</sup> Na *Convenção sobre Asilo Territorial*: “Nenhum Estado é obrigado a entregar a outro Estado ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos.” (Cfr. Artigo III da *Convenção sobre Asilo Territorial de Caracas*).

<sup>191</sup> Na *Convenção sobre Asilo Diplomático*: “Efetuada a saída do asilado, o Estado asilante não é obrigado a conceder-lhe permanência no seu território mas não o poderá mandar de volta ao seu país de origem, salvo por vontade expressa do asilado.” (Cfr. Artigo XVII da *Convenção sobre Asilo Diplomático de Caracas*).

<sup>192</sup> Cfr. RODRIGUES: *Anais de Direito de Asilo*, op. cit., p. 16.

<sup>193</sup> A doutrina dominante divide-se em duas correntes quanto à definição do instituto de asilo: a posição tradicional que o vê como um poder inserido na discricionariedade conferida ao Estado e, por isso, fazendo parte do conjunto de matérias abrangidas pela soberania deste; e uma posição que contempla este instituto enquanto direito individual das pessoas, embora dependente da colaboração do Estado para a sua plena concretização. (*Ibidem*, p. 16).

<sup>194</sup> “No sentido mais corrente, a palavra asilo significa um lugar privilegiado onde os perseguidos se encontram ao abrigo dos seus perseguidores.” (Cfr. MERÊA, MONCADA e RIBEIRO: “O Asilo Interno em Direito Internacional Público...”, op. cit., p. 55).

<sup>195</sup> Cfr. RODRIGUES: “A História do Direito de Asilo...”, op. cit., p. 318.

<sup>196</sup> Sobre esta temática, Luciana Diniz Durães Pereira explica que “o vocábulo *asilo* origina-se da palavra grega *asylon*, resultando da união da partícula *a* e da palavra *asylao*. A partícula *a* significava a negação para os gregos, ou seja, não. Por sua vez, a palavra *asylao* traduzia o sentido dos verbos retirar, tirar, extrair. Desse modo, juntas, significavam a proteção dada às pessoas que, por motivos variados, procuravam abrigo em um

Assim, o instituto de asilo está intrinsecamente ligado a uma violação dos direitos humanos: pressupõe que o requerente de asilo tenha sido alvo de perseguições e discriminações que puseram em causa a sua segurança no seu país de origem e que constituem violações metódicas aos mais primários direitos humanos. Os requerentes de asilo vêm-se obrigados a abandonar as suas terras natal, por serem vítimas de ameaças à sua segurança, integridade física e psicológica ou aos mais elementares direitos humanos, buscando, assim, proteção noutra local.<sup>197</sup>

Por vezes, põe-se a questão de saber a quem se dirige o direito de asilo: se ao indivíduo ou ao Estado. A resposta é simples: o direito de asilo é um direito do Estado, ou melhor, é um privilégio do Estado em função da sua soberania, enquanto sujeito de direito internacional, sendo que os Estados têm até uma grande dificuldade em reconhecer este direito ao indivíduo.<sup>198</sup> O único direito que é efetivamente conferido ao indivíduo refugiado é o de não ser reenviado para onde a sua vida ou liberdade possa estar em perigo e que, por isso, constitui uma restrição imposta ao Estado no exercício da sua soberania.

Ora, o asilo é dividido em dois grupos que, por sua vez, se subdividem em dois outros grupos: por um lado, pode ser de direito interno ou de direito internacional, conforme se funda numa norma jurídica de direito interno ou numa norma jurídica de direito internacional; e, por outro, pode ser interno ou externo, dependendo se é situado dentro dos limites da soberania dos Estados ou se é situado fora destes mesmos limites. Neste sentido, podemos concluir que os asilos de direito interno são sempre também asilos internos e que os asilos de direito internacional tanto podem ser asilos internos como asilos externos. Em direito internacional, direito de asilo significa o direito de qualquer Estado, em relação a outro Estado, de conceder a qualquer indivíduo perseguido pelas autoridades deste último qualquer espécie de asilo de direito internacional.<sup>199</sup>

Para além disso, podemos encontrar três categorias de asilo: o asilo territorial, que constituiu uma espécie de asilo externo de direito internacional e é concedido por um país estrangeiro a um refugiado político perseguido no seu país de origem; o asilo diplomático<sup>200</sup> que é sinónimo de asilo interno de direito internacional<sup>201</sup> e pressupõe a ideia de relações entre Estados independentes ou, pelo

---

local ou cidade que não aquela em que eram perseguidos.” (Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., p. 43).

<sup>197</sup> Quanto a este assunto, Aline Neves Assis refere que “as causas motivadoras dessa perseguição são, normalmente, dissidência política, livre manifestação de pensamento ou, ainda, crimes relacionados com a segurança do Estado, que não configurem delitos de direito penal comum.” (Cfr. ASSIS: “A proteção internacional dos refugiados no ordenamento jurídico brasileiro...” op. cit., p. 311).

<sup>198</sup> “Segundo Grahl-Madsen, este direito significa, mais precisamente, o direito de admitir uma pessoa no seu território e permitir que fique; ou recusar a sua extradição, não a submetendo a um processo penal, nem restringindo a sua liberdade.” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 49).

<sup>199</sup> Cfr. MERÊA, MONCADA e RIBEIRO: “O Asilo Interno em Direito Internacional Público...”, op. cit., pp. 55 e 56.

<sup>200</sup> Para melhor desenvolvimento, vide, MERÊA, MONCADA e RIBEIRO: “O Asilo Interno em Direito Internacional Público...”, op. cit., pp. 68 e SS.

<sup>201</sup> No entanto, para Paulo Merêa, Cabral De Moncada e Teixeira Ribeiro, o asilo diplomático “apenas abrange uma das espécies de asilo interno de direito internacional, nomeadamente o asilo concedido nos edifícios das

menos, entre sujeitos de direito internacional capazes de defenderem os seus recíprocos direitos ou privilégios;<sup>202</sup> e, finalmente, o asilo neutral, característico das situações de guerra, e que se traduz na proteção que um Estado neutral concede aos beligerantes de países terceiros quando estes se encontrem em situações de conflito armado.<sup>203</sup>

No entanto, importa ainda recordar que em tempos idos existia ainda uma outra categoria a considerar: o asilo religioso. Este, completamente abstraído de quaisquer relações internacionais, explicava-se por sentimentos supersticiosos que detinham os povos mais primitivos ou pelo respeito devido a certos locais ou objetos ligados à ideia de Deus.<sup>204</sup> O asilo religioso, característico dos povos egípcios, romanos e gregos, desapareceu na Europa a partir de meados do século XIX.

Atualmente, perante os novos desafios que nos são apresentados pela era contemporânea, há quem defenda novas categorias de refugiados. É o caso dos chamados “refugiados ambientais”<sup>205</sup> que buscam um novo lar não por motivos políticos mas devido a deprações ambientais, designadamente, a seca, a desertificação do território ou de catástrofes naturais e dos refugiados que fogem das suas terras por causa da extrema miséria e da degradação das suas condições de vidas. No entanto, o ACNUR não enquadra estas situações na definição clássica de refugiados da *CRER* por estes não serem desamparados da proteção política do seu próprio Estado.<sup>206</sup>

## 6.2. A distinção entre os conceitos de asilo e refugiado

Ora, importa mencionar que, apesar de associados, o conceito de refugiado não pode ser confundido com o de asilo.<sup>207</sup> Em primeiro lugar, um fator de distinção entre ambos os institutos “guarda relação com a [sua] origem histórica, já

---

missões diplomáticas aos indivíduos perseguidos pelas autoridades do Estado local. As outras variedades de asilo interno de direito internacional são o asilo concedido a bordo de navios de guerra em águas estrangeiras, a bordo de aeronaves militares no estrangeiro e em acampamentos ou formações militares transitariamente ou de passagem em país estrangeiro.” (*Ibidem*, pp. 56 e 57).

<sup>202</sup> Ao passo que o asilo territorial é concedido sem limite temporal, o asilo diplomático é um asilo provisório, concedido apenas pelo tempo estritamente necessário para pôr em segurança o requerente de asilo. “Nesta medida, o asilo diplomático, apenas, deve ser concedido quando estejam reunidas (...) duas condições cumulativas: a) ser um perseguido político; e, b) encontrar-se numa situação de urgência.” (*Cfr.* RODRIGUES: *Anais de Direito de Asilo*, *op. cit.*, p. 29).

<sup>203</sup> Para melhor desenvolvimento, *vide*, RODRIGUES: *Anais de Direito de Asilo*, *op. cit.*, pp. 23-25.

<sup>204</sup> *Cfr.* MERÊA, MONCADA e RIBEIRO: “O Asilo Interno em Direito Internacional Público...”, *op. cit.*, pp. 59 e 60.

<sup>205</sup> Para melhor desenvolvimento, *vide*, PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, *op. cit.*, pp. 105 e SS.

<sup>206</sup> *Cfr.* MARINUCCI, Roberto e MILESI, Rosita: “Introdução”, *Refugiados: realidade e perspectivas*, Brasília: CSEM/IMDH, Edições Loyola, 2003, pp. 14 e 15.

<sup>207</sup> No entanto, como referu “eles têm, todavia, um denominador comum. Ambos, supõem o abandono do seu país de origem e/ou do seu local de residência, para um Estado terceiro, na ânsia de proteção mínima e/ou definitiva, bem como, de segurança. Ambos, supõem a existência de vítimas naturais de perseguições individualizadas e/ou em massa, de conflitos bélicos e, de violações sistemáticas aos mais elementares Direitos Humanos que, colocam em situações de risco e em perigo as suas próprias vidas, de forma atual e efetiva, ou por, apenas, fundado temor de perseguição.” (*Cfr.* RODRIGUES: *Anais de Direito de Asilo*, *op. cit.*, p. 19).

que o direito de asilo data da Antiguidade Clássica, ao passo que o refúgio foi tutelado muito recentemente, após o final da I Guerra Mundial. O asilo já consta em normativas internacionais desde o século XIX, enquanto a previsão internacional do instituto jurídico do refúgio ampara-se, em âmbito universal, na *CRER de 1951 (...)*.<sup>208</sup>

Assim, ao passo que o asilo constitui uma prática antiga de concessão de proteção a alguém em perigo, que persistiu ao longo das diferentes civilizações desde o início da História da Humanidade, a noção de refugiado é recente e reflete uma preocupação concreta sobre a situação jurídica de alguém que foge do seu país.<sup>209</sup>

Por outro lado, “o Direito Internacional distingue dois institutos jurídicos: o asilo e o refúgio. O primeiro é a proteção dada ao estrangeiro, na modalidade política e diplomática, sendo um ato discricionário de cada Estado. Já o refúgio é protegido por convenções internacionais, especificamente, a *Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e o seu Protocolo Adicional de 1967*”.<sup>210</sup>

O direito de asilo —tendo sido definido pelo Instituto de Direito Internacional como a proteção que um Estado concede, no seu território, ou noutro local dependente de alguns dos seus órgãos, a alguém que veio procurar aquela proteção—<sup>211</sup> é um direito do Estado pois é a este que cabe a decisão de concessão ou não de asilo a quem o solicita. De facto, o direito de atribuir asilo ou não, depende inteiramente da disponibilidade de cada Estado e da sua lei, dado que não existe nenhuma norma de direito internacional público que obrigue o Estado a mudar a legislação.<sup>212</sup>

Para além disso, a concessão de asilo traduz-se no culminar do estatuto do refugiado através de um ato de deferimento dos Estados no exercício livre da sua soberania nacional. Ao conceder o estatuto de asilado, o Estado oferece ao refugiado uma proteção permanente, a permissão de trabalho e residência e todos os outros direitos conferidos por instrumentos internacionais e nacionais.<sup>213</sup>

<sup>208</sup> Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>209</sup> Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>210</sup> Cfr. GOMES: “A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia...”, *op. cit.*, p. 101.

<sup>211</sup> Sobre esta definição de asilo, refere TERESA CIERCO que esta “compreende uma aplicação geral não especificando as razões que podem motivar um pedido de asilo. Refere ainda que o asilo pode ser atribuído no território do Estado [asilo territorial], ou “noutro local” [asilo extraterritorial].” (Cfr. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *op. cit.*, p. 16).

<sup>212</sup> Cfr. GONÇALVES, Márcia Patrícia Pereira: *Políticas de Asilo na União Europeia*, Departamento de Ciências Sociais Políticas e do Território, Universidade de Aveiro 2012, p. 68.

<sup>213</sup> Sobre esta temática, ALLINE NEVES ASSIS cita “Vanessa Oliveira Batista (1998, pp. 51 e 52) [que] considera que: Existem diferenças conceituais entre asilo e refúgio. O asilo é uma instituição jurídica que depende de soberania estatal, portanto não é um direito, posto que sua concessão depende do Estado. O refúgio é uma figura prevista na *CRER de 1951*, que obriga cada um dos Estados dela signatário a não rechaçar quem solicite abrigo em sua fronteira. Enquanto o refugiado tem “temor” à perseguição, o asilado encontra-se sob a proteção limitada do Estado que o acolheu. O asilo compreende a permissão de entrada e permanência no Estado; o refúgio, a proibição de rejeitar aquele que está sendo perseguido.” (Cfr. ASSIS: “A proteção internacional dos refugiados no ordenamento jurídico brasileiro...”, *op. cit.*, p. 313).

Ora, numa situação de asilo é necessário preencher os requisitos da definição de refugiado e, ainda, que os Estados optem por reconhecer esta situação, ou seja, é necessário que o Estado queira enquadrar as situações específicas dos requerentes de asilo no âmbito da definição de refugiado. Assim, poderão requerer asilo todas as pessoas que cumpram os requisitos previstos no artigo 1º da CRER e, depois, caso o Estado em que foi entregue o pedido considere que aqueles requisitos estão efetivamente cumpridos, poderá conferir-lhes o Estatuto de Refugiado e conceder-lhes o direito de asilo.

Pelo contrário, a definição do conceito de refugiado resulta da redação dada pelo *Estatuto do ACNUR* de 14 de dezembro de 1950, pela *CRER* de 1951 e pelo *Protocolo de Nova Iorque* de 1967. Quem preencher os critérios discriminados na definição que resulta destes três instrumentos jurídicos (encontrar-se fora do país de origem ou ter um receio fundado de perseguição por razões de raça, religião, nacionalidade, pertença a certo grupo social ou opiniões políticas) pode ser considerado refugiado.<sup>214</sup>

Assim, “o asilo, tanto territorial quanto o diplomático, encontra-se ligado apenas ao facto de existir, em si, perseguição política que enseje o direito de proteção a algum indivíduo (...). O direito de refúgio, por sua vez, é assegurado universalmente e aplicado, então, em âmbito universal, a partir de cinco motivos geradores do bem fundado temor de perseguição, seu elemento essencial, quais sejam: raça, religião, opinião política, [pertença] a um determinado grupo social e nacionalidade”.<sup>215</sup>

Já no que refere à ordem jurídica portuguesa, ao contrário do que sucede em outras ordens jurídicas em que se distingue o direito de asilo, consagrado na respetiva ordem jurídica interna, do direito ao reconhecimento do estatuto do refugiado, tal como este é descrito e previsto em convenções internacionais, Andreia Sofia Pinto Oliveira considera não fazer sentido proceder a esta distinção, na medida em que existe uma relação causa-consequência entre ambos, sendo o reconhecimento do primeiro que determina o acesso ao segundo. Neste sentido, considera que o direito ao asilo e o direito ao reconhecimento do estatuto do refugiado são conceitos equivalentes.<sup>216</sup>

A autora defende que esta é a interpretação que resulta do disposto no artigo 33º, nº 8 e 9 da *CRP*, designadamente, que o asilo é o direito de que os refugiados são titulares face ao Estado português. Uma vez reconhecido por este, o requerente de asilo passa a beneficiar de um estatuto próprio: o estatuto de refugiado político, que é definido por lei.<sup>217</sup>

No entanto, também na ordem jurídica portuguesa, e embora valorizemos os argumentos utilizados pela autora, somos da opinião de que o direito de asilo e o

<sup>214</sup> Cfr. CIERCO, Teresa: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, op. cit., p. 18.

<sup>215</sup> Cfr. PEREIRA: *O Direito Internacional dos Refugiados...*, op. cit., pp. 63 e 64.

<sup>216</sup> Cfr. OLIVEIRA: *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa...*, op. cit., pp. 208 e 209).

<sup>217</sup> Segundo Andreia Sofia Pinto Oliveira, esta mesma interpretação resulta também claramente da lei do asilo que, no artigo 4, esclarece “*A concessão do direito de asilo nos termos do artigo anterior confere ao beneficiado o estatuto do refugiado (...)*”. (*Ibidem*, p. 209).

estatuto do refugiado não podem ser tratados de forma equivalente, pois, apesar de, por vezes, haver de facto uma relação causa-consequência entre ambos nas situações em que a autora refere, a verdade é que tal só acontece quando o Estado opta efetivamente por conceder o direito de asilo ao requerente, situação em que haverá um reconhecimento quase que automático do estatuto de refugiado.

Pelo contrário, nas situações em que o Estado português opte por reconhecer apenas o estatuto de refugiado a um determinado indivíduo, não há nenhum instrumento internacional ou nacional que o obrigue, conseqüentemente, a conceder-lhe asilo, com exceção dos casos restritos previstos no nº 8 do artigo 33º da *CRP*.<sup>218</sup> Assim, havendo esta discricionariedade por parte do Estado na concessão ou não do direito de asilo, não nos parece que se possa assumir declaradamente a existência de uma relação causa-consequência entre ambos os conceitos em todos os pedidos de asilo efetuados, e bem assim fazer um tratamento equitativo de ambas as expressões.

## 7. CONCLUSÃO

O instituto de asilo —fundamento de proteção de qualquer estrangeiro que se encontre em situação de perseguição no seu país de origem por motivos políticos, convicções religiosas ou raciais, entre outros— foi usado recorrentemente durante a História da Humanidade: quando a sua vida ou a sua integridade física ou moral eram postas em causa, as vítimas procuravam a possibilidade de requerer asilo num outro país onde pudessem viver em segurança. Desde Caim, Judas e José, quando o asilo ainda era considerado uma prática de proteção, passando pelas civilizações grega, romana e egípcia, em que passou a ser conotado como um instituto jurídico, até às vítimas das duas grandes guerras mundiais, este instituto teve um papel transversal na nossa História.

De facto, a evolução do instituto de asilo sofreu diversas mutações legais na decorrência do tempo, lugares, necessidades e circunstâncias históricas. No tempo da Grécia antiga era reconhecido enquanto asilo religioso, desenvolvido na prática como Direito Santuário em Roma, previsto e regulado como lei pelo povo de Israel, tendo apenas ganho caráter universal na época do Cristianismo.

Posteriormente, o instituto de asilo foi tendo o seu papel ao longo dos anos motivado por diferentes contextos e vivências históricas: nos anos 20 surgiu como consequência da revolução soviética, nos anos 30 e parte dos anos 40, com as perseguições nazi e fascistas, nos anos 40 e parte dos anos 50 com as perseguições fruto da Segunda Guerra Mundial, nos anos 60 com o processo de descolonização e nos anos 80 e 90 com o fim da Guerra Fria e consequentes perseguições políticas e religiosas, bem como com a fuga à miséria e à fome que se expandiu por todos os Continentes.

---

<sup>218</sup> “É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.” (*Cfr.* Artigo 33º, nº 8 da *CRP*).

A defesa do direito de asilo e dos refugiados foi obra quer de organizações internacionais (a Sociedade das Nações após a I Guerra Mundial e as Nações Unidas após a II Guerra Mundial), quer de organizações não-governamentais (a Cruz Vermelha Internacional, por exemplo). No fundamento do direito de asilo observa-se uma dupla iniciativa política e humanitária, sendo os seus principais atores as organizações intergovernamentais e não-governamentais.

Por outro lado, foi na Europa que, em 1951, após a Segunda Guerra Mundial, se deu um grande passo no que a esta temática diz respeito: a adoção da *CRER* que definiu o conceito de refugiado utilizado por todos os outros instrumentos jurídicos que a ela se seguiram. Fundando-se na necessidade de harmonização das legislações nacionais em condições de admissão e residência de nacionais de países terceiros, a Convenção visa garantir o respeito pelos Direitos dos Refugiados, apesar de não impor aos Estados-membros a obrigação de abdicarem de parte da sua soberania. Nascia, assim, o reconhecimento do direito de asilo que se inscrevia na visão de uma nova ordem internacional, baseada na solidariedade entre os Estados e as nações no que respeita aos refugiados.

Para além da *CRER de 1951* e do *Protocolo de 1967*, foi criado um conjunto de acordos, convenções e outros instrumentos regionais relativos aos refugiados, designadamente na América Latina e em África, que constituíram um avanço importante no direito dos refugiados de âmbito regional e que constituem também a prova de que as regras e as práticas em matéria de refugiados e de asilo se desenvolveram ao longo dos séculos nas mais variadas culturas.

Nos últimos tempos, o direito internacional de refugiados tem evoluído através da designada *soft law*, de que são exemplo as Conclusões do EXECOM, a Agenda para a Proteção, e vários acordos operacionais, particularmente, em contexto de repatriação voluntária.

No entanto, dada a nova conjuntura mundial, os Estados, especialmente os europeus, debatem-se com um dilema: como assegurar o respeito pelos princípios básicos dos direitos humanos e simultaneamente evitar grandes fluxos de refugiados que poderão agravar os problemas sociais já existentes?

Foi numa tentativa de resolver estas questões que se iniciou o processo de harmonização da política de asilo no âmbito da UE, que começou num quadro de cooperação intergovernamental, em 1985, com o *Acordo Schengen*, e culminou na ideia de criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça no *Tratado de Amesterdão*, que foi reforçada pelo *Tratado de Lisboa*. Claro que só é possível concretizar esta liberdade sem pôr em causa a segurança dos cidadãos comunitários. Daí que o fim das fronteiras internas e a maior complexidade dos desafios que os movimentos de refugiados representam tornou evidente a necessidade de desenvolver uma legislação e prática de asilo harmonizada em todo o espaço comunitário.

São, pois, as várias fases deste processo de harmonização que iremos analisar no segundo capítulo do presente trabalho.

## **RESEÑAS**



## **LOS ESCENARIOS ELECTORAL E IDEOLÓGICO EN EL SISTEMA DE PARTIDOS MEXICANO: UNA MIRADA POSTERIOR A LA ELECCIÓN 2018**

### ***ELECTORAL AND IDEOLOGICAL SCENES IN THE MEXICAN PARTY SYSTEM: A POST-2018 ELECTION LOOK***

*Díaz Jiménez, Oniel y León Ganatios, Luis*

JIMMY EMMANUEL RAMOS VALENCIA

Las elecciones presidenciales realizadas en México en el año 2018 marcaron diversos cambios en el comportamiento político de partidos y de sistema de partidos en México, un sistema de partidos altamente institucionalizado, se volatiliza con el triunfo de un partido de nueva formación como fue el caso del Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA).

Esto supone que en años venideros pueden haber diversos cambios en la vida política del país.

La obra “Los escenarios electoral e ideológico en el sistema de partidos mexicano: Una mirada posterior a la elección 2018” muestra y analiza explicaciones acerca de este fenómeno.

La obra se compone de IV capítulos; en un primer capítulo se hace una referencia teórica a los partidos políticos y sistemas de partidos.

En este capítulo se definen los conceptos de partidos políticos y sistemas de partidos, la obra muestra factores e indicadores estructurales de los mismos, siguiendo las mediciones iniciales de Sartori (1987), tales como la concentración, el número efectivo de partidos y la polarización entre otros. De igual manera se presentan indicadores actitudinales.

Posteriormente entramos en un segundo capítulo que ya hace referencia concreta a los partidos políticos y al sistema político mexicano, presentando la historia y desarrollo de los principales partidos políticos que compitieron en la elección presidencial de 2018 y de los cambios políticos electorales que precedieron a dicha elección.

En el tercer capítulo se profundiza en el sistema de partidos mexicano, siendo el capítulo que aplica los elementos teóricos del primero y los antecedentes de

partidos mostrados en el segundo. Se hace referencia y se analizan diversos índices de medición con respecto al sistema de partidos tanto a nivel nacional como a nivel subnacional.

Finalmente se presenta un capítulo de escenarios prospectivos que puedan presentarse en el futuro sistema de partidos mexicano a raíz de las elecciones presidenciales.

Dichos escenarios propuestos observan las posibles variabilidades que pudiesen ocurrir en el corto y mediano plazo de la vida del sistema de partidos mexicano, ofreciendo al lector un ejercicio de prospectiva y análisis acerca de las posibles reconstituciones o colapsos de los diferentes partidos políticos.

La virtud de esta obra parte de la revisión estructurada de un fenómeno electoral en donde, ocurre un desalineamiento partidista que dado el nivel de institucionalización del sistema de partidos mexicano era difícil de prever, la obra muestra muchos datos que robustecen las explicaciones de este colapso o pequeño colapso del sistema de partidos tradicional.

El hecho de mostrar diversos datos que parten de diversas mediciones ayudan a que las explicaciones tengan diferentes vertientes y, de esta forma, el lector puede entender y discernir de entre varias explicaciones y opciones de escenarios propuestos.

De igual manera se muestran factores ideológicos que a futuro podrían representar el cauce de relevantes polarizaciones en el sistema de partidos. Tradicionalmente en el sistema de partidos mexicano no eran de suma relevancia los factores ideológicos, a raíz de la irrupción de MORENA con una marcada tendencia de izquierda, de la coalición entre el Partido Revolucionario Democrático (PRD) y el Partido de Acción Nacional (PAN) y, la movilización del Partido Revolucionario Institucional (PRI) a la derecha, toma una capital importancia la ideología en la política mexicana.

La obra compila mucha información detallada y concreta en una extensión reducida y esquemática, lo que la convierte en una valiosa opción de consulta y, teniendo un importante valor informativo incluso para lectores que desconozcan la realidad electoral mexicana.

# **ORIGINALIDAD, CREATIVIDAD Y REGISTRO DEL DERECHO DE AUTOR**

## ***ORIGINALITY, CREATIVITY AND REGISTRATION OF COPYRIGHT***

*Jesús Parets Gómez*

CARLOS HERNÁNDEZ LÓPEZ

Este libro de reciente creación, realizado en el año de 2018 por quien funge actualmente como Director del Registro Público del Derecho de Autor<sup>1</sup> del Instituto Nacional del Derecho de Autor, además de plantear un marco general de los derechos de autor, es una obra dedicada a la materia registral autoral un tema complejo y del que no con frecuencia encontramos información y mucho menos de primera mano como en esta ocasión en que el autor es quien día a día tiene la atribución de llevar a cabo la inscripción de las obras literarias y artísticas que presentan sus autores y demás solicitantes.

Esta obra comprende las generalidades sobre derechos de autor,<sup>2</sup> con un tratamiento acerca de la originalidad de éstos y la originalidad de las obras derivadas,<sup>3</sup> así como, de las funciones del Registro Público del Derecho de Autor en el que incluye temas como la seguridad jurídica de los actos de inscripción, variables procedimentales para el registro de obras y de diversos actos y la buena fe en las inscripciones.

Aborda ampliamente el significado de los términos dispuestos como ramas sujetas de protección por el derecho de autor que se encuentran enlistadas de

<sup>1</sup> Titular del Registro Público del Derecho de Autor desde el año 2012 y a la fecha, agosto de 2019.

<sup>2</sup> De acuerdo con lo establecido por el artículo 11 de la Ley Federal del Derecho de Autor, el derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 del mismo ordenamiento legal, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial.

<sup>3</sup> Conforme lo establecido por el artículo 4, letra C de la Ley Federal del Derecho de Autor, las obras literarias y artísticas, según su origen, son: primigenias: las que han sido creadas de origen sin estar basadas en otra preexistente, o que estando basadas en otra, sus características permitan afirmar su originalidad, y, derivadas: aquellas que resulten de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra primigenia.

manera enunciativa por el artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor,<sup>4</sup> como son: literaria, musical, dramática, danza, pictórica, de dibujo, escultórica y de carácter plástico, caricatura, historieta, arquitectónica, obra audiovisual y cinematográfica, programa de radio, programa de televisión, programa de cómputo, fotográfica, obras de arte aplicado y base de datos. Lo que es de gran importancia porque suma información acerca de las características de este tipo de creaciones intelectuales.

La obra trata temas jurídicos a los que denomina supuestos impeditivos para el otorgamiento del registro y se refiere precisamente a aquello que no es objeto de protección como derecho de autor, realizando un análisis de los aspectos y características que distinguen aquello que no es sujeto de prerrogativas en materia autoral, ya sea por formar parte de otro marco jurídico de protección como es la propiedad industrial, o por no ser una obra literaria o artística, por ser obras del dominio público, creaciones que ya estén inscritas en el Registro Público del Derecho de Autor o que en general sean contrarios o ajenos a la materia autoral.

Este libro es también una guía de contenidos que pueden ser consultados tanto por especialistas en la materia, por expertos creadores, así como, por cualquier otra persona, porque provee al lector orientación sobre el procedimiento de registro de obras literarias y artísticas, respondiendo a preguntas como: por qué registrar una obra, qué puede ser registrado como una obra, entre otras preguntas y recomendaciones para realizar el registro de creaciones intelectuales sujetas de protección por el derecho de autor y las consideraciones que suele tener la autoridad registral en los trámites de Solicitud de Registro de Obras y documentos.

En esta obra se percibe la intención de incentivar la enseñanza del derecho de autor y pretende el estudio del sistema registral mexicano en materia autoral con aportes relevantes en el planteamiento del procedimiento de registro de obras literarias y artísticas en el que se describen las siguientes etapas: presentación de la solicitud de registro de obra,<sup>5</sup> recepción de la solicitud, proceso de dictamen de procedencia del registro, captura de información, conformación del expediente, emisión del proyecto de respuesta, firma de la respuesta por el servidor público autorizado, entrega de la respuesta, preservación del expediente y depósito en el Acervo Histórico del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

El autor, Dr. Jesús Parets, después del estudio de las características de cada una de las ramas o tipos de obras literarias y artísticas sujetas de protección por el Derecho de Autor, así como de los impedimentos para la inscripción en el Registro Público del Derecho de Autor tanto de obras, como de actos y documentos previstos por la Ley Federal del Derecho de Autor y temas básicos de la materia autoral, reflexiona acerca de temas como el arte, las manifestaciones artísticas, el arte religioso, tratando de dilucidar acerca del papel que desempeña el

<sup>4</sup> Ley Federal del Derecho de Autor. (1996). Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996, vigente noventa días después, el 24 de marzo de 1997.

<sup>5</sup> Se refiere al formato mediante el cual se realiza debidamente autorizado y registrado ante la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER). Recuperado de [https://www.indautor.gob.mx/tramites-y-requisitos/documentos\\_registro/RPDA01.pdf](https://www.indautor.gob.mx/tramites-y-requisitos/documentos_registro/RPDA01.pdf).

derecho de autor frente al registro de las obras literarias y artísticas y sí el sistema de protección del derecho de autor responde a la diversidad de manifestaciones culturales que existen en la actualidad y cuáles son los retos y las limitaciones a las que se enfrenta.

La exposición que se realiza en la obra es el resultado del análisis experto de una persona que es especialista y catedrático de la materia de derecho de autor y dedicado estudioso de la materia registral en el ámbito autoral cuyos aportes incluyen la experiencia práctica de un promedio de más sesenta mil trámites de registro de obras literarias y artísticas, actos y documentos que se realizan cada año en el Registro Público del Derecho de Autor del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Los temas que se refieren en este libro no son menores, tan importante es la creación intelectual, así como su protección en el ámbito global, en virtud que el uso y explotación de las creaciones intelectuales sujetas de salvaguarda por el derecho de autor significan desarrollo cultural y crecimiento económico para los países.

