JuríPolis

REVISTA DE DERECHO Y POLÍTICA

Directorio

Profesor David Noel Ramírez Padilla
Rector del Tecnológico de Monterrey

Ing. Alfonso Pompa Padilla
Rector de la Zona Metropolitana de la Ciudad de México

Dr. Ricardo A. Ramírez
Director General, Campus Ciudad de México

Dr. Enrique Tamés Muñoz
Director de la Escuela de Humanidades y Ciencias Sociales

Dr. Mario I. Álvarez Ledesma
Director del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales

Comité Editorial

Director
Vicente Fernández Fernández

Consejeros
Mario I. Álvarez Ledesma
Iliana Rodríguez Santibáñez
Karen Sigmond Ballesteros
Margarita Palomino Guerrero
Gustavo López Montiel
José Heriberto García Peña

Diseño portada y formación tipográfica
Arturo Rendón Shoup

Juripolis, Revista de Derecho y Política del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales de la Escuela de Humanidades y Ciencias Sociales del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México

Certificado de licitud de título y de licitud de contenido en trámite en la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas

Registro de derechos de autor ante la SEP en trámite
ISBN: en trámite

Año 2012, Vol. 2, No. 14.
Noviembre 2012

Suscripciones: Calle del Puente 222, Col. Ejidos de Huipulco, Tlalpan, C. P. 14380, México, D. F., 5483- 2316

Correo electrónico: vff@itesm.mx

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del editor.

Contenido

Presentación

Vicente Fernández Fernández.....11

Artículos

Sentencias que han marcado un nuevo paradigma en el control de la convencionalidad
Ignacio F. Herrerías Cuevas..... 17

El control de convencionalidad en materia penal
Gerardo García Silva y Rogelio Flores..... 39

Nombre de pila y apellido paterno en derecho comunitario
Stefania Stefanelli..... 77

Free trade agreements and the enviroment: NAFTA as a Starting point
Karen B. Sigmond..... 103

Breve análisis de las acciones colectivas en México
Arturo D. Argente Villareal..... 125

Il modello anglo sassone di corporate governance tra path dependency e global cross reference. Verso una convergenza con il sistema Europeo?
Andrea Pierini..... 141

El derecho fundamental de tributar: breves consideraciones de la necesidad de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad en Materia Tributaria
Iliana Rodríguez Santibáñez y Soren Serralde Ramírez..... 155

Editorial

En el Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales, del Tecnológico de Monterrey, siempre ha sido una constante la calidad académica en todas las actividades que se desarrollan; desde los cursos que conforman los programas de estudios de las carreras de derecho, los cursos de extensión que se imparten en diversas instituciones, pasando, desde luego, por Jurípolis, la revista que se viene publicando desde hace varios años y que ahora presenta su número 14.

Esta publicación es posible gracias al apoyo que desde un inicio han brindado las autoridades y directivos del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, en especial el Dr. Enrique Tamés Muñoz, Director de la Escuela de Humanidades y Ciencias Sociales, así como el Dr. Mario I. Álvarez Ledesma, Director del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales.

Las seis colaboraciones que ahora se publican, cuentan con el rigor académico que Jurípolis exige y versan sobre temas diversos y especializados del mundo jurídico, que sin duda su lectura será de gran utilidad para los estudiantes de Derecho, así como a los especialistas en las distintas áreas del conocimiento jurídico.

En especial contamos con dos colaboraciones de profesores de la Universidad de Perugia, Italia, producto del convenio que se tiene con dicha institución, en el marco del Doctorado en Derecho que en conjunto se ha venido trabajando, ligado a la Sociedad del Conocimiento como área de investigación, central en los proyectos que están actualmente desarrollándose.

Stefania Stefanelli (una de las dos colaboradoras de Italia), presenta un estudio muy interesante, relativo al nombre y apellido como derecho humano, describiendo cuál es y ha sido la problemática en la Unión Europea y el caso muy particular de Italia, así como las decisiones que sobre estos complejos temas ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Andrea Pierini (la otra colaboración italiana y, de hecho, en italiano), realiza un estudio de derecho societario en un mundo globalizado y en el marco de la Unión Europea, planteando propuestas innovadoras.

Se presenta un trabajo de Ignacio Herrerías, relativo al control de convencionalidad, pero ya no la parte descriptiva del modelo y la reforma constitucional en materia de derechos humanos, sino un paso adelante, presentando análisis de sentencias relevantes, paradigmáticas en las que se ha efectuado control de convencionalidad.

Gerardo García Silva y Rogelio Flores, siguiendo con la línea del control de convencionalidad, prepararon una colaboración específica en materia penal, relativa al arraigo, empezando por dejar claro el marco normativo y descriptivo del control de convencionalidad y los derechos humanos, para cerrar con un ejercicio práctico de control en materia de arraigo.

Arturo Argente presenta un análisis por demás interesante de las acciones colectivas en México, donde además de realizar el análisis descriptivo de la reforma constitucional en la materia, nos lleva al análisis de casos concretos y trascendentes en México, en los cuales se han ejercitado acciones colectivas.

Este número cierra con la colaboración de Karen Sigmond (en inglés, su lengua nativa), sobre los tratados de libre comercio y el medio ambiente, tomando como punto de partida el TLCAN, describiendo la problemática y trascendencia de los temas de medio ambiente en los acuerdos comerciales.

En sus manos, queridos lectores, tienen una revista con contenidos especializados en materia jurídica, que aportarán materiales de estudio y análisis, con la garantía de que sus autores son profesionistas expertos en las materias en las cuales escriben.

Dr. Vicente Fernández Fernández
Director de Jurípolis

Artículos

SENTENCIAS QUE HAN MARCADO UN NUEVO PARADIGMA EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

*Ignacio F. Herrerías Cuevas**

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Sentencia de fecha 28 de febrero del 2007, dentro del expediente SUP-JDC-20/2007, emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación. 3. Sentencia de fecha 5 de marzo del 2009, dentro del expediente SUP-JDC-10/2009, emitida por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 4. Sentencia de fecha 24 de marzo del 2011, dentro del expediente ST-JDC-33/2011 emitida por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 5. Conclusiones.

Este trabajo forma parte del libro ya publicado en coautoría con Marcos del Rosario Rodríguez, *El control de constitucionalidad y convencionalidad: sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012*), Editorial Ubijus, 2012.

* Doctorando en Derecho. Maestro en Derecho Procesal Constitucional. Profesor en el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México. Autor del Libro *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias.*

1. INTRODUCCIÓN

Los días 6 y 10 de junio de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, dos reformas paradigmáticas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que sin lugar a dudas impactan directamente en todos los órganos del Estado, pero principalmente en lo concerniente a la administración y procuración de la justica.

La primera de ellas fue con relación al juicio de amparo, institución que desde que fue plasmada por primera vez en el Acta Constitutiva de 1847, ha sido la única garantía procesal que tiene el gobernado contra actos de autoridad que vulneren su esfera jurídica; mientras que la segunda, evidencia la importancia del derecho internacional de los derechos humanos y de los tribunales Regionales sobre esa materia, al recoger principios de interpretación como el de pro persona, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos fundamentales; además, recoge expresamente la figura de interpretación conforme, que sin distinguir jerarquías, las normas relativas a derechos humanos se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. También señala que todas las autoridades (sin exclusión) deberán de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, en cuyo cumplimiento deberán observarse los principios anteriormente señalados; entre otros.

En este sentido, las sentencias que se analizan en el presente artículo y que forman parte del libro El control de constitucionalidad y convencionalidad: sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012),[1] tiene dos finalidades: la primera, concientizar a todos los operadores jurídicos que para lograr la eficacia de la reforma aludida, nos debemos capacitar permanentemente, y; la segunda, nos permitirá conocer diversas sentencias que van marcando el camino y la diferencia a la hora de aplicar el Derecho; y por supuesto, los “nuevos” estándares internacionales sobre derechos humanos en el orden jurídico interno, mismos que no son exclusivos de un ámbito competencial preferente, ni necesariamente producto de las reformas aludidas, como veremos a lo largo del presente análisis. Cabe mencionar que las sentencias analizadas han sido cuidadosamente seleccionadas, tanto por las fechas de su emisión, como por las consideraciones jurídicas en que se fundan.

2. Sentencia de fecha 28 de febrero del 2007, dentro del expediente SUP-JDC-20/2007,[2] emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación, (suspensión de derechos político-electorales)

En el mes de enero del 2007, el ciudadano Omar Hernández Caballero promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en contra de la resolución que negó la expedición de su credencial para votar con fotografía. En este caso, el agraviado fue suspendido en sus derechos político-electorales por ser condenado a una pena corporal, como consecuencia de ser declarado culpable de la comisión de un delito y sentenciado a cumplir cinco años, siete meses y quince días de prisión. La suspensión de los derechos político-electorales operó como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión.

El actor expresó como único agravio que la resolución impugnada lo imposibilita a ejercer sus derechos de votar y ser votado a pesar de que en su oportunidad presentó copia simple de la sentencia emitida por el Juez Ejecutor de Sentencias de Tenancingo, Estado de México, en la que se le concedió el régimen de prelibertad en la modalidad de presentaciones semanales al Centro Preventivo y de Readaptación Social de Nezahualcoyotl, México, en relación con la causa penal número 117/2003-1.

La Sala Superior suplió la deficiencia en la argumentación, y estimó sustancialmente fundado el agravio formulado por el promovente. Efectivamente el Tribunal parte de la base de que los artículos 35, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 4, apartado 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, establecen que los ciudadanos mexicanos tienen el derecho de votar en las elecciones populares; y que para ejercerlo, se debe cumplir con los requisitos establecidos por las leyes electorales, tales como aparecer en la lista nominal correspondiente y contar con la credencial para votar con fotografía.

Dicho lo anterior, y al haber realizado la Sala un análisis de las diversas disposiciones[3] en instituciones en juego, tales como la suspensión, rehabilitación, sustitución de penas, prelibertad, etc.; determinó que de todos los diferentes sustitutivos y correctivos de la pena de prisión están encaminados, precisamente, a contribuir a la readaptación del individuo en su mas amplio sentido, y no a dificultarla o retardarla injustificadamente. Además, señalo que instancias internacionales han reconocido que los derechos político-electorales no son derechos absolutos sino que pueden estar sujetos a restricciones, siempre que las mismas estén previstas en la legislación, sean objetivas y razonables y respondan a un fin legítimo.

En este sentido, y atendiendo a las circunstancias del caso en particular, consideró que la suspensión de los derechos políticos del actor es innecesaria y desproporcionada si se atiende a la finalidad del régimen de derecho penal previsto basado en la readaptación social del individuo, pues al no haberse establecido como pena principal en la sentencia condenatoria, no existe una necesidad social imperiosa que justifique el mantenimiento de la suspensión de derechos político-electorales cuando se ha sustituido la pena de prisión con el régimen de preliberación, que no incluye alguna forma de reclusión, máxime si con la rehabilitación de sus derechos se facilita su readaptación social.

Siendo además, según refirió, un hecho notorio que la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral contempla a la credencial de elector, como un documento de identidad de innegable utilidad práctica que facilita el ejercicio de otros derechos cívicos, lo cual contribuye, en casos como el presente, al referido proceso de readaptación social.

Cabe destacar que, la interpretación de carácter pro cive que realizó la Sala Superior se vio reforzada con la motivación y fundamentación de instrumentos internacionales que establecen la proporcionalidad de las medidas sustitutivas de prisión, cuando éstas,

guardan un adecuado equilibrio entre las necesidades de readaptación del condenado, sus derechos, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito, para lo cual, se apoyó en el derecho internacional y comparado; a saber:

"…a) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No privativas de la Libertad (Reglas de Tokio). Numeral 3.10. Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad "los derechos del delincuente no podrán ser objeto de restricciones que excluyan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida." Siendo una de las medidas sustitutivas posteriores a la sentencia el régimen de preliberación o libertad condicional.

b) El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que la limitación injustificada del ejercicio del derecho al sufragio a los condenados constituye una sanción adicional que no contribuye a la rehabilitación social del detenido.[4]

c) Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que extender la suspensión del derecho al sufragio de forma abstracta, general e indiscriminada era incompatible con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente del Convenio Europeo en la materia. Lo anterior, entre otras razones porque no existe una liga entre la suspensión de los derechos políticos y la supresión de la criminalidad, siendo que la supresión del derecho al sufragio podría, de manera colateral, actuar contrariamente a la readaptación social del individuo.[5]

d) La Suprema Corte de Canadá estimó que la autoridad electoral había omitido identificar aspectos particulares que justificaran la negación del derecho de voto, a ciudadanos que se encontraban encarcelados. Dicho de otro forma, "la autoridad no ofreció ninguna teoría creíble que justificara por qué la denegación de un derecho fundamental democrático puede ser considerado como una forma de pena estatal".[6]

e) En 1999, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, se pronunció por el carácter universal de los derechos políticos como aspecto fundamental en términos de civilidad y de democracia.[7] En el mismo sentido otros países han limitado la restricción del derecho de sufragio a favor de los condenados entre ellos, Japón, Perú, Noruega, Polonia, Kenya, Dinamarca, Republica Checa, Rumania, Zimbabwe, Holanda, Suecia, Francia y Alemania[8]…"

Tal y como lo refirió la Sala, los citados instrumentos y las sentencias de derecho comparado ilustran una tendencia internacional hacia una minimización del ius puniendi del Estado a favor de la readaptación de los individuos y hacia proscribir la limitación de los derechos político-electorales cuando ella no está justificada; por lo que en el caso a estudio, la sentencia judicial que determinó la sustitución del régimen de prisión al de prelibertad en ningún momento se refirió a la necesidad de mantener la suspensión de los derechos políticos del condenado, sino por el contrario procuró la medida de prelibertad

como una medida que facilite la readaptación social del ahora actor, en el entendido de que el ejercicio de sus derechos político-electorales, particularmente, por cuanto hace a su derecho de que se le expida la credencial de elector, contribuye a tal finalidad sin que por ello se vulnere una norma o principio constitucional o legal alguno. Lo anterior, según refirió, se encuentra acorde con el principio de intervención mínima del ius puniendi de todo Estado democrático reflejado en la tendencia internacional.

En ese sentido, la Sala Superior concluyó, que si bien es cierto la suspensión de derechos, en este caso, está estrechamente ligada con la privación de la libertad, no menos lo es que al extinguirse dicha privación, la rehabilitación de los derechos político-electorales debe operar de manera ipso facto. Luego, el promovente se encontraba en goce de sus derechos ciudadanos en el momento que se dio el acto ahora impugnado y consecuentemente se le ordena a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, por conducto del Vocal respectivo en la 25 Junta Distrital Ejecutiva en el Distrito Federal, incluir al ciudadano Omar Hernández Caballero en el Padrón Electoral, expidiéndole una nueva Credencial para Votar con Fotografía, y una vez entregada esta última, inscribirlo en la lista nominal de electores correspondiente.

Es importante señalar que en año que se emitió la presente sentencia, la Sala Superior no estaba facultada para abordar la cuestión desde el punto de vista de un control de la constitucionalidad de normas al tenor de la interpretación vigente por parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación;[9] sin embargo, ello no fue impedimento para que, la citada prohibición, fuera analizada a la luz de instrumentos internacionales y de derecho comparado que señalan los límites en torno a la restricción de derechos políticos y si dichas restricciones son o no proporcionales al caso concreto, para lo cual se requirió de un test de proporcionalidad que permitiera dilucidar si las las penas sustitutivas de prisión, guardano no, un adecuado equilibrio entre las necesidades de readaptación del condenado, sus derechos, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito, claro, basándose en los métodos de interpretación autorizados en nuestro sistema jurídico.

En este sentido, la Sala realizó una interpretación maximizadora que le dio contenido a los derechos sustantivos en juego, y con ello establecer que no existe una necesidad social imperiosa que justifique el mantenimiento de la suspensión de derechos político-electorales cuando se ha sustituido la pena de prisión con el régimen de preliberación.

No obstante lo anterior, y por supuesto, destacando la fundamentación de sus Consideraciones en derecho comparado sobre el contenido de los derechos políticos de los ciudadanos, es de señalar que no existió fundamentación jurisprudencial de carácter internacional obligatoria para el Estado mexicano, esto es, interpretación que haya sustentado la Corte Interamericana, que sin lugar a dudas hubiese reforzado lo relativo a la importancia de los derechos políticos en una sociedad democrática, su contenido y la obligación de garantizar su goce, y sólo para ejemplificar la importancia de la citada jurisprudencia interamericana, se trascribir la parte conducente del caso Yatama vs. Nicaragua;[10] a saber:

"150.Las decisiones que emiten los órganos internos en materia electoral pueden afectar el goce de los derechos políticos. Por lo tanto, en dicho ámbito también se deben observar las garantías mínimas consagradas en el artículo 8.1 de la Convención, en cuanto sean aplicables al procedimiento respectivo (…)

"152.Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias".

"191.La Corte ha establecido que "[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada", en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. Al ponderar la importancia que tienen los derechos políticos la Corte observa que incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos".

"192.Este Tribunal ha expresado que "[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte", y constituye "un 'principio' reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano". Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales[11], propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político."

"194.El artículo 23 de la Convención consagra los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad.

"195.Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. (...)

"198.Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán."

"201.La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando

la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales."

"204.De acuerdo al artículo 29.a) de la Convención no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial."

"206.La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrase prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue."

La citada sentencia marca los estándares sobre los cuales recaen los derechos políticos en una sociedad democrática, su contenido y la obligación de garantizar su goce, para luego señalar que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, y por ello, la posible restricción o maximización del derecho a la participación política debe estar debidamente fundamentada, pues de lo contrario, podría ser una decisión arbitraria.

Además, estableció la imperiosa necesidad de que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. Lo anterior en términos del artículo 29 a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en donde como ya se mencionó, no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta, se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, según se puede advertir en la referida resolución de la Corte Interamericana, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos

derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones, siempre y cuando su reglamentación observe los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Asimismo, es de señalar que de acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrase prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue tal y como aconteció; de ahí la importancia de incluir criterios (jurisprudencia) obligatorios.

3. Sentencia de fecha 5 de marzo del 2009, dentro del expediente SUP-JDC-10/2009,[12] emitida por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal (suspensión de derechos político-electorales)

En el mes de diciembre del 2008, los CC. Ramón Hueso Alcaraz y J. Jesús Jaramillo Fabila promovieron juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en contra de la contra la exclusión del padrón electoral y la lista nominal de electores, realizada por la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral. Lo anterior, en cumplimiento a la resolución emitida por el Juez Segundo en Materia Penal del Fuero Común de Manzanillo, Colima, en donde se comunicó a la autoridad administrativa que el veintidós de octubre de ese mismo año, dictó auto de formal prisión contra los demandantes por la presunta comisión de diversos delitos contemplados en el código penal para esa entidad federativa, por lo cual procedió conforme a lo dispuesto en el artículo 199, párrafo 8 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Los actores expresaron como agravios la violación a los derechos político-electorales de votar y ser votado, establecidos en el artículo 35, fracciones II y III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal, al realizar la suplencia de la deficiencia de los agravios expresados, y partiendo de que con la exclusión de sus datos del padrón electoral y la lista nominal de electores, se les restringe el debido ejercicio de sus derechos político-electorales de votar y ser votado (en esta caso para cargos de elección popular),[13] estimó fundado y suficiente para acoger la pretensión de los agraviados, señalando que el cúmulo de derechos o prerrogativas reconocidos en la Constitución a favor del ciudadano no deben traducirse como un catálogo rígido, invariable y limitativo de éstos, que deban interpretarse de forma restringida, ya que ello desvirtuaría la esencia misma de los derechos fundamentales. Por el contrario, dichas garantías constitucionales deben concebirse como principios o lineamientos mínimos; los cuales, al no encontrarse constreñidos a los consignados de manera taxativa en la norma constitucional, deben

considerarse susceptibles de ser ampliados por el legislador ordinario, o por convenios internacionales celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado de la República.

En este caso, la Sala se fundó principalmente en las normas de interpretación establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[14] y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos,[15]

Luego, al apoyarse del principio pro persona, y sobre la base de que los derechos y prerrogativas constitucionales son susceptibles de ampliarse en los ordenamientos que conforman la "Ley Suprema de la Unión", estimó válido acudir ha llamado bloque de constitucionalidad para aplicarlos cuando prevean una situación jurídica de mayor tutela de tales derechos, sin que esto pueda constituir una contravención a la Constitución.

De la misma manera, según refirió la Sala, resulta válido atender a estas disposiciones para orientar la decisión respecto de la pretensión de los demandantes, en el sentido de que, al estar sujetos a proceso y no encontrarse privados de la libertad, se les debe permitir ejercer sus derechos político-electorales. Además de que lo anterior es acorde con lo dispuesto por los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los cuales subyace y se reconoce a favor de quien está sujeto a proceso penal el derecho fundamental a la presunción de inocencia, hasta en tanto se demuestre lo contrario; lo cual implica, que mientras no sea condenado con una sentencia ejecutoria, por la cual se le prive de la libertad, los promoventes no deben ser suspendidos en sus derechos político-electorales.

Por otro lado, señaló que los procedimientos penales deben estar dirigidos a fortalecer la protección de la libertad personal, por lo que los mecanismos jurídicos existentes deben ser suficientes para garantizarla. Por ello se considera, en la dogmática penal, que la piedra angular de todo proceso acusatorio es el reconocimiento y respeto de uno de los derechos humanos de mayor trascendencia, conocido como el derecho a la presunción de inocencia, pues toda persona a quien se imputa un delito tiene derecho a ser considerada inocente, hasta en tanto no se pruebe legalmente su culpabilidad, y en un proceso seguido con todas las garantías previstas por la ley.

Efectivamente, este principio de presunción de inocencia que alude, lo desarrolló como un derecho fundamental que permite la libertad del sujeto frente a acusaciones aún no comprobadas por las cuales se pretende privar de ella. Así, ese derecho tiene por objeto el mantenimiento y la protección jurídica de la inocencia del procesado mientras no se produzca prueba concreta capaz de generar la certeza necesaria para establecer la responsabilidad a través de una declaración judicial de condena firme.[16]

En ese contexto y consciente la Sala con el reconocimiento de presunción de inocencia prescrito por la Constitución Federal como derecho fundamental y recogida en los instrumentos internacionales referidos, señaló que el ejercicio de los derechos y prerrogativas del ciudadano sólo debe limitarse por razones justificativas del impedimento

legal para ejercerlas; y que aún y cuando los impetrantes hayan sido sujetos a la traba de la formal prisión por su presunta responsabilidad en la comisión de los ilícitos que se les imputan, no han sido condenados, lo cual es condición para ser suspendidos en sus derechos a votar y ser votado. Además de que no hay una pena privativa de libertad que verdaderamente reprima a los sujetos activos en sus esferas jurídicas y, por ende, les impida materialmente ejercer los derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones fácticas que justifiquen la suspensión o merma en tales derechos.

Consecuentemente, la Sala Regional consideró que conforme a una interpretación garantista de la norma constitucional prevista en artículo 38, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21 párrafo primero y 102, apartado A, párrafo II, se desprende el tratamiento que se le deba dar al ciudadano es como inocente, hasta en tanto se demuestre su culpabilidad, por lo que estimó dable afirmar que, cuando un ciudadano por cualquier causa jurídica permanezca en libertad, sea por una suspensión provisional, indulto, pena sustitutiva o garantía caucional permanece en ejercicio de sus derechos político-electorales, hasta en tanto cambie su situación jurídica o sea condenado a pena privativa de libertad que no admita la conmutación de la pena.

Así y bajo dichos estándares, la Sala ordenó a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, realizar los trámites procedentes a efecto de que se inscriba a los actores en el padrón electoral, les expida su credencial para votar con fotografía y, una vez que éstas les sean entregadas, se les incluya en la lista nominal de electores correspondiente a su domicilio, a fin de que no se les vulnere la posibilidad de ejercer sus derechos político-electorales de votar y ser votado.

La sentencia cobra relevancia porque la Sala tuvo que prescindir de realizar una confrontación normativa con la Constitución Federal, pues de haberlo hecho, se hubiese enfrentado con la redacción del artículo 38, fracción II que a la letra establece: "…Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden (…) II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión…";circunstancia que le hubiera impedido maximizar el derecho político en juego, por lo que optó por aplicar los tratados internacionales y principios del derecho internacional de derechos humanos.

No se debe perder de vista que la interpretación conforme con la Constitución y los tratados internacionales no es ilimitada, pues resulta siempre necesario mantener el contenido sustancial de la norma que contienen los derechos en conflicto, buscando siempre su armonía. Refirió además, que los instrumentos internacionales citados en la sentencia corroboran el reconocimiento del principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Federal,[17] los cuales, al haber sido reconocidos por el Estado Mexicano, forman parte del orden jurídico nacional, por lo que es obligación del Estado de velar y respetarlo en todo momento.

Sobre este tema, recientemente el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolverla contradicción de tesis 6/2008[18] suscitada entre la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Primera Sala de la Suprema Corte, determinó que el derecho al voto se suspende por el dictado de un auto de formal prisión o de vinculación a proceso, sólo cuando el procesado esté privado de su libertad, supuesto que implica la imposibilidad física de ejercer ese derecho, situación que no se presenta cuando está materialmente en libertad, hipótesis que, mientras no exista una sentencia ejecutoria, no impide el ejercicio del derecho al sufragio activo del ciudadano.

Asimismo esta resolución estableció que la presunción de inocencia y el derecho a votar constituyen derechos fundamentales cuya evolución y desarrollo constitucional llevan a atemperar la citada restricción prevista en el citado artículo 38, fracción II de la Constitución Federal, además de que, según se refirió en el engrose, se debe atender a que las modernas corrientes humanistas cuyo anhelo es ampliar irrestrictamente los derechos y libertades de los ciudadanos, no resulta conveniente suspender en todos los casos y para todos los procesados el derecho de votar en las elecciones populares, dada la importancia de que los ciudadanos participen en los asuntos políticos del país, como lo es, por antonomasia, la elección de sus autoridades.

En las condiciones apuntadas, no cabe duda que la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal adoptó una posición garantista y de vanguardia que permite el ejercicio del derecho votar a todas aquellas personas que estando en libertad, cuenten con un auto de formal presión, y que, en palabras del Magistrado ponente Santiago Nieto y el Secretario proyectista Luis Espíndola fue la primera sentencia en donde se planteó un ejercicio de jerarquización entre el principio de presunción de inocencia consagrado en los tratados internacionales y la regla de suspensión de derechos político electorales a partir del auto de formal prisión.[19]

No obstante lo anterior, la sentencia que ahora analizamos y tal y como aconteció en la emitida por la Sala Superior anteriormente referida, prescindió de un contenido sustancial de jurisprudencia de la Corte Interamericana que permitiera reforzar los Considerandos, como el caso Yatama vs. Nicaragua[20] por ejemplo, y bueno, por lo que respecta al principio de presunción de inocencia, desde hace muchos años atrás la Corte Interamericana ha destacado la importancia del mismo como un fundamento de las garantías judiciales, y según el cual las personas deben ser consideradas inocentes hasta que se acredite plenamente su culpabilidad, para lo cual podemos citar los casos de Suárez Rosero vs Ecuador[21] y Ricardo Canese vs Paraguay,[22] que en su parte conducente se señaló lo siguiente:

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador

"77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos."

Caso Ricardo Canese vs Paraguay

"154. La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probando corresponde a quien acusa."

Señalado lo anterior, la Sala debió complementar su sentencia con criterios jurisprudenciales obligatorios para el Estado mexicano que robustezcan lo plasmado.

4. Sentencia de fecha 24 de marzo del 2011, dentro del expediente ST-JDC-33/2011[23] emitida por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal (suspensión de derechos político-electorales)

En el mes marzo del 2011, el C. Juvenal Ortiz Zavala promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en contra de la negativa de reposición de su credencial para votar con fotografía emitida por la Vocal del Registro Federal de Electores de la 32 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Federal Electoral en el Estado de México. La negativa atiende a que el enjuiciante se encontraba suspendido en sus derechos político-electorales con motivo de la sentencia condenatoria dictada por la Jueza del Quinto Juzgado de Distrito en Materia Penal Federal con sede en Nezahualcóyotl, Estado de México, en la causa penal 39/2001.

El actor expresó como único agravio que la resolución impugnada lo imposibilita a ejercer sus derechos de votar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, le otorga como ciudadano mexicano. Cabe mencionar que el C. Juvenal Ortiz Zavala fue condenado por el delito de arma de fuego de uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea, en la causa penal 39/2001. Sin embargo, dicho ciudadano se acogió al beneficio de la condena condicional y actualmente se encuentra rehabilitado en sus derechos político-electorales.

En este sentido, la litis en el presente juicio se circunscribió a determinar si la resolución de la autoridad responsable se encontraba ajustada a derecho no, esto es, si resulta improcedente expedirle al actor su credencial para votar con fotografía por estar suspendido en sus derechos político-electorales, o, en su caso, si le asiste al impetrante el derecho a que se le reincorpore al padrón electoral, lista nominal de electores y se le expida una nueva credencial para votar con fotografía, atento a la inexistencia de la causa de suspensión de sus derechos político-electorales invocada por la responsable en la resolución combatida.

La Sala Superior suplió la deficiencia en la argumentación, y estimó sustancialmente fundado el agravio formulado por el promovente. Partió de la base de que los artículos 35, fracción I, 36, fracción III, y 38, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, determinó que éstos disponen las bases para admitir que tal suspensión no es absoluta ni categórica, es decir, que el cúmulo de derechos o prerrogativas reconocidos en la Constitución a favor del ciudadano no deben traducirse como un catálogo rígido, invariable y limitativo de éstos, que deban interpretarse de forma restringida, ya que ello desvirtuaría la esencia misma de los derechos fundamentales.

Por su parte, señaló que el artículo 133 del referido ordenamiento constitucional identifica como “Ley Suprema” a la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, circunstancia que también ha corroborado la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por lo que se refiere a los tratados, la Sala citó ala Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de que según refirió, son de observancia y aplicación, entre otros, para todos los juzgadores del Estado Mexicano al constituir una obligación en el concierto de las naciones que los suscriben bajo los principios pacta sunt servanda, relativo a que todo tratado en vigor obliga a las partes, así como el cumplimiento de dichos instrumentos conforme al principio de buena fe, tal y como lo prevé la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.

Por lo que toca a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en términos de su artículo 62.1, la Sala señaló que los Estados Unidos Mexicanos han reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 1998, por lo que la jurisprudencia que emita respecto a la interpretación de dicha convención es de observancia obligatoria. Circunstancia que afirma citando el caso

Almonacid Arellano vs Chile[24] y el voto razonado del Juez Ad hoc de Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, en el fallo del caso Cabrera García y Montiel Flores vs México.[25]

Por lo que respecta al primero, señaló que la citada Corte Interamericana ha establecido que los Estados parte se encuentran obligados a aplicar la Convención en las decisiones que impliquen vulneración de los derechos contemplados en ella, armonizando las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha realizado la citada Corte Interamericana, cuya tendencia se ha reflejado en la jurisprudencia de dicho órgano jurisdiccional supranacional, mientras que sobre el tercero, reiteró que la Corte Interamericana es clara al establecer que el control de convencionalidad debe ejercerse por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, lo cual implica, entre otros aspectos, la obligación de los jueces de aplicar de forma directa los tratados internacionales.

De esta forma, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben adoptar interpretaciones conforme al corpus juris interamericano.

La motivación realizada por la Sala, estriba en que una característica de los derechos fundamentales es la de ser proclives de ampliarse o maximizarse con la finalidad de potenciar su ejercicio, siendo por vía de consecuencia oponibles al indebido ejercicio Poder Público del Estado; situación que es acorde con una tendencia garantista y antiformalista adoptada ya en diversos fallos según refiere. De esta manera, ante la existencia de diversas disposiciones del orden jurídico vigente que contemplan la tutela de derechos fundamentales, éstas deben armonizarse e interpretarse de forma sistemática con la finalidad de integrar el contenido y alcances del derecho fundamental a tutelar, como en lo que aquí interesa, el derecho político-electoral al voto activo, cuyo fundamento lo encontró en el numeral 23, párrafo 1, inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mismo que prevé que todos los ciudadanos deben gozar del derecho de votar en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

De igual forma, según reitera la Sala, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce y consagra el principio de interpretación pro persona en el artículo 29, cuyo objeto primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, esto es, aquélla que mejor proteja a las personas en una vulneración de los derechos.

Por lo que se refiere al derecho al voto, la Sala citó el caso Castañeda Gutman vs México[26] y el diverso Yatama vs Nicaragua,[27] en donde al interpretar el contenido del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se precisó que los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema

interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana, como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático, existiendo la obligación de garantizar, con medidas positivas, que toda persona titular de derechos políticos, tenga la oportunidad real para ejercerlos, por lo que es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que estos derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

Además reafirma que el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política y dicha obligación requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, y al no ser los derechos políticos de carácter absoluto, su restricción debe basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo, es decir, que cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

Finalmente la Sala consideró que la ratio essendi del ejercicio de los derechos políticos, consistente en que éstos posibilitan a los destinatarios de las normas jurídicas a participar directa o indirectamente, de manera equitativa en la modificación o formación de las mismas, resulta imprescindible el cumplimiento de ciertas condiciones constitucionales y legales para que un grupo de individuos, esto es, los ciudadanos mexicanos, estén en aptitud de ejercerlos en plenitud.

En ese sentido, la posibilidad igualitaria de participar en la intervención y toma de decisiones en los asuntos públicos, supone el derecho del ciudadano a ser reconocido como un igual, pero a su vez, conlleva el deber de respetar el orden público. En este sentido, según menciona, la infracción de esos deberes es lo que obliga a establecer los casos en los cuales el ciudadano debe ser privado del ejercicio de las facultades inherentes a su condición. Lo anterior, no supone propiamente retirar a los ciudadanos de la titularidad de ese tipo de derechos sino únicamente suspenderlos temporalmente, dejándolos fuera de la categoría de ellos, sujetos a la condición de que legalmente pueda estimarse que se ha infringido el orden público, lo cual sólo se determina al dictarse la sentencia ejecutoria que lo declare responsable del delito y que tenga señalada pena privativa de la libertad.

Así, el fundamento de los derechos políticos proporciona, no sólo la justificación para su ejercicio, sino también la de suspensión estos por actos cometidos por su titular. En efecto, al tener como base las libertades positivas y negativas del ciudadano, éste tiene el derecho a gozar de ese ámbito de libertad protegido; sin embargo, al mismo tiempo el ciudadano está obligado a no atentar contra las condiciones que hacen posible la existencia del Estado Constitucional de Derecho.

Consecuentemente, al encontrarse el C. Juvenal Ortiz Zavala en libertad debido al beneficio de condena condicional que se le concedió en la causa penal seguida en su contra, es que no existe causa objetiva ni razonable para que la autoridad responsable negara la expedición de la credencial para votar con fotografía solicitada por el impetrante, por lo que con fundamento en los artículos 35, fracción I, 36, fracción III, 38, fracción II, 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 26, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; 23.1, inciso b) 29 y 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.1 y 25, párrafo 1, inciso b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6, 175, 176, 181, 264, 265 y 270, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunal Electoral), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, revoca la determinación impugnada y, en consecuencia, ordenar a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, realice los trámites que estime procedentes a efecto de que se inscriba al actor en el padrón electoral, le expida su credencial para votar con fotografía, y lo incluya en la lista nominal de electores.

Esta sentencia, a diferencia de las anteriormente citadas (emitidas por la misma Sala Regional), si tomó en consideración las sentencias de la Corte Interamericana, y con ello, queda claro que la misma se encuentra plenamente reforzada constitucional y convencionalmente.

En palabras del Magistrado ponente Santiago Nieto y su secretario proyectista Luis Espíndola[28] refieren que la citada sentencia se procuró favorecer la interpretación más beneficiara al ser humano, misma que al suplir la deficiencia de la queja, el recurrente tuvo un real acceso a la justicia y a las diligencias de mejor proveer, por ello, como juzgadores se valieron de las reglas generales para la sustanciación de los medios de impugnación prevista en la Ley Adjetiva Electoral Local, así como de la normatividad supletoria aplicable, los principios generales del derecho, los rectores del debido proceso, la normatividad constitucional y los tratados internacionales (jurisprudencia también) en materia de derechos humanos, aplicando en todo tiempo aquella que más favorezca a la persona humana.

5. CONCLUSIONES

Con la reforma en derechos humanos del 2011, (sin excluir la de materia de amparo) se puede advertir que el orden jurídico mexicano cuenta ya con lo que se ha denominado en la doctrina bloque de constitucionalidad, conformado por dos sistemas de fuentes sobre Derechos Humanos: uno de carácter nacional y otro internacional de los que el Estado mexicano sea parte. Esta dualidad implica que existe una necesaria coexistencia del control de constitucionalidad con el control de convencionalidad, inclusive se podría válidamente sostener que la regla general que utilizan los juzgadores para resolver conforme a la normativa internacional es la de un control de constitucionalidad, y que

sólo cuando la norma a desaplicar no encuentra armonía con la Constitución Federal (por coincidir en contenido, o bien por ser ésta contraria al tratado internacional) es que se podría hablar de un control de convencionalidad en estricto sentido.

Como consecuencia de la conformación de dicho bloque, se expande la vigencia y el margen de ejecución de los Derechos Humanos, favoreciéndose de forma real a la persona, como eje indiscutible de toda la actuación política.

La obligatoriedad de la sentencias de la Corte Interamericana no deriva necesariamente de los criterios adoptados por nuestro máximo Tribunal, sino de los propios compromisos internacionales adquiridos por el Estado mexicano; por lo que dichos pronunciamientos debe ser adoptados como una mera ratificación de las obligaciones adquiridas previamente, pues, cuando un estado se adhiere y ratifica un tratado, se compromete a poner en práctica medidas y leyes nacionales compatibles con los deberes y obligaciones inherentes a dicho tratado. Además de que existe un acto en particular que vincula al Estado mexicano con las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la ratificación y reconocimiento de la competencia contenciosa asumida en el año de 1998.

En este sentido, las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos no han sido un factor determinante para que los juzgadores se hayan apegado a la normatividad internacional en los términos asumidos previamente por el Estado mexicano, tal y como quedó demostrado en las sentencias que desde el año del 2007 se han ido dictando.

NOTAS:

1 Herrerías Cuevas, Ignacio F., y otro, El control de constitucionalidad y convencionalidad: sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012), Editorial Ubijus, 2012.
2 Sentencia de fecha 28 de febrero del 2007, identificada como SUP-JDC-20/2007 emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación.
3 Artículo 38 fracciones III y VI de la Constitución General de la República, 23, 43, 44 del Código Penal del Estado de México, artículos 189, 196, 198, 199, 200, 201 y 202 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México y las tesis de jurisprudencia I.6º.P.J/8 identificada con el rubro DERECHOS POLÍTICOS. CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUDICIAL DECRETAR SU SUSPENSIÓN, POR SER UNA CONSECUENCIA DIRECTA Y NECESARIA DE LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA, AUNQUE NO EXISTA PETICIÓN DEL ÓRGANO ACUSADOR EN SUS CONCLUSIONES y la tesis de Jurisprudencia 1a./J. 74/2006 identificada con el rubro SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS. AL SER UNA SANCIÓN ACCESORIA DE LA PENA DE PRISIÓN CUANDO ÉSTA ES SUSTITUIDA INCLUYE TAMBIÉN A LA PRIMERA.
4 NacionesUnidas, Concluding Observations of the Human Rights Committee: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. CCPR/CO/73/UK; CCPR/CO/73/UKOT, 6 de diciembre de 2001, pár. 10.
5 Hirst vs. United Kingdom (no. 2) (No. 74025/01), Decision de 30.0.2004.
6 Sauve v. Canada (Chief Electoral Officer).Decisión de Octubre 31, 2002. 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68. Docket: 27677.
7 August and another v Electoral Comission and others.ConstitutionalCourt CCT8/99, 1 de Abril de 1999.
8 Penal Reform International cit. por Fellner y Mauer, Losing the Vote, The Impact of Felony Disenfranchisement Laws in the United States, Washington, Right to Vote (1998), p. 151.
9 Criterio visible en la tesis de jurisprudencia P./J. 23/2002, sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 2/2000-PL, entre las sustentadas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelta el veintitrés de mayo de dos mil dos, del rubro TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, Junio de 2002, página 82. Otro caso fallado bajo la misma línea, corresponde al ciudadano Jorge Hank Rhon dentro del expediente SUP-JDC-695/2007, Sentencia de fecha seis de julio de dos mil siete. Véase Herrerías, Ignacio, Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias, Ubijus, 2011.
10 Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Parrs. 150, 152, 191, 192, 194, 195, 198, 201, 204, 206.
11 La Corte Interamericana citó diversos instrumentos; a saber: Carta Democrática Interamericana (artículos 2, 3 y 6); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XX); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.c); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 42); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 7); Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (artículos I, II y III); Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 6); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2 y 3); Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párr. 5); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.8, I.18, I.20, II.B.2.27); Protocolo

No. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 3); y Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículo 13).
12 Sentencia de fecha 5 de marzo del 2009, identificada como SUP-JDC-10/2009 emitida por Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal.
13 Efectivamente, a los agraviados se les limitaba e impedía poder participar en los comicios a celebrarse en el Estado de Colima para elegir al Congreso y los Ayuntamientos de la entidad.
14 El artículo 29 de la Convención Americana señala que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de: "a. Permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. Excluir otros derechos y garantías que sean inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. Excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".
15 El citado Pacto, en su artículo 25 establece que la suspensión de derechos no debe ser indebida; y que en términos de la interpretación realizada por el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas en la Observación General número 25 de su 57° período de sesiones en 1996 esta debe ser en el sentido de que "a las personas a quienes se prive de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar."
16 Dicho razonamiento se fundó con los artículos 7, párrafo 5, y 8 de Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 11, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Opinión Consultiva OC-10/89 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe mencionar que la Sala también citó el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desarrollado en el caso Castañeda Gutman vs México, y de cuyo contenido se desprenden diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público al ser elegido popularmente o por designación para ocupar un cargo público, estableció que además de tratarse de derechos reconocidos a los propios ciudadanos, existe la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que sea titular de derechos políticos, tenga la oportunidad real para ejercerlos, por lo que es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que estos derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.
17 Mediante Decreto publicado el 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación, se elevó a rango constitucional el principio de presunción de inocencia.
18 CONTRADICCIÓN DE TESIS 6/2008-PL ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, BAJO LA PONENCIA DEL MINISTRO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO CORRESPONDIENTE A L DÍA 26 DE MAYO DEL 2011. Así, sobre lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el criterio que debe prevalecer es el siguiente: DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD.
19 Nieto Castillo Santiago y Espíndola Luis, El control de convencionalidad por la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral. Una aproximación, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo, El Control difuso de convencionalidad, Funda, 2012, p. 315.
20 Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Parrs. 150, 152, 191, 192,

194, 195, 198, 201, 204, 206.
21 Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Parr. 77.
22 Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Parr. 154.
23 Sentencia de fecha 24 de marzo de 2011, identificada como SUP-JDC-33/2011 emitida por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal.
24 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
25 Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
26 Caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto del 2008.
27 Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005.
28 Nieto Castillo Santiago y Espíndola Luis, El control de convencionalidad por la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral. Una aproximación, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo, El Control difuso de convencionalidad, Funda, 2012, p. 327 y 328.

EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD EN MATERIA PENAL

Gerardo García Silva*
Rogelio Flores**

SUMARIO:

I. El control de Convencionalidad. II. La Fuerza normativa de la constitución (y la convención). III. La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. IV. Las pautas hermenéuticas que deben atender las jurisdicciones constitucional y ordinaria, acordes a la protección y garantía del ejercicio de derechos. V. Evolución del estándar del control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. VI. Las reformas constitucionales de 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011 y su impacto en el sistema de justicia penal mexicano. VII. Planteamiento del caso práctico (Amparo vs arraigo). VIII. Análisis del caso práctico con el control de convencionalidad. Conclusiones. Fuentes de información.

* Doctor y Maestro en Derecho por la UNAM, Maestro en Ciencias Penales con especialización en Ciencia Jurídico Penal por el INACIPE, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), nivel I, Capacitador certificado en razón de sus méritos por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), Director Académico del Instituto Mexicano del Juicio Oral, S.C. (IMEJO), Profesor Investigador invitado del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

**Licenciado en derecho por la UNAM y de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Panamericana. Realizó el Program of Advanced Studies on Human Rights and Humanitarian Law, en el Washington College of Law de la American University y el Netherlands Institute of Human Rights. Formó parte del staff jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como visitante profesional. Es director del Centro de Estudios de Actualización en Derecho, CEAD.

Nada es tan decisivo para el estilo de una época jurídica como la concepción del ser humano a la que ésta se orienta.
Gustav Radbruch

Introducción.

La reforma constitucional de 10 de junio de 2011, abre la pauta para una modificación sustancial de nuestro sistema jurídico al introducir nuevas pautas argumentativas y hermenéuticas en la resolución de casos concretos en los que se encuentren involucrados derechos fundamentales. Conocer esos efectos y sobre todo, las implicaciones de casos que comienzan a generarse a partir de este cambio normativo se vuelve un imperativo fundamental para todos aquellos operadores jurídicos, estudiosos y para la sociedad en general.

El presente trabajo busca reseñar este proceso de transformación en dos partes: primero, dando cuenta de lo que significa el control de convencionalidad, tanto desde la perspectiva internacional –instrumentos, resoluciones y criterios de organismos internacionales-, así como sus impactos directos en nuestro sistema jurídico nacional –casos nacionales que comienzan a ser analizados bajos las pautas argumentativas y de interpretación que genera el control de convencionalidad-. De igual forma, lo anterior cobra relevancia ante la transformación que en materia penal se viene dando en nuestro país a partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, con la implementación del sistema procesal penal de corte acusatorio y oral.

Esta pretende ser una modesta pero entusiasta aportación para un debate que apenas se comienza a dar y que sin duda dará mucho que decir en los años por venir.

I. El control de convencionalidad

La progresiva cercanía de las ideas del constitucionalismo con los ideales democráticos[1], expandida a partir de la segunda posguerra, forjaron la consolidación del Estado Constitucional. En la actualidad, es de general aceptación que las constituciones del Estado constitucional se identifican por su carácter normativo. Este reconocimiento de norma jurídica dotada de fuerza normativa, ha moldeado el carácter vinculante de la Constitución y su aceptación como fuente de las demás normas del sistema[2]. La consecuente conformación de los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, sirven de parámetro general para determinar la validez de las normas en el sistema jurídico.

Su carácter supremo estará protegido mediante la garantía que lo haga exigible. La revisión judicial de la compatibilidad de cualquier norma del sistema, con relación a las normas de la Constitución, corresponderá al órgano que tenga la potestad de la jurisdicción constitucional, acorde al modelo de control constitucional que el Estado haya adoptado: concentrado, difuso o mixto.

A partir de la década de los noventa, el constitucionalismo latinoamericano comenzó a asumir rasgos comunes de inclusión de cláusulas de apertura hacía los tratados internacionales de derechos humanos, destacando los casos de Colombia en 1991[3] y de Argentina en 1994[4].

La consecuente implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del derecho interno, se ha realizado principalmente a través del llamado bloque de constitucionalidad, ya que mediante esta figura se ha otorgado jerarquía constitucional o supralegal a los instrumentos internacionales que los regulan.

México se había quedado rezagado a la dinámica constitucional latinoamericana, sin embargo, las características de la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, ubicó a nuestro país en una posición de avanzada: el reconocimiento de jerarquía constitucional, no sólo en cuanto a los tratados internacionales de derechos humanos, sino también a las normas que protegen derechos humanos contenidas en tratados -aún cuando estos no los regulen específicamente- y la inclusión del control constitucional difuso, pueden dar cuenta de ello.

Sin duda, nos encontramos ante uno de los retos más importantes desde 1917: la reconfiguración constitucional de los derechos y sus garantías, ha generado el redimensionamiento del derecho mexicano. Los operadores jurídicos y las autoridades, tendrán el reto de entender el derecho desde la perspectiva de los derechos, con todas las implicaciones de técnica jurídica que esto representa. Llevar esta trascendental reforma a la práctica implica, en primer término, asumir que algunos de los principios que la cultura jurídica mexicana ha admitido casi como dogma, se están transformando[5]. Después de ello, será necesario un replanteamiento de la técnica empleada hasta ahora para operar el derecho en sus distintas áreas[6]. Consideramos que el derecho penal será una de las materias en las que tendrá un mayor impacto, maximizado en este caso con la actual transición hacia un sistema de justicia penal de corte acusatorio adversarial, en que se encuentra nuestro país.

En este trabajo, en una primera parte, haremos un análisis general de los elementos que, a nuestro criterio, justifican la obligatoriedad y posibilitan la aplicabilidad del Control de Convencionalidad. En primer lugar examinaremos: a) La fuerza normativa de la constitución (y la convención); b) La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través del bloque de constitucionalidad, y; c) Las pautas hermenéuticas que deben atender las jurisdicciones constitucional y ordinaria, acordes a la protección y garantía del ejercicio de derechos. Posteriormente analizaremos la evolución del estándar sobre el control de convencionalidad, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así como el contenido de las reformas constitucionales de 2008 y 2011. Finalmente, se examinará la aplicación del control de convencionalidad en el derecho penal, a través del análisis de la sentencia dictada por el juzgado tercero de distrito con residencia en San Luis Potosí, en el juicio de amparo 908/2011 (Amparo vs arraigo).

Para los propósitos de este trabajo, es oportuno iniciar señalando que, en términos generales, el Control de Convencionalidad se refiere a la armonización o examen de compatibilidad entre las normas nacionales y el corpus iuris de los derechos humanos. En el ámbito del derecho penal podemos destacar, dentro del sistema universal, al

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y las observaciones generales emitidas por el Comité de Derechos Humanos; la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CT) y el Comité contra la Tortura. En el ámbito regional, debemos tomar en cuenta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este control lo ejerce de manera concentrada este tribunal internacional, como intérprete último de la Convención Americana y bajo su modalidad difusa, los órganos y autoridades de los Estados parte, ya sean estos de carácter administrativo, legislativo o judicial.

II. La fuerza normativa de la constitución (y de la convención).

Superar el modelo europeo que otorgaba a la constitución un estatus esencialmente político y otorgarle ahora el carácter de norma jurídica, representó un cambio de paradigma en el derecho del siglo XX.

En un Estado constitucional, la constitución se caracterizar por reunir los siguientes elementos[7]:

1) Rigidez;
2) Reconocimiento de derechos
3) Limite al poder político
4) Garantía de derechos
5) Fuerza normativa

La constitución es norma, pero también tiene la característica de ser suprema, con lo que se convierte en el parámetro de validez de las normas inferiores en el ordenamiento. En términos de Guastini, esta constitución se caracteriza por ser "extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales"[8]. Para preservar ese carácter supremo, será necesario otorgarle garantías que la hagan exigible.

Por todo ello, podemos destacar dos efectos relevantes generados al admitir la fuerza normativa de la constitución: Por un lado, el carácter vinculante del contenido de la constitución hacía las autoridades públicas que conforman los poderes constituidos[9] y, por el otro, la exigibilidad de este cumplimiento a través de la revisión judicial de la constitución. En términos de Kelsen: "la Constitución es pues la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y la forma como estos órganos habrán de proceder. Es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del ordenamiento estatal"[10].

Bajo esta lógica, la fuerza normativa de la constitución se convierte en el elemento dinamizador del fortalecimiento de los derechos, incluidos los de fuente internacional constitucionalizados y, a su vez, es en los derechos donde la constitución adquiere una dimensión objetiva y de eficacia real. La constitución que debe protegerse es aquella que garantiza los derechos a través de la justicia constitucional.

En el ámbito del sistema interamericano, el fundamento y justificación del Control de Convencionalidad lo encontramos desde el momento en que entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al establecer a la Corte IDH como el órgano encargado de manera exclusiva de la interpretación y aplicación de sus normas, así como de supervisar que los Estados que han reconocido su jurisdicción, ajusten sus actos a la regularidad de la Convención[11]. Es quien determina, en definitiva, el sentido de los derechos y libertades allí contenidos, de la misma forma como para un Estado representa el juez constitucional.

Cuando un Estado ratifica la Convención y reconoce la jurisdicción de la Corte se obliga principalmente a dos aspectos: Por un lado, a respetar los derechos y las libertades reconocidas por el tratado, garantizando su libre y pleno ejercicio[12]. Por el otro, a adoptar todas las medidas que fueran necesarias, no sólo legislativas sino también las jurisdiccionales, para hacer efectivos tales derechos y libertades[13]. Al adherirse al instrumento internacional, de conformidad con el procedimiento constitucional definido para tal fin, el tratado ya forma parte del sistema jurídico del Estado y, por tanto, se convierte en una norma que debe ser observada y aplicada, garantizando su efectividad por parte de sus órganos. En otras palabras, adquiere la fuerza normativa propia de la Constitución.

La Corte IDH, como intérprete último, ha desarrollado la doctrina del Control de Convencionalidad como una fórmula para conseguir involucrar a las autoridades públicas de los Estados en el cumplimiento de la Convención Americana[14], procurando con ello salvaguardar la supremacía convencional.

Por tanto, la obligación del cumplimiento del mandato de la Convención, corresponde a todas las autoridades y órganos del Estado en su conjunto, ya sean estos parte de los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial. El incumplimiento por cualquiera de ellos, tendría como consecuencia la responsabilidad internacional del Estado en su conjunto[15].

El Juez mexicano Sergio García Ramírez, en un voto razonado hizo una analogía entre el control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH y la labor de un tribunal constitucional, al establecer que: “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosos. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos”[16].

III. La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La eficacia nacional de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, estriba primordialmente en la recepción de sus fuentes en el derecho interno. Cada Estado define de manera libre las peculiaridades de esta recepción, al determinar

el mecanismo mediante el cual va a implementar internamente los compromisos internacionales que ha asumido a través de la firma y ratificación de los tratados. De igual forma, establece la jerarquía que les otorga en el sistema de fuentes del derecho.

La armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el orden jurídico interno de los Estados, se ha venido dando principalmente mediante dos fórmulas: por un lado, el reconocimiento constitucional de la jerarquía de tratados de derechos humanos a través de la creación de un bloque de constitucionalidad y, por el otro, la aceptación de la calidad constitucional, o incluso supraconstitucional[17], que se hace por vía de la jurisprudencia. México adoptó el primer mecanismo.

El bloque de constitucionalidad hace referencia a normas constitucionales que no se encuentran en su texto. Es decir, que la Constitución no debe ser entendida sólo por su contenido textual, sino que existen normas con rango constitucional que no encontramos expresamente allí, pero que también la conforman[18]: derecho de origen internacional y las normas desarrolladas por medio de la interpretación constitucional (Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas) y convencional (Corte IDH). Bajo esta lógica, las normas, principios e interpretaciones del bloque de constitucionalidad, al tener jerarquía constitucional, gozan también de la fuerza vinculante.

Como vemos, la modalidad difusa del Control de Convencionalidad es una consecuencia directa de este proceso de constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De esta forma, todas las autoridades, incluido el poder judicial, deberán dejar de asumir a los tratados de derechos humanos sólo como parte del derecho internacional, para apreciar ahora el corpus iuris de derechos humanos como derecho positivo de origen internacional, que también forma parte de su sistema jurídico interno, incluso considerados como parte de la constitución por vía del bloque de constitucionalidad. En este sentido, el ex juez de la Corte IDH Antonio Cançado Trindade señaló en un voto razonado[19] que los órganos del Poder Judicial de cada Estado parte de la Convención Americana, deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional, sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Bajo esta tesitura, la interpretación y aplicación deberá realizarse como si fuera una norma más que integra el orden jurídico nacional, impidiendo que las normas inferiores o iguales afecten su objeto y fin al contrastarlos. Esto permitirá que la Constitución, como norma de igual o superior jerarquía, se nutra con su contenido. Así, el Poder Judicial debe realizar una interpretación conforme a tratados de Derechos Humanos y en donde, en caso de duda, aplique el principio pro persona.

IV. Las pautas hermenéuticas que deben atender las jurisdicciones constitucional y ordinaria, acordes a la protección y garantía del ejercicio de derechos.

La práctica de derechos humanos requiere de pautas hermenéuticas especiales, orientadas a privilegiar y favorecerlos, tales como *la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos*[20].

Los criterios que primordialmente se utilizan para la armonización entre el orden jurídico interno y el derecho internacional, son el principio pro persona (reconocido en el artículo 29 de la CADH) y la cláusula de interpretación conforme, ambos reconocidos expresamente en el artículo 1º de la Constitución.

La interpretación conforme pretende que los órganos estatales incorporen a su actividad cotidiana el contenido e interpretaciones vigentes de los tratados. La intención no es que siempre prevalezcan los instrumentos internacionales, sino que éstos sean considerados en todo momento y, en caso de que se advierta que de ellos derive una mayor y mejor protección de los derechos humanos, se apliquen sin restricciones.

El Juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac-Gregor, define la interpretación conforme como la "técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección"[21].

El principio pro persona tiene el propósito de favorecer el ejercicio de un derecho, acudiendo a la norma más protectora y a la interpretación más extensiva. Cuando se trata de restringir derechos, se debe elegir la norma e interpretación más restringida[22].

La sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco vs México, ordenó de manera directa al Poder Judicial de la Federación algunas medidas de reparación. En esta también se refirió por primera ocasión hacía nuestro país, el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces y tribunales nacionales[23]. Derivado de ello, en mayo de 2010 el entonces Ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Guillermo Ortiz Mayagoitia, formuló una consulta al Pleno con el propósito de dilucidar cuáles eran las obligaciones concretas que les correspondían y la forma de instrumentarlas. De esta consulta, se formó el expediente Varios 489/2010 y posteriormente el expediente Varios 912/2010, cuyo engrose fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011.

Este documento es muy importante, ya que definió claramente las pautas que deberán seguirse para ejercer el control de convencionalidad, con relación a la interpretación conforme y al principio pro persona. Es así que en el párrafo 21 de la resolución define que *"[...] los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos."*

Una de las obligaciones concretas que se refirieron en el engrose, tuvo que ver con lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia del caso Radilla (supra nota 25), definiendo el carácter ex officio del control de convencionalidad y con el propósito de facilitar su aplicabilidad, se introdujo un sistema de control constitucional difuso[24]. Se

definió que bajo esta nueva modalidad, los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsión de las normas, pero les da la posibilidad de inaplicación[25]. Esta posibilidad que ahora se otorga a los jueces ordinarios a través del control difuso de convencionalidad, no debe omitir la presunción de constitucionalidad, incluso consideramos que debe partir de ella[26]. De este modo la interpretación judicial deberá seguir los siguientes pasos:[27]

A) *Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

B) *Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.*

C) *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.*

El párrafo 34 de la resolución define también que el control difuso que realizarán los jueces, deberá hacerse en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

En el caso de las autoridades distintas a la judicial, la SCJN definió que tienen la obligación de la interpretación conforme y el principio pro persona, pero no tienen posibilidad de inaplicar o declarar incompatibilidad de las normas[28].

Se reproduce a continuación un cuadro que reproduce el modelo general definido en la citada resolución:

MODELO GENERAL DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD, DEFINIDO POR LA SCJN EN LA RESOLUCIÓN AL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010				
TIPO DE CONTROL	ÓRGANO Y MEDIOS DE CONTROL	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	POSIBLE RESULTADO	FORMA
CONCENTRADO:	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): A) Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad.	105, fracciones I y II	Declaración de Inconstitucionalidad con efectos generales o relativos.	Directa
	B) Amparo indirecto	103, 107, fracción VII	No hay declaratoria de inconstitucionalidad	
	C) Amparo Directo	103, 107, fracción IX		
CONTROL POR DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL ESPECÍFICA:	A) Tribunal Electoral en Juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivas y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos.	Art. 41, fracción VI, 99, párrafo 6°	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Directa e Incidental
	B) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación	Art. 99, párrafo 6°		
DIFUSO:	A) Resto de los tribunales 1. Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos	1°, 133, 104 y derechos humanos en tratados	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Incidental
	2. Locales: Judiciales, administrativos y electorales	1°, 133, 116 y derechos humanos en tratados		
INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE:	Todas las autoridades del Estado mexicano	Artículo 1° y derechos humanos en tratados	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad	Fundamentación y motivación.

V. Evolución del estándar del Control de Convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Aunque ya hemos apuntado que el Control de Convencionalidad es una función natural de la Corte IDH como intérprete último y salvaguarda del contenido de la Convención, es hasta hace unos años que este Tribunal se ocupó de desarrollar el estándar a través de su jurisprudencia[30].

En nuestra opinión, el planteamiento concreto sobre el tema se originó de los casos en que la Corte IDH analizó leyes de amnistía, concluyendo que éstas eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Desde el 2001, con el caso Barrios Altos Vs. Perú, se hicieron planteamientos en el sentido de que las disposiciones contenidas en estas leyes eran inadmisibles, ya que "contravenían derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"[31] al pretender impedir la investigación y sanción a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos, como tortura, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y desapariciones forzadas. Con ello, se vulneraban también los derechos de los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes, a ser oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la CADH; y el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25[32]. Todo esto generaba que el Estado incumpliera con la obligación de adecuar el derecho interno para hacer efectivos los derechos consagrados en la convención, de acuerdo al artículo 2.

El tal sentido, la Corte IDH definió que:

> *44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.*

La primera vez que se hace una referencia expresa del tema, es en tres votos razonados del Juez mexicano Sergio García Ramírez: en el caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, de 25 de noviembre de 2003 (párrafo 27); en el caso Tibi vs Ecuador, de septiembre de 2004 (párrafo 3); y en el caso López Álvarez vs Honduras, de febrero 2006 (párrafo 30)[33].

El leading case en donde la Corte IDH en su conjunto utiliza el término, es en otro caso relacionado con leyes de amnistía: Almonacid Arellano vs Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006. En su párrafo 124, señala:

> *124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea,*

el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Lo que se puede determinar de su lectura, es que al referirse a "una especie de" aún no define claramente el estándar y el principal aporte de este caso es que la obligación de adoptar disposiciones de conformidad con la Convención, no sólo se dirige al legislador sino que también alcanza a los jueces.

En el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006, la Corte refiere lo siguiente en el párrafo 128:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

La evolución que aquí se advierte es la consideración de la obligación ex officio y haber suprimido la expresión "una especie de", sin embargo, se incorporó la precisión "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" lo que pareciera limitar la aplicación oficiosa, si procesalmente no se autoriza a la revisión constitucional a los jueces nacionales.

Para el caso Heliodoro Portugal vs Panamá, sentencia de fecha 12 de agosto de 2008, se establece en el párrafo 180:

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

Podemos observar que el desarrollo del estándar se aleja de los avances previos, ya que para este caso sólo se pretende el efecto útil de los instrumentos internacionales, sin llegar a plantear un estricto control de convencionalidad.

Pese a haberse seguido refiriendo sobre el tema en sentencias posteriores[34], consideramos que la consolidación y evolución más importante del estándar llega con el caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, sentencia de 26 de noviembre de 2010. En su párrafo 225 define lo siguiente:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En esta sentencia se nota claramente la influencia doctrinal de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien participó en este caso como Juez Ad hoc. La evolución se ubica en el fortalecimiento del carácter difuso del estándar, al introducir el término "todos sus órganos" y señalar con claridad "incluidos sus jueces". Otro punto destacable es que incorpora al parámetro de armonización (además de la Convención) a la jurisprudencia, cuando refiere: "la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana".

Como podemos observar, la configuración actual del estándar interamericano sobre el Control de Convencionalidad, sirvió de base para la conformación del que se definió en México a partir de la reforma constitucional de derechos humanos y los criterios definidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la resolución 912/2010. Prevalece el principio iura novit curia (el juez conoce el Derecho), al fijar la obligación de realizar ya no sólo análisis de legalidad, sino también de constitucionalidad y, más aún, de convencionalidad, sin que medie petición de parte.

La aplicación del control de convencionalidad deriva en que los órganos del Estado, principalmente los jueces pero no solo ellos, salvaguarden los derechos humanos a través del cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía, erigiéndose así en garantes de la primacía de la Constitución y de la Convención.

VI. Las reformas constitucionales de 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011 y su impacto en el sistema de justicia penal mexicano.

En la primera década de un nuevo siglo y milenio se han aprobado dos reformas constitucionales que sin duda tendrán un impacto profundo en el sistema de justicia penal mexicano.

La primera de ellas, es la reforma del 18 de junio de 2008, en materia de seguridad y justicia penal que entre otros aspectos, establece la transformación del proceso penal que ahora es acusatorio y oral y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Con esta reforma se pretende modernizar un sistema de justicia penal, obscuro, burocrático, oneroso y que no deja satisfechos ni a víctimas, ni a justiciables ni a la sociedad en general.

La segunda reforma se refiere a la introducción de los Derechos Humanos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la siguiente forma:

En el artículo 1º, se da una adecuación del término "garantías individuales" por el de "derechos humanos", lo que termina con las ambigüedades terminológicas, conceptuales y filosóficas que encerraban ambos conceptos. Asimismo, cambia el término "individuos" por el de "personas" así como el de "otorgar" por "reconocer". Con lo anterior se logra una ampliación de la protección no sólo de personas en lo individual, sino de manera grupal, deber que el Estado Mexicano no podrá desconocer bajo la excusa de no ser un derecho otorgado de manera expresa, o que entre en conflicto con alguna norma constitucional.

Se abre la puerta al reconocimiento y aplicación de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y la interpretación de los mismos bajo el principio pro personae, por lo que siempre deberá buscarse brindar la mayor protección posible, sin argüir limitaciones derivadas de la jerarquía normativa que establece el artículo 133 Constitucional.

Asimismo, la reforma establece la obligación del Estado Mexicano en su conjunto –no sólo de los poderes constituidos, sino de todas las autoridades- de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

En cuanto a los principios que deben regir las actuaciones de las autoridades del Estado Mexicano en la promoción y respeto de los derechos fundamentales, podemos señalar los siguientes:

- Universalidad
- Interdependencia
- Indivisibilidad y
- Progresividad

Como consecuencia de lo anterior, México se suma al paradigma del derecho internacional en la promoción y defensa de los Derechos Fundamentales y se adecua a las exigencias de los convenios, pactos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, a través de lo que se conoce como "Control de Convencionalidad".

Éste viene a ser un medio jurídico en virtud del cual un órgano jurídico internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede exigir a un Estado miembro del "Pacto de San José", cumplir con las disposiciones de la reparación o indemnización, en su caso a la persona a la cual ese Estado le ha vulnerado sus derechos humanos o derechos fundamentales. El control difuso de la convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que a través de sus resoluciones vincula al Estado parte a cumplir con las mismas.

Cabe precisar que la resolución se pronuncia sobre la responsabilidad del Estado y no sobre los órganos o poderes constituidos. También es importante mencionar en ese

sentido que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, no tiene facultades para aplicar dicho control de convencionalidad, porque no cuenta con funciones jurisdiccionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de la reforma constitucional de junio de 2011, el control de la convencionalidad se ejercerá a través de dos formas: la primera de manera concentrada por medio de la Corte Interamericana de los Derechos humanos, cuya sede se encuentra en Costa Rica y la segunda por medio del llamado "control difuso" el cual será ejercido a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El objeto de este control convencional, consiste en garantizar el goce de libertades contravenidas, el pago de las indemnizaciones solicitadas y vigilar que las consecuencias derivadas del daño ocasionado por parte del Estado a la víctima sean reparadas.

Como ejemplos de resoluciones que se han emitido en contra del Estado Mexicano por violaciones a los derechos humanos encontramos las siguientes:

- Caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (6 de agosto de 2008).
- Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. Estados Unidos Mexicanos (16 de noviembre de 2009).
- Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (23 de noviembre de 2009).
- Caso Fernández Ortega y otros vs. Estados Unidos Mexicanos (30 de agosto de 2010).
- Caso Rosendo Cantú y otra vs. Estados Unidos Mexicanos (31 de agosto de 2010).
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Estados Unidos Mexicanos (26 de noviembre de 2010).

A partir de la reforma constitucional, el trabajo de los jueces mexicanos en la recepción e interpretación del contenido de los diversos convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, consistirá en la obligación de realizar una "interpretación convencional", revisando si las disposiciones legales que se están aplicando a un caso en particular no contravienen algún tratado internacional, si resulta que son incompatibles, entonces deberá tomar en cuenta lo que establece la Convención Americana de los Derechos Humanos y deberá rectificar y sancionar la norma interna. Si no es contraria, entonces no se aplicará positivamente lo relativo a la convención y se aplicará la norma nacional.

La base constitucional para la recepción del derecho internacional en materia penal, se encuentra en el párrafo octavo del artículo 21, en donde se reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional en delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, tortura y desaparición forzada.

Artículo 21. […]

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Tanto la reforma de 18 de junio de 2008, como la de 10 de junio de 2011, pretenden hacer valer los postulados tanto del Garantismo penal, como del Debido Proceso Penal.

Partiendo de la idea de que el "Debido Proceso" es un estándar internacional que

debe guiar la implementación del sistema acusatorio en nuestro país, a continuación vamos a señalar algunos de instrumentos internacionales y la relevancia de su contenido para destacar la idea de que la adopción de un sistema de corte acusatorio resulta del cumplimiento a lo que señalan estos documentos.

- Declaración Universal de los Derechos humanos (DUDH)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (DADDH)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en materia Penal (Reglas de Mallorca)

Estos instrumentos reconocen una serie de derechos fundamentales que deben ser reconocidos y tutelados por los estados firmantes. A continuación vamos a señalar algunos de estos derechos y los instrumentos que los contemplan:

1. Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (DUDH, PIDCP, CADH)
2. Prohibición de torturas o tratos crueles (DUDH, PIDCP)
3. Derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que ampare contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley (DUDH, CADH, Reglas de Mallorca)
4. Derecho a la justicia (DUDH, PIDCP, DADDH, Reglas de Mallorca)
5. Debido proceso (DUDH, PIDCP, DADDH, CADH)
6. Presunción de inocencia (DUDH, PIDCP, DADDH, CADH)
7. Prohibición de la detención o prisión arbitrarias (PIDCP, DADDH)
8. Separación de los procesados de los condenados (PIDCP)
9. Derecho a la apelación (PIDCP)
10. Non bis in idem (PIDCP)

A continuación presentamos un cuadro que recoge algunos principios relacionados con el Garantismo penal y el Debido proceso, en el cual se hizo una revisión en la legislación procesal penal de algunas entidades en México que ya cuentan con una reforma integral a su legislación procesal, lo que por un lado, nos muestra, la forma en que dichos principios han sido plasmados en su legislación secundaria y por la otra, la medida en que unos y otros pueden perfeccionar su legislación y constituir una base de apoyo para las entidades federativas que aún no han iniciado ese proceso:

Principio / Entidad	CONATRIB CPP[35] Art.	Iniciativa CFPP[36] Art.	Chihuahua CPP Art.	Oaxaca CPP Art.	Morelos CPP Art.	Estado de México CCP Art.
Finalidad del proceso	1º	2	1º	1º	1º	1º
Juicio previo y debido proceso	2	5	2	2	2	3
Principios rectores	3 y 4	4	3	3	3	4
Reglas de interpretación	5	No lo contempla	4	4	4	5
Presunción de inocencia	8	14	5	5	5	6
Inviolabilidad de la defensa	12	23	6	6	6	7
Defensa técnica	13	No lo contempla	7	7	7	8
Medidas cautelares	179	247 y 250	8	9	9	10
Justicia pronta	7	21	11	13	14	14
Igualdad ante la ley	19	13	12	14	15	15
Igualdad entre las partes	19	No está contemplado	13	15	16	16
Única persecución (non bis inidem)	20	No está contemplado	14	16	17	17
Juez natural	6	No está contemplado	15	17	18	18
Independencia	14	No está contemplado	16	18	19	19
Derechos del inculpado	150	144	124	130	128	152
Derecho a recurrir	431	454	399	8	8	9
Dignidad de la persona	11	19	No está contemplado	10	11	11
Inaplicabilidad de garantías en perjuicio del imputado	No está contemplado	No está contemplado	21	24	26	24
Prohibición de la incomunicación y el secreto	11,2	18	10	12	13	13

Como señalamos al principio de este apartado, las reformas constitucionales de 2008 y 2011, constituyen un parte aguas en la vida jurídica de nuestro país. Ambas tienen frente así grandes retos: la reforma de junio de 2008 ha cumplido a la fecha cuatro años –se encuentra a la mitad del camino establecido en los transitorios de la reforma- aún falta la implementación en dos terceras partes del país, la reforma de 10 de junio de 2011, ha cumplido su primer año en vigor y representa el reto de realizar las adecuaciones y cambios para hacer positivos los derechos fundamentales de los gobernados frente al poder punitivo del Estado.

Esto nos muestra el grado de compromiso internacional que tiene nuestro país con este tipo de reformas que, lejos de ser contradictorias como algunos podrían suponer, son complementarias –no queremos seguridad sin justicia, ni justicia sin contenido humano-.

VII. Planteamiento del caso práctico (Amparo vs arraigo).

A continuación se hace la transcripción del primer amparo concedido como protección en contra de la medida de arraigo, haciendo una interpretación conforme a los principios contenidos en los diversos instrumentos internacionales que consagran derechos humanos. El caso es significativo, toda vez que se trata de la primera resolución que en el país hace referencia en su argumentación a la consideración del contenido de instrumentos internacionales que son incompatibles con la figura del arraigo –entendido como técnica de investigación-. Los principales hechos y consideraciones del caso son las siguientes:

El tres de octubre de 2011, el Juez Tercero de Distrito en el estado de San Luis Potosí, resolvió el juicio de amparo número 689/2011, promovido en contra de diversas autoridades por el siguiente acto reclamado:

Se reclama de las autoridades señaladas como responsables ordenadoras, LA EMISIÓN DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN Y/O ARRAIGO, Y/O LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN girada en contra del suscrito quejoso.----De las autoridades señaladas como responsables ejecutoras, se reclama LA CUMPLIMENTACIÓN QUE PRETENDE DÁRSELE a dicha ORDEN DE APREHENSIÓN, Y/O ARRAIGO, Y/O LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN emitida por alguna autoridad señalada como responsable ordenadora.

La demanda de amparo fue admitida el veintidós de agosto de dos mil once, y se solicitó a las autoridades responsables el informe justificado, y se dio intervención legal al agente del Ministerio Público y se fijó hora y fecha para la celebración de la audiencia constitucional.

En el resultando séptimo se hacen valer los razonamientos del Juez de amparo sobre el acto reclamado de la siguiente forma:

SÉPTIMO. La parte quejosa reclama la orden de arraigo decretada en la averiguación número 135/11 del índice del Juzgado Octavo del Ramo Penal de esta ciudad.

Pues bien, en principio debe destacarse el contenido del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante publicación de diez

de junio de dos mil once, en el Diario Oficial de la Federación en el cual establece literalmente lo siguiente:

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.----las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.----Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley…

De la anterior transcripción se infiere, entre otras cosas, que a partir de la reforma constitucional de diez de junio del dos mil once, se elevaron a rango constitucional los derechos humanos protegidos tanto por la Carta Magna como por los tratados internacionales en que el Estado Mexicano sea parte, cuestión que implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad integrado ya no sólo por la ley fundamental sino también por los referidos instrumentos supranacionales ; asimismo, se incorporó el principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas. El citado principio supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, deberá elegirse aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que, igualmente, proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano. En otras palabras, podemos afirmar que el principio pro personae tiene dos variantes: a) preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir, de las interpretaciones válidas que estén disponibles para resolver un caso concreto, la que más optimice un derecho fundamental, es decir, cuando amplía el ámbito de los sujetos protegidos por el Derecho o cuando amplía el perímetro material protegido por el Derecho; y, b) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa.

Asentado lo anterior, ahora resulta conveniente precisar que el artículo 133 de la Carta Fundamental dispone expresamente:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda

haber en las Constituciones o leyes de los Estados.
El citado precepto constitucional contiene el llamado principio de jerarquía normativa, a través del cual se establece la estructura del orden jurídico mexicano. De igual manera, de la aludida norma de naturaleza constitucional se desprende que en ella se otorga el rango de ley del país a los tratados internacionales celebrados y que se celebren por el Estado Mexicano, y por ende, lo pactado en los citados instrumentos supranacionales automáticamente queda incorporado al derecho interno mexicano.
Al respecto, cabe mencionar que el artículo 2.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita por México el veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, y aprobada por el Senado el veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos, publicada originalmente en el Diario Oficial de la Federación el catorce de febrero de mil novecientos setenta y cinco y, en su última versión, el veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho, establece por tratado deberá entenderse:
…un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: ---i) entre uno o varios estados y una o varias organizaciones internacionales; o---ii) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular
Asimismo, debe mencionarse que desde la óptica del derecho internacional, existen varios principios que rigen las relaciones entre Estados.
El primer principio general que se puede citar es el relativo a que un Estado no puede invocar derecho interno como excusa para el incumplimiento de las obligaciones contraídas frente a otros actores internacionales, y el cual se encuentra contenido expresamente en el numeral 27.1. de la referida Convención de Viena. El segundo de ellos –pacta sunt servanda-, previsto en el numeral 26 del citado instrumento convencional se refiere al compromiso de todo Estado de respetar de buena fe no únicamente el texto sino el espíritu del tratado internacional del cual un Estado sea parte; dicho principio lleva implícitas dos cuestiones, por un lado, que los Estados, a través de la celebración de tratados, contraen libremente obligaciones, con el objeto de que éstos sean aplicados y aquéllas cumplidas y, por otra parte, que el incumplimiento de un Estado parte de un tratado a las obligaciones contraídas, lo hace incurrir en responsabilidad internacional; esta regla supone que entre estas obligaciones contraídas libremente se encuentra la de que el Estado deberá adecuar su derecho interno a los compromisos internacionales asumidos.
De lo antes señalado se sigue que todas las convenciones o tratados de naturaleza supranacional suscritos por México, integran el denominado derecho convencional que forma parte del sistema jurídico mexicano, en atención al referido principio pacta sunt servanda conforme al cual el Estado Mexicano al contraer obligaciones frente a la comunidad internacional no debe desconocerlas con sólo invocar normas de derecho interno, pues ante cualquier desacato infundado se corre el riesgo de incurrir en una responsabilidad internacional.
Además, los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprenden a todas sus autoridades frente a la comunidad

internacional, pues por ello el Constituyente facultó al Presidente de la República para suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, la intervención del Senado es a título de representante de la voluntad de las entidades federativas, el que por medio de su ratificación obliga a las autoridades de los Estados; sin que exista limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas; máxime que los tratados internacionales suscritos por México, una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión, deben ser observados por las autoridades mexicanas, quedando vinculadas también a invocar la jurisprudencia de tribunales internacionales, como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos.

Asimismo, los tratados celebrados por el Estado mexicano no pueden desconocer o alterar las garantías y derecho del hombre, en tanto éstos constituyen la razón y el objeto de nuestras instituciones, por ello, es que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga a las autoridades mexicanas a respetarlos; de ahí que sea válido sustentar que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por las autoridades al emitir los actos que les corresponda de acuerdo a su ámbito competencial.

Tanto más que el principio pro homine, es un criterio interpretativo que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a lo más favorable para el hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

Resulta aplicable a lo anterior, la tesis I.4oA.464 A sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, Febrero de 2005, página 1744, con el rubro y texto siguientes:

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. El principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.

Asimismo, la tesis I.4o.A.441 A sustentada por el referido Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la

Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, Octubre de 2004, página 2385, que textualmente establece:
PRINCIPIO PRO HOMINE, SU APLICACIÓN. El principio pro homine, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.
De lo reseñado con antelación, se colige que cualquier tribunal del Estado mexicano no debe limitarse a aplicar sólo las legislaciones locales, sino que queda también compelido a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por organismos de naturaleza transnacional, circunstancia la anterior que lo obliga a ejercer un control de convencionalidad para verificar si entre las normas de derecho internas y la supranacionales existe compatibilidad.
En efecto, a juicio del que aquí resuelve, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales del Estado mexicano, dentro de sus respectivas competencias realizar una interpretación de las normas nacionales a la luz de la Convención o Tratado en la que México sea Estado Parte, de sus Protocolos adicionales, así como de la jurisprudencia sustentada por los organizamos internacionales correspondientes y siempre con la regla interpretativa del principio pro homine.
De manera particular, el Estado Mexicano, al haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, la cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el siete de mayo de mil novecientos ochenta y uno, indudablemente se encuentra constreñido, y por consiguiente las autoridades judiciales mexicanas, a interpretar las normas de derecho interno atendiendo a lo previsto por la citada Convención, por los Protocolos adicionales y por la jurisprudencia convencional pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, último intérprete de lo dispuesto en el referido instrumento internacional.
Ello es así, ya que al haber ratificado México la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y toda vez que en diversos criterios jurisprudenciales dicho organismo supranacional ha establecido la obligación de todos los tribunales del Estado Mexicano de ejercer el control de convencionalidad al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción, incluso de manera oficiosa, es claro que todas las autoridades judiciales mexicanas se encuentran obligadas a vigilar que las normas que integran el derecho interno sean compatibles con las disposiciones de San José de Costa Rica, lo anterior a través del control convencional.
Ciertamente, en la sentencia pronunciada el veintitrés de noviembre de dos mil nueve, en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció lo siguiente:
…En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su

jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

De ahí que los órganos de justicia nacional quedan compelidos a ejercer el denominado control de convencionalidad, ex officio, respeto de actos de autoridad –entre ellos, normas de alcance general- conforme a las atribuciones que les confiere la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que se encuentran vinculados en virtud de la ratificación realizada por el Presidente de la República, lo cual tiene como objetivo la conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.

Consecuentemente, de todo lo precisado en párrafos anteriores, se concluye que las autoridades del Estado mexicano tiene la obligación de observar y aplicar en su ámbito competencial interno, medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las convenciones internacionales en las que México sea parte, entre ellas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de las interpretaciones que de sus cláusulas lleva a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.

Y es que no debe soslayarse que el control de convencionalidad no sólo debe ejercerse en sede internacional, a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien es la encargada de realizar un examen de confrontación normativo entre el derecho interno y lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que además dicho control de convencionalidad debe ejercerse en sede interna por conducto de los Jueces internos quienes tiene competencia para inaplicar alguna disposición de derecho interno y aplicar el referido instrumento supranacional, mediante un examen de confrontación normativo en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona.

De lo hasta aquí expuesto, se concluye que este órgano jurisdiccional se encuentra legalmente vinculado a ejercer, ex officio, el control de convencionalidad en sede interna, lo cual implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, además del derecho interno, también la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

de la cual México es parte, así como las interpretaciones que de sus cláusulas ha llevado a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Se cita como apoyo, la tesis XI. 1º. A.T.47 K del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, Mayo de 2010, página 1932 del contenido siguiente:
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.
En ese contexto, a continuación, se procede a analizar si el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí, que establece el arraigo penal y el cual sirvió de fundamento legal para que el Juez Octavo del Ramo Penal de esta ciudad, emitiera la resolución reclamada de diecinueve de agosto del dos mil once, en autos de la averiguación penal 135/11 es compatible o no con los postulados del citado Pacto de San José de Costa Rica.
Para ello, en primer término, debe precisarse el contenido del mencionado artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para esta entidad federativa, que dispone textualmente lo siguiente:
Artículo 168. La autoridad judicial podrá a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.
El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio público y al afectado, si deben o no mantenerse.

Del contenido del transcrito artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí, se advierte que el arraigo constituye una medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la etapa

de averiguación previa, ante la posibilidad de que éste se sustraiga de la acción de la justicia, y para decretarlo se precisa de la concurrencia de los siguientes requisitos:
1) *Que la solicite expresamente el Ministerio Público.*
2) *La existencia de una averiguación previa, en la que se prepare el ejercicio de la acción penal en contra de la persona en contra de quien se solicite el arraigo; y,*
3) *Que exista el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia.*
Asimismo, se desprende que la citada figura procesal penal contenido en el ya mencionado numeral 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí, tiene como efecto la privación de la libertad personal del sujeto arraigado, dado que el obligar a una persona a permanecer dentro de un determinado inmueble bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, impidiéndole realizar cualesquiera de las actividades que cotidianamente realiza, indiscutiblemente tiene como consecuencia que el arraigado no pueda obrar con pleno albedrío, esto es, se le impide salir de dicho inmueble, lo que se traduce en la afectación de su libertad.
Asentado ello, ahora debe establecerse el contenido de los artículos 7.5 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra dicen:
Artículo 7.- Derecho a la Libertad Personal.
…5. Toda personal detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Artículo 8.- Garantías Judiciales.
…2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:…
Artículo 22.- Derecho de Circulación y de Residencia.
1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
Del invocado artículo 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica, se sigue que cualquier persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise, sin demora, dicha detención, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales, dado que ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención. Así, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal, pues ello es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface

esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente.

Por su parte, el artículo 8.2 prevé como garantía judicial la presunción de inocencia, la cual obliga al estado a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal con el propósito de establecer su culpabilidad, esto es, impone la obligación a aquél de dar a todo ser humano sujeto a investigación, el tratamiento de inocente hasta en tanto los tribunales competentes mediante sentencia firme no lo declaren culpable.

Finalmente, del numeral 22.1 de la aludida Convención se infiere que la garantía de circulación se traduce en el derecho que toda persona tiene para transitar por el territorio de un Estado.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los artículos 7.5, 8.2 y 22.1, claramente establece las prerrogativas que tiene toda persona en lo relativo a su libertad personal, sus garantías judiciales y su derecho de circulación, para lo cual prescribe lineamientos estrictos que deben satisfacerse previamente a cualquier actuación de la autoridad.

Pues bien, a juicio de quien aquí resuelve, el arraigo penal previsto por el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí, como medida precautoria mientras el Ministerio Público investiga la presunta responsabilidad delictiva del iniciado, en la forma y términos en que lo establece tal disposición, es jurídicamente incompatible con el contenido de los referidos artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Lo anterior es así, dado que evidentemente al ejecutarse una orden de arraigo decretada con apoyo en lo dispuesto por el invocado numeral 168 del código adjetivo citado, el indiciado no es llevado inmediatamente y sin demora ante un juez para que resuelva su situación jurídica, ya que incluso pueden transcurrir hasta treinta días para que ellos suceda, quedando mientras tanto a disposición de la autoridad persecutoria del delito; tampoco se le da al iniciado el tratamiento de inocente, ya que éste es detenido arbitrariamente para ser investigado, cuando lo correcto debiera ser llevar a cabo una investigación para posteriormente detener a aquél; amén de que con la referida medida precautoria se le impide al indiciado que salga de un determinado domicilio, quedando bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora; contraviniéndose por tanto las garantías que en materia de derechos humanos consagran los artículos 7.5, 8.2 y 22.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

En efecto, como ya se mencionó, en el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para esta entidad, se establece el arraigo penal, para facilitar la integración de la averiguación previa llegado el caso, evitar que se imposibilite el cumplimiento del eventual mandamiento aprehensorio que llegue a pronunciarse, sin embargo, para decretar tal medida precautoria no se requiere que la averiguación arroje datos que conduzcan a establecer que una persona tenga probable responsabilidad penal en el ilícito respectivo, y no obstante lo anterior, se puede legalmente ordenar la afectación de la libertad personal de un individuo hasta por un término de treinta días, contraviniendo el principio de presunción de inocencia, sin que el afecto se

justifique tal detención con una determinación en la que se le den a conocer al indiciado los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad, y privándosele consecuentemente del derecho que tiene a circular libremente por el país.

Así conforme a lo dispuesto por el invocado precepto legal del código adjetivo citado, se infiere que se solicita el arraigo cuando los elementos de prueba que obran en la averiguación previa aún no son suficientes para que hagan probable la responsabilidad del indiciado y que se pueda solicitar la orden de aprehensión, sino que requiere de mayor investigación, pero ante la existencia del riesgo de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia, se solicita la orden de arraigo; de tal suerte que al decretarse el arraigo, al indiciado se le restringe su libertad personal hasta por el término de treinta días, esto es, no es llevado sin demora ante autoridad judicial para que determine su situación jurídica; se le viola el principio de presunción de inocencia al ser detenido arbitrariamente para realizar una investigación sobre hechos ilícitos en los que probablemente tuvo participación; y se le impide salir de un determinado inmueble, lo que lo imposibilita a salir de la población en que reside y del territorio nacional.

Por las razones antes expresadas, es que se afirma que la orden de arraigo prevista por el numeral 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí, es incompatible con los artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues como ya se dijo, con dicha figura procesal se impide: a) que la persona detenida por ese motivo sea puesta a disposición sin demora, ante autoridad judicial para que determine su situación jurídica, b) que se le dé el tratamiento de presunto inocente a una persona; c) y que un individuo circule libremente por el país; y por ende, aquella norma de derecho interno debe ser considerada inconvencional al contravenir los derechos humanos contenidos en los citados dispositivos del Pacto de San José de Costa Rica.

*Consecuentemente, como el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí, en que se apoya el Juez Octavo del Ramo Penal de esta ciudad para decretar la orden de arraigo reclamada, resulta incompatible con los artículo 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo procedente es conceder al quejoso ******, el amparo y la protección de la Justicia Federal que solicita, para el efecto de que la citada autoridad judicial responsable, deje insubsistente dicha resolución y dicte otra en la que determine, por las razones expuestas en esta ejecutoria, que no es procedente decretar la medida precautoria solicitada por el representante social consignador.*

En la inteligencia de que tal concesión debe hacerse extensiva a los actos de ejecución de la orden de arraigo que se atribuyen al Director General de la Policía Ministerial del Estado, dado que no se reclaman por vicios propios, sino que su inconstitucionalidad se hace derivar del acto reclamado a la autoridad ordenadora.

Lo anterior en términos de la jurisprudencia 88, emitida por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 70, del Tomo VI, Materia Común, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, cuyo texto establece:

AUTORIDADES EJECUTORAS. ACTOS DE. NO RECLAMADOS POR VICIOS PROPIOS.- Si la sentencia de amparo considera violatoria de garantías la resolución que ejecutan, igual declaración debe hacerse respecto de los actos de ejecución, si no se reclaman, especialmente vicios de éste.
Por lo expuesto y fundado, se

R E S U E L V E:

*PRIMERO. Se SOBRESEE el juicio de garantías promovido por ********** contra los actos reclamados de los Jueces Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo del Ramo Penal de esta ciudad, del Juez Mixto del Primera Instancia de Santa María del Río, San Luis Potosí, del Agente del Ministerio Público del fuero común investigador de Santa María del Río, San Luis Potosí, del Agente del Ministerio Público del fuero común en Villa de Reyes, San Luis Potosí, y del Director General de Seguridad Pública del Estado, consistentes en las órdenes de aprehensión, arraigo, localización y presentación libradas en contra del quejoso, así como su ejecución; así como del Juez Octavo del Ramo Penal de esta ciudad y del Director General de la Policía Ministerial del Estado, consistentes en las órdenes de aprehensión, localización y presentación giradas en contra del agraviado, así como su ejecución.*
*SEGUNDO. La Justicia de la Unión AMPARA Y PROTEGE a ********** contra los actos que reclama del Juez Octavo del Ramo Penal de esta ciudad y Director General de la Policía Ministerial del Estado, consistentes en la orden de arraigo decretada en contra del quejoso en autos de la averiguación penal número 135/ 11 y su ejecución,*
Notifíquese personalmente.
Así lo resolvió y firma José Luis Cruz Álvarez, Juez Tercero de Distrito en el Estado de San Luis Potosí, quien actúa con la Secretaria Marcela Guadalupe Castro Núñez, que da fe, el trece de octubre del dos mil once, en que lo permitieron las labores de este órgano jurisdiccional. Doy Fe.

VIII. Análisis del caso práctico con el control de convencionalidad.

El caso anterior, sirve perfectamente para ilustrar la importancia que reviste el control de convencionalidad en el contexto del sistema nuevo sistema de justicia penal, acusatorio adversarial y oral derivado de la reforma constitucional de 18 junio de 2008. Como podría pensarse, en un sistema que se precie de ser Democrático y de Derecho, la vigencia y respeto de los derechos fundamentales debe ser una premisa fundamental como valor que debe tutelar el Estado y como principio estructural de instituciones, normas y función de los operadores en cargados de operar en dichos sistemas.

El arraigo de suyo ha sido una figura procesal polémica[37], sobre todo su utilización como técnica de investigación, más que como medida cautelar, -se detiene para investigar… no se investiga para detener-.

Como sabemos la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 contempla, aunque de manera marginal la utilización del arraigo en el décimo primer transitorio al establecer que: “en tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley, podrán solicitar esta medida al juez –de control en el ámbito federal- tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días, estableciendo que esta medida se otorgará siempre que se acredite que sea necesaria para el éxito de la

investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia"[38].

Sin embargo en un entorno Garantista como el que se dice, se ha establecido a partir de la reforma constitucional en comento, la utilización de estas figuras resulta incompatible con la vigencia de derechos fundamentales, por ello vale mucho la pena entender el razonamiento realizado por el juzgador de amparo de emitió la resolución de mérito para entender los alcances del control de convencionalidad aplicado por primera vez en nuestro país en un caso concreto a partir de la reforma de 10 de junio de 2011.

Vamos a realizar un análisis argumentativo de la sentencia de referencia, basándonos en el modelo de Toulmin y complementándolo con una análisis de la técnica hermenéutica de interpretación entre reglas y principios.

Para comenzar, cabe señalar que: "Dentro de la multiplicidad de los autores que se han dedicado a estudiar la argumentación, Toulmin es uno de los más influyentes y, concretamente, su diagrama es un referente constante en la teoría de la argumentación"[39].

El modelo de Toulmin es uno de los modelos de argumentación más utilizados en la actualidad. Para Toulmin la argumentación es la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas.

En este modelo de argumentación se distinguen cuatro elementos:

a) . Es tanto el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en la argumentación; por ejemplo, "X" tiene derecho a recibir la herencia.

b) **Las razones.** Son motivos a favor de la pretensión que sean relevantes y suficientes; son los hechos específicos del caso.

c) **La garantía.** Son reglas, principios, enunciados generales, definiciones o máximas de la experiencia que permiten o autorizan el paso de las razones a la pretensión. Se pueden expresar por medio juicios hipotéticos, esto es, mediante la fórmula "si… entonces…". La diferencia entre razones y garantía es la misma que la que existe entre enunciados de hecho y normas.

La garantía puede estar constituida por máximas de la experiencia, que pueden ser de carácter científico especializado, como las que aportan los peritos; de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; de carácter privado (experiencias corrientes), esto es, derivadas de la experiencia del juez al margen del ejercicio de su profesión. También puede estar constituida por presunciones, que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente, por definiciones o teorías, de origen doctrinal, legal, jurisprudencial.

d) **El respaldo.** Puede expresarse en la forma de proposición categórica sobre hechos. Muestra de qué manera se puede argumentar a partir de tales hechos. Son las normas, las tesis, los principios y los derechos fundamentales. Este modelo es comúnmente utilizado tanto en la elaboración de las sentencias judiciales, así como, como en los alegatos, agravios o conceptos de violación por las partes en el foro judicial.

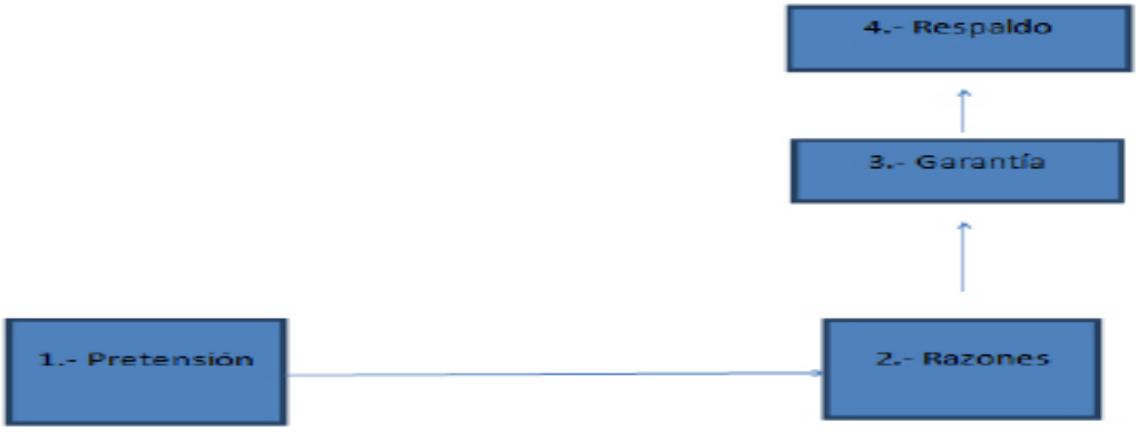
Ejemplo:

Las pruebas ofrecidas por el actor no deben admitirse (pretensión), pues en la especie, el actor no relacionó las pruebas con los hechos controvertidos (razones), debido a que si las partes ofrecen pruebas, entonces deben relacionarlas con los hechos de acuerdo con el principio de pertinencia y relación de la prueba (garantía), esto con fundamento en el artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles del Estado que señala que las

pruebas deben ser ofrecidas relacionándolas con cada uno de los puntos controvertidos (respaldo), no obstante que el recurrente sostenga que sí ofreció las pruebas conforme a la Ley (condiciones de refutación).

De ahí, la importancia de trabajar con los argumentos jurídicos. La argumentación judicial es una técnica para construir premisas normativas y fácticas que justifiquen la solución de un caso jurídico[40].

La diagramación del modelo de Toulmin, de acuerdo con la explicación que antecede sería de la siguiente forma:



En el caso en análisis cada una de las partes que integran el modelo argumentativo aplicado al caso en concreto serían las siguientes:

Pretensión: La Justicia de la Unión debe AMPARAR Y PROTEGER a ********** contra los actos que reclama del Juez Octavo del Ramo Penal de esta ciudad y Director General de la Policía Ministerial del Estado, consistentes en la orden de arraigo decretada en contra del quejoso en autos de la averiguación penal número 135/ 11 y su ejecución.

Razones: El arraigo –como técnica de investigación o providencia precautoria- es incompatible con el contenido de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por el Estado Mexicano.

Garantía: 1.- Principio pro personae tiene dos variantes: a) preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir, de las interpretaciones válidas que estén disponibles para resolver un caso concreto, la que más optimice un derecho fundamental, es decir, cuando amplía el ámbito de los sujetos protegidos por el Derecho o cuando amplía el perímetro material protegido por el Derecho; y, b) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa.

2.- Principio Pacta sunt servanda, previsto en el numeral 26 de la Convención de Viena, se refiere al compromiso de todo Estado de respetar de buena fe no únicamente el texto sino el espíritu del tratado internacional del cual un Estado sea parte; dicho principio lleva implícitas dos cuestiones, por un lado, que los Estados, a través de la celebración de tratados, contraen libremente obligaciones, con el objeto de que éstos sean aplicados

y aquéllas cumplidas y, por otra parte, que el incumplimiento de un Estado Parte de un tratado a las obligaciones contraídas, lo hace incurrir en responsabilidad internacional; esta regla supone que entre estas obligaciones contraídas libremente se encuentra la de que el Estado deberá adecuar su derecho interno a los compromisos internacionales asumidos.

Respaldo: 1.- Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los artículos 7.5, 8 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.- Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

4.- La tesis XI. 1º. A.T.47 K del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, Mayo de 2010, página 1932 del contenido siguiente: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.

De la interpretación jurídica realizada bajo el modelo argumentativo multicitado, se desprende que: La justicia de la Unión debe amparar y proteger a “XXX”, en contra de la orden de arraigo decretada en su contra (PRETENSIÓN), toda vez que esta medida es incompatible con el contenido de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por el Estado Mexicano (RAZONES), lo anterior a la luz de principios como el Pro personae o el de Principio Pacta Sunt Servanda (GARANTÍA), así como lo establecido en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los artículos 7.5, 8 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la resolución y criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos y la tesis XI. 1º. A.T.47 K del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito (RESPALDO) permiten considerar las razones para conceder el amparo solicitado en contra del arraigo solicitado por la autoridad responsable.

Asimismo, se puede inferir que el Juez de Amparo, realizó una ponderación entre “reglas” y “principios” al considerar que, en la especie no bastaba simplemente con deducir las “reglas” establecidas en la legislación nacional –Constitución, Código de Procedimientos Penales de la entidad- para pronunciarse sobre la solicitud de amparo formulada por el quejoso. En su interpretación, el juzgador, tuvo que recurrir a una ponderación del alcance protector de derechos fundamentales que abarcaba la legislación nacional y al encontrar que éste no era suficiente, tuvo que recurrir a la revisión del corpus iuris de diversos instrumentos internacionales en la materia y, por una parte, ampliar el espectro protector de los mismos, a la vez de restringir los alcances de la actuación de la autoridad nacional. De lo anterior, se deriva que en la especie, el juzgador aplicó una pauta hermenéutica basada en la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación y la proyección horizontal de los derechos, para privilegiar la protección de derechos humanos en el caso concreto dando cabida a la aplicación concreta de dichos contenidos (Control de Convencionalidad).

Lo anterior implica que las razones que arguyó el juzgador, no solamente fueron

correctas y válidas, desde el punto de vista argumentativo, si no que requirieron un esfuerzo de interpretación mayor, es decir, se requirió una justificación externa de los alcances que debía darse al razonamiento citado, ya que en la legislación nacional, no se encontraban los elementos suficientes para realizar dicha interpretación.

El arraigo sin duda es una figura polémica, pero lo es más cuando se utiliza en un contexto como el de la investigación, es decir, como medida precautoria, lo cual resulta incompatible con un sistema como el acusatorio que deriva de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008. Sostener que el juez de amparo se extralimitó en sus facultades y que tendría que haberse sujetado a la norma nacional que hacia constitucional el arraigo –el artículo 16 lo contempla tanto en su propio texto como en los transitorios de la reforma- hubiera sido un argumento legal –apegado a las reglas- pero no un argumento que respetara derechos fundamentales, por lo que, desde nuestra perspectiva y en virtud de los comentarios supra citados, las consideraciones realizadas devienen no solamente correctas y válidas, sino suficientes y acordes con un sistema garantista, respetuoso de los derechos fundamentales, sostener lo contrario sería como tratar de seguir convalidando prácticas que pertenecen a otros momentos y consideraciones históricas que son precisamente las que se tratan de superar.

Sin duda se trata de un caso paradigmático que sentará las bases como precedente de futuras resoluciones que impliquen la atención y revisión de casos que impliquen la protección de Derechos Humanos en casos que se susciten bajo la jerarquía normativa nacional, que tenga implicaciones en los derechos fundamentales.

Conclusiones.

1. Durante la primera mitad del siglo XX, la codificación de los derechos humanos presentó una notable y progresiva evolución desde dos ámbitos: El internacional, a partir del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, por otro lado, el interno a través del reconocimiento e inclusión específica de derechos en los textos constitucionales.

2. Una de las características más representativas de la Constitución del Estado Constitucional es su reconocimiento como norma jurídica dotada fuerza normativa, Destacan dos efectos generados de lo anterior: el carácter vinculante del contenido de la constitución hacía las autoridades públicas que conforman los poderes constituidos y, por el otro, la exigibilidad de este cumplimiento a través de la revisión judicial de la constitución.

3. La armonización entre los órdenes internacional e interno se apoyará en la apreciación de que el corpus iuris de los derechos humanos forma parte del orden jurídico interno, a través de la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este proceso se ha dado principalmente a través de dos mecanismos: la inclusión del bloque de constitucionalidad en la constitución y por vía de la jurisprudencia. En este sentido, las normas, principios e interpretaciones del bloque de constitucionalidad, al tener jerarquía constitucional, gozan también de la fuerza vinculante.

4. La existencia de los derechos humanos no depende de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, sin embargo, su eficacia sí, ya que ésta va a ser determinada por

la posibilidad de hacerlos exigibles a través de las garantías que la propia constitución establece para preservar su carácter supremo.

5. Bajo esa lógica, la práctica del control de convencionalidad en su modalidad difusa, -es decir, en el ámbito interno- será más eficaz si parte de la presunción de constitucionalidad y no de la confrontación inicial y directa entre la norma convencional y la legal e incluso constitucional, con propósitos de desplazamiento. De este modo, la interpretación conforme, en sentido amplio y estricto, en términos de la resolución 912/2010 de la SCJN, buscará en primer término la armonización de los ordenamientos y nutrir el contenido de la Constitución con el corpus iuris de los derechos humanos, con el propósito de fortalecer su supremacía. La expulsión y la inaplicación de la norma será el recurso final que posibilita en control de convencionalidad. La aplicación del control de convencionalidad tiene como fin primordial que los órganos del Estado salvaguarden los derechos humanos a través del cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía.

6. Sin duda las reformas constitucionales de 18 de junio de 2008 y de 10 de junio de 2011, marcan un hito en nuestra historia constitucional y tendrán un impacto profundo en nuestro sistema jurídico nacional. Ambas proponen la transformación no sólo normativa, sino institucional y de operación, sobre todo en el ámbito penal en nuestro país, colocándolo en un primer plano internacional en la vanguardia de la protección de los derechos fundamentales.

7. Consideramos que las reformas en comento plantean la superación del Estado Constitucional de Derecho, dando paso a un orden internacional, supra nacional en el ámbito de los Derechos Humanos, situación que ya avizoraba Ferrajoli con el Garantismo Penal.

8. El caso analizado da muestras de la plena vigencia y fuerza que se manifestará en los próximos años de los casos que serán planteados y revisados a la luz del control de convencionalidad, lo que tendrá como consecuencia, una transformación cualitativa del quehacer jurídico, sobre todo jurisdiccional en nuestro país.

9. De igual forma, el análisis del caso en comento, nos muestra la necesidad de generar nuevas pautas argumentativas e interpretativas que permitan hacer el análisis de estos casos y, en su momento la justificación de las razones para hacer el control de convencionalidad, cuando éste resulte necesario a la luz de las características del caso en concreto, así como de los principios en juego y el grado de vulneración de los mismos.

10. Sin duda este es sólo el comienzo de lo que en términos de Radbruch, será sin duda una nueva época jurídica, marcada por la concepción del ser humano hacia la que ésta se orienta.

Fuentes de información.

- ABREGÚ, Martín, et al, La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales; Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1997.
- AGUILÓ, Josep, La constitución del Estado constitucional, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004.
- BRIEBA DE CASTRO, Juan Mateo, El modelo de Stephen E. Toulmin: origen y relación con la argumentación jurídica continental, en Foro, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 2009.
- CARBONELL, Miguel (Ed), Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Madrid, Trotta-UNAM, 2007.
- ----------, Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2006.
- ----------, Control de convencionalidad y efectos de las sentencias, UBIJUS Editorial, México, 2011.
- GARCÍA SILVA, Gerardo, "El arraigo en la Reforma Constitucional", en Revista Defensa Penal, Interpretación y análisis jurídico, Nº 8, Octubre-noviembre, 2008.
- ----------, La Argumentación Jurídica y los Juicios Orales, en Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto Federal de Defensoría Pública, Nº 9, junio, 2010.
- KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, no. 10, enero-junio, 2008.
- MENDOZA MONTES, Miguel, "La lógica en la argumentación judicial", en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N° 19, Poder Judicial de la Federación, México, 2005.
- OROZCO, Victor, La fuerza normativa de la constitución, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2008.
- SALAZAR, Pedro, et al, La reforma constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma. México, UNAM, 2011.
- ----------, La democracia constitucional. Una radiografía teórica, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- UPRIMNY, Rodrigo, "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, volumen I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001.

Notas:

1 SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional. Una radiografía teórica, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
2 AGUILÓ, Josep, La constitución del Estado constitucional, Lima, Palestra, 2004.
3 Véase Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.
4 Véase Artículo 75.22 de la Constitución de la Nación Argentina.
5 La modificación a la cláusula de Supremacía Constitucional, en razón de haber sido superada la anterior ubicación jerárquica de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico, es un ejemplo claro de ello.
6 Por ejemplo, aprender a utilizar técnicas de interpretación y aplicación del derecho que hasta ahora no eran una práctica generalizada.
7 AGUILÓ, Josep, Ob cit, p.50 y ss.
8 GUASTINI, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2006, p.49.
9 OROZCO, Victor, La fuerza normativa de la constitución, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2008, p.25.
10 KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nº. 10, enero-junio 2008, p.11.
11 Artículo 62.1 y 62.3 de la CADH.
12 Artículo 1.1.
13 Artículo 2.
14 Es importante considerar también los demás tratados que integran el corpus iuris interamericano: Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará"; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
15 Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.
16 Voto Concurrente en el Caso Tibi vs Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.
17 Destaca la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.
18 UPRIMNY, Rodrigo, "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, volumen I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001, pp. 112 y ss.
19 Voto razonado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú. párrafo 3.
20 CARBONELL, Miguel, Presentación "El neoconstitucionalismo en su laberinto", en Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Madrid, Trotta-UNAM, 2007, p.10.
21 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en SALAZAR, Pedro, et al, La reforma constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma. México, UNAM, 2011, p. 358.
22 PINTO, Mónica: "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos"; en La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales; Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Editorial Del Puerto, 1997, pág. 163.
23 "339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia

que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C Nº 209, párr. 339.

24 "Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad". Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, Diario Oficial de la Federación, 4 de octubre 2011, párr. 22 A.

25 "29. Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia". Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, Diario Oficial de la Federación, 4 de octubre 2011, párr. 29.

26 "32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación". Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, Diario Oficial de la Federación, 4 de octubre 2011, párr. 32.

27 Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, Diario Oficial de la Federación, 4 de octubre 2011, párr. 33.

28 "35. Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas." Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, Diario Oficial de la Federación, 4 de octubre 2011, párr. 35.

Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente.

30 En el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. participó como Juez Ad hoc el jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien emitió un voto razonado en el que da cuenta puntual del desarrollo del estándar del control de convencionalidad y que aquí seguimos. Véase del párrafo 13 en adelante.

31 Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C Nº 75, párr.41.

32 Ibidem, párr.42.

33 Supra, nota 19.

34 Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C, núm. 213, párr. 208, nota 307. Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 311. Caso Fernández Ortega y otros vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párr. 234. Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 219. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1o. de septiembre de 2010, serie C, núm. 217, párr. 202. Caso Vélez Loor vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párr. 287. Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 106.
35 Código modelo de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia.
36 La iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales que a la fecha de este artículo –julio de 2012- aún no ha sido aprobada por ni por la Cámara de Diputados ni la de Senadores.
37 Véase García Silva, Gerardo, “El arraigo en la Reforma Constitucional”, en Revista Defensa Penal, Interpretación y análisis jurídico, Nº 8, Octubre-noviembre, 2008.
38 Sobre el particular vale la pena considerar si se está realizando un uso adecuado de esta medida o se está abusando de la misma. En relación con lo anterior véase la nota del periódico Excelsior “La PGR explota el uso de arraigos”, en la que se señala: Información de la dependencia señala que solicitaron mil 720 veces el recurso en 2008 y liberaron a 185 personas. La figura jurídica del arraigo se ha convertido en la principal herramienta de la Procuraduría General de la República (PGR) en el combate a la delincuencia organizada y narcotráfico. […] durante el último año incrementó 747% el número de solicitudes para privar de manera temporal a una persona mientras se realiza una investigación en su contra. Dirección electrónica: http://www.exonline.com.mx/diario/noticia/primera/pulsonacional/la_pgr_explota_el_uso_de_arraigos/510107, fecha de consulta (26/02/09).
39 Véase: El modelo de Stephen E. Toulmin: origen y relación con la argumentación jurídica continental, Juan Mateo Brieba De Castro, en Foro, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 2009.
40 Mendoza Montes, Miguel, “La lógica en la argumentación judicial”, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N° 19, Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 134, citado en “La Argumentación Jurídica y los Juicios Orales”, Gerardo García Silva, Publicado en Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto Federal de Defensoría Pública, Nº 9, junio, 2010.

NOMBRE DE PILA Y APELLIDO EN DERECHO COMUNITARIO

*Stefania Stefanelli**

SUMMARIO:

1. La elección del nombre de pila y del apellido de sus hijos en la jurisprudencia italiana y europea – 2. La atribución del nombre – 3. Derecho al apellido y elección por parte de los padres del nombre – 4. Elección del apellido, potestad y responsabilidad de los padres – 5. Status personales y definición de familia en el derecho comunitario.

* Investigadora de Derecho Privado en la Universidad de Perugia

1. La elección del nombre de pila y del apellido de los hijos en la jurisprudencia italiana y europea

La imposición del nombre de pila y la transmisión del apellido a los hijos son asuntos a los que se aplica, tradicionalmente, la legislación interna de cada Estado, y puede parecer extraño que se discuta de esto en los Tribunales Europeos de Justicia y de Derechos Humanos. Mayor sería la sorpresa del jurista de formación clásica, al conocer que hay sentencias incluso sobre el reconocimiento del permiso de residencia al ciudadano extranjero, que penalizan la negación estatal en función de la tutela de un status de huella comunitaria, mediada por el vínculo familiar o incluso por eso del cuidado espontáneo, a pesar de la ausencia parental.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recibido varias veces demanda de tutela por los padres contra la prohibición del Estado de inscribir el nombre que eligieron para sus hijos, afirmando que violaba el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, es decir lamentando la intromisión del Estado, en desprecio del derecho a la tutela de la vida privada y familiar del nacido.

Solo en el caso Johansson c. Finlandia reconoció la violación del precepto de tutela de la vida privada y familiar por negar la inscripción del nombre Axl, mientras rechazó las mismas peticiones en los casos Guillot c. Francia (Fleur-de-Marie), Salonen c. Finlandia (Ainut Vain Marjaana), Baylac-Ferre et Suarez c. Francia (Martì)[1]

Al contrario, a menudo fue aceptada la petición de aquellos que censuraban, desde el mismo punto de vista, el rechazo de los Estados a rectificar el nombre atribuido según las disposiciones de un Estado y erróneamente transcrito en los registros civiles de otro, también en circunstancias que no implican ningún elemento de internacionalidad[2]. No faltan sin embargo casos en los que se consideran justificadas las restricciones para tutelar un objetivo legítimo, como por ejemplo la conservación de la lengua y de la democracia del Estado[3].

Más incisiva es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE que se ha formado en contraste con el Tratado de las disposiciones o de las prácticas nacionales que, aunque sea posible aplicarlas sin distinción de nacionalidad, constituyen un obstáculo a las libertades fundamentales, como en el caso de las dificultades y de las incomodidades que por la alteración del nombre se causan al ciudadano, al que se impide el pleno ejercicio de la libertad de circulación dentro de la Unión y del derecho de residencia[4].

En particular, el caso en que el nombre reclamado no se utilice con eficacia jurídica en las relaciones de la vida social sería, según el Tribunal de Estrasburgo, una «situación de hecho […] adecuada para reducir el daño o solamente la incomodidad del interesado que tiene que llevar oficiosamente un nombre diferente»[5]. En efecto el Tribunal había obligado a la demandante a demostrar las dificultades considerables que había encontrado en función de la ley vigente en Letonia, que imponía la adaptación gráfica a la pronunciación del apellido que contenga letras que no encuentran correspondencias fonéticas en el alfabeto letón, como en el caso de «tz» contenido en el apellido alemán Mentzen trasformado en «c», que expresa un valor fonético equivalente.

Al contrario, en consideración de la importancia de la libertad de circulación, el Tribunal de Justicia llamado a juzgar la transliteración desde el alfabeto griego hacia el alemán del

nombre Christos Konstantidinis, antes inscrito como Christos Konstadinidis y luego como Hréstos Kónstantinides, aplicando en práctica el estándar ISO-18, en vigor en Grecia y Alemania con base en el Convenio de Berna del 13 de septiembre de 1973, considera que la solución elegida por la autoridad alemana viola el derecho de residencia, porque se trata de un profesional griego que trabajaba como masajista en Alemania, y considera abstractamente integrado el riesgo de confusión, que deriva del hecho que el nombre del interesado es diferente si la pronunciación es la suya o de un hablante alemán.

Es evidente que los ordenamientos en los que obran los dos tribunales tienen diferentes bases jurídicas y un diverso nivel de integración, a pesar de eso el desacuerdo entre los dos parece más bien consecuencia de la peculiaridad de los casos[6] juzgados, especialmente porqué el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos pone en evidencia que el pasaporte de la señora Mentzen tiene la versión original del apellido y la define equivalente a la versión adaptada.

Por esta razón, el Tribunal Constitucional nacional, había considerado ilegítima la norma que ponía esta indicación en la página 14, sosteniendo que deberían de haberla inscrito en una página cercana a la página 3, página que contiene los datos identificativos del titular. El legislador ha acogido estas indicaciones y las del Tribunal de Estrasburgo en un reglamento que establece la inscripción en la página 4 de la antedicha cláusula de equivalencia.

De esta manera, libertad de circulación del ciudadano y derecho fundamental al nombre se revelan factores de corrección que pueden imponer el reconocimiento de status o situaciones personales, cuando la falta de reconocimiento de un status válido en un Estado cree un obstáculo a la libertad de circulación del ciudadano en la Unión, y precisamente la referencia al artículo 8 del Convenio EDH funda la consideración de la menor facultad del Estado de imponer limitaciones al cambio del apellido «en el diferente contexto de la ciudadanía de la Unión europea» en las conclusiones del Abogado general del caso Garcia Avello.[7]

Un fenómeno de «fertilización» recíproca entre derechos fundamentales y libertad de circulación, que ha llevado al Tribunal de Justicia a tutelar la unidad familiar de los ciudadanos de la Unión, porque realiza la libertad de circulación y residencia[8], y a considerar una «posible limitación de la competencia del Estado en materia de individuación de los presupuestos para el reconocimiento del permiso de residencia y trabajo a ciudadanos de otros Estados[9], en una circunstancia carente de elementos de conexión con el derecho de la Unión, ya que no existía cualquiera circulación entre estados.

Se trata del caso de cónyuges colombianos domiciliados en Bélgica irregularmente, padres de hijos que tienen la ciudadanía belga según el Code de la nationalité belge, art. 10, párrafo 1, que demuestran poseer los medios suficientes para sustentarlos: sin ninguna referencia a la jurisprudencia del Tribunal EDH, aunque haya sido mencionado por las partes y en las conclusiones del Abogado General, el Tribunal de Justicia basa su decisión en el art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, determinando que la tutela de la efectiva utilización de los derechos conexos al status de ciudadano europeo obstaculiza el rechazo del reconocimiento del permiso de residencia al ciudadano de un tercer país, que asista los hijos menores ciudadanos del Unión, porque de esta manera obligaría a los menores a «abandonar el territorio de la Unión para seguir a sus padres»[10].

La sentencia llevó al ministro de justicia irlandés a ordenar un nuevo examen de los casos pendientes ante los tribunales del Estado, atribuibles a dicho modelo, demostrando la importancia de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Con respecto a la competencia estatal en materia de atribución del permiso de residencia, unánimemente la materia es considerada prerrogativa de cada Estado sobre cada medida que se refiera a «aspectos del derecho de familia con implicaciones supranacionales» ex art. 81, párrafo 3, TFUE, testimonio de la aversión de los Estados a renunciar a su soberanía bajo este perfil.

Paralelamente, el Tribunal EDH enseñaba que los artículos 8 y 14 del Convenio obstaculizan el rechazo de la autoridad nacional de añadir el apellido materno o uno diferente del elegido como nombre de familia, puesto que el principio de la unidad de la familia se puede realizar también de manera diversa que transmitiendo un único apellido[11], aunque tendríamos que analizar atentamente las razones de interés público estatal en limitar los nombres compuestos, sin embargo utilizados en las relaciones sociales[12].

Aunque no falten sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, contrarias a la ilegitimidad de la norma de atribución automática del solo apellido paterno a los hijos matrimoniales, la primera sección del Tribunal de Casación ha nuevamente enviado al primer presidente la cuestión «si se puede adoptar una interpretación de la norma de sistema orientada hacia la constitución o bien – si se considera que esa solución exceda los límites de la actividad interpretativa – se pueda remitir nuevamente la cuestión al Tribunal Constitucional», en consideración de la interpretación del Tribunal de Estrasburgo, acogiendo como criterio de legitimidad el artículo 117, párrafo 1, Cost, con el presupuesto que, «con la ratificación del Tratado de Lisboa, en la L. 2 agosto 2008, n.130, se debería abrir camino a la aplicación directa de las normas del mismo tratado y de aquellas a las que el tratado se remite y, en cualquier caso, al control de constitucionalidad que, también en las relaciones entre derecho interno y derecho comunitario, no se puede excluir: a) cuando la ley interna impida o perjudica el continuo acatamiento de los tratados de la comunidad en consideración del sistema o del núcleo esencial de sus principios, b) cuando se ponga de relieve el límite del respeto de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y de los derechos inalienables de la persona, c) cuando se identifique un conflicto entre norma interna y disposición comunitaria sin efecto directo»[13]. La renuncia a la acción, de parte de los demandantes, ha dado lugar a una resolución, excluyendo, por el momento, un estatuto de las Secciones Unidas, esperada por muchas partes como una verdadera revolución que habría podido adaptar, finalmente, el ordenamiento italiano al sentido común y al Convenio EDH.

2. La atribución del prenombre

El nombre, compuesto de prenombre y apellido, de la persona humana es objeto de tutela del ordenamiento interno y comunitario en cuanto eje de la identidad personal, que se constituye en torno a este signo identificativo con el tiempo, en las relaciones sociales[14].

Así, a la elección del nombre no es atribuible la misma tutela, porque precede, incluso a nivel temporal, la formación de esa identidad, y constituye un ejercicio de la potestad

– o mejor de la responsabilidad[15] – de los padres[16], sostenido por el canon del acuerdo paritario y sobre todo por el canon del interés del menor que iguala el poder discrecional de los padres al del sujeto pasivo de una obligación, que tiene como resultado la cura del menor[17].

Así se habría podido resolver la cuestión sobre la legitimidad de la disposición judicial de rectificación del nombre "venerdì" elegido por los padres de un niño nacido en Génova en el 2006, porque fue considerado ridículo o vergonzoso, y por eso prohibido por el art. 34, 1° párrafo, D.P.R. 396/2000 del ordenamiento del estado civil[18].

La norma, excluyendo el rechazo de registro que estaba contemplado antes, obliga al oficial mayor a quien se dirijan los padres para declarar el nacimiento de un niño a quien quieren imponer un nombre que viole la prohibición, a informar inmediatamente al fiscal, para que decida de promover en el Tribunal competente el juicio de rectificación ex art. 95 D.P.R. 396/2000[19].

En el caso específico, el primero en llegar al examen de nuestro Tribunal Supremo, el Tribunal de Génova rectificaba el nombre cambiándolo en Gregorio (nombre del santo del día de nacimiento del niño), con decreto ratificado por el Tribunal de Apelación que decía como "la singular relevancia del nombre, en cuanto primer elemento connotativo del individuo en su proyección social, a través de su comunicación en cada contacto cognoscitivo y relacional, habría acentuado el carácter ridículo y susceptible de ironía y afrenta, propio del nombre elegido, con un gran daño a la persona", además porque existe un único caso de atribución de ese nombre a una persona, en la novela Robinson Crusoe de Daniel Defoe, que hace pensar a un ser humano no civilizado, caracterizado por la sujeción y por la inferioridad[20].

El Tribunal Supremo no analizó la disputa de mérito, rechazando el recurso en cuanto inadmisible, debido a la ausencia de la cuestión de derecho necesario (ex art. 360 bis c.p.c.), y por la falta de indicación del hecho controvertido en la formulación de los motivos de impugnación.

Más recientemente el Tribunal de Novara[21], en aplicación del art. 6 c.c., interpretado según el art. 2 Cost., consideró que «el nombre no ejerce más, o por lo menos no en exclusiva, la función de identificación de la persona en el derecho público, pero que, al contrario, éste sea expresión del inviolable derecho de la personalidad de quien lo lleva, más precisamente que sea el primer baluarte – cronológicamente hablando – del derecho "de ser sí mismos",» y que en cuanto tal, «se debe tutelar desde el momento inicial, genético y formativo, de la elección y de la imposición del nombre al niño. Se trata de una elección que ciertamente corresponde ante todo a los padres, que pueden elegir con la máxima libertad el nombre de los hijos, considerando, sin embargo, que los efectos de la decisión caerán sobre los hijos. Consecuentemente al criterio de un juicio ex ante, y por el id quod plerumque accidit, en relación con el contexto socio-ambiental de vida de la familia, los padres deberán evitar los nombres que, en un futuro más o menos lejano, podrían provocar relevante molestia, o perjuicio, al hijo».

Los límites marcados por el art. 34 D.P.R. n. 196/2000 no están relacionados con una aspiración de derecho público, sino con la tutela de la personalidad del individuo, y por eso se consideran de estricta interpretación, hasta calificar «como totalmente excepcionales los conceptos de ridículo y de vergonzoso que, además, son extremamente vagos» y

concluyendo que «el adjetivo "ridículo" se considera en una acepción exclusivamente negativa, es decir como susceptible de escarnio, "que puede volver el sujeto en el hazmerreir de la pandilla", no se puede simplemente asimilar al sentido, de por sí neutro, de nombre curioso, o singular o inusual».

La doctrina es acorde, con referencia a la formulación del texto único del estado civil antes de la reforma[22], que, sobre el nombre "venerdì" escribe: «El nombre ridículo y también el vergonzoso, no es solo el curioso o extraño, sino el nombre inaceptable en cuanto tal, que provoca escarnio y desprecio, y por lo tanto – en último término – origina deshonor o desaprobación, precisamente vergüenza. […] La prohibición, en último término, se refiere exclusivamente a los nombres que pueden ofender directamente, provocar el escarnio y el desprecio de los socios, y el desaliento y el tendencial aniquilamiento de la personalidad de quien lo lleve»[23].

Coherente es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación a los límites de la potestad pública de interferir en la elección del nombre impuesto al menor por los padres, que es defendida a razón del respeto de la vida privada y familiar por el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales[24].

Antes[25], el Tribunal de Estrasburgo ha considerado oportuno el rechazo de las autoridades administrativas francesas de inscribir una niña con el nombre de "Fleur-de-Marie", porque no existía en ningún calendario, sino evocaba el personaje de Eugène Sue en "Los Misterios de París".

El tribunale de grande instance de Nanterre rechazó el recurso de los padres, admitiendo sólo los dos nombres "Fleur Marie", ya reconocidos por la ley francesa[26]; la Cour d'appel de Versailles ratificó la decisión, como la Cour de Cassation, porque el nombre, demasiado excéntrico, habría podido perjudicar a la menor.

Principio fundamental de la decisión es el interés del menor a no llevar un nombre ridículo[27], y el Tribunal EDH concluye apoyando la legítima limitación de la autoridad de los padres para decidir, también porque no se consideraría violación de la vida privada aunque la niña lleve habitualmente el nombre controvertido, la autoridad estatal ha encontrado la lógica solución, en el interés de la menor, de eliminar el pronombre "de", aceptando la petición subordinada de los padres de inscribir el nombre "Fleur-Marie"[28].

En el examen que la Comisión condujo, en el año de adhesión de Finlandia a la Unión Europea, en la controversia entre los Salonen y su Estado[29], por el rechazo de registro del nombre "Ainut Vain Marjaana" (la única y sola Marjaana), la decisión (confirmatoria del rechazo) fue inspirada por la protección del niño con respecto al posible perjuicio causado por un nombre que otros consideran improcedente.

Diferente la suerte de la causa iniciada por los cónyuges Johansson contra el mismo Estado[30], contra el rechazo de inscribir a su hijo con el nombre "Axl" porque no es utilizado y por lo tanto contrario al Names Act de 1985 sección 32 b, subsección. 2 (1) e 3 (2), modificado dal Act n. 253/1991.

El Tribunal EDH, aunque el nombre fuera insólito y poco utilizado, consideró que el interés público no pudiera justificar la anulación de la autoridad de los padres para elegir el nombre, garantizada en cuanto aspecto de la vida privada de los demandantes, y la diferencia con los casos más remotos es que el nombre elegido ya haya sido inscrito, en los casos de otras personas, en Finlandia.

Es relevante notar que la motivación es estrictamente vinculada al argumento de defensa propuesto por el gobierno, que, considerando la escasa población, afirmaba la necesitad de limitar la elección de nombres extranjeros (o con grafía extranjera), para defender su identidad lingüística: sin embargo, el nombre Axl "was not ridiculous or whimsical, not was it likely to prejudice the child"... "and it was also pronounceable in the finnish language and used in some other countries".

Recientemente, en una nueva ocasión[31], el Tribunal EDH ha censurado la violación del art. 8 del Convenio, en relación a la legislación turca, corroborando que el margen del juicio, reconocido a los Estados en el ejercicio de su potestad, exclusiva, de reglamentar esta materia[32], se entiende en el sentido que las restricciones legales a la autoridad de cambio (o de elección) de un nombre son admisibles solo en el caso que sean de interés público: "por ejemplo, para garantizar un correcto registro de la población o para proteger a los medios de identificación personal o para relacionar a una familia todo los que llevan un cierto nombre". El gobierno turco no adujo estos asuntos y fundó el rechazo de corregir el nombre inscrito por un cambio en los registros de estado civil en 1989 (Gözel, mientras que la demandante pedía el cambio en Güzel, nombre de origen dialectal kurda con el cual la inscribieron en 1993, y siempre la habían llamado, aduciendo una falta ortográfica de transcripción) solo porque este último no figuraba en el diccionario turco.

La decisión recuerda, entre los precedentes, el caso Stjerna contra Finlandia[33], en que se negaba la posibilidad de cambiar el apellido (Stjerna) en otro, del cual el primero era una abreviación (Tawastastjerna), de antiguo origen sueco, que también los antepasados del demandante habrían querido llevar, sufriendo la injusticia de tener que llevar la mitad del nombre original de familia, aduciendo también dificultades ortográficas y de pronunciación. El demandante afirmaba que el rechazo de las autoridades finlandesas, no fuera justificado por la protección de los miembros de la familia Tawastatstjerna, ni por la necesidad de registro de la población, y que por lo tanto la legislación interna fuera excesivamente protectora con los apellidos en uso.

El Tribunal EDH, notando que el último antepasado a llevar el apellido completo vivió más de doscientos años antes del demandante, y que las mismas dificultades ortográficas y de pronunciación podían interesar el apellido reclamado, concluía rechazando el recurso y afirmando que "las autoridades nacionales son, por principio, más adecuadas para juzgar el nivel de incomodidad al utilizo de un apellido antes que otro en su propia nación".

Aunque había explicado, interpretando el art. 8, que "tout en reconnaissant donc qu'il peut exister de véritables raisons amenant un individu à désirer changer de nom, la Cour admet que des restrictions légales à pareille possibilité puissent se justifier dans l'intérêt public; par exemple, afin d'assurer un enregistrement exact de la population ou de sauvegarder les moyens d'une identification personnelle et de relier à une famille les porteurs d'un nom donné", el TEDH concluye así, formulando un principio de derecho que es tan simple en la enunciación como es difícil reconocer "las razones suficientes para llevar el Tribunal a decidir en manera diferente de las autoridades" estatales.

3. Derecho al nombre y elección por parte de los padres del prenombre

El nombre, en el sentido de unión de prenombre y apellido, es tutelado como derecho fundamental por el art. 2 Cost., constituyendo una de las principales manifestaciones del derecho a la identidad personal, en cuanto connota el individuo en las relaciones sociales, desde el primer encuentro con los demás[34]. Esto es el resultado de la evolución[35] desde una interpretación «publicista», en que el nombre es importante en cuanto instrumento de identificación de asociados, hasta una «social», que evidencia en el nombre la adhesión a la familia, hasta llegar con una famosa decisión constitucional al reconocimiento de su «función de instrumento identificativo de la persona que, en cuanto tal, constituye parte esencial e irrenunciable de la personalidad»[36].

Según el art. 22 Cost., está además prohibido privar a la persona de su nombre por razones políticas, ya sea italiano o extranjero.

La tutela que ofrece el art. 2 del Código Civil, en combinación con el art. 8, se realiza en la acción de daño por la usurpación del propio nombre por otras personas, en la reclamación, y en la objeción contra quien impugne el uso[37]; se une la tutela penal que se realiza con el imputación del delito de sustitución de persona, art. 494 c.p., que puede integrarse, por ejemplo, aún por medio de la apertura de una cuenta de correo electrónico utilizando los datos de otra persona existente[38]; también es relevante la disciplina de los artículos 495 (declaración falsa ante un funcionario público sobre la identidad o sobre características propias o de otros) y 495 c.p. (declaración falsa sobre la identidad o sobre características propias o de otros, texto modificado con la ley 125 del 24 septiembre 2008, asì llamado decreto sicurezza)[39].

Se puede deducir la ajenidad al contenido del derecho al nombre de los modos con que se atribuye a cada individuo: el prenombre por lo general es expresión de la elección de los padres, en el ejercicio concorde e igualitario de la potestad y excepcionalmente del oficial mayor, en el caso que se dé parte del nacimiento del niño como hijo de padres no conocidos (art. 38 del Ordenamiento del estado civil, aprobado con D.P.R. 3 noviembre 2000, n. 396). Dentro de los límites de este escrito, en las conclusiones se volverá a ahondar las interesantes y actuales cuestiones sobre la atribución del apellido en Italia, en consideración de la norma consuetudinaria por la cual a los hijos legítimos se transmite solo el apellido paterno, como ocurre con los hijos naturales reconocidos contemporáneamente por los dos padres según el art. 262 c.c. [40], en consideración de la peculiar atención de nuestra jurisprudencia al contenido preceptivo del art. 8 del Tribunal EDH, muchas veces considerado parámetro de legitimidad de las legislaciones estatales que – como la italiana – excluyen cualquier elección de los padres sobre la transmisión del apellido.

Las fuentes internacionales reconocen la misma importancia al nombre en cuanto derecho fundamental de la persona[41]. Entre las fuentes supranacionales se destacan el art. 3 de la Declaración de los derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, según la cual el niño tiene “derecho a un nombre”, y a una nacionalidad, “desde su nacimiento”, el art. 24 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, según el cual todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre, y la análoga previsión del art. 7

de la Convención ONU de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, que en el art. 8 c) compromete a los Estados a «respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas».

Múltiples pactos internacionales, concluidos ante la Comisión internacional del Estado Civil, regulan este tema: el Convenio de Estambul relativo a los cambios de apellidos y de nombres de 4 septiembre de 1958[42], el Convenio firmado en Berna el 13 de noviembre de 1973, relativo a la indicación de nombre y apellidos en los registros civiles, el Convenio celebrado en Munich el 5 de septiembre de 1980 sobre la ley aplicable a los nombres y los apellidos[43], el Convenio firmado en La Haya el 8 de septiembre de 1982, relativo a la expedición de un certificado de diversidad de apellidos[44], el Convenio de Antalya de 16 de septiembre de 2005 sobre el reconocimiento de los nombres[45].

En cuanto a los criterios de elección del nombre impuesto al niño, se destaca el art. 34 D.P.R. 396/2000, que reglamenta "las limitaciones a la atribución del nombre", parcialmente innovador con respecto de la norma en vigor anteriormente, art. 72 R.D. de 9 de julio 1939, n. 1238 del Ordenamiento del estado civil[46].

En cuanto ya no esté en vigor la prohibición de utilizar nombres geográficos, que además se había atenuado en caso de nombres bastante difundidos (Italia, y Asia también, aunque en este caso se pueda referirse a una antigua divinidad de los Getas, un pueblo prerromano que vivía en Dacia), el procedimiento usual con que se interpreta el primer párrafo acepta que al hijo se imponga el nombre del padre, con el atributo "junior" [47], que se añadiría al propio nombre como nuevo elemento onomástico, para diferenciarlo del nombre del padre viviente.

Todavía existen cuestiones sobre la posibilidad de imponer a las niñas nombres que en Italia tienen connotación sólo masculina, pero valor femenino en otros Estados. Los casos más recientes sobre esta materia se resolvieron de manera coherente en los Tribunales de Catanzaro[48] y de Varese[49].

El primero concernía una niña nacida en Francia de padres italianos, que le habían impuesto el nombre "Andrea", y lo había iniciado la fiscalía competente con una instancia de rectificación según el art. 100 D.P.R. 396/2000, dada la diferencia entre la partida de nacimiento y la realidad natural y jurídica, ya que se alteraba el estado de la persona.

El tribunal de Catanzaro evidencia en la norma un balance entre el interés de los padres a elegir el nombre de los hijos y el interés público de la certeza de las relaciones jurídicas y de la identificación de las personas, realizado a través de la admisibilidad de nombres con valor equivoco, en cuanto al sexo, si están precedidos por un nombre primario con valor unívoco (p.e. Giovanni Maria). Al contrario excluye la posibilidad de soslayar el veto del art. 35 a través de la referencia a un nombre extranjero, en cuanto «el valor del nombre se evalúa en relación con la tradición italiana y en el respeto de la misma. Esto significa que al menor italiano no se puede atribuir un nombre extranjero que, en Italia, no identifique la sexualidad de manera correcta».

Sigue la remisión a la circular del Ministerio del Interior de 11 de junio de 2007, que ha confirmado que el nombre "Andrea" en Italia tiene valor masculino, siendo "Andreina" la forma femenina, y que por lo tanto se puede utilizar sólo cuando lo precede un elemento onomástico que es ciertamente femenino (p.e. Francesca Andrea). Cuando, en cambio,

la menor tuviera solo la nacionalidad del país extranjero a cuyo léxico pertenece el nombre elegido, sí aplicaría la ley del Estado de nacimiento ex art. 24 l. 218/1995 de derecho internacional privado, en cuanto ley nacional del sujeto[50].

Si, por fin, hubiera el caso de una doble nacionalidad, una de ellas italiana, según el art.19, n.2, l. 218/1995, prevalecería la ley italiana, incluso cuando la persona tenga un vínculo predominante con el Estado extranjero.

El Tribunal de Varese en cambio se ocupa del recurso, de nuevo presentado por la fiscalía con una instancia del oficial mayor, relativo a una niña llamada "Andrea Sara" y lo resuelve aplicando los art. 34 y 35 co. 1, de los que, en su opinión, surge «claramente la prohibición de atribuir a un niño de sexo masculino un nombre de mujer o a una niña de sexo femenino un nombre de hombre. Porque esto significaría violar las dos normas, en cuanto, en casos como este, se expondría la identidad de la persona al escarnio».

Se nota que en la combinación de estas disposiciones prevalece el interés público sobre la certeza de las relaciones jurídicas y de la identificación de las persona con respecto a la libertad de elección del nombre por los padres, que «no reprime el derecho de los padres sino que lo condiciona. Por lo tanto es posible adoptar un nombre que tenga valor equívoco (en cuanto al sexo), pero si lo precede un nombre, primario, que refleja el sexo del menor».

Sigue la remisión a la misma circular, pero el juez lombardo cree que no se diferencia el caso de la doble nacionalidad italiana y extranjera, puesto que «las limitaciones no se aplican cuando el niño adquiera la nacionalidad del País de procedencia. En este caso, en actuación de la norma en materia de derecho internacional privado (Ley n. 218/1995) se aplica la Ley del País de nacimiento, puesto que explícitamente el art. 24 l. cit. dispone que los derechos de la personalidad, incluso el derecho al nombre, son reglados por las leyes nacionales del sujeto».

Defiende, sin embargo, el precedente del Tribunal de Catanzaro respecto a las objeciones de los autores que habían considerado que el nombre Andrea ya se utiliza de manera ambigua en Italia[51], afirmando que es precisamente el valor de la certeza en los comercios privados a imponer la utilización de las formas masculina Andrea/femenina Andreina: «en toda materia contractual, en los negocios, en los comercios y en todas relaciones en que se utiliza solo el dato anagráfico, la garantía está en peligro cuando se utilice solo el nombre Andrea que, aunque haya una tradición evolutiva, ahora mantiene una connotación masculina».

Entonces dispone la rectificación del nombre en "Sara Andrea".

El juez además defiende la circular respecto a las sospechas de violación del art. 8 del Convenio EDH destacando el «gran poder discrecional» reconocido por las autoridades nacionales «en la aplicación caso por caso de la ley sobre los nombres», que se puede realizar con la imposición de limitaciones en la atribución del nombre en consideración del riesgo de perjuicio que el nombre ridículo puede causar al menor, por tanto «ciertamente no hay una ruptura con el art. 8 cit. cuando, en cualquier caso, se consienta el nombre con la anteposición de un onomástico diferente para alcanzar las finalidades públicas».

La remisión al «derecho comunitario» no especificado se resuelve estableciendo que «si otros Estados no permiten la utilización de Andrea como nombre masculino, no se explica porqué en Italia no se debería prohibir como nombre femenino», considerando

en cualquier caso la limitada competencia comunitaria en materia de Derechos de la personalidad».

No faltan, sin embargo, sentencias de sentido diametralmente opuesto, que admiten el nombre Andrea para las niñas, en obediencia al principio de libre elección de nombres extranjeros[52], que se oponen a las sentencias que lo prohíben en cualquier caso, por la coexistencia de un idéntico nombre italiano con valor masculino, y a la orientación intermedia que, con referencia a ciertos territorios y a la multietnicidad de la sociedad moderna, lo consiente para las niñas, cuando sea integrado con otro nombre que ciertamente corresponde al sexo femenino[53].

Los Tribunales de Catanzaro y de Varese consideran importante el multiculturalismo social, el uso como femenino del nombre en otros países, el riesgo que un rechazo pueda producir un fenómeno de discriminación inversa, cuando el ciudadano italiano resida en un Estado donde el nombre se use solo como femenino, e introducen una "cláusula de revisión" de su orientación, en el caso de «una evolución de la tradición italiana en materia de nombres».

Entonces parece posible esbozar un mínimo principio de derecho compartido: «no se permite a los padres violar el "contenido mínimo" del derecho al nombre que […] pasa por tres principios fundamentales: a) el nombre no debe exponer el menor al ridículo y a la vergüenza; b) el nombre debe reflejar el sexo del menor; c) el nombre debe perseguir el objetivo de realizar el derecho a la identidad personal del menor»[54].

El juez calabrés funda las limitaciones que las legislaciones estatales pueden imponer a la potestad de los padres el art. 7, párrafo I, de la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño adoptada el 20 de noviembre de 1989, y analiza los datos estadísticos sobre la difusión del nombre "Andrea" en Italia, de la que deriva la costumbre de asociarlo al sexo masculino. Al final decide por la rectificación del nombre, conservando el que, en espera de juicio, se ha vuelto en un signo distintivo de la niña, y anteponiendo el nombre, ciertamente femenino, de "Giulia".

Singular y opinable es el método con que se llega a la elección.

En la ausencia de un criterio deducible en los artículos 35 y 36 D.P.R. 396/2000, el Tribunal calabrés excluye la determinación de oficio, considerando que la remisión a los artículos 737 ss. c.p.c. hecho por el art. 96, párrafo III, D.P.R. 396/2000 solo en el caso que sean compatibles, no permita la injerencia judicial en los derechos fundamentales del menor sin comprometerlo, utilizando el art. 8 de la mencionada Convención de Nueva York, por el cual "los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas." El siguiente art. 12 dispone además que "Los Estados partes garantizarán al niño, que este en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional".

A causa de la representación de los padres de la menor, tendrían que ser los padres a elegir el nombre que se añade al elegido originariamente, pero el Tribunal recuerda

cómo el art. 7 de la antedicha Convención impone a la autoridad judicial de actuar con prontitud, evitando todo inútil retraso y acogiéndose de procedimientos que aseguren una rápida ejecución de su decisiones.

Por lo tanto elige el tercer nombre de mujer más común en Italia, según los datos difundidos por el Instituto Central de Estadística (Giulia) como nombre antepuesto, provisionalmente, al elegido para la niña, modificación que se convertirá en definitiva tras el término de treinta días desde hace la notificación del decreto a los padres, con la advertencia a ellos de la facultad de indicar un nombre diferente para la anteposición.

La singularidad de la pronunciación es evidente: si, por un lado, la elección del tercer nombre más común en vez del primero podría utilizarse para impugnar la sanción, hay también que relevar cómo la atención a las fuentes supranacionales ha llevado a un juicio sin duda digno del interés de la menor, tanto exhaustivo que comprende datos estadísticos además de lingüísticos, y que se ha resuelto en una sentencia inherente al principio fundamental de tutela del sujeto más débil que es el grande protagonista del caso.

4. Elección del apellido, potestad y responsabilidad de los padres

Nace una duda fundamental: ¿la imposición del nombre es un derecho de la libertad de los padres o es parte de su responsabilidad[55]? En la prohibición de la privación del nombre por motivos políticos, art. 22 Cost., se deduce el principio general de respeto del prenombre (y del apellido) elegido para la persona, con tendencial prohibición de injerencias de la autoridad de otros[56].

Pero la regla fundamental establecida por el art. 2 Cost., justifica (e impone) la intervención para fomentar la persona que lleva aquel nombre, también removiendo el obstáculo que la elección por parte de los padres pueda haber puesto al libre desarrollo de la personalidad del sujeto en condición de dificultad, en cuanto menor.

La Ley de Ordenamiento de Estado Civil traduce el necesario balance de valores constitucionales, prohibiendo la imposición de nombres ridículos o vergonzosos.

Con esta cláusula el legislador no quiso remitir al arbitrio del juez la elección del límite entre legalidad y desenfreno, pero abrió paso al juicio de equidad que, en materia de derechos patrimonialmente neutros, muestra sus características más relevantes[57].

Es importante, en términos de comparación, la evolución del concepto de orden público que el art. 4 del Convenio de Münich impone como limitación a la aplicación de la ley extranjera que reglamenta el nombre de la persona. Se ha dicho[58], por ejemplo, que se excluiría la imposición de un nombre añadido por un Estado racista para distinguir los ciudadanos que pertenecen a un grupo étnico o religioso objeto de persecución, y en eso es evidente la aplicación de los cánones fundamentales del respecto y de la igualdad de las personas, a la defensa de los cuales se dirige toda nuestra Constitución.

Entonces se podría afirmar que, en materia de elección del nombre, valgan las mismas consideraciones de oportunidad conducidas por la extensa casuística administrativa y jurisprudencial en materia de cambio de nombre.

5. Status personales y definición de familia en el derecho comunitario.

La directiva n.2004/38, texto de referencia en materia de libre circulación de los ciudadanos y de sus familiares en el territorio de la Unión, incluye en su definición el cónyuge, la pareja vinculada al ciudadano por una unión registrada (con base en la legislación de un Estado miembro que equipara la unión al matrimonio, respetando las condiciones de la legislación del Estado de acogida), los descendientes directos menores de 21 años o a cargo, y los del cónyuge o pareja, los ascendientes directos o a cargo y los de la pareja. Es prevista, además, la obligación de «facilitar» la entrada y la residencia de la pareja con la cual el ciudadano de la Unión tenga una relación estable, pero siempre en conformidad con la legislación nacional[59]: obligación que se resuelve en el examen del caso individual, a través de un «examen exhaustivo de la situación personal», que explicite y motive adecuadamente la prohibición de entrada y de residencia.

Es coherente el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que remite a las legislaciones nacionales la disciplina del ejercicio del derecho de casarse y del derecho de constituir una familia[60], aunque haya quien distingue, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que ha permitido la fecundación artificial a las parejas homosexuales, el surgir de una llena equiparación a las parejas heterosexuales, en la pretensión de proteger su «vida familiar»[61].

La carencia de competencia de la Unión a legislar en materia de derecho de familia, a menos que se trate de voluntad unánime de todos Estados art. 81, párrafo 3, TFUE, no excluye por un lado interpretaciones evolutivas del texto de la disposición, «a la luz de la evolución del derecho de familia en los Estados miembros»[62].

La continuidad supranacional de los status y relaciones personales y familiares es afirmada por la jurisprudencia sobre la libertad de circulación, en la cual el Tribunal de Justicia aplica el «principio de origen», inicialmente formulado para la circulación de mercancías[63].

A través de este principio se atribuye al Estado de origen de la persona la competencia a reglamentar su status, con la obligación de respetarlo por parte del Estado de acogida, creando un sistema de mutuo reconocimiento entre normativas nacionales, cuyas pretensiones de imponer restricciones, por razones de interés general, a la libertad de circulación son censurables por parte del Tribunal a través de las tres condiciones de proporcionalidad según un aptitude test, interchangeability test, y equivalence test.

De este nace un principio de unicidad de status del ciudadano comunitario, puesto que el principio de origen puede justificar la permanencia del status, asociado al derecho de circular libremente[64], encontrando fundamento en la ciudadanía europea o en el derecho a la protección de la vida privada y familiar, garantizado respectivamente por el art. 7 de la Carta de los derechos y por el art. 8 del Convenio de Derechos Humanos, y llevando a cabo, concretamente, en caso de contraste, por el principio de reconocimiento mutuo.

El status de ciudadano europeo, categoría que incluye las calidades personales y familiares, se impone en términos de derecho al reconocimiento de las situaciones válidamente constituidas en el Estado de residencia, que es la lógica consecuencia de la unicidad de los status, y realiza la aspiración fundamental de admitir la libre circulación del sujeto, «llevando consigo el conjunto de los requisitos que lo identifican como sujeto»[65].

Dicho principio viene aplicado en las conclusiones del abogado general Jacobs en la causa Standesamt Stadt Niebüll[66], en la cual los padres habían rechazado la aplicación de la ley alemana, que imponía la elección del apellido que había que asignar a los hijos, pidiendo la imposición del doble apellido, compuesto por sus respectivos apellidos, con el cual el niño ya había sido registrado en Dinamarca, país donde había nacido, pero del cual no tenía la nacionalidad.

En virtud de la legislación danesa, aplicable por las normas de conflicto del Estado como ley de domicilio de la persona en todas cuestiones relativas al status personal, incluida la determinación del apellido, al niño habían impuesto el apellido Paul Grunkin, luego modificado en Grunkin Paul. El padre se había trasladado a Alemania, en Niebull, mientras que el hijo y la madre se habían quedado en Dinamarca, aunque no se excluyera y más bien fuera comprobada la regular convivencia con el padre.

Hay entonces, a diferencia del caso Garcia Avello, un concreto ejercicio de la libertad de circulación, art. 18 Tratado CE, y es precisamente el hijo, ciudadano comunitario, que revela los obstáculos interpuestos a su ejercicio en consecuencia de la imposibilidad de ser identificado en Alemania con el apellido utilizado en Dinamarca. Las analogías con el caso Dafeki son evidentes, los dos no piden el cambio del apellido impuesto en origen, sino el reconocimiento del apellido impuesto en el Estado de origen, por consiguiente es evidente la aplicación del mismo principio del enunciado precedente: «las autoridades administrativas y jurisdiccionales de un Estado miembro están obligados a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso en cuestión, que hagan dudar seriamente de su exactitud.»

Por eso, puesto que el nombre de la persona «es una parte fundamental de su identidad y de su vida privada, cuya protección está ampliamente reconocida en las constituciones nacionales e instrumentos internacionales», el abogado general concluye en el sentido que «es totalmente incompatible con el status y los derechos de un ciudadano de la Unión Europea […] estar obligado a llevar distintos apellidos con arreglo a las leyes de distintos Estados miembros»[67].

La decisión[68] acoge el principio por el cual llevar nombres distintos obstaculiza el ejercicio de las libertades fundamentales de circulación y de residencia, cuya protección impone al contrario la continuidad del nombre atribuido según el principio de origen y de reconocimiento mutuo en otros Estados.

La cuestión se discutió en el caso Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien[69], bajo el perfil de la compatibilidad con el art. 21 TFUE de la modificación dispuesta por las autoridades nacionales del apellido atribuido legítimamente según la legislación de otro Estado a un ciudadano, en consecuencia de la aplicación de la norma, de rango constitucional, de eliminación de sufijos que indican títulos nobiliarios (en este caso, Fürstin von, princesa de).

El Tribunal admite que constituye obstáculo a la libre circulación de las personas la modificación del apellido atribuido a la ciudadana austriaca en consecuencia de la adopción por parte de ciudadano alemán que le había transmitido, como parte del apellido, el sufijo nobiliario.

Sin embargo, la ley austriaca de abolición de la nobleza, en su valencia histórica de realización del principio de igualdad, «como elemento de identidad nacional, puede ser tenida en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión».

Estas consideraciones integran, pues, un caso de aplicación de la limitación al orden público, apto a justificar la denegación del reconocimiento del apellido de un ciudadano, así como había sido atribuido en otro Estado miembro.

En Italia son aplicaciones del principio las citadas Circulares del Ministerio del Interior, de 15 de mayo de 2008, n.397, aplicables en caso de doble ciudadanía europea o extracomunitaria, y 12 de junio de 2008, n. 8247, en materia de concesión de la nacionalidad italiana a ciudadanos españoles o portugueses con las mismas señas de identidad que derivan del Estado de origen, sin que el interesado lo pida[70], pero parecería que se argumente en este sentido también con respecto al sujeto que tenga una sola ciudadanía, de un Estado miembro de la Unión, para proteger su libertad de circulación a través de la continuidad del nombre al que tenga derecho, de conformidad con la legislación del Estado de origen.

La protección de los derechos fundamentales, reforzada en este sentido con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con la atribución de eficacia jurídica a la Carta de Niza también con respecto a la identidad personal, ex art. 7 de la carta, de la cual el nombre y el apellido constituyen elementos constitutivos, y a la protección de la vida privada según el art. 8 del TEDH, debe de todas maneras mantener un equilibrio con el respeto de la identidad nacional, igualmente sancionado por el Tratado de Lisboa[71].

Mayores posibilidades de ampliación podrían deducirse sobre todo de la mencionada decisión en la causa Zambrano[72], en la cual falta cualquier hipótesis de circulación entre Estados; sin embargo la ciudadanía europea de los hijos es fundamento del derecho de residencia del progenitor que se ocupe de ellos, y de la decisión del caso Baumbast y R.[73] que, en aplicación directa del art. 18 de Tratado CE (art. 21 TFUE), impone a las autoridades nacionales permitir «al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio [del derecho de residencia]», no siendo relevante el divorcio entre los padres, y aunque el progenitor ciudadano de la Unión ya no sea trabajador emigrante en el Estado miembro de acogida.

Es además relevante la decisión en el caso Carpenter[74], que valoriza el hecho de que la recurrente apoye la empresa del cónyuge cuidando la familia, y en particular los hijos del primer matrimonio del marido, aunque no estuviera obligada por vínculos jurídicos: la protección de la vida familiar del ciudadano le permite desempeñar con serenidad su actividad de prestación de servicios, protegida por una libertad fundamental, y como tal tiene que ser protegida, teniendo la certeza que el matrimonio fuese auténtico, que la mujer participara efectivamente a la vida familiar y su comportamiento hubiera sido incensurable después de entrar en el Reino Unido, no obstante la violación de la normativa sobre la inmigración, y pudiendo así excluir la posibilidad que fuera un peligro para el orden público, la seguridad o la salud pública[75].

Se trata del mismo sentido con el cual la mencionada sentencia Metock[76] marca los criterios para repartir las competencias entre el legislador comunitario y nacional en ma-

teria de reunificación familiar con arreglo a la directiva 2004/38, remitiendo a la potestad nacional la denegación de entrada y de residencia del familiar y las valoraciones de orden público, seguridad o salud públicas, o sea la verificación de casos de abuso de derecho o fraude, como en el caso de matrimonios falsos.

No es difícil ver en esta corriente jurisprudencial los rasgos de un estatuto comunitario del ciudadano, cuya protección se dirige, como consecuencia, a la formación social esencial en la cual desarrolla su personalidad, como en el paradigma fundamental del art. 2 de la Constitución italiana. Un estatuto que se basa en las libertades fundamentales de la ciudadanía, y a través del principio del Estado de origen se impone al reconocimiento de los Estados de acogida.

¿Se podría, en este sentido, afirmar la obligación de reconocer como válido en Italia, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo, regularmente contraído con arreglo a las leyes de un Estado miembro, entre ciudadanos italianos?

¿Se podría considerar incompatible con el principio constitucional de igualdad de tratamiento la disciplina de la transmisión del apellido paterno al hijo de ciudadanos italianos nacidos en Italia, en consideración del hecho que se puede superponer con la condición de quien, aunque tenga la sola ciudadanía italiana, haya nacido por ejemplo en Dinamarca, como ocurrió a Leonhard Grunkin Paul?

Para responder a preguntas como estas es necesario ante todo dar coherencia a las soluciones comunitarias, legislativas y jurisprudenciales, en materia de derecho de las personas, con la aspiración de orientar la legislación europea y nacional en el sentido de la coherencia con los principios fundamentales del derecho comunitario.

Este es el contenido de un proyecto que está estudiando la Academia de Jusprivatistas Europeos, complementario al código europeo de contratos, al que hay que augurar idéntico esfuerzo y éxito.

Notas:

1 Dec. 25.9.2008, C. 279777/04: «Après avoir constaté d'une part que la différence de graphie du prénom de l'enfant est minime, puisqu'elle ne porte que sur l'accent, d'autre part qu'elle ne semble pas présenter un obstacle à l'identification personnelle de l'enfant et enfin la possibilité ouverte par l'article 60 du code civil de demander le changement du prénom de l'enfant, la Cour conclut qu'il n'y a eu aucun manquement au respect de la vie privée et familiale des requérants sous l'angle de l'article 8 de la Convention et elle rejette le grief comme manifestement mal fondé».

2 Güzel Erdagöz c. Turquie, 21.10.2008, C. 37843/02.

3 Mentzen alias Mencena c. Latvia, 7.12.2004, C. 71074/01, v. A. Lang, Problemi di traslitterazione del nome di fronte alle corti Europee: i casi Konstantinidis e Mentzen, en C. Honorati, Diritto al nome e all'identità personale, cit., p. 138 ss.

4 Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteing, Standesamt e Land ratsamt Caw, 30.3.1993, C. 168/91.

5 C. Honorati, Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali, en Id.. (cur.), Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento comunitario, Milano, 2010, p. 25: «una situazione di tale genere non può non lasciare perplessi, sul piano politico prima che giuridico, poiché registra uno scollamento tra la posizione formale e legalista dei governi e quella reale e corrispondente al diritto vivente posta in essere, con la complicità e l'accettazione degli stessi governi, da coloro che ritengono di avere un interesse a essere conosciuti nella propria rete di relazioni sociali con un nome diverso da quello attribuito loro dallo Stato».

6 A. Lang, Problemi di traslitterazione del nome di fronte alle corti Europee: i casi Konstantinidis e Mentzen, en C. Honorati, Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento comunitario, cit., p. 148: «se il caso Mentzen fosse stato presentato di fronte alla Corte di Giustizia, con ogni probabilità sarebbe stato esaminato in base alle norme sulla cittadinanza dell'Unione e non sotto il profilo dell'art. 8 CEDU […] Con ogni probabilità la modifica del cognome sarebbe considerata come un ostacolo alla libera circolazione, perché in grado di ingenerare confusione sull'identità della persona non tanto per le differenze fonetica – come nel caso Konstantidinis – quanto per le differenze di grafia».

7 Avv. Gen. Jacobs, Carlos Garcia Avello c. Belgique, 22.5.2003, C. 148/02.

8 Metock , 25.7.2008, C. 127/08,.

9 I. Ottaviano, La Corte di Giustizia riconosce all'art. 20 un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo, en Europa e diritto privato, 2011, p. 809.

10 Ruiz, Zambrano c. Belgique, 8.3.2011, C. 34/09, en Communiqué pour la presse 16/11, en www.curia.europa.eu.

11 Burghartz c. -Switzerland, 22.2.1994, C. 16213/90, en www.echr.coe.int.

12 Rehlingen c. Allemagne, 6.5.2008, n. 33572/02.

13 Cass., ord. 22.9.2008, n. 23934, en C. Honorati, Diritto al nome e all'identità personale, cit., p. 323 ss., en Corriere Giur., 2009, p. 489 ss., nt. G. Autorino Stanzione, R. Conti, Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa - il diritto comunitario ed il doppio cognome: un primato in espansione?

14 En efecto se afirma que la partida de nacimiento, estableciendo el nombre, apellido y nacionalidad, enriquece la identidad personal y establece la personalidad jurídica del nuevo sujeto: L. Lenti, L'identità del minorenne, en M. Cinque, L'identità nell'orizzonte del diritto privato, Supplemento a Nuova Giur. Civ. Comm, 2007, 55 ss. Contra: A. Donati, La cognominazione dei figli da parte della

madre, en Diritto di famiglia e delle persone, 2009, 341 ss., por el cual el art. 29 Cost. se funda en una idea de familia relacionada con el derecho público, en la preeminencia del marido, y que la asignación del apellido del padre realiza el interés de los hijos de ser reconocidos en la sociedad como legítimos, y de "cognoscere" su padre, "que ocurre por medio de la atribución de cognomen en cuestión". V. G. Guerra, Scelta genitoriale e tutela dell'identità della persona, en Nuova giur. Civ. comm., 2009, I, p. 166 ss.; G. Di Rosa, Attribuzione del nome e dignità della persona, en Famiglia, persone e successioni, 2009, p. 101 ss.; D. Ziino, Diritti della persona e diritto al (pre) nome - Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche, en Giust. civ., 2004, II, 355; F. Cionti, Considerazioni sull' evoluzione del nome, en Riv. dir. industriale, 1990, p. 68 ss.; M. Claudio, Diritto al prenome e diritto alla scelta del prenome, nt. Cass., 9.5.1981, n. 3060, en Riv. giur. scuola, 1985, p. 759 ss.; M. Finocchiaro, Ancora sulla potestà dei genitori e sull'imposizione del prenome al neonato, en Giust. civ., 1981, I, p. 1226; M. Nuzzo, Nome (diritto vigente), en Enc. Dir., vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 304; N. Vissalli, Sulla possibilità di imporre come secondo prenome quello del padre vivente, en Riv. dir. civ., 1976, p. 550 ss.

15 A. Palazzo, La filiazione, en el Tratt. Dir. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milano, 2007, p. 578 ss., v. art. 18 del Convenio sobre los derechos del niño y el Reglamento CE n. 2201/2003.

16 M. Dossetti, La disciplina del nome nella famiglia legittima ed il suo rapporto con il principio di eguaglianza tra i coniugi: la giurisprudenza italiana, en C. Honorati, Diritto al nome e all'identità personale, cit., p. 34; M. Finocchiaro, Ancora sulla potestà dei genitori e sull'imposizione del prenome al neonato, cit., en disenso con la tesis que atribuye la disciplina al art. 144 c.c., en cuanto cuestión relacionada con la orientación de la vida familiar, de la cual se originaría la posibilidad de tutelar, a través de la ejecución específica, el acuerdo de los padres antes del nacimiento o de la concepción.

17 Asì, eficazmente, A. Palazzo, La filiazione, cit., p. 588 e ivi nt.122.

18 Cass. 20.10.2008, n. 25452, en Dir. famiglia persone, 2009, p. 601 ss., con nota di L. Bardaro, Si può dichiarare il proprio figlio con il nome di Venerdì? I giudici di merito lo negano, la Suprema Corte si lava le mani, ivi, p. 605 ss.; en Nuova giur. Civ. comm., 2009, I, p. 164 ss, con nota di G. Guerra, Scelta genitoriale e tutela dell'identità della persona, cit., p. 166 ss.; v. anche Rossi, Robinson Crosuè e la Corte d'appello di Genova, en www.personaedanno.it, il quale osserva criticamente col il necessario rilievo socio-culturale del senso del ridicolo o vergognoso «non può, però, implicare una delega in bianco alla sensibilità o formazione culturale dei giudici, ma deve portare – in conformità al principio pluralistico – al riconoscimento della rilevanza di altre storie, sensibilità e persone, lasciando che voci diverse e discordanti consentano una "fusione di orizzonti" tale da far comprendere che l'alterità è in noi stessi».

19 G. Berloco, Il nome: segno distintivo della propria identità personale, en Stato civ. it., 2008, I, 92.

20 Contra L. Bardaro, Si può dichiarare il proprio figlio con il nome di Venerdì?, cit., 612 s., «Venerdì diviene uomo buono e intelligente. Ciò in quanto esso è il riflesso della rivincita da parte di colui che viveva in uno stato primitivo di natura (privo di regole); in esso non aveva stimoli tali da poter esplicare differentemente la propria personalità. Egli rappresenta, peraltro, l'archetipo del buon selvaggio; successivamente la sua "sfera" civile fu presa a modella da Jean Jacques Rousseau, al quale ispirò in parte le teorie pedagogiche dell'Emile».

21 Trib. Novara, decr., 12.11. 2009, en www.novaraius.it

22 S. Arena, L'imposizione del nome o del cognome alla persona da parte dell'ufficiale dello stato

civile, en Stato civ., 1987, 420; Calleri, Spunti di giurisprudenza sul diritto al nome, en Giur. Fam., 1974, p. 1248 ss.; O. Vercelli, Questioni sempre attuali in materia di nomi: pluralità di nomi, corrispondenza tra sesso e nome, i nomi ridicoli e vergognosi … Per una revisione dell'art. 72 dell'ord. dello stato civile, en Stato civ., 1992, p. 571 ss.; G. Zuddas, Considerazioni sopra l'attribuzione del prenome, en Dir. famiglia, 1986, p. 723 ss.; R. Pacia Depinguente, Immacolata: un nome da cambiare?, nt. Trib. Verona 4 dicembre 1999, en Famiglia e diritto, 2000, p. 280 ss.; P. Stanzione (cur.), Il nuovo ordinamento dello stato civile - Commento al d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396, Milano, 2001; O. Vercelli, Stato civile, p. I, Materie Generali - La nuova disciplina in materia di nomi e cognomi con riferimento alla normativa introdotta dal D.P.R. 396/2000 ed alle norme attuative contenute nella circolare MIA-CEL n. 2/2001 e nella circolare prot. n. 0010366, en Stato civile, 2001, p. 586 ss.; D. Berloco, La scelta del nome di cui all'art. 36 d.p.r. 396/2000, en Stato civile, 2007, 245; G. Caffarelli, Qualche volta lo stesso nome vale sia per i maschi che per le femmine, en Ammin. civ., 2007, fasc. 1, 47; R. Mazza, Limiti all'attribuzione del prenome e diritti dell'uomo, en Stato civile, 2009, p. 166 ss.; G. Di Rosa, Attribuzione del prenome e dignità della persona, en Famiglia, persone, successioni, 2009, p. 101 ss.

23 G. Casaburi, Sabato, Domenico ma non Venerdì. La scelta del prenome tra tradizione, innovazione, limitazioni legislative, en Giur. merito, 2009, p. 357 ss.

24 Burghartz-Switzerland, cit.

25 Guillot-France, 23.9.1996, C. 22500/93.

26 Loi 11 germinal an XI; Loi 93-22, 8.12.1993, art. 57 code civil: «Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère (...). L'officier de l'état civil porte immédiatement sur l'acte de naissance les prénoms choisis. Tout prénom inscrit dans l'acte de naissance peut être choisi comme prénom usuel. Lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur patronyme, l'officier de l'état civil en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales. Si le juge estime que le prénom n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur patronyme, il en ordonne la suppression sur les registres de l'état civil. Il attribue, le cas échéant, à l'enfant un autre prénom qu'il détermine lui-même à défaut par les parents d'un nouveau choix qui soit conforme aux intérêts susvisés. Mention de la décision est portée en marge des actes de l'état civil de l'enfant».

27 Cour de Cassation, 10.6.1981, en Recueil Dalloz Sirey, 1982, p. 160.

28 Opuesto la Opinion dissidente commune Macdonald et De Meyer.

29 Décret Salonen/Finlandia, Comm., 2.7.1997, n. 27868/95.

30 Johansson/Finlandia, 6.9.2007, C. 10163/02, en Famiglia, persone successioni, 2008, 1, 92.

31 Güzel Erdagoz c. Turchia, cit.

32 Se trata de un modus operandi característico del Tribunal: por algunas sentencias, relacionadas con materias de competencia estatal, censuradas sólo dentro de los límites de la sensatez en la comprensión de los derechos fundamentales por necesidades públicas, véase. Olsson c. Sweden, 24.3.1988, C. 10435/83, § 54; Hokkanen c. Finlandia, 23.9.1994, C. 19823/92, § 55.

33 Stjerna c. Finlandia, 25.11.1994, C. 18131/91.

34 A. De Sanctis Ricciardone, Nome civile, en Enc. Giur. Treccani, XXI, Milano, 1990, 1 ss.

35 C. Honorati, Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali, en Id., Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo, cit., p. 4.

36 C. Cost., 3.12.1994, n. 13, en Foro it., 1994, I, c. 1668 ss.; C. Cost. 11.5.2001, n. 120, en Giur.

it., 2001, c. 2238 ss.; L. Carota, Il diritto al nome e all'immagine, en M. Sesta, V. Cuffaro, Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale, Napoli, 2006, p. 75 ss.; A. Ricci, Il diritto al nome, en G. Finocchiaro, Diritto all'anonimato: anonimato, nome e identità personale, Torino, 2008, p. 77 ss.

37A. Ricci, Tutela del nome e rimedi specifici, en G. Finocchiaro, Diritto all'anonimato, nome e identità personale, Padova, 2008, p. 352 ss. Exceden a los objetivos de la presente investigación las disposiciones en defensa del nombre social, en cambio para la jurisprudencia sería hipótesis de usurpación del nombre dar el nombre de un artista fallecido a una fundación en ausencia de la autorización de los herederos (De Chirico, Trib. Roma, 20.3.1985, en Diritto d'autore, 1987, 67). Se considera, en fin, que la disciplina de la tutela del nombre se extiende a las asociaciones no reconocidas: G. Piepoli, Associazioni non riconosciute e tutela del nome, en Giur. Merito, 1972, 172; App. Milano 24.7.1953, en Riv. dir. comm., 1954, II, 74, nt. P. Fioretta, L'art. 7 cod. civ. e le associazioni non riconosciute.

38 Cass. Pen. 8/14.12.2007, n. 46674, en Riv. pen., 2008, 3, 258: "bene tutelato è l'interesse riguardante la pubblica fede, in quanto questa può essere sorpresa da inganni relativi alla vera essenza di una persona o alla sua identità o ai suoi attributi sociali. E siccome si tratta di inganni che possono superare la ristretta cerchia d'un determinato destinatario, così il legislatore ha ravvisato in essi una costante insidia alla fede pubblica, e non soltanto alla fede privata e alla tutela civilistica del diritto al nome". C. Castronovo, S. Mazzamuto, Manuale di diritto privato europeo, I, Milano, 2007, 215 s.: «viene così sciolto, o fortemente allentato, il vincolo tra nome, corpo e identità, costruito attraverso la progressiva attrazione del nome nell'esclusivo ambito della regola giuridica. Il nome torna a presentarsi come una istituzione sociale che si modella secondo necessità esistenziali, non solo seguendo il corpo nelle sue mutevoli esigenze, ma contribuendo a conformarlo nella dimensione in cui perde la materialità e diventa così disponibile per i più diversi usi sociali. Non è più soltanto «istituzione di polizia» ma strumento di vita. Lo testimoniano anche vicende diverse di indebolimento del principio di immutabilità, prime tra tutte quelle che vogliono sottrarrei corpi dei figli alla riferibilità al solo padre attraverso l'obbligo di assumerne il cognome, rendendo possibile anche l'assunzione esclusiva o congiunta anche di quello della madre».

39 Cass. Pen., 11.5.2009, n. 19963.

40 C. Cost. 16 febbraio 2006 n. 61, en Giur. Cost., 2006, I, p. 559 ss. nt. S. Niccolai, Il cognome familiare tra marito e moglie. Com'è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dello schema dell'uguaglianza, en Foro it., 2006, I, c. 1673, nt G. Casaburi; en Familia, 2006, p. 931, nt. M.N. Bugetti, Il cognome della famiglia tra istanze individuali e principio di eguaglianza, en Famiglia, persone, successioni, 2006, p. 903 ss., nt. L. Gavazzi, Sull'attribuzione del cognome materno ai figli legittimi. La atribución automática de el apelido paterno es «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia […] e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'eguaglianza tra uomo e donna». A esto propósito V. Carfi, Abbandono del patronimico: Corte di Cassazione vs Corte Costituzionale, en C. Honorati, Diritto al nome e all'identità personale, cit., p. 59 ss.; A.O. Cozzi, I d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli tra eguaglianza e unità familiare in Nuova Giur. Civ. Comm., 2010, p. 449 ss.; M.R. Marella, Il lungo viaggio verso la parità. Rileggendo un libro di Annamaria Galoppini, en Riv. crit. dir. priv., 2009, p. 493 ss.; A. Ciervo, Dal cognome patriarcale al cognome «pariarcale»? Evoluzioni giurisprudenziali in tema di doppio cognome del minore, ivi, p. 153 ss; F. Astiggiano, assunzione del cognome paterno e valutazione dell'interesse del figlio naturale minore, nota a Cass., 27.2.2009, n. 4819, en Famiglia e diritto, 2009, p. 791 ss.;

B. Carbone, L'inarrestabile declino del patronimico, nota a Cass., 26 maggio 2006, n. 12641, en Familia, 2006, 959; L. Mormile, Trasmissione del cognome paterno: le "tradizioni" al vaglio della giurisprudenza, fra funzione certificativa del nome, diritto all'identità personale e valutazione di compatibilità con il diritto comunitario, en Europa dir. priv., 2003, p. 829 ss.; F. Uccella, Il nome patronimico tra diritto interno e diritto internazionale, Parte prima, en Vita notarile, 2011, p. 673 ss.; Cass., ord. 22.9.2008, n. 23934, cit., quaestio: «se possa essere adottata un'interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero – se tale soluzione sia ritenuta esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa – la questione possa essere rimessa nuovamente alla Corte Costituzionale»; Burghartz c. Zwitzerland 22.2.1994, cit.; Ünal Tekeli c. Turkey, 16.11.2004, 29865/96.
41 L. Tommasi, Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali, en C. Honorati, Diritto al nome e all'identità personale, cit., p. 111 ss.
42 L. 344/1967.
43 L.. 950/84; P. Mengozzi, Il diritto alla continuità di cognomi di minori provvisti della cittadinanza dello Stato membro della Comunità e della cittadinanza italiana, en Riv. dir. int. priv. proc., 2009, p. 69 ss.
44 El certificado se extiende, sin perjudicar las disposiciones que reglamentan la atribución del nombre, con el objeto de simplificar la documentación de la propia identidad en caso de diferencia de los datos personales, en consecuencia de la aplicación de diferentes legislaciones nacionales.
45 G. Rossolillo, Identità personale e diritto internazionale privato, Padova, 2009, p. 221 ss. Por S. Toniolo, Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano: problemi e prospettive, en C. Honorati, Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo, cit., p. 151 s., «è funzionale alla possibile realizzazione di un'efficace tutela del diritto al nome attraverso la riconoscibilità degli atti e dei provvedimenti ad esso relativi», porqué con este Convenio, ratificado por el momento sólo por Portugal, se introduce el principio de reconocimiento automático del nombre adquirido por matrimonio, nacimiento o modificación por medida judicial. En caso de menores con más de una nacionalidad el art. 4 prevé que «Il nome attribuito nello Stato contraente del luogo di nascita a un bambino che possieda due o più nazionalità è riconosciuto negli altri Stati contraenti se questo Stato è uno di quelli di cui il bambino ha la cittadinanza. In ogni caso, in deroga al paragrafo precedente, il nome attribuito a domanda dei genitori in un altro Stato contraente di cui il minore ha la cittadinanza è riconosciuto negli altri Stati contraenti. Avviso di questa attribuzione è indirizzato all'ufficiale dello stato civile del luogo di nascita del bambino, per l'iscrizione nei registri ufficiali pertinenti».
V. también C. Nast, La convention CIEC (n° 31) sur la reconnaissance des noms comme contribution à la résolution des conflits, relazione al sesto congresso dell'Associazione Europea degli ufficiale dello stato civile, Engelberg, 22-23.5.2006, en http://www.ciec1.org.
El convenio ha sido adoptado por la Asamblea general de la Ciec (Commission Internationale de l'État Civil), aceptado también por Italia; con la adherencia y la ratificación de nuestro Estado ya no se aplicaría el procedimiento de corrección por el oficial mayor reglamentada por el art. 98, segundo párrafo, 1. estado civil, por los nacidos en países que aceptan la Ciec. El estado de las adherencias se puede controlar en la página web de la Ciec http://www.ciec1.org/SignatRatifConv.pdf.
46 No se puede, además, imponer a hijos naturales nombres que hagan sospechar una origen no matrimonial, o apellidos de importancia histórica o que pertenecen a familias notables en el lugar en que se encuentra la partida de nacimiento. (art. 34, III comma, D.P.R. 396/2000).
47 Parere Min. Interno 23.11.2004, en Stato civile it., 2005, 264 ss.; D. Berloco, Parere del Ministero

dell'interno in ordine all'applicazione dell'art. 34 del D.P.R. 396/2000; Parere Min. Interno 27.2.2005; Parere Min. Interno 26.11.2007; L. Palmieri, Limiti all'attribuzione del prenome al neonato: junior, perché no?, en Notiziario Anusca, 2005, 6, 5 ss.; Nota redazionale, en Servizi Demografici, 9, 61; contrario L. Bardaro, Si può dichiarare il proprio figlio col nome di Venerdì?, cit., 610, nt. 17.
48 Trib. Catanzaro, decr. 14.4.2009, en www.anusca.it
49 Trib. Varese, decr. 23.7.2010, en Famiglia e diritto, 2011, p. 164 ss, nt. L. Bardaro, Andrea o non Andrea? Questo è il dilemma: «E' onere dei richiedenti collaborare nel procedimento camerale al fine di dimostrare che, in Italia, si sia affermata una tradizione nazionale che riconosce al nome Andrea valenza anche femminile. In assenza di tale sollecito, il nome Andrea può essere attribuito alle bambine ma anteponendo un onomastico femminile, come prevede la circolare ministeriale di riferimento». S. Arena, Nome corrispondente al sesso del neonato: un decreto di rettificazione emanato dal tribunale di bari. Osservazioni, en Stato civile it., 2004, p. 83 ss.
50 Es relevante, a propósito de esto, la disciplina impuesta por el Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980 sobre la ley aplicable a los nombres y los apellidos, concluido en el contexto de la Comisión internacional del estado civil, que en el art. 1, párrafo I, dispone que el nombre y el apellido de la persona son establecidos por la ley del estado de nacionalidad, incluso el caso en que el sujeto no sea ciudadano de un Estado que acepta el Convenio, siempre que se pueda conocer el derecho extranjero. A. Di Blase, Nome (dir. int. priv.), en Enc. Giur. Treccani, 1998, 1, incluso por las cuestiones inherentes a algunas diferencias de trato entre la disciplina convencional y la ley italiana de derecho internacional privado, especialmente respecto al art. 24, párrafo I, l. 218 de 1995, a propósito de la titularidad de nombre o apellido originado por una relación familiar, como en el caso de la mujer o del niño adoptado cada vez que las personas implicadas tienen diferente nacionalidad.
51 Trib. Varese 23.7.2010, cit.: «così opinando non si rischia di mettere a repentaglio la certezza dei rapporti giuridici perché, nel dubbio se il nome sia riferito a uomo o donna, soccorrerà un altro dato che compare negli atti dello stato civile, ovvero la specificazione del sesso femminile o maschile. In conclusione: se molti genitori chiedono la registrazione delle loro figlie con il nome Andrea e se perfino qualche cantautrice ha scelto Andrea come pseudonimo, non può negarsi che, se anche di uso tradizionale ditale nome al femminile non possa ancora parlarsi, nella prassi sociale l'ambivalenza del nome Andrea si è già affermata».
52 Trib. Torino, 9.4.2009; App. Torino, decr. 26.6-23.7.2008.
53 Trib. Milano 20.2.2003, en Gius, 2003, 1380.
54 Trib. Catanzaro 9.4.2009, cit.
55 L. Bardaro, cit., 609, según el cual, por el enlace con el art. 316 c.c. y por la fuente solidaria de los derechos de la personalidad, "si evince che la scelta del prenome è un potere-dovere estrinsecazione della potestà genitoriale e l'interesse preminente è del minore". El nombre que se le ha impuesto, en su unión con el apellido, no debe, en otros términos, obstaculizar el pleno desarrollo del sujeto débil. P. Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, Napoli, 2006, 784, para el enlace del nombre al "profilo unitario della personalità".
56 A. De Sanctis Ricciardone, Nome civile, cit., 2.
57 A. Sassi, Equità e interessi fondamentali nel diritto privato, Perugia, 2006, p. 157 ss., que pone en evidencia que en la práctica se encuentran cuestiones muy peliagudas, "in cui il ruolo del giudice assume connotati più decisi e la corretta valutazione delle circostanze concrete e della

«qualità» dei soggetti coinvolti rivestono un'importanza, se possibile, ancora maggiore: fra esse una posizione preminente assumono quelle concernenti i minori". R. Mazza, Limiti all'attribuzione del prenome e diritti dell'uomo, en Stato civ. it., 2009, 169: "è necessario guardare in concreto al pericolo di un pregiudizio per il minore. Solo in questo caso riusciamo ad avere una discriminante che ci consente, ad esempio, di accettare Domenica ma non Venerdì, anche se sono entrambi giorni della settimana, ovvero ad accettare Gioia ma non Odio, Audace ma non Pauroso, pur essendo entrambi sentimenti, ovvero asia ma non Promontorio pur essendo entrambi nomi geografici, ancora Angelo ma non Demonio".

58 W. Schätzel, Le nom des persones en droit international, en Recueil des cours, 1958, 3, 215.

59 L. Tomasi, La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea, Padova, 2007, p. 89: «il convivente godrà del diritto di soggiorno nello Stato che ospita il cittadino comunitario ove la legislazione o la prassi in materia di immigrazione accordino ai conviventi dei cittadini di questo analogo beneficio». Contra, M. Finocchiaro, Una nozione ampia di "familiare" fa spazio alle unioni di fatto, en Guida al diritto, 2007, 19, p. 30.

60 E. Calò, La disciplina comunitaria dei rapporti familiari, Atti del Seminario di Studio Formanote sul tema: "Casi e materiali di diritto comunitario d'interesse notarile: atti, famiglia e successioni", Palermo, 23.5.2009), en Studi e Materiali, 2010, p. 1122 ss.; P. Morozzo della Rocca, Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio, en Famiglia e diritto, 2010, p. 849 ss.; E. Bergamini, La famiglia quale oggetto di tutela nel diritto dell'unione europea e nella giurisprudenza della corte di giustizia, en Diritto pubblico comparato e europeo, 2010, p. 457 ss.; F. Parente, La libertà matrimoniale tra status personae e status familiae, en Rass. dir. civ., 2010, p. 129 ss.; G. Di Rosa, Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria, en Europa e diritto privato, 2009, p. 755 ss.; A. Maggiotto, I familiari extracomunitari di cittadini comunitari: prime applicazioni giurisprudenziali sui requisiti per il riconoscimento dello status previsto dalla Direttiva 2004/38/CE., en Diritto, immigrazione e cittadinanza, 2009, p. 120 ss. Metock, 25.7.2008, C. 127/08: «la direttiva 2004/38 osta alla normativa di uno Stato membro, la quale impone al cittadino di un paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione che soggiorna in questo Stato membro di cui non ha la cittadinanza, di avere previamente soggiornato legalmente in un altro Stato membro prima del suo arrivo nello Stato membro ospitante, per poter beneficiare delle disposizioni della detta direttiva»; R.N.G. Eind, 11.12.2007, C. 291/05; M. Gnes, Il diritto comunitario ed i limiti nazionali al ricongiungimento familiare, en Giornale dir. amministrativo, 2009 fasc. 2, pp. 137 ss.

61 F.D. Busnelli, Fonti costituzionali europee e ordinamenti civili, en A. Palazzo, A. Pieretti (cur.), Studi assisani nell'attesa di Benedetto XIV, Perugia, 2011, p. 66 s.; Id., La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali, en Riv. dir. civ., 2009, p. 288; Conseil Consitutionel, 28.1.2011, n. 2010-92 QPC; C. Cost. 15.4.2010, n. 138; C. Danisi, Matrimonio, diritti ed égalité: anche il Conseil Constitutionnel rinvia al legislatore, en Famiglia e diritto, 2011 fasc. 7, p. 668 ss.; R. Conti, Convergenze (inconsapevoli o...naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali, en Corriere giuridico, 2011, p. 579 ss.

62 Informe complementario a la propuesta modificada COM(2003) def. 15.4.2003, p. 3 s.

63Dassonville, 11.7.1974, C. 8/74, en Raccolta, 1974, p. I-837; Cassis de Dijon, 29.2.1979, C. 120/78), en Raccolta, 1979, p. I-649; R. Cippitani, I beni e i diritti reali, en A. Palazzo, A. Sassi (cur.), Diritto privato del mercato, Perugia, 2007, p. 101 ss.; T. Ballarino, I beni ambientali, en C.

Castronovo, S. Mazzamuto (cur.), Manuale di diritto privato europeo, II, p. 120. El principio se aplicó a la circulación de servicios, a la libertad de establecimiento, a la circulación de los trabajadores y por fin de las personas: M. Fallon, Variationsur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit internationalprivé, en Nuoveauxitinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles, 1993, p. 129 ss.; G. Rossolillo, Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali, Padova, 2002, p. 239 ss.; S. Nicolin, Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà, Padova, 2005, p. 60 ss., p. 166 ss.

64 Principio enunciado por primera vez en la conclusiones del abogado general La Pergola en Dafeki, C. 336/94, en Raccolta 1997, p. I-6761, como principio que impone a los Estados miembros aceptar el establecimiento del status dispuesto por las autoridades del Estado de nacionalidad, para evitar que «un diritto esista e possa essere fatto valere in uno Stato membro e non in un altro per il fatto che lo stato civile dell'interessato è soggetto a diverse valutazioni nell'ambito della Comunità, ambito invece concepito come uno spazio senza frontiere interne». M. Fallon, Variationsur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit internationalprivé, cit., p. 212 s.; R. Baratta, Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato, Milano, 2004, p. 213 ss.; Id., Il regolamento comunitario sul diritto internazionale della famiglia, en P. Picone (cur.), Diritto internazionale privato e diritto comunitario, 2004, p. 163 ss.; L. Tommasi, La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea, cit., p. 105.; C. Honorati, La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali, en G. Venturini, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar, II, Milano, 2009, p. 473 ss.

65C. Honorati, La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali, cit., p. 482 ss.

66Grunkin Paul c. Niebüll, C. 96/04, en Raccolta 1-3651.

67 Avv. gen. Jacobs, C-96/04, cit., §§ 55-56.

68 Grünkin Paul, cit..

69 Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien, 22.12.2012, C. 208/09.

70 R. Conti, Il diritto comunitario ed il doppio cognome: un primato in espansione?, en Corr. giur., 2008, p. 508 ss.

71 L. Violini, La dimensione europea dei diritti di libertà: politiche europee e case law nel settore della tutela dei diritti fondamentali. Sviluppi recenti, en Federalismi, 2012, 7.

72 Ruiz, Zambrano c. Belgique, 8.3.2011, C. 34/09.

73 Baumabast y R., 17.9.2002, C. 413/99, en Raccolta, 2002, p. I-7091.

74 Carpenter c. Secretary of State for the Home Department, 11.7.2002, C. 60/00, Racc. 2002 p. I-6279, art. 49 TCE (art.52 TFUE), «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare», nel senso dell'obbligo di garantire il soggiorno nello Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Stato,che fornisce servizi a destinatari stabiliti in altri Stati membri, al coniuge del detto prestatore, anche se cittadino di un Paese terzo.

75 A. Palazzo, Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili, en A. Palazzo, A. Pieretti, Studi assisani, cit., p. 75 ss.

76 Metock, 25.7.2008, cit.

FREE TRADE AGREEMENTS AND THE ENVIRONMENT: NAFTA AS A STARTING POINT

*Karen B. Sigmond**

* PhD and LLM from Tulane University School of Law, JD from University of San Diego School of Law, B.A. from UC San Diego. Dr. Sigmond is currently the Director of the Master of Laws and Master of International Law Programs at the Tecnológico de Monterrey, Mexico City, Mexico. This document was previously published in MEXICAN BANKING LAWS: Evolution into NAFTA and the Global Economy, by Karen B. Sigmond, VDM Verlag (2008).

INTRODUCTION

International trade is an important topic for every country. Every country seeks to benefit from trade and to find innovative manners in which to increase the advantages from this activity. Consequently, the movement to liberalize trade has been picking up speed, from a slow start after World War II with the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), until the establishment of an international organization, World Trade Organization (WTO). Not only is trade liberalization taking place in the multilateral context, through international agreements and organizations, but regional free trade agreements are being developed parallel to the work of the WTO. For many, trade liberalization, in an ever more interconnected world, represents many advantages. However, as the trade in goods and services increases there is also a growing concern about the negative consequences related to liberalization, particularly because of the global environmental impacts that follow. One needs only look to the current concern about global warming to ask whether trade agreements are evolving in a manner to properly address environmental issues. Thus, this work, in Part I looks at the North American Free Trade Agreement (NAFTA), its background, and environmental concerns going into the agreement. Part II explores the North American Agreement on Environmental Cooperation. Next, Part III explores other free trade agreements that the United States has entered into and Part IV does the same for Mexico. Finally, Part V derives lessons from the free trade agreements previously studied and questions whether we are moving forward on the trade and environment discussion or whether free trade agreements subsequent to NAFTA have regressed on this issue.

PART I - BACKGROUND

The completion of the North American Free Trade Agreement[1] is one that must be put into its proper historical, political, economic, and social context. The latter part of the 1980s was characterized by a trade liberalization movement both at a multilateral and regional level. At the multilateral level the Uruguay Round, under GATT, kicked off in 1986.[2] That same year, American and Canadian negotiators started working on a free trade agreement for the United States and Canada. Additionally, Mexico joined the GATT that year and initiated a series of internal changes that put Mexico on the trade liberalization path.

The changes that Mexico undertook in the late 1980s and early 1990s reversed the economic and trade policy that Mexico had maintained for over four decades. It went from a closed economy (import substitution regime) to slowly creating the means by which the country could lift itself out of a decade of crisis, recession, and inflation.[3] At the end of 1989 the then president, Carlos Salinas de Gortari, presented reforms to Congress which would lead to a re-privatization movement. By mid-1990 the negotiations for NAFTA were on their way between Mexico and the United States, and, Canada, not wanting to be left out, joined the process in September of that year. The fact that Mexico was negotiating an agreement with its northern neighbors sent positive signs to the international investment community.

Table 1: Investment in Mexico[4]
(millions of U.S. dollars)

Year	Total	Direct	In-Direct
1990	6041.7	2633.2	3408.5
1991	17514.7	4761.5	12753.2
1992	22433.9	4392.8	18041.1
1993	33208.1	4388.8	28819.3

As can be seen in the table above, the investment flow to Mexico increased dramatically. Many international investors also watched the inflation decrease from 29.93 in 1990 to 8.01 in 1993[5] and Mexico's external debt (expressed as a percent of the GDP) was reduced from 46.1 in 1980 to 32.27 in 1993,[6] thereby demonstrating important economic progress. Although the economic data appeared to be favorable, the environmental groups were not as optimistic and had serious concern for environmental degradation due to an increase in trade because of a new agreement.

A. Regional concerns and environmental cooperation

Canada, the United States, and Mexico have a history of transboundary environmental concerns and cooperation. The NAFTA is just another building block in a long relationship of dealing with cross border environmental issues. International environmental agreements between the three countries include, but are not limited to, the 1909 Boundary Waters Treaty between Canada and the United States, The Convention for Migratory Birds in Canada and the United States of 1916, the Great Lakes Water Quality Agreement (1972, 1991), the 1944 Treaty Relating to the Utilization of Waters of the Colorado and Tijuana River and of the Rio Grande between the United States and Mexico, and the Unites States-Mexico border Environmental Cooperation Agreement (the La Paz Agreement) of 1983.[7] Despite a long history of cooperation, environmentalists, primarily in the United States, considered that a free trade agreement between the three countries would in fact not only increase trade, but, increase pollution and environmental degradation. The primary concern was focused on Mexico.

The concern about Mexico was attributed to diverse factors. Prior to 1990's, Mexico had low environmental culture.[8] "Environmental protection standards were fragmented, government monitoring resources were low, and enforcement of the existing laws was inconsistent."[9] Wisner and Esptein point out that even though the first Mexican environmental law was passed in 1971, enforcement was limited. They indicate that over the next two decades fewer than 2,000 inspection visits were made to Mexican companies.[10] As a consequence, U.S. environmental groups argued that increased trade would lead to industrial growth in Mexico, further taxing the Mexican environmental infrastructure…"[11] Their argument was based on the "pollution haven" claim, that countries with lower environmental standards will attract corporations that pollute more.[12]

B. Trade and Environment at the Multilateral Context

The trade and environment debate was also being debated in a different forum. The debate took center stage in the Tuna/Dolphin dispute in the multilateral context under the

General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) in 1991.[13] The dispute arose after the United States placed restrictions on the importation of tuna caught by encircling dolphins, which resulted in the death of these marine mammals. The U.S. passed a law, the U.S. Marine Mammal Protection Act, which banned the importation of fish products caught with commercial fishing technology that that resulted in serious injury of ocean mammals in excess of U.S. standards.[14] If the exporting country could not comply with the requirements of the U.S. law, then the exports would be embargoed. This case put two subjects, trade and environment, clearly on the table. Mexico asked for a panel in February 1991, with other countries joining the complaint, against the U.S. actions. The panel concluded that the U.S. could not embargo Mexican tuna products because Mexican regulations did not satisfy U.S. regulations (known as the "product" versus "process" issue) and that GATT rules did not allow one country to take trade action for the purpose of attempting to enforce its own domestic laws in another country, even to protect animal health or exhaustible natural resources (the extra-territoriality issue).[15] The report was not adopted.

With the above case in the background, and regional trade negotiations in the works, environmentalists actively participated in the public debate of the impact of trade on the environment in the North American context. Therefore, strong influence was exerted by the U.S. environmental community to demand that NAFTA represent a 'green' U.S.-Canada-Mexico trade pact. On March 4, 1993, the Sierra Club, the Humane Society, Friends of the Earth, and twenty-one other environmental groups wrote to the U.S. Trade Representative, Mickey Kantor, stating that that they wanted the trilateral commission established under the NAFTA to be empowered to levy sanctions to ensure compliance with national environmental laws.[16] The enforcement issue was the center of the debate in the United States and Kantor stated that granting enforcement powers to any supranational panel would be unnecessary because "The mere fact of making [problems] public usually persuades the government to react properly."[17] The result from the concerns, debates, and negotiations led to the announcement on August 13, 1993 that trade ministers of the United States, Canada, and Mexico had completed the environmental and labor side agreements. Thus, the North American Agreement on Environmental Cooperation (NAAEC)[18] was born. This Agreement will be further developed in Part II.

C. The NAFTA Environmental "Framework"

The NAFTA Environmental "Framework" involves more than one agreement. It entails the NAFTA text itself, the NAAEC, and the Agreement Concerning the Establishment of a Border Environment Cooperation Commission and a North American Development Bank (BECC/NADBANK).[19] Because it is beyond the scope of this paper to analyze the entire NAFTA document, we will focus on specific parts of the NAFTA text.

First, NAFTA's Preamble includes the overall goals of the Free Trade Agreement and also makes reference to the environment. The Parties agree to "Undertake each of the preceeding in a manner consistent with environmental protection and conservation… Promote sustainable development; Strengthen the development and enforcement of environmental laws and regulations…" Furthermore, Article 104 refers to the relationship between the NAFTA and other environmental agreements, specifically mentioned, and in the case of any inconsistency such agreements shall prevail to the extent of the inconsistency.

Additionally, in Chapter 11, on Investment, Article 1114 refers to Environmental Measures. It states the following:

> 1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.
>
> 2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

The above article responds to the concerns for a "race to the bottom" on environmental regulation in order to attract investment. Despite, the fact that the environmental issue is addressed in the Investment chapter of NAFTA, many of the investment cases in which a private party can sue a NAFTA Party (i.e. the government) have been in fact related to the conflict between investment and environmental concerns. The Metalclad case, in the Mexican context, is a prime example, of many, that demonstrates the clash between investment and environment.[20] In many investment disputes the investors have been able to enforce their rights under NAFTA with large awards being granted to them. On the environmental side, this has not possible.

Second, the BECC and a NADBANK work together with the border communities between the United States and Mexico to develop and finance infrastructure necessary for a clean and healthy environment for residents on both sides of the border.[21] The primary purpose of the Commission "shall be to help preserve, protect, and enhance the environment of the border region in order to advance the well-being of the people of the United States and Mexico."[22] On the other hand, the NADBANK's primary purpose is to provide financing for project endorsed by the United States and by Mexico for a clean and healthy environment for people of both sides of the border. The projects must be certified by the BECC to receive financing from the NADBANK and thus, these two institutions work closely to meet the objectives.[23]

And, third, and most important part for purposes of this work, is the North American Agreement on Environmental Cooperation (NAAEC). It will be discussed in detail in Part II.

PART II – THE NORTH AMERICAN AGREEMENT ON ENVIRONMENTAL COOPERATION (NAAEC)

The NAAEC has a preamble and is divided into seven parts. In the preamble the Parties state that their general intentions regarding their desire to work together on the

environmental topic. In Part One, Article 1, the Objectives state the more specific goals which are to:

> (a) foster the protection and improvement of the environment in the territories of the Parties for the well-being of present and future generations;(b) promote sustainable development based on cooperation and mutually supportive environmental and economic policies; (c) increase cooperation between the Parties to better conserve, protect, and enhance the environment, including wild flora and fauna; (d) support the environmental goals and objectives of the NAFTA; (e) avoid creating trade distortions or new trade barriers; (f) strengthen cooperation on the development and improvement of environmental laws, regulations, procedures, policies and practices; (g) enhance compliance with, and enforcement of, environmental laws and regulations; (h) promote transparency and public participation in the development of environmental laws, regulations and policies; (i) promote economically efficient and effective environmental measures; and (j) promote pollution prevention policies and practices.

The other parts of the NAAEC are divided into: Part Two: Obligations; Part Three: Commission for Environmental Cooperation; Part Four: Cooperation and Provision of Information; Part Five: Consultation and Resolution of Disputes; Part Six: General Provisions; and Part Seven: Final Provisions. The annexes deal with Monetary Enforcement Assessments, Canadian Domestic Enforcement and Collection, Suspension of Benefits, Extent of Obligations, and Country Specific Definitions. This Agreement, although apparently simple in structure, establishes the Commission for Environmental Cooperation (CEC) which "was the first of its kind in the world linking environmental cooperation with trade relations."[24]

A. The Commission on Environmental Cooperation – Institutional Structure

The mission of the CEC is to facilitate collaboration and public participation to foster conservation, protection and enhancement of the North American environment for the benefit of present and future generations, in the context of increasing economic, trade, and social links among Canada, Mexico, and the United States.[25] The institutional structure includes a Council, a Secretariat, and a Joint Public Advisory Committee (JPAC).

The Council of the CEC is the governing body. It consists of the highest-level environmental authorities (cabinet level or equivalent) from each of the NAFTA Parties.[26] The Council is responsible for overseeing the implementation of the NAAEC and provides a forum for discussion of environmental matters within the North American context. It directs the CEC and is responsible for its budget and activities.

The Joint Public Advisory Committee (JPAC) is composed of fifteen citizens from the NAFTA countries.[27] Its vision is to promote continental cooperation in ecosystem protection and sustainable development, and to ensure active public participation and transparency in the actions of the Commission.[28] The JPAC's primary function is to advise the Council on environmental matters within the NAAEC. The public participation is very important

for environmental groups that had historically felt they were excluded from the trade negotiation table.

The Secretariat provides technical, administrative and operational support to the Council.[29] Pursuant to Articles 11 through 13 of the NAAEC, the Secretariat has independent authority to prepare reports for the Council on environmental issues within the scope of the CEC's work. Reports prepared by the Secretariat "may draw upon any relevant technical, scientific, or other information, including information (a) that is publicly available; (b) submitted by the interested non-governmental organizations and persons: (c) submitted by the Joint Public Advisory Committee; (d) furnished by a Party; (e) gathered through public consultations, such as conferences, seminars and symposia; or (f) developed by the Secretariat…"[30] It also investigates submission from citizens and non-governmental organizations that one of the NAFTA Parties is failing to effectively enforce its environmental law.[31] The possibility of citizen complaints also opened new possibilities. It was expected that environmental law enforcement would improve because of the dispute settlement provisions included in the agreement.

B. NAAEC Dispute Settlement

The mechanism by which any person or nongovernmental organization (NGO) can initiate a submission is established in Articles 14 and 15 of the agreement. Pursuant to these articles, any person or NGO residing in one of the NAFTA parties may file a complaint with the Secretariat when one of the Parties is "failing to effectively enforce its environmental law." The Secretariat reviews the submission so that it complies with the requirements established in Article 14 and if it meets the criteria the Secretariat will request a response from the Party. Based on the submission and response, the Secretariat will decide whether it merits developing a factual record (an investigative report) which is eventually published. "By shining a spotlight on instances of noncompliance, this citizen submission procedure may embarrass countries into raising their levels of enforcement."[32] As we can see below, this mechanism has been utilized repeatedly.

Table 2: Citizen Submissions[33]

Year	Number of Submissions	Submissions Against:		
		Can.	U.S.	Mex.
2011	1	1		
2010	4	2		2
2009	5	2		3
2008	3	1		2
2007	5	3		2
2006	7	2	1	4
2005	3			3
2004	7	3	1	3
2003	6	2		4
2002	5	2		3
2001	3	1		2
2000	6	1	2	3
1999	2		2	
1998	7	1	1	5
1997	7	5		2
1996	4	2	1	1
1995	2		2	
TOTAL	**77**	**28**	**10**	**39**

Although Table 2 indicates a significant number of submissions (77), the number of submissions that have resulted in factual records is much less, a total of 16.[34] As of the December 1, 2011, 11 submissions were active and could possibly result in factual records.

The other mechanism is found in Part Five of the agreement which involves disputes between the NAFTA Parties. Pursuant to this section, "Any Party may request in writing consultations with any other Party regarding whether there has been a persistent pattern of failure by that other Party to effectively enforce its environmental law."[35] The agreement provides for the establishment of an arbitral panel which eventually should lead to the issuance of a final report. Based on this report, the disputing Parties may agree on a mutually satisfactory action plan and there may be monetary fines imposed against the non-complying Party.[36] Finally, the NAAEC does provide for the suspension of NAFTA benefits as an enforcement mechanism.[37] However, this mechanism has not been used.

C. NAAEC Success or Failure?

After eighteen years, the North American Agreement on Environmental Cooperation (NAAEC) and its primary institution, the CEC, have a cumulus of experience that is worth studying. First, as stated above, this was the first agreement to address environmental matters within the context of trade and was considered innovative. Having such agreement was considered a success in itself. However, one must now look to what it has accomplished or has failed to do since its creation and evaluate it whether this model has been replicated in subsequent agreements.

On the one hand, important advances have been made due to the very existence of the NAAEC. This agreement encourages cooperation between Canada, the United States, and Mexico. Through such cooperative efforts, extensive training has been provided to Mexican officials.[38] Additionally, the elimination of the use of dangerous pesticides, including chlorodane and DDT is considered an accomplishment under the agreement.[39] Because of increased mutual support, the NADBANK, a consequence of the NAFTA, has provided extensive funding for border projects between Mexico and the United States. Another step forward, or success, is citizen participation. This can be seen both by including the JPAC in the Commission for Environmental Cooperation and by the manner by which disputes can be initiated, by any person or nongovernmental organization.

On the other hand, critics remind us, "the Secretariat report that results from the submissions procedure is not only nonbinding, it is merely a 'factual record' that does not even include a clear conclusion as to whether a party has violated its obligations under the NAAEC."[40] And worse, "both mechanisms [citizen submission and government to government claims] are under the control of the very governments whose conduct would be in question, which have every incentive not to allow the mechanisms to operate in a way that would force them to change their behavior."[41]

One example of the dispute mechanism process is the Cozumel case. This case originated because of plans to construct a pier in Cozumel. When environmentalist became of aware of such plan, and that they endangered a part of the coral reef, they sought recourse to the Citizen Submission Process. "The Submitters allege[d] that the appropriate authorities failed to effectively enforce environmental laws during the evaluation process of the project "Construction and Operation of a Public Harbor Terminal for Tourist Cruises on the Island of Cozumel, State of Quitana Roo."[42] The submitters were able to bring public attention to the case. The Secretariat requested a response from the government and a factual record was developed. Initially the submitters succeeded in a voluntary moratorium on further construction in the area pending the results of the investigation. However, the pier was eventually built.

The first response may be that the process failed and that the NAAEC has not real bite. However, some authors argue the contrary. For example, Jonathan Graubart states, "The proceedings themselves embarrassed the Mexican government, which agreed to the factual record's publication only under heavy pressure from the NAAEC Representation of the United States and Canada."[43] The media attention also put the spot light on the government's performance in its environmental policies. The result may not have been to stop the construction but, Graubart states,

> [T]he petition brought considerable international spotlight on the faulty environmental practices in Mexico, increased local debate on such matters, and forced Mexico to improve its oversight procedures with respect to future developmental projects, making them more transparent. The Mexican Government did, in fact, promise to improve its laws on protecting endangered coral reefs and to develop environmental plan for the Cozumel island.[44]

The mechanism provided by an international agreement did pressure the Mexican government and pushed Mexico in the correct direction, which may not have been possible without such procedure. Thus, a failure on the specific case (stopping the construction) resulted in improving internal procedures for future cases.

Despite the ever increasing citizen complaints, the possibility of stronger enforcement, by an inter-governmental dispute procedure, has not materialized. "No government has ever brought a compliant to dispute resolution under Part Five, and the NAFTA parties have never even negotiated the rules of procedure for the arbitral panel."[45] Thus, the agreement which on paper appears to have "bite" has little enforcement capacity.

PART III. OTHER U.S. FTAs and the Environment

As discussed above (Part II), the environmental groups in the United States were presented, because of the circumstances, an opportunity to participate in NAFTA and their voice was heard to some degree. However, we should ask whether the concerns of these groups were further promoted in subsequent free trade agreements or not. Whether NAFTA served as a starting point by which the trade and environment issue could be further developed is a task some others have recently discussed. Thus, this part first presents the FTAs that the United States has negotiated after NAFTA, and then discusses scholarly work as to the progress, or lack thereof, on the subject. It then specifically looks at one agreement, the FTA with Peru to discuss new developments.

According to the Office of the United States Trade Representative (USTR), "Trade Agreements can create opportunities for Americans and help grow the U.S. economy."[46] It is the USTR that is responsible for administering U.S. trade agreements which involves monitoring trading partners' implementation of the agreements, enforcing America's rights under the agreements, and negotiating and signing new agreements to advance the Presidents trade policy.[47] The USTR publishes that the U.S. currently has FTAs with 19 countries and as part of its efforts related to environmental concerns has created the USTR's Office of Environment and Natural Resources (ENR).

The USTR's Office of Environmental and Natural Resources (ENR) "had broad responsibilities to leverage trade negotiations and relationship to pursue environmental achievements."[48] It does so at both the multilateral context (WTO) and in the free trade agreements. This office has several activities which include working with other USTR office to develop and implement policies related to foreign environmental measure that impact U.S. trade interests, it represents the USTR in multilateral environmental agreements, conducts environmental review on multilateral and FTA negotiations, and negotiates environmental chapter in all FTAs.[49]

A. Unites States Free Trade Agreements since NAFTA

After the signing of NAFTA, the United States has entered into other free trade agreements. Table 2 summarizes the countries that the United States has signed FTAs with and, as can be observed, some have not entered into force. Nonetheless, it is important to highlight that for the most part, the new FTAs do have a chapter that deals with the environment, as opposed to a side agreement (i.e. an afterthought).

Table 3: U.S. FTAs after NAFTA[50]

Year	Country	Year entered into force	Environ. Chapter
2007	Panama	pending	17
2007	Korea	pending	20
2006	Oman	2009	17
2006	Peru	2006	18
2006	Colombia	pending	18
2004	Australia	2005	19
2004	Bahrain	2006	16
2004	Dominican Republic-	El Salvador 2006	17
	Central America	Honduras 2006	
		Nicaragua 2006	
		Guatemala 2006	
		Dom. Repub. 2007	
		Costa Rica 2009	
2004	Morocco	2006	17
2003	Singapore	2004	18
2003	Chile	2004	19
2000	Jordan	2010	Article 5

However, if we delve into the agreements we may see whether having an environmental chapter has in fact meant an improvement in the protection of the environment.

B. U.S. FTA with Peru

The United States-Peru Trade Promotion Agreement (PTPA) entered into force on February 1, 2009.[51] As previously mentioned, and unlike the NAFTA, the PTPA includes a chapter on environment in the main text, not as a side agreement. The objectives, included in Chapter Eighteen, state the following:

> Recognizing that each Party has sovereign rights and responsibilities with respect to its natural resources, the objectives of this Chapter are to contribute to the Parties' efforts to ensure that trade and environmental policies are mutually supportive, to promote the optimal use of the resources in accordance with the objective of sustainable development, and to strive to strengthen the links between the Parties' trade and environmental policies and practices, which may take place through environmental cooperation and collaboration.[52]

The above is a much stronger statement than that found in NAFTA's preamble and apparently, by dedicating a chapter to environment, there seems to be more weight given to the importance of environmental concern by both Parties. Furthermore, in 18.3 paragraph 2 "The Parties recognize that it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in their respective environmental laws."

This is the classic clause to avoid a race to the bottom as is found in the NAFTA. The problem arises when there are no laws to afford such protection within one of the contracting Parties' territories. If such is the case, then the criticisms to NAFTA's environmental side agreement, primarily, that it has no bite, would also apply to this agreement.

The PTPA appears to follows the NAFTA model in format. It establishes an Environmental Affairs Council which shall consider and discuss the implementation of the Environmental Chapter.[53] Nonetheless, this Council is not a permanent institution, like the CEC of NAFTA. It does not have a budget assigned to it nor does it create a lasting institutional framework. In the Peru Agreement public participation is also encouraged by allowing interested persons to request a Party's competent authorities to investigate alleged violations of environmental laws. The language of the citizen submission process follows that which was established under the NAFTA context. Yet, in the PTPA the submissions will be made to a secretariat or other appropriate body that the Parties designate.[54] Once again, the PTPA does not establish a new permanent mechanism. The Parties simply agree to agree. Thus, the secretariats will be established at the national level. This may defeat the effectiveness because persons will submit their complaint to an entity of the government which makes a claim against that government itself. Consequently, it can be argued that this U.S. agreement was not an improvement from the NAFTA environmental side agreement.

On the other hand, the PTPA does show signs of progress in one particular sector, forestry. Annex 18.3.4, Forest Sector Governance, is included to address the concern about illegal logging in Peru's forests. Therefore, this Annex requires Peru to take specific steps to increase the effectiveness of its enforcement laws relating to timber harvesting and timber trade. It establishes the actions that Peru must take within 18 months after the PTPA enters into force which include, among others: increasing the number and effectiveness of personnel devoted to enforcing Peru's laws, regulation, and other measures related to the harvest of and trade of timber; developing and implementing anti-corruption plan for officials in charge of forest resources; increasing the number of enforcement personnel; heightening penalties for criminal conduct; and improving compliance with the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES). Thus, the U.S. seems to have taken a stronger stance in this agreement.

C. Lost opportunity to move forward

The critics of the this agreement claims that "the enormous social, political, and environmental costs of the free trade model are no longer acceptable" [55] Laura Carlsen argues that there is not only a conflict between those that want to open the Amazon to foreign investment, particularly gas and oil extraction, and those that want to conserve it, the indigenous people, and that the U.S. government "must rethink this free-trade model and begin to listen to voices from the bottom of the economic ladder. The crisis compels a new vision of sustainable growth and social equity…"[56]

Furthermore, the main criticism to the Annex on the Forest Sector is that this small improvement for environmental concerns does not include any funding to help Peru implement these provisions. Therefore, "without committed funding, these provisions may become nothing more than potential and promises unfilled."[57] A different and a much more

positive setting would have included funding through a bank, comparable to the NADBANK, or other forms of assistance to Peru. Additionally, the actions that Peru had to take were not immediate, but should be adopted 18 months later. This was criticized because, some argue, the safeguards should have been implemented immediately to protect those resources from the increased attention likely to follow the lowering of the barriers.

Nonetheless, one must look to other data to assess the impact of trade agreements on the environment. One economic study directly asks "Is Trade Good for the Environment?"[58] The author's research is on "how" openness to international markets affects pollution levels to assess the environmental consequences of international trade and through economic models comes to an interesting conclusion: "if trade liberalization raises GDP per person by 1 percent, then pollution concentrations fall by about 1 percent. Free trade is good for the environment."[59] Thus, in accordance with this economic study, and despite the criticisms, the United States should continue to negotiate and implement new free trade agreements. And, perhaps, if it is serious about responding to environmental concerns, allocate resources to help its trade partners implement and comply with measures that may lead to progress on this topic.

PART IV: OTHER MEXICAN FTAs

The Mexican government has demonstrated a continued commitment to trade liberalization. Since its entry into GATT and the entry into force of NAFTA, Mexico has continued on the path of opening new markets. It has done so for a variety of reasons including the possibility of attracting foreign investment, creating jobs, increasing wages, reducing poverty, and, perhaps most importantly, reducing its dependence on the United States. The United States is Mexico's primary trading partner and approximately 82% of Mexico's exports go to the Unites States while 50% of its imports come from the United States.[60] For this reason, other free trade agreements allow Mexico to diversify its markets.

According to the Secretaría de Economía (Ministry of Economy of the Mexican Government, SE), the treaties and agreements are "instruments that seek to facilitate commercial exchange…, that is, to extend beyond our borders the industrial and commercial policy of Mexico."[61] The SE is responsible for "promoting, in coordination with the Ministry of Foreign Affairs, the country's international trade…"[62] and "coordinate, within its scope of authority, with the national bodies established pursuant to the applicable provisions of the international trade agreements that Mexico is a part of."[63]

The SE, through its Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (International Trade Practices Unit, UPCI), is authorized to "create and propose, within the scope of its jurisdiction, the projects for initiatives for reforms and additions to … treaties and international trade agreements, regulations, decrees, agreements, and provisions of a general character."[64] The Unit responsible for International Negotiations coordinates the administration of the free trade agreements in force, within the scope of its authority, and, through the General Direction of International Trade, it participates in the design, instrumentation, evaluation, promotion, administration, and supervision of the compliance of the international trade instruments and programs, including the necessary measure for

the compliance of the obligations derived from the international trade agreements and treaties that Mexico is a part of.[65]

The SE publishes the free trade agreements that Mexico has with several countries and the NAFTA not only is important because of the economic capacity of its partners, but, for purposes of this work, for the provisions it established for environmental matters with its partners. However, in comparison to the United States, Mexico does not have a specific body or unit that is exclusively in charge of the protection of environmental interests when negotiating free trade agreements. Unlike the USTR's ENR office, Mexico has different offices in the federal public administration that must coordinate with each other in terms of environmental protection when considering a new trade agreement. These offices include the International Negotiations Unit within the SE, the Legal Department, the Unit that Coordinates International Affairs within the Ministry of Foreign Affairs, the Ministry of Environment and Natural Resources, and the Legal Department of the Ministry of Foreign Affairs.[66] These offices and units within the different ministries should work in coordination to promote environmental protection in the negotiation of new trade agreements, but, this does not happen as one would expect.

A. Mexico's Free Trade Agreements post-NAFTA

In its efforts to promote Mexican interests and decrease Mexico's dependence on its primary market, the United States, a series of free trade agreements have been signed and implemented by Mexico. In this continued effort to expand its markets, one should also ask whether the concern for the environment continues to be present or whether this topic is being ignored in subsequent FTAs. The Table below demonstrates Mexico's free trade agreements. It also notes whether the FTAs have a chapter, article, or side agreement that addresses environmental concerns.

Table 4 - Mexico's FTAs after NAFTA[67]

Year Signed	**Country**	**Year entered into force**	**Environ. Chapter**
2011	Peru	2012	
2004	Japan	2005	Chapter 14 Article 147
2003	Uruguay	2004	
2000	Iceland, Liechtenstein, Norway, Switzerland	2001	
2000	El Salvador, Guatemala, Honduras	2001	
2000	Israel	2000	
1997	European Union	2000	
1998	Chile	1999	
1997	Nicaragua	1998	

1994	Bolivia	1995	
1994	Costa Rica	1995	
1994	Colombia	1995	Chapters 14 and 17, Articles 1405, 1406,1407, 1409, 1414,1417, 1713

A quick glance at the above table will certainly disappoint environmentalist that had hoped that the North American Agreement on Environmental Cooperation could serve as a template and that subsequent agreements would perhaps build on it. One can observe the development of Mexico's emphasis on market diversification through it web of free trade agreements. However, progress on the topic of the environment may not have developed with the same pace. Nonetheless, a study of Mexico's free trade agreement with Peru may shed some light on how similar or different, the United States and Mexico are acting with regards to the issue of trade and environment.

B. Mexico's FTA with Peru

The Mexican Free Trade Agreement with Peru was ratified in 2012. Despite continued protests from some sectors,[68] the negotiations were concluded on April 6, 2011[69] and the treaty went into force until February 1, 2012.

(I) The text of the Free Trade Agreement with Peru contains chapters that contain the common topics of international trade agreements. The agreement is divided as follows: Initial Provisions
(II) General Definitions
(III) Market Access
(IV) Rules of Origin
(V) Mutual Recognition of Designations of Origin
(VI) Safeguard Clauses
(VII) Sanitary and Phytosanitary Measures
(VIII) Technical Barriers to Trade
(IX) Unfair Trade Practices
(X) Cross-border Trade in Services
(XI) Investment
(XII) Financial Services
(XIII) Entry and Temporary Stay of Business Persons
(XIV) Mutual Recognition of Certificates of Studies, Titles and/or Academic Degrees
(XV) Dispute Resolution
(XVI) Transparency
(XVII) Treaty Administration
(XVIII) Exceptions
(XIX) Final Provisions

The provisions related to the environment are contained in Article 11.17 of the treaty. This Article states the following:

> 1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investments in its territory are undertaken taking into account environmental concerns.
>
> 2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

Another part in this same chapter refers to performance requirements in Article 11.7 which also mentions environment in terms of the performance requirements which are prohibited. Both of the above articles of the Mexico-Peru agreement are almost identical to NAFTA's Article1114 and Article 1106. The language is indistinguishable. However, the internal application of the international commitments is the major distinction. If, as discussed above, Mexico has not created the internal administrative bodies to implement these commitments then we are back to square one. Mexico can continue to enter into new agreements but the assurance that it can protect the environment and carry out its responsibilities under the agreements in this topic are doubtful if it does not have the institutional framework and resources available to do so.

PART V: LESSONS AND CONCLUSIONS

The North American Agreement on Environmental Cooperation was an innovative agreement that provided the NAFTA Parties the opportunity to raise the trade and environment issue and it took steps in the right direction. It provided the forum for cooperation between Canada, the United States, and Mexico and has had some degree of success. It has not only promoted cooperation between the Parties, it has acted as a catalyst, through public scrutiny and exposure, for the governments to enforce their environmental laws. In the case of Mexico citizen submissions have led to media pressure when noncompliance is present and perhaps without the NAAEC this would not have been possible. Therefore, the NAAEC was a major achievement in the North American context and established the minimum standard which should have been followed by subsequent agreements.

The NAAEC provided a mechanism for the contracting parties to deal with the environmental impact of increased trade. The countries involved share extensive borders and perhaps for this reason there has been continued interest in projects that may help alleviate some of the burden placed on the environment by more trade. A financial institution to face these burdens was established, the NADBank. Nonetheless, as seen in previous sections, subsequent agreements have not provided for funding which is a

strong indicator of how serious the countries are to improving the environment.

It appears on paper that the United States has taken action to include environmental concerns in subsequent trade agreements. In the case of Peru an argument can be made that there was an improvement from the NAAEC. Nonetheless, if the commitments made on paper are not supported by funding, countries such as Peru may not have real power (or political will) to comply with the requirements that seek to promote an environmental agenda.

In the case of Mexico, it appears that the environmental agenda is not a strong participant in the negotiation process in other FTAs. With minor exceptions, subsequent FTAs have not built on that which was accomplished in the NAFTA context. If we take the most recent FTA with Peru, an argument can be made that Mexico has taken a step back in this regards. Or, once again, we can fall back on the premise that Mexico's lack of strong environmental language in subsequent agreements is due to a lack of shared physical space with its other partners. And, in the case of those countries who have common development issues, the primary concern is promoting growth at this time and other concerns may have to wait.

The recent financial crisis which initiated in the United States has created a tough global economic scenario in many regards. In times of crisis, development, employment, growth, and even security take center stage. Both in Mexico and the United States the 2012 elections have been the primary concern of the media. Environmental matters may have to wait until after the political scenario becomes clear. We will, of course, hear environmental issues included in the campaign rhetoric but strong actions will have to wait until after the political storm has passed. Whether those actions are included in the international trade agenda remains to be seen.

Bibliography:

Treaties:
Agreement Concerning the Establishment for a Border Environmental Cooperation Commission and a North American Development Bank, U.S.-Mex., Nov. 18, 1993.
North American Agreement on Environmental Cooperation, U.S.-Can.-Mex., Sept. 14, 1993, 32 I.L.M. 1480.
North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, U.S.-Can,-Mex. I.L.M. 289 (entered into force Jan. 1, 1994).
Books:
Lustig, Nora, Mexico, The Remaking of an Economy, Brookings Institute Press (1998).
Sigmond, Karen B., Mexican Banking Laws, Evolution into NAFTA and the Global Economy, VDM Verlag (2008).
Journals:
Antweiler, Werner, et. al, "Is Free Trade Good for the Environment?" The American Economic Review, Vol. 91, No. 4 (Sept. 2001).
Garver, Geoff, Tooth Decay, 25 Envtl. F. 34, 35, (2008).
Graubert, Jonathan, Giving Meaning to the New Trade-Lined "Soft Law" Agreements on Social Values: A Law-in-Action Analysis of NAFTA's Environmental Side Agreement, 6 UCLA Jo.Intl. L. & Foreign Aff. 425 (2001-2002).
Knox, John H., The Neglected Lessons of the NAFTA Environmental Review, 391 Wake Forest Law Rev. 396 (2010).
Raustiala, Kal, The Political Implications of the Environmental Provisions of the NAFTA Environmental Side Agreement: The CEC as Model for Future Agreements, 25 Envtl.L. 31 (1995).
Torres Ramírez, Blanca, A diez años de la firma de los acuerdos paralelos al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Foro Internacional, Vol. 44, No. 3, (Jul. - Sep. 2004), El Colegio de México (2004)
Wold, Chris, Evaluating NAFTA and the Commission for Environmental Cooperation: Lessons for Integrating Trade and Environment in Free Trade Agreements, 28 St. Louis U.Publ. L. Rev. 201, 204 (2008).

Other Sources:

www.cec.org
www.banxico.gob.mx
www.economia.gob.mx
www.fas.org
www.nadb.org
www.sre.gob.mx
www.ustr.gov.
www.wto.org
(Endnotes)

Notas:

1 North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, U.S.-Can,-Mex I.L.M. 289 (entered into force Jan. 1, 1994).

2 See http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/inbrief_e/inbr01_e.htm. The Uruguay Round (1986-1994) resulted, among other agreements, to the creation of the World Trade Organization (WTO) (date last consulted July 1, 2012).

3 See Karen B. Sigmond, Mexican Banking Laws, Evolution into NAFTA and the Global Economy, VDM Verlag (2008).

4 Created with data from the Banco de México. www.banxico.gob.mx (date last consulted Oct. 3, 2011).

5 CAMACRO, Centro de Análisis Macroeconómico, Modelo Prospectivo de la Economía Mexicana, MOPEM, Banco de Datos de la Economía Mexicana 1980-2012, p. 62.

6 Nora Lustig, Mexico, The Remaking of an Economy, 29 (1998).

7 CEC, The North American Mosaic: A State of the Environment Report, Report of the Commission for Environmental Cooperation, 2002, at 9-10, available at www.cec.org (date last consulted Oct. 3, 2011).

8 Priscilla S. Wisner and Marc J. Epstein, "Push" and "Pull" Impacts of NAFTA on Environmental Responsiveness and Performance in Mexican Industry, Research Paper presented at the Third North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade, November 30 – December 2005 (February 2006). http://www.cec.org/Storage/58/5071_Final-Wisner-T-E-Symposium05-Paper_en.pdf (date last consulted Oct. 3, 2011). In Nehrt's (1998) typology of environmental culture, the culture in Mexico prior to the mid-1990's could be best described as falling between no effective regulation to one containing some elements of command and control.

9 Id.

10 Id. The 2,000 inspections in two decades is an extremely low number. As a consequence of the creation of new environmental regulations and a new environmental oversight agency (Procuraduria Federal de Protección al Ambiente, PROFEPA) between 1995 and 1998 PROFEPA performed 50,000 inspections (in a three year period).

11 Id.

12 Id.

13 See WTO, Cross Cutting and New Issues, Chapter Four, Subjects that cuts across the agreements and some newer agenda items, www.wto.org, http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/utw_chap4_e.pdf (date last consulted Oct. 3, 2011).

14 Id.

15 Id.

16 Kal Raustiala, The Political Implications of the Environmental Provisions of the NAFTA Environmental Side Agreement: The CEC as Model for Future Agreements, 25 Envtl. L. 31 (1995).

17 Id.

18 North American Agreement on Environmental Cooperation, U.S.-Can.-Mex., Sept. 14, 1993, 32 I.L.M. 1480 (hereinafter NAAEC).

19 Agreement Concerning the Establishment of a Border Environment Cooperation Commission and a North American Development Bank, U.S.-Mex., Nov. 16-18, 1993, T.I.A.S No. 12,516 (hereinafter BECC/NADBank Agreement).

20 The Metalclad Corp. v. United Mexican States involves a U.S. investor that wanted to set up a waste processing plant and landfill in San Luis Poltosí where a federal building permit was obtained but local municipal construction permits were denied. Local opposition prevented the plant from opening and operating because of environmental concerns. Metalclad brought a NAFTA Chapter 11 action against Mexico for expropriation and claimed that Mexico had failed to provide fair and

equitable treatment. A special tribunal, established pursuant to the dispute resolution mechanism of the same chapter, and operating under the rules of the International Center for the Settlement of Disputes (ICSID, Additional Facility Rules) of the World Bank, decided in favor of the investor, against Mexico in an amount over 16 million dollars (which was later reduced by a Canadian court based on a Mexican appeal of error). See Metalclad Coroporation v. United Mexican State, Case No. ARB (AF)/97/1available at https://icsid.worldbank.org/ (date last consulted Jan. 1, 2012).
21 See http://www.nadb.org/ (date last consulted Oct. 3, 2011).
22 BECC/NADBank Agreement, supra note 20, Chapter I, Article 1.
23 As of June 20, 2011, "of the 149 certified projects financed by the NADB… 75 have completed both construction and financing…"See http://www.nadb.org/pdfs/Completed_Projects_Eng.pdf (date last consulted Oct. 3, 2011).
24 CEC Review Committee, Ten Years of North American Environmental Cooperation, Report of the Ten-year Review and Assessment Committee, June 15, 2004. See www.cec.org (date last consulted Oct. 3, 2011).
25 http://www.cec.org/Page.asp?PageID=122&ContentID=1116&SiteNodeID=310 (date last consulted Jan. 1, 2012).
26 http://www.cec.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNodeID=207&BL_ExpandID=158 (date last consulted Jan. 1, 2012).
27 Five citizens from each country. http://www.cec.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNodeID=208 (date last consulted Jan. 1, 2012).
28 http://www.cec.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNodeID=208 (date last consulted Jan. 1, 2012).
29 http://www.cec.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNodeID=206 (date last consulted Jan. 1, 2012).
30 NAAEC , supra note 19, at Article 13 (2).
31 Id, at Articles 14 and 15.
32 John H. Knox, THE NEGLECTED LESSONS OF THE NAFTA ENVIRONMENTAL REGIME, 391 Wake Forest Law Rev. 396 (2010).
33 Table created by author with information from CEC webpage. http://www.cec.org/Page.asp?PageID=751&SiteNodeID=250 as of Dec. 1, 2011.
34 See CEC webpage, http://www.cec.org/Page.asp?PageID=751&SiteNodeID=250 (date last consulted Dec. 1, 2011).
35 NAAEC, supra note 19, at Article 22.
36 Id., at Articles 32-34.
37 Id., at Article 36.
38 See www.cec.org (date last consulted Jan. 1, 2012).
39 Chris Wold, EVALUATING NAFTA AND THE COMMNISSION FOR ENVIRONMENTAL COOPERATION: LESSONS FOR INTEGRATING TRADE AND ENVIRONMENT IN FREE TRADE AGREEMENTS, 28 St. Louis U. Publ. L. Rev. 201, 204 (2008).
40 James H. Knox, The Neglected Lessons of the NAFTA Environmental Regime, 45 Wake Forest Law Rev. 397 (2010).
41 Id.
42 Secretariat for the N. Am. Comm. For Envtl. Cooperation, Final Factual Record in re Cruise Ship Pier project in Cozumel, Quintana Roo, SEM:-96-001 (Oct. 24, 1997) [hereinafter Cozumel] available at http://www.cec.org/Storage/66/5989_ACF17D1.PDF (date last consulted Jan. 1, 2012).
43 Jonathan Graubart, Giving Meaning to New Trade-Linked "Soft Law" Agreements on Social Values: A Law-in-Action Analysis of NAFTA's Environmental Side Agreement, 6 UCLA J. Int'l. L. & Foreign Aff. 425 (2001-2002).
44 Id.

45 Geoff Garver, Tooth Decay, 25 Envtl. F. 34, 35, 38 (2008).
46 See USTR webpage, http://www.ustr.gov/trade-agreements (date last consulted July 1, 2012).
47 Id.
48 http://www.ustr.gov/trade-topics/environment (date last consulted July 1, 2012).
49 Id.
50 Table created by author with sources from http://www.ustr.gov/trade-agreements.
51 Trade Promotion Agreement, U.S.-Peru, April 12, 2006. http://www.ustr.gov/trade-ageements/free-trade-agreements/peru-tpa (date last consulted July 1, 2012).
52 Id.
53 Id. at Article 18.6.
54 Id. at Article 18.8.
55 Laura Carlsen, edited by Joh Felffer, "Trade Agreements Kills Amazon Indians" June 18, 2009, http://www.fpif.org/articles/trade_agreement_kills_amazon_indians (date last consulted Jan. 1, 2012).
56 Id.
57 Wold, supra note 40, at 420.
58 Is Free Trade Good for the Environment?
Author(s): Werner Antweiler, Brian R. Copeland, M. Scott Taylor
Source: The American Economic Review, Vol. 91, No. 4 (Sep., 2001), pp. 877-908
Published by: American Economic Association
Stable URL: http://www.jstor.org/stable/2677817
Accessed: 30/06/2011 The authors use a theorectical model to divide trade's impact on pollution into scale, technique, and composition effects and then use this theory on sulfur dioxide concentrations.
59 Id.
60 M. Angeles Villareal, Mexico's Free Trade Agreements, Congressional Research Service, 8-27-2009, available http://www.fas.org/sgp/crs/row/R40784.pdf (date last consulted January 1, 2012).
61 Translation by the author of this work. Secretaría de Economía (2011), Conoce la SE: Comercio Exterior: Tratados y Acuerdos. Available at http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_Tratados_Acuerdos (date last consulted January 1, 2012).
62Translation by the author of this work. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Article 34 section IV. Available at: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/153.doc (date last consulted January 1, 2012).
63Translation by the author of this work. SE Internal Regulation, Article 5 section 5. Available at: http://www.apps.intranet.economia.gob.mx:8080/normateca/normateca1.jsp?id=384. (date last consulted January 1, 2012).
64 Id. at Article 16, section XXII.
65 Id. at Article 25, section I.
66 See www.sre.gob.mx; www.se.gob.mx; www.semarnat.gob.mx (date last consulted January 1, 2012).
67 Table created by author with sources from www.economia.gob.mx as of July 1, 2012.
68 The agricultural sector in Mexico is lobbying extensively for it not to be ratified by the Mexican Senate because, they claim, they were not considered in the negotiations and the FTA could affect some key national products. See Critica sector agragria eventual TLC con Peru, http://www.informador.com.mx/economia/2011/285167/6/critica-sector-agrario-eventual-tlc-con-peru.htm
69 Public Bulletin No. 68, April 6, 2011, available at http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_Boletines (date last consulted May 1, 2012).

BREVE ANÁLISIS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN MÉXICO

*Arturo D. Argente Villarreal**

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Origen de las acciones colectivas en México. 3. Casos trascendentes en México. 4. La reforma al artículo 17 Constitucional. 5. Marco Jurídico de las leyes secundarias. Conclusiones.

* Doctor en Derecho (PhD) por la Universidad de Tulane, USA. Director del Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Toluca.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho como fenómeno social ha pretendido a través de los tiempos dar una respuesta a las nuevas necesidades que día a día inciden en el desarrollo de nuestra sociedad. El comercio internacional y la tecnología no dejan de desarrollarse a un ritmo inusitado; esto ha provocado un desmesurado tráfico de bienes, motivando el incremento en el consumo por parte del consumidor. En esta complejidad contemporánea no solo se originan daños a personas en lo individual sino a grupos de personas que representan un alto porcentaje de la población. Este daño se puede causar a través de información dolosa que engañe a la sociedad o productos de mala calidad que produzcan un daño que altere la salud de miles de consumidores. Es indudable que todo individuo que resulte afectado por el uso de un producto puede realizar la aventura de presentar una demanda de manera individual, sin embargo esta empresa presenta obstáculos que son difíciles de superar. Impedimentos tales como, la búsqueda de una justa retribución por parte del consumidor afectado, actuar ante las violaciones en masa cuando no es posible identificar a muchos de los interesados, legitimar a alguien para que represente a un grupo de personas afectadas, la formalidad para presentar una demanda, la representación de los ausentes; la facultad para transigir con el productor que causo el daño, acreditar el interés legal para actuar, en pocas palabras como defender el interés colectivo de la gente afectada.

El presente artículo plantea la comprensión de una figura del derecho conocida como acción colectiva, con el objetivo de entender que la condición humana se obliga a regular sus condiciones de mejora constante.

Partiendo de un breve análisis del origen y concepción de lo que significa nuestra figura objeto de estudio, se aportan elementos que conforman este concepto. Asimismo, se apunta cuál es el fundamento que respaldan a las acciones colectivas en nuestro país y el marco normativo a través de cual se regula. Se concluye este artículo resaltando tanto aspectos positivos como mencionando las áreas de oportunidad que rodean al concepto de acciones colectivas en nuestro sistema legal.

2. ORIGEN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN MÉXICO.

El mundo moderno ha vuelto más selectivo el acceso a la justicia. Cada vez grandes sectores de la población pierden la esperanza de hacer valer sus derechos ante las autoridades competentes. Factores como la ignorancia, temor, incertidumbre y falta de confianza en las instituciones, hacen que esta tarea sea para muchos una aventura de mucho riesgo. Los individuos que no hacen valer sus derechos son prácticamente poseedores de ningún derecho. Esto deja sin sentido cualquier “Estado de Derecho” de una nación. Esta situación ocupa a los juristas y gobiernos que están interesados en diseñar procedimientos adecuados para que la creciente masa de individuos afectados pueda acceder a la administración de justicia. Dentro de estos procedimientos se encuentra la aportación de las acciones colectivas las cuales abordan el tema de la certeza jurídica que tanto afecta a este sector de individuos que buscan hacer valer sus

derechos.

Daniel Gershenson, cofundador de AlConsumidor, explica que “la acción colectiva es un instrumento jurídico que faculta a un grupo organizado o disperso para obtener resarcimientos económicos por malas prácticas. Las materias de aplicación son prácticamente ilimitadas”.[1]

Es decir, como toda “acción” en su acepción jurídica, las acciones colectivas son el derecho que tiene un determinado grupo social, tales como consumidores, usuarios de servicio, etcétera, para solicitar a una autoridad competente, principalmente jurisdiccional, que resuelva una controversia que afecta sus derechos.

A través de las Acciones Colectivas cualquier grupo de personas con intereses comunes, relacionadas por circunstancias de hecho o por derecho comunes o aquellos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho, tienen derecho a reclamar judicialmente la reparación del daño causado al grupo demandante o colectividad en general.[2]

La reparación del daño puede consistir en una condena de hacer o dejar de hacer, pago en equivalencia o restitución de las cosas.

En principio, basta que se produzca un daño a una colectividad con motivo de un acto ilícito, para que se pueda iniciar una acción colectiva. Sin embargo, la Ley es enfática en cuanto a que estas acciones solamente pueden promoverse en materias relacionadas con consumo de bienes, servicios (públicos y privados) así como el medio ambiente.[3]

3. CASOS TRASCENDENTES EN MÉXICO

Anterior a la reforma constitucional de 2010 y la reforma procesal del año 2012 sobre el tema de las acciones colectivas en México, la Ley Federal de Protección al Consumidor habría de incluir, en su artículo 26, la llamada acción de grupo. Para velar a favor de esta figura, en 2007 la Procuraduría en la materia (Profeco) emprendió las siguientes acciones:

1. 30 de abril de 2007, contra Air Madrid Líneas Aéreas, S.A., por ocasionar daños a 459 consumidores por suspender el servicio.
2. 6 de julio de 2007, contra Líneas Aéreas Azteca, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 620 consumidores al suspender el servicio.
3. 26 de marzo de 2008, contra la Constructora CTU, por ocasionar daños a 84 consumidores al entregar viviendas con fallas estructurales construidas en el fraccionamiento Rincones de Sierra Azul, en Chihuahua, Chihuahua.
4. 27 de febrero de 2009, contra Aero California, S.A. de C.V., por ocasionar daños a los consumidores al suspender el servicio.
5. 4 de agosto de 2009, contra el Consorcio Aviacsa S.A. de C.V., por ocasionar daños a los consumidores al suspender el servicio. Reclaman el pago de varias prestaciones, como las cantidades entregadas por virtud del contrato de transporte aéreo, las cantidades adicionales erogadas por el incumplimiento, el pago de una indemnización a cada consumidor que no sea inferior al 25% del precio del boleto o

billete de pasaje o de la parte no realizada del viaje.

6. 3 de agosto de 2009, contra la Constructora Graciano y Asociados, S.A. de C.V., debido a que en algunos casos incumplió con la entrega de viviendas en los plazos pactados y en otros casos no otorgó la escritura pública de compraventa de los inmuebles, libres de todo gravamen, ocasionando daños a 80 consumidores de Durango.

7. 18 de febrero de 2010, contra Nokia México, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 121 consumidores a nivel nacional, a quienes no hizo válida la garantía de calidad respecto de los equipos de telefonía que distribuye.

8. 17 de marzo de 2010, contra Azcué Muebles, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 281 consumidores al incumplir con la entrega de los bienes adquiridos y no hacer efectiva la garantía de los productos.

9. 11 de mayo de 2010, contra Mupen, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 49 consumidores al incumplir con la entrega de los bienes adquiridos y no hacer efectiva la garantía de los productos.

10. 9 de julio de 2010, contra Construcciones y Edificaciones Andha, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 425 consumidores al incumplir con la entrega de lotes, negarse a devolver el pago de ahorro y las mensualidades entregadas.[4]

La Primera Sala de la Suprema Corte resolvió en lo que respecta a la acción de grupo dos amparos directos, con los cuales estableció un antecedente relevante en esta materia. La resolución fue propuesta por el ministro José Ramón Cossío, para resolver un litigio y se determinó que los efectos de la sentencia, condenatoria para una empresa constructora, no se limitaban a los consumidores que hubieran presentado quejas ante esta Procuraduría o que participaron en el juicio principal, sino que cubría a todos los miembros de la clase afectada, definida por el hecho de poder estar afectados por la fuente de daño, además de determinar que la empresa indemnizara a los condóminos.[5]

Los efectos de las sentencias que se dicten en tal materia se extenderán a todos los consumidores que hayan resultado afectados por las conductas de proveedores de bienes o servicios que les causaran daños o perjuicios, no resultando importante su participación o no en el juicio correspondiente, acreditando su calidad de perjudicados.[6]

La doble función que poseía la acción de grupo constaba por una parte en proteger con mayor extensión a consumidores afectados por la obtención de bienes o servicios producidos y comercializados en masa y, por otra, estimulaba a la mejora de controles de calidad de los mismos proveedores tanto en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Sin embargo, cabe mencionar que la acción de grupo se tramitaba por la vía ordinaria civil federal, puesto que se encontraba destinada para tramitar acciones individuales, por ello no incluía los elementos de la acción colectiva.

4. LA REFORMA AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

Tradicionalmente se ha considerado que la figura del juicio de amparo es suficiente

para defender a los ciudadanos contra abusos de autoridad, pero la realidad social y las relaciones entre gobernados, y de éstos con las autoridades, son más complejas, por lo que el amparo, y la ley que la regula, hoy en día han quedado rebasadas y cada vez se perciben más insuficientes para exigir derechos generales de toda la población, de todas las personas que en un momento se podrían ver perjudicadas con el acaparamiento, el monopolio o el manejo de los precios, ecología o la salud.

Durante la LX Legislatura de la Cámara de Diputados se aprobaron algunas reformas constitucionales en las que se encuentra la siguiente: reforma al párrafo tercero del artículo 17, para establecer acciones colectivas[7], mismas que pasaron como minutas al Senado de la República:

> *Artículo 17.*
> *"El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos."*

El dictamen aprobado por el Senado y en Comisiones de Diputados que propone cambios sustanciales al artículo 17 constitucional busca tener un sistema de acciones colectivas eficaz, accesible y efectiva la justicia para la ciudadanía. Aún así queda sin comprender aspectos básicos como el tema de los derechos humanos. Es importante señalar que México tiene compromisos internacionales de acceso a la justicia, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, con los que como Estado miembro se compromete a adoptar sistemas de acceso e impartición de justicia, eficaces, accesibles y asequibles capaces de restituir a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos.

5. MARCO JURÍDICO DE LAS LEYES SECUNDARIAS

Así como se introdujo en la Constitución la figura de las acciones colectivas y se facultó al Congreso de la Unión para expedir las leyes secundarias en la materia[8], los principales objetivos de esta reforma son establecer mecanismos e instrumentos procesales sencillos, que hagan posible el ejercicio pleno de los derechos colectivos y permitan su defensa; con esto se busca facilitar el acceso a la justicia y la resolver conflictos sociales en forma pacífica, económica, pronta y expedita.

El 7 de septiembre de 2010 el senador Jesús Murillo Karam presentó una Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Dos meses después, el 9 de diciembre de 2010, el dictamen de las comisiones referidas fue aprobado ante el pleno de la Cámara de Senadores por 72 votos y enviada la minuta a la Cámara de Diputados. Finalmente,

el 28 de abril de 2011 el pleno de la Cámara de Diputados aprobó la minuta del Senado sin hacer ninguna modificación.[9]

La reforma constitucional estableció el plazo de un año para la creación de la legislación secundaria. El núcleo de la reforma procesal fue la inclusión de un nuevo libro, titulado de las acciones colectivas, en el Código Federal de Procedimientos Civiles (de ahora en adelante CFPC) (artículos 578 a 626). Aquí se definieron las áreas de aplicación de estos nuevos derechos; los tipos de derecho; los sujetos legitimados para promoverlas; las medidas cautelares; los mecanismos de incorporación al grupo y, entre otras cosas, los tipos de sentencia.

En este Código se estableció que "la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación" y *"sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente".*[10]

La novedad de esta figura nos lleva al análisis que a continuación se plantea.

a.- Competencia del juez federal civil en la acción colectiva.

El artículo 24 del CFPC, establece que para conocer de la acción colectiva es competente por razón de territorio el juez que tenga jurisdicción en el domicilio del demandado.

b.- Grupo de personas o sujetos titulares de la acción colectiva.

El artículo 581 del CFPC, lleva a cabo una distinción por su objeto de tutela una denominada acción difusa, otra acción colectiva y una acción individual homogénea.

El artículo 580 de la misma ley determina tres tipos de acciones colectivas.

> *1.- Acción difusa: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guarden antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.*
> *2.- Acción colectiva en sentido estricto: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.*
> *3.- Acción individual homogénea: Es aquélla de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva,*

cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

Señala el artículo 582 que las pretensiones en la acción colectiva pueden ser declarativas, constitutivas o de condena.

El artículo 583 establece una herramienta de ayuda para el juez para que pueda interpretar las normas y los hechos de acuerdo con los objetivos de los procedimientos colectivos. Esta interpretación involucra un aspecto funcional para que sea compatible con principios como el de precaución, *"el que engañe a la población con información errónea paga"*, entre otros; y para proteger los bienes que integran las pretensiones del interés colectivo. Es en este principio donde el juez debe de adoptar una postura prudente y sensible para que al momento de dictar una sentencia se haga eficaz la norma que protege el interés colectivo. Es obligación del juez analizar la demanda en su integridad para fijar las pretensiones y el derecho aplicable, sin dejar a un lado la aplicación del respectivo derecho y sus consecuencias. Es necesario que el juez tenga presente la responsabilidad que tiene con el mantenimiento y procuración de los intereses difusos y colectivos (principio iuranovit, el juez que conoce el derecho tiene una responsabilidad mayor).[11]

c.- Prescripción en el ejercicio de la acción colectiva.

La prescripción otorga certeza jurídica de la inexistencia de derechos y obligaciones por su no ejercicio en el simple transcurso del tiempo y se sanciona con su extinción, y es en este aspecto donde se adopta la figura de prescripción negativa ya que libera al deudor de su obligación de responder por el daño causado. Ahora bien lo que se extingue no es el derecho sustantivo sino el derecho procesal que implica acceder a la justicia y poder plantearle al juez la pretensión que pueda resolver alguna controversia de carácter, en este caso colectivo. Es en el artículo 584 del CFPC donde se establece el término de tres años seis meses a partir del día en que se haya originado el daño como plazo para que opere la prescripción de la acción colectiva. Es preciso que para que opere el conteo de este término se haya dado como elemento esencial que exista el conocimiento objetivo y fehaciente del afectado o sujeto legitimado.

d.- Titulares de la acción colectiva.

Señala el Artículo 585. Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas:

I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia;
II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros;
III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos

un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y
IV. El Procurador General de la República

Este artículo contiene un vacío al no incluir a la procuradurías estatales y municipios, lo que limita a las regiones lejanas que resulten afectadas a ejercer una acción colectiva. Además el monto de treinta personas con un representante común es un monto de carácter subjetivo que puede ser inalcanzable para regiones que resulten afectadas y que se encuentren alejadas de las grandes ciudades.

e.- Contenido de la demanda.

Esta sección impone requisitos formales que obstaculizan la formulación de una demanda de acción colectiva.

Artículo 587. La demanda deberá contener:
I. El tribunal ante el cual se promueve;
II. El nombre del representante legal, señalando los documentos con los que acredite su personalidad;
III. En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto y las individuales homogéneas, los nombres de los miembros de la colectividad promoventes de la demanda;
IV. Los documentos con los que la actora acredita su representación de conformidad con este Título;
V. El nombre y domicilio del demandado;
VI. La precisión del derecho difuso, colectivo o individual homogéneo que se considera afectado;
VII. El tipo de acción que pretende promover;
VIII. Las pretensiones correspondientes a la acción;
IX. Los hechos en que funde sus pretensiones y las circunstancias comunes que comparta la colectividad respecto de la acción que se intente;
X. Los fundamentos de derecho, y
XI. En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, las consideraciones y los hechos que sustenten la conveniencia de la substanciación por la vía colectiva en lugar de la acción individual.

El juez podrá prevenir a la parte actora para que aclare o subsane su demanda cuando advierta la omisión de requisitos de forma, sea oscura o irregular, otorgándole un término de cinco días para tales efectos.

El juez resolverá si desecha de plano la demanda en los casos en que la parte actora no desahogue la prevención, no se cumplan los requisitos previstos en este Título, o se trate de pretensiones infundadas, frívolas, o temerarias.

La fracción V desatiende la dificultad que, por la ubicación del daño, pudiera existir en el conocimiento del nombre o domicilio del demandado.

En las fracciones VI y VII se le obliga a la parte actora que defina la clase de derecho y el tipo de acción que debe promover, y esto se confunde con lo establecido en el artículo 583 del mismo ordenamiento cuando al juez federal se le faculta para interpretar los hechos y la norma que sean compatibles con los principios del procedimiento colectivo.

La fracción IX y X determina las causas comunes que comparte la colectividad, y esto choca con el deber que tiene el juzgador de analizar e interpretar estos hechos.

La fracción XI impone la obligación a la parte actora de narrar y precisar consideraciones de hecho que justifiquen la substanciación de la queja por la vía colectiva en lugar de la individual. Este requisito es contrario a la esencia de la acción colectiva por los beneficios que resulta proceder de forma grupal ya que resultaría más difícil y oneroso proceder de forma individual.

f.- Legitimación en la causa.

Artículo 588. Son requisitos de procedencia de la legitimación en la causa los siguientes:

> *I. Que se trate de actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados o al medio ambiente o que se trate de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, declaradas existentes por resolución firme emitida por la Comisión Federal de Competencia;*
> *II. Que verse sobre cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad de que se trate;*
> *III. Que existan al menos treinta miembros en la colectividad, en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas;*
> *IV. Que exista coincidencia entre el objeto de la acción ejercitada y la afectación sufrida;*
> *V. Que la materia de la litis no haya sido objeto de cosa juzgada en procesos previos con motivo del ejercicio de las acciones tuteladas en este Título;*
> *VI. Que no haya prescrito la acción, y*
> *VII. Las demás que determinen las leyes especiales aplicables.*

Se establece en la fracción I como condición de procedibilidad en materia de competencia económica una resolución emitida por la Comisión Federal de Competencia. Por lo que la Comisión actuará primero como autoridad e impondrá una multa y posteriormente podrá desempeñar su papel de actora en el proceso federal.

Las fracciones V y VI hay un problema de ubicación ya que se mencionan a la cosa juzgada y a la prescripción de la acción sin referirse en ningún momento a algún requisito de legitimación.

g.- Legitimación en el proceso.

El artículo 589 regula las diversas causas de improcedencia de la legitimación en el proceso.

Artículo 589. Son causales de improcedencia de la legitimación en el proceso, los siguientes:

I. Que los miembros promoventes de la colectividad no hayan otorgado su consentimiento en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas;
II. Que los actos en contra de los cuales se endereza la acción constituyan procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio o procedimientos judiciales;
III. Que la representación no cumpla los requisitos previstos en este Título;
IV. Que la colectividad en la acción colectiva en sentido estricto o individual homogénea, no pueda ser determinable o determinada en atención a la afectación a sus miembros, así como a las circunstancias comunes de hecho o de derecho de dicha afectación;
V. Que su desahogo mediante el procedimiento colectivo no sea idóneo;
VI. Que exista litispendencia entre el mismo tipo de acciones, en cuyo caso procederá la acumulación en los términos previstos en este Código, y
VII. Que las asociaciones que pretendan ejercer la legitimación en el proceso no cumplan con los requisitos establecidos en este Título.

El juez de oficio o a petición de cualquier interesado podrá verificar el cumplimiento de estos requisitos durante el procedimiento.

La fracción II no se refiere a la falta de capacidad para actuar, sino que señala que la acción colectiva no procederá en juicios de carácter administrativo.

En la fracción VI se regula el concepto de litispendencia y esto no encuadra dentro del término “legitimación en el proceso” sino que hace improcedente la acción colectiva ya que no pueden existir dos procesos que compartan los mismos hechos, causas, y especialmente las mismas partes. Además estas causales de improcedencia de la legitimación desvirtúan la acción colectiva exigiendo el consentimiento de los miembros de la colectividad.

h.- Admisión de la demanda.

Artículo 591. Concluida la certificación referida en el artículo anterior, el juez proveerá sobre la admisión o desechamiento de la demanda y en su caso, dará vista a los órganos y organismos referidos en la fracción I del artículo 585 de este Código, según la materia del litigio de que se trate.

El auto que admita la demanda deberá ser notificado en forma personal al representante legal, quien deberá ratificar la demanda.

El juez ordenará la notificación a la colectividad del inicio del ejercicio de la acción colectiva de que se trate, mediante los medios idóneos para tales efectos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha colectividad. La notificación deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso.

Contra la admisión o desechamiento de la demanda es procedente el recurso de apelación, al cual deberá darse trámite en forma inmediata.

Antes de que la demanda sea aceptada, la demandada ya tiene previo conocimiento de las pretensiones y los hechos, por lo que la parte demandada podrá plantear causales de improcedencia con tiempo por eso este aspecto parece ocioso y sin sentido.

El juez tendrá que llevar a cabo una certificación del escrito de demanda y esto equivale a establecer una resolución fundada en los preceptos del artículo 587 y 588 de esta ley. En el caso de que no se encuentren satisfechos se dará lugar a la prevención por parte del juez.

El artículo 591 se notifica de forma personal al demandado y se le otorgan quince días para contestar la demanda, este parte del artículo resulta sin sentido alguno ya que previamente se le había emplazado al demandado y parece un contrasentido que primero se admita y luego se ratifique sin dar alguna justificación o sentido a este proceder. Este término de "ratificar" vuelve a hacerse presente en el artículo 596 del mismo ordenamiento donde se obliga al representante legal a "ratificar bajo protesta" el escrito de pruebas. Esto es algo realmente innecesario ya que en ningún proceso de carácter civil o mercantil se exige este protocolo.[12]

i.- audiencia final y sentencia.

El artículo 596 señala que en el auto admisorio se señalará la fecha de celebración de la audiencia final. En el proceso ordinario federal la audiencia final se celebra en el último día del periodo de prueba y se requiere que el juez se encuentre presente en el desarrollo de estas audiencias.

Del artículo 603 al 609 se contempla la figura de la sentencia. Lo trascedente de este aspecto final es que en caso de que el juez condene al cumplimiento sustituto, dicho monto se irá a un fondo que no remediará el daño causado o compensará a las partes afectadas.[13]

En el artículo. 620 de esta ley, el Fondo para Acciones Colectivas fue tergiversado, es inaceptable que no pueda administrar también las indemnizaciones sea en acciones difusas o colectivas e incluso donar los recursos cuando nadie reclama los remanentes. En la redacción original el Fondo, a cargo del Consejo de la Judicatura, tenía importantes facultades, incluyendo el pago de las indemnizaciones respectivas a los afectados, o a fundaciones o instituciones de asistencia privada.

CONCLUSIONES

Esta ley constituye un gran paso para la tutela de los derechos colectivos y contribuye a resolver los problemas de acceso a la justicia. Nuestro sistema jurídico en general y el procesal en particular, fueron diseñados desde una perspectiva individualista, que si bien satisfizo las necesidades jurídico-sociales de cierta época, en la actualidad ha dejado de ser del todo eficiente para garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos.

Una de las ventajas de que esta figura se haya introducido en la Constitución y que exista una ley secundaria federal, es que las acciones colectivas serán aplicables de manera uniforme en todo el país. De esta manera se evitará que ocurra como en Estados Unidos donde los abogados escogen litigar estos temas en función de la legislación local que les sea más benéfica.

Los países que han incorporado las acciones colectivas en sus leyes han obtenido mejores resultados en el acceso a la justicia, han atendido derechos que anteriormente no eran respetados y han logrado un mejor equilibrio entre las corporaciones y la población en general. Esta figura favorecerá la protección de intereses difusos, derechos sociales y derechos colectivos sin menoscabo de intereses y derechos individuales, lo cual permitirá al marco jurídico mexicano resolver no sólo conflictos de carácter privado, sino conflictos en los que existen intereses eminentemente colectivos.

Por otro lado, falta medir varios aspectos de esta ley. Primero sus repercusiones en materia de competencia económica; la reforma no ha sido dimensionada en su contexto real y quizás pueda tener un gran impacto; se podría presumir que puede ser algo más de lo que en apariencia da la norma. La clasificación que hace de Acciones Colectivas está limitando inaceptablemente las responsabilidades y excluyendo el pago de daños y perjuicios en varios supuestos. No se permiten acciones colectivas, por ejemplo, en materia de derechos humanos, en materia sindical; no se permiten acciones colectivas en materia político-electoral; no se permiten acciones colectivas en materia de derecho a la educación. Es decir, los derechos sociales, los derechos económicos y culturales casi están fuera de las acciones colectivas que se plantean en este dictamen. Otra debilidad de esta ley tiene que ver con la legitimación procesal. Se restringe de manera absurda la legitimación procesal. En materia de acciones colectivas debiera ser abierta; cualquier grupo o cualquier ciudadano, hasta lo individual, para proteger intereses difusos, debiera estar autorizado y debiera estar legitimado procesalmente para interponer acciones colectivas.

De una u otra forma, los miembros de la colectividad, que tanto tiempo estuvieron desprotegidos, se encuentran considerados en esta ley y esta ley podrá, a través del tiempo, ser sometida a un proceso de adecuación, conforme se desarrollen las complejidades que rodean al interés colectivo de este país.

Fuentes de referencia:

Antonio Gidi, et.al., Tutela de derechos difusos colectivos hacia un código modelo para Iberoamérica, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 15.

Arellano Trejo, Efrén; Cárdenas Sánchez, J. Guadalupe. (2011) Acciones colectivas en México: la construcción del marco jurídico.

Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. [en línea]. Recuperado el 24 de agosto de 2012, de: www3.diputados.gob.mx/camara/

Santa Rita, Ilse (2011). “Afinan en México acciones colectivas”, El Economista, sección Finanzas Personales.

Código Federal de Procedimientos Civiles

Diario Oficial de la Federación

Notas:

1 El Economista, 28 de abril de 2011, Ilse Santa Rita, "Afinan en México acciones colectivas", sección Finanzas Personales.

2 El 30 de agosto de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una serie de nuevas disposiciones legales en virtud de las cuales se podrán ejercer en México un nuevo concepto de acciones legales llamadas las "Acciones Colectivas" las cuales entrarán en vigor el próximo 28 de febrero de 2012.

3 Artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC). La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los tribunales de la federación con las modalidades que se señalen en este título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

4 Arellano Trejo, Efrén; Cárdenas Sánchez, J. Guadalupe. (2011) Acciones colectivas en México: la construcción del marco jurídico. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Pp.3-5

5 Idem

6 Idem

7 Versión estenográfica de la sesión, consultada en: http://cronica.diputados.gob.mx.

8 Información obtenida del dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en la Gaceta Parlamentaria, núm. 2976-IV, jueves 25 de marzo de 2010.

9 Iniciativa presentada por el senador Jesús Murillo Karam, publicada en el núm. 185 de la Gaceta del Senado el 7 de febrero de 2008.

10 Idem. Artículo 578.

11 Antonio Gidi, et.al., Tutela de derechos difusos colectivos hacia un código modelo para Iberoamérica, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 15.

12 Artículo 596 CFPC. En caso de que las partes no alcanzaren acuerdo alguno en la audiencia previa y de conciliación, el juez procederá a abrir el juicio a prueba por un período de sesenta días hábiles, comunes para las partes, para su ofrecimiento y preparación, pudiendo, a instancia de parte, otorgar una prórroga hasta por veinte días hábiles.

Una vez presentado el escrito de pruebas, el representante legal deberá ratificarlo bajo protesta ante el Juez.

El auto que admita las pruebas señalará la fecha para la celebración de la audiencia final del juicio en la cual se desahogarán, en un lapso que no exceda de cuarenta días hábiles, el que podrá ser prorrogado por el juez.

Una vez concluido el desahogo de pruebas, el juez dará vista a las partes para que en un periodo de diez días hábiles aleguen lo que a su derecho y representación convenga.

El juez dictará sentencia dentro de los treinta días hábiles posteriores a la celebración de la audiencia final.

13 Artículo 604. En acciones difusas el juez sólo podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si esto fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas.

Si no fuere posible lo anterior, el juez condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad. En su caso, la cantidad resultante se destinará al fondo a que se refiere el Capítulo XI de este Título.

Artículo 620. Para obtener el registro correspondiente, dichas asociaciones deberán:

I. Presentar los estatutos sociales que cumplan con los requisitos establecidos en este Título, y

II. Tener al menos un año de haberse constituido y acreditar que han realizado actividades inherentes al cumplimiento de su objeto social.

Artículo 624 CFPC. Para los efectos señalados en este Título, el Consejo de la Judicatura Federal administrara los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas difusas y para tal efecto deberá crear un fondo.

Articulo 625 CFPC. Los recursos que deriven de las sentencias recaídas en las acciones referidas en el párrafo anterior, deberán ser utilizados exclusivamente para el pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos, así como para el pago de los honorarios de los representantes de la parte actora a que se refiere el Artículo 617 de este Código, cuando exista un interés social que lo justifique y el juez así lo determine, incluyendo pero sin limitar, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva. Los recursos podrán ser además utilizados para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos.

IL MODELLO ANGLO SASSONE DI CORPORATE GOVERNANCE TRA PATH DEPENDENCY E GLOBAL CROSS REFERENCE. VERSO UNA CONVERGENZA CON IL SISTEMA EUROPEO?

*Andrea Pierini**

SUMARIO:

1. Regolazione dei mercati finanziari a seguito di eventi di crisi: riflessi sulla comparazione in materia di diritto societario. 2. La comparazione in materia di diritto societario tra convergenza internazionale dei modelli di governance e path dependency dei sistema. 3. Regolazione dei mercati finanziari e diritto societario: elementi di convergenza tra sistemi. 4. Competizione globale tra mercati e comparazione: verso una colonizzazione giuridica statunitense?.

* Ricercatore presso l'Università di Perugia, avvocato.

1. Regolazione dei mercati finanziari a seguito di eventi di crisi: riflessi sulla comparazione in materia di diritto societario

Le ripetute crisi dei mercati finanziari, verificatesi negli Stati Uniti a partire dal 2001[1], quali conseguenze sistemiche prima della serie di crack di alcuni grandi gruppi di società quotate (a cominciare dal default Enron) e, successivamente, della c.d. "crisi dei mutui" del 2008[2], oltre ad avere posto con forza, sul piano del "formante normativo" (legal formant), il problema del rafforzamento, da parte dei regolatori, di una serie di garanzie finalizzate alla tutela del risparmio investito sugli stessi mercati, ha dato vita, sul piano del "formante dottrinale", ad un rinnovato dibattito avente ad oggetto le linee evolutive ed i principali aspetti problematici della comparazione in materia di diritto societario.

L'incidenza delle "carenze dei sistemi di corporate governance in senso stretto", unitamente ad una serie di fattori concorrenti, riguardanti più in generale le inefficienze del sistema dei controlli e della regolazione dei mercati, costituiscono l'oggetto di un'indagine diretta all'individuazione delle cause dei ripetuti episodi di fallimento dei principali sistemi "a capitalismo avanzato", di notevole rilievo, oltre che sul piano dommatico, su quello della concreta determinazione degli strumenti anti-crisi e delle modifiche ordinamentali da introdurre.

Da tale ultimo punto, di vista, infatti, la stessa analisi comparativa si è incentrata, in primo luogo, sul dibattito teorico relativo alla revisione delle regole di corporate governance, quale obiettivo precipuo di una molteplicità di interventi dei legislatori statali che, a partire dal 2002 ed in correlazione ai casi Enron e Parmalat, hanno introdotto profondi correttivi ai sistemi di gestione e controllo delle società quotate; intereventi finalizzati alla futura soluzione e prevenzione dei gravissimi conflitti di interesse che, dal punto di vista delle strutture societarie, avevano minato sia il fondamentale rapporto tra managers ed azionisti, che il sistema dei controlli interni ed esterni alle società, con particolare riferimento al ruolo assunto dai c.d. gatekeepers.

Più di recente il tema della governance delle società (con particolare riferimento alle banche) è stato nuovamente posto al centro dell'analisi delle cause della crisi finanziaria del 2008-2009, in correlazione ad una serie di altri fattori che investono in generale il ruolo dello Stato come regolatore del sistema economico e, più specificamente, le carenze della vigilanza sul credito e sui mercati finanziari, la diffusione dei conflitti di interesse, l'eccessiva innovazione finanziaria a fronte dell'opacità dei mercati[3].

Sul piano della produzione legislativa in materia, un utile punto di partenza è dato, dunque, dalla riforma introdotta negli Stati Uniti in risposta ai grandi cracks finanziari del 2001, con l'approvazione del Sarbanes – Oxley Act del 2002[4], riforma che ha determinato una serie di conseguenze, sia sul piano della "circolazione" ed "esportazione" di alcune soluzioni adottate dalla stessa legge, che da quello del rinnovato dibattito dottrinale in materia di comparazione tra modelli di diritto societario.

In Italia, ad esempio, lo stesso ampio intervento di riforma, approvato dal legislatore con la L. n. 262 del 28-12-2005 in materia di "tutela del risparmio e… disciplina dei mercati finanziari", confermava l'intervenuta recezione di una serie di soluzioni ed istituti introdotti dal SOX, in funzione del perseguimento dell'obiettivo condiviso di incrementare la tutela degli investitori attraverso alcuni indirizzi normativi comuni in tema di corporate governance, di indipendenza dei c.d. gatekeepers, di potenziamento dell'informazione

societaria e finanziaria, di aggravamento delle responsabilità e del sistema di sanzioni previste per le relative infrazioni[5].

Elementi comuni degli stessi interventi sono stati, dunque, il rafforzamento delle garanzie di trasparenza e degli obblighi di informazione (disclosure) gravanti sulle società quotate e gli intermediari finanziari, il contestuale ampliamento dei compiti e dei poteri delle autorità di vigilanza, la prevenzione dei conflitti di interesse, ottenuta a mezzo della modifica delle norme in materia di governance societaria e del riassetto delle funzioni dei revisori contabili (e dei rapporti tra questi ultimi e le società sottoposte a controllo), infine l'aggravamento del sistema sanzionatorio volto a perseguire le gravi frodi perpetrate a danno degli investitori.

In molti casi si è trattato di una legislazione di natura emergenziale (emergency legislation), la quale ha introdotto alcuni elementi di uniformità nella disciplina della governance societaria, nel sistema dei controlli interni ed esterni sull'attività delle società quotate e nel sistema delle sanzioni applicabili nelle ipotesi di violazione degli obblighi di disclosure e di rendicontazione contabile.

La tendenza che emerge da un tale processo è stata quella che da alcuni[6] è stata definita come "amministrativizzazione del diritto commerciale", intesa come crescita della regulation pubblicistica dell'assetto e del funzionamento delle strutture societarie, in nome dell'interesse pubblico alla tutela del risparmio degli investitori nei confronti di emittenti ed intermediari finanziari[7].

Il tutto con conseguenti, penetranti limiti nei confronti dell'autonomia privata, sia degli stessi soggetti operanti e/o comunque appartenenti alla c.d. industria dei servizi finanziari (intermediari e società quotate, collettori dei capitali investiti sui mercati), che della flessibilità delle normative in materia di diritto societario; un fenomeno riscontrabile soprattutto in ordinamenti quali quello degli Stati Uniti, in cui la relativa competenza rientra tra quelle tradizionalmente di competenza degli Stati membri (applicandosi la "clausola dei poteri residui" di cui al X Emendamento).

Su di un piano sistematico ne è seguito un ampio dibattito circa la possibilità di rafforzare, in correlazione allo stesso processo di recezione delle misure introdotte dal legislatore statunitense, la convergenza verso lo stesso modello statunitense della public company ad azionariato diffuso, degli altri sistemi di corporate governance sviluppatisi in ordinamenti quali quelli dell'Europa continentale.

Del resto il problema del confronto tra modelli di governance, rispettivamente sviluppatisi negli ordinamenti riconducibili alla tradizione giuridica della common law e quelli consolidatisi in paesi quali quelli dell'Europa continentale ed il Giappone, è un tema risalente della comparazione in materia di diritto societario ed il relativo dibattito teorico si è nutrito di contributi fondamentali della scienza del diritto privato statunitense ed europea, oltre che di quelli di autorevoli economisti provenienti da entrambe le esperienze.

2. La comparazione in materia di diritto societario tra convergenza internazionale dei modelli di governance e path dependency dei sistemi

L'utilizzazione del tradizionale metodo d'indagine di tipo strutturale nella comparazione

in materia di diritto societario, ha da sempre evidenziato la forte divaricazione tra le strutture societarie consolidatesi all'interno degli ordinamenti, rispettivamente riconducibili ai sistemi della common law e della civil law.

L'oscillazione è tra il modello della public company ad azionariato diffuso, tipica del sistema capitalistico anglo-americano e la struttura prevalentemente familiare o, comunque, concentrata degli assetti proprietari e di controllo delle società commerciali dei paesi di civil law.

Il primo garantisce la centralità del ruolo del management nella governance e la competizione tra azionisti per il controllo della società, mentre la seconda, in quanto incentrata su pochi grandi azionisti (spesso famiglie) controllanti la società anche grazie al ricorso a patti parasociali e/o meccanismi quali le c.d. "scatole cinesi", determina lo strapotere degli stessi azionisti di maggioranza nella gestione delle società, la conseguente situazione di soggezione del management rispetto alle scelte della proprietà, la riduzione della possibilità di take overs per l'acquisizione del controllo delle stesse società.

Questa fondamentale differenza tra le varie strutture societarie, ricondotta di volta in volta dalla dottrina a fattori economici o politici, o ad un più ampio contesto culturale, politico ed economico, nel quale il diritto societario e la disciplina dei mercati finanziari si sono sviluppati, costituisce, dunque, un ineludibile punto di partenza per una qualsiasi indagine comparativa riguardante il confronto tra sistemi di diritto societario.

Il problema attuale è, dunque, quello di verificare l'impatto sui sistemi capitalistici dei fenomeni, in parte accennati, di convergenza tra modelli di regulation dei mercati e delle strutture societarie; il tutto nell'ambito di un contesto economico di tipo globalizzato, che, istituendo un collegamento ed una competizione (v. infra) tra mercati finanziari locali, sia in grado di determinare un contestuale arretramento della dimensione statuale, sia come ambito spaziale di esplicazione delle attività di intermediazione e di investimento di capitali sugli stessi mercati, che come istanza di governo dei processi economici in essi svolgentisi.

Circa la possibilità di ipotizzare una futura attenuazione delle divaricazioni esistenti nel diritto societario e nei modelli di governance, maturati rispettivamente negli ordinamenti di common law e di civil law, la dottrina si presenta, tuttavia, a tutt'oggi, come divisa tra due orientamenti contrapposti, frutto di una diversa metodologia di analisi della struttura e dell'evoluzione dei "formanti" del diritto societario dei vari ordinamenti[8].

Da una parte, infatti, vi è un'interpretazione "funzionale" del ruolo delle regole di diritto societario, in quanto conseguenza della subordinazione dei procedimenti di produzione di norme giuridiche all'ordine "naturale" dei rapporti e delle istituzioni, quale risulta determinato dalle forze del mercato: tale visione induce, pertanto, a prevedere una futura, tendenziale, unificazione-convergenza dei modelli di corporate governance verso quel sistema che abbia dimostrato i più elevati standard di efficienza nella competizione globale tra mercati locali.

E' stato opportunamente osservato che "la tesi dell'unificazione si collega così alle tesi che a livello generale esaltano la funzione del mercato quale nuovo produttore delle regole della società globalizzata in sostituzione o, comunque, in posizione sovraordinata alle "vecchie" fonti di natura statale"[9].

L'arretramento del governo statale dell'economia ed il conseguente primato di un

"diritto sconfinato"[10], ancorato alla globalizzazione dei mercati, avrebbero, dunque, come conseguenza lo sviluppo di una competizione tra ordinamenti in uno spazio giuridico "ultrastatale", in grado di favorire il modello di governance più in linea con l'interesse delle grandi società quotate alla crescita del valore di mercato della loro impresa.

Tale massimizzazione dell'interesse economico degli azionisti alla rimunerazione delle proprie quote di capitale investito sarebbe meglio ottenibile in strutture societarie a proprietà non concentrata o diffusa (come nel caso delle public companies statunitensi), le quali incentivano sia la possibilità per gli investitori di competere per il controllo delle stesse società con un minore esborso di capitale[11], sia la presenza di investitori istituzionali di minoranza, in grado di incrementare ulteriormente la liquidità del mercato e l'afflusso dei capitali necessari al finanziamento delle attività sociali.

Se, dunque, la distinzione tra "sistemi che favoriscono le minoranze e sistemi che si mantengono nella linea della difesa delle maggioranze", diviene la nuova frontiera del sistema degli investimenti globali e la "cartina di tornasole della maturità capitalistica del sistema locale"[12], ne consegue che il modello di corporate governance di tipo anglosassone rappresenterebbe quello meglio in grado di conseguire gli effetti di maggiore tutela degli interessi della compagine azionaria e di crescita di liquidità del mercato, necessari per prevalere nella competizione tra ordinamenti e per attrarre investimenti su scala globale[13].

Alle tesi, chiaramente improntate ai dogmi del liberismo economico, che assumono l'esistenza di una spinta verso l'unificazione dei modelli di corporate governance, come conseguenza della competizione globale tra i mercati, fa riscontro l'orientamento, altrettanto diffuso sia in Europa che oltre oceano, per cui la diversificazione tra i sistemi di governance è destinata a permanere nel tempo, in quanto conseguenza della path dependency delle strutture societarie.

In pratica la diversificazione degli assetti proprietari e di controllo delle società operanti sul mercato, come fattore in grado di favorire, di volta in volta, il consolidamento di un sistema di regole di governance tendenti verso un modello che favorisce le maggioranze o, al contrario, tutela le minoranze costituirebbe l'effetto del contesto culturale, politico ed economico, nel quale il diritto societario e la disciplina dei mercati finanziari si sono sviluppati.

E' questa la nota tesi che negli Stati Uniti è stata sostenuta durante gli anni '90 da autorevole dottrina[14], la quale ha distinto tra due ordini di fattori determinanti la path dependency dei modelli di governance: da una parte una "structure driven path dependence", derivante dal condizionamento prodotto dagli assetti proprietari iniziali della società sull'evoluzione successiva della struttura della medesima; dall'altra una "rule driven path dependence", indotta dalle regole di diritto societario che in ciascun ordinamento contribuiscono a conformare e a vincolare le modalità di articolazione degli assetti proprietari e di controllo delle corporations.

Determinanti, in tale approccio, appaiono l'integrazione tra l'analisi economica dei costi di transazione da un modello ad un altro di governance (i quali non possono non incidere sui benefici della convergenza verso un sistema in ipotesi più efficiente) e, soprattutto, l'analisi politica del comportamento dei gruppi di interesse, come fattore ostativo alla trasformazione degli assetti proprietari iniziali delle società operanti sul mercato (in quanto conseguenza del consolidamento della rent seeking che ab origine ha qualificato

la condotta degli stessi gruppi e che successivamente ne ha stabilizzato il controllo sulle medesime).

Poiché, dunque, "all'elaborazione di buone regole di governo societario concorrono in eguale misura la legge, gli assetti proprietari e la path dependance", la conclusione è quella per cui il "prevedere forme di convergenza tra le differenti regolamentazioni ed, in particolare, armonizzare il diritto dei mercati finanziari nell'Unione Europea è certamente possibile, ma sarà molto difficile modificare gli attuali assetti, accentuando la separazione tra proprietà e controllo"[15]

Evidente è, altresì, come le differenti conclusioni teoriche scaturite da un tale dibattito abbiano avuto conseguenze anche sul piano metodologico e degli esiti della comparazione tra sistemi di diritto societario: da un lato, infatti, l'opzione favorevole ad un primato del modello statunitense di corporate governance ed alla conseguente convergenza verso quest'ultimo di altre discipline di diritto societario avrebbe come effetto quello di avvicinare ordinamenti appartenenti a famiglie e/o tradizioni giuridiche diverse quali quelle di common law e di civil law; dall'altra parte, invece, la permanente sottolineatura operata dai teorici della path dependency della fondamentale differenza tra le varie strutture di controllo societario, come conseguenza della path dependency dei relativi assetti proprietari e del sistema di regole che in parte ne derivano in parte la determinano, induce a mantenere una divaricazione tra i modelli anche sul piano della ricostruzione sistematica e dell'indagine comparativa.

3. Regolazione dei mercati finanziari e diritto societario: elementi di convergenza tra sistemi

Non è questa la sede per una più ampia valutazione degli argomenti favorevoli all'una o all'altra delle due correnti di pensiero illustrate in precedenza.

Quello che qui interessa evidenziare è che, al di là del problema della futura "attrazione" che il diritto societario anglo-americano potrà esercitare sui modelli di governance sviluppatisi nei sistemi di civil law, esistono una serie di fattori suscettibili di incentivare la convergenza e la ricerca di soluzioni comuni tra gli ordinamenti, pur a fronte di un assetto dei mercati connotati da strutture societarie e problemi di agency e di conflitto di interesse diversi.

Un primo elemento di convergenza è stato già indicato in precedenza ed è rappresentato dalla ricerca di soluzioni comuni in sede di regulation dei mercati.

Se si considera, ad esempio, il settore della revisione contabile e dell'informazione societaria, le comuni soluzioni adottate in materia di incompatibilità tra compiti di revisione e di consulenza, di limiti alla durata e rotazione degli incarichi di revisione, di rendicontazione periodica sulle prospettive di gestione e sulla situazione finanziaria delle società quotate, di una più chiara identificazione delle relative responsabilità amministrative, evidenziano l'opzione diffusa per un'estensione della regulation dei mercati finanziari in funzione del perseguimento di indirizzi comuni.

Del resto è la stessa verificazione di episodi di "fallimento del mercato", quali quelli indotti dai grandi cracks finanziari di alcuni gruppi di società quotate ad aver favorito, sia

negli Stati Uniti che in Europa, la ricerca di soluzioni volte a perseguire obiettivi comuni in termini di: "risultati di stabilità macroeconomica del sistema finanziario complessivamente considerato e risultati di stabilità microeconomica dei singoli soggetti e comparti dell'industria dei servizi finanziari; (r)isultati di trasparenza e di correttezza nell'agire delle banche, delle Sgr società di gestione del risparmio e delle altre imprese di intermediazione mobiliare; (r)isultati di efficienza dei mercati … e di accountability delle autorità di pubblica vigilanza[16].

Con riferimento ai riflessi di questo processo di revisione della regulation dei mercati finanziari sulla disciplina della governance delle società quotate, è stata evidenziata la convergenza tra l'esperienza statunitense ed il sistema europeo, soprattutto dal punto di vista dell'armonizzazione della legislazione in materia di diritto societario.

La tendenza, in atto nell'ordinamento statunitense, verso la federalizzazione del diritto societario segna, infatti, da una parte, il distacco da una tradizione giuridica segnata da un rapporto di separazione tra regolazione su base federale dei mercati finanziari e competenza legislativa degli Stati membri in materia di corporate law; dall'altra, introduce un significativo elemento di convergenza con il sistema europeo, in quanto connotato da significativi elementi di armonizzazione su base comunitaria dello stesso diritto societario.

Da quest'ultimo punto di vista il riferimento è all'approvazione di direttive comunitarie come la II direttiva sul capitale sociale, la IV e VII direttiva sul bilancio e sul bilancio consolidato, la III e la VI direttiva in materia di fusioni e scissioni, la VIII direttiva sul controllo dei conti.

A fronte della tendenza in atto verso l'omogeneizzazione del diritto societario europeo, si è qualificato quest'ultimo come "diritto a tendenza federale", quale "formula espressiva di contenuti normativi e effettivi e non una mera aspirazione programmatica"[17].

Sul piano interpretativo, ai fini di una valutazione comparativa d'insieme degli elementi di convergenza contenuti nei recenti interventi di riforma della legislazione in materia di mercati finanziari, potrebbe rivestire particolare utilità il tentativo, operato da parte della dottrina, di estendere la comparazione tra diritti societari dal tradizionale metodo del confronto tra due ordinamenti o tra famiglie giuridiche diverse[18], ad un approccio di tipo "funzionale" più inclusivo.

Partendo dall'individuazione di un denominatore comune di caratteristiche presenti nei soggetti qualificabili come società di capitali (elemento strutturale) e dalla conseguente identificazione di una griglia di problematiche comuni che ciascun ordinamento si propone di risolvere nel dettare le regole di diritto societario (elemento funzionale), si perviene alla costruzione di un quadro sistematico con significativi elementi di convergenza tra ordinamenti appartenenti a tradizioni giuridiche diverse.

La premessa è, in tal caso, quella per cui "la forma societaria deve affrontare, in generale, tre diversi problemi di agency …, che riguardano più specificamente: a) l'opportunismo dei managers nei confronti degli azionisti; b) l'opportunismo degli azionisti di controllo nei confronti dei soci di minoranza; c) l'opportunismo della società stessa verso gli altri stakeholders, come, ad esempio, i creditori sociali e i dipendenti della società"[19].

E' questa una ricostruzione del concetto di corporate governance, che supera la tradizionale teoria elaborata da Grossman-Hart-Moore alla base dello stesso ambito degli studi di diritto societario negli Stati Uniti, come sistema di regole finalizzato a costruire un

efficace bilanciamento tra protezione degli investitori e protezione dei managers[20]; la conseguenza è l'opzione per una prospettiva maggiormente inclusiva, che, partendo da una nozione di impresa collettiva come struttura complessa, estende le regole di governance ad un insieme di rapporti intercorrenti anche tra soggetti diversi da quelli sopra indicati come ad es. i lavoratori, i creditori, i clienti[21].

L'inerenza strutturale alle forme di gestione collettiva dell'attività di impresa dei conflitti di interesse così individuati determina la comune funzione strumentale delle regole di diritto societario dettate nei vari ordinamenti, in quanto finalizzate, non solamente a disciplinare, in ciascuno di questi ultimi, le forme giuridiche di esercizio delle attività economiche, ma anche ad imporre vincoli e/o elementi di regolazione tese a dare soluzioni alla pluralità di problemi di carattere distributivo nascenti dagli stessi conflitti di interesse sopra elencati[22].

Lungo questa direttrice comune è stato possibile operare una comparazione estesa ad ordinamenti appartenenti a famiglie giuridiche diverse (come ad es. tra ordinamenti appartenenti a famiglie diverse come la Germania, gli Stati Uniti e la Gran Bretagna, il Giappone) che, oltre alla sottolineatura delle inevitabili differenze nelle strutture societarie sviluppatesi in ciascuno di essi, consenta di individuare profili di analogia dal punto di vista delle modalità di risoluzione dei problemi di agency ricordati in precedenza.

4. Competizione globale tra mercati e comparazione: verso una colonizzazione giuridica statunitense?

Infine la stessa problematica della recezione di strumenti ed istituti propri del diritto societario statunitense in ordinamenti appartenenti e tradizioni giuridiche diverse, risulta ancora più attuale se si tiene conto della profonda contraddizione che si apre tra le dimensioni transnazionali delle grandi imprese ed il carattere nazionale dei sistemi giuridici entro i quali esse operano.

La globalizzazione dell'agire economico dei grandi gruppi multinazionali ha avuto l'effetto di depotenziare l'azione degli Stati, i quali non governano che un frammento del mercato transnazionale, mentre le imprese transnazionali sono in grado di controllarlo nella sua interezza[23].

Una globalizzazione del sistema economico che appare ancora più accentuata per i mercati finanziari, in quanto conseguenza della possibilità di operare in via telematica le relative transazioni, attraverso conglomerati multifunzionali di operatori, esercenti in maniera integrata le tradizionali attività di intermediazione (creditizia, assicurativa e mobiliare).

Sino alla recente crisi finanziaria del 2008, dunque, si era opportunamente sottolineato che la globalizzazione dei mercati e la conseguente transnazionalità della dimensione spaziale dell'agire economico delle grandi società quotate, avevano determinato un processo di "declino del governo pubblico dell'economia" ed "un'inversione del rapporto tra Stato e mercato"[24].

Il riferimento alla dinamica di concorrenza tra ordinamenti, indotta dalla competizione tra mercati finanziari al fine di attrarre i capitali degli investitori, costituisce, dunque, la frontiera più recente anche dell'indagine comparativa sui modelli di corporate governance, in quanto funzionale all'obiettivo di individuare soluzioni efficienti in sede di armonizzazione normativa.

Del resto l'incidenza della competizione tra ordinamenti come meccanismo di carattere selettivo che gioca un "ruolo diretto nel premiare e nel punire i sistemi locali attraverso il flusso degli investimenti[25] rappresenta, secondo alcuni, un problema suscettibile, in prospettiva, di incidere sulla stessa utilità scientifica di una persistente comparazione giuridica tra modelli di governance, osservandosi al riguardo, che "dal momento che la fitness del sistema locale è direttamente misurata da variabili economiche osservabili", la conseguenza sarebbe quella per cui "non vi sarebbe profondo bisogno di studi sofisticati di comparazione giuridica, o di approfondimenti di cross system analysis"[26].

In quest'ottica, dunque, il primato del fattore economico verrebbe ad introdurre un meccanismo globale di valutazione della rispondenza di ciascun sistema di diritto societario rispetto ad una griglia di obiettivi condivisi (in termini di risoluzione dei problemi di agency inerenti la struttura ed il funzionamento delle società quotate), in grado di garantire la stabilità e la permanente competitività sul piano internazionale dei mercati finanziari locali.

Non vi è dubbio, pertanto, che l'incidenza della globalizzazione dei mercati finanziari e la comune matrice "funzionale" dei diritti societari propri di ciascun ordinamento, costituiscano fattori suscettibili di incentivare una convergenza verso modelli e soluzioni connotati da elevati standard di efficienza e competitività, che, al contempo, siano in grado di ridurre, in prospettiva, la distanza tra modelli di governance appartenenti a famiglie giuridiche diverse.

Indizi di una tendenza verso una "global cross reference" dei modelli di governance, che ne favorisce l'integrazione attraverso lo "strumento dell'uniformazione normativa o dell'adesione spontanea a standard di più alto livello"[27] vanno rinvenuti pure nelle recenti aperture del diritto comunitario nei confronti di una concorrenza tra ordinamenti dei paesi membri in materia di diritto societario e di diritto fallimentare, per gli effetti indotti, da una parte dalle sentenze della Corte di Giustizia riguardanti i casi "Centros"[28] ed "Inspire Art"[29] e, dall'altra, dall'adozione del regolamento 1346/2000 sulle procedure di insolvenza (regulation on insolvency proceedings – EIR)[30].

L'apertura del diritto societario europeo verso forme di concorrenza tra ordinamenti e di forum shopping da parte degli operatori, introduce, dal punto di vista della comparazione giuridica, un ulteriore elemento di convergenza con l'esperienza giuridica statunitense, nella quale i formanti normativo, giurisprudenziale e dottrinale hanno da decenni dato vita ad un modello di "federalismo competitivo" nel campo del diritto societario.

In pratica la conservazione di un "ambiente competitivo", derivante dall'attribuzione agli Stati delle competenze normative relative al diritto societario e sulla limitazione delle regulations con funzione uniformante dettate da parte delle istituzioni facenti parte del Governo centrale (come la SEC), ha consentito alle società operanti sul mercato statunitense di disporre di una fondamentale libertà di scelta del regime giuridico più favorevole all'esercizio della propria attività; ciò sia dal punto di vista del contenimento dei costi di transazione (per adattamento dell'organizzazione societaria e delle stesse attività sociali alle conditions ed ai requisiti imposti dal diritto statale), che della massimizzazione degli utili per gli investitori[31].

L'interrogativo che ci si è posti a seguito delle aperture della Corte di Giustizia Europea nei confronti di una concorrenza tra ordinamenti e della conseguente ricerca del diritto nazionale più favorevole da parte degli operatori è, dunque, ancora una volta, quello di

verificare se la convergenza verso il modello “competitivo” statunitense” sia solamente un’ipotesi teorica oppure un percorso effettivamente avviato, grazie agli effetti indotti dal diritto comunitario sul piano dei rapporti tra i diritti societari dei singoli Stati.

Da questo punto di vista, tuttavia, fenomeni quali quello della costituzione nel Regno Unito di oltre 40.000,00 GmbHs aventi forma di private Companies – ed esercenti in Germania la propria attività d’impresa confermano la tendenza verso una regulatory competition in materia di corporate law, quale quella verificatasi negli Stati Uniti, in cui in maggioranza le società quotate ha scelto di stabilire la propria sede legale in Delaware, con conseguente opzione per il diritto societario e per il regime fiscale vigenti nel predetto Stato.

La permanente distanza tra il diritto societario statunitense e quello proprio di un sistema di civil law quale quello italiano, distanza che chiama in causa il formante culturale e la divaricazione sul piano del capitale sociale e del necessario tessuto connettivo di stampo etico[32], non elimina, dunque, la presenza di importanti elementi di convergenza ed, in prospettiva, la necessità di fare fronte all’”urto della colonizzazione giuridica americana”, in un contesto di economia globalizzata che rende attuale un confronto-competizione su scala globale tra modelli di ordinamento delle società operanti sui mercati.

Notas:

1 Si fa riferimento al sistema di frodi contabili che hanno determinato, a partire dal 2001, dapprima il crack della Enron (a seguito della costruzione di un vero e proprio sistema di finanza parallela, finalizzato a scorporare dal bilancio della società le perdite di gestione accumulate e, per l'effetto, a gonfiare artificialmente il prezzo delle azioni) e, successivamente, i dissesti di altri grandi gruppi quali la Tyco (provocato dall'indebita appropriazione di fondi da parte degli amministratori), la Health South (conseguente dall'occultamento di consistenti perdite di gestione attraverso l'imputazione nel bilancio di poste attive fittizie) ed infine la Worldcom (a seguito della dolosa registrazione come spese in conto capitale di ingenti perdite maturate per spese correnti).

2 In Italia si ricordano i grandi cracks di gruppi quali la Cirio (la cui crisi si è consumata tra novembre 2002 ed agosto 2003 a seguito di una serie di operazioni infragruppo, volte a coprire fittiziamente con crediti inesigibili nei confronti di parti correlate le ingenti passività maturate per l'acquisizione di altre società) e la Parmalat (da alcuni definita la "Enron europea", il cui collasso finanziario è intervenuto a partire dal dicembre 2003, a seguito, prima della distrazione delle attività del gruppo per acquisizioni o per la copertura del passivo di altre società da parte della famiglia azionista di controllo ed il successivo tentativo fallito di rifinanziamento del debito accumulato dal gruppo, con la conseguente insolvenza nel rimborso dei prestiti obbligazionari acquisiti soprattutto dagli investitori privati.

3 Per un efficace tentativo di individuare ed ordinare le cause della crisi, v. P. Montalenti, Crisi finanziaria, struttura dell'impresa, corporate governance. (ODC – Roma, 20.06.2009), in sito internet: http://www.orizzontideldirittocommerciale.it. L'autore fornisce l'elencazione che segue: "(i) la crisi dell'idea dello Stato mero regolatore esterno del mercato; (ii) le carenze nel controllo delle banche sul merito di credito; (iii) la crisi del modello originate – to – distribute; (iv) il mancato coordinamento tra controllo dei mercati e controllo di politica economica; (v) i conflitti di interessi delle agenzie di rating; (vi) le carenze dei controlli da parte dei Regulators, anche soltanto di trasparenza, sull'emissione di titoli; (vii) l'eccessivo utilizzo della leva finanziaria (in particolare negli Stati Uniti); (viii) la crisi della concezione dell'impresa fondata sul paradigma dello shareholder value e su prospettive short-term; (ix) l'uso distorto e distorsivo dei sistemi di remunerazione degli amministratori fondati sulla c.d. creazione di valore per gli azionisti; (x) le carenze dei sistemi di Corporate Governance in senso stretto; (xi) la necessità di revisione dei sistemi di controllo".

4 SOX, Pub. L. No. 107/204, 2002 U.S.C.C.A.N. (116 Stat.) 745.

5 Al riguardo assumono rilievo, soprattutto, novità quali il rafforzamento della presenza (resa obbligatoria) di membri indipendenti negli organi di controllo interno delle società (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione a seconda che il modello di amministrazione prescelto sia dualistico o monastico) (Capo I, Art. 1, 2 l. 262/2005); in secondo luogo può richiamarsi la modifica del T.U.F. nella parte riguardante le società di revisione, in cui, nell'ambito di un'articolata disciplina delle modalità di conferimento e revoca dell'incarico a queste ultime, viene sancito il divieto di cumulo tra gli stessi incarichi di revisione ed una serie di ulteriori servizi di consulenza quali quelli attinenti la tenuta dei libri contabili, l'assistenza legale, la consulenza aziendale e finanziaria (titolo III, l. 262/2005). In materia di disclosure possono poi richiamarsi, da una parte, la previsione di una serie di obblighi di informazione al mercato aventi ad oggetto la concessione di stock options al management (piani di compensi basati su azioni o strumenti finanziari disciplinati dall'art. 16 l. 262/2005); dall'altra la necessaria individuazione di un "dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari" il quale individui "adeguate procedure amministrative e contabili per la predisposizione del bilancio di esercizio, che certifichi la corrispondenza al vero dei documenti contabili ed attesti, con apposita relazione "l'adeguatezza e l'effettiva applicazione delle stesse procedure" e la corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili (art. 14 L. 262/2005); completano il quadro il potenziamento delle risorse e dei poteri spettanti alla CONSOB, nell'ambito del più generale riassetto dell'organizzazione (con particolare riferimento alla Banca d'Italia) dei rapporti e delle funzioni delle autorità di vigilanza

(Tit. IV L. 262/2005) e l'aggravamento del sistema di sanzioni penali ed amministrative destinate a perseguire le fattispecie di illecito correlate alla perpetrazione di frodi finanziarie come nel caso delle false comunicazioni sociali, di violazione degli obblighi di informativa ai mercati (es. falso in prospetto – art. 34 L. 262/2005), di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione.
6 G. Morbidelli, relazione introduttiva al convegno tenutosi a Firenze il 14 dicembre 2006, organizzato dalla Fondazione CESIFIN sul tema: La società quotata dalla riforma del diritto societario alla legge sul risparmio.
7 Intesa come universo multiforme di operatori specializzati e qualificati, esercenti attività di intermediazione nell'investimento di risparmi o comunque di risorse finanziarie, sotto la vigilanza di pubblici poteri.
8 per un quadro analitico delle principali posizioni dottrinali V. M. Tonello, Corporate governance … cit., 66 ss
9 F. Denozza, Le regole della globalizzazione tra (pretesa) efficienza e (finti) mercati: il caso dei modelli di corporate governance, in C. Amato, G. Ponzanelli (a cura di), Global Law o Local Law, Problemi della globalizzazione giuridica, Giappichelli, Torino, 2006, 352
10 L'espressione riprende il titolo dell'ultimo saggio di M.R. Ferrarese, Diritto sconfinato, Laterza, Bari, 2006.
11 Favorendosi in tal modo la stessa mobilità degli stessi capitali investiti
12 P.G. Monateri, Competizione tra ordinamenti: il sistema degli investimenti globali, in A. Zoppini (ed.), La concorrenza tra ordinamenti giuridici, Laterza, Bari, 2004, 157 ss: L'autore sottolinea come i "sistemi locali di iperprotezione delle maggioranze non sono più adatti al mercato globale degli investimenti. Nel sistema globale, infatti, gli investitori "lontani" devono poter contare sul proprio return poter assumere il controllo diretto della società in cui investono , devono cioè contare su un sistema giuridico che tuteli le loro posizioni di minoranza, rendendo affidabili i conti che vengono presentati , donde l'estrema centralità che assumono i sistemi di auditing, e impedendo l'appropriazione da parte delle maggioranze locali del surplus che deriva dal controllo diretto della gestione del business generato dalle imprese controllate dalle "loro" società.
13 Ibidem.
14 M.J. Roe, L.A. Bebchuk, A Theory of Path Dependance in Corporate Governance and Ownership, working Paper n. 131, Columbia Law School, November 1999, 2-11. V. anche A. N. Licht, The Mother of All Path Dependencies: Toward a Cross Cultural Theory of Corporate Governance Systems, in 26 Del. J. Corp. L., 147, 2001; J.C. Coffee Jr., Do Norms Matter? A Cross Country Evaluation, 149 Univ. Penn. L. Rev., 2151, 2001; v. anche G. Rossi, Il mito della corporate governance, in AA.VV., Le nuove funzioni degli organi societari: la Corporate Governance?, Atti del Convegno di studio su Problemi attuali di diritto e procedura civile, tenutosi a Cormayeur il 28.9.01, Giuffrè, Milano, 2002, 16.
15 G. Rossi, Il conflitto epidemico, Adelphi, Milano 2003, 83.
16 M. Bessone, Investimento finanziario, diritto europeo dei mercati mobiliari, discipline di pubblica vigilanza, in Diritto e Diritti – rivista giuridica on line, in sito internet: www.diritto.it/articoli/commerciale/banche 9.html, 2.
17 P. Montalenti, Corporate Governance e mercati finanziari: un rapporto controverso, in AA.VV., I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche e risparmiatori, Giuffrè, Milano, 2009, 59.
18 V. K. Zweigert, H. Kotz, Introduction to Comparative Law, Oxford, Clarendon Press, 1998.
19 L. Enriques (ed.), Diritto societario comparato, cit., 270.
20 In quanto portatori di interessi in potenziale conflitto quali, da un lato, quello di ottenere, in ogni caso, un ritorno garantito dagli investimenti effettuati e, dall'altro, quello di massimizzare le "rendite di controllo" (control rent) correlata all'esercizio dei poteri di gestione Sul punto v. le interessanti notazioni di F. Barca, Some Views on U.S. Corporate Governance, in sito internet http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=114540.

21 L. Zingales, Corporate Governance, in The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Macmillan Publishers, London - New York, 1998.
22 «Infatti, la funzione principale del diritto societario, a parte quella di fornire una struttura societaria e le regole necessarie per la gestione della stessa è, nella nostra concezione, quella di rispondere ai problemi di agency appena richiamati», ibidem, 270. Con riferimento alle funzioni distributive delle regole di corporate governance, v. le riflessioni svolte da F. Denozza, Le regole della globalizzazione tra (pretesa) efficienza e (finti) mercati: il caso dei modelli di corporate governance, relazione presentata al XVII colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, tenutosi a Brescia il 12-13 maggio 2005, ora in Giur. Comm. 33.2, 2006, 171/l ss.
23 G. Galgano, Prefazione al contributo monografico di M. Tonello, Corporate Governance e tutela del risparmio, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia (diretto da G. Galgano) CEDAM, Padova, 2006, XXIV.
24 Ibidem.
25 P.G. Monateri, Competizione tra ordinamenti…, cit, 158.
26 Ibidem.
27 M. Tonello, Corporate Governance …, cit. 72 ss., il quale evidenzia come "i singoli istituti di corporate governance presentano un certo grado di separabilità dal contesto in cui operano: lo scambio di esperienze il dibattito e il confronto che avvengono in un'arena pubblica del diritto societario può favorire la sperimentazione e i tentativi di adottare quegli istituti a realtà nuove o diverse, senza che l'adattamento generi frizioni o effetti perversi", ibidem.
28 CGCE, 9 marzo 1999, procedimento C-212/97, Centros Ltd. v. Erhvervs – og Selskabsstyrelsen, in Raccolta, 1999, I – 1459 ss.
29 CGCE, 30 settembre 2003, procedimento C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabriken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd. Con le pronunce summenzionate la Corte di Lussemburgo, in nome del principio della libertà di stabilimento, ha riconosciuto il diritto delle imprese-società operanti in Europa, di stabilire la propria sede legale in un paese membro diverso da quello in cui le stesse abbiano la propria sede operativa (con conseguente facoltà di assoggettarsi al diritto societario di uno Stato diverso da quello in cui si trova quest'ultima.
30 Il regolamento relativo alle procedure di insolvenza con implicazioni transfrontaliere, in quanto finalizzato ad evitare comportamenti opportunistici di "forum shopping" da parte delle imprese in stato di decozione, individua come giurisdizione competente per la procedura principale (universal procedure) quella dello Stato in cui il debitore ha la sede principale dei propri affari ed interessi (centre of main interests – COMI). Tuttavia come non è sfuggito alla dottrina più attenta - L. Enriques, M. Gelter, How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law, in 81 Tul. L. Rev. 577 (2007) - lo stesso intervento di armonizzazione non vale ad eliminare la possibilità per le società operanti in più paesi di dislocare le proprie attività in modo tale da scegliere l'ordinamento con un regime di procedure di insolvenza meno penalizzante o, comunque, più favorevole per dare effetto ad eventuali accordi tra società debitrice ed alcune categorie di creditori.
31 V. R. Romano, The Sarbanes – Oxley Act and the Macking of Quack Corporate Governance, in 114 Yale L. J. 1523 – 1603, in cui l'autrice, nell'ambito di una critica delle finalità e dei contenuti del SOX dal punto dei vista delle nuove regulations federali in materia di corporate governace delle società quotate sottolinea come: «Firms can therefore particularize their corporate charters, as well as pick the state code that best matches their requirements, so as to minimize the cost of doing business, thereby increasing the return to their investors», ibidem, 1596. L'autrice riprende posizioni precedentemente formulate in contributi quali The Advantage of Competitive Federalism for Securities Regulation, The AET Press, Washington, D.C., 2002 e Id., The Genius of American Corporate Law, 1993)
32 L. Enriques, Diritto societario statunitense e diritto societario italiano: in weiter Ferne, so nah, in Giur. Comm. 34.3, 2007, 284 ss.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE TRIBUTAR: BREVES CONSIDERACIONES DE LA NECESIDAD DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA

*Iliana RodríguezSantibañez**
Soren Serralde Ramírez **

* Doctora en derecho por la UNAM, actualmente es profesora-investigadora del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales, y adscrita a la cátedra de investigación: Derecho y comercio internacional del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey Campus Ciudad de México (ITESM-CCM).
**Alumno de la licenciatura en Derecho y Finanzas del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey Campus Ciudad de México (ITESM-CCM).

El presente análisis es una pequeña conjunción que se hace en relación con diversas ramas autónomas de la ciencia jurídica: el derecho tributario, el derecho internacional, el derecho constitucional procesal, y los derechos fundamentales o humanos; que pretenden demostrar de manera arquetípica la conjunción que las mismas realizan en un tema controversial y novedoso como puede ser considerar a la obligación tributaria como un derecho humano por sus efectos en el desenvolvimiento del ámbito jurídico, y en la realización de los fines propios de un "Estado de Derecho".

El punto de partida de esta nueva forma de mirar a la obligación de pagar las contribuciones a un Estado, se encuentra en las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos que se realizaron en México en Julio de 2011, donde se canalizaron una serie de mecanismos que permitían adecuar la impartición de justicia nacional a las tendencias globales de la misma. El cambio más radical desde la perspectiva jurisdiccional radica en la desaparición de la Fórmula Otero[1] dentro del amparo mexicano, mediante la aparición de la fórmula erga omnes en el Amparo, a través de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, la cual se consagra en los párrafos quinto y sexto del artículo 107 de nuestra norma suprema que a la letra dicen:

> Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.
> Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Sin embargo el problema principal de esta novedosa reforma radica en su régimen de excepción que se encuentra establecido en el séptimo párrafo del artículo en comento; es decir, no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

Como consecuencia de los anteriores raciocinios, se puede identificar claramente que al establecerse por vía de jurisprudencia que una ley en materia tributaria es contraria a la norma suprema, y que de dicha declaración subsistirán dos regímenes de derecho, a saber: uno donde la norma es inaplicable para aquellos beneficiados por la Justicia de la Unión y otro donde la misma continuará con efectos para aquellos que no pudieron promover el juicio de garantías, generando consigo las siguientes problemáticas:

- La falta de certeza jurídica entorno a saber que norma fiscal aplicar al caso concreto: Si la autoridad y el contribuyente deben aplicar o no una norma declarada inconstitucional, con lo cual se viola el principio de equidad tributaria al igual que el principio de seguridad jurídica.
- Vulneración del derecho de igualdad jurídica de todos aquellos contribuyentes que no

pudieron sufragar el juicio de garantías o que no pudieron promoverlo en tiempo y forma.

- Violación sistemática de los principios rectores de un Estado de Derecho: De una interpretación conforme se concluye que todo lo contrario a la Constitución no debe prevalecer, y no nace *per se* a la vida jurídica.
- El Estado de Indefensión que quedan los extranjeros sujetos a la norma tributaria al verse en la obligación de cumplir con una norma que no está de acuerdo con la norma suprema, y con lo cual se viola el principio universal de reciprocidad en el trato a los extranjeros como nacionales.
- Violación al derecho universal de acceso a la tutela jurisdiccional.[2]
- Se rompe con el principio de generalidad de la norma.

El presente trabajo centra su hipótesis en que mediante el establecimiento de la Obligación de Tributar vista desde una perspectiva de derechos humanos (el derecho fundamental de tributar visto desde sus efectos jurídicos); es factible demostrar la aplicación de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad en Materia Tributaria. Es menester, que el lector comprenda, como una institución jurídica puede tener diferentes efectos y formas de interpretación dependiendo, del punto de referencia que se tome para su análisis. Salud!

Concepto de Derechos Fundamentales – Derechos Humanos

El concepto de derechos humanos si bien pudiera ser uno de los más fáciles según el léxico jurídico, y uno de los más comentados al día de hoy por el vulgo; el término no es conocido, ni dominado por sus juglares. Tan es así, que el concepto tiene muchas significaciones, y como diría el maestro italiano Norberto Bobbio "*su significación y justificación, cambia de contexto social determinado en contexto; es decir, cambia de la misma forma en que cambia la historia de la naturaleza humana*", por lo cual se turna en un concepto cuyo significado es plurivalente y amorfo, y sobretodo adaptativo.

De tal manera que una definición formal y asequible a cualquier rama de la ciencia jurídica, podría ser la siguiente: Derechos Fundamentales de la Persona Humana: son derechos subjetivos necesarios que no se pueden prescindir ya que son el medio que aseguran el adecuado trato de las personas (sean tratados como personas) y se garantice su dignidad a través de la tutela de la integridad personal[3].

Nacionalidad

Es importante recordar lo que Hercio[4], sentenció: "Los hombres están sometidos a las autoridades soberanas, por razón de su persona, por razón de sus bienes o por razón de sus hechos". Y de conformidad con el anterior postulado, se puede comprender que sólo hay una situación jurídica que se atañe a adecuarse a los tres criterios el nacimiento. Como consecuencia inmediata de dicho hecho jurídico surgen las dos consecuencias más importantes (desde nuestro particular punto de vista), a la persona se le dotan de todos los demás derechos fundamentales y se le otorga una nacionalidad (dependiendo

de los criterios de cada Estado). En México la nacionalidad se adquiere por nacimiento o por naturalización (artículo 30 CPEUM). De donde se desprende que las obligaciones de los mexicanos[5]: (donde se nota la obligatoriedad exclusiva para los mexicanos y se excluye por mandato constitucional a los extranjeros):

§Hacer que sus hijos atiendan la educación preescolar, primaria, secundaria, media superior y reciban la militar.
§Asistir a recibir instrucción cívica y militar.
§Alistarse y servir en la Guardia Nacional.
§Contribuir para los gastos públicos, de los tres niveles de gobierno, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Por lo tanto, se entiende que sólo estarán sujetos a las obligaciones contenidas en dicho numeral, las personas que reúnan las calidades para ser considerado como mexicanos, y se excluye por completo a los extranjeros. No obstante lo anterior, de diversas disposiciones fiscales se comprenden a mexicanos y extranjeros por igual, para sufragar el contenido de las mismas, lo que en principio conectaría con una denominada antinomia; sin embargo, vemos que no ocurre así, ya que estamos ante un fenómeno que he decidido llamar "equiparación por extranjería", el cual será abordado en un futuro. Por lo que respecta al resto de la obligación se abordará cuando se hable en profundo del "Derecho Fundamental de Tributar".

Breve Introducción al Sistema Tributario

Carlos Mena Adame citando a Dino Jarach sostiene que el Derecho Fiscal es parte de una rama piramidal que encuentra su base en la constitución en si misma, de donde se entiende que en primer punto estará la Constitución, posteriormente el Derecho Constitucional Tributario y finalmente el Derecho Tributario, del cual emanan todas las distintas especialidades de la rama jurídico tributaria. Toda vez que si puede hablar o no de un derecho fundamental de tributar el mismo debe estar previsto y reconocido directamente en la Carta Magna o en algún Tratado Internacional, y posteriormente ser regulado en las disposiciones reglamentarias a dicha constitución. Por ende, es necesario adoptar la escuela piramidal de la autonomía constitucional, toda vez que los derechos humanos son reconocidos en el primer nivel (Constitución), se reconoce su contenido, alcance y por decirlo de alguna manera su tipificación en el segundo nivel (Derecho Constitucional Tributario), y posteriormente es reglamentado, especificado y regulado en el tercer nivel (Derecho Tributario y sus ramificaciones).

Equiparación por Extranjería

Al principio del presente trabajo se mencionó que es obligación de los mexicanos contribuir a sufragar el gasto público, y es ahí donde se encuentra un primer problema, por qué los extranjeros los pagan si ellos no son copartícipes "a primera instancia" de los beneficios que se generan al aplicar su producto. Esa obligatoriedad del pago emana de lo que en nuestro particular punto de vista hemos decidido nombrar como "Equiparación por Extranjería", donde por virtud de una norma los extranjeros se equiparán a los nacionales en función de determinada situación, sean ingresos, propiedades, o por la

realización de actos jurídicos; y por ende, los efectos de la norma jurídica les afectarán en la misma proporción, y calidad que a los nacionales.

Obligación Tributaria

Acuñando las ideas de Margain Manatou y de Sergio Francisco de la Garza se puede conceptuar a una obligación tributaria como aquel vínculo jurídico en virtud del cual el Estado (Sujeto Activo) exige de un contribuyente (Sujeto Pasivo), el cumplimiento de una prestación originada por virtud de un hecho imponible[6] establecido en una norma tributaria.

Derecho Fundamental de Tributar

El derecho fundamental de tributar no es un derecho unívoco, involucra la tutela de diversas situaciones afines a las actividades jurídicas y económicas trascendentales de los contribuyentes; se encuentra reconocido en un ordenamiento de carácter supremo y que actúa mediante diversos mecanismos (garantías) donde protege los derechos, posesiones, y propiedades de los sujetos pasivos de una obligación jurídica sea de carácter tributario o fiscal, de tal guisa que se evite que el contribuyente entre en un estado de indefensión frente a la potestad tributaria de un Estado Soberano.

<u>Características del Derecho Fundamental de Tributar</u>
-Complejidad: Es un derecho que no se encuentra delimitada a una situación concreta de realización genérica, sino que tutela pluralidad de situaciones.
-Adaptabilidad: Su prestación se adecua en función de la relación jurídica tributaria en la cual se encuentra el contribuyente.
-Progresividad: Evoluciona adecuándose a la legislación tributaria.
-Generalidad: Aplica y beneficia a todos los individuos.
-Inalienabilidad: No se pueden renunciar, ni se puede negociar con ellos.
-Naturalidad: Su origen son las relaciones humanas de carácter tributario.
-Inviolabilidad: No pueden ser destruidos ni lesionados; en caso de que sean violados el Estado debe proveer mecanismos para tutelarlos y restituirlos .

Por ende, se puede afirmar válidamente que cuando el contribuyente cae en el supuesto normativo está obligado frente al Estado (nace el derecho para dicho Estado para exigir por vía de imperio que se cubra el importe) para cubrir un tributo necesario para satisfacer las necesidades financieras del Estado, y en el mismo instante nacen una serie de derechos tendientes a defender al contribuyente de errores en la administración tributaria (correlativamente nacen obligaciones de satisfacción y de no transgresión a dichos derechos).

Catálogo de Derechos Tributarios

El fundamento de dicho catálogo de derechos tributarios se encuentra a nivel local en el artículo 1 de nuestra Carta Magna, que estatuye que toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos en la misma y en los tratados internacionales firmados por México.

Como fundamento supranacional de dicho catálogo podemos citar los siguientes tratados: Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y todos los tratados bilaterales firmados por México tendientes a evitar la doble tributación.

Derechos del Contribuyente

En una norma federal expedida por el otrora presidente Vicente Fox Quesada, y publicada el 23 de junio de 2005 en el Diario Oficial de la Federación, el gobierno mexicano estatuyo un cúmulo de derechos mínimos de los cuales goza todo contribuyente. A continuación se enlistan los derechos en listados en el numeral segundo de la ley federal de los derechos del contribuyente:

§ Derecho a ser informado y asistido por las autoridades fiscales en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.
§ Derecho a la devolución de contribuciones (Pago de lo Indebido).
§ Derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte.
§ Derecho a conocer la identidad de las autoridades fiscales que tramiten los procedimientos en los que tenga interés.
§ Derecho a obtener copia de sus declaraciones.
§ Derecho a no aportar documentos que obren en poder de las autoridades.
§ Derecho al carácter reservado de la información que conozcan los servidores públicos de la administración tributaria.
§ Derecho al debido trato.
§ Derecho a que las actuaciones de las autoridades fiscales que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que les resulte menos onerosa.
§ Derecho a formular alegatos, presentar y ofrecer pruebas (incluso el expediente administrativo) en el procedimiento en donde impugne un acto de autoridad.
§ Derecho a ser oído en el trámite administrativo con carácter previo a la emisión de la resolución determinante que le determine un crédito fiscal.
§ Derecho a ser informado, al inicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, sobre sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones y a que éstas se desarrollen en los términos y plazos establecidos en las leyes fiscales.
§ Derecho a corregir su situación fiscal con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación que lleven a cabo las autoridades fiscales.
§ Derecho a señalar en los juicios de nulidad y lesividad, como domicilio para recibir notificaciones, el ubicado en cualquier parte del territorio nacional.

Garantías Fiscales

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido de manera reiterada y acertada una serie de principios básicos que confluyen como los ejes del derecho tributario y así mismo se erigen como las garantías básicas de cualquier ley tributaria, y que se encuentran regulados directamente en nuestra norma fundante, me refiero a los principios de legalidad, equidad, proporcionalidad y fin (destinar las contribuciones para solventar el gasto público).

Los mismos son percibidos como garantías que si bien no se encuentran en el denominado capítulo de los derechos humanos[7] (anteriormente denominado de las garantías), si acarrean las mismas prerrogativas que cualquiera de los derechos ahí regulados, tal y como acertadamente se pronunció nuestro máximo tribunal en la siguiente tesis aislada:

> Quinta Época; Segunda Sala; S.J.F.; CIX; Pág. 545 Registro: 319 226
> IMPUESTOS, EQUIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LOS.
> Aunque en jurisprudencia anterior de la Suprema Corte estableció que la proporcionalidad y equidad del impuesto, no puede remediarse por medio del juicio de amparo, es conveniente modificar esa jurisprudencia, estableciendo que sí está capacitado el Poder Judicial Federal, para revisar los decretos o actos del Poder Legislativo, en cada caso especial, cuando aparezca que el impuesto es exorbitante y ruinoso, o que el legislativo se ha excedido en sus facultades constitucionales. Aun cuando el artículo 31 de la Constitución que establece los requisitos de proporcionalidad del impuesto, como derecho de todo contribuyente, no está en el capítulo relativo a las garantías individuales, la lesión de este derecho sí es una violación de garantías; por lo que, si se demanda ante la Suprema Corte el amparo contra una ley que establezca un impuesto exorbitante y ruinoso, la Corte no puede negar la protección federal, diciendo que el Poder Judicial no es el capacitado para remediar dicha violación, y que el remedio contra de ella se encuentra en el sufragio popular, pues, en tal caso, se haría nugatoria la fracción I del artículo 103 de la Constitución, y la misma razón podría invocarse para negar todos los amparos que se enderezaran contra leyes o actos del Poder Legislativo.

De la anterior tesis y del análisis de la vigente fracción I del artículo 103 de la Constitución[8] , se comprende que los mencionados 4 principios son en si mismos derechos humanos (las garantías son medios procesales para hacer valer dichos derechos), reconocidos por el ordenamiento mexicano de lo contrario su violación no podría hacerse valer mediante el juicio de garantías.

Derecho de Igualdad Tributaria

Considerado como el principio de no discriminación fiscal, estatuye que todas las personas que se sean obligadas al cumplimiento de la norma tributaria son iguales ante la ley (artículo 4 constitucional). De tal manera, que las personas físicas o morales que sean obligadas a cubrir un tributo deberán ser tratadas conforme al mandamiento de la ley, sin que sea posible hacer más distinciones que aquellas previstas en la ley.

Derecho de Legalidad Tributaria

El mencionado derecho, más que un derecho es una garantía que se manifiesta a través de dos principios generales:

> a) Principio General de Legalidad (Artículo 16 CPEUM): En sus actuaciones frente a los contribuyentes, las autoridades fiscales deben ser las competentes para la realización del acto en cuestión, y a la resolución que recaiga al mismo deben fundarla y motivarla.
> b) Principio de Legalidad Tributaria (Artículo 31 Fracción IV CPEUM[9]): Las resoluciones

generales y las disposiciones reglamentarias que sean adjetivas a una norma tributaria, deberán adecuarse a lo dispuesto en la ley que detallen de lo contrario serán ilegales y pueden ser válidamente controvertidas por los particulares, y desaplicadas por la autoridad[10].

Non Bis In Idem

El principio *non bis in idem* consagrado como base del sistema penal mexicano, y regulado en el artículo 23 de nuestro Máximo Ordenamiento[11], se aplica en materia fiscal cuando el contribuyente comete un ilícito tributario[12], y en el proceso acusatorio se le absuelve o se le condena, y se contraviene cuando una vez absuelto se le vuelve a juzgar por la misma conducta.

Derecho de Acceso a la Justicia Tributaria

Desde nuestro particular punto de vista, conceptuamos al derecho de acceso a la justicia tributaria como un cúmulo de derechos, a saber:

a) Acceso a la justicia: Si bien los conflictos en materia administrativa[13] no son resueltos por los tribunales jurisdiccionales, se instituyeron tribunales de lo contencioso administrativo cuya naturaleza es la de ser órganos jurisdiccionales en sentido material pero formalmente administrativos, y cuyo fundamento lo encontramos a nivel federal en el artículo 73 fracción XXIX-H[14], a nivel local en el artículo 116 fracción V[15], y para el Distrito Federal dentro del artículo 122 apartado B Base Primera fracción n)[16], todos numerales contenidos en nuestro máximo ordenamiento. Dichos órganos que son tanto de orden federal (Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa) como de carácter local (incluidos para estos fines al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal), resuelven las controversias en materia administrativa y no tienen costo, si bien gozan de particularidades propias de la especialidad, tales como la prohibición de condena en materia de costas[17].
b) Medios de Impugnación: el mismo se refiere a que la ley que regule un proceso o procedimiento debe contener un recurso para revisar e impugnar la resolución que resuelva el citado proceso/procedimiento.
c) Garantías consagradas en el Artículo 14 constitucional: el citado numeral consagra los siguientes principios rectores del sistema jurídico mexicano:
-Irretroactividad de la ley fiscal: la ley fiscal en todo lo que perjudique al contribuyente regula situaciones futuras, y en todo lo que le beneficie, (normas más benévolas en ilícitos tributarios) puede aplicarse retroactivamente.
-Defensa a la ejecución de la ley fiscal: un contribuyente con motivo del cumplimiento forzoso de una ley fiscal no podrá ser privado de sus bienes si previamente no contraviene la resolución que le de origen mediante un recurso o procedimiento, o por signos inequívocos se demuestre su conformidad con la misma (es decir en el plazo perentorio el contribuyente no la contravenga).
-Garantía de libertad: con la salvedad de lo previsto por nuestra constitución en las garantías del indiciado (consagradas en los artículos 18 al 22 de la norma en comento), se establece que una persona no podrá ser privada de su libertad por la comisión de un ilícito tributario si previamente en un proceso penal regulado por leyes anteriores al acto y sustanciado ante tribunales previamente erigidos no se demuestra su culpabilidad.

d) Derecho de Asesoría y Representación Legal: para controvertir una ley y ejecutar los anteriores postulados es menester contar con la pericia de conocer la ciencia jurídica, por lo cual un contribuyente ordinario estaría imposibilitado para ejercitar de una manera eficaz lo anterior. Ante esto, y previendo la imposibilidad material de que el contribuyente no pueda contratar los servicios de un abogado, se instauró la defensoría común.

En materia fiscal dicho organismo es conocido como la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (en lo sucesivo "PRODECON"), la cual es un organismo público descentralizado, no sectorizado, con autonomía técnica funcional y de gestión, especializado en materia tributaria.

El citado organismo mediante sus esquemas de asesoría y representación en materia tributaria, asegura que los contribuyentes que no pueden sufragar el pago de un asesor profesional (léase contadores y abogados) sean partícipes de los procedimientos correspondientes en contra de las actuaciones que les sean perjudiciales por parte de la autoridad en materia fiscal[18].

Protección al Salario Mínimo

El lector se preguntará, la razón de porqué se invoca un mecanismo de tintes laborales en un escrito que trata de conflagrarnos en conceptualizar a la obligación tributaria como un derecho humano, la razón radica en un razonamiento sostenido por diversos de los magistrados que integran nuestro máximo tribunal, en diversas tesis donde se sostiene a esta institución como un mínimo vital que goza del privilegio de estar libre de gravamen, a saber:

> Novena Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Mayo de 2007; Pág. 792; Registro: 172 546
> DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO.
> En el marco que corresponde a la materia fiscal, el derecho al mínimo vital constituye una garantía fundada en la dignidad humana y como presupuesto del Estado democrático, de tal manera que los principios especiales que rigen el sistema tributario han de ser interpretados a la luz de los principios fundamentales que informan toda la Constitución. A partir de lo anterior, la capacidad contributiva -concepto capital para juzgar en relación con la proporcionalidad del gravamen, al menos en lo que hace a impuestos directos- ha de apreciarse teniendo en cuenta el contexto real, por lo cual debe precisarse que, si bien el deber de tributar es general, el derecho al mínimo vital exige analizar si la persona que no disponga de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación de penuria, cuando ello puede coexistir con la insuficiencia de una red de protección social efectiva y accesible a los más necesitados. Así, se considera que los causantes deben concurrir al levantamiento de las cargas públicas con arreglo a su capacidad contributiva, en la medida en la que ésta exceda un umbral mínimo que únicamente así podrá considerarse idónea para realizar en el campo económico y social las exigencias colectivas recogidas en la Constitución. El respeto al contenido esencial de este derecho exige que no se pueda equiparar automáticamente la capacidad que deriva de la obtención de cualquier recurso con la capacidad de contribuir al gasto público, todo ello respecto de las personas que puedan carecer de lo básico para subsistir en condiciones dignas; la acepción negativa del derecho

al mínimo vital se erige como un límite que el Estado no puede traspasar en materia de disposición de los recursos materiales necesarios para llevar una vida digna. Esta limitante se ha expresado tradicionalmente en la prohibición de los impuestos confiscatorios, pero también es especialmente relevante para el caso el derecho al mínimo vital, en particular el de las personas que apenas cuentan con lo indispensable para sobrevivir. Lo dicho no implica intromisión alguna en la esfera legislativa dentro de la cual se inscribe la configuración del sistema tributario, dado que la misma, por una parte, no es ilimitada -siendo que corresponde a este Alto Tribunal la verificación del apego a las exigencias constitucionales- y por el otro, no es pretensión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que legalmente se defina con toda certeza ese mínimo de subsistencia que serviría de punto de partida en la imposición, sino que se reconozca un patrimonio protegido a efectos de atender las exigencias humanas más elementales, lo cual implica excluir las cantidades o conceptos que razonablemente no puedan integrarse a la mecánica del impuesto -ya sea a nivel del objeto o que no puedan conformar su base imponible-, toda vez que dichos montos o conceptos se encuentran vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas del titular.

Limitaciones a la Potestad Tributaria

a) Limitación en Materia de Alimentos: El Estado mexicano se ha comprometido por medio de diversos tratados internacionales a ser garante del derecho a la alimentación, y gracias a ello se permite que una persona tenga un nivel de vida adecuado; dentro del marco legal del derecho humano a la alimentación podemos citar a los siguientes numerales: artículo 25 Declaración Universal de Derechos Humanos[19], el principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño[20], la fracción c del artículo 18 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social[21], artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales[22], la observación general 12[23], por citar algunos. Dentro de este amplio e importante marco normativo se puede concluir como el Estado mexicano a proteger a sus ciudadanos con respecto al hambre, permitir que los mismos tengan acceso a los alimentos, no restringir el acceso por vía de ninguna circunstancia, y asegurar la justa distribución de los alimentos que se produzcan, por lo cual no se pueden tasar los alimentos.

b) Limitaciones en Materia de Salud: En este apartado debemos distinguir las limitaciones a la potestad tributaria en materia de salud de conformidad con varias vertientes, que existen y divergen para tutelar la integridad del individuo. Previo a dicha divergencia se mencionará el compromiso fundamento de protección a la salud que se encuentra por vía de tratados internacionales, para reconocer los deberes que tiene México en materia de salud, a saber:

1. Medicamentos: Por disposición del artículo 2A de la ley del impuesto al valor agregado, las medicinas de patente ya están sujetas a IVA del 0%. De tal manera que el hacer que las mismas se ha tasadas por una tasa mayor vulneraría el derecho a la salud garantizado por orden del artículo 4 constitucional, por lo cual es menester que la legislación fiscal actual se mantenga en la misma línea, o en una línea progresista (medicamentos de patente exentos del mencionado tributo).
2. Servicios profesionales en materia de salud: La prestación de servicios médicos por disposición expresa del artículo 15 de la ley del impuesto al valor agregado[24] se

encuentran exentos del mencionado impuesto, con lo cual se evita que la persona incurra en erogaciones distintas a la contraprestación de servicios médicos.

3. Seguridad Social: De la sesión sostenida por el pleno de nuestro máximo tribunal el día 9 de julio de 2007[25], se analizó la naturaleza de las aportaciones de seguridad social, las cuales encuadran en el artículo 31 fracción IV, con lo cual se configura su constitucionalidad, la cual ya no quedará a debate. De conformidad con la fracción II del artículo 2º del Código Fiscal de la Federación las aportaciones de seguridad social son las contribuciones establecidas en ley a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en materia de seguridad social o a las personas que se beneficien en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado. Por lo tanto, vienen a ser cuotas de carácter tripartito (las paga el patrón, el trabajador y el Estado) que vienen a sufragar los beneficios obtenidos por vía de las actividades que realiza el Estado en materia de seguridad social, sin las mismas el Estado estaría imposibilitado para proveer de los determinados servicios.

Finalmente, se evidencia la mencionada situación porque las autoridades en materia tributaria, también pueden llegar a violar los derechos humanos de las personas sujetas a su potestad, como acertadamente lo determinó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en la recomendación 45/2002[26].

Control de Convencionalidad

El Control de Convencionalidad es una especia de mecanismo que surge por virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo “Convención Americana”), que deberán aplicar de manera oficiosa y de buena fe los Estados Signatarios de dicho instrumento. El control de Convencionalidad consiste en contraponer la expedición de una ley (o al omitirse la expedición de una ley sea de manera total o parcial) o la emisión de un acto y verificar su compatibilidad con la Convención Americana; y en caso de incompatibilidad el acto o norma deberá de ser inaplicado.

De diversos precedentes nace la obligación para toda autoridad mexicana, de verificar la compatibilidad de sus actos con los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como:

Ã Garantizar el pleno ejercicio de los derechos sin discriminación alguna.

Ã Reconocer la personalidad jurídica de todas las personas que se encuentren sujetas a una de sus actuaciones o controviertan las mismas.

Ã En procedimientos equiparables a juicio y en actuaciones de carácter sancionador toda persona tiene derecho a que se respete su integridad.

Ã En la comisión de delitos fiscales, una persona no puede ser privada de su libertad física, salvo en las condiciones fijadas por la ley, ni estará sujeta a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Ã Se reconoce la garantía de audiencia.

Ã Por la comisión de un delito fiscal, la persona gozará de una presunción de inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.
Ã La autoridad no puede condenar en ilícitos tributarios por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.
Ã Deber de indemnizar en el caso de daños y perjuicios ocasionados por actividad irregular del Estado o por error judicial (Responsabilidad Patrimonial del Estado).
Ã En procedimientos equiparables a juicio, la sustanciación de las diligencias se debe hacer de tal manera que la persona objeto de las mismas no pueda ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia.
Ã Respetar en todo momento el derecho que tiene toda persona al uso y goce de sus bienes.
Ã Todas las personas son iguales ante la ley y a su protección.
Ã Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Declaratoria General de Inconstitucionalidad

Regulada en nuestro particular entender como una consecuencia jurídica, como un pronunciamiento, es sustanciada a través de un procedimiento de carácter constitucional (porque se encuentra previsto directamente en la constitución concretamente en el numeral 107) y su reglamentación se encuentra consagrada en los artículos 231 al 235 del "Decreto[27]". Es una consecuencia jurídica, porque previamente a su sustanciación ya fue decretada la inconstitucionalidad de una norma, y únicamente lo que realiza la SCJN es una declaración con carácter general de la misma; por lo cual, la declaración únicamente es hacer público el reconocimiento a una situación previamente considera, ya que sólo generaliza los efectos concedidos en los amparos que le dieron origen, y permite a la autoridad emisora de la misma que subsane para evitar la consecución de la misma.

Sustanciación (artículo 107 CPEUM y artículos 231 al 234 del "Decreto")

1. Cuando en dos juicios de amparo indirecto en revisión (ante las Salas o el Pleno de la SCJN) se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general, el presidente de la Sala o de la SCJN comunicará dicha situación a la autoridad emisora correspondiente.
2. Cuando el pleno o las salas de la SCJN establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la SCJN lo notificará a la autoridad emisora.
3. Transcurrido el plazo de 90 días naturales contados a partir del día siguiente de la notificación anterior, sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la SCJN turnará el asunto al ministro instructor (ponente) que corresponda conocer, quien fijará el proyecto de declaratoria general de inconstitucionalidad que deberá ser discutido en sesión pública del pleno.
4. El quórum para la discusión del mencionado proyecto será de cuando menos 8 ministros presentes (con la ausencia de 4 o más ministros la sesión se levantará por falta de quórum y el proyecto no será discutido, hasta en tanto concurran a sesión los ministros necesarios

para su conocimiento).
5 (a). La SCJN emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances, plazos y condiciones.
5 (b). En caso de que en la discusión del proyecto respectivo no se alcancen ocho votos (mayoría calificada) se dará entonces el fenómeno de Declaración de Interpretación Conforme, mediante el cual se reconoce que una norma de carácter general está de acuerdo a nuestro máximo ordenamiento.
4. Se deberá publicar la declaratoria dentro del plazo de 7 días hábiles en el Diario Oficial de la Federación.
*La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá la fecha a partir de la cual surtirá efectos.
*Independientemente del sentido que se le de en la resolución del proyecto (Declaratoria General de Inconstitucionalidad o Declaratoria de Interpretación Conforme) el sentido de la misma no vendrá a modificar las situaciones particulares (amparos indirectos concedidos o negados) que le dieron origen.

Crítica

Del análisis de las disposiciones rectoras de este nuevo pronunciamiento, se pueden desprender una serie de problemáticas, verbigracia:

1) Pertinencia: Esta situación se presente entorno a los requisitos previos y de procedencia de la sustanciación del procedimiento anteriormente descrito. El requisito de procedencia es que previamente se fije jurisprudencia por reiteración en sentencias de amparos contra leyes que sean conocidos a través del recurso de revisión por alguna de la Salas o por el Pleno de nuestro Máximo Tribunal. El quid de la misma encuentra su seno en el periodo de tiempo que le toma a la Corte en fijar jurisprudencia por vía de este procedimiento; es verdad, que el “Decreto” solamente exigirá tres precedentes y no cinco como actualmente se estila; sin embargo, sigue siendo un procedimiento largo, ya que la SCJN sólo conoce en revisión aquellos amparos que por su importancia y trascendencia lo ameriten. En las discusiones fijadas a través de las sesiones del pleno se puede ver claramente como no hay criterios objetivos[28], que permitan identificar cuales son aquellos casos de notaria importancia y trascendencia que ameriten ser conocidos por la misma; de tal guisa, que por situaciones diversas sigue siendo complejo y tardado que la SCJN fije la mencionada jurisprudencia por lo cual el advenimiento de una declaratoria general de inconstitucionalidad será tardado y un tanto elitista, lo que de entrada evitará que muchas normas tachadas de inconstitucionales sean conocidas por el citado mecanismo.
2) Votación: El que en un procedimiento de carácter jurisdiccional se pidea determinado quórum para poder resolver el mismo, y una votación idónea, desde una perspectiva doctrinal hace que el mismo sea rehén de las minorías por decirlo de alguna manera. Por lo tanto, se pueden plantear dos escenarios que restrinjan la conclusión a buen término:

a. Falta de Quórum: La ausencia de 4 ministros a la sesión pública donde se discuta un proyecto de declaratoria general (sin entrar en el fondo de la razón de la inasistencia) conllevaría el retraso en la discusión del proyecto, y por ende en la formación de la citada consecuencia. Por lo cual, la ausencia de ministros (con quórum integrado) haría difícil la obtención de la votación necesaria para fijar la declaratoria correspondiente.

b. Votación Desfavorable: dentro de esta premisa debemos distinguir dos planteamientos el voto de la minoría contraria al proyecto y los impedimentos para conocer el asunto. En el primer rubro estamos ante la situación a la que se enfrenta todo ministro ponente, convencer a 7 magistrados más que se unan en sentido favorable a su proyecto, donde en sentido de una lógica práctica podemos notar que un opositor la tiene más fácil, ya que es más fácil convencer a 3 ministros más que voten en contra del proyecto que a 7 que voten a su favor. La situación del convencimiento se complica si uno o más ministros se encuentran en un impedimento para votar el asunto, por lo cual si en un escenario idónea se tenían que convencer a 7 de 10 magistrados, ante el impedimento se tendrá un número menor de magistrados potenciales a los cuales convencer.

3) Efectos: No obstante se generalizan los efectos de no aplicación de una norma por considerarse aquélla como inconstitucional, al momento de que se vote y se tenga ya el proyecto aprobado que deberá prevalecer, sus alcances y efectos, sólo se conocerán para el caso en particular, por lo cual no podemos sentenciar de primera mano el fondo de la misma, lo cual nos lleva a una especie de inseguridad jurídica. Otro aspecto radica en saber qué pasa con las situaciones nacidas al apego de la norma declara inconstitucional, seguirán subsistentes, se afectarán derechos de terceros beneficiados por la misma norma, la inconstitucionalidad será con efectos retroactivos o con efectos a futuro, se crearán regímenes distintos al apego de una misma norma?; lo anterior, son interrogantes que se darán a lo largo de cada proyecto que se integre a efectos de la declaratoria, y que serán discutidos por los ministros, lo cual ya de primera mano pronostica un panorama de grandes retos, y una vaticinada lucha entre el interés superior y los derechos particulares adquiridos.

4) Materias: Por mandato constitucional se restringe del conocimiento a la materia tributaria, lo cual nos hace ver la preeminencia del interés superior del erario público en perjuicio del contribuyente, con lo cual podemos ver que el principio de generalidad de la norma se viola, ya que los que contravengan de manera victoriosa la aplicación de la norma tributaria estarán en un régimen distinto de aquellos que no la contravinieron ya sea porque su recurso no fue efectivo, no tuvieron los medios para hacerlo o decidieron no hacerlo. Ante esta situación se lanza la siguiente pregunta al aire ¿Qué es más importante el producto inconstitucional de la recaudación necesario para sufragar los gastos públicos[29] o la no afectación de la esfera jurídica del contribuyente?

5) Procedencia: La Declaratoria sólo procede contra normas generales que hayan sido declaradas inconstitucionales por jurisprudencia de la SCJN. Ante ese requisito de procedencia surge un cúmulo de interrogantes no planteadas por el constituido ni por el congreso federal ordinario, a saber:

a. Para los efectos de la declaratoria qué se entiende por normas generales, es decir procede contra reglamentos, leyes, decretos, acuerdos generales, se refiere a normas generales en materia federal o local o habla de un supuesto limitado. Toda vez que ni la Constitución ni el Decreto lo detallan pudiera caber la posibilidad que el espíritu de la ley sólo se refiera a normas generales del tipo de leyes y tratados, tal como razona la SCJN en materia de acción de inconstitucionalidad:
Época: Novena Época; Registro: 194283 Instancia: PLENO TipoTesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: IX, Abril de 1999. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 22/99. Pag. 257ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES.Del análisis y la interpretación de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que: a) Si las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, entonces sólo son procedentes contra normas de carácter general; b) En el propio precepto se habla sólo de leyes y tratados internacionales entendidos como normas de carácter general. Consecuentemente, las acciones de inconstitucionalidad proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de éstas, sino sólo contra aquellas que tengan el carácter de leyes, o bien, de tratados internacionales. En iguales términos, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, tratándose de acciones de inconstitucionalidad, se refiere únicamente a normas generales, leyes y tratados internacionales; por lo tanto, también debe concluirse que prevé la procedencia de las acciones de inconstitucionalidad exclusivamente en contra de esas normas. La intención del Constituyente Permanente, al establecer las acciones de inconstitucionalidad, fue la de instituir un procedimiento mediante el cual se pudiera confrontar una norma de carácter general con la Constitución y que la sentencia que se dictara tuviera efectos generales, a diferencia de lo que sucede con el juicio de amparo, en el que la sentencia sólo tiene efectos para las partes. No puede aceptarse su procedencia contra normas diversas, ya que en tales casos, por la propia naturaleza del acto combatido, la sentencia no tiene efectos generales, sino relativos. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 19, fracción VIII, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 1o. de la misma ley y con la fracción II del artículo 105 constitucional, las acciones de inconstitucionalidad sólo son procedentes contra normas de carácter general, es decir leyes o tratados, y son improcedentes en contra de actos que no tengan tal carácter.
b. Toda vez que el supuesto de norma general no ha sido limitado, la mencionada institución podría aplicarse a un tratado internacional (que es norma general para los efectos de la jurisprudencia anteriormente citada), y con ello se violarían los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* con respecto a los tratados. El declarar inconstitucional un tratado, emitir jurisprudencia al respecto y más aún declarar su inconstitucionalidad de manera general vulnera el artículo 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados[30], y rompe con el esquema de las relaciones

internacionales entre Estados. Ante dicha situación es menester que se haga una limitación constitucional al respecto o se replanteé el principio de supremacía constitucional[31], para evitar entrar en situaciones que acarrearían conflictos internacionales, violarían los compromisos adoptados, y rompen con el esquema del cumplimiento del derecho, además bajo ninguna circunstancia dichas situaciones se pueden equiparar a una denuncia, que es la única forma para detener el incumplimiento de un tratado y no por una norma interna (la supranacionalidad está o no por encima de la Soberanía?).

6) Suspensión: Dentro de esta ramificación hay dos situaciones que es menester hacer hincapié que no fueron previstas en la ley reglamentaria de la mencionada declaratoria; es decir, si durante la tramitación del proyecto de la declaratoria se suspende la aplicación de la norma. Otro problema radica en que si durante la discusión del proyecto se suspenden o no todos los amparos que estén en trámite en donde se controvierta la constitucionalidad de la norma objeto de la declaratoria.

Breves Consideraciones de la Necesidad de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad en Materia Tributaria

Ã Se permitiría dar una tutela genérica a los derechos fundamentales tributarios garantizados por la constitución y los tratados internacionales.

Ã Se generaría un beneficio de economía procesal, al permitir que los tribunales colegiados y los juzgados de distrito se centren en asuntos diversos a aquéllos en donde se ventile la constitucionalidad de una norma tributaria, lo que aceleraría la impartición de justicia en otras materias.

Ã Se generarían diversas limitantes en varios aspectos de la norma tributaria para evitar menoscabar otros derechos humanos.

Ã Se daría cabida a un nuevo sistema de equilibrio de poderes, ya que en la sustanciación de la declaratoria coadyuvan los tres poderes, el emisor de la norma, el aplicador de la norma y el revisor de la norma, lo que asegura que no se invadan competencias y se profesionalice de manera indirecta la función y potestad de cada uno de los poderes.

Además con la lógica anterior, es menester que se ve un círculo vicioso de control de constitucionalidad producto del contrapeso de poderes, ya que de la emisión de una norma, le toca a otro poder aplicar, y del análisis de dichos actos surge una interpretación producto de un tercer poder, que requerirá al emisor para evidenciar si subsisten o no dichas anomalías y posteriormente darle nuevas normas que aplicar al poder ejecutor, y así sucesivamente en tanto no se subsane el problema de constitucionalidad.

Ã El que una materia se encuentre excluida de un sistema de control de constitucionalidad, genera un problema de incongruencia y un régimen de inmunidad procesal y se rompe con el principio de supremacía constitucional ya que se dejaría subsiste una norma inconstitucional que regirá para todos aquellos particulares que no la hayan contravenido.

Ã Si los problemas de constitucionalidad y convencionalidad de la norma subsisten podrían ser ventilados sin ningún problema ante la Corte Interamericana, y la sentencia que llegase a emitir dicho órgano representaría un golpe presupuestal a considerar, como lo han venido siendo todas las sentencias en las que México ha sido condenado.

Ã Como se explicó en la crítica a dicha consecuencia jurídica, los requisitos para poder invocar la mencionada declaratoria, se llenan previo agotamiento a un procedimiento complicado y un tanto elitista; por ende, dicha complejidad instaura que sea difícil y tardado que una norma se sujete al mencionada control, por lo tanto es falaz afirmar que todas las normas se estarían ventilando por vía de dicho mecanismos, ya que sólo aquellas que logren ser "importantes y trascendentes" se ventilarían ante la SCJN. Por lo cual, los criterios de competencia de la SCJN y el factor importancia y trascendencia, se convierten en un filtro que haría que en verdad se estudien aquellas normas cuyo perjuicio es notoriamente manifiesto para con los contribuyentes.

Para el caso que nos ocupa podemos mencionar el caso del amparo directo en revisión 1018/2020; en donde nuestro Máximo tribunal estudió la constitucionalidad de los artículos 61, tercer párrafo, 68, fracción II, párrafo segundo de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, y el artículo 3°, fracciones IV y V del Decreto por el que se reforman, adicionan, derogan y establecen diversas disposiciones de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y de la Ley del Impuesto al Activo[32], el cual fue tal su importancia que el mismo tribunal ordenó la creación de una comisión especializada encargada de determinar la atracción de los asuntos en donde se ventilarán dichos artículos. Se concluye que nuestro máximo tribunal sólo se haría competente por lo que respecta a normas tributarias, en donde en aquéllas que se evidencia la ilegalidad e inconstitucionalidad manifiesta como el asunto en comento.

Ã El que exista un medio procesal previsto en cualquier ordenamiento, no necesariamente hace suponer su ejecución en la realidad de una manera reiterada, sino sólo supone una prevención por parte de la norma para tratar determinados asuntos de una manera distinta a otros de símil naturaleza. Por lo cual, es una conclusión errónea del legislador el suponer que la existencia de la mencionada institución traería como consecuencia que se estén declarado inconstitucionales un número elevado de normas que determinen tributos y se afecte gravemente al erario público.

Ã Cabe mencionar que la existencia de una declaratoria general de inconstitucional rige a futuro, por lo cual la inconstitucionalidad de normas fiscales vigentes antes de la misma no podrá analizar por el mencionado procedimiento ni sujetarse a la consecuencia jurídica. Por lo cual, al no limitar por razón de materia, la existencia de dicha consecuencia será vista como una exigencia para el legislador, de tal manera que cuando emita nuevas normas que graven nuevas situaciones o emita reformas a las ya existentes deberá hacerlo de tal manera que las mismas no vulneren preceptos constitucionales ni derechos consagrados en la misma. Como consecuencia de lo anterior se darán dos situaciones no previstas:

α) Se mejoraría la técnica legislativa, con lo cual el propio poder legislativo se vería impactado por dicho control con lo cual estaría forzado a dictar normas congruentes (el avance será sistemático) para evitar entrar a la declaratoria, y tener trabajo adicional.

β) Se da el fenómeno de un control constitucional preventivo, ya que para evitar caer en la menciona hipótesis, el legislador ordinario limitaría y revisará de oficio su actuar y el producto del mismo para verificar que este conforme con la constitución.

Ã Como sucede para la materia electoral la que queda excluida para la SCJN y le compete al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se puede evi-

denciar que cuando se restringe el actuar (por materia, por acto, por monto o por cualquier otro criterio) de una corte y más si es de materia constitucional, se puede evidenciar que la misma no es un tribunal de plena jurisdicción. De tal guisa, que para que se hable de un tribunal constitucional es condición *sine qua non*, que el mismo sea el máximo tribunal de un país, que tenga plena jurisdicción y no tenga limitación alguna para conocer o no un asunto; por ende, es necesario para cumplir dichos requisitos que la SCJN no tenga limitación alguna en nuestro particular caso en materia de la declaratoria general de inconstitucionalidad, de lo contrario estaremos frente a un tribunal constitucional subyugado de manera indirecta a la completa potestad legislativa de los constituidos.

Ã Al tener una consecuencia jurídica que se sustancia con un procedimiento especial por un tribunal de constitucionalidad se garantiza uno de los deberes consagrados para los Estados Parte, que consiste en que en el sistema se prevea un recurso efectivo[33], para tutelar los derechos fundamentales, por lo cual que si se prevé una consecuencia jurídica que de cuyos efectos emanen tanto un mecanismo de constitucionalidad preventivo como efectos generales para subsanar violaciones en materia de constitucionalidad se cumple con excelsitud aquel deber.

Conclusión

El objeto primordial del presente trabajo fue demostrar una nueva y particular manera de analizar y evidenciar un concepto jurídico arraigado en las entrañas del sistema jurídico mexicano. El analizar como derecho fundamental a la obligación tributaria, demuestra que cualquier principio o institución jurídica tiene un sinfín de maneras de ser estudiada dependiendo del cristal con el que se mire; lo que permite que la ciencia jurídica sea tan evolutiva, permeable y adaptable a las nuevas necesidades que exige la sociedad día a día.

El lector podrá estar o no de acuerdo, con lo expuesto en el presente trabajo, pero nosotros no evidenciamos una verdad del sistema jurídico mexicano, sino precisamos una particular perspectiva para encontrar un argumento propio o no para dar las bases de una declaratoria general en materia tributaria; es decir, se dan los fundamentos doctrinarios y legales para sustentar cada una de las ideas que con ahínco le mostramos al lector. Pero la intención oculta del presente trabajo, fue generar polémica y despertar la curiosidad de cualquier persona para buscarle nuevas aristas a la obligación de pagar tributos. Salud!

Bibliografía

Libros consultados:

- De la Garza, Francisco (2006) “Derecho Financiero Mexicano”. México: Porrúa. 5ª Edición.
- Sánchez Gómez, Narciso (2009) “Derecho Fiscal Mexicano”. México: Porrúa. 7ª Edición.
- Ortíz Ahlf, Loretta (2009) “Derecho Internacional Público”. México: Oxford University Press. 3ª Edición.
- Arellano García, Carlos (2008) “Derecho Internacional Privado”. México: Porrúa. 17ª Edición.
- Contreras Vaca, Francisco José (2009) “Derecho Internacional Privado: Parte General”. México: Oxford University Press. 4ª Edición.
- Contreras Vaca, Francisco José (2006) “Derecho Internacional Privado: Parte Especial”. México: Oxford University Press. 4ª Edición.
- Fernández Fernández, Vicente (2011) “Responsabilidad Patrimonial del Estado”. México: Porrúa. 1ª Edición.
- Fernández Fernández, Vicente (2007) “El Juicio de Amparo en la Jurisprudencia”. México: Porrúa. 1ª Edición.
- Rodríguez Santibáñez, Iliana (2011) “La Soberanía en Tiempos de Globalización”. México: Porrúa. 1ª Edición.
- Herrerías Cuevas, Ignacio (2011) “Control de Convencionalidad y Efectos de las Sentencias”. México: Ubijus. 1ª Edición.
- Ruíz Torres, Humberto Enrique (2009) “Curso General de Amparo”. México: University Press. 1ª Edición.
- Hallivis Pelayo, Manuel Luciano (2011) “Interpretación de Tratados Internacionales Tributarios”. México: Porrúa 1ª Edición.
- Torres López, Mario Alberto (2010) “Teoría y Práctica de los Delitos Fiscales”. México: Porrúa. 4ª Edición.

Artículos consultados:

- Martínez Bulle Goyrí, Víctor Manuel (2000) “¿Qué son los Derechos Humanos?”. Página Web. Recuperado el día 2 de Septiembre de 2012 en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Libreriaa/derechos/dereconom.pdf
- Nikken, Pedro (Sin Año) “Sobre el Concepto de los Derechos Humanos”. Página Web. Recuperado el día 2 de Septiembre de 2012 en: http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2062/5.pdf
- Ferragoli, Luigi (2006) “Sobre los Derechos Fundamentales”. Página Web. Recuperado el día 31 de Agosto de 2012: http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf
- D’Antena Antonio (2004) “La Vinculación entre Constitucionalismo y Protección de los Derechos Humanos”. Página Web. Recuperado el día 30 de Agosto de 2012 en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098452
- Fernández, Eusebio (Sin Año) “Los Derechos Humanos y la Historia”. Recuperado el día 17 de Agosto de 2012 en: http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%202%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20ref-

erencia/2.2%20HISTORIA%20Y%20DECLARACIONES/2.2.3%20%20origen%20y%20evolucion%20ddhh_LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20LA%20HISTORIA.pdf

- Cámara de Diputados (2008) "El derecho a la alimentación en la legislación mexicana". Página Web. Recuperado el día 2 de noviembre de 2012 en: http://www.cedrssa.gob.mx/includes/asp/download.asp?iddocumento=2094&idurl=3115
- Cámara de Diputados (2008) "Análisis de la legislación nacional en materia de salud y los derechos que protegen a las mujeres". Página Web. Recuperado el día 2 de noviembre de 2012 en: http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/Inv_Finales_08/DP1/1_20.pdf
- Rentería Adrián (2010) "Derechos Humanos, Justificación y Garantías". Página Web. Recuperado el día 2 de septiembre de 2012 en: http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-humanos-justificacion-y-garantias--0/

Discos para computadora usados.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2010) "IUS".
- Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (2012) "Revista Judicial del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa".
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2008) "Seminarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Sobre Derecho Constitucional Tributario".

Leyes y tratados consultados.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Ley General de Migración
- Ley Federal de Derechos del Contribuyente
- Estatuto Orgánico de la Procuraduría de Defensa del Contribuyente.
- Ley de la Procuraduría de Defensa del Contribuyente
- Ley del Impuesto sobre la Renta
- Ley del Impuesto al Valor Agregado
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte
- Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido (España).
- Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del Impuesto al Valor añadido de la Unión Europea.

Notas

1 Formula Otero o Principio de Relatividad de las Sentencias: Las sentencias que se pronuncien en los Juicios de Amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos (Artículo 76 Ley de Amparo).

2 Art. 8 Declaración Universal de Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

3 Martínez Bulle Goyrí, Víctor Manuel (2000) "¿Qué son los Derechos Humanos?", cit. op. pág. 45

4 Citado por Pascual Fiore "Derecho Internacional Privado". Versión castellana de A. García Moreno. Tomo I, México, 1984, págs. 6 y 7.

5 Artículo 31 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

6 El hecho imponible está en la ley y es de aplicación estricta (principio de aplicación estricta).

7 Si bien en una opinión personal, sostengo que el capítulo I de la Constitución Federal no puede denominarse de los "Derechos Humanos y sus Garantías", ya que las garantías para hacer valer los derechos consagrados en el mismo se encuentran en otros artículos que no se ubican en aquél, como el juicio de amparo el mecanismo idóneo para garantizar los mismos que aparece regulado en los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal.

8 Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

9 Como se mencionó en líneas anteriores, la violación
de los principios consagrados en dicho artículo acarreará la invocación del juicio de garantías.

10 El principio de desaplicación de normas contradictorias a una norma jerárquicamente superior, es un sistema de protección constitucional emanado de una interpretación de los artículos 128 y 133 Constitucionales, que consiste en solamente aplicar la norma superior en caso de que la inferior la contradiga para así hacer cumplir y proteger la norma superior de una violación, mediante la desaplicación por mandato constitucional de una norma contradictoria.

11 Artículo 23 CPEUM. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

12 Tales como la defraudación fiscal y el contrabando.

13 Al principio del presente trabajo se mencionó el origen doctrinal y/o constitucional de la materia tributaria, si bien para fines jurisdiccionales se han agrupado a las diversas especialidades del derecho tributario dentro del proceso contencioso administrativo.

14Artículo 73. El Congreso tiene facultad:
XX-X-H. Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa que determine la ley, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, los procedimientos y los recursos contra sus resoluciones;

15 Artículo 116. El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecu-

tivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo.
V. Las Constituciones y leyes de los Estados podrán instituir Tribunales de lo Contencioso- Administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones;
16 Artículo 122. Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo.
n) Expedir la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para el Distrito Federal;
17 Nuestro máximo tribunal ha sentado jurisprudencia entorno a que se entiende por costas judiciales, a saber:
[J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; X, Agosto de 1999; Pág. 19; Registro: 193 559
COSTAS JUDICIALES. ALCANCE DE SU PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL.
Lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por parte del Estado, una determinada cantidad de dinero por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito.
18 El único inconveniente radica en que por virtud expresa de su norma rectora, la PRODECON solamente puede conocer y asesorar en asuntos cuando el monto del asunto no exceda de treinta veces el salario mínimo del Distrito Federal elevado al año (actualmente es un estimado de $573,014.00 Pesos), sin embargo consideraciones que si de una atribución de la autoridad deviene un conflicto de una cantidad superior al monto legal consideramos que si son los actos del contribuyente los que dieron origen a una cantidad de dicha magnitud el mismo estará en condiciones de hacer frente a las contingencias económicas que devengan en el asunto donde se presente dicha suerte.
19 Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
20 El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.
21La adopción de medidas para fomentar y diversificar la producción agrícola, especialmente mediante la aplicación de reformas agrarias democráticas, para asegurar el suministro adecuado y equilibrado de alimentos, la distribución equitativa de los mismos a toda la población y la elevación de los niveles de nutrición.
22 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de

toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:
a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.
23 El derecho a una alimentación adecuada (art. 11) : . 12/05/99. E/C.12/1999/5, CESCR OBSERVACION GENERAL 12. (General Comments).
El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre tal como se dispone en el párrafo 2 del artículo 11, incluso en caso de desastre natural o de otra índole.
24 Artículo 15.- No se pagará el impuesto por la prestación de los siguientes servicios:
XIV.- Los servicios profesionales de medicina, cuando su prestación requiera título de médico conforme a las leyes, siempre que sean prestados por personas físicas, ya sea individualmente o por conducto de sociedades civiles.
XV.- Los servicios profesionales de medicina, hospitalarios, de radiología, de laboratorios y estudios clínicos, que presten los organismos descentralizados de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal, o de los gobiernos estatales o municipales.
25 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD promovida por el Procurador General de la República en contra del Congreso de la Unión y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, demandando la invalidez de los artículos 5, 7, fracción VII, 10, fracción XI, 34, 38, 50, segundo párrafo, última parte, 56, 57, 58, 87, 98, 119 y 125, de la Ley de Desarrollo Sustentable de la Caña de Azúcar, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 2005. (PONENCIA DEL SEÑOR MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA). Recuperado el día 2 de noviembre de 2012 en: http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/2007jul4.pdf
26 En la síntesis de la menciona recomendación la CNDH determinó acertadamente que tanto Al secretario de Contraloría y Desarrollo Administrativo y al presidente del Servicio de Administración Tributaria, que se dé la intervención que legalmente le corresponda al órgano de control interno de sus respectivas dependencias, a fin de que, de acuerdo a su normatividad, inicie, una investigación administrativa en contra de los servidores públicos que incurrieron en las acciones y omisiones precisadas en el capitulo de observaciones de la presente recomendación, y realizado lo anterior, se dé cuenta puntualmente a esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sobre las actuaciones que practique la citada autoridad administrativa, desde el inicio de su intervención hasta la conclusión de la misma; así mismo, se dicten las medidas correspondientes, a efecto de que el personal adscrito a esas dependencias del Ejecutivo Federal, no vuelva a incurrir en acciones u omisiones como las que dieron origen a la presente recomendación.

Página Web. Recuperado el día 4 de noviembre de 2012 en: http://www.cndh.org.mx/Recomendaciones_1990_2012.
27 Forma en la que nos referiremos al siguiente dictamen:
28 Actualmente existen 70 criterios jurisprudenciales que para situaciones concretas dan el entendido de importancia y trascendencia, pero no dan lineamientos generales o directrices que permitan denotar una situación más objetiva de la citada situación.
SCJN. (2012) Importancia y Trascendencia". Página Web. Resultado de la búsqueda realizada el día 29 de Octubre de 2012 en el siguiente link: http://ius.scjn.gob.mx/paginas/Resultados.aspx?Epoca=3c78fffff3f7f&Apendice=10000000000&Expresion=importancia%20y%20trascendencia&Dominio=Rubro&TATJ=1&Orden=1&Clase=TesisBL&bc=Jurisprudencia.Resultados&TesisPrincipal=TesisPrincipal
29 Gastos Públicos: Costo de los servicios públicos y los gastos de estricto gobierno.
30 Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.
Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.
31 En la sesión ordinaria de la Cámara de Diputados del martes 30 de octubre de 2001, el diputado Luis Miguel Barbosa Huerta (PRD) propuso una reforma constitucional que solucionará de una vez por todas el problema de la jerarquía de leyes, el mencionado proyecto que no prosperó de nueva cuenta ha cobrado nuevos brios en la LXII legislatura, donde se retoman los mismos puntos del proyecto original a saber:
Artículo 133. Esta Constitución será la Ley Suprema de toda la Unión. Las leyes constitucionales aprobadas por el Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, tendrán primacía sobre las leyes ordinarias federales, constituciones y demás leyes locales. Los jueces de las entidades federativas se arreglarán a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, leyes constitucionales y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.
Los tratados internacionales celebrados de acuerdo con esta Constitución, una vez publicados, formarán parte del ordenamiento jurídico interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.
Los tratados relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado mexicano, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden jurídico interno, en la medida en que no contengan normas sobre su goce y ejercicio que alteren las garantías y derechos establecidos por esta ley fundamental para el hombre y el ciudadano.
32 y establece subsidios para el empleo y la nivelación del ingreso, publicado en el Diario Oficial de la Federación del primero de diciembre de dos mil cuatro, Decreto legislativo

que reforma la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en dos mil cinco
33 Artículo 25. Protección Judicial
1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.