



La Convergencia entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público

DESAFÍOS Y PROYECCIONES



Compiladores

Eduardo Andrés Calderón Marengo

Cecilia Beatriz Garau

Romina Mariela Sánchez Silveyra



Universidad de
Concepción del
Uruguay



5 años

RI/INS


Red Interdisciplinaria Iberoamericana
de Investigadores e Investigadoras
Nodo Socio-jurídico



**LA CONVERGENCIA ENTRE EL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Y EL DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO**

DESAFÍOS Y PROYECCIONES

**Eduardo Andrés Calderón Marengo
Cecilia Beatriz Garau
Romina Mariela Sánchez Silveyra
(Compiladores)**



La convergencia entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público : desafíos y proyecciones / Tahalia Esmeralda Aceves Fuentes ... [et al.] ; Compilación de Eduardo Andrés Calderón Marengo ; Cecilia Beatriz Garau ; Romina Mariela Sánchez Silveyra. - 1a ed. - Concepción del Uruguay : Espacio Editorial Institucional UCU ; Buenos Aires : Editorial de la Universidad de Flores, 2025. Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-3928-62-8

1. Derecho Internacional. 2. Derecho Internacional Privado. 3. Derecho Internacional Público. I. Aceves Fuentes, Tahalia Esmeralda II. Calderón Marengo, Eduardo Andrés, comp. III. Garau, Cecilia Beatriz, comp. IV. Sánchez Silveyra, Romina Mariela, comp.
CDD 341.4

DOI: [10.63790/978-987-3928-62-8](https://doi.org/10.63790/978-987-3928-62-8)

Diseño de cubierta: María Martínez (Dpto. Comunicación Institucional de la UCU)
Diagramación interior: Fernando Piciana

Coordinación Editorial: Cristian Rougier y Hernán Cortés

©Espacio Editorial Institucional UCU, 2025.
8 de Junio 522. Concepción del Uruguay, Entre Ríos.
editorial@ucu.edu.ar
www.ucu.edu.ar/editorial

©Editorial de la Universidad de Flores
Pedernera 275 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires
www.editorial.uflo.edu.ar
hernan.cortes@uflo.edu.ar

ÍNDICE

7

Autoridades

8

Prólogo

Eduardo Andrés Calderón Marengo

11

Presentación

Cecilia Beatriz Garau y Romina Mariela Sánchez Silveyra

MESA “DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”

14

**NNA migrantes: una mirada desde el derecho internacional
público y privado**

Tahalia Esmeralda Aceves Fuentes y Luis Enrique Cárdenas Voges

33

**Fortalecimiento de las relaciones sociales para promover el
derecho a la paz**

Margarita Cantero Ramírez y Lorena Martínez Martínez

52

**Convergencia del derecho de las personas refugiadas con el
derecho a la identidad en México**

María Teresa Guzmán Robledo

78

**Inclusión de las personas con discapacidad en la universidad:
una perspectiva desde los derechos humanos**

Lorena Yamilette Hernández Martínez y Claudia Delfín Ruiz

MESA “DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”

101

La necesidad de un estándar normativo internacional para el funcionamiento de los métodos de resolución online de controversias comerciales transnacionales

Juan Manuel Rosas Caro

128

Los derechos humanos en la insolvencia: una mirada desde el punto de vista del deudor y del acreedor en los procesos concursales

Gabriela Ulas

MESA “DERECHO INTERNACIONAL DE LAS TECNOLOGÍAS”

152

La colaboración del derecho internacional público y privado para la protección de los derechos del consumidor en la era del comercio digital

Ramón Octavio Mayorga Salamanca, Salvador Gándara Ruiz y Edgar Leyva Rodríguez

MESA “DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA”

176

Nuevos paradigmas de la filiación: la socioafectividad como fuente emergente. Análisis comparativo entre Argentina, Brasil y Paraguay

Ana Marcela Ferreyra, Diamela Amancay Farias, Luciano Ariel Larraburu y Delfina Isabel Romero

199

Eficacia del sistema de protección en casos de maltrato tramitados en los Juzgados de Niñez de la ciudad de Pilar

Jessica Graciela Marecos Dohmen

218

La competencia jurisdiccional en el divorcio entre extranjeros

Gerardo Alejandro Rúa Flores

**MESA “DERECHO INTERNACIONAL LABORAL
TRIBUTARIO”**

241

Gasto público, desafío jurídico y político frente a los derechos sociales. Una perspectiva desde el derecho mexicano

Marcos Gutiérrez Ayala

271

El Tribunal Supremo español ante la interpretación de los convenios de doble imposición (modelo OCDE)

Alejandro Torrescusa Cordero

MESA “DERECHO INTERNACIONAL PENAL”

294

La seguridad pública militarizada: una representación del populismo penal

Axel Francisco Orozco Torres, Ramón Gerardo Navejas Padilla y Raúl González Borboa

320

La violencia político-electoral en las campañas presidenciales de 2024: conflictos entre el derecho internacional público y privado

Teresa Magnolia Preciado Rodríguez y Edgar Ricardo Rodríguez Hernández

**Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores
e Investigadoras, Nodo Socio-Jurídico (RII/INS)**

Coordinador General

Dr. Eduardo Andrés Calderón Marengo

UFLO Universidad

Rectora

Arq. Ruth Fische

Vicerrectora de Investigación y Desarrollo

Dra. Analía Verónica Losada

Facultad de Derecho

Decana

Dra. Cecilia Beatriz Garau

Directora de la carrera de Abogacía

Dra. Julieta Salomé Rodríguez

Universidad de Concepción del Uruguay

Rector

Dr. Héctor César Sauret

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Decana

Dra. María Florencia Pérez

Directora de Ciencia y Tecnología

Dra. Romina Mariela Sánchez Silveyra

PRÓLOGO

Eduardo Andrés Calderón Marengo¹

En mi calidad de coordinador general de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras, Nodo Socio-Jurídico (RII/INS), tengo el privilegio de presentar esta obra titulada *La convergencia entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público. Desafíos y proyecciones*, resultado del V Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio-Jurídica, celebrado los días 21 y 22 de noviembre de 2024 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

Este libro nace de la intensa labor y del diálogo fecundo que tuvieron lugar durante el Congreso, organizado con esmero por UFLO Universidad y la Universidad de Concepción del Uruguay. Su impecable gestión logística y académica permitió reunir a especialistas de Latinoamérica, creando un espacio riguroso y, al mismo tiempo, cálido, donde el intercambio de ideas fluyó con libertad y profundidad. Gracias a ese escenario multilateral, pudimos compilar ponencias de notable originalidad, cada una sometida a un proceso de selección que garantizó su calidad metodológica y su relevancia práctica.

Los capítulos que conforman este compendio se estructuran en seis mesas temáticas, reflejando la amplitud y diversidad de los retos que plantea la intersección entre las ramas pública y privada del derecho internacional. En primer lugar, los aportes sobre derecho internacional de los derechos humanos exploran mecanismos de protección transfronteriza y nuevas vías de exigibilidad de derechos fundamentales. A continuación, las investigaciones en derecho internacional privado profundizan en la resolución de conflictos

¹ Coordinador General de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras, Nodo Socio-Jurídico (RII/INS).

de leyes y en la competencia jurisdiccional, destacando modelos de cooperación judicial que respondan a la complejidad de la globalización.

La tercera mesa, dedicada al derecho internacional de las tecnologías, aborda temáticas tan actuales como la regulación de datos personales, la inteligencia artificial y los desafíos regulatorios que imponen las tecnologías disruptivas. Le sigue el análisis del derecho internacional de familia, donde se discuten aspectos prácticos y doctrinales relativos a la adopción internacional, la guarda de menores y la protección patrimonial de las familias transnacionales. El quinto bloque, sobre derecho internacional laboral-tributario, ofrece un examen crítico de la movilidad laboral, la fiscalidad de las empresas globales y los desafíos de los marcos normativos en constante cambio. Finalmente, la mesa de derecho internacional penal pone el foco en la persecución de crímenes de lesa humanidad, la cooperación en la extradición y las recientes tendencias en la jurisdicción universal.

Cada contribución refleja, sin excepción, la pasión investigadora y el compromiso ético de sus autores. Quisiera destacar la riqueza de perspectivas: académicos de distintos ámbitos —derecho, ciencias políticas, economía y sociología— aportan visiones integrales que acentúan la necesidad de enfoques interdisciplinarios para comprender y afrontar los problemas que trascienden fronteras. Esa pluralidad de miradas enriquece el debate y sugiere caminos innovadores para la construcción de un derecho internacional más cohesionado y eficaz.

Agradezco profundamente a los coordinadores de mesa y a los revisores académicos, cuyo escrutinio riguroso proporcionó un sólido fundamento científico a cada capítulo. Asimismo, mi reconocimiento se extiende al equipo organizador de ambas casas de estudios, cuya dedicación silenciosa garantizó el éxito del evento y facilitó que las discusiones se desarrollaran en un ambiente propicio para la reflexión y la creación conjunta.

Que este libro sirva como referencia obligada para investigadores/as, docentes, estudiantes y operadores jurídicos interesados en las complejas interrelaciones del derecho internacional. Espero que, más allá de ser un testimonio del pasado congreso, se convierta en un punto de partida para nuevos proyectos de investigación, debates académicos y reformas normativas que respondan a los desafíos de un mundo interconectado.

PRESENTACIÓN

Cecilia Beatriz Garau¹ y Romina Mariela Sánchez Silveyra²

UFLO Universidad, la Universidad de Concepción del Uruguay y la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras, Nodo Socio-Jurídico, presentan con satisfacción esta obra colectiva, resultado del trabajo colaborativo de investigadores, investigadoras, docentes y estudiantes de diversas universidades iberoamericanas. Mediante esta publicación, las instituciones reafirman su compromiso con la producción de conocimiento crítico, la cooperación académica, el fortalecimiento de vínculos científicos y la promoción de espacios de diálogo interdisciplinario.

La obra, titulada *La convergencia entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público. Desafíos y oportunidades*, comparte título con el V Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio-Jurídica de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras, Nodo Socio-Jurídico. Este volumen es el resultado de una cuidadosa selección de investigaciones académicas presentadas en el marco de dicho encuentro, coorganizado por las instituciones mencionadas, los días 21 y 22 de noviembre de 2024, en modalidad presencial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Congreso constituyó un espacio de reflexión académica orientado a analizar la convergencia normativa y conceptual entre distintas ramas del derecho internacional. El enfoque adoptado, amplio e interdisciplinario, permitió integrar múltiples perspectivas y promover una comprensión integral y aplicada de los desafíos y oportunidades que enfrenta el derecho internacional en la actualidad. El evento se consolidó como una plataforma clave para

¹ Decana de la Facultad de Derecho de UFLO Universidad.

² Directora de Ciencia y Tecnología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción del Uruguay.

la difusión de investigaciones innovadoras y el fortalecimiento de redes académicas y profesionales en Iberoamérica y otras regiones.

Con el propósito de fomentar un intercambio enriquecedor que contribuya al desarrollo del pensamiento jurídico y a la práctica legal en el contexto socio-jurídico contemporáneo, el Congreso se estructuró en paneles temáticos: Derecho Internacional de Familia, Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional Penal, Derecho Internacional de las Tecnologías, Derecho Internacional Laboral y Tributario y Derechos Humanos. A través de estos ejes, se abordaron cuestiones prioritarias y tendencias emergentes, promoviendo una reflexión crítica y plural indispensable para enfrentar los complejos desafíos jurídicos y sociales actuales.

Este libro recopila los resultados de 14 de las 32 investigaciones presentadas por integrantes de las universidades adscritas a la Red, así como de otras instituciones de educación superior de Argentina, Colombia, España, Paraguay, Perú y México. La publicación evidencia el compromiso de sus autores con una práctica académica rigurosa y socialmente responsable, así como el esfuerzo conjunto y sostenido de las entidades organizadoras y de la Red Iberoamericana por consolidar espacios de cooperación que trasciendan fronteras institucionales y nacionales, promoviendo una visión integral de los fenómenos jurídicos.

Finalmente, las instituciones organizadoras expresan su agradecimiento a todas las personas y entidades participantes y auspiciantes, así como a las autoras y autores por sus valiosas contribuciones. Se reconoce especialmente la dedicación de los integrantes de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras en la difusión del conocimiento científico de excelencia, la cooperación interinstitucional y los esfuerzos conjuntos para analizar problemáticas jurídicas y sociales en Iberoamérica.



**MESA
DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS**



NNA migrantes: una mirada desde el derecho internacional público y privado

Tahalia Esmeralda Aceves Fuentes¹ y Luis Enrique Cárdenas Voges²

Resumen

La migración es un fenómeno mundial que involucra a niños, niñas y adolescentes (NNA), quienes por diversas circunstancias se ven obligados a salir de su lugar de origen. En ese sentido, el derecho internacional público y privado, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), entre otros, han creado aportes y regulaciones jurídicas que permiten a los Estados que forman parte implementar medidas de protección a los menores migrantes. Se planteó como objeto de estudio identificar las principales causas de migración de los NNA y la manera en que el derecho internacional público y privado han contribuido en la protección de sus derechos humanos por medio de un estudio cualitativo documental. A partir de esta investigación se espera que se continúen realizando aportes jurídicos con el objetivo de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de NNA migrantes.

Palabras clave: migrantes; niños, niñas y adolescentes; derechos humanos; derecho internacional público; derecho internacional privado.

Abstract

Migration is a worldwide phenomenon involving children and adolescents who, for various reasons, are forced to leave their place of origin. In this regard, international public and private law, through the

1 Licenciada en Derecho (Universidad de Guadalajara). Abogada postulante. Contacto: tahalia.aceves8477@alumnos.udg.mx. ORCID: [0009-0002-4450-2654](https://orcid.org/0009-0002-4450-2654).

2 Doctor en Derecho (Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo). Profesor de tiempo completo en la Universidad de Colima. Contacto: cavoges@ucol.mx. ORCID: [009-0001-6306-0225](https://orcid.org/009-0001-6306-0225).

Convention on the Rights of the Child, the United Nations Children's Fund (UNICEF), among others, have been applied in the field of children's rights, have created legal contributions and regulations that allow the States that are part of it to implement measures to protect children's migrants. The purpose of the study was to identify the main causes of migration of children and adolescents, and the way in which public and private international law has contributed to the protection of their human rights through a qualitative documentary study. From this investigation, it is expected that legal contributions will continue to be made with the objective of guaranteeing the effective fulfillment of the rights of migrant NNA.

Keywords: migrants; children and adolescents; human rights; public international law; private international law

I. Introducción

La migración es un tema social que ha sido estudiado por diversos teóricos clásicos. En 1889, Ernst Georg Ravenstein desarrolló las "leyes" como una lista de razones migratorias recopiladas a través de un estudio de datos del censo inglés de 1881 de más de 20 países, destacando entre las principales el desarrollo económico y que la mayoría de los migrantes pertenecían a la población adulta (Sánchez, 2018).

Sin embargo, estudios recientes han mostrado que el desplazamiento humano ya no es propio de los adultos, sino que los niños, niñas y adolescentes (NNA) son cada vez más los que forman parte de esos movimientos. Según el informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) (2018), en México, durante los meses de mayo, julio y agosto de 2016, se entrevistaron a 650 NNA en condición de migrantes, de los cuales 74 eran acompañados y 521 no acompañados (p. 15).

La relevancia social de la presente investigación consiste en hacer un llamado a la consciencia humana respecto a la obligación

que tienen los Estados para crear políticas públicas encaminadas a salvaguardar los derechos humanos de NNA independientemente de cuál sea su nacionalidad, eliminando cualquier tipo de frontera y velando por el interés superior de la niñez (ISN).

De ahí que la relevancia jurídica reside en el cumplimiento del principio de interés superior de los NNA, el cual nace a partir de la Convención de los Derechos de los Niños (CDN), aprobada, ratificada y firmada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 44/25, con fecha 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Dicho principio tiene como finalidad anteponer sobre cualquier otra circunstancia el bienestar de los NNA, tanto de manera física como psíquica, y todas las autoridades tienen la obligación de garantizar la protección a sus derechos humanos (López, 2015).

En consecuencia, el interés superior de la niñez (ISN), al tratarse de un principio que se encuentra ligado con el concepto de derechos humanos, resulta obligatorio en el compromiso que deben asumir los Estados en crear acciones y políticas públicas que permitan proteger a los NNA que se ven obligados a salir de su lugar de origen por motivos de guerra, violencia y crimen organizado, para desplazarse solos hacia otros países (Rincón, 2019).

Al ser entonces cada vez más frecuente el desplazamiento humano en la población infantil, y al tratarse de un grupo social vulnerable, merecen que tanto los Estados de tránsito como de destino definan políticas públicas que permitan garantizar la protección de sus derechos humanos (Poblete, 2019). Es por esta razón que el objetivo es que el derecho internacional público y privado converjan para crear e implementar de manera conjunta programas que fomenten la protección del interés superior de NNA migrantes.

Cabe aclarar, además, que este reconocimiento de derechos humanos no es propio de una nación, es decir, no están delimitados por una circunferencia territorial, sino que, por el contrario, son

inherentes a las personas por su humanidad, pues así fue plasmado tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) de 1948 como en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (DADH) (Ortega, 2017).

Por tal motivo, la pregunta que se pretende responder a través de este artículo está encaminada a cómo el derecho internacional público y privado han creado estrategias que permitan proteger los derechos humanos de los NNA migrantes. Para ello, se realizó una investigación jurídica de los diferentes marcos legales internacionales que se encuentran vigentes, siendo entonces el presente estudio de tipo jurídico, de carácter cualitativo y desarrollado con un método de análisis documental (Clavijo et al., 2014).

La recopilación de datos se realizó en diversas fuentes documentales de internet (Google Académico, Scielo, páginas oficiales de Unicef, Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias) y se utilizaron los siguientes descriptores: “niños, niñas y adolescentes migrantes”, “migrantes”, “derecho internacional público y privado”, “derechos humanos”. La búsqueda de información se hizo mediante el uso de operadores booleanos como AND, OR y comillas (“”), a fin de limitar los resultados de acuerdo al objetivo planteado.

Los documentos recuperados fueron seleccionados considerando una temporalidad de publicación dentro del periodo 2015-2024. La recolección y el análisis de la información por medio de fichas de trabajo permitieron realizar anotaciones sobre el tema de interés respecto de este estudio documental.

En todo momento se siguieron las consideraciones éticas y los lineamientos de la propiedad intelectual, así como los criterios para atribuir la autoría. Se respetó el uso de referencias en estilo APA 7 y con fundamento en los numerales 13 y 17, fracción I, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación. A ninguna persona se dañó en su dignidad, sus derechos y su bienestar; asimismo, este estudio no amerita ningún riesgo por

realizarse de acuerdo a la técnica y método de investigación ya descriptos.

II. Antecedentes históricos

Después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional consideró prioritaria la creación de mecanismos políticos y jurídicos que protegieran los derechos de toda la humanidad, dando como resultado la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros (Stefoni, s. f.).

El incremento de niños, niñas y adolescentes migrantes comenzó a hacerse más notorio a partir del siglo veinte, catalogando algunos investigadores cuatro tipos de razones comunes:

- Los que migran con uno o ambos padres.
- Los que viajan al alcance de sus padres.
- Aquellos que viajan a través de engaños o coerción, quienes suelen ser víctimas de violencia, explotación y trata.
- Los que migran de manera independiente con la aprobación de sus padres con el fin de trabajar en su lugar de destino (Liwski, 2008).

En 2015 se reportaron 244 millones de migrantes internacionales en el mundo, 41% más que en el año 2000. De esta cifra, 37 millones eran menores de 20 años (Cabieses et al., 2017), por lo que se vuelve más latente la responsabilidad conjunta entre los Estados, los ciudadanos y organizaciones sociales para llevar a cabo políticas públicas encaminadas a combatir principalmente la trata de personas (Ortúzar, 2021).

Se ha considerado a los NNA como uno de los grupos sociales más vulnerables por antonomasia, porque dentro de la práctica son a quienes se les han desconocido sus derechos humanos por los propios Estados, la sociedad y sus familias. Frente a esto, la Corte Interamericana se ha pronunciado en defensa de sus derechos, refrendando la obligación de los Estados de generar condiciones de vida dignas para el sano desarrollo de los NNA, ejemplo de ello fue la decisión que recayó al caso “Niños de la Calle” (García Ramírez, 2019).

Para Gamboa Fernández (2023), existen tres momentos en que se han clasificado el reconocimiento de derechos de los NNA, a los que denomina como “indiferenciada, tutelar y el de derechos”, en los que se ha desarrollado un sistema más protector a favor de los NNA. En el primer momento se daba poco interés a los NNA, quienes eran subordinados de sus padres, minimizados, y el trato humano que se les otorgaba era distinto entre un menor y un adulto. Posteriormente, surge el modelo que escaló al reconocimiento de derechos de los NNA, para finalmente pasar a un enfoque más protector que involucra a los órganos jurisdiccionales de carácter internacional (p. 2).

Lo anterior trajo consigo la creación de uno de los instrumentos del derecho internacional mediante la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, donde se consideró a los NNA como sujetos de derechos, sin estar condicionados a un régimen paternalista a través del cual fuera posible hacer efectivos sus derechos, sino que, por el contrario, tales derechos deben ser ejercidos por sus titulares conforme sus capacidades humanas, y el resto de las personas adultas deberán de crear las condiciones necesarias para que puedan ser materializados.

La CDN reconoce a los niños como sujetos de derecho al igual que a los adultos, pero los NNA debido a su edad son más propensos a ser vulnerados, motivo por el cual los Estados se encuentran obligados a brindarles las medidas de protección necesarias para lograr su sano desarrollo físico, emocional, psicológico, espiritual, moral y social (Ortega, 2019).

Por consiguiente, la CDN es un instrumento jurídico de alcance internacional que consagra los derechos de los NNA y resulta obligatorio para los Estados firmantes su aplicación, que para el caso de México fue reconocido en 1990 como parte del sistema jurídico mexicano de fuente internacional.

La CDN tiene como base la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que menciona que la infancia tiene derecho a “cuidados y asistencias especiales” (artículo 25). Y requieren desarrollarse en un medio ambiente sano y equilibrado para su crecimiento y ejercicio pleno de sus derechos.

Brindarles un entorno saludable tiene implicaciones sobre un óptimo desarrollo de su personalidad, cuyos integrantes de la familia deberán proporcionar un ambiente armonioso, ya que, por su corta edad y falta de madurez física, así como psicológica, deben tener: “protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (Decreto promulgatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, principio 2).

Por consiguiente, tanto los ordenamientos internacionales como internos de cada Estado que forma parte de la CDN están jurídicamente obligados, a través de sus instituciones públicas u organismos privados, a respetar ante todo los derechos de los NNA, anteponiendo sobre cualquier otro interés el ISN. Esto implica una evaluación y determinación de este principio en términos de procesos administrativos, de presupuesto y de elaboración de políticas públicas donde se vean involucrados los derechos humanos de las infancias (García Lozano, 2016).

El 29 y 30 de noviembre de 1990 se llevó a cabo la cumbre mundial en favor de la infancia, donde se creó la Declaración sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, así como su plan de acción, que sirven como una guía para que cada país pueda implementar programas de protección a favor de los NNA. Dicho documento, así como la CDN, tienen como eje central los derechos

de la niñez y obligan a los Estados desde la esfera mundial, nacional, regional y municipal a desarrollar programas que brinden protección a los NNA (Cely, 2015).

Por lo tanto, los Estados que adoptan la CDN tienen como compromiso asegurar su aplicación en cada uno de sus entes legitimados por estar sujetos a su jurisdicción sin importar raza, sexo, idioma, religión, etnia, situación económica, factores físicos, nacimientos o cualquier otro tipo de condición, independientemente de las creencias, condiciones de sus padres, tutores o personas que estén al cuidado de ellos y ellas.

III. Convergencia entre el derecho internacional público y privado a favor de los NNA migrantes

Derivado de la migración de NNA, comenzó a desarrollarse la actividad delictiva con menores de edad, explotación laboral de los mismos y privación injustificada de su libertad, lo que provocó que la ONU se pronunciara al respecto, creando un documento denominado Carta de los Derechos del Niño, promulgada en México el 25 de enero de 1991, en la que, entre otras cosas, consagra los derechos fundamentales de los menores de edad. Esto además dio como resultado las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs), en las que participan no solo los Estados que son parte, sino también otros en calidad de observadores (Samarío, 2020).

México representa el país de tránsito entre Honduras, Guatemala y El Salvador hacia el país destino Estados Unidos de Norteamérica. Por lo anterior, México está obligado a hacer frente al cumplimiento del goce de los derechos de las infancias, estableciendo diversas políticas públicas para que, en concordancia con la normativa internacional, se realicen las adecuaciones pertinentes para lograr el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales de los NNA (Castillo, 2019).

Parte del análisis de la influencia desde el derecho internacional público, el Estado mexicano establece en la Carta Magna que el Congreso de la Unión deberá expedir leyes que establezcan la colaboración concurrente entre la Federación, Estados y Municipios, así como con las respectivas demarcaciones de la Ciudad de México en materia de niños, niñas, adolescentes, velando por su interés superior, desarrollo integral y formación, acorde con los tratados internacionales (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, artículo 73, fracción XXIX-P).

Como parte del alineamiento del andamiaje normativo, el Estado mexicano, en fecha de 6 de noviembre de 2014, publicó en el DOF la nueva Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual derogó la anterior Ley para la protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, con la cual se buscó, entre otras adecuaciones paulatinas, fijar el concepto del ISN y, por consiguiente, que el Estado garantizará el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas (Pérez, 2015).

Para el caso de México, el tema de los derechos de las NNA tiene principal relevancia, toda vez que a lo largo del territorio nacional resulte visible el paso de personas migrantes durante su trayecto hacia territorios vecinos, pero no siempre existen las mejores condiciones para hacer valer sus derechos, a pesar de que las autoridades estarían obligadas a proteger, brindar apoyo y crear políticas **públicas para lograr** la protección a los derechos de los NNA, no solo nacionales, sino también de los migrantes.

Algunos datos estadísticos sobre el tema: en 2023, México registró el ingreso a territorio de un total de 24.996 niños, niñas y adolescentes en condiciones de migrantes, de los cuales 18.241 fueron ubicados con edades de los 12 y los 17 años, y de esta cifra, 14.929 fueron menores no acompañados, es decir, el 81% de esos menores estuvieron en el supuesto que se maneja sobre la violación a sus derechos por los rangos de edad (Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2023. P 198- 202).

Según Lorenzen (2016), las causas más comunes de los NNA migrantes no acompañados mexicanos y del Triángulo Norte compuesto por Honduras, Guatemala y El Salvador fueron motivos económicos, reunirse con su familia en Estados Unidos, violencia social, estudios, violencia intrafamiliar y otras, cuyas edades oscilan entre los 12 y 17 años, predominando el sexo masculino (p. 204).

Esto incrementa el peligro al que se ven expuestos desde que salen de su lugar de origen a su destino, pues, como se dijo, por lo regular viajan sin la protección y cuidado de un adulto, motivo por el cual el Comité de los Derechos del Niño ha sugerido a los Estados que adopten medidas que satisfagan sus necesidades, les permitan desarrollarse y ejercer sus derechos de forma plena. En el caso de México, específicamente Tapachula, busca regresar a los NNA a su lugar de origen, sin importar las razones que les hicieron salir de su país, pero mientras eso sucede los confinan en sitios que están a cargo del Sistema DIF (Álvarez, 2022).

Dentro de los aportes de la sociedad civil en México se encuentran las casas YMCA ubicadas en las ciudades fronterizas de Tijuana (Baja California), Agua Prieta (Sonora), Ciudad Juárez (Chihuahua) y Piedras Negras (Coahuila), las cuales han albergado niños migrantes desde 1991, brindándoles gratuitamente alojamiento, alimentación, vestido, atención médica, servicios de higiene, atención telefónica para comunicarse con familiares, asesorías y apoyo para regresar a su lugar de origen (Zamora, 2015).

Por su parte, Unicef es un organismo no gubernamental creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946, cuyo objetivo es velar por el principio del ISN, la no discriminación, la participación del niño, su supervivencia y desarrollo. Esta institución trabaja en beneficio de los niños y adolescentes más desfavorecidos y su objetivo es proteger los derechos de cada uno de ellos en cualquier parte del mundo mediante la implementación de programas de ayuda y cooperación internacional (Unicef, 2024).

En cuanto a las acciones que competen tanto al derecho internacional público como al privado, la principal es unificar las normas, leyes, tratados, programas, etc. en beneficio de los NNA migrantes en el mundo, a través de un marco regulatorio común que ayude a cada individuo que por necesidad u obligación deba moverse hacia un país distinto del de origen o dentro del mismo del que es nativo, donde pueda conseguir todo o al menos algo de lo que en su lugar de origen no puede conseguir en cuanto a sus necesidades y derechos básicos (Riga, 2021).

En el caso de Chile, han desarrollado programas educativos que les permiten incorporar a sus planteles educativos a los NNA migrantes que llegan a su país, para que puedan continuar con sus estudios y, con ello, garantizar el desarrollo de sus derechos humanos, como es el caso de la educación. Sin embargo, han tenido que adoptar sistemas que sean acordes a la diversidad cultural, lo que se ha visto reflejado en la Ley de Migración y Extranjería N° 21.325 (Aguayo et al., 2023).

En España, las políticas públicas permiten que los NNA adolescentes que llegan acompañados de un familiar permanezcan juntos en estancias públicas o privadas mientras se lleva a cabo el trámite para su autorización de estancia en el país, pero en caso de no acreditar la consanguinidad, los adultos que los acompañan pueden ser procesados por el delito de trata de personas e inmigración ilegal (Gutiérrez et al., 2024).

En 2014, la Casa Blanca declaró una “situación humanitaria urgente” tras la detención de 56 mil niños, niñas y adolescentes migrantes procedentes de Guatemala, Honduras, México y El Salvador, situación que intensificó el programa de contención migratoria en la frontera sur de México, con el objetivo de detener y deportar migrantes (Rivera, 2018).

Para Zúñiga (2017), “los niños existen en la migración, pero como víctimas, seres inválidos, desprovistos de conocimientos, urgentes de protección” (p. 2), que no deben ser vistos como adultos

dada su vulnerabilidad, razón por la cual compete a los Estados atender dicha preocupación pública, generando acciones que les brinden tutela estatal o la protección de los adultos.

IV. Conclusiones

Son cada vez más los NNA que salen de su lugar de origen en búsqueda de mejores condiciones de vida para reunirse con un familiar que se encuentra viviendo en otro país o por condiciones de violencia que vive en su lugar de residencia, por lo que se aventuran en la búsqueda de nuevas oportunidades, en muchas de las ocasiones viajando solos. Por este motivo, el derecho internacional público y el privado tienen la obligación de trabajar de manera conjunta a favor de los derechos humanos de los NNA migrantes, pues se trata de uno de los grupos más vulnerables y poco visibilizado, a pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño obliga de manera general a la protección de sus derechos humanos.

Los NNA solo son niños, que buscan reír, estudiar, jugar, soñar, desarrollarse en un ambiente sano, acorde a cubrir sus necesidades. A los que viven a corta edad la separación de sus padres, se les obliga a coartar esos derechos y son tratados como adultos pequeños, sufriendo todo tipo de violencia y abuso.

La única finalidad de todos aquellos NNA que salen de su lugar de residencia es poder encontrarse a salvo, ya sea para reunirse con sus familias o por mejores condiciones de vida. En ese sentido, los Estados que sirven como de paso están obligados a proporcionarles lo necesario que les garantice la protección a sus derechos humanos, como lo son salud, educación, vivienda, alimentación saludable, sano esparcimiento. No se trata solo de regresarlos a su lugar de origen, pues en este caso los Estados deben propiciar la creación de políticas públicas que involucren a la sociedad civil y población en general, dejando de lado las políticas nacionalistas y garantizando el principio de ISN.

Estos NNA han sido denominados en algunas ocasiones como invisibilizados, justamente por la falta de respeto hacia sus derechos humanos. Sus voces son pocas veces escuchadas, pero las cifras nos muestran que ese sector de la población ha incrementado su participación como migrantes, orillándolos a todo tipo de abusos por parte de adultos y por la desprotección del Estado, quienes, lejos de proporcionarles herramientas de apoyo, los resguardan en establecimientos cerrados como si se tratara de delincuentes, y peor aún sin la garantía de un entorno favorable para ellos.

Ver a los NNA migrantes no solo como infantes, sino como personas que gozan de derechos fundamentales, es una obligación que nos involucra a todos, como familia, como sociedad y como Estado, motivo por el cual es necesario que se continúe trabajando con políticas públicas que involucren tanto al sector internacional público como privado, no solo para crear normativas y programas de apoyo para ellos, sino para garantizar y vigilar su cumplimiento.

Nos referimos a acciones de vigilancia de las propias instancias de resguardo donde se garanticen sus derechos, independiente de su nacionalidad, raza, condición social, pues debe prevalecer el ISN sobre cualquier otro interés de índole nacional. En ese sentido, debe existir una correlación de recepción del derecho internacional en el derecho doméstico o nacional para que exista una coordinación, sin alterar las jerarquías y evitar coalición de derechos fundamentales.

Es por ello que las convenciones internacionales, como la relativa a los CDN en los sistemas jurídicos en favor del desarrollo integral de las NNA, invitan a los Estados constitucionales que forman parte a llevar a cabo una tutela efectiva de su contenido, y que este se vea reflejado en su derecho interno, para combatir el problema social actual de migración o desplazamiento humanos en donde se ven implicadas las violaciones a los derechos del sector más vulnerable, los NNA.

Estas normas internacionales, en sus ámbitos tanto públicos como privados, tienen como objetivo que los Estados puedan unificar sus leyes en pro de los niños, niñas y adolescentes migrantes, para que durante su trayectoria de su lugar de origen a destino puedan gozar de los derechos humanos fundamentales.

A pesar de que se cuenta con diversos programas de ayuda a migrantes, estos no son suficientes para garantizar la protección de los NNA que viajan solos y son expuestos a la falta de protección de sus derechos, por lo que la obligación de los Estados desde su esfera nacional, estatal y municipal es proteger en todo momento sus derechos fundamentales, otorgándoles preferencia ante los trámites de asilo que se llevan a cabo en instituciones acordes para ellos.

Resulta entonces una tarea que nos compete a todas y todos como sociedad el no invisibilizarlos, el hacerlos parte de nosotros brindándoles el apoyo que necesitan durante su estancia o recorrido hacia su lugar de origen, sin importar si son nacionales o extranjeros, simplemente por la condición de humanos que todos tenemos y, por consiguiente, por el respeto a sus derechos, sin perder de vista que se trata solo de NNA.

Las acciones que hasta el día de hoy se han venido desarrollando dentro de lo que compete al derecho internacional privado, como son las que se llevan a cabo por medio de Unicef y las casas YMCA que se encuentran en algunas ciudades fronterizas de México, así como los programas desarrollados a través del derecho internacional público, como es DIF, para cubrir la demanda que hoy en día requiere la población migrante infantil, resultan insuficientes.

Es necesario crear consciencia, para invitar a la población civil a unirse por medio de programas públicos que les permitan generar recursos para que los NNA a su paso puedan recibir las atenciones necesarias mínimas acordes al disfrute y garantía de sus derechos humanos, tales como alimentación, vestido, resguardo seguro, educación, salud, hasta en tanto logren reunirse con sus familiares o

sean destinados a su lugar de origen, haciendo un análisis de su situación jurídica real. Y, en su caso, brindar asesoría legal suficiente para ofrecerles una mejor calidad de vida.

V. Referencias bibliográficas

- Aguayo-Fernández, F., Díaz-Vargas, C., Moraga-Henríquez, P. y Mora-Olate, M. L. (2023). Migración en Chile e inclusión educativa: Un estudio documental (1980-2021). *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 21(2), pp. 1-24. <https://doi.org/10.11600/rlcsnj.21.2.5447>.
- Álvarez, M. M. (2022). ¿Sujetos de derecho u objetos de control? El proceso de intervención gubernamental con niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en Cádiz (España) y Tapachula (México). *Migraciones. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, 54, pp. 1-19. <https://doi.org/10.14422/mig.i54y2022.004>.
- Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias (2023). Unidad de Política Migratoria, registro e identidad de personas, Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración, Unidad Política Migratoria, Registro e Identidad de Personas http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Boletines_Estadisticos/2023/Boletin_2023.pdf.
- Cabieses, B., Chepo, M., Oyarte, M., Markkula, N., Bustos, P., Pedrero, V., Delgado, I., Cabieses, B., Chepo, M., Oyarte, M., Markkula, N., Bustos, P., Pedrero, V. y Delgado, I. (2017). Brechas de desigualdad en salud en niños migrantes versus locales en Chile. *Revista chilena de pediatría*, 88(6), pp. 707-716. <https://doi.org/10.4067/S0370-41062017000600707>.
- Castillo, G. (2019). Migración forzada y procesos de violencia: Los migrantes centroamericanos en su paso por Mé-

- xico. *Revista Española de Educación Comparada*, 35, 14-33.
<https://doi.org/10.5944/reec.35.2020.25163>.
- Cely Reyes, D. del P. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Salud & Sociedad Uptc*, 2(1), pp. 42-47. <https://doi.org/10.19053/19092407.3978>.
- Clavijo Cáceres D., Guerra Moreno D. y Yáñez Meza D. (2014) *Método, metodología y técnicas de la Investigación aplicada al derecho*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- CNDH México (2018). *Informe especial. La problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados, en su tránsito por México y con necesidades de protección internacional*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-04/Informe-Ninez-Adolescentes-Centroamericanos-Migracion.pdf>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México, México. 5 de febrero de 1917. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.
- Decreto promulgatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 25 de enero de 1991. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4701290&fecha=25/01/1991#gsc.tab=0.
- Fagetti, V. G. (2019). Las caravanas migrantes como estrategia de movilidad y espacio de protección, autonomía y solidaridad para los adolescentes centroamericanos. *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, 14(27), pp. 147-174. <https://iberoforum.ibero.mx/index.php/iberoforum/article/view/126>.
- Gamboa Fernández A. (2023). Interés superior de niñas, niños y adolescentes. Interpretación adulto céntrica. Caso Oaxaca.

Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 21(2), pp. 1-19.

- García Ramírez, S. (2019). Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(41), pp. 3-34. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13940>.
- García Lozano, S. T. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(16), pp. 131-157. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2016.16.523>.
- Liwski, N. I. (2008). *Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos*. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/migraciones-de-ninos-ninas-y-adolescentes-bajo-el-enfoque-de-derechos.pdf>.
- Lorenzen, M. J. (2016). Características, tendencias y causas de la migración de niñas, niños y adolescentes desde, hacia y en tránsito por México, 2011-2016. *La situación demográfica de México 2016* (pp. 183-207). México: Consejo Nacional de Población. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/232084/08_Lorenzen.pdf.
- Miranda, M. M. C. (2021). La protección especial y el interés superior de la niñez migrante no acompañada en los procedimientos migratorios en Centroamérica: Análisis legislativo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba*, 4, pp. 126-151. [https://doi.org/10.22529/rfd.2021\(6\)04](https://doi.org/10.22529/rfd.2021(6)04).
- Ortega Velázquez, E. O. (2017). Apuntes para la protección de niños, niñas y adolescentes migrantes en el sistema interamericano de derechos humanos. *Anuario de derechos humanos del Instituto de la Judicatura Federal*, 1, pp. 411-444.

https://www.researchgate.net/profile/Elisa-Ortega-Velazquez/publication/352243744_Apuntes_para_la_proteccion_de_ninos_ninas_y_adolescentes_migrantes_en_el_Sistema_Interamericano_de_Derechos_Humanos/links/60c024eb458515bfdb54f668/Apuntes-para-la-proteccion-de-ninos-ninas-y-adolescentes-migrantes-en-el-Sistema-Interamericano-de-Derechos-Humanos.pdf.

Ortega Velázquez, E. (2019). Cuando los niños se vuelven migrantes: Niñez detenida en México y dislocación del discurso de derechos humanos. *Norteamérica*, 14(2), pp. 33-63. <https://doi.org/10.22201/cisan.24487228e.2019.2.388>.

Ortúzar, M. G. D. (2021). ¿Migrantes “vulnerables”? Políticas de migración y derecho a la salud en Argentina. *CADERNOS DE CAMPO: Revista de Ciências Sociais*, 30, pp. 209-237. <https://doi.org/10.47284/2359-2419.2021.30.209237>.

Othacehé, P. I. (2023). *Migración, integración y cooperación: El problema de los niños, niñas y adolescentes en México. El rol de la CRM y UNICEF (2012-2018)*. (Trabajo final de grado Universidad Siglo 21). Repositorio de la Universidad Siglo 21. https://repositorio.21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/28790/TFG_Othacehe_Pablo_Ignacio.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Pérez Álvarez, F. (2015). Comentario a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. *Cuestiones Constitucionales*, 32, pp. 295-302. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100010.

Portador García, T. de J. (2020). Derechos humanos de niños, niñas, adolescentes y mujeres migrantes en los instrumentos internacionales. *Revista Agenda Política*, 8(3), pp. 124-162. <https://doi.org/10.31990/agenda.2020.3.5>.

Riga, V. F. (2021). *Derechos educativos de las niñas, los niños y adolescentes migrantes mexicanos en el marco de la SENOB y de*

- Unicef en el 2010-2020*. 32. (Universidad Siglo XXI). <https://repositorio.21.edu.ar/handle/ues21/25609>.
- Rivera-Farfán, C. (2018). Del tránsito interrumpido a la deportación. Niñas, niños y adolescentes centroamericanos viajando solos hacia Estados Unidos. *EntreDiversidades. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 1(11), pp. 9-35. <https://doi.org/10.31644/ED.11.2018.a01>.
- Samario Hernández, O. (2020). Familia junto al interés superior del niño en México. *Advocatus*, 35, pp. 39-71. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7850853>
- Sánchez, A. G. (2018). Revisión crítica de las principales teorías que tratan de explicar la migración. *RIEM. Revista internacional de estudios migratorios*, 7(4), pp. 198-228. <https://doi.org/10.25115/riem.v7i4.1963>.
- Unicef (2024). *La misión de Unicef*. <https://www.unicef.org/es/acerca-de-unicef/mision>.
- Unicef (2022). *Modelo de atención integral para la niñez y adolescencia en situación de movilidad*. <https://www.unicef.org/mexico/media/6886/file/Modelo%20de%20atencio%CC%81n%20integral%20NNA%20movilidad.pdf>
- Zambrano, J. C. A., Vera, K. C. T., Segura, G. N. R. y Burgos, N. S. V. (2021). Protección de niños inmigrantes en Ecuador. *Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores*. Año IX, Edición especial, pp. 1-16. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i.2972>.
- Zuñiga González, V. A. (2017). Los niños y las niñas migrantes en escena. *Sinética revista electrónica de educación*, 48, pp. 1-3. <https://www.scielo.org.mx/pdf/sine/n48/2007-7033-sine-48-00001.pdf>

Fortalecimiento de las relaciones sociales para promover el derecho a la paz

Margarita Cantero Ramírez¹ y Lorena Martínez Martínez²

Resumen

La construcción de sociedades pacíficas abarca relaciones sociales internacionales entre actores como los Estados y organizaciones, así como aquellas que trascienden fronteras entre entidades privadas e individuos. El objetivo fue analizar cómo el derecho público y privado internacional contribuyen a fortalecer las relaciones sociales para promover el derecho a la paz, esto por medio de un estudio cualitativo documental. Entre los resultados resalta un marco normativo multilateral, la consolidación de organismos que previenen y abonan a la resolución pacífica de conflictos internacionales en apego a principios de igualdad, soberanía, respeto y seguridad para proteger los derechos humanos al fomentar la cooperación, tolerancia, comunicación y la estabilidad global. Concluyendo que estos acercamientos multidisciplinarios son pertinentes a fin de comprender los aportes de estas ramas del derecho que están relacionadas y se complementan para promover y mantener la paz social que a la vez favorece la integración de las sociedades.

Palabras clave: sociología jurídica; interacción social; derechos humanos; paz

Abstract

The construction of peaceful societies involves international social relations between actors such as states and organizations, as

1 Doctora en Ciencias Sociales (Universidad de Guadalajara). Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Contacto: margarita.cantero@cusur.udg.mx. ORCID: [0000-0001-8515-7864](https://orcid.org/0000-0001-8515-7864)

2 Doctora en Derecho (Instituto Internacional del Derecho y del Estado). Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Contacto: lorenamm@cusur.udg.mx. ORCID: [0000-0002-7991-3173](https://orcid.org/0000-0002-7991-3173).

well as those that transcend borders between private entities and individuals. The objective was to analyze how international public and private law contribute to strengthen social relations to promote the right to peace, by means of a qualitative documentary study. Among the results, a multilateral regulatory framework, the consolidation of organizations that prevent and contribute to the peaceful resolution of international conflicts in adherence to principles of equality, sovereignty, respect and security to protect human rights by promoting cooperation, tolerance, communication and global stability stand out. Concluding that these multidisciplinary approaches are relevant in order to understand the contributions of these branches of law that are related and complement each other to promote and maintain social peace, which at the same time favors the integration of societies.

Keywords: legal sociology; social interaction; human rights; peace

I. Introducción

El fortalecimiento de los tejidos sociales para alcanzar sociedades pacíficas se ve influido por la articulación entre el derecho internacional, tanto público como privado, al incidir en las relaciones sociales internacionales a fin de promover el derecho a la paz. El primero se centra en las relaciones entre actores como los Estados y organizaciones, mientras que el segundo aborda las relaciones jurídicas que trascienden fronteras entre entidades privadas e individuos (Cabello Tijerina y Vázquez Gutiérrez, 2024).

Lo anterior ha sido tema de debate entre la comunidad académica internacional en general y en particular desde las ciencias sociales como la sociología y el derecho, al considerar que esto se relaciona con los derechos humanos (DD.HH.), en los cuales se contempla a las relaciones sociales como uno de los pilares que contribuye a su garantía, protección y disfrute. Por lo cual, las relaciones sociales son parte de la materialización de ello tanto en el ámbito público como privado del derecho internacional (Villán Durán, 2020).

En este sentido, el derecho internacional público (DIPU), por medio de instrumentos jurídicos y principios, intenta brindar pautas que promuevan la cooperación internacional, así como el rechazo al uso de la fuerza que pueda derivar en guerras, buscando impulsar la solución pacífica de controversias. Lo anterior contribuye a la construcción de sociedades equitativas y justas que garanticen los DD.HH. al tiempo que logran su desarrollo (Olmos, 2008).

Por su parte, el derecho internacional privado (DIPR) contribuye a la promoción de la paz desde la regulación de las relaciones jurídicas que se dan entre particulares desde la responsabilidad civil, cuestiones de contratos internacionales, la familia y la sucesión, mismas que abonan al intercambio y cooperación en sociedades pacíficas (Michinel Álvarez, 2021).

De tal manera, las relaciones sociales se identifican como un elemento transversal tanto en el DIPU como en el DIPR, pues por medio de ellas se logra construir y fortalecer vínculos de confianza, cooperación, así como de solidaridad, tanto a nivel personal como de grupos y de los Estados. Estos aspectos también contribuyen a promover el derecho a la paz al prevenir conflictos (Silva García, 2022).

Al considerar el contexto descripto, se planteó como objetivo analizar cómo el derecho público internacional en convergencia con el derecho privado internacional contribuyen a fortalecer las relaciones sociales para promover el derecho a la paz. Para esto, se realizó un estudio cualitativo basado en el método documental al realizar una revisión de literatura de tipo narrativa desde la perspectiva de la sociología jurídica (Silva García, 2022; Subramanyam, 2013), donde se analizaron documentos jurídicos y académicos, en apego a las consideraciones éticas para estudios documentales respecto a la protección de la propiedad intelectual y el reconocimiento de derechos de autor de terceros por medio de citas y referencias (American Psychological Association, 2019).

Lo anterior permitió plasmar en apartados los resultados de la metodología implementada, partiendo de reflexionar brevemente

sobre el derecho humano a la paz desde el DIPU, para posteriormente dar cuenta de su articulación con el DIPR en la construcción de sociedades pacíficas. Posteriormente, se realiza un acercamiento a cómo la interacción social contribuye a fortalecer el derecho a la paz en el ámbito internacional. Finalmente, se presentan algunas reflexiones sobre lo expuesto a modo de conclusiones.

II. Derecho humano a la paz en la agenda del derecho internacional público

Los derechos humanos (DD. HH.), de acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos México (2024), son entendidos como condiciones que permiten a las personas lograr su bienestar de forma digna para satisfacer sus necesidades básicas, lo cual ha promovido discusiones de corte jurídico, sociológico, filosófico, ético, entre otras, a fin de reconocer dicho principio de dignidad en la diversa normativa, así como garantizar se refleje en la cotidianidad.

Los esfuerzos realizados desde el derecho internacional público (DIPU) han contribuido al desarrollo y materialización de un marco normativo multilateral guiado por los principios de igualdad, no discriminación, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esto ha promovido la consolidación de organismos que previenen y abonan a la resolución pacífica de conflictos en apego a los principios de igualdad, soberanía, respeto y seguridad, entre otros que contribuyeron al reconocimiento de la paz como derecho humano.

El derecho humano a la paz, de acuerdo con Portela (2020) y Villán (2020), tiene sus inicios en la década del 60 al ser reconocido en la tercera generación de DD. HH., los cuales buscan contribuir a la descolonización de la sociedad global a nivel internacional al resaltar el fomento de la solidaridad y cooperación como principios. A partir de esto, Arrieta López (2022) señaló que el derecho a la paz “implica una actitud fundada en intereses sociales, la cual pueda encarar amenazas comunes” (p. 521).

En este sentido, es por medio de instrumentos jurídicos internacionales que se han plasmado las bases para que la paz sea reconocida como derecho humano, resaltando entre ellos la Carta de las Naciones Unidas (1945), donde se describe a la paz como el evitar conflictos que pudieran escalar a guerras a nivel internacional. Asimismo, dicho ordenamiento impulsó el reconocimiento progresivo en declaraciones y tratados internacionales del derecho a la paz, aunque en ocasiones esto es de forma implícita. También entre los aportes del DIPU se identifica la prohibición del uso de la fuerza plasmada en la Carta de las Naciones Unidas a fin de promover la convivencia y relaciones internacionales pacíficas, así como la seguridad internacional.

También la paz se ha enunciado en discursos internacionales, entre los cuales resalta la Resolución AG/110 (1947) al fijar una postura en contra de actos que atenten contra esta. Por su parte, en el numeral primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948) se identifican los principios articuladores de este para enfrentar desafíos y resolver controversias acordes al momento histórico y el contexto donde se dan.

Posteriormente, en la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz (1984), se favorece la vida pacífica como deber del Estado, el cual también alude al sostenimiento de esta a fin de integrarla en la vida cotidiana y que no sea algo circunstancial. Para esto, es necesario el desarrollo tanto de estrategias como de mecanismos relacionados con la educación para la paz, así como la promoción de la cultura de paz en diversos ámbitos, desde el nivel internacional hasta lo local.

Lo anterior fue retomado en la Declaración de Santiago (1995), donde se invitó a superar la noción de la paz negativa limitada a la ausencia de guerras y replantear los alcances de dicho concepto desde una visión holística que permita identificar las necesidades básicas de los Estados y de quienes radican en él a fin de generar estrategias para satisfacerlas, incidir en las expresiones de

los diferentes tipos de violencias como es la estructural. Esta resalta al ser considerada por Villán Durán (2020) un aspecto que propicia desigualdades tanto sociales como económicas, que al mismo tiempo derivan en otras problemáticas.

Esto se relaciona con la violencia cultural al estar vinculada con cuestiones de género, dinámicas en diversos ámbitos de la vida cotidiana como el familiar, escolar y laboral. En suma, estas expresiones de violencia que transgreden los DD. HH., promueven situaciones de pobreza, exclusión, discriminación y desigualdades que desde la paz positiva y holística pueden ser abordadas para disminuirlas e incluso buscar eliminarlas (Villa Durán, 2020).

En este sentido, la Declaración de Santiago (1995) en su numeral primero reconoce como titulares del derecho humano a la paz a las personas, grupos, pueblos y, en general, la humanidad, donde los Estados y organizaciones internacionales son los sujetos obligados a garantizarlo. En el numeral 13 de la declaración mencionada se hacen explícitas las obligaciones de los Estados para lograr dicho derecho, reconociendo también como actores a las empresas, comunidad internacional, grupos sociales y personas que deben asumir una corresponsabilidad para aportar al derecho humano a la paz.

Aunado a ello, por medio de la Resolución A/HRC/RES/20/15 (2012) se conformó un grupo de trabajo intergubernamental integrado por 34 países de diversas latitudes, quienes discuten sobre el derecho a la paz al debatir sobre su reconocimiento como derecho humano, al argumentar que no hay bases jurídicas explícitas pese a toda la normativa previa donde se hace alusión a ello, aunque en la mayoría es de forma implícita. Sin embargo, en este grupo de trabajo se reconoció la relación entre los DD. HH. y la paz.

En el siglo veintiuno han continuado las recomendaciones a nivel internacional con la Resolución AG/71/189 (2016), donde

se estipula por primera vez a la paz como derecho. De todos modos, continúa el debate conceptual ante la polisemia de este, coincidiendo en que busca la disminución e idealmente la eliminación de todas las expresiones de violencias. A partir de esto, Rey Cantor (2022), así como Cantero Ramírez y Gutiérrez Gándara (2023), identificaron que para materializar el derecho humano a la paz se requiere de la cooperación de los Estados a nivel internacional y regional que se refleje en su interior, considerando la riqueza cultural de la población.

De tal manera que se identifica un ámbito colectivo con recomendaciones no necesariamente vinculantes que invitan a reconocer como parte del derecho a la paz la articulación de esfuerzos en diversas instituciones a nivel internacional. Estas inciden en el ámbito personal a nivel nacional, dado que los Estados han buscado incluir en su normatividad interna principios y artículos que promuevan las sociedades pacíficas.

Sin embargo, en ocasiones llegan a surgir controversias entre los Estados, por lo cual promueven procesos para su solución pacífica al establecer mecanismos tales como el arreglo judicial, arbitraje, mediación y negociación para evitar conflictos armados atribuidos a situaciones relacionadas con la injusticia social, pobreza, desigualdad, entre otras. Desde el DIPU se prioriza la protección de los civiles por medio del derecho internacional humanitario al limitar acciones militares que permitan realizar acciones de asistencia humanitaria a la población en dichos contextos (Arrieta López, 2022; Rey Cantor, 2022).

De tal manera que, a fin de lograr lo anterior, se han creado instituciones a nivel internacional que velen por su materialización en favor de proteger la dignidad humana, la paz y la justicia. Entre dichas instituciones se encuentran la Organización de las Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia, que articulan esfuerzos tanto para garantizar como para proteger los derechos humanos (DD. HH.) para incidir en la construcción de paz duradera.

III. Derecho internacional privado y la paz

El derecho internacional privado (DIPR) se ocupa de las relaciones jurídicas de las poblaciones de los distintos países, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2008) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que inicia con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948, el cual está conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la CIDH.

La CIDH tiene como principal función promover la observancia y la defensa de los DD. HH., de tal forma que pueda servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos. Esta institución también recibe denuncias de particulares u organizaciones en relación a DD. HH., revisa dichas peticiones y admite aquellas que cumplan los requisitos establecidos por esta, con la finalidad de supervisar el cumplimiento de las resoluciones, ya que considera que para el efectivo cumplimiento de sus decisiones contribuye a tener un verdadero acceso a la justicia. Por ello, esta CIDH ha prevalecido para velar por que los DD. HH. consagrados en la Convención Americana o en los tratados sean atendidos y respetados.

Ahora bien, la Corte IDH es considerada como uno de los tribunales de protección de los DD. HH. Se trata de una institución judicial autónoma que tiene como objetivo aplicar e interpretar la Convención Americana, para ello resuelve casos contenciosos y supervisa el cumplimiento de las sentencias, además de tener la facultad de dictar medidas provisionales.

Al considerar a la paz como una herramienta que puede lograr que una sociedad pueda ser inclusiva, justa y pacífica, es que se establece la Agenda 2030. Al respecto, Álvarez (2022) reflexionó en relación a este instrumento que establece los Objetivos de Desarrollo Sostenible, entre los que se destaca el tema de la educación y el derecho a la paz.

Cabe señalar que uno de los objetivos de las Naciones Unidas (ONU) es que prevalezca la paz y la seguridad a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Esto incide en que la paz se reconozca como un derecho tanto de forma individual como colectiva, por lo que respetarlo es una obligación del Estado. Por ello se implementa la mediación, el arbitraje y la conciliación, a efectos de que se tomen en cuenta como posibilidades para la resolución de conflictos (Álvarez, 2022).

Por otra parte, la Carta de las Naciones Unidas establece que sea el Consejo de Seguridad el responsable de mantener la paz y la seguridad internacional en un conflicto, donde se invita a que esta solución sea de forma pacífica, siendo a través de la mediación a la que hace referencia la mencionada carta en su numeral 33. En el caso de que sea un conflicto armado, el Consejo procurará iniciar un proceso de paz implementando las llamadas “misiones de paz”, que son utilizadas de acuerdo al conflicto que se presente.

La Agenda 2030, que es de aplicación universal, busca eliminar la desigualdad y garantizar una educación inclusiva y de calidad. Por otra parte, se considera que la educación para la paz visibiliza la necesidad de una cultura de paz, ya que es una forma de que se haga el reconocimiento en las normas internacionales sobre los DD. HH., y sea de esta manera la paz reconocida entre ellos y que todos los Estados la respeten.

De tal manera que el derecho internacional privado (DIPR) contribuye a construir sociedades pacíficas por medio del orden público internacional (OPI), pues de acuerdo con Mezarina García y Rosales Zamora (2023) por medio de dicho orden se evita que una institución o figura jurídica extranjera con su propio sistema normativo y valores contrarios a un Estado se aplique en casos concretos, protegiéndolo al salvaguardar los principios estructurales de la sociedad internacional.

El DIPR contribuye a regular las relaciones privadas que se dan a nivel internacional, en situaciones donde surgen conflictos de

leyes, es decir, al existir dudas sobre qué derecho se aplica. También ayuda a valorar la eficacia de sentencias emitidas por autoridades externas al Estado, propiciando la cooperación entre naciones (Michinel Álvarez, 2021).

La cooperación jurídica internacional también se ha visto fortalecida con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que traspasan fronteras y con ello contribuyen al fortalecimiento de las relaciones. Esto tiene sus bases en el Convenio de La Haya (1965), fortaleciendo el acceso transnacional a la justicia al agilizar e incrementar la eficiencia de traslados y notificaciones en el extranjero en documentos de carácter comercial y civil (Scotti, 2020).

Cabe resaltar que el DIPR respeta el principio de soberanía nacional al establecer mecanismos para determinar las relaciones jurídicas privadas en el orden internacional. Iniciando con identificar la relevancia jurídica del asunto, asegurarse de que sea de carácter reservado al ser actores privados los involucrados y que sea del ámbito internacional (Mezarina García y Rosales Zamora, 2023; Scotti, 2020).

Respecto a dichos elementos, Michinel Álvarez (2021) invita a reflexionar sobre los cambios registrados en lo que va del siglo veintiuno, que han llevado al reconocimiento jurídico de nuevos modelos de personas, al reconocerse la personalidad electrónica ligada al uso de internet para establecer relaciones sociales y comerciales entre países. Lo anterior promueve la transición hacia la digitalización de procesos y actividades realizadas por las personas jurídicas, llevando a la necesidad de generar mecanismos para garantizar la transparencia de estos a fin de prevenir controversias.

Un aspecto sobre el cual se han dado controversias internacionales es respecto a bienes culturales como el arte, donde Mezarina García y Rosales Zamora (2023) propusieron repensar los alcances del DIPR en torno al desarrollo de las TIC para que asuma un carácter híbrido que permita agilizar la resolución pacífica de las controversias.

Ante lo expuesto, se identifica que el auge de las TIC ha conllevado el surgimiento de nuevos problemas jurídicos, afectando el derecho a la paz de las sociedades. Esto representa retos para el derecho, ya que se apoya en el DIPR para enfrentar la deslocalización de dichos problemas y superar la limitación de la norma de los Estados, que suele encasillarse en un territorio concreto, dado que el uso de internet erosiona dichos límites.

El derecho internacional privado cuenta con herramientas para la solución de conflictos internacionales tomando como referentes sentencias, jurisdicción y leyes acordes a la situación al buscar la protección de los DD. HH., con lo cual también fomenta la cooperación, tolerancia, comunicación y la estabilidad global. En suma, dicho fortalecimiento se da por medio de la coordinación de normas, protección justa y equitativa.

IV. La interacción social en el fortalecimiento del derecho humano a la paz en el ámbito internacional

La sociología jurídica es una rama del derecho que permite indagar en aspectos sociales que fundamentan los ordenamientos jurídicos, es decir, articula un diálogo que se retroalimenta entre la norma y el contexto social. En este sentido, las relaciones sociales se dan entre personas a nivel local, pero también entre grupos e incluso Estados en el ámbito internacional, las cuales favorecen la interacción social. Dicho proceso de socialización permite intercambiar información que puede ser retomada en procesos de toma de decisiones. También incide en las conductas y comportamientos, siendo parte de la vida cotidiana de las personas en sus diversos contextos (Cabello Tijerina y Vázquez Gutiérrez, 2024; Silva García, 2022).

Algunas de las características de esta interacción social es la reciprocidad, dado que es necesario un intercambio mutuo donde hay un emisor y un receptor de la información compartida por medio de procesos de comunicación que pueden ser verbal, no verbal o

bien una combinación de ambas acorde al mensaje que se desea dar a conocer. Esto suele estar acompañado de significados que otorgan las partes involucradas, ya que inciden en el impacto que puede generar la comunicación por medio de emociones, expectativas, metas, etc. (Mendoza Medina, 2021).

La interacción social se adapta al contexto donde se da, a elementos sociales, culturales, históricos, políticos, entre otros, que influyen en la manera en que las personas, grupos y Estados se relacionan, las redes sociales que crean, donde también se consideran los diversos roles que la persona desempeña en los diferentes ámbitos de su vida.

Ante esta amplitud y complejidad, la interacción social se adapta e incluso se identifica una tipología de esta al ser: 1) diática, cuando se da entre dos personas; 2) grupal, al interactuar más de dos personas; 3) formal, guiada por estructuras y normas sociales propias de un contexto particular; 4) informal, caracterizada por ser flexible y espontánea; y 5) virtual, donde se reconoce la interacción utilizando las TIC como las plataformas digitales, redes sociales, entre otros medios digitales que ponen en contacto a diferentes culturas para colaborar (Mendoza Medina, 2021).

De tal manera que las relaciones sociales resultan relevantes para promover acciones en favor del fortalecimiento del tejido social al incidir en el desarrollo de las personas en aspectos como la autoestima, la identidad y las habilidades sociales. Esto se refleja en el bienestar emocional saludable al gestionar las emociones de manera adecuada, previniendo situaciones conflictivas derivadas, por ejemplo, de estrés y ansiedad.

También la interacción social favorece procesos de aprendizaje de uno mismo, de otros y del entorno en el cual la persona se desarrolla, relacionándose con la cooperación para lograr metas en común como puede ser la solución pacífica de un conflicto. En suma, dichos aspectos contribuyen a construir sociedades pacíficas

al reconocer la complejidad de sus dinámicas y los actores involucrados en ellas (Valdés Valdés et al., 2020).

Asimismo, la interacción social es un pilar clave en la promoción de la paz a nivel internacional no solo por ser un ideal de la comunidad mundial, sino por el área de oportunidad de poder construirla día a día desde las conductas individuales y colectivas. Allí es donde el ciudadano del mundo asuma su corresponsabilidad con los líderes de los Estados en la construcción de paz y el fortalecimiento del derecho a esta al impulsar la comprensión, la tolerancia, el diálogo y la cooperación que contribuyan a superar diferencias, conflictos, al tiempo que fomentan la equidad, así como la justicia social (Mendoza Medina, 2021).

La articulación presente entre el nivel individual y el internacional en ocasiones tiene límites difusos, dado que aspectos personales relacionados con cuestiones de posicionamientos políticos, religiosos, ideológicos, económicos, culturales, territoriales, entre otros, pueden repercutir en conflictos internacionales. En este sentido, las relaciones sociales que se han establecido entre países a lo largo de la historia demuestran la implementación de la interacción social para la resolución de conflictos y la cooperación.

A fin de regular cómo interactúan los Estados entre ellos a nivel internacional, se han establecido organismos internacionales como Naciones Unidas y la Unión Europea, los cuales marcan directrices para la convivencia pacífica por medio de mecanismos como la diplomacia, que promueve la negociación y comunicación entre los Estados, acuerdos comerciales, foros multilaterales, tratados de cooperación, entre otros, donde se dan relaciones sociales basadas en intereses comunes.

Asimismo, la organización social tiene representación a nivel internacional por medio de organizaciones no gubernamentales que logran insertarse en los espacios de discusión con representantes de los Estados, generalmente respecto a cuestiones relacionadas con

los DD. HH., la resolución pacífica de conflictos y el desarrollo sostenible, lo cual se establece en la Agenda 2030, que guía el fortalecimiento de las sociedades (Bianchi, 2016; Fernández Liesa, 2022).

En el orden internacional, tanto el DIPU como el DIPR coinciden en generar pautas que contribuyan al desarrollo sostenible considerado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972). Por medio de este acuerdo se establecieron principios para preservar el patrimonio y los recursos naturales, anticipando disputas entre los Estados y empresas particulares cuya principal fuente de riqueza era la explotación y comercialización de los mismos.

Aunado a ello, dicha conferencia marcó un camino hacia la producción de recursos renovables, el manejo adecuado de desechos nocivos y la prevención de la contaminación del medio ambiente. Estos postulados fueron reconocidos en la Declaración de Delhi sobre los Principios del Derecho de Desarrollo Sostenible (2002) como parte de las obligaciones de los Estados, así como el principio de integración, considerando ejes como el social, ambiental y económico, los cuales invitan a replantear las dinámicas actuales en busca de fortalecer las sociedades (Prieur y Doumbe Bille 1994).

En este sentido, la interacción social a nivel internacional es promovida por el fenómeno de la globalización que acentúa la interdependencia entre los países, creando redes de colaboración en distintas latitudes en busca de beneficios y comprensión mutuos, pero también para sumar esfuerzos desde el respeto a la diversidad, la tolerancia y la solidaridad, que favorecen la misma a nivel internacional para afrontar retos globales como la pobreza, el cambio climático, la desigualdad social, etc.

V. Conclusiones

A partir de lo expuesto, se evidencia que el derecho público y el privado internacional contribuyen a fortalecer las relaciones

sociales para promover el derecho a la paz, el cual es complejo dado su alcance al reconocer como titulares de este desde las personas hasta los Estados, teniendo incidencia tanto en contextos nacionales como internacionales. De tal manera que se encuentra vinculado con el DIPU y el DIPR al resaltar las relaciones que se establecen entre Estados y organizaciones internacionales para promover sociedades pacíficas, así como la garantía, protección y disfrute de los DD. HH.

A pesar de que los instrumentos jurídicos donde se alude al derecho a la paz no son vinculantes para los Estados, son relevantes al brindar recomendaciones, directrices y mecanismos para promoverla, considerando las necesidades del contexto. Han sido retomados en convenciones, pactos y tratados internacionales para regular las conductas e intervenciones que pueden realizar los Estados principalmente en casos de conflictos armados.

Ante esta perspectiva dominante de paz negativa, se identifican esfuerzos por pasar a una visión de paz positiva y holística en el derecho internacional, tanto público como privado. Esto contribuye a continuar con el debate conceptual respecto a los alcances de la paz como derecho y su relación con otros DD. HH., retomar cómo se aplica el DIPU y el DIPR en la promoción de este derecho, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de las relaciones sociales.

Estos acercamientos multidisciplinarios son pertinentes a fin de comprender los aportes de estas ramas del derecho que están relacionadas y se complementan para promover y mantener la paz social que a la vez favorece la integración de las sociedades. El indagar en ello puede permitir generar estrategias que involucren actores desde el nivel internacional hasta lo local, donde se articulen y sumen esfuerzos para identificar y superar tanto barreras como obstáculos en contextos particulares que inciden en el derecho a la paz en un mundo globalizado.

VI. Referencias bibliográficas

- Álvarez Torres, M. (2022). La paz como instrumento para lograr sociedades justas, pacíficas e inclusivas (ODS 16 Agenda 2030). *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 70(1), pp. 193-220. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/2500>.
- American Psychological Association (2019). *Manual de publicaciones de la American Psychological Association* (7.^a edición). Washington, DC: APA.
- Arrieta López, M. (2022). Evolución del derecho humano a la paz en el marco de las Naciones Unidas y de las Organizaciones de la Sociedad Civil. *Jurídicas CUC*, 18(1), pp. 519-554. <https://www.aacademica.org/milton.arrietalopez/22.pdf>
- Bianchi, A. (2016). *International law theories. An inquiry into different ways of thinking*. Oxford: Oxford University Press.
- Cabello Tijerina, P. A. y Vázquez Gutiérrez, P. L. (2024). Agentes de paz: claves y reflexiones para disminuir la violencia estructural y construir una ciudad de paz. En E. Pozo Cabrera y F. Gorjón Gómez (Eds.), *Ciudades de paz* (pp. 251-270). Cuenca: Edunica. https://www.researchgate.net/profile/Fabian-Romero-Jarrin/publication/381156094_Tasas_ambientales_un_camino_hacia_ciudades_sostenibles_y_de_paz/links/665f6dda0856f96e7f2a95d3/Tasas-ambientales-un-camino-hacia-ciudades-sostenibles-y-de-paz.pdf#page=251
- Cantero Ramírez, M. y Gutiérrez Gándara, F. R. (2023). Interculturalidad del derecho humano a la paz en México. *Desafíos*, 14(1), pp. 46-55. <https://doi.org/10.37711/desafios.2023.14.1.387>.
- Carta de las Naciones Unidas. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, San Francisco, Estados Unidos. 26 de junio de 1945. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>.

- Comisión Nacional de Derechos Humanos México (2024). ¿Qué son los derechos humanos? <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Estocolmo, Suecia. 16 de mayo de 1972. <https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://repositorio.consejodecomunicacion.gob.ec/bitstream/CONSEJO-REP/1138/1/ABCCorteIDH.pdf>.
- Declaración de Delhi sobre los Principios del Derecho de Desarrollo Sostenible. Asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas. Nueva Delhi, India. 6 de abril de 2002. https://digitallibrary.un.org/record/475817/files/A_57_329-ES.pdf.
- Declaración de Santiago. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. 28 de noviembre de 1995. <https://www.oas.org/csh/spanish/mfcdeclsant.asp>.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. París, Francia. 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 12 de noviembre de 1984. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TraInt/Derechos%20Humanos/INST%2012.pdf>
- Fernández Liesa, C. (2022). El desarrollo sostenible y la teoría del derecho internacional. *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 11(2), pp. 54-77. <https://papiro.unizar.es/ojs/index.php/ried/article/view/9270/7835>.

- Mendoza Medina, C. Y. (2021). Las habilidades sociales, factor clave para una interacción efectiva. *Polo del Conocimiento*, 6(2), pp. 3-16. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9548828>.
- Mezarina García, S. y Rosales Zamora, P. (2023). La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público: orden público internacional, orden jurídico internacional y derechos humanos. *Foresti. Revista de Derecho*, 11(17), pp. 70-93. <https://pr-ojsv3-pub.up.edu.pe/index.php/foresti/article/view/2073/1658>.
- Michinel Álvarez, M. A. (2021). El derecho internacional privado en la era postcovid. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), pp. 493-528. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5968/4338>.
- Olmos, M. B. (2008). El derecho a la paz a la luz del derecho internacional público contemporáneo. *Persona y Derecho*, 59, pp. 77-96. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27926.pdf>.
- Portela, J. (2020). El Derecho en tiempos de crisis. *Jurídicas CUC*, 16(1), pp. 269-286. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.16.1.2020.11>.
- Prieur, M. y Doumbe Bille, S. (1994). *Droit de l'environnement et développement durable*. Limoges: Presses Universitaires de Limoges
- Resolución AG/110. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 3 de noviembre de 1947. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/040/48/PDF/NR004048.pdf?OpenElement>
- Resolución AG/71/189. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 19 de diciembre de 2016. <https://www.refworld.org/es/leg/resol/agonu/2017/es/115405>.
- Resolución A/HRC/RES/20/15. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 17 de junio de 2012. https://digitallibrary.un.org/record/731608/files/A_HRC_RES_20_15-ES.pdf.

- Resolución 71/189. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 19 de diciembre de 2016. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n16/454/67/pdf/n1645467.pdf>.
- Rey Cantor, E. (2022). *Las generaciones de los derechos humanos: libertad, igualdad, fraternidad*. Bogotá: Universidad Libre. <https://repositorio.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24050/Generaciones%20DD%20HH%20-%2010%20ed%20vr%20digital.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Scotti, L. B. (2020). Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho internacional privado. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 17(50), pp. 409-441. https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/114881/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Silva García, G. (2022). ¿El derecho es puro cuento? Análisis crítico de la sociología jurídica integral. *Novum Jus*, 16(2), pp. 49-75. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.3>.
- Subramanyam, R. V. (2013). Art of reading a journal article: Methodically and effectively. *Journal of Oral and Maxillofacial Pathology*, 17(1), pp. 65-70. <https://doi.org/10.4103/0973-029X.110733>.
- Valdés Valdés, I., Guerra Iglesias, S. y Camargo Ramos, M. (2020). Las habilidades de interacción social: un puente hacia la inclusión. *Revista de Educación Mèndive*, 18(1), pp. 76-91. <http://scielo.sld.cu/pdf/men/v18n1/1815-7696-men-18-01-76.pdf>.
- Villán Durán, C. (2020). La paz como derecho humano. *Revista d'Humanitats*, 4(115), pp. 116-137. https://repositori.uic.es/bitstream/handle/20.500.12328/1662/Villan%20Duran%2c%20Carlos_Paz%20Derecho%20Humano_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Convergencia del derecho de las personas refugiadas con el derecho a la identidad en México

María Teresa Guzmán Robledo¹

Resumen

Uno de los desafíos globales contemporáneos es la movilización masiva de las personas que se desplazan de sus territorios de origen por causas diversas y buscan la protección internacional de otros países, convirtiéndose en personas en condición de refugiadas. Se planteó como objetivo analizar las acciones que el Estado mexicano ha realizado para asegurar el derecho a la identidad de estas personas por medio de una investigación cualitativa doctrinal con el método hipotético-deductivo y el método constructivo a la luz de las teorías de los derechos humanos. A manera de resultados se describen los instrumentos internacionales en la materia, en qué consiste el derecho a la identidad como derecho fundamental y como acceso a los demás derechos, así como su convergencia con las acciones realizadas para garantizar el derecho a la identidad de las personas refugiadas a partir de la normativa internacional, mexicana, convenios de colaboración y compromisos internacionales.

Palabras clave: refugiados; protección internacional; identidad; derechos humanos

Summary

One of the contemporary global challenges is the massive mobilization of people who are displaced from their territories of origin for various reasons and seek international protection from other countries, becoming refugees. The objective was to analyze

¹ Doctora en Derecho Electoral por el Instituto de Investigaciones y Capacitación Electoral. División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara. Contacto: teresa.guzman@academicos.udg.mx. ORCID: [0000-0002-7290-5779](https://orcid.org/0000-0002-7290-5779).

the actions that the Mexican State has taken to ensure the right to identity of these people through qualitative doctrinal research using the hypothetical-deductive method and the constructive method in light of human rights theories. As results, the international instruments on the subject are described, what the right to identity consists of as a fundamental right and as access to other rights, as well as its convergence with the actions taken to guarantee the right to identity of refugees based on international and Mexican regulations, collaboration agreements and international commitments.

Keywords: refugees; international protection; identity; human rights

I. Introducción

En el siglo veinte se intensificaron los fenómenos de la migración y los desplazamientos forzados de personas, consecuencia de las disparidades en las condiciones de vida entre los lugares de origen y de destino de las personas inmigrantes, tales como el desempleo, merma en los servicios públicos, desastres naturales, conflictos armados, represión, persecución, violaciones masivas de derechos humanos, rivalidades étnicas y violencia. Paralelamente a esto, la globalización de la economía y la desestabilización social generaron una pauperización mayor en la pobreza de la sociedad, y con esto, la marginación social. Estos fenómenos provocaron un mayor número de refugiados, desplazados e inmigrantes en busca de protección, de salvaguardar su seguridad, sus vidas, y de trabajo para sobrevivir, entre otras. El derecho internacional interviene para tratar de dar solución a estos problemas sociales que surgen en un clima de inestabilidad política, económica, social o militar (Ortiz Ahlf, 2014).

En la línea del tiempo del reconocimiento de los derechos humanos, y como un avance gradual, tenemos el nacimiento del derecho internacional de los derechos humanos, el cual nace posterior al Holocausto, tras la Segunda Guerra Mundial, con la Decla-

ración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Peces-Barba Martínez, 2004). En ese orden de ideas, la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) estableció el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), cuyo mandato es el de “proteger y buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados. Sus actividades se fundan en un conjunto de normas e instrumentos internacionales que buscaban dar respuesta a lo ocurrido tras la guerra”. Sin embargo, este fenómeno no ha desaparecido, sino que, por el contrario, se ha acrecentado y cada vez ha sido más compleja la situación.

Desde 1950 los países a través de ACNUR se han dado a la tarea de tratar de dar respuesta a esta problemática. México, con la finalidad de cumplir con los objetivos internacionales, ha asumido diversos compromisos, entre ellos, se formalizó la colaboración tripartita entre ACNUR, la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) y el Registro Nacional de Población (RENAPO), con el fin de asegurar el derecho a la identidad de las personas refugiadas y solicitantes de asilo.

En el presente trabajo se analiza, en primer lugar, el marco conceptual y su desarrollo respecto de las personas refugiadas. Posterior a ello se indaga en el marco jurídico internacional y nacional que se ha desarrollado con la finalidad de dar protección internacional, integración y soluciones duraderas a las personas en condición de refugiadas y apoyar a los países de acogida. Finalmente, se da paso al estudio del derecho humano a la identidad y, por último, se analizan las acciones que el Estado mexicano ha llevado a cabo para poder garantizar este derecho humano.

II. Cuestiones conceptuales

El concepto de asilo tiene un alcance genérico que implica la protección que un Estado otorga a un extranjero frente al ejercicio de la jurisdicción de otro Estado. La Real Academia Española (2024) lo ha definido como “lugar privilegiado de refugio para los perse-

guidos”. En el derecho internacional clásico, el otorgamiento de un asilo a un extranjero era considerado una facultad discrecional de cada Estado, pero en el derecho internacional contemporáneo se ha cambiado considerablemente esta consideración. Su origen se encuentra, posiblemente, en la institución medieval del asilo religioso que permitía dar protección en lugares sagrados a las personas perseguidas por delitos comunes. Con la secularización de la institución se produjo un cambio de contenido, en virtud de que los beneficiarios de la protección no fueron ya los perseguidos por delitos comunes, sino los perseguidos por delitos políticos, así como por razones vinculadas a su identidad racial, religiosa, etc., según Arlettaz (2015).

Se tiene al asilo territorial y al asilo diplomático. El primero es el que se da en el mismo territorio del Estado asilante y el diplomático es el que se da en las legislaciones del Estado asilante que se encuentran en el territorio de otro Estado, normalmente en el territorio que persigue al asilado. La figura de asilo territorial se desarrolló en Europa, y en algunos países como España también en la forma de asilo diplomático. Sin embargo, en Europa, a partir del siglo diecinueve, se produjo un rechazo a la institución de asilo diplomático, reforzando contrariamente la figura de asilo territorial, y se impuso la idea de que no es procedente la extradición por delitos políticos.

En tanto, en América se dio un desarrollo paralelo con sus propios matices. El Tratado de Derecho Internacional Penal de Montevideo de 1889 (OAS, 1889) dispuso que era improcedente la extradición de los perseguidos políticos y que el asilo es inviolable. Sin embargo, contrario a Europa, en América se afianzó tanto el asilo territorial como el diplomático.

Las distintas connotaciones que se le da al asilo territorial y al asilo, se basan en el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de Montevideo de 1939 (OAS, 1889), el cual estableció una distinción, que quizá sea la raíz de la confusión conceptual, ya que el acuerdo utilizó “asilo” para referirse a asilo político, mientras que se refirió

al asilo territorial como refugio. Previamente, la Convención sobre Asilo adoptada en La Habana en 1928 (OAS, 1928) se ubicó en una línea parecida, que bajo este nombre solo regulaba el asilo diplomático. La Convención de Montevideo de 1933 (Dipublico, 1933) modifica la de 1928 de La Habana y se denomina como Convención de Asilo Político.

Por su parte, en Caracas en 1954 se adoptaron dos convenciones que se refieren al asilo territorial y al diplomático. La Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial (Orden jurídico, 1954) nombra a las personas protegidas como asiladas o refugiados sin hacer ninguna distinción entre los vocablos. La Convención sobre Asilo Diplomático, en cambio, solo utiliza la expresión “asilado” para referirse a la persona beneficiada con la protección. Pero, aunque ambas convenciones utilizaron la expresión “asilo” para referirse a las dos modalidades de protección internacional, la discusión académica y política, relacionada con la oposición conceptual asilo/refugio, no quedó en su totalidad cerrada.

En la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951 (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1951) se empleó otra terminología, en virtud de que en esta se habla de refugiado para referirse a una forma de protección de carácter territorial semejante a lo que en otros instrumentos se denomina asilo territorial. Esta convención intentó dar una respuesta al problema de las personas que habían buscado protección como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, lo que la limitó a tener un carácter temporal e incluso geográfico, incluida en la definición del concepto de refugiado, que se eliminó en el Protocolo de 1967 (ACNUR, 1967). La Convención y su Protocolo definen quién es un refugiado, cuándo se deja de serlo, cuáles son los derechos y deberes de los refugiados y demás asuntos de implementación de protección a los refugiados. Por su naturaleza, en un principio los países latinoamericanos se mantuvieron al margen de esta Convención, para posteriormente incorporarse a ella.

En tanto, en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos Humanitarios”, celebrada en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, se reiteró en la tercera conclusión: que en consecuencia de la experiencia que se había vivido con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, era necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, tomando en cuenta el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) (OUA, 1969) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región era aquella que, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967,

considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

III. Principio de no devolución (*non refoulement*)

El principio de no devolución es considerado la piedra angular de la protección internacional de los refugiados y ha sido reconocido como norma del derecho consuetudinario y como norma del *ius cogens*. Es fundamental para estudiar cualquier solicitud de protección internacional y para determinar las expulsiones, deportaciones o extradición de alguna persona extranjera (Islas López, 2015).

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en su artículo 33, establece la prohibición de expulsión y devolución *refoulement*, señalando en su primer punto que ningún Estado con-

tratante podrá, ni por expulsión, ni por devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causas de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

Por su parte, el segundo punto de este artículo establece las excepciones al señalar que, sin embargo, podrá invocar los beneficios de la Convención el refugiado que sea considerado, fundadamente, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 22.8, establece la prohibición a la devolución de los extranjeros, en términos similares, esto es, cuando su vida o libertad personal están en riesgo de ser violentadas por razones de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia. ...

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas (OEA, 1969).

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, establece también la prohibición a la devolución de una persona a otro estado cuando haya temor fundado de que estaría en peligro a ser sometida a tortura (ONU, 2018).

Artículo 3. 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

El artículo 16 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Naciones Unidas, 2010) también prohíbe la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada (ONU, 2010).

Para las autoridades migratorias resulta complejo determinar cuándo existe realmente peligro a la vida, integridad o libertad de una persona, para lo cual el Comité contra la Tortura (CAT) estableció algunos criterios que pueden utilizarse. En este contexto, el principio de no devolución es la piedra angular del derecho de los refugiados, ya que va de la mano con la obligación de los Estados de proteger los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en su territorio. Sin embargo, la carga de la prueba la tiene la persona que solicita la protección, según refiere Islas López (2015).

IV. Instrumentos internacionales y derecho interno: marco normativo de los refugiados

La Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) en 1950, al término de la Segunda Guerra Mundial, con el fin de apoyar a millones de personas que huyeron de Europa, creó la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). El objetivo era proteger y buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados, fundándose sus actividades en normas e instrumentos internacionales que en principio buscaban dar respuesta a lo ocurrido después de la Segunda Guerra Mundial. Esta oficina tiene como antecedente la Organización Internacional de Refugiados, la cual había ayudado a miles de personas a reasentarse en otros países distintos a su país de origen (ACNUR, 1950).

En su creación se determinó que el trabajo debía concluir en tres años, por lo que transcurrido dicho termino dejaría de operar, lo cual

no fue posible dada la situación que persistía y el número de personas a apoyar, además de que surgieron nuevos eventos. En 1956, ACNUR enfrentó por primera vez una emergencia a escala mayor, cuando el ejército de la Unión Soviética acabó con la revolución húngara, lo que trajo a consecuencia miles de refugiados (200.000 personas huyeron a Austria). ACNUR reconoció a los húngaros como refugiados solicitantes de asilo, iniciando las labores de reasentamiento. Este hecho fue fundamental para definir la manera en la que las organizaciones humanitarias afrontarían las crisis de los refugiados en lo futuro. No solo persiste el motivo de la razón de existir de la Agencia, sino que cada vez ha sido más complejo abordar la problemática de los refugiados. Uno de los desafíos globales contemporáneos es la movilización masiva de las personas que se desplazan de sus territorios de origen por causas diversas y buscan la protección internacional de otros países, convirtiéndose en personas en condición de refugiados, y como hemos visto, la ONU a través de ACNUR y los países de acogida se han dado a la tarea de tratar de dar respuesta a esta problemática. Problemática que no termina con el hecho de que un país reconozca a una persona con la calidad de refugiado, sino que comienza una serie de acciones por parte del país de acogida para poder llevar un reasentamiento digno.

Con la finalidad de proteger internacionalmente a las personas refugiadas se han celebrado diversos tratados y foros internacionales, de los cuales destacamos los siguientes:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 14 establece que, en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. (ONU, 1948).
- La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, según lo referido por el Diario Oficial de la Federación (2000),

guarda la característica de ser vinculante, de buena fe, consagra las normas mínimas sobre el trato a las personas reconocidas como refugiadas. También consagra el derecho de un refugiado a ser protegido de un regreso forzoso o devolución. Tiene fundados temores de ser perseguido por: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o no quiere acogerse a la protección de ese país, o regresar a él a causa de dichos temores.

- El Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados es un instrumento independiente de la Convención de 1951, el cual anula los límites geográficos y temporales que se encuentran establecidos en la definición de refugiado en dicha convención, por lo que ambos instrumentos internacionales cubren: la definición del término de refugiado; condiciones de cesación y exclusión de la condición de refugiado; sus derechos y obligaciones de las personas en condición de refugiado, incluido el derecho de protección contra la expulsión o devolución a un territorio donde su vida o libertad corra peligro.
- La Convención Americana de los Derechos Humanos de 1981, en su artículo 22, numerales 7 y 8, señala que “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos, de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales” y “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (OEA, 1969).
- La Declaración de Cartagena de 1984 no es vinculante, pero la mayoría de los Estados la aplica en la práctica y algunos la han incorporado en sus legislaciones domésticas, ya que

recomienda que la definición de refugiado englobe los elementos de la Convención de 1951 e incluya a las personas que han huido de sus países “porque sus vidas, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

- La Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes (2016), promulgada por la Organización de las Naciones Unidas, allanó el camino para la adopción de dos tratados mundiales: el Pacto Mundial sobre los Refugiados y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (Naciones Unidas, 2018). La Declaración de Nueva York detalla elementos esenciales del Marco Integral Regional para la Protección y Soluciones (MIRPS), que se aplicará a desplazamientos de gran escala y situaciones prolongadas. Son cuatro sus objetivos: a) aliviar las presiones sobre los países y las comunidades de acogida; b) promover la autosuficiencia de las personas refugiadas; c) ampliar el acceso a soluciones a terceros países; y d) favorecer en los países de origen circunstancias que propicien un retorno en condiciones dignas y seguras (ONU, 2016).
- Declaración de San Pedro Sula 2017 (ONU, 2018) fue creada por el MIRPS. Los Estados firmantes de este instrumento son: Belice, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México y Panamá. Aquí se hace énfasis en la necesidad de diseñar una respuesta integral que atienda las causas de origen de estos movimientos, el fortalecimiento de la protección y la asistencia para atender las diferentes necesidades de las personas refugiadas, de los solicitantes de la condición de refugiado, desplazamientos internos y personas que son retornadas con necesidad de protección. Se tiene como un plan de acción del MIRPS con el objetivo de fortalecer la

protección y la promoción de soluciones duraderas. Promueve el acercamiento regional entre los países de origen, tránsito y destino, además de estrategias de responsabilidad compartida en materia de prevención, protección y soluciones (OEA, 2017).

- El Pacto Mundial sobre los Refugiados de 2018 otorga un plan que involucra a los gobiernos, las organizaciones internacionales y otras partes interesadas, con la finalidad de asegurar que las comunidades locales obtengan el apoyo necesario y que las personas refugiadas logren llevar vidas productivas. El programa de acción incluye “mecanismos para compartir cargas y responsabilidades a través de un Foro Global de Refugiados (que se celebra cada cuatro años)” (ONU, 2018).

Por lo que corresponde al derecho doméstico de México, con la finalidad de armonizar el derecho interno con el derecho externo, el Estado se dio a la tarea de reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para modificar los principios y la estructura de reconocimiento y protección de derechos humanos, e incluir cambios a normas que tocaban derechos en específico, como el caso concreto de solicitar y recibir asilo y el reconocimiento de la condición de refugiado. Este fue un tema de aceptación internacional y nacional, que encontró cabida en el texto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, considerando la tradición que el Estado mexicano ha tenido respecto de esta problemática (CPEUM, 1917).

En el proceso de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos que se publicó el 10 de junio del 2011, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión dispuso de manera unilateral modificar la redacción al segundo párrafo del artículo 11 constitucional, propuesta por la Cámara de Senadores, misma que quedó de la siguiente manera: “Artículo 11.- ... En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho a solicitar asilo; por causas de

carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones”. Modificándose la esencia del derecho a solicitar y recibir refugio en los términos que han sido reconocidos en el derecho y jurisprudencia internacional (Barrón Cuevas, 2016).

Se hace preciso, entonces, diferenciar entre el derecho de recibir refugio y el de solicitar asilo. El derecho a recibir refugio trae como consecuencia que se reconozca la condición de refugiado a la persona a la que se le otorgue, por condiciones que pongan en peligro el derecho a la vida, a la seguridad, a la libertad o integridad, por razones de índole de raza, religión, nacionalidad, etc. Por otro lado, el solicitar asilo, distinguiéndose de la posibilidad de recibir refugio, implica en sí mismo que el asilo diplomático es una potestad soberana del Estado y no así una obligación.

Tal y como quedó redactado el segundo párrafo del artículo 11 constitucional, en la reforma del 2011 en materia de derechos humanos, México estaría obligado a dar asilo político a cualquier persona que así lo solicitase. En virtud del error señalado y con la finalidad de corregirlo, en el año 2016 nuevamente se reformó dicho artículo.

El marco normativo que regula el sistema de refugio y asilo en el país es la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (LRPCAP, 2011), la cual

tiene por objeto regular el otorgamiento de asilo político, el reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de protección complementaria, así como establecer las bases para la atención a los solicitantes y la asistencia a los asilados y refugiados que se encuentran en territorio nacional, con la finalidad de garantizar el pleno respeto a sus derechos humanos.

Dicha ley, en conjunto con su reglamento, permite identificar las características y pasos del proceso de reconocimiento de la condición de refugiado y protección complementaria, el cual implementa una institución de la Secretaría de Gobernación, la Comisión Mexi-

cana de Ayuda a Refugiados (COMAR), como el órgano gubernamental encargado de tramitar las solicitudes de personas extranjeras para obtener el reconocimiento de la condición de refugio en México. Asimismo, aprueba los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugio que inician las personas extranjeras que se encuentran en territorio nacional, además de proponer programas, criterios, acciones públicas y estrategias orientados a la protección, asistencia e integración de personas refugiadas. Es a través de esta comisión que el Estado mexicano cumple con las obligaciones que ha adquirido a través de la firma de instrumentos internacionales en la materia.

V. Acciones para la integración de las personas en condición de refugiadas al país de acogida (caso México) y el derecho a la identidad

En cumplimiento de las disposiciones del Pacto Mundial sobre los Refugiados de 2018, el cual establece como mecanismo mundial para la cooperación internacional en el párrafo 17 la celebración del Foro Mundial sobre Refugiados, con la finalidad de que todos los Estados miembros de las Naciones Unidas y las partes interesadas que guarden relación anuncien compromisos y contribuciones concretas para el logro de los objetivos previstos en el párrafo 7 y se examinen las oportunidades, los retos y las formas de mejorar la distribución de la carga y la responsabilidad. En cumplimiento de estos objetivos, se formalizó la colaboración tripartita entre ACNUR, la COMAR y el Registro Nacional de Población (RENAPO, 2022), con el fin de asegurar el derecho a la identidad de las personas refugiadas y solicitantes de asilo en México, representando una acción de alto calado. Lo anterior en virtud de que todas las personas desde que solicitan la condición de refugiados tienen el derecho a la integración, bajo los cuatro pilares que son: a) documentación e identidad, b) salud, c) trabajo y d) educación.

Uno de los puntos establecidos en el Pacto Mundial sobre los Refugiados es precisamente el tema de la integración local. El

párrafo 97 establece que, si bien es cierto que la repatriación voluntaria es la solución preferida en la mayor parte de las situaciones de refugiados, es importante apoyar a los países que deciden resolver la situación de refugiados a nivel local. La integración es una decisión soberana, que el país de acogida tiene como una opción que puede ejercer guiándose por las obligaciones que le imponen los tratados y por los principios de derechos humanos. Asimismo, el instrumento internacional en estudio establece que varios Estados han considerado conveniente optar por la integración local de los refugiados, entre otras cosas mediante la concesión de una condición jurídica duradera y la naturalización.

Dentro de las acciones que el Estado mexicano ha llevado a cabo para integrar al país a las personas en condición de refugiados, es precisamente la coordinación entre ACNUR, RENAPO, COMAR y Registros Civiles lo que ha permitido que a los migrantes se les acredite su identidad con la expedición de la Clave Única de Registro de Población (CURP) temporal que contiene su fotografía. Esta identificación oficial les dará el acceso a la integración del país, a través de ingresar a un empleo y poder acceder a servicios públicos como, entre otros, la salud y la educación. A continuación, se hace necesario estudiar en qué consiste el derecho a la identidad.

V. 1. Derecho a la identidad

Para analizar el derecho a la identidad, comenzaremos con el reconocimiento que se ha dado a través de la celebración de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, de los que el Estado mexicano forma parte. El primero de ellos establece algunos componentes de dicho derecho y es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En su artículo 24, numerales 1 y 2, señala que “todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre” y “tiene derecho a adquirir una nacionalidad” (ONU, 1966).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 18 reconoce el derecho al nombre: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”. En el artículo 20 se reconoce el derecho a la nacionalidad, que otorga el derecho a la protección de su país.

En México se adicionó el párrafo ocho al artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2024), reforma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de junio del año 2014, donde se reconoció el derecho a la identidad al señalar que “Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.” De este modo, se reconoce que toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado gratuitamente de manera inmediata a su nacimiento, además de establecer la obligación del Estado de garantizar dicho cumplimiento (CPEUM, 1917).

Como se ha visto, el derecho a la identidad conlleva el derecho de ser registrados de manera inmediata a su nacimiento. Por lo tanto, dicho registro es la manera en que el Estado cumple con esa obligación de garantizar la identidad, el nombre y la filiación familiar, cultural y nacional. Asimismo, a través del registro también garantiza a una persona el reconocimiento administrativo de su existencia y personalidad jurídica, según el Registro Nacional de Población (2020).

La importancia del registro de nacimiento y del derecho a la identidad, de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos (INEGI, 2019), también constituye una medida de protección frente a crímenes que pudieran comprometer su integridad, y es la llave de acceso a otros derechos, como ya lo hemos dicho, a la salud, la educación, y en el caso de los adultos, el acceso al trabajo. En virtud de la relevancia de este derecho a la identidad que se logra a través del registro, necesario

para el libre desarrollo, seguridad y bienestar de las personas, es indispensable que el desempeño de este acto se apegue a los principios de equidad, universalidad e inmediatez (INEGI, 2019).

Por otro lado, cabe destacar que dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas, en la Agenda 2030, se consagra el objetivo número 16, “Paz, justicia e instituciones sólidas”, apartado 9, “proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos, en particular mediante el registro de nacimientos” (ONU, 2015), en reconocimiento de que un registro oficial “es crucial para la protección de sus derechos y para el acceso a la justicia y a los servicios sociales” (ONU, 2015).

De lo anterior se desprende que el derecho a la identidad conlleva un registro. En el caso de recién nacidos, el registro de nacimiento, que contiene los elementos que lo constituyen, como el nombre y apellidos de sus padres, una nacionalidad. En tanto, para las personas en condición de refugiados y migrantes, si bien se presume que ya cuentan con este documento desde su nacimiento, emitido por su país de origen, en el Estado de acogida carecen de personalidad, no existen para tal país, por lo que se hace necesaria la emisión de un documento oficial, emitido por autoridad competente (con independencia del que se emita para acreditar su estancia legal en el país), que acredite su identidad y que sirva como acceso al disfrute de derechos y servicios, como el de salud, educación y que a su vez los identifique para así poder acceder a un trabajo.

Por tanto, el derecho a la identidad es un derecho humano universal, que debe ser garantizado por el Estado a todas las personas, sin discriminación y en condiciones de igualdad, esto es, que se incluya a las personas que llegan a México en búsqueda de refugio. Con estas acciones, el Estado puede ir dando cumplimiento a los compromisos del Pacto Mundial para una migración ordenada, segura y regular.

En 2023, México se convirtió en uno de los cinco países del mundo en recibir más solicitudes de refugio. Respecto de la movili-

dad humana, el Estado mexicano se ha caracterizado por contar con movimientos mixtos de personas que viajan juntas, generalmente de manera irregular, que utilizan los mismos medios y recorren las mismas rutas, aunque por razones distintas. En 2023 se recibieron más de 140.000 solicitudes de asilo, un incremento del 17% en comparación con el año anterior y un récord histórico al superar el máximo de 130.000 registrado en 2021 (ACNUR, 2023).

En virtud de las cifras antes señaladas y pese a la buena voluntad de los países de acogida en cumplir a cabalidad con los compromisos asumidos, el gobierno mexicano, a través de sus páginas oficiales, ha manifestado que se tienen pendientes en dicho sentido:

Al menos un millón y medio de personas de todas las edades no cuentan con un registro de nacimiento. El 22,7% de este total es población indígena. 6 de cada 10 son niñas, niños y adolescentes no tienen identidad jurídica. (...) Una población que no excluye a nadie, una población integrada por las y los mexicanos, extranjeros, migrantes y refugiados. Queda claro que existe una enorme oportunidad para que el Gobierno Mexicano, implemente acciones que permitan fortalecer la identidad jurídica para acreditar fehacientemente la identidad personal con la información biométrica, contenida en huellas dactilares, en el rostro y en los iris de cada persona (Registro Nacional de Población, 2020).

A continuación, se presentan datos estadísticos obtenidos de la página de la Unidad de Política Migratoria, Registro e Identidad de Personas, Estadísticas Migratorias (2024), donde se muestra la cantidad de personas que se les ha atendido trámites migratorios de diversa índole, así como el número de personas con residencia permanente por reconocimiento de la condición de refugiado, según principales países de nacionalidad.

*Trámites migratorios seleccionados para acreditar la
condición de estancia de las personas extranjeras en México
(enero-julio de 2023-2024)*

Trámites migratorios ¹	Enero-julio		
	2023	2024 ²	Var. %
Tarjetas de Residente Temporal (TRT) ² emitidas	35 585	32 701	- 8.1
Tarjetas de Residente Temporal (TRT) renovadas	38 646	41 981	8.6
Cambio de condición migratoria de residente temporal	23 576	14 480	- 38.6
Tarjetas de Residente Permanente (TRP) ³ emitidas	42 036	43 105	2.5
Refugiados ⁴	10 086	14 338	42.2
Tarjetas de Residente Permanente (TRP) renovadas ⁵	1 549	1 547	- 0.1
Tarjetas de Visitante Regional (TVR) ⁶	39 154	45 399	15.9
Tarjetas de Visitante Trabajador Fronterizo (TVTF) ⁷	3 836	4 279	11.5
Tarjetas de Visitante por Razones Humanitarias (TVRH) ⁸ emitidas	96 545	2 134	- 97.8

*Trámites migratorios seleccionados para acreditar la
condición de estancia de las personas extranjeras en México
(enero-julio de 2024)*

Trámites migratorios ¹	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Total
Tarjetas de Residente Temporal (TRT) ² emitidas	5 027	4 903	4 252	4 888	4 312	3 977	5 342	32 701
Tarjetas de Residente Temporal (TRT) renovadas	6 621	5 959	5 321	6 149	5 632	5 300	6 999	41 981
Cambio de condición migratoria de residente temporal a residente permanente	2 436	2 533	1 896	1 906	1 883	1 757	2 069	14 480
Tarjetas de Residente Permanente (TRP) ³ emitidas	4 880	5 639	5 170	6 060	6 925	7 024	7 407	43 105
Refugiados ⁴	559	1 480	1 512	1 998	2 661	3 038	3 090	14 338
Tarjetas de Residente Permanente (TRP) renovadas ⁵	207	205	194	249	214	233	245	1 547
Tarjetas de Visitante Regional (TVR) ⁶	7 079	7 095	6 461	6 580	6 579	5 599	6 006	45 399
Tarjetas de Visitante Trabajador Fronterizo (TVTF) ⁷	773	449	576	545	404	611	921	4 279
Tarjetas de Visitante por Razones Humanitarias (TVRH) ⁸ emitidas	168	256	191	272	356	439	452	2 134

Personas con residencia permanente (Secretaría de Gobernación, 2023) por reconocimiento de la condición de refugiado, según principales países de nacionalidad (enero-diciembre de 2022-2023)

País de nacionalidad	Enero-diciembre	
	2022	2023
Total	20 464	15 868
Honduras	10 942	9 485
El Salvador	2 541	2 071
Venezuela	3 576	1 602
Otro país	3 405	2 710

Personas con residencia permanente por reconocimiento de la condición de refugiado, según principales países de nacionalidad (enero-julio de 2023-2024)

País de nacionalidad	Enero-julio	
	2023	2024 ^P
Total	10 086	14 338
Honduras	6 005	9 200
Cuba	404	1 698
El Salvador	1 309	1 133
Otro país	2 368	2 307

También, a través de la información oficial que el gobierno mexicano publica, se informó mediante el Registro Nacional de Población (2020) que, del 1° de diciembre de 2018 al 23 de septiembre de 2021, el organismo otorgó 142.500 CURP a personas migrantes o solicitantes de refugio.

Por otro lado, a través de la Plataforma Nacional de Transparencia se le preguntó al RENAPO cuántas CURP ha entregado a personas solicitantes de refugio del periodo comprendido del 2021 al 2024, a lo cual, a través de la “Respuesta a la S.I. 330026224002186”, se informó que el organismo cuenta con 337.410 CURP asignadas a personas solicitantes de refugio.

VI. Conclusiones

En 2021 el Estado mexicano recibió 130.000 solicitudes de asilo, en 2022 poco más de 116.000 y en 2023 más de 140.000 de más de cien países diferentes, lo que da una suma de 386.000 solicitudes.

Por otra parte, según información de la Unidad de Política Migratoria, Registro e Identidad de Personas, Estadísticas Migratorias, del gobierno mexicano, en 2022 el número de personas con residencia permanente por reconocimiento de la condición de refugiado fue de 20.464, en 2023 fue de 15.868 y de enero a julio de 2024, 14.338. Esto da una suma de 50.670, lo que significa que 335.330 personas se encuentran o no obtuvieron una resolución favorable respecto del reconocimiento de refugiados, lo que no significa que al estar en proceso no puedan integrarse al país y obtener un documento que los reconozca como solicitantes y que les permita ingresar al mercado laboral y a los servicios de salud y educación. Por ejemplo, la tarjeta de residente temporal y la tarjeta de residente permanente acreditan la condición con la que están dentro del país, pero no son el documento idóneo para acceder a su derecho a la identidad.

Respecto a la información del gobierno mexicano del Registro Nacional de Población, del 1° de diciembre de 2018 al 23 de

septiembre de 2021 se otorgaron 142.500 CURP (**CURP** es un instrumento que sirve para **registrar en forma individual a todos los habitantes de México**, nacionales y extranjeros) a personas migrantes o solicitantes de refugio y 337.410 CURP asignadas a personas solicitantes de refugio entre el periodo 2021 al 2024.

A partir de esto, se concluye que las acciones realizadas para tratar de dar solución a la crisis humanitaria que actualmente se vive en materia de refugiados han sido enormes por parte de ACNUR y de México como país de acogida. Sin embargo, existe vulnerabilidad jurídica de las personas refugiadas respecto a su derecho a la identidad, pese a los esfuerzos que el Estado mexicano y la comunidad internacional han llevado a cabo.

VII. Referencias bibliográficas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1951). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951*. https://www.acnur.org/sites/default/files/2023-05/Convencion_1951.pdf.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1967). *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1967*. <https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5b076dcd4.pdf>.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1967). *Propuesta del pacto mundial sobre los refugiados*. <https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5b076dcd4.pdf>.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1984). *Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*. <https://www.acnur.org/media/declaracion-de-cartagena-sobre-los-refugiados>.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2016). *Historia de ACNUR*. <https://eacnur.org/es/que-es-acnur/historia-de-acnur>.

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2023). *Reporte 2023 ACNUR México*. <https://www.acnur.org/mx/sites/es-mx/files/2024-04/Reporte%202023%20ACNUR%20Me%CC%81xico.pdf>.
- Arlettaz, F. (2015). *Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el sistema interamericano* (pp. 16-17). México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Asís Roig, R. de, Peces-Barba Martínez, G. y Barranco Avilés, M. del C. (2005). *Lecciones de derechos fundamentales* (1.^a edición). Madrid: Dykinson.
- Barrón Cuevas, G. (2013). *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de asilo y refugio* (p. 3). http://www.pan.senado.gob.mx/wp-content/uploads/2013/11/Inic_Sen.Cuevas_art.11_Const.pdf (consultado el 14 de septiembre de 2016).
- Cabezut Corcuera, S. (2016, 7 de mayo). Reforma constitucional para los refugiados. *El Universal*.
- Cámara de Diputados del Congreso (2011). *Ley sobre refugiados, protección complementaria y asilo político* (antes “Ley sobre refugiados y protección complementaria”). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRPCAP.pdf>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Reformada. *Diario Oficial de la Federación* [D.O.F.], 6 de junio de 2023, México. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Dipublico (2013, enero 21). *Convención sobre derechos y deberes de los estados (Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo – 1933)*. <https://www.dipublico.org/14602/convencion-sobre-derechos-y-deberes-de-los-estados-septima-conferencia-internacional-americana-montevideo-1933>

- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2019). *De-recho a la identidad. La cobertura del registro de nacimiento en México*. Colección Unicef. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Islas López, A. (2015). *Asilo y condición de refugiado en México* (pp. 27-29). México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Naciones Unidas (2010). *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>.
- Naciones Unidas (2018). *Pacto Mundial sobre los Refugiados*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. <https://globalcompactrefugees.org/sites/default/files/2020-05/GCR%20Booklet%20ES.pdf>
- Orden jurídico (1954). *Convención sobre Asilo, adoptada en la Sexta Conferencia Internacional Americana, La Habana, 1954*. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D28.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Discapacidad/Declaracion_U_DH.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171. <https://www.refworld.org/es/leg/trat/agonu/1966/es/129164>.
- Organización de las Naciones Unidas (1984). *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>.

- Organización de las Naciones Unidas (2015). *Objetivos y metas de desarrollo sostenible. Desarrollo Sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.
- Organización de los Estados Americanos (1889). *Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo*, 23 January. <https://www.refworld.org/legal/agreements/oas/1889/es/85176>.
- Organización de los Estados Americanos (1928). *Convención sobre asilo adoptada en La Habana*. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/convencion_sobre_asilo_la_habana_1928.pdf.
- Organización de los Estados Americanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (consultada el 15 de septiembre de 2016).
- Organización de los Estados Americanos (2017). *Declaración de San Pedro Sula (2017) como contribución regional al Pacto Mundial sobre los Refugiados*. <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/rreg/2017/es/132219>.
- Organización para la Unidad Africana (1969). *Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África*, 1001 U.N.T.S. 45, 10 Septiembre 1969. <https://www.refworld.org/es/leg/trat/oau/1969/es/13572> (consultada el 30 de septiembre de 2024).
- Ortiz Ahlf, L. (2014). *Derecho Internacional Público*. Oxford: Oxford University Press.
- Real Academia Española (s.f.). *Asilo. Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). <https://dle.rae.es/asilo>
- Registro Nacional de Población (2020). *Derecho a la identidad, la puerta de acceso a tus derechos*. <https://www.gob.mx/segob/renapo/acciones-y-programas/derecho-a-la-identidad-la-puerta-de-acceso-a-tus-derechos> (consultado el 1.º de octubre de 2024).

Registro Nacional de Población. (2022). *Garantizar el derecho a la identidad mediante acciones coordinadas entre Renapo, Registros Civiles y Comar*. <https://www.gob.mx/segob/renapo/articulos/garantizar-el-derecho-a-la-identidad-mediante-acciones-coordinadas-entre-renapo-registros-civiles-y-comar?idiom=es> (consultado el 1° de octubre de 2024).

Secretaría de Gobernación (2024). *Estadísticas migratorias. Tesis 2024*. https://portales.segob.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Sintesis_Graficas/Sintesis_2024.pdf

Secretaría de Gobernación. (2024). *Estadísticas migratorias. Síntesis 2023*. https://portales.segob.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Sintesis_Graficas/Sintesis_2023.pdf

Inclusión de las personas con discapacidad en la universidad: una perspectiva desde los derechos humanos

Lorena Yamilette Hernández¹ Martínez y Claudia Delfín Ruiz²

Resumen

Personas con discapacidad sufren exclusión y discriminación de derechos humanos, principalmente el acceso a la educación superior. Mientras luchan por mejorar su calidad de vida demostrando sus capacidades, en Latinoamérica enfrentan obstáculos que desmotivan sus esfuerzos. Se realizó un análisis y descripción de derechos humanos de personas con discapacidad en el contexto universitario. El desafío jurídico exige atención, ya que existen obstáculos que interfieren en el disfrute de sus derechos fundamentales. Es una investigación cualitativa, de diseño documental, descriptivo, identificándose los principales derechos humanos de personas con discapacidad para su inclusión en la universidad. Se incluyó bibliografía de revistas científicas a nivel temporal y conceptual, seleccionándose diez de Latinoamérica; la mayoría fundamentan la inclusión educativa como estrategia, no como respeto a derechos humanos. Para revisión de conceptos se completaron matrices bibliográfica y analítica. Se muestra que los derechos humanos son violentados por acción y omisión, resultando perentorio la formación del personal universitario.

Palabras clave: inclusión; personas con discapacidad; derechos humanos; universidad

Abstract

People with disabilities suffer exclusion and discrimination of human rights, mainly access to higher education. While they

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Centro Universitario del Sur, Universidad de Guadalajara. Contacto: lorena.hernandez8476@alumnos.udg.mx. ORCID: [0009-0009-8164-1187](https://orcid.org/0009-0009-8164-1187).

² Doctora en Ciencias para la Familia por el Instituto Enlaces Educativos A.C. Centro Universitario del Sur, Universidad de Guadalajara. Contacto: claudia.delfin@cusur.udg.mx. ORCID: [0000-0001-7703-5322](https://orcid.org/0000-0001-7703-5322).

struggle to improve their quality of life by demonstrating their abilities, in Latin America they face obstacles that discourage their efforts. An analysis and description of the human rights of persons with disabilities in the university context was carried out. The legal challenge demands attention, since there are obstacles that interfere with the enjoyment of their fundamental rights. It is a qualitative research, documentary design, descriptive, identifying the main human rights of people with disabilities for their inclusion in the university. The bibliography of scientific journals was filtered at a temporal and conceptual level, selecting 10 from Latin America; most of them base educational inclusion as a strategy, not as a respect for human rights. For the review of concepts, bibliographic and analytical matrices were filled out. It is shown that human rights are violated by action and omission, resulting in the training of university personnel.

Keywords: inclusion; people with disabilities; human rights; university

I. Introducción

La universidad, como institución de aprendizaje y desarrollo personal, debe ser un espacio donde todas las personas, independientemente de sus habilidades o limitaciones, tengan la oportunidad de alcanzar su máximo potencial.

En este sentido, es sabido que las personas con discapacidad sufren diversas formas de exclusión y discriminación en cuanto a sus derechos humanos cuando no tienen una educación accesible como el resto de la población. En México, la situación no presenta un mejor panorama. Aunque existen avances hacia la educación inclusiva, esta, más que ser una oportunidad para mejorar su vida, se puede identificar como un obstáculo que entorpece y desmotiva los esfuerzos de las personas con discapacidad que luchan por enriquecer su calidad de vida. Es decir, son barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad para acceder y participar en la edu-

cación universitaria. Si bien se han logrado avances significativos en términos de conciencia y legislación sobre derechos humanos, aún persisten desafíos importantes que impiden una inclusión efectiva en el entorno universitario (Palacios, 2019).

A través de la revisión del concepto de discapacidad y la relación que tiene con los derechos humanos, se observa cómo la mala interpretación y la discriminación respecto a la discapacidad han permeado los contextos de desarrollo de las personas, en este caso, el educativo. Esto entorpece el proceso de estudio y formación como profesionales, es por ello que la perspectiva de los derechos humanos permite reconocer el derecho universal que tienen las personas a la educación y así reconocer qué transformaciones son necesarias para una verdadera inclusión (Palacios, 2019; OPS/OMS, s.f.).

El objetivo de este estudio es realizar un análisis y descripción de los principales derechos humanos de las personas con discapacidad, ya que la inclusión de este sector social al contexto universitario se presenta como un gran desafío que exige atención particular desde la perspectiva de los derechos humanos. A pesar de los avances legislativos y de las crecientes nuevas iniciativas de inclusión, siguen existiendo numerosos obstáculos que interfieren en una plena participación y disfrute de los derechos fundamentales de las personas con alguna discapacidad en el contexto universitario (CNDH, s.f.).

Es fundamental que las personas con discapacidad conozcan sus derechos, como lo es la prevención de la discriminación y el abuso hacia este grupo vulnerable, ayudando a que puedan identificar situaciones en las que se violan sus derechos y, de este modo, tomar medidas. Recordemos que la discapacidad no siempre es visible, hay diferentes tipos de discapacidad y, algunas veces esta no es perceptible. Normalmente, se vulneran sus derechos porque no se tiene la información ni la conciencia que permita sensibilizar sobre el tema. Resulta importante resolver esta problemática desde el marco de los derechos humanos y el respeto (Palacios, 2019; CNDH, s.f.).

Con respecto a la interpretación y abordaje de la discapacidad, desde un nuevo modelo que concibe la discapacidad como una cues-

tión de derechos humanos que propone cumplir ciertos estándares para la inclusión de las personas con discapacidad en sus diversos ámbitos, específicamente en la educación universitaria, es necesario un acercamiento profundo a este tema donde se mencione y se proponga un modelo rehabilitador y no solo asistencial (Rizzo, 2008).

Ojeda e Insuasty (2023) proponen que, al dar a conocer y reconocer sus derechos a las personas con discapacidad, se permite centrar la atención en el modo en que los diferentes procesos económicos, sociales y culturales tienen presente o no la diferencia implícita en la discapacidad, donde hay que considerar las consecuencias que produce esta concepción en el ámbito normativo, ideológico y sociológico. Se hace mención de la necesidad de la toma de conciencia y la necesaria inclusión de una perspectiva de discapacidad en la educación superior como una herramienta imprescindible en la formación universitaria y el ejercicio profesional, ya que se considera necesario y urgente que existan personas formadas en trabajar con personas con discapacidad como asistencia y/o servicio, también como acompañamiento y no como obstaculizador del logro de sus derechos. Así es que se propone un abordaje transversal del concepto que pueda comprender integralmente, con discursos entrelazados y discursos de complementariedad, la situación de las personas con estas condiciones, empezando por la reformulación del concepto de discapacidad, que se examina en tres dimensiones: como condición de discapacidad, situación de discapacidad y posición de discapacidad, las cuales definen más ampliamente el tema (Asociación de Academias de la Lengua Española, s.f.).

Ahora bien, al remitirnos a la definición de inclusión, se hace una recopilación de significados según diversos autores. Estos mencionan que la inclusión alude a la participación y a los valores de la comunidad y centra su atención en todo el alumnado sin distinción de raza, discapacidad, nivel socioeconómico, género, religión, circunstancias familiares, personales, etcétera. También la relaciona con la inclusión educativa directamente y la reconoce como praxis transformadora de la realidad, la cual genera cambios sociales y fortalece las relaciones comunitarias. La Convención Internacional

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) propone como inclusivos a sistemas que sean dinámicos y flexibles para lograr participaciones efectivas, instrucciones personalizadas y pedagogías donde se fomente el respeto mutuo y el valor de todas las personas, y que incorporen contenidos curriculares que contemplen todos los diferentes aspectos de la discapacidad. De esta manera, pasamos a abordar la estrategia propuesta, accesibilidad universal, acompañada del diseño universal y los ajustes necesarios razonables, así como también sistemas de apoyo que les permitan su desarrollo en calidad de igualdad con los demás (Rodríguez y Ramos, 2023).

Pérez-Castro (2016) plantea que las personas con discapacidad han sido prácticamente excluidas de la formación superior. La discusión internacional a favor de los derechos de las personas discapacitadas y la ampliación de sus oportunidades educativas son dos grandes fenómenos que dieron por resultado el ingreso a este nivel educativo. Esencialmente, los principales factores que comenzaron a hacerse presentes en personas con discapacidad en la educación superior son: la creciente discusión que a nivel internacional se había venido generando a favor de sus derechos desde la sociedad civil con movimientos como la Unión de Personas Físicamente Deficientes contra la Segregación o desde la academia, con los estudios sobre discapacidad, y segundo, como anteriormente se había dicho, la ampliación de las oportunidades educativas para este grupo poblacional. Por último, es conveniente acotar que la inclusión en el nivel superior es todavía un tema emergente en el campo educativo y por ello hay muy pocos trabajos de consulta en cuanto a los obstáculos que enfrenta este sector. Por su parte, el material que existe usualmente se centra en determinados programas o modalidades educativas.

Todo esto se ve reflejado en estrategias poco favorables para la creación de instituciones incluyentes. Incluir a un estudiante con discapacidad no solo significa asignarle una matrícula o darle un espacio donde pueda tomar sus clases, sino poner en marcha una serie de apoyos y servicios académicos, económicos, materiales, tecnológicos, psicológicos y de autogestión que le permitan integrarse

de manera plena a la vida escolar, situación para la que muy pocas universidades se encuentran preparadas.

De acuerdo con Torres et al. (2019), las personas con discapacidad no cuentan con las mismas oportunidades que una persona sin ninguna dificultad para su plena participación en la sociedad, y esto empeora cuando se añaden otro tipo de variables como el género o la etnia, las cuales generan una discriminación múltiple. Se observa que, si bien se presentan algunas dificultades que hacen que no se pueda lograr una buena inclusión en el sistema educativo, también existen algunos avances, como el incremento de alumnos con discapacidad en escuelas regulares, actitudes cada vez más positivas de las personas que conforman la institución educativa (familias, profesores y compañeros) y la mejora en los procesos de formación de los educadores en cuestión de las medidas de atención a la diversidad. Sin embargo, la universidad como contexto educativo aún carece de un entorno plenamente inclusivo. En este sentido, se comprende que la propia estructura organizativa, la falta de servicios que promuevan la inclusión, las actitudes negativas que existen hacia la discapacidad, así como la propia estructura arquitectónica de la institución, pueden llegar a ser factores esenciales que contribuyen a esta resistencia a la inclusión. Ahora bien, otro de los factores serían las actitudes acerca de las personas con discapacidad, las cuales aborranán directamente a la barrera de una inclusión plena.

En la mayor parte de las instituciones se puede notar que no hay mucha participación de las personas con discapacidad a nivel académico y no hay una concientización por parte de la sociedad ante estas situaciones, aunque sí se reconoce que en la educación básica se han implementado muchos cambios en cuanto a los espacios y lugares requeridos para tener una escolaridad adecuada en cuanto a sus condiciones. Pero el ámbito universitario ha presentado bastantes decadencias u omisiones que han debilitado este aspecto, haciendo que las personas con estas condiciones lleguen a tener temor y no quieran desarrollar su educación universitaria (Cruz Vadillo, 2016).

En cuanto al tema de las universidades, se han logrado visualizar muchos cambios en las infraestructuras para personas con

discapacidad, por ejemplo, en muchas universidades las personas ya se pueden mover de una manera más cómoda y sencilla para ellas, lo cual les favorece en gran cantidad, ya que les resulta indispensable estar en un ambiente donde se sientan seguros y sobre todo cómodos en cuanto a la movilidad. Aún se carece de métodos de comunicación y accesibilidad para que estas personas puedan recibir información, ya que solo en algunas universidades se han implementado estos recursos (Pérez-Castro, 2019).

II. Contenido

Lo que guio la creación de este artículo es lo que los siguientes autores comentan para luego explicar la metodología realizada y así construir las conclusiones.

Victoria (2013) propone un enfoque renovado sobre la discapacidad, enfatizando que sus causas son mayormente sociales en lugar de ser meramente biológicas o religiosas. Su propuesta social aboga por la inclusión y el respeto a la diversidad, sugiriendo que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en igualdad de condiciones.

Asimismo, Palacios (2019) enfatiza que la educación inclusiva debe ser entendida desde una perspectiva que fomente la diversidad de saberes y potencie la autonomía de los estudiantes. Se subraya la necesidad de generar conciencia y formar a los educadores en estos principios, con el fin de habilitar a los alumnos para ejercer su capacidad jurídica y participar en la comunidad educativa, como lo enfatiza en su texto.

La educación superior debe ser un espacio donde todos los estudiantes, independientemente de su discapacidad, puedan aprender y crecer juntos. Para lograr esto, es fundamental adoptar un enfoque basado en los derechos humanos que reconozca la diversidad y elimine las barreras que impiden la inclusión (Palacios, 2019).

Dunk y Murillo (2020) comentan que el acceso a una educación equitativa es fundamental para construir sociedades más justas.

La inclusión en la educación no solo se refiere a la integración física de estudiantes con diferentes necesidades, sino también a la creación de un historial y métodos de enseñanza que respondan a la diversidad del alumnado, promoviendo así un aprendizaje significativo y basado en el cuidado de sus derechos, como lo señala también Moliner (2019) en:

La inclusión de las personas con discapacidad en la universidad es un objetivo y derecho fundamental, pero requiere un esfuerzo concertado para superar los desafíos que impiden su plena participación. Los responsables de los servicios de apoyo juegan un papel clave en este proceso y deben ser apoyados con recursos y capacitación para crear un entorno universitario verdaderamente inclusivo (p. 5).

Tal como lo comenta Miniguano (2019), “la inclusión educativa es un derecho humano fundamental que debe ser garantizado para todos los estudiantes, independientemente de sus necesidades o discapacidades. Esto es un enfoque basado en los derechos humanos” (p. 34).

Es por ello que en este trabajo la metodología utilizada fue desde el enfoque cualitativo, con diseño documental y descriptivo. La estrategia se basa en seleccionar la búsqueda en bases de datos de artículos académicos como Dialnet, Scielo, Redalyc y Google Académico, por intervalo de fechas y búsqueda bibliográfica. Se realizó la selección y análisis de diez artículos académicos para conocer las coincidencias en ellos y lograr un mejor resumen y organización de los avances del conocimiento sobre el tema. Se emplearon palabras clave, como “inclusión educativa”, “derechos humanos”, “personas con discapacidad” y “universidad”.

Para el análisis correspondiente, se procedió a llenar varias matrices, siendo las principales bibliográfica y analítica. Además, se utilizó el análisis de contenido como ayuda, ya que esta perspectiva se centra en los fenómenos sociales en el momento que ocurren. Se analizaron los artículos científicos desde las percepciones e interpretaciones personales de cada autor, ya sea por sus intereses y razones (Fernández-Chaves, 2002).

Kerlinger (1988, citado en Fernández-Chaves, 2002) menciona que se trata de un método de observación y medición, donde el investigador toma las comunicaciones que los investigadores han producido y pregunta acerca de dichas comunicaciones. Así, los usos del análisis de contenido pueden ser diversos, según las intenciones y necesidades de los investigadores. Ello puede servir para describir tendencias, develar semejanzas o diferencias, identificar y analizar el contenido de comunicaciones y comparar investigaciones sobre un tema en específico.

Además, cabe mencionar que las etapas de análisis de contenido que se siguieron fueron, primero, ver el universo de las publicaciones de diferentes fuentes, para luego tomar una muestra compuesta por diez artículos, la unidad de análisis compuesta de palabras relacionadas de manera directa o indirecta con la conceptualización que los autores hacen que se creen unidades de contexto, categorías y la codificación de las mismas (Fernández-Chaves, 2002).

Por consiguiente, se categorizó la información con base en las cuatro categorías, es decir, de toda la producción académica investigada, las seleccionadas para el análisis son las que tratan el tema ya referido, siendo excluidas las que no aportaban a ellas. Se pudo constatar que la mayoría de los trabajos tenían fundamentos para esta investigación y al final se seleccionaron diez artículos de revistas científicas. A continuación, las *Tablas 1* y *2* proporcionan un ejemplo del análisis realizado.

Tabla 1. Matriz bibliográfica

TÍTULO	AUTOR	AÑO	OBJETIVO	PALABRAS CLAVE	RESULTADOS	REFERENCIA BIBLIOGRAFICA
Discapacidad y Derechos Humanos	Urmeneta, X.	2010	Aclarar cómo y por qué existe la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y exponer los retos a superar para extender y poner en práctica los derechos humanos de las personas con discapacidad	Derechos humanos, discapacidad, modelos de la discapacidad, CIF (Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Salud y la Discapacidad), Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.	Para que las personas con discapacidad puedan sentirse totalmente integradas, se tienen que conseguir 3 cosas: la redistribución de la riqueza, el reconocimiento de las diferencias y la obtención de la representación política y pública-	Urmeneta, X. (2010). Discapacidad y derechos humanos. <i>Norte de salud mental</i> , 8(38), pp. 65-74.
Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad	Barranco, M. D. C., Cuenca, P. y Ramiro, M. Á	2012	Se centra en el reconocimiento en el apartado 2 del artículo 12 de la Convención de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida.	Discapacidad, capacidad jurídica, modelo social, respuesta basada en los derechos humanos, investigación clínica	La Convención establece como regla general el reconocimiento a las personas con discapacidad de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. No obstante, algunas personas con discapacidad mental profunda suponen un reto a la hora de entender y aceptar cómo se puede facilitar su inclusión en la investigación clínica.	Barranco, M. D. C., Cuenca, P. y Ramiro, M. Á. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad. <i>Anuario Facultad de Derecho</i> , (5), pp. 53-80.
El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos	Maldonado, V. y Jorge A.	2013	La premisa es que la discapacidad es una construcción social, no una deficiencia que crea la misma sociedad	Modelo social de la discapacidad, derechos humanos, accesibilidad universal, discriminación, barreras sociales	La problemática debe ser entendida en un contexto social, cultural, histórico y geográfico	Maldonado, V., y Jorge, A. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. <i>Boletín mexicano de derecho comparado</i> , 46(138), pp. 1093-1109.

TÍTULO	AUTOR	AÑO	OBJETIVO	PALABRAS CLAVE	RESULTADOS	REFERENCIA BIBLIOGRAFICA
La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Fernández, M. T.	2017	Análisis de la convención de los Derechos de las personas con discapacidad, como instrumento internacional vinculante en la materia		El reconocimiento por la convención de que las personas con “enfermedades mentales” ahora son personas con discapacidad mental o discapacidad psicosocial	Fernández, M. T. (2017). La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. <i>Revista de Derechos Humanos</i> , (11), pp. 10-17.
Incidencias de las organizaciones de la sociedad civil en el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad	Hernández, R. M.	2018	Analizar, con el apoyo de la metodología cualitativa, las incidencias públicas de las organizaciones civiles a partir de la instrumentación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Derechos humanos, discapacidad, convenciones, organizaciones civiles, financiamiento.	Uno de los obstáculos para llevar a cabo las incidencias públicas es la falta de financiamiento que enfrentan las organizaciones civiles con diferentes estrategias. El análisis estadístico aportó focos de atención para la incidencia de las organizaciones de la sociedad civil y para la formulación de políticas públicas como el aumento de mujeres con discapacidad de la tercera edad, y de niñas y niños con discapacidad que no asisten a la escuela	Hernández, R. M. (2018). Incidencias de las organizaciones de la sociedad civil en el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad. <i>Argumentos. Estudios críticos de la sociedad</i> , (88), pp. 95-112.
Perspectiva de discapacidad y derechos humanos en el contexto de una educación superior inclusiva	Palacios, A.	2019	Se hace necesario generar conciencia, formar y vincularnos desde los principios que sustentan una mirada centrada en la persona, potenciado y habilitando su autonomía y protagonismo	Discapacidad, derechos humanos, educación inclusiva, formación profesional	Para contribuir en una verdadera inclusión, deberían incorporarse contenidos elementales dentro de las currículas de formación de las diferentes carreras, desde una mirada transdisciplinar, interseccional y transversal	Maldonado, V. y Jorge, A. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. <i>Boletín mexicano de derecho comparado</i> , 46(138), pp. 1093-1109.

■ La convergencia entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público ■

DESAFÍOS Y PROYECCIONES

TÍTULO	AUTOR	AÑO	OBJETIVO	PALABRAS CLAVE	RESULTADOS	REFERENCIA BIBLIOGRAFICA
Universidad inclusiva: percepciones de los responsables de los servicios de apoyo a las personas con discapacidad.	Moliner García, O., Yazzo Zambrano, M. A., Niclot, D. y Philippot, T.	2019	El análisis de los resultados pone de manifiesto las barreras encontradas en el trabajo del personal de servicio de apoyo a las personas con discapacidad en la universidad. Se concluye con una serie de retos que orienta futuras acciones en cada contexto	Servicios de apoyo, discapacidad, educación superior	El desafío tiene que ver con el desarrollo de las competencias del profesorado, como una oportunidad para innovar en estrategias docentes que posibiliten a los profesionales de la educación superior fortalecer su práctica desde una mirada pedagógica inclusiva	Moliner García, O., Yazzo Zambrano, M. A., Niclot, D. y Philippot, T. (2019). Universidad inclusiva: percepciones de los responsables de los servicios de apoyo a las personas con discapacidad. <i>Revista electrónica de investigación educativa</i> , (21), pp. 1-10.
El derecho a la educación es el derecho a una educación inclusiva y equitativa	Duck, C. y Murillo, F. J.	2020	Es paradójico que al tiempo que se disponen mayores recursos e innovaciones tecnológicas, estas no son accesibles a todos y todas, exacerbando las inequidades y la exclusión de los grupos más desfavorecidos		Se puede mejorar la situación si la sociedad y los diferentes poderes públicos entienden que la educación es un derecho humano básico que todos tenemos la obligación moral de cuidar y hacerla más inclusiva para todos y todas	Duck, C. y Murillo, F. J. (2020). El derecho a la educación es el derecho a una educación inclusiva y equitativa. <i>Revista latinoamericana de educación inclusiva</i> , 14(2), pp. 11-13.
Los derechos humanos de las personas con discapacidad, una realidad precaria en España: Análisis del Informe España 2019 Derechos Humanos y Discapacidad	Blanco, J. M.	2020	Dar cuenta de la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en 2019 con base en un análisis realizado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad	Personas con discapacidad, derechos humanos, España	Se muestran los resultados que identifican las esferas más críticas para los derechos y la igualdad de las personas con discapacidad para que puedan ser corregidas	Blanco, J. M. (2020). Los derechos humanos de las Personas con Discapacidad, Una Realidad Precaria en España: Análisis del Informe España 2019 Derechos Humanos y Discapacidad. <i>Parlamento y Constitución. Anuario</i> , (21), pp. 397-411.
Derechos Humanos de las personas con discapacidad y la obligación de implementar la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad	Peralta Zambrano, A. M.	2023	Acercarse a la cotidianidad y vivencia de las personas con discapacidad, nos muestra pasajes de su vida que contienen vulneraciones de derechos humanos	Discapacidad, persona con discapacidad, capacidad jurídica, modelo social de la discapacidad, derechos humanos.	Es necesario implementar la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en igualdad en cuanto personas con dignidad	Peralta Zambrano, A. M. (2023). Derechos humanos de las personas con discapacidad y la obligación de implementar la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. <i>Defensoría del Pueblo</i> .

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2. Matriz analítica

ARTÍCULO	CATEGORIA 1: INCLUSIÓN EDUCATIVA	CATEGORIA 2: DERECHOS HUMANOS	CATEGORIA 3: DISCAPACIDAD	CATEGORIA 4: UNIVERSIDAD
Discapacidad y Derechos Humanos	Educación inclusiva universal para fomentar la igualdad de oportunidades	Dignidad, autonomía, no discriminación, participación e inclusión, respeto, igualdad, accesibilidad	Evolución del concepto de discapacidad	
Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad	La Convención confiere a las personas con discapacidad, entre otros, a ejercer el derecho a decidir en materia de educación	Igualdad, dignidad humana, libertad, derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, sociales y culturales	La discapacidad es un concepto que resulta de la interacción entre las personas con discapacidades físicas, sensoriales, mentales e intelectuales y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. No se debe considerar a la discapacidad como un problema individual, de la persona, sino como un fenómeno complejo, integrado por factores sociales	
El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos	Valoración a la inclusión y el respeto a lo diverso	Dignidad humana, libertad personal y la igualdad	Definición de discapacidad con sus causas sociales	
La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad		Igualdad, inclusión social, no discriminación	Discapacidad mental o psicosocial	
Incidencias de las organizaciones de la sociedad civil en el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad	En México, los edificios, escuelas y medios de transporte no son accesibles para las personas con discapacidad, y en el medio rural e indígena no tienen estrategias para incluir a los niños/as con esta condición	Integridad personal, libertad de desplazamiento y nacionalidad, inclusión, educación, salud, trabajo	El consenso internacional giró en torno a entender que el problema de las personas con discapacidad no radica en la discapacidad misma, sino en la visión y el enfoque que la sociedad tiene de esta.	La mayoría de las universidades en México no cuentan con estrategias de accesibilidad como rampas y elevadores; a esto se agrega la falta de preparación de los profesores.
Perspectiva de discapacidad y derechos humanos en el contexto de una educación superior inclusiva.	Derecho al acceso, permanencia y egreso	Igualdad de oportunidades	Perspectiva en discapacidad desde una mirada transversal, interseccional y transdisciplinar	Metodología y contenidos en la formación académica, investigación, extensión y transferencia universitaria

ARTÍCULO	CATEGORIA 1: INCLUSIÓN EDUCATIVA	CATEGORIA 2: DERECHOS HUMANOS	CATEGORIA 3: DISCAPACIDAD	CATEGORIA 4: UNIVERSIDAD
Universidad inclusiva: percepciones de los responsables de los servicios de apoyo a las personas con discapacidad	Asegurar el acceso, permanencia y graduación oportuna con ajustes razonables	Inclusión, participación plena, igualdad de condiciones en la educación y aprendizaje	Barreras y fortalezas encontradas en el personal de los servicios de apoyo a las personas con discapacidad	Percepción del personal de los servicios de apoyo a las personas con discapacidad en la universidad
El derecho a la educación es el derecho a una educación inclusiva y equitativa	La Unesco proporciona el informe con el título "inclusión y educación: todos y todas sin excepción"	Principios de inclusión y equidad en la educación, sobre todo en los grupos más vulnerables a la exclusión		
Los derechos humanos de las personas con discapacidad, una realidad precaria en España: Análisis del Informe España 2019 Derechos Humanos y Discapacidad		Inclusión, igualdad, no discriminación	Asumir indubitavelmente la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y dar visibilidad a las personas con discapacidad dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas.	
Derechos humanos de las personas con discapacidad y la obligación de implementar la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad	La Convención (CDPCD) invita a dejar atrás el modelo médico o de sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad para remplazarlo por el modelo social o de derechos humanos	Capacidad jurídica, igualdad, dignidad	Reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad	

Fuente: Elaboración propia.

II. Conclusiones

Entre las principales conclusiones con base en los artículos analizados, tenemos lo que enfatiza González (2008), quien explica que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se realiza para la protección de los derechos humanos de este sector social. Es un tratado que protegerá y garantizará derechos civiles, políticos, económicos y sociales a más de 650 millones de personas en el mundo que presentan alguna discapacidad.

Esta Convención pretende crear los derechos civiles, sociales, políticos, económicos y culturales reconocidos internacionalmente

en ámbitos concretos para así eliminar las barreras específicas que enfrentan las personas con discapacidad. Participaron más de cien países y se centra en la necesidad de legislar para un sector amplio de nuestra sociedad: los discapacitados (González, 2008).

El Informe Mundial sobre la Discapacidad (2011) señala que la discapacidad representa un tema universal con costos sociales y económicos no solo para las personas y familias, sino para las naciones. “Se estima que más de mil millones de personas (cerca del 15% de la población mundial) viven con discapacidad” (p. 50).

Es importante rescatar que la Convención se firmó el 30 de marzo de 2007, al inicio con veinte países. En México, al firmar la Convención, también es necesario que el Senado de la República lo apruebe y después sea ratificada. Es decir, la Convención parte de la delegación mexicana de incluir en el marco de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica, en 2001, un programa de acción que se materializó en la iniciativa mexicana presentada durante el 56.º periodo de sesiones de la Asamblea General, en 2001, ayudando a la adopción de diversas resoluciones o decisiones que contribuyeron a consolidar el proceso (González, 2008).

Al realizar una valoración de la Convención respecto a los desafíos pendientes en el ámbito de los derechos humanos mayormente violentados de las personas con discapacidad en las universidades, se señalan medularmente los siguientes:

- **Igualdad:** La Convención establece la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, pero el desafío se presenta al no implementar recursos y políticas apropiadas que garanticen su inclusión, lo que no permite condiciones equitativas frente a los estudiantes sin esta condición.
- **Sensibilización:** En la Convención se destaca la importancia de sensibilizar a la sociedad sobre el respeto y la dignidad hacia las personas con discapacidad. En ese sentido, en los espacios educativos se debe promover la toma de conciencia de los derechos, capacidades y contribuciones

de las personas con discapacidad. Con ello, se dejará de contribuir en la continuación de prejuicios y estereotipos que obstaculizan la integración académica y social de las personas con discapacidad.

- **Accesibilidad:** Este derecho implica la posibilidad de que las personas con discapacidad accedan sin obstáculos al entorno físico, incluyendo transporte, información, comunicaciones y servicios; lo que debe trasladarse a las infraestructuras universitarias, promoviendo señalizaciones, instalaciones, formatos de comunicación, accesos, asistencia y apoyo, entre otros, que garanticen la accesibilidad plena de los estudiantes con discapacidad y no se vea afectada su participación activa, como en la actualidad ocurre. El entorno físico supone una dificultad mayor para las personas con discapacidad que para las personas sin discapacidad.
- **Expresión, información y comunicación:** Las personas con discapacidad tienen derecho de expresión y acceso a la información a través de los diversos medios de comunicación, tecnologías adecuadas, lenguaje de señas, braille, comunicación aumentativa y alternativa, y en general, a todos los formatos pertinentes. En el ámbito educativo, la nula formación de los docentes en la aplicación y uso de tecnologías inclusivas, sumado a la falta de material didáctico, son desafíos persistentes que limitan y obstaculizan la formación de los estudiantes con discapacidad.
- **Educación:** Se destaca el artículo 24 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece que las personas con esta condición tienen derecho a la educación inclusiva sin discriminación y con igualdad de oportunidades, y se establece que se individualicen las necesidades y se hagan ajustes razonables que maximicen el desarrollo académico y social. El desafío consiste en destinar recursos que habiliten infraestructuras accesibles en los planteles universitarios, que se capacite al personal docente y se sensibilice a los alumnos, ya que los obstáculos físicos y

sociales siguen dificultando el acceso a esta educación inclusiva y equitativa. (CDPD, 2006).

Se enfatiza que los principales derechos humanos vulnerados de las personas con discapacidad en la universidad consisten en que los programas no responden en su totalidad a la propuesta de educación inclusiva en la educación superior. La hay solo en el discurso, pero esta implica una verdadera reestructuración para que realmente sean inclusivos en torno a la atención diversa por medio de ajustes razonables y accesibilidad. Desde la perspectiva pedagógica existe la necesidad de incluir a todos, pero para una efectiva aplicación de este derecho se requiere reconocer la necesidad y el valor inherente de cada persona, con el fin de construir espacios de mayor inclusión para todos. Por otra parte, los docentes universitarios tienen desconocimiento y falta de formación en el tema de discapacidad, así como en metodologías pedagógicas que favorezcan la inclusión, y no muestran interés, por lo que se requiere mayor sensibilización de su parte.

Dentro de los desafíos pendientes se encuentra la construcción de acciones que promuevan la equidad, la colaboración y el desarrollo en la comunidad universitaria, con nuevas perspectivas hacia aquellos grupos tradicionalmente excluidos. Se requiere tener acceso a los entornos, a los procesos de transición planificados, a servicios de orientación laboral, actitud positiva del profesorado, desarrollo de prácticas inclusivas entre estudiantes y uso de las tecnologías para discapacidades específicas. Sin embargo, sí se reconocen los esfuerzos por parte de las instituciones de educación superior por apoyar en el acondicionamiento arquitectónico, la ayuda financiera y la asignación de cupos, pero dejan de lado aspectos cruciales, de índole cualitativa, como el acceso a la información, las metodologías de enseñanza y la preparación docente.

Según Urmeneta (2010), para poder llegar a una integración significativa, no se puede ver únicamente la discapacidad, sino lo

que cada persona necesita para llevar su autonomía. Esto conlleva que se proporcionen las ayudas necesarias para que cada individuo pueda ejercer su capacidad jurídica libremente.

El artículo 12 de la Convención establece la igualdad de capacidad jurídica para los discapacitados, por lo que sus decisiones deberían respetarse, en contraste de como suele ocurrir en algunos sistemas legales donde se les considera incapaces en la toma de decisiones y son sustituidos por otra persona (Fernández, 2010).

Es por ello que, en la universidad, las intervenciones educativas pueden llegar a incluir a las personas con discapacidad solo si el riesgo es mínimo y se garantiza su bienestar, todo siendo aprobado por un comité ético. Para poder asegurar el consentimiento informado cuando el sujeto no tenga la capacidad de otorgarlo, tiene que ser mediante un representante legal y es imprescindible la implementación de la formación en derechos humanos para todo el personal universitario (Barranco, Cuenca y Ramiro, 2012).

Según Lidón (2013), la CDPD ofrece un marco integral de derechos humanos, el cual debería incorporarse a los comités de derechos, gracias a que visibiliza la discapacidad como una cuestión de dignidad e igualdad humana. Para llegar a superar el modelo médico, se debe unificar la terminología y asegurar la inclusión efectiva de las personas con discapacidad.

Las organizaciones de la sociedad civil han contribuido de manera significativa al avance de los derechos humanos de las personas con discapacidad, como por ejemplo a través de la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aunque solo la mitad de los gobiernos locales ha adaptado las leyes para cumplir con la normativa, tomando el papel de implementar a las organizaciones de la sociedad civil (Muños, 2018).

Se enfrenta una pobreza y exclusión de la sociedad para las personas con discapacidad en contraste con el resto de la población,

lo que amerita soluciones inclusivas tras poner de manifiesto su vulnerabilidad dentro de la sociedad (Blanco, 2020).

Un aspecto más para dar cumplimiento a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad considera que se debe realizar una reforma en los códigos civiles de cada país para que se reconozca la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y, asimismo, garantizar que puedan ejercer sus derechos con los apoyos necesarios (Peralta, 2023).

IV. Referencias bibliográficas

- Barranco, M., Cuenca, P. y Ramiro, M. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: El artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, V, pp. 53-80.
- Blanco, J. (2020). Los derechos humanos de las personas con discapacidad. Una realidad precaria en España: Análisis del informe España 2019 derechos humanos y discapacidad. *Parlamento y Constitución*, (21), pp. 397-411.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos – México (s.f.). *¿Qué son los derechos humanos?* <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>.
- Cruz Vadillo, R. (2016). Discapacidad y educación superior: ¿Una cuestión de derechos o buenas voluntades? *CPU-e, Revista de Investigación Educativa*, (23), pp. 1-23. <https://cpue.uv.mx/index.php/cpue/article/view/2172>.
- Dunk y Murillo, D. (2020). El Derecho a la Educación es el Derecho a una Educación Inclusiva y Equitativa. *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, 14(2), pp. 11-13. https://revistas.ucentral.cl/revistainclusiva/article/view/14_2_001?articlesBySameAuthorPage=1.

- Fernández-Chaves, F. (2002). El análisis de contenido como ayuda metodológica para la investigación. *Revista de ciencias sociales*, 2(96), pp. 35-53. <https://www.redalyc.org/pdf/153/15309604.pdf>.
- Fernández, M. (2010). La discapacidad mental o psicosocial y la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista de derechos humanos-Dfensor*. XI(11), pp.10-17.
- González Martín, N. (2008). Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 8, pp.527-540.
- Lidón, L. (2013). Discapacidad y observaciones generales de los derechos humanos de la ONU: Una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de los derechos humanos. *Revista Española de discapacidad*, 1(1), p. 47-72. <https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/36>.
- Mera Constante, M. y Miniguano, A. D. (2019). La Inclusión desde un Enfoque de Derechos Humanos en Estudiantes con Necesidades Educativas Especiales Asociadas o no a una Discapacidad. *Revista Publicando*, 6(21), pp. 34-47. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7054919.pdf>.
- Moliner García, O, Yazzo Zambrano, M. A., Niclot, N. y Philippot, T. (2019). Universidad inclusiva: percepciones de los responsables de los servicios de apoyo a las personas con discapacidad. *Revista Electrónica de Innovación Educativa*, 21, pp. 1-10. <https://redie.uabc.mx/redie/article/view/1972>.
- Muños, R. (2018). Incidencias de las organizaciones de la sociedad civil en el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad. *Argumentos*, 38(88), p. 95-112. <https://argumentos.xoc.uam.mx/index.php/argumentos/article/view/1045>.
- Naciones Unidas (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

- Ojeda Guerrero, G. A. y Insuasty Ruiz, D. S. (2023). *La discapacidad como cuestión de derechos humanos: balance de la política pública de discapacidad e inclusión social del departamento de Nariño* (Tesis de Maestría, Universidad Cooperativa de Colombia). <https://repository.ucc.edu.co/entities/publication/d58140dc-14a2-4900-9c7c-b9aae7c3073c>.
- Organización Mundial de la Salud (2011). *Informe Mundial la Discapacidad*. <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241564182>.
- Organización Panamericana de la Salud. OPS/OMS (s.f). *Discapacidad*. <https://www.paho.org/es/temas/discapacidad>.
- Palacios, A. (2019). Perspectiva de discapacidad y derechos humanos en el contexto de una educación superior inclusiva. *Pensar Revista de ciencias jurídicas*, 24(4), pp. 1-13. <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10225>.
- Peralta Zambrano, A. M. (2023). Derechos humanos de las personas con discapacidad y la obligación de implementar la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. *Defensoría del Pueblo*.
- Pérez-Castro, J. (2016). La inclusión de las personas con discapacidad en la educación superior en México. *Sinéctica*, (46), pp. 1-15. <https://sinectica.iteso.mx/index.php/sinectica/article/view/614>.
- Pérez-Castro, J. (2019). La inclusión de los estudiantes con discapacidad en dos universidades públicas mexicanas. *Innovación Educativa*, 19(79), pp. 145-170. <https://www.scielo.org.mx/pdf/ie/v19n79/1665-2673-ie-19-79-145.pdf>.
- Real Academia Española (s.f.). Inclusión. *Diccionario de la Lengua Española*. Edición del Tricentenario. <https://dle.rae.es/inclusi%C3%B3n>.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Dere-*

chos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Ediciones Cinca
http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/123456789/66/1/L_PalaciosA_ModeloSocia_2008.pdf.

Rodríguez Ramos, J. y Ramos Soto, A. L. (2023). Inclusión y derechos humanos en la educación superior. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, 4(2), pp. 632–646.
<https://doi.org/10.56712/latam.v4i2.637>.

Torres, A. A., González, M. L. G., López, F. P. y Cavazos-Arroyo, J. (2019). Actitudes hacia la discapacidad en una universidad mexicana. *Revista Brasileira de Educação*, 24, pp. 1-20
<https://doi.org/10.1590/s1413-24782019240023>.

Urmeneta, X. (2010). Discapacidad y derechos humanos. *Norte de Salud Mental*, VIII (38), p. 65-74. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4830148>.

Victoria Maldonado, J. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(138), pp. 1093-1109. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S004186332013000300008&script=sci_abstract.



**MESA
DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO**



La necesidad de un estándar normativo internacional para el funcionamiento de los métodos de resolución online de controversias comerciales transnacionales

Juan Manuel Rosas Caro¹

Resumen

El comercio electrónico internacional ha crecido enormemente, generando así una multitud de disputas transfronterizas de baja cuantía monetaria. Esta realidad ha impulsado el desarrollo de métodos alternativos de resolución de controversias en línea, conocidos como ODR. Sin embargo, la naturaleza global del comercio electrónico y la diversidad de marcos jurídicos nacionales han planteado un desafío fundamental: la inejecutabilidad de las decisiones de las ODR en diferentes jurisdicciones. Cabe mencionar que este problema se sitúa en la intersección del derecho internacional público y el derecho internacional privado, lo que exige un enfoque convergente para encontrar soluciones adecuadas. El objetivo de este trabajo es discutir la heterogeneidad normativa en la regulación de las ODR y proponer la construcción de un estándar internacional para el uso de estas plataformas en controversias del comercio electrónico internacional. Asimismo, el método empleado es el de la investigación cualitativa y el análisis jurídico-dogmático.

Palabras clave: resolución de disputas en línea; derecho internacional privado; derecho internacional público; comercio electrónico internacional

Abstract

International e-commerce has grown tremendously, generating a multitude of low-value cross-border disputes. This reality has

¹ Estudiante en la Universidad de San Martín de Porres, Director Académico de la JUNEDAP-Junín e Investigador Independiente. Contacto: juan_rosas2@usmp.pe. ORCID: [0009-0009-5422-9496](https://orcid.org/0009-0009-5422-9496).

driven the development of alternative dispute resolution methods online, known as ODR. However, the global nature of e-commerce and the diversity of national legal frameworks have posed a fundamental challenge: the unenforceability of ODR decisions across different jurisdictions. This issue sits at the intersection of Public International Law and Private International Law, requiring a convergent approach to find suitable solutions. The aim of this paper is to discuss the normative heterogeneity in ODR regulation and propose the construction of an international standard for the use of ODR platforms in international e-commerce disputes. Likewise, the method used is that of qualitative research and legal-dogmatic analysis.

Keywords: online dispute resolution; private international law; public international law; international e-commerce

I. Introducción

En las últimas décadas, el comercio internacional en línea ha cambiado y llegado a dominar el panorama de producción y consumo de bienes a nivel mundial. Por ello, según Kaufmann-Kohler (2005), la solución de controversias en línea, o también llamada *online dispute resolution* (ODR en sus siglas en inglés), se ha convertido en un fenómeno muy importante para la resolución de controversias internacionales en el contexto del comercio internacional.

El rápido desarrollo del internet y su infraestructura ha permitido que el comercio online se vuelva una operación al alcance de todas las personas, lo cual además tiene implicaciones jurídicas. Por la propia naturaleza del comercio por internet, este supera las barreras territoriales, lo cual significa que no se encuentra sujeto a ninguna jurisdicción legislativa en particular. En tanto, las partes de la transacción comercial a menudo están en diferentes partes del mundo donde las controversias comerciales se resuelven bajo parámetros jurídicos diferentes.

Este proceso de globalización informática, según Nava González (2020), ha representado una liberación de las transacciones, pero ha tenido como consecuencia la génesis de la controversia comercial internacional. Por ello, señala problemáticas desde el derecho internacional privado, ya que se dificulta encontrar una jurisdicción bajo la cual resolver dichas controversias internacionales y el problema de la seguridad jurídica, que acaece por la complicada exigibilidad de lo resuelto mediante los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en línea.

Asimismo, según Eidenmüller et al. (2024), son múltiples factores tecnológicos los que están teniendo un efecto disruptivo en el panorama de la resolución de disputas comerciales a nivel mundial. La toma de decisiones humanas está siendo fuertemente asistida por herramientas tecnológicas como la digitalización, la tecnología de *blockchain* y la inteligencia artificial, siendo que esta implementación tecnológica ha cambiado el comercio internacional en línea y la resolución de las controversias que ocurren por su devenir. Tomando en cuenta el efecto de la pandemia del covid-19, tenemos que la adopción de estas nuevas herramientas y de los métodos de resolución extrajudicial de conflictos en línea se ha visto vertiginosamente acelerada, puesto que con la larga cuarentena se volvió forzoso que los proveedores transformen el servicio para que sea exclusivamente a través de internet y, en general, las audiencias virtuales se convirtieron en la regla durante dicho periodo.

La heterogeneidad entre ordenamientos jurídicos y las diferentes formas en las que han regulado la resolución de las controversias impidieron la existencia de una estandarización de criterios normativos para la resolución extrajudicial de disputas comerciales cuya competencia jurisdiccional resulta ambigua. Es por ello que las alternativas de resolución de conflictos en línea no han podido consolidarse como opciones predilectas para las controversias comerciales internacionales por la misma inseguridad jurídica en torno a la ejecución de lo que se resuelva a través de su uso.

Dichos métodos alternativos de resolución de conflictos son muy conocidos, como la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, cuyo alcance y sujeción a la normativa se ve desafiado por la consolidada realidad del comercio internacional en línea. En ese sentido, el objetivo de este trabajo es el de proponer la resolución de contratos comerciales en línea dentro del mismo ciberespacio, siendo que esta parte de la problemática está circunscrita dentro del derecho internacional privado, y trazar un cianotipo para el establecimiento de estándares normativos internacionales vinculantes. De esta manera, se podrá resolver el problema que la heterogeneidad normativa internacional implica para la seguridad jurídica de ejecutabilidad de las resoluciones que sean resultado de los procesos realizados mediante los métodos alternativos de ODR, correspondiendo dicho aspecto de la problemática al derecho internacional público.

Dado que se postula que la solución definitiva a la falta de seguridad jurídica en torno al uso de los SLC (solución de controversias en línea), los Estados deberían establecer, mediante convenio vinculante, lineamientos normativos para el funcionamiento de la resolución de controversias en línea y que pacten la obligatoriedad recíproca de ejecutar las resoluciones entre las naciones signatarias. Para lograrlo, se debe partir del *ius cogens* y de los principios de transparencia, flexibilidad y eficiencia, que contribuyen a la construcción de confianza en el funcionamiento de estos sistemas.

El método utilizado corresponde al de una investigación cualitativa (Olvera García, 2015), en tanto, se pretende profundizar en las características del fenómeno del uso de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en línea en el contexto de controversias de comercio internacional, tema que condensa aspectos de derecho internacional público y privado.

Asimismo, la metodología jurídica que se usará es la investigación dogmática propositiva (Castro Cuba, 2019), en tanto, se busca proyectar la creación de un cuerpo normativo convenido internacio-

nalmente para el correcto funcionamiento de los métodos de resolución de conflictos en línea.

II. Definición de los métodos online de resolución de controversias

También conocidos como *online dispute resolution*, representan una articulación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos con el medio de internet y otras tecnologías adyacentes, las cuales efectivamente establecen una plataforma virtual mediante la cual se pueden llevar a cabo los procesos de negociación, conciliación, mediación y arbitraje.

Según Díaz Bolívar y Bustamante (2022), dichos sistemas buscan establecer una forma eficiente y flexible de solucionar controversias comerciales que ocurren cuando las partes se encuentran en diferentes lugares del mundo y cuando la transacción se ha realizado por internet. Esta situación imposibilita el acudir a un órgano jurisdiccional tradicional para resolver el conflicto, en especial cuando se trata de una controversia de baja cuantía. Por este vacío en la tutela es que se desarrollan los métodos online de resolución de controversias, con tal de generar más confianza en el consumo internacional y obtener resoluciones.

Asimismo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2017) categoriza los sistemas de resolución de disputas en línea (ODR) en tres niveles según cómo se resuelva el conflicto. En el primer nivel tenemos a las plataformas que actúan únicamente como medios de comunicación o negociación entre las partes, proporcionando un espacio para el diálogo, pero sin intervención o mediación directa por parte del sistema o sus empleados.

En el segundo nivel, los ODR permiten la participación de un tercero, ya sea una persona o un sistema experto apoyado por

inteligencia artificial, que facilita el acercamiento entre las partes y propone soluciones concretas para resolver el conflicto. A continuación, en el tercer nivel, las plataformas van un paso más allá, emitiendo decisiones vinculantes para las partes, tales como laudos arbitrales.

Ahora bien, en lo que respecta a que la resolución de conflictos en línea pueda cumplir las expectativas de funcionalidad impuesta por su base de usuarios, Lu y Zhang (2020) señalan que esta capacidad va a depender de si se resuelven adecuadamente los conflictos mediante la plataforma en línea, con la finalidad de que se pueda establecer confianza en el comercio electrónico.

Si bien se considera que este método electrónico de resolución de conflictos es la forma más eficiente, barata y flexible de resolver controversias comerciales, estas ventajas no aseguran la utilización masiva y predilecta de estas plataformas. Solo la capacidad de establecer seguridad jurídica en la ejecutabilidad de lo resuelto puede lograr la consolidación de su adopción internacional.

III. La heterogeneidad normativa en la regulación de los métodos alternativos de solución de conflictos en línea

La realidad altamente tecnologizada tiene como principal consecuencia la prevalencia de internet como medio predilecto para la comunicación electrónica internacional, lo cual se manifiesta en su faceta jurídicamente relevante que refiere a los contratos electrónicos que rigen los términos del e-commerce. Debido a que se trata de una realidad internacional y por la medularidad del comercio, es que se han formulado múltiples legislaciones en un intento de normar el fenómeno de la resolución de conflictos en línea.

Según Ballesteros (2021), el fenómeno de la digitalización de los conflictos comerciales por internet ha alcanzado a múltiples jurisdicciones alrededor del mundo. En los últimos años, la ODR ha

revolucionado el ámbito judicial, siendo el área más adaptada para su implementación las disputas en el comercio electrónico.

El crecimiento explosivo de las transacciones globales de comercio electrónico, que pasó de \$1,55 billones en 2015 a casi \$5 billones en ventas en 2021. A su vez, esto se tradujo en un aumento en la participación del comercio electrónico en las ventas minoristas globales totales, del 7,4 % en 2015 al 18 % en 2020. Los compradores digitales en todo el mundo ascendieron a 2.050 millones en 2020, lo que representa una penetración del 64,6 % de los compradores (p. 86).

Esto configura una problemática en torno a la jurisdicción, la cual varía de acuerdo a cada territorio, puesto que todos los países se encuentran en momentos normativos diferentes. La normatividad se ve supeditada a condiciones de infraestructura y de política económica.

Según Nava Gonzales (2017), a nivel global no existe un conjunto específico de leyes que regule directamente este tema. Lo más cercano es la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, que la ONU destacó en 2007 por su papel clave en fortalecer el respeto a los acuerdos vinculantes y generar confianza en el sistema legal. Sin embargo, la Convención se enfoca principalmente en obligar a los tribunales de los países firmantes a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros. Esto implica que la parte afectada debe iniciar un proceso judicial para hacer cumplir el resultado de un mecanismo de resolución de disputas en línea (ODR), lo cual contradice el objetivo de evitar el uso de los tribunales, ya que los costos judiciales a menudo superan el valor de la disputa.

Un punto resaltante con respecto a lo limitado de esta normativa gira en torno al hecho de que solo contempla la ejecutabilidad universal de los laudos arbitrales, en tanto, no considera dentro de su alcance a los demás métodos alternativos de resolución de conflictos.

Por la propia naturaleza novedosa del comercio electrónico y sus controversias, ya sea *business to consumer* o *business to business*, en la actualidad no ha existido un esfuerzo internacional serio por crear un consenso estandarizado, un convenio de derecho internacional público que pueda ser aplicado a un gran volumen de casos de resolución de controversias en línea. La realidad del crecimiento masivo del e-commerce nos lleva a entender que se vuelve imperante para la estabilidad del desarrollo de este tipo de comercio internacional en línea, principalmente para poder permitir una mayor expansión y eficiencia en su utilización, puesto que queda claro que la base de toda operación comercial es la confianza. Sin seguridad jurídica en la resolución de controversias, no existe un respaldo concreto que permita al e-commerce alcanzar su máximo potencial en lo que refiere a crecimiento económico y mejora de la calidad de vida de sus usuarios.

Colin Rule (2020) señala que el ODR (*online dispute resolution*) surge primariamente desde el escenario comercial electrónico internacional y ha sido adoptado de forma letárgica por cada país, principalmente por el gran volumen de disputas de bajo valor monetario en mercados online tales como Amazon y eBay. Estos, por su propia lejanía al sistema jurídico de resolución de conflictos tradicional, recurrieron a un nuevo sistema especialmente diseñado para lidiar con los conflictos ocasionados por sus operaciones de e-commerce internacional, ya que la justicia tradicional no aplicaba a sus casos. Frente a esta problemática, el sector privado ofrece la alternativa de los ODRs.

Como se ha mencionado previamente, es por esta situación de crecimiento explosivo y por la misma naturaleza online del comercio transfronterizo de baja cuantía que ocurre la dificultad de ejecutar resuelto por las ODR, en tanto, estos métodos han tenido su génesis en el ciberespacio, no ha sido posible vincularlos a una sola tradición jurídica y mucho menos a una jurisdicción delimitada.

Como corolario, en la práctica se aprecia un fenómeno de superposición de diferentes ordenamientos jurídicos. Esto sucede en la medida en que la resolución de conflictos en el e-commerce inter-

nacional va a ser resuelta bajo estándares que pueden ser fácilmente desconocidos por la justicia jurisdiccional del país donde se requiere hacer exigible la resolución, suponiendo una situación de ineficacia y de inseguridad jurídica que es perjudicial para la plena adopción de las ODR. Por la propia complejidad del derecho internacional y la incompatibilidad entre normativas que son exclusivas a cada territorio, se vuelve casi imposible una espontánea armonización de criterios jurídicos que arreglen este problema.

Dicha heterogeneidad e incompatibilidad entre normativas es similar al concepto trazado por Raustiala y Victor (2004), quienes acuñaron el término de “régimen complejo” o “*regime complex*”, que refiere a una situación de instituciones jurídicas, sin una jerarquía delimitada, que se superponen entre ellas en lo que respecta a un área problemática. Sucede cuando un grupo de “régimenes elementales” convergen en proporcionar una interpretación de solución a un problema general, por lo que ocurre una superposición de estándares. Asimismo, Alter y Meunier (2009) señalan que el problema del régimen complejo tiene su origen en la falta de una distinción jerárquica en la comunidad internacional, la cual por su propia complejidad hace imposible que se deje de lado la autoridad política y jurisdiccional particular de los estados para encontrar una armonización de la normativa de un problema que existe transversalmente en la comunidad internacional.

Si bien el régimen complejo trata principalmente sobre complicaciones por superposición entre convenciones, esto es relevante con la seguridad jurídica de la resolución de conflictos comerciales internacionales en línea, en la medida en que la inejecutabilidad de sus resoluciones tiene su raíz en la propia soberanía jurisdiccional de los Estados, ya que no existe una jerarquía determinada entre naciones sujetas al derecho internacional. Como señala Mende (2022), el concepto de regímenes complejos se establece con el objetivo de describir la superposición entre una pluralidad de instituciones jurídicas, por tanto, una sola problemática es abordada por varias estructuras legales

que son divergentes y, muchas veces, contradictorias con respecto a las reglas que imponen. Este vacío jurídico en ciertas materias internacionales ocurre debido a la falta de una clara jerarquía de autoridad entre las partes cuyas potestades se superponen.

Partiendo de lo expresado por Auld y Green (2012), los regímenes complejos tienen tres características clave. En primer lugar, deben existir regímenes elementales que funcionalmente se superpongan en su contenido y autoridad. Podemos verificar que esto sucede en la exigibilidad de lo resuelto por las ODR, porque partimos del supuesto de que se resuelva una disputa de e-commerce internacional en el ciberespacio bajo criterios jurídicos propios de un territorio o tradición jurídica y que, bajo esta condición, no pueda ser ejecutable en países que traten dichas problemáticas de una forma diferente. Segundo, la existencia de un régimen complejo implica la falta de convenio con respecto a una jerarquía para resolver las incongruencias entre regímenes. Y tercero, por la complejidad existente en la cooperación y el establecimiento de acuerdos internacionales, se exhibe una dependencia del camino, lo cual significa que para poder armonizar los criterios jurídicos superpuestos, se tiene que recurrir a la vía de los convenios internacionales y la diplomacia, lo cual resulta una solución tardía.

Entonces, queda claro que el e-commerce internacional desafía la concepción tradicional de jurisdiccionalidad por su naturaleza transnacional, que viene de forma espontánea por desarrollarse la actividad comercial por internet. Asimismo, dicha incertidumbre jurisdiccional tiene consecuencias negativas sobre el derecho de acceso a la justicia y a la seguridad jurídica de los individuos que resuelvan sus controversias de e-commerce internacional por internet.

Al respecto de esta problemática, Patrikios (2008) nos señala que internet tiene un elemento transnacional y potencialmente global que impregna a todas las transacciones que se dan en su espacio y, además, que las normas de un territorio específico pueden volverse menos significativas e inexigibles en este contexto de comercio

online internacional. Debido a la propia multiplicidad de normas y jurisdicciones que son aplicables a una misma controversia comercial, este problema se agrava por la regulación contradictoria o la falta de regulación.

IV. Convergencia del derecho internacional público y privado en la problemática de inejecutabilidad de resoluciones de métodos alternativos de resolución de controversias internacionales en línea

La definición del derecho internacional público tiene a bien delimitar su disciplina como aquella que se enfoca en el estudio de las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho internacional, principalmente entre los Estados, desde una perspectiva de horizontalidad que busca promover la cooperación dentro de la comunidad internacional.

Novak y García-Corrochano (2000) señalan que, dentro del derecho internacional público, tenemos un conjunto de normas jurídicas constituido por la costumbre, los tratados, los principios generales del derecho y los actos de las organizaciones internacionales. Asimismo, reconocen la existencia de sujetos del derecho internacional diferentes a los estados, incluyendo también a los organismos internacionales, los individuos, los grupos beligerantes y los movimientos de liberación nacional, remarcando que la horizontalidad plena de capacidades solo corresponde a los estados.

Diena (1948) delimita las condiciones para la existencia del derecho internacional público de la siguiente manera. Primero, señala la existencia de una pluralidad de sujetos que requiere una regulación, a través de un ordenamiento normativo que regule las interacciones entre estos. Es decir, la propia pluralidad jurisdiccional exige la existencia del DIP, porque no nos sometemos al derecho nacional de un Estado omnicompreensivo. En segundo lugar, la comunidad internacional no está en un estado de aislamiento entre sus partes.

Existía una preexistencia de vínculos entre los sujetos de derecho internacional y es a mérito de esto que se busca regularlos. Por último, no resulta sostenible que, frente a relaciones entre la comunidad internacional, haya una falta de normativa reguladora. La aceptación de un ordenamiento común nace del interés general de las naciones para poder mantener una relación adecuada entre los sujetos de derecho internacional.

Según Salmón (2017), una de las fuentes del derecho internacional público es el tratado o convenio internacional que establece reglas sobre un área jurídica a las cuales los Estados parte se someten en virtud del principio del derecho internacional *pacta sunt servanda*. Asimismo, señala que existe la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que establece las reglas para la elaboración de estos. En consecuencia, se define al tratado como el acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional cuya finalidad es producir efectos jurídicos determinados dentro del marco del derecho internacional público.

Ahora bien, en relación con la falta de ejecutabilidad de las resoluciones de los ODR por el fenómeno de heterogeneidad y superposición normativa entre Estados con respecto a los criterios legales que han de regir la resolución de las disputas comerciales, se deben establecer lineamientos internacionales para la resolución online de disputas transfronterizas relativas al e-commerce. La única forma de lograr sujeción por parte de los Estados es que incorporen estos criterios universales a su ordenamiento jurídico nacional.

Brand (2021) señala en relación con dicha problemática que uno de los obstáculos que enfrentó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional para la elaboración de notas técnicas sobre la resolución de disputas en línea, es que la Unión Europea y otros países tienen normativas de resolución de disputas comerciales que benefician a la parte más débil de la relación contractual. Además, otras naciones no tienen dichos reglamentos, por lo que se genera un problema de ley aplicable en una disputa en

línea. Esto se materializaba concretamente en que muchas normas nacionales tenían como providencia que las partes no abandonen su derecho a que se revise su causa comercial según las pautas de su ordenamiento jurídico nativo. Finalmente, se señaló que no existía prospecto de ninguna serie de normas internacionales vinculantes que facilitara la existencia de un sistema legal común para la resolución de conflictos comerciales transfronterizos en línea.

Como corolario, hemos revisado que el derecho internacional público tiene por objetivo el regular las interacciones entre sus sujetos de derecho, en especial entre Estados. Es por esto que la problemática de la ejecutabilidad de lo resuelto mediante ODR resulta tan relevante para el DIP. La seguridad jurídica internacional es imprescindible por la naturaleza online del conflicto, puesto que resulta una situación de indefensión que, efectivamente, es un vacío en la tutela legal del comercio entre naciones.

Por ello mismo, no resulta consecuente con los objetivos de regulación de las relaciones internacionales que no exista un estándar normativo unificado con respecto a la exigibilidad de lo resuelto en un fuero internacional online. Siempre y cuando no se cimente un tratado internacional que consagre una normativa común de obligatoria observancia para todos los Estados parte, tendremos el problema de la superposición entre ordenamientos jurídicos nacionales al momento de resolver conflictos de e-commerce internacional.

En vista de todo esto, hay que tener claro que el problema surge de la diversidad y superposición de criterios legales entre Estados para resolver disputas comerciales, lo cual es un tema central para el derecho internacional público en su búsqueda de armonización y cooperación internacional. Se vuelve, entonces, completamente necesario enfocar esta problemática desde la necesidad de establecer estándares normativos internacionales para el funcionamiento de los ODR a través de un tratado internacional, estableciendo una relevancia trascendental de esta problemática para el DIP.

Para el derecho internacional privado, el objeto central de esta disciplina jurídica es la relación privada internacional, en la medida en que sus protagonistas son las personas naturales y jurídicas de derecho privado.

Según Delgado Barreto y Delgado Menéndez (2017), el contenido del derecho internacional privado puede abordarse desde tres concepciones. Una estricta, que considera que el DIPr se debe restringir a resolver materias de conflicto de leyes; otra concepción intermedia, que considera que se circunscribe dentro del DIPr al conflicto de leyes y de jurisdicciones; y finalmente, una amplia, que comprende dentro del DIPr al goce de los derechos nacionales y extranjeros, el conflicto de leyes que restringe el ejercicio de los derechos y al conflicto jurisdiccional.

Dentro del derecho internacional privado existe un instrumento que está relacionado con la problemática de la ejecutabilidad de lo resuelto por las ODR. Esto refiere al método conflictual, que representa una metodología contemplada en el ordenamiento jurídico nacional para resolver conflictos entre la ley local y la extranjera. No se trata de unificar la normativa o resolver la contradicción, sino que decide qué normativa será aplicable a cada caso porque la propia legislación interna así lo ha dispuesto. Esto se vincula con el criterio del “centro de gravedad de la relación privada internacional”, el cual permite establecer a qué ordenamiento está más vinculado el hecho jurídico.

Como señala Monge Talavera (2023):

Es bueno subrayar que las actividades realizadas en el ciberespacio son siempre obra de personas y afectan a personas. Por lo mismo, mientras no exista un sistema de derecho internacional privado con vocación universal, será necesario dirigirse, para salvaguardar derechos, por ejemplo, hacia un sistema centrado en la localización de las personas (domicilio, nacionalidad) dejando de lado las conexiones territoriales. Este método de localización parece mejor adaptado de cara a la ubicuidad

de internet. (...) Paralelamente, mientras esperamos una reglamentación de naturaleza convencional, corresponde que la elección de una u otra categoría de conexión se determine por el imperativo de la coherencia estableciendo oportunas reformas en nuestro sistema de derecho internacional privado. (pp. 78-79)

Asimismo, Scotti (2016) sostiene que existen variedad de problemáticas para el derecho internacional privado que nacen a partir de la ambigüedad jurisdiccional que producen las operaciones transfronterizas en el ciberespacio, entre ellas las leyes que se han de aplicar a los contratos electrónicos y de los derechos de los consumidores.

Estas citas permiten contextualizar la dificultad que tiene el DIPr para tratar con el conflicto de leyes acaecido por las operaciones comerciales en línea, puesto que resulta un reto de delimitación jurisdiccional muy complejo, que definitivamente llama a la construcción de una reglamentación de convenio internacional para salvaguardar la seguridad jurídica de las relaciones comerciales internacionales que usan al internet como su campo de desenvolvimiento.

Por otro lado, existe un método diferente de resolver las contradicciones entre ordenamientos jurídicos. Se trata del método sustancialista, que busca crear una base homogénea de reglamentos jurídicos, cosa que es imposible de lograr sin que exista una base jurídica común, como la de una tradición jurídica compartida.

Sin embargo, el criterio del método normativo sustancialista se puede establecer a través del derecho internacional privado en su convergencia con el derecho internacional público, para resolver la dificultad de exigibilidad de lo resuelto por medio de ODR. Esto se enlaza con la creación de normas materiales interretáticas, las cuales unifican criterios entre múltiples sistemas jurídicos para obtener una homogeneidad normativa que otorgue seguridad jurídica a las transacciones comerciales internacionales. Carrillo Salcedo (1985) señala que esta uniformización del derecho tiene un doble efecto. Primero, que acaece a través de la cooperación entre Estados

para homogeneizar su diversidad normativa. Esto se vincula con el derecho internacional público, porque la forma óptima de lograrlo es a través de un tratado internacional que vincula a las partes por el principio de *pacta sunt servanda*. Este compromiso por parte de los Estados otorga una mayor estabilidad y seguridad jurídica a las relaciones privadas internacionales comerciales, logrando esta unificación por medio de la suscripción de convenios internacionales.

Finalmente, es preciso remarcar que la problemática explorada en torno a la inejecutabilidad de resoluciones de métodos alternativos de resolución de controversias internacionales en línea, conlleva una importancia trascendental tanto para el cambio del derecho internacional público como del derecho internacional privado. Por lo tanto, podemos dilucidar que existe una convergencia entre ambos campos del derecho internacional. En primer lugar, por el objetivo del derecho internacional público de regular las interacciones entre sujetos de derecho. En relación con esto, se ha analizado que la forma de solucionar la problemática es regular el vacío en las relaciones comerciales internacionales causado por la inexigibilidad de lo resuelto a través de ODR en contextos de e-commerce internacional.

Por otro lado, se ha determinado que el derecho internacional privado enfrenta dificultades para determinar la jurisdiccionalidad de las transacciones transfronterizas comerciales en línea. Por lo tanto, no puede lidiar por sí solo con el problema de la ejecutabilidad de las resoluciones producidas por ODR por la propia heterogeneidad normativa entre Estados y la complejidad de establecer un centro de gravedad de la relación privada dentro del ciberespacio. Debido a esto se genera la convergencia con el derecho internacional público como parte de la solución del problema, ya que para aplicar el DIPr de forma adecuada en el uso de las ODR se requiere de una base homogénea normativa que reglamente la relación comercial transfronteriza online. Dicha uniformización solo es posible por tratado internacional que unifique criterios jurídicos bajo la obligatoriedad del *pacta sunt servanda*.

En conclusión, se requiere de un enfoque de convergencia entre el derecho internacional público y privado, atendiendo a la realidad de que el problema de la inexigibilidad de resoluciones de ODR se ubica en una intersección entre ambas ramas del derecho internacional. A través de este estudio se ilustra la vinculación entre la regulación del DIP, que establece tratados internacionales con sujeción de las partes, y el objeto de estudio del DIPr, que regula las relaciones internacionales entre privados, ya sean personas naturales o jurídicas. Únicamente explorando el problema a través de este enfoque de convergencia se puede abordar con éxito la proyección de un estándar normativo para el funcionamiento de los métodos de resolución online de controversias comerciales transnacionales.

V. Hacia la construcción de un estándar normativo internacional para el uso de los *online dispute resolution platforms* en controversias de e-commerce internacional

Cuando un individuo recurre a un método alternativo de resolución de disputas, lo hace con el objetivo de simplificar el proceso de resolución y evitar los inconvenientes acaecidos por la justicia jurisdiccional tradicional. Pero cuando alguna de las partes de la relación privada se rehúsa a cumplir con lo estipulado en la resolución del conflicto, nos encontramos con el problema de la exigibilidad, la cual, en una jurisdicción bien definida, solo requiere que se recurra al órgano jurisdiccional, sin embargo, frente al e-commerce internacional y la ambigüedad jurisdiccional del ciberespacio, se convierte en una complicación que desincentiva el uso de los ODR.

Según Hanriot (2016), la convención de Nueva York de 1958 no es plenamente aplicable a los ODR, puesto que requiere el poseer el laudo arbitral autenticado de forma física para poder realizar la ejecución de su derecho. Asimismo, si se pudiera realizar un ajuste a los criterios de esta convención, el reconocimiento de los documentos electrónicos depende ampliamente de las normas nacionales, así

que, si bien se puede otorgar un laudo digital reconocido por el tribunal arbitral internacional, lo resuelto sería de complicada ejecución por un problema de heterogeneidad normativa.

Como hemos señalado previamente, la forma de obtener la seguridad jurídica para lo resuelto a través de las ODR es el establecimiento de una convención internacional que imponga estándares de funcionamiento a estas, con la finalidad de que sus resoluciones sean ejecutables en los Estados parte.

Frente a esta proposición se puede presentar el argumento de que sería más eficiente establecer un sistema de códigos de conducta y mecanismo de exclusión para las partes que no acaten lo resuelto por la plataforma de ODR.

Como sugiere Patrikios (2008):

Se ha sugerido acertadamente que los regímenes jurídicos privados no necesariamente deben depender del poder coercitivo del Estado para lograr la aplicación efectiva de las normas y decisiones jurídicas privadas, sino que también pueden obtener ejecutabilidad a partir de la autoaplicación, es decir, mecanismos de ejecución incorporados en el propio régimen jurídico privado. En particular, el ciberespacio está regulado por diferentes poderes coercitivos, tales como sanciones legales, fuerzas económicas, normas sociales y código informático, los cuales pueden ser utilizados tanto para crear incentivos para que la parte perdedora cumpla, es decir, autoaplicación indirecta, como para establecer mecanismos de control de los recursos pertinentes, es decir, autoaplicación directa. Ejemplos del primer caso incluyen marcas de confianza (*trustmarks*), sistemas de gestión de reputación, informes accesibles públicamente, exclusión de mercados y pagos por demora en el cumplimiento (p. 131).

El problema que implica esta postura es que solo funcionaría de forma eficiente frente a conflictos entre individuos que estén en igualdad de poder, ya que es importante reconocer que en las relaciones comerciales de *business to business* y *business to consumer* casi siempre nos encontramos con situaciones donde una de las partes de la relación jurídica ostenta un poder desproporcionalmente superior al de la otra parte. Por ello, es necesario que la solución a adoptar pueda generar un campo lo más horizontal posible. Para poner un ejemplo, el enfoque principal de las ODR es tutelar las controversias de e-commerce internacional de baja cuantía monetaria, ya que las compras por internet no se dan mayormente entre individuos, sino entre empresas transnacionales e innumerables individuos, por lo que sanciones menores como cobros, marcas de confianza e informes dentro de las plataformas de ODR son obstáculos fácilmente superables por el poder económico que ostentan estas empresas. Por su importancia en el mercado internacional, ni siquiera se les podría aplicar la sanción de excluirlas de la plataforma.

Asimismo, según lo investigado por Abedi et al. (2019), se señala que el desarrollo de estándares globales para el funcionamiento de las ODR y su implementación en las plataformas individuales que ofrezcan el servicio tendría como consecuencia una mayor confianza en el sistema y en sus decisiones, sobre todo porque se prevé que los clientes podrán resolver sus conflictos de forma justa y sin esfuerzos adicionales costosos.

Para la diagramación de un tratado internacional que regule la aplicación de las ODR, existe el desafío de lograr que los individuos tengan el incentivo suficiente de renunciar a su derecho de someter su controversia a su ordenamiento jurídico local en favor de utilizar un método alternativo online de resolución de conflicto, ya que de otra forma no se podrá establecer una confianza transversal en el comercio internacional en línea. Para ello, se postula la idea de que se debe homogeneizar el criterio internacional para que el estándar sea el de entrar a un acuerdo vinculante pre-disputa, lo cual es con-

trario a múltiples ordenamientos jurídicos que prohíben esta práctica por ser problemática en casos de disputas de gravedad. Pero dado que el enfoque de este trabajo está en las disputas por pequeñas cuantías, aunque numerosas en volumen, se puede provisionar una cláusula de excepción para resolver este problema y asegurar que dichos conflictos se resuelvan de forma prevalente mediante ODR por su inusitada eficiencia.

Un aspecto adicional de la universalización de estándares para el uso de ODR es el de la disposición de principios éticos que puedan direccionar como baremos los actos procesales. Según la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2024), los estándares del Consejo Internacional para la Resolución de Disputas en Línea (ICODR) representan el mayor común denominador para lograr la legitimidad, eficiencia e integridad en el funcionamiento de las plataformas de ODR.

Los estándares del ICDR para la Resolución de Disputas en Línea (ODR, por sus siglas en inglés) establecen nueve principios aplicables tanto a los profesionales de ODR como a las plataformas tecnológicas, sistemas y herramientas utilizadas en la gestión de disputas. Estos principios son: 1) accesibilidad, 2) responsabilidad, 3) competencia, 4) confidencialidad, 5) igualdad, 6) equidad e imparcialidad, 7) legalidad, 8) seguridad y 9) transparencia. (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional Mercantil, 2024, p. 3)

Volviendo al trazado de un régimen único internacional de normas para el ODR, según Ballesteros (2021), la Unión Europea sirve de ejemplo para el objetivo de unificar criterios jurídicos, además de que, por su rápida adopción al proceso de digitalización, ya existen regulaciones uniformes con respecto a los procesos online y el e-commerce. Asimismo, el ODR ha tenido una buena adopción y se aplica en lo referente a las disputas ocasionadas por el comercio en línea. Además, se señala que la naturaleza vinculante de la regulación tiene por consecuencia que se haya estandarizado la forma

de aplicar el ODR en todos los Estados parte, validando de forma universal lo resuelto en su uso.

Lo más cercano a un proyecto de tratado internacional para la adopción de las ODR que tenemos en la actualidad son las notas técnicas para la resolución online de disputas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Publicadas en 2017, fueron proyectadas para lograr el objetivo que propone este trabajo, el de establecer un ordenamiento uniforme para todos los Estados con tal de poder hacer exigible y de fácil acceso la resolución de conflictos en línea causados por e-commerce internacional. Aun así, ha representado un paso importante hacia el establecimiento de una normativa internacional que logre estandarizar el uso del ODR y resolver la problemática en torno a la ejecución de sus resoluciones a través de una unificación reglamentada por el *pacta sunt servanda* de un tratado internacional vinculante. De este modo, se podrá expandir el verdadero potencial del comercio internacional en línea, beneficiando al desarrollo de la comunidad internacional.

VI. Conclusiones

La problemática sobre la inejecutabilidad de las decisiones de las plataformas internacionales de resolución de disputas en línea (ODR) revela un vínculo de convergencia entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado, lo cual se evidencia en la necesidad de abordar los desafíos que surgen de la heterogeneidad normativa entre los Estados respecto al comercio electrónico transfronterizo. Esto se atribuye al crecimiento exponencial del comercio electrónico en todo el mundo, que ha alcanzado volúmenes de transacciones sin precedentes y, como consecuencia, disputas de baja cuantía monetaria que requieren mecanismos de resolución de controversias eficientes y confiables. No obstante, el carácter transnacional de dichas transacciones y la ambigüedad jurisdiccional inherente al ciberespacio han creado un vacío legal que impide que

las decisiones de las ODR sean efectivamente ejecutables, lo que socava la seguridad jurídica, que es una condición *sine qua non* para el pleno desarrollo del comercio electrónico internacional.

La solución a esta problemática se encuentra en la creación de un marco normativo internacional unificado, que proporcione estándares comunes para el funcionamiento de las ODR y garantice la exigibilidad de sus resoluciones a nivel global. Esto implica una interacción entre el derecho internacional público —con su atribución de establecer estándares vinculantes entre los Estados a través de tratados internacionales— y el objeto de regulación del derecho internacional privado en la resolución de conflictos en relaciones internacionales de carácter privado. Es cierto que la experiencia de la Unión Europea y las notas técnicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el esfuerzo de estandarización de criterios legales sobre comercio electrónico y la resolución de disputas en línea representan un modelo prometedor para la comunidad internacional. Pero, por otro lado, el objetivo de unificar los criterios normativos sobre el ODR también debería apuntar a equilibrar las diversas tradiciones jurídicas, teniendo en cuenta las asimetrías de poder entre las partes en las relaciones comerciales transnacionales.

Este estándar normativo internacional que se postula para la construcción de las ODR debería abordar varias cuestiones urgentes. En primer lugar, elaborar mecanismos que incentiven a las personas a renunciar a sus derechos de someter las controversias a las jurisdicciones locales a favor de métodos alternativos en línea, mediante acuerdos pre-disputa con cláusulas de exención para casos de mayor valor monetario, por ejemplo. En segundo término, la introducción de sólidos principios éticos, propuestos por organizaciones como el Consejo Internacional de Resolución de Disputas en Línea, debería garantizar que las plataformas ODR sean legítimas, eficientes y seguras. Para concluir, también debería considerarse un mecanismo de autoaplicación respaldado por sanciones efectivas,

que pueda superar el desafío de ser aplicable a actores con relevante poder económico. Aunque las notas técnicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 2017 han sido un paso importante en ese sentido, la comunidad internacional aún se encuentra en el umbral de convertir esas directrices en un tratado vinculante que aborde de una vez por todas el problema de la ejecución de las decisiones de las ODR, lo que mejoraría la confianza en el comercio electrónico internacional y promovería el desarrollo económico mundial.

VII. Referencias bibliográficas

- Abedi, F., Zeleznikow, J. y Belluci, E. (2019). Universal standards for the concept of trust in online dispute resolution systems in e-commerce disputes. *Internacional journal of law and information technology*, 0, pp. 1-29. https://vuir.vu.edu.au/40005/1/Universal_standards_for_the_concept_of_trust_in_online_dispute_resolution_systems.pdf.
- Alter, K. y Meunier, S. (2009). The politics of international regime complexity. *Perspectives on Politics*, 7(1), pp. 13-24. <https://www.cambridge.org/core/journals/perspectives-on-politics/article/abs/politics-of-international-regime-complexity/37B14B427A95988E48D9F5D3CDB13403>.
- Auld, G. y Green, J. (2012). Unbundling the regime complex: the effects of private authority. *Osgoode Clpe Research Paper Series*, 8(4), pp. 2-30. <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=clpe>.
- Brand, R. (2023). UNCITRAL, Access to Justice, and the Future of Online Dispute Resolution. *International Arbitration Review*, 8(1), pp. 87-101. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4634182.

- Ballesteros, T. (2021). International Perspectives on Online Dispute Resolution in the E-Commerce Landscape. *International Journal on online dispute resolution*, 2(8), pp. 85-101. https://www.boomportaal.nl/tijdschrift/IJODR/IJODR_2352-5002_2021_008_002_002.
- Carrillo Salcedo, J. (1985). *Derecho internacional Privado*. Madrid: Tecnos.
- Castro Cuba Barineza, I. (2019). *Investigar en Derecho*. Cusco: Editorial de la Universidad Andina de Cusco.
- Delgado Barreto, C. y Delgado Menéndez, M. (2017). *Derecho Internacional Privado*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díaz Bolívar, S. y Bustamante Rúa, M. (2022). Análisis de los sistemas de solución de conflictos en línea en el mundo y propuesta para su implementación en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Y Tecnología*, 11(2), pp. 245-276. <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/66688>.
- Diena, J. (1948). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch.
- Eidenmüller, K., McLaughlin, C. y Eidenmüller, H. (2024). Expanding The Shadow Of The Law: Designing Efficient Judicial Dispute Resolution Systems In A Digital World — An Empirical Investigation. *Harvard Negotiation Law Review*, 29(2), pp. 1-43. <https://www.law.ox.ac.uk/content/news/expanding-shadow-law-designing-efficient-judicial-dispute-resolution-systems-digital>.
- Gratzia Díaz Roa, C. (2019). El Arbitraje Comercial Internacional Y Su Aplicación Por Medios Electrónicos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, (36), pp. 43-50. <https://revistas.ucsc.cl/index.php/revistaderecho/article/view/1577>.

- Hanriot, M. (2016). Online Dispute Resolution (Odr) As a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes. *Mcgill journal of dispute resolution*, 2(1), pp. 1-22. <https://mjdr-rrdm.ca/articles/v2/online-dispute-resolution-odr-as-a-solution-to-cross-border-consumer-disputes-the-enforcement-of-outcomes/>.
- Kaufmann-Kohler, G. (2005). Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, 693, pp. 437-456. <https://lk-k.com/wp-content/uploads/Online-Dispute-Resolution-and-Its-Significance-for-International-Commercial-Arbitration.pdf>.
- Lu, B. y Zhang, S. (2020). A Conjoint Approach to Understanding Online Buyers' Decision towards Online Marketplaces. *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, 15(3), pp. 69-83. <https://doi.org/10.4067/S0718-18762020000300106>.
- Mende, J. (2022). Norm convergence and collision in regime overlaps. Business and human rights in the UN and the EU. *Globalizations*, 19(5), pp. 725-740. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14747731.2021.1983342>.
- Monge Talavera, L. (2023). Desafíos de internet frente al derecho internacional privado. *Revista peruana de derecho internacional*, 73(175), pp. 67-85. <https://spdiojs.org/ojs/index.php/RPDI/article/view/439>.
- Morán García, M. (2023). Mecanismos Combinados De Mediación Y Arbitraje En La Resolución De Controversias Relativas A Operaciones Comerciales Transfronterizas. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (46), pp. 195-216. <https://observatorio-cientifico.ua.es/documentos/65aaca2da7c3852d0a721332>.
- Nava González, W. (2017). Problemas De Ejecución En El Marco De Los Sistemas Extrajudiciales De Resolución De Conflictos En

- Línea, Vinculados Al Comercio Electrónico B2c. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (149), pp. 837-861. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42751409011>.
- Nava González, W. (2020). Los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en línea: su problemática en el derecho internacional privado. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 13, pp. 187-208. <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429563865007/html/index.html>.
- Novak, F. y García- Corrochano, L. (2000). *Derecho internacional Público Tomo I*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Olivera García, J. (2015). *Metodología de la investigación jurídica: para la investigación y la elaboración de tesis de licenciatura y posgrado*. México: Editorial UAEM & Maporrua.
- Patrikios, A. (2008). The role of transnational online arbitration in regulating cross-border e-business – Part I. *Computer law & security report*, (24)1, pp. 66-76. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364907001094>.
- Patrikios, A. (2008). The role of transnational online arbitration in regulating cross-border e-business – Part II. *Computer law & security report*, (24)2, pp. 129-138. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364908000083>.
- Raustiala, K. y Victor, D. (2004). The regime complex for plant genetic resources. *International Organization*, 58(2), pp. 277-309. <https://www.jstor.org/stable/3877859>.
- Rule, C. (2020). Online dispute resolution and the future of justice. *Annual review of law and social science*, (16), pp. 277-292. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3711299.
- Salmón, E. (2017). *Nociones básicas de derecho internacional público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Scotti, L. (2016). El impacto de Internet en el mundo jurídico: Una mirada desde el Derecho Internacional Privado. *Revista Foro Jurídico*, 15, pp. 178-198. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19845>.

United Nations Commission on International Trade Law (2017). *Technical Notes on Online Dispute Resolution*. New York: UN.

United Nations Commission on International Trade Law (2024). *iGLIP report on ODR*. Fifty-seventh session.

Los derechos humanos en la insolvencia: una mirada desde el punto de vista del deudor y del acreedor en los procesos concursales

Gabriela Ulas¹

Resumen

El derecho patrimonial siempre fue un asunto excluido del ámbito de los derechos humanos y de su estudio en conjunto. Hoy la realidad nos muestra que los cambios sociales han provocado que cuestiones de exclusiva naturaleza patrimonial deban ser comprendidas dentro de un contexto más humanizado del derecho. Las situaciones de dificultades financieras e insolvencia tienen que analizarse desde el punto de vista del deudor y del acreedor, pero siempre contemplando situaciones de vulnerabilidad. Hoy el sistema jurídico puede darnos herramientas que ayuden a recuperar el patrimonio en dificultades económicas de manera simple, rápida y amigable para los pequeños deudores. Asimismo, los derechos humanos deben ser herramientas que ayuden a resolver situaciones dañosas a los acreedores vulnerables.

Palabras clave: concurso de acreedores; derechos humanos; constitución; deudor; acreedor

Abstract

Property law has always been an issue excluded from the scope of Human Rights and its study as a whole. Today, reality shows us that social changes have caused issues of an exclusive heretage nature to be understood within a more humanized context of law. Situations of financial difficulties and insolvency have to

¹ Doctora en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. Docente en Universidad de Flores y Universidad de Buenos Aires. Contacto: ulasgabriela@hotmail.com. ORCID: [0000-0003-3449-7513](https://orcid.org/0000-0003-3449-7513).

be analyzed from the point of view of the debtor and the creditor, but always considering situations of vulnerability. Today the legal system can give us tools that help recover assets in economic difficulties in a simple, fast and friendly way for small debtors. Likewise, human rights must be tools that help resolve harmful situations for vulnerable creditors.

Keywords: bankruptcy; human rights; constitution; debtor; creditor

I. Introducción

Indudablemente, la posmodernidad nos marca el rumbo hacia un camino que en décadas pasadas no imaginábamos que al ser humano le tocaría recorrer. Aunque no es necesario repetir que los cambios en el derecho —salvo excepciones— se manifiestan un tiempo prudencialmente extenso después de ocurrido un hecho paradigmático, hay acontecimientos que nunca llegan a tener tratamiento jurídico, algunos que llegan a discusiones científicas y otros que marcan el inicio de nuevas tendencias, normas e instituciones.

Palabras como activo, pasivo, economía, deudor, acreedor, liquidez e insolvencia no suelen ser parte del vocabulario de una rama del derecho que estudia la noción y aplicación jurídica de los derechos fundamentales. Es que, en realidad, históricamente, los derechos humanos quedaban circunscriptos a discusiones sobre la libertad, el derecho a la salud, educación, igualdad y otros temas que la sociedad consideraba indispensables para la vida de la persona. Dentro de esta concepción, el derecho internacional siempre ha puesto su mirada en reglar cuestiones relacionadas con estos bienes y hasta ejercer el control jurisdiccional internacional a través de órganos creados *ad hoc*.

La vida en los tiempos posmodernos se presenta con otras exigencias en cuanto a lo que resulta fundamental para el ser huma-

no. Nadie duda de que la libertad, la salud y la igualdad conforman un núcleo de derechos esenciales y fundamentales para el disfrute de la vida humana y son intrínsecos a toda persona por el solo hecho de su existencia, pero, en el mundo de hoy, ese pleno goce exige recursos económicos que faciliten la obtención de bienes que otorguen ciertas comodidades y que además sean suficientes para disfrutar de los momentos de ocio. Por ello, la realidad nos muestra que el derecho patrimonial atraviesa transversalmente todas las ramas jurídicas.

Pero no solo el patrimonio es útil para satisfacer necesidades de ocio y disfrute: los bienes resultan indispensables para tornar operativas expectativas mucho más vitales. Es que, en realidad, nos encontramos en un contexto en el cual los bienes son escasos y la concreción de los derechos humanos también queda supeditada a la obtención de recursos económicos. Por ello, a diario vemos que, si bien la salud o la educación pueden ser de naturaleza privada o públicas y gratuitas, estas actividades tienen un costo para todas las personas de una comunidad: o se pagan de manera directa por parte del usuario de estos servicios, o la erogación la realiza el Estado a través de la recaudación tributaria que pesa sobre todos los habitantes. Pero sea de una manera u otra, los recursos económicos deben existir.

De esta manera es que nos encontramos frente a la realidad innegable de dotar de instrumentos jurídicos a la importante labor que el derecho patrimonial irradia sobre la órbita de los derechos humanos.

Si la posesión de bienes y recursos económicos resulta tan trascendente para el adecuado ejercicio de ellos, cuánta más atención deberemos poner ante una situación de dificultad en el patrimonio.

La insolvencia se presenta en el ser humano como una de las grandes crisis de vida. Por ello, la insatisfacción de las necesidades inherentes a las personas hoy se interpreta como un punto de conexión innegable entre el derecho concursal y los derechos humanos, del cual ya no hay vuelta atrás en la evolución de las ciencias jurídicas.

En el presente trabajo nos dedicaremos a estudiar la injerencia de los derechos humanos en el concurso de acreedores y cómo quedan aquellos afectados por la insolvencia, tanto desde el punto de vista del deudor como del acreedor.

II. El pequeño deudor insolvente y las soluciones concursales

II. 1. La insolvencia y las soluciones del ordenamiento jurídico

El estado de cesación de pagos representa el hecho indiscutible que demuestra que las dificultades económicas y financieras de una persona pasaron a un estadio irreversible.

Es posible encontrar a la palabra “insolvencia” para determinar diferentes situaciones. La primera que se distingue se denomina “insolvencia relativa” y ocurre cuando un sujeto no puede satisfacer sus obligaciones porque no dispone del patrimonio suficiente para ello. La segunda, en cambio, ocurre cuando no se cuenta con la liquidez necesaria para afrontar los pagos y se llama “insolvencia absoluta” (Martorell, 1998).

Es evidente que la noción de insolvencia parece acercarse más a un concepto contable que jurídico. No obstante, y para dar precisiones a los términos que emplearemos, corresponde señalar que utilizaremos la palabra “insolvencia” como sinónimo de “estado de cesación de pagos”.

De todas maneras, independientemente de la palabra que utilicemos, nuestro punto de partida será el estado generalizado y permanente de imposibilidad patrimonial que tiene un sujeto para hacer frente a sus obligaciones exigibles de manera regular. Estamos hablando, de esta manera, de una situación irreversible que pesa sobre una persona y que se materializa a través de la ocurrencia de hechos reveladores que ponen de manifiesto su incapacidad de cumplir en el futuro.

Con el objetivo de brindar soluciones que otorguen confianza a las relaciones contractuales y crediticias, el sistema jurídico ideó medios procesales que promueven el cumplimiento de las obligaciones de manera forzada. Es así como, ante la mora que se produce respecto de una obligación exigible, el derecho legitima la acción individual a instancias del acreedor. A través de ella, este sujeto cobrará su crédito insatisfecho, más sus accesorios, ya sea a través del pago en su forma original o mediante la ejecución forzada.

Pero este es un remedio procesal que no siempre consigue el fin deseado. Si pensamos en un estado de insolvencia, en el cual los incumplimientos se vienen presentando de manera sostenida y generalizada, resulta difícil suponer que la ejecución individual sea el camino. La promoción de ejecuciones individuales múltiples, debido a los numerosos incumplimientos, hace pensar que solo podrán cobrar aquellos acreedores que presentaron su demanda de manera anticipada, ya que el ordenamiento jurídico se rige por la máxima jurídica *prior in tempore potior in iure*, que otorga prelación solamente de manera temporal. La lógica indica que el deudor que se encuentra en estado de cesación de pagos no posee un patrimonio suficiente para responder a todas las ejecuciones que se inicien en su contra; de allí que solo algunos pocos acreedores podrán ver satisfecho su crédito y el resto muy poco, o nada.

Un proceso de ejecución, pero de naturaleza colectiva, es la herramienta pensada por el sistema jurídico para atemperar las desigualdades que provoca la insolvencia generalizada. De esta manera, se intenta que cada acreedor cobre al menos una porción de su crédito, en una situación de igualdad, y que el deudor recupere su capacidad económica de cara al futuro.

El concurso de acreedores procura la reunión de aquellos que pretenden cobrar sus obligaciones incumplidas junto con el deudor. Este último formulará propuestas de pago a sus acreedores de manera diferente a la original, pero adaptada a su real situación económica y financiera. Si los acreedores, en mayoría, aprueban la

propuesta, se produce el acuerdo concursal y, en consecuencia, un efecto novatorio de la obligación original por la nueva contenida en la formulación.

Pero el concurso también prevé otra situación menos pacífica. Es que, si el deudor no consigue llegar al acuerdo, entonces deviene la liquidación de los bienes que componen su patrimonio y su posterior distribución entre los acreedores.

Aun cuando lo hemos resumido en escasas oraciones, el concurso de acreedores es un proceso judicial que se puede presentar extenso, oneroso y sujeto al riesgo de la destrucción de un patrimonio en términos económicos.

En el pensamiento jurídico actual prima la idea de la liquidación, pero como último recurso y solo cuando una situación financiera deviene irremontable e inviable. De allí en más se destaca la necesidad de implementar medios que establezcan la exigencia de lograr el conocimiento de las dificultades en su etapa primigenia, no solo con el objetivo de poner en marcha dichos mecanismos, sino también como un medio para que el empresario haga uso de ellos cuando todavía no esté instalada la insolvencia (Maffía, 1993).

En este razonamiento podemos detectar la primacía que ya desde hace décadas impera sobre el principio de conservación de la empresa y, ya más recientemente, la insolvencia del consumidor y otros sectores vulnerables de la sociedad.

Ello, en definitiva, es la justificación principal para que hayan visto la luz procedimientos extrajudiciales o parcialmente judiciales como el acuerdo preventivo extrajudicial (Argentina) y la propuesta anticipada de convenio, acuerdos de refinanciación, el acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo insatisfecho en España, por solo citar ejemplos de dos países.

II. 2. Las micropymes y los consumidores sobreendeudados: una aproximación a la situación actual

Nos toca presenciar una época de naturaleza disruptiva en algunos aspectos sociales. Tan así es nuestra realidad, que algunos han insistido en la idea de que estamos viviendo una etapa marcada por la convergencia de tecnologías digitales, físicas y biológicas, que vaticinan una modificación radical del mundo tal como lo conocemos ahora y que podría importar que estemos viviendo una cuarta revolución industrial (Perasso, 2016).

Estos cambios de naturaleza tecnológica a gran escala, que se irradian a todos los aspectos de la vida personal, han llegado de la mano de modificaciones de tipo social y económico que se vienen gestando desde hace ya varios años.

De este modo, podemos notar que existe un resurgimiento de la cultura emprendedora por parte de los nuevos jóvenes, volatilidad de los empleos en relación de dependencia, una propensión a adoptar formas familiares nuevas, una pretensión de tomar vacaciones de manera diferente y una necesidad de consumo más onerosa.

Las crisis económicas y sanitarias mundiales de los últimos tiempos han marcado las tendencias que detallamos en el párrafo anterior y que han provocado colapsos de algunas estructuras sociales.

Hoy por hoy notamos mayor inestabilidad laboral que en otros tiempos, vemos que las familias son más pequeñas, sus miembros están conformados por sujetos que pertenecen a colectivos vulnerables, que las micropymes irrumpieron como un medio para escapar de la volatilidad laboral o para acrecentar los ingresos y que la cultura del consumo ha inundado nuestra vida.

A todo esto, se suma que la vida actual demanda mayor cantidad de bienes y servicios que además incrementan su valor en la medida del aumento de la demanda, por lo cual los sistemas jurídi-

cos han puesto la atención sobre la insolvencia de la persona en su aspecto individual de consumidor, es decir, cuando esta ocurre en el seno de las familias o en relación con la actividad económica del microempresario.

Si hablamos de la persona individual y de las familias, hemos de decir que la doctrina especializada en el consumidor ha detectado dos causas inmediatas como determinantes de su sobreendeudamiento. La primera de ellas la denominan “sobreendeudamiento activo”. En esta especie se incluye la asunción de excesivas deudas y, en general, es una consecuencia de malos hábitos de consumo que pueden manifestarse tanto desde el consumo irreflexivo hasta niveles patológicos como lo son los hábitos adictivos al consumo (Trujillo Díez, 1989). Estos hábitos de consumo suelen mostrarse como comportamientos inocuos que implican compras con tarjetas de crédito a plazos y acceso a planes de financiación tentadores, pero que, de reiterarse cotidianamente, devienen en la situación planteada.

La segunda causa del sobreendeudamiento responde a la imposibilidad sobreviniente de hacer frente a las excesivas deudas y la llaman “sobreendeudamiento pasivo”. Se trata de una consecuencia de especiales contingencias que sobrevienen en la vida de los consumidores y que tienen la capacidad de hacer mermar el volumen de ingresos o de incrementar los gastos, impidiendo hacer frente a la deuda (Trujillo Díez, 1989). Entre tales acontecimientos imprevistos se detallan aquellos que ocurren en el círculo del deudor, tales como despido laboral, accidente, enfermedad o fallecimiento de uno de los cónyuges, sanciones tributarias, etc. Pero también pueden ser consecuencia de factores exógenos. Dentro de estos podemos señalar la ocurrencia de cambios de ciclo económico, crisis en los mercados internacionales, subas en las tasas de interés y toda otra circunstancia que puede ocurrir en el mundo globalizado e inestable de nuestro tiempo (Trujillo Díez, 1989).

Por ello, podemos concluir que el origen del problema obedece a causas multifactoriales, a las que hay que sumarle el atractivo

de las bajas tasas de interés para la financiación, el bajo rendimiento financiero que hoy se les da a los ahorros y las políticas agresivas de tarjetas de crédito y de entidades financieras que otorgan los préstamos personales con gran facilidad.

El problema se torna verdaderamente grave cuando el sobreendeudamiento comienza a afectar a una gran colectividad de personas y amenaza a sus necesidades. Esta situación crítica ya nos coloca en la obligación de analizar este tema bajo el prisma de los derechos humanos.

Pero incluso cuando el sobreendeudamiento ocasione un menoscabo en las posibilidades de acceder a las necesidades básicas, si analizamos este hecho de manera generalizada, vemos que a nivel mercado puede provocar una pérdida de confianza en las transacciones mercantiles y el colapso del sistema crediticio, situación que excede el punto de vista estrictamente humanitario. Por este doble perjuicio es que resultan altamente importantes todas las iniciativas que se vienen gestando a nivel concursal.

A manera de ejemplo, la jurisprudencia española se ha manifestado en apoyo de la utilización de la Ley de Segunda Oportunidad. Es el ejemplo del Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Barcelona que desestimó el incidente concursal promovido por una entidad bancaria que pretendía que su crédito concursal no quedara exonerado por estimar que el concursado no cumplía con los requisitos del artículo 178 bis LC.²

Lo que venimos relatando nos señala que, en esta sociedad de consumo, se puede detectar un gran porcentaje de la población en estado de pobreza. Para llegar a esta conclusión solo basta recurrir a las bases de datos que obran en los registros oficiales de los países.

A manera de volcar ejemplos, en España (Instituto Nacional de Estadísticas, 2023), según los últimos resultados anuales del año 2023, la tasa AROPE (porcentaje de población en riesgo de pobreza

² Juzgado de lo Mercantil, Barcelona, sección 7, Recurso 775/2016, 3/11/2016.

o exclusión social) se situó en el 26,5% de la población residente en España en 2023, frente al 26% del año anterior. También, según este informe, si bien la tasa de riesgo de pobreza bajó del 20,4 al 20,2, el índice de carencia social y material severa subió del 7,7% al 9% respecto del mismo período de tiempo.

Mientras tanto, en la República Argentina, con datos del informe técnico de septiembre de 2023, el Instituto Nacional de Estadística y Censos da cuenta de que, según resultados del primer semestre de 2024 correspondientes al total de aglomerados urbanos, se registró que el porcentaje de hogares por debajo de la línea de pobreza (LP) alcanzó el 42,5%, en los cuales reside el 52,9% de las personas. Dentro de este conjunto se distingue un 6,8% de hogares por debajo de la línea de indigencia (LI), que incluyen al 9,3% de las personas. Dentro de este conjunto se distingue un 13,6% de hogares por debajo de la línea de indigencia (LI), que incluyen al 18,1% de las personas. Esto implica que, para el universo de los 31 aglomerados urbanos de la Encuesta Permanente de Hogares, por debajo de la LP se encuentran 4.319.760 hogares, que incluyen a 15.685.603 personas. Y, dentro de ese conjunto, 1.378.142 hogares se encuentran por debajo de la LI, lo que representa 5.379.588 personas indigentes (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2024).

Todo lo dicho hasta ahora, que ha sido una suma de argumentos basados en opiniones, observaciones y datos oficiales, hace que muchas variables económicas y financieras deban mirarse de manera especial. Porque, efectivamente, cuando hablamos de “sectores vulnerables”, nos estamos refiriendo a estratos de la población activa que consume bienes, que trabaja y que genera empleo a través de sus pymes. Es decir, hablamos de gran parte del sector productivo de una sociedad.

Respecto de la situación del sector empresario, la Directiva UE 2019/1023³ señalaba que las pymes representan en Europa el

3 Directiva UE 2019/1023, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). [Unión Europea]. Junio 20 de 2019.

99% de la totalidad del acervo empresarial, además de agregar una lamentable realidad cuando indicaba que

Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño. Es preciso señalar que las pymes a menudo carecen de los recursos necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros.

Mientras tanto, en Argentina, según datos de la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y los Emprendedores (Sepyme), que depende del Ministerio de Economía, en todo el país hay 1.695.881 sociedades, autónomos, cooperativas y monotributistas, que tienen vigente el certificado Mipyme, lo que los habilita a percibir distintos tipos de asistencia o líneas de crédito oficiales a tasa subsidiada. Ese total se reparte de la siguiente manera: microempresas, 83%; pymes, 16,8%; mientras que solo el 0,2% corresponde a grandes empresas.⁴

II. 3. En busca de un procedimiento para la insolvencia del pequeño deudor

Es innegable que la Ley 22/2003, del 9 de julio, implicó para el derecho concursal español un cambio radical en toda su estructura y, con ello, se colocó a la par de los sistemas concursales más avanzados del mundo continental romanista. Las sucesivas reformas también importaron paulatinos progresos que se vieron forzados, además, por la crisis sistémica del año 2008.

Pero el tiempo transcurrido y la sucesión de numerosos cambios de paradigmas han puesto sobre la escena a una futura

⁴ Conclusión (2023, 8 de julio). Pymes y Mipymes: el motor que activa la economía argentina.

nueva ley modificatoria. La Directiva UE 2019/1023 impuso la exigencia de una nueva adaptación que esperamos resulte útil para el colectivo que es objeto de estudio en el presente: el pequeño deudor.

Es así como pudimos ver que un proyecto de ley fue aprobado por el Consejo de Ministros español el 21 de diciembre de 2021. El proyecto tenía pretensiones bastante ambiciosas para la insolvencia de las pymes y del pequeño deudor sobreendeudado, aunque no plenamente satisfactorias.

De este modo, se puede extraer de la Memoria del impacto normativo del anteproyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal del 04/08/2021 (Ministerio de Justicia, 2021) que la intención era promover legislativamente soluciones a los problemas que hemos nombrado.

La Memoria señalaba que con la reforma se pretende instaurar un procedimiento que evitara la sobrejudicialización de la insolvencia de las pymes. De esta manera se pretendía legislar sobre una alternativa que promoviera el inicio anticipado de algún procedimiento de negociación de estos deudores con sus acreedores.

Se dio cuenta, además, de unos datos concretos sobre cantidad de pymes, duración y empleabilidad. Para entonces, se contaba con índices que mostraban que el 93,82% de las empresas españolas son pymes y que emplean a 4.880.000 trabajadores.

Estos datos, que en apariencia se muestran promisorios por la tendencia de la población española hacia la cultura emprendedora, se tornan pesimistas cuando se indica que solo el 25,98% del total sobrevive un año y que el 20,58% sobrevive más de 15 años.

Los últimos porcentajes demuestran que dentro del segmento pymes existe una gran rotación, es decir, que los emprendimientos se suceden en una cadena ininterrumpida de fracasos reiterados. Por ello, la intención de la reforma siempre fue la de llevar adelante

ciertas medidas que evitasen el alto índice de cierres ante un sistema concursal que actualmente no resultaba eficaz.

La manera práctica que el anteproyecto tenía para llevarlo a cabo era a través de la puesta a disposición de un sistema en línea, que permitiese hacer un cálculo simulado del plan de pagos, teniendo en cuenta las obligaciones del deudor y cotejando su capacidad de pago. Se señalaban conjeturas sobre un procedimiento gratuito y que no requiriera de asistencia letrada, con el fin de evitar los costos de una asesoría legal.

Respecto del procedimiento de exoneración del pasivo insatisfecho, también se indicaban algunos cambios. La primera modificación que se señalaba era la de eliminar un pago mínimo de pasivo como requisito de admisibilidad para el procedimiento. La intención era evaluar y calcular el plan de pagos suscrito, vincularlo con sus ingresos y previendo un tiempo máximo determinado. El saldo que quedase fuera de ese acuerdo sería exonerado.

Sobre la fuente de las obligaciones que se indicaron como incluidas, se pretendía que alcanzaran a todas las deudas, excepto aquellas que por ley no pueden serlo. Por ello, la Memoria del anteproyecto indicaba que no podían exonerarse obligaciones cuya causa se encontrara originada en un ilícito penal, responsabilidad extracontractual, deudas por alimentos, créditos con garantía real y créditos de derecho público.

Finalmente, a través de la Ley 16/2022, del 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, España concretó una serie de reformas que llevaban tres años de espera y, al menos según nuestro criterio, superó las expectativas del anteproyecto.

En efecto, podemos ver que el texto modificatorio eliminó el acuerdo de refinanciación (procedimiento similar al APE), el acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo insatisfecho

para reemplazar estos procedimientos con otros institutos que tienen en mira la insolvencia de los sectores más vulnerables de la sociedad:

- 1) **Plan de reestructuración:** Se trata de un procedimiento apto para estadios de dificultades previos, evitando así el estigma asociado al concurso y con características que pretenden incrementar su eficacia. El plan deberá ser homologado por el juez y deberá contar con la aprobación de los acreedores. Se regula una nueva figura, la de “experto en reestructuración”, que tendrá como función la de mediar en las negociaciones de los planes de reestructuración y que acompañará a los deudores con poca experiencia en aquellos casos en los que se llegue a los tribunales. El nombramiento de este experto únicamente operará si se presentan determinados supuestos. Fuera de ellos, su actuación solo será a pedido del deudor o de una mayoría de acreedores. El inicio del procedimiento de reestructuración se realiza con certificado digital en el sitio web público del Ministerio de Justicia, donde se deben rellenar unos formularios estandarizados (Ministerio de Justicia, s. f.). Se espera que esto permita su reestructuración sin que tengan que acudir a un abogado, escribano o a un auditor.
- 2) **Procedimiento especial para microempresas:** Primeramente, se reconoce que, para este sector de la economía, los instrumentos concursales anteriores no han funcionado satisfactoriamente. De allí que se crea un mecanismo de insolvencia único y especial adaptado a las necesidades de estas empresas y que se caracteriza por una simplificación procesal extrema. Este procedimiento es apto tanto como para los trabajadores autónomos como así también para micropymes de menos de diez trabajadores. De esta manera se creó un procedimiento rápido, sencillo y económico, que se desarrolla digitalmente (con audiencias orales que se ce-

lebrarán por medios telemáticos y que podrán culminar con resoluciones dictadas en el acto). Se limita la participación de profesionales solo en determinados casos o en los que los honorarios son asumidos por las partes, se reduce la intervención judicial, se reducen los tiempos de tramitación y se otorga mayor flexibilidad y autonomía a deudor y acreedores (Caamaño Rodríguez, 2022).

- 3) **Concepto de “alerta temprana”:** Tiene como objetivo permitir al deudor detectar la necesidad de actuar para evitar o para encauzar una posible insolvencia. Se trata de procesos de reestructuración temprana que se asocian a un estadio nuevo de insolvencia: la insolvencia probable. Es una situación previa a la de insolvencia inminente y que permite la adopción de los mecanismos preconcursales que dispone la ley.
- 4) **Pre pack concursal:** Se trata de un procedimiento que habilita que, en una etapa preconcursal, el deudor realice un procedimiento de búsqueda de una oferta vinculante para su empresa. De esta forma, una vez declarada la insolvencia, se corre vista a los acreedores y a la administración concursal por diez días con el objetivo de que sean informados sobre el procedimiento de venta de activos y de la adjudicación de la unidad productiva en favor del postor cuya oferta se acompañó con carácter vinculante a la solicitud de concurso.
- 5) **Derecho a una segunda oportunidad:** Se trata de una nueva versión del antes llamado “beneficio de segunda oportunidad”. Hoy se lo cambia por la palabra “derecho” en lugar de “beneficio” y llega con varias novedades más que una simple modificación terminológica. El trámite se simplifica y se acortan los plazos. También se arriba a una situación muy esperada por la doctrina concursalista: los créditos tributarios y los derivados de deudas con organismos de la seguridad social tendrán una exoneración de hasta €10.000. La buena fe sigue siendo el requisito ineludible para obtener este derecho.

Esta última reforma lleva poco tiempo en su implementación, con lo cual todavía no pueden apreciarse con certeza los resultados definitivos de estos nuevos institutos y las modificaciones a los institutos anteriores. Pero lo que sí podemos afirmar es que el derecho concursal español ostenta ser el primer sistema jurídico hispanohablante en reglar la disposición de los créditos de derecho público ante situaciones de insolvencia, y ello importa un paso trascendente en la concepción general del sistema concursal.

III. La vulnerabilidad de ciertos acreedores en el concurso

III. 1. Una nueva visión sobre los privilegios

Los hechos y actos jurídicos, en líneas generales, vinculan mínimamente a dos partes, de las cuales siempre se distingue a una de ellas como “la parte débil de la relación”, que se asocia con quien se encuentra obligado a soportar los pagos o quien no tiene amplia posibilidad de elegir otra relación o prestador. Es así como del contrato del trabajo designamos como la parte débil al trabajador y, de una prestación de servicios, al consumidor.

Usualmente, en una relación de crédito, tomamos al deudor como la parte más débil del vínculo y al acreedor como la fuerte o como quien tiene más ventajas en el nexo obligacional. Pero la realidad humana a veces es tan compleja y diversa que lleva a reconsiderar determinadas pautas establecidas como ciertas. Hoy estos nuevos puntos de vista están puestos sobre determinados acreedores que, siendo legalmente comunes, se les ha colocado ciertas preferencias por vía jurisprudencial.

Pero el cambio de criterio no solo viene desde el punto de vista sobre quién es el que crea el privilegio, sino también por qué razón se le otorga a determinado crédito.

Entonces, hemos dicho que la vía creadora de los privilegios es la legal y tradicionalmente no fue aceptada otra fuente alternativa. Hoy, por cuestiones de equidad, los jueces han otorgado privilegios a ciertos créditos que originalmente no lo tenían. Pero más innovador resulta el hecho de que se ha movido la fundamentación de la creación de un privilegio desde la causa fuente de la obligación a su otorgamiento motivado en razones personales.

Constitucionalmente hablando, los privilegios personales se encuentran prohibidos en todas las constituciones modernas del mundo occidental republicano, pero lo cierto es que podemos encontrar motivos lógicos y éticos que fundamentan este viraje.

Primero, hay que tomar en cuenta que estamos hablando de privilegios que, si bien se otorgan por mediar alguna especial circunstancia en la persona del acreedor, son características especiales y propias del crédito. Es decir, el privilegio se otorga sobre el crédito y no sobre el acreedor. Pero seguidamente debemos considerar que la jurisprudencia ha roto con esta noción de igualdad y ha otorgado privilegios con fundamento en condiciones personales por mediar situaciones en las que quedaron involucrados los derechos humanos de manera peligrosa.

Pasaremos a considerar algunos casos jurisprudenciales que resultan paradigmáticos en el derecho argentino y que llevaron al derecho concursal a la esfera más intrínseca de los derechos humanos.

III. 2. Una sentencia sobre la constitucionalización del derecho concursal

Uno de los hitos en la jurisprudencia argentina que marcó un inicio en la estrecha vinculación del derecho comercial con la Constitución Nacional y los derechos humanos desde el punto de vista del acreedor vulnerable queda ubicado en el año 2001, con la sentencia de segunda instancia de los Tribunales de San Isidro, pro-

vincia de Buenos Aires, cuyos autos fueron “González, Feliciano c/ Microómnibus General San Martín SA”. Esta causa fue la que dio la regla jurídica de la que se nutrieron otros casos posteriores.

Los hechos que sustentan el basamento del litigio comienzan con el accidente ocurrido en una de las unidades de transporte de pasajeros de la empresa Microómnibus General San Martín SA, en la cual la Sra. Feliciano González se encontraba. Como consecuencia de dicho acontecimiento ocurrido en 1992, la pasajera resulta disminuida en un 40% de su capacidad funcional debido a las lesiones recibidas.

Luego de nueve años de proceso judicial, en 2001 se le reconoció su derecho a una indemnización por daño físico y moral tras una sentencia de segunda instancia que tuvo paso por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Durante el transcurso de los años que demoró la causa, y mientras la apelación de la sentencia se encontraba en trámite, la empresa Microómnibus General San Martín SA se presentó en concurso preventivo y consiguió homologar un acuerdo con sus acreedores a fines de 1999.

Pero en este punto es preciso aclarar algunos detalles que constan en el proceso y que ilustran de manera completa el final de la sentencia que llegaría más tarde.

La apertura de un concurso preventivo supone el inicio de un proceso judicial que implica la reunión de todos los acreedores junto con sus créditos y un acuerdo de pago con el deudor sobre la base de propuestas que se les formulen a los acreedores. El acuerdo concursal, una vez homologado judicialmente, adquiere ciertos efectos especiales: la novación de los créditos anteriores y la irradiación de las bases del acuerdo sobre todos los acreedores, incluso sobre quienes no estuvieron de acuerdo con las condiciones y también sobre quienes no participaron de estas negociaciones y llegaron al concurso de manera tardía o directamente nunca se presentaron en el proceso.

En el caso que nos convoca, el acuerdo concursal consistió, para los acreedores comunes, sin privilegios, en una quita del 40% y un plan de pagos de 18 cuotas anuales, venciendo la primera en diciembre de 2002. Dada la causa del crédito de la actora, se trataba de un crédito común o quirografario.

Una vez obtenida la sentencia definitiva y pasada en autoridad de cosa juzgada, la damnificada se presenta al concurso en 2003 y consigue incorporar su crédito al concurso.

Dentro del incidente de verificación tardía, la damnificada solicita un adelantamiento del pago en cuestión. Este pedido fue motivado por el hecho de que la actora, además de haber quedado con una capacidad motora reducida en el 40%, tenía a esa fecha la edad de 78 años, situación que provocaba que recién terminaría de percibir la suma indemnizatoria a los 96. El juez de la causa decide ordenar el pago, si bien respetando la quita del 40%, pero en 24 cuotas mensuales en lugar de las 18 anuales.

La empresa concursada decide apelar la sentencia argumentando que el crédito en cuestión no posee privilegio alguno, ni ventaja legal que implique una habilitación a adelantar el pago en violación al acuerdo celebrado en el concurso.

El tribunal de alzada rechaza los agravios de la concursada y confirma la resolución judicial del *a quo*.

Para así decidir, el tribunal argumenta que el juez de la causa, al adelantar el pago, ha claramente violado el mandato legal por el cual se imprime la igualdad de trato entre los acreedores en el concurso y que ha otorgado una ventaja o privilegio que la ley no manda en un evidente acto pretoriano prohibido. Pero seguidamente los fundamentos de la sentencia viran en torno a la trascendencia que merecen determinados derechos que son intrínsecos e irrenunciables del ser humano.

De esta manera, de los argumentos que se vierten en la sentencia de segunda instancia se extrae que el caso presenta una evi-

dente colisión entre derechos como la igualdad entre los acreedores y el derecho a la salud e integridad física.

A lo largo de la historia se ha demostrado que ningún derecho es absoluto y, además, que existen casos en los cuales ciertos derechos lucen más importantes que otros.

Claramente, como ocurre en todo el sistema de derechos, la igualdad de trato entre todos los acreedores que participan del concurso no es absoluta. Los sistemas concursales del mundo han decidido romper esta igualdad en la razón lógica de que existen créditos que merecen una especial consideración por la importancia que tienen. De esta manera, las leyes han ideado un sistema de otorgamiento de privilegios a grupos de créditos en virtud de su fuente y de ventajas temporales en el cobro, tal como es el caso de los créditos laborales. Pero el caso que analizamos es diferente. Lo que aquí se pretende es otorgar una ventaja a un solo crédito, del grupo de los créditos comunes, por mediar una especial característica personal en el acreedor.

En este notorio ejemplo de prevalencia de los derechos humanos por sobre cualquier otro principio, vemos cómo el derecho privado se erige sobre los hombros de la Constitución y los tratados de derechos humanos y se le otorga un régimen de adelanto en el pago que dudosamente en otros tiempos se podría llegar a tolerar.

La sentencia de la alzada reconoce que el derecho a la salud ha experimentado cambios en su valoración. Expresa que, en otros tiempos, su violación quedaba de manifiesto ante la ocurrencia de las agresiones físicas que causaban una lesión en el cuerpo, pero que hoy en día ha adquirido una nueva dimensión en su faz preventiva ya más vinculada con el derecho a la calidad y dignidad de vida.

Tal como ocurre con todo otro derecho, el derecho a la salud tampoco es absoluto y es susceptible de limitaciones y reglamentaciones, siempre que se respete la esencia del derecho y no quede desvirtuado luego de la actividad reglamentaria o jurisdiccional. En este caso, el tribunal razona que la limitación, que en el caso de autos

se le exige al derecho de la víctima en cuanto a su salud, es tan grande que desnaturaliza el propio derecho hasta hacerlo inexistente. Es así como ello torna que no pueda obligarse a respetar los plazos en igualdad de condiciones que otros acreedores que solo ven limitados derechos de contenido patrimonial.

IV. Conclusiones

Las respuestas sobre cómo ha de interpretarse el derecho patrimonial han cambiado. Los privilegios otorgados por razones personales que son filosóficamente incompatibles con nuestro pensamiento republicano nos enfrentan con nuevos paradigmas que no podemos dejar de lado.

La esencia de los privilegios es la preferencia y no el origen de la obligación. Y la preferencia está marcada por la frase que se transforma en pregunta y que reza “¿Quién cobra primero?”.

Los pactos de derecho humanitario que conforman parte del derecho internacional, sobre todo del interamericano, obligan sobre un modo de interpretar el derecho patrimonial desde un punto de vista humanitario. Es así como, desde una interpretación de los jueces en virtud de este nuevo paradigma, surgen nuevos privilegios, pero basados en cuestiones personales y, además, por fuera de la ley. Pero, ante los casos que hemos visto, podemos incluso afirmar que no solo se crean privilegios de manera jurisdiccional, sino que, además, se altera el rango del privilegio, es decir, en qué orden prioritario cobrarán, y la extensión del privilegio.

De allí vemos que tanto los tribunales inferiores como los superiores han dirigido la interpretación sobre el análisis de variables personales para la asignación de dichas preferencias, sobre todo cuando un estado de vulnerabilidad luce palmario. Vemos, en realidad, que los jueces bajan el derecho patrimonial al constitucional, lo

aplican y lo razonan de una manera tal que casi podemos vislumbrar que nos dirigimos hacia la derrota de las reglas.

Es claro que la admisión legal de los privilegios resulta parte de las bases sobre las que se asienta una seguridad jurídica, pero también es cierto que resulta evidente que todo el sistema jurídico debe interpretarse sobre la base del principio *pro homine et libertatis* que hoy está informando contundentemente al derecho patrimonial.

V. Referencias bibliográficas

- Caamaño Rodríguez, F. J. (2022). El nuevo procedimiento especial para microempresas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (58), pp. 213-228. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8163/documento/art11.pdf?id=13108&forceDownload=true>.
- Instituto Nacional de Estadísticas (España). *Encuesta de Condiciones de Vida (ECV)*. <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/es/ECV2023.htm>. Consultado el 9 de octubre de 2024.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (Argentina). *Pobreza*. <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-46>. Consultado el 9 de octubre de 2024.
- Maffía, O. J. (1993). *Derecho Concursal, Tomo 1*. Buenos Aires: Depalma.
- Martorell, E. E. (1998). *Tratado de Concursos y Quiebras. Tomo 1*. Buenos Aires: Depalma.
- Ministerio de Justicia (España). *Memoria del análisis del impacto normativo*. <https://www.mjjusticia.gob.es/es/AreaTematica/Actividad-Legislativa/Documents/MAIN%20APL%20Insolvencia%20Tramitaci%C3%B3n.pdf>. Consultado el 10 de octubre de 2024.

- Ministerio de Justicia (España). *Servicio electrónico de microempresas*. <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/servicio-electronico-de-microempresas>. Consultado el 12 de agosto de 2024.
- Perasso, V. (2016, 12 de octubre). Qué es la cuarta revolución industrial (y por qué debería preocuparnos). *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37631834>.
- Conclusión (2023, 8 de julio). Pymes y Mipymes: el motor que activa la economía argentina <https://www.conclusion.com.ar/politica/economia/pymes-y-mipymes-el-motor-que-activa-la-economia-argentina/07/2023/>.
- Trujillo Díez, I. J. (1989). *El sobreendeudamiento de los consumidores*. Universidad de Castilla-La Mancha. https://www.aragon.es/documents/20127/674325/sobreendeudamiento_trujillo.pdf/4131a125-54d4-43a3-d1f0-a1cebd269c2f.



**MESA
DERECHO INTERNACIONAL
DE LAS TECNOLOGÍAS**

La colaboración del derecho internacional público y privado para la protección de los derechos del consumidor en la era del comercio digital

Ramón Octavio Mayorga Salamanca,¹ Salvador Gándara Ruiz² y Edgar Leyva Rodríguez³

Resumen

La colaboración entre derecho público y privado es más evidente y necesaria, en especial, en un contexto de cooperación internacional, donde las tecnologías de la información y comunicación (TIC), la interconectividad y el mundo globalizado plantean nuevos desafíos de interacción comercial, generando la necesidad de transformación del marco legal nacional existente, y una particular necesidad de creación de normatividad internacional. La integración de las TIC ha facilitado tareas cotidianas, como comprar productos o servicios, así, con estas facilidades y el comercio al alcance de las manos, surgen necesidades respecto al usuario de internet, donde se requieren integrar leyes en colaboración internacional para proteger los derechos del consumidor en el comercio electrónico.

Palabras clave: comercio electrónico; derecho del consumidor; marco legal internacional; derecho público; derecho privado

Abstract

Nowadays, the collaboration between public and private law is more evident and necessary, especially within a context of international cooperation, where information and communication

1 Abogado (Universidad de Guadalajara). Centro Universitario del Norte (CUNorte). Contacto: roms289205@gmail.com, ramon.mayorga@academicos.udg.mx. ORCID: 0009-0008-2958-4528.

2 Abogado (Benemérita Universidad Autónoma de Aguascalientes). Salvador Gándara Abogados. Contacto: abogadosalvadorgandara@hotmail.com. ORCID: 0009-0004-4248-9251.

3 Abogado (Universidad de Guadalajara). Centro Universitario del Norte (CUNorte) H. Ayuntamiento de Totatiche, Jal. Contacto: cleyyarodriguez@gmail.com. ORCID: 0009-0006-2543-849X.

technologies (ICT), interconnectivity and the globalized world pose new challenges of commercial interaction, generating a need for transformation of the existing national legal framework, as well as a particular need for the creation of regulations at the international level. The integration of ICTs has facilitated daily tasks, such as buying products or services. Thus, with these new facilities and trade at our fingertips, new needs arise concerning the Internet user, where it is necessary to integrate laws in the field of international collaboration to protect consumer rights in electronic commerce.

Keywords: electronic commerce; consumer law; international legal framework; public law; private law

I. Introducción

Los primeros intercambios de correo electrónico (*email*) se realizaron en las décadas de los 70 y 80. Aunque de manera básica y rudimentaria, se da inicio al comercio electrónico, generado con el uso de herramientas tecnológicas y sistemas de intercambio de información. Lo utilizaron empresas dedicadas al comercio, quienes, buscando facilitar el intercambio de información, como documentos comerciales, pedidos, facturas, de una manera rápida y segura, optaron por mecanismos que cambiarían por completo el mundo digital dentro del comercio, sentando las bases para transacciones electrónicas que conocemos actualmente.

Con la llegada de internet se produjo una verdadera revolución en el comercio. En los años 90, el uso de internet se popularizó y en 1994 se realizó la primera transacción comercial en línea. La empresa estadounidense Net Market realizó esta transacción al vender un CD de música, utilizando como medio una tarjeta de crédito. Este hecho marcó un hito en la historia de las compras por internet, haciendo posible el comercio por esta vía.

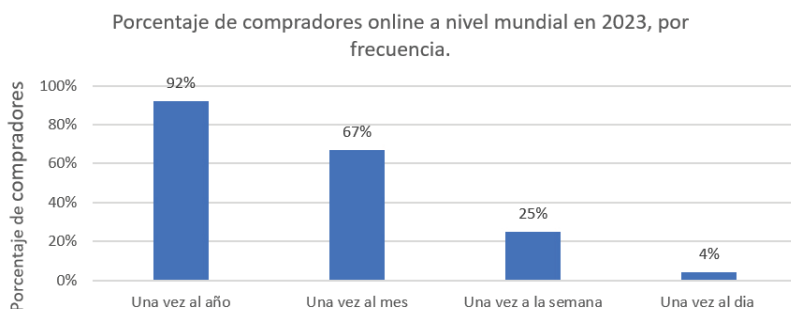
De igual manera, uno de los principales factores que aceleraron el comercio electrónico fue la pandemia por el covid-19, que, debido a las restricciones impuestas por las autoridades de salud, impedía la movilidad, lo que llevó a millones de personas en el mundo a comprar en línea. Esta situación forzó a implementar normativas que se adapten a las necesidades del mercado, protegiéndolo y garantizando la continuidad del comercio.

Promovido por la pandemia, el comercio electrónico se ha convertido en una cotidianeidad de la sociedad y parte fundamental del mercado internacional. Para el Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, adoptado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1998, es “la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos” (Organización Mundial del Comercio, 2023).

El aislamiento total que los países impusieron como medida para proteger a los ciudadanos generó que internet obtuviera un papel fundamental en las empresas para que éstas siguieran generando ingresos. Por otra parte, también fue una herramienta esencial para que los consumidores tuvieran acceso a bienes y servicios, que, por su naturaleza de no pertenecer al grupo de primera necesidad (servicios básicos) o bien por su amplia demanda, no se encontraban disponibles en las estanterías de los comercios, o incluso que dichos establecimientos no se encontraran en función debido a su suspensión de actividades. Señalan Hernández y Velázquez (2021) que “en México se declara la contingencia de confinamiento a causa de la pandemia mundial por Covid-19 en marzo del 2020, lo cual obliga a la población a guardar la cuarentena en casa, evitando salir a actividades no esenciales y por tanto cambiar sus hábitos y estilo de vida” (p. 167).

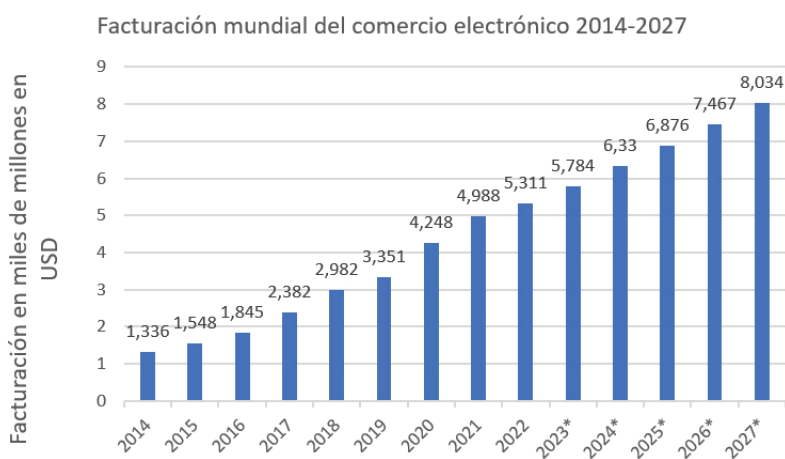
De igual manera, en el ámbito internacional, “cerca del 90% de la población mundial admitió haber comprado en internet en 2020”, según datos del portal de estadísticas de mercado Statista (2024). Un precedente que aumentó la cifra en los años siguientes,

de modo que hoy los cambios en los hábitos en la modalidad de compra electrónica serán permanentes.



Fuente: Statista (2024).

En la gráfica anterior podemos observar el comportamiento y el alcance del porcentaje de compradores en línea a nivel mundial durante 2023. Según Statista (2024), “en 2023, aproximadamente el 90% de los consumidores afirmó haber comprado al menos una vez al año en diferentes establecimientos online, según una encuesta realizada en el año referido. Por su parte, tan solo el 4% dijo haber adquirido productos o servicios a través de internet de forma diaria”.



Fuente: Statista (2024).

Tal como se desprende de Statista (2024),

las ventas de comercio electrónico a nivel mundial reportaron unos ingresos de aproximadamente 5,8 billones de dólares estadounidenses en 2023, según las últimas estimaciones. Esto no solo supuso un incremento de más de 400.000 millones con respecto a la facturación registrada tan solo un año antes, sino que fue la cifra de negocio más elevada del último lustro. Un incremento que se prevé continúe en los próximos años hasta superar los ocho billones en 2027.

En este contexto, el uso de las tecnologías establece una plataforma de comunicación donde se puede realizar el comercio y, por ello, surgen efectos legales, donde quienes celebran transacciones adquieren recíprocamente derechos y obligaciones. Allí, las leyes internacionales deben ser fundamentales en la implementación de un marco normativo que respalde los derechos del usuario o consumidor, aplicando un ordenamiento jurídico que regule las acciones del comercio digital internacional.

II. El comercio electrónico

El comercio electrónico se refiere a la distribución, compra, venta o información de suministros de bienes y servicios a través del uso de internet, como páginas web, aplicaciones o redes sociales. De este modo, “la definición más sencilla de comercio electrónico es: cualquier forma de transacción comercial donde las partes interactúan electrónicamente, en lugar del intercambio o contacto físico directo” (Malca, 2001, p.33). La definición de comercio electrónico o *e-commerce* ha venido acuñándose en las últimas décadas y resulta familiar para muchos de nosotros. En general, el comercio electrónico es la actividad de compra de productos, bienes o servicios mediante internet, revolucionando y expandiendo la actividad comercial entre consumidor y empresas.

El uso de internet posibilita tanto a consumidores como empresas a obtener bienes y servicios por medio de una transacción electrónica. Dicho intercambio es en la actualidad un medio accesible, de tal manera que “podemos definir al comercio electrónico como la entrega de información, productos o servicios y pagos por medio de redes o cualquier otro medio electrónico” (Castañeda y Zavala, 2012, p. 3). Con lo anterior, podemos determinar que la accesibilidad es sin duda uno de los principales impulsores de este mercado, donde resulta evidente que el consumidor puede acceder desde cualquier punto y en cualquier momento a productos o servicios a una escala global.

II. El derecho del consumidor

En la última década, el crecimiento acelerado del comercio electrónico a nivel mundial ha marcado un antes y un después en el derecho. Es evidente que este proceso ha creado una zona de interacción, donde convergen las ramas del derecho privado, público e internacional, pues, al realizar el intercambio de bienes y servicios, se genera un intenso debate sobre la creación y aplicación de un marco normativo innovador libre de imposición que responda a los intereses de los grandes grupos económicos de poder, fundado en la productividad, y que prevea las necesidades de la creciente demanda del mercado contemporáneo. Este sistema jurídico debe ser creado bajo la premisa de que se garantice la protección de los derechos del consumidor, como lo menciona Alfonso Velásquez (2018): “De un grupo determinado de personas que revisten acorde a la ley la calidad de consumidores finales de productos, bienes o servicios, o están asimiladas a ellos. En función de las características del vínculo jurídico que surge entre un proveedor y un consumidor” (p. 9).

La naturaleza de la ley en beneficio del consumidor debería ser la de amparar y garantizar sus derechos. Con lo anterior, el derecho del consumidor es un marco normativo que regula a los consumi-

res, ya sean personas físicas o morales, que realicen transacciones para adquirir bienes o servicios de quienes lo ofertan, es decir, una relación bilateral entre los usuarios, donde también existen obligaciones a cargo de los consumidores. Ovalle (2005) define al derecho del consumidor como el “conjunto de facultades que el ordenamiento jurídico les confiere en sus relaciones de consumo con los proveedores de bienes y prestadores de servicios” (p. 4).

La importancia de los derechos del consumidor en la economía global ha sido reconocida a nivel internacional. La Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el 15 de marzo como Día Mundial de los Derechos del Consumidor, con el objetivo de reconocer, reivindicar y legitimar sus derechos internacionales. La celebración conmemora el discurso realizado por el presidente John F. Kennedy el día 15 de marzo de 1962, donde reconoce el rol del consumidor dentro de la economía:

Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores. Pero son el único grupo importante en la economía que no están organizados eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, CNDH, 2023).

En México existe la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC), creándose en consecuencia la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO). Este organismo tiene como principal objetivo asegurar y defender los derechos de los consumidores, pues prevé abusos por parte de quienes ofertan productos y servicios. Además, esta institución pública es garante de que las relaciones del consumidor sean bajo la premisa de justas, un importante paso en la construcción de igualdad en México entre las empresas y los usuarios. Cabe destacar que fue el primer país en Latinoamérica en

adoptar el modelo de protección de derechos por medio de una procuraduría y el segundo en promulgar una ley en favor del consumidor. La PROFECO tiene presencia en 32 delegaciones y 19 subdelegaciones, sumando 51 oficinas en todo el país. Como consumidor, es importante saber cuáles son nuestros derechos, y es importante que sea el primer paso, ya que esta normativa permitirá que estos derechos sean vulnerados. Esto en lo que cabe dentro de la jurisdicción nacional, sin embargo, ¿qué sucede en el ámbito internacional? ¿Qué procuraduría, ley o institución protege los derechos del consumidor?

Proteger y garantizar los derechos del consumidor es un elemento esencial dentro del comercio electrónico mundial. Los usuarios, mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), en su mayoría consumen bienes y servicios para cubrir necesidades básicas. Además, el intercambio comercial global es necesario para el progreso global. El derecho no está en una forma estática, sino que, al contrario, está en una constante transformación. Es tal el proceso de evolución de los escenarios internacionales que pocas veces el derecho respalda a los consumidores a tal cambio, pues los Estados, encargados de crear un marco normativo, no legislan ante las necesidades actuales, de modo que el tardío surgimiento de nuevos conceptos y figuras jurídicas vulnera al consumidor y beneficia al proveedor.

El comercio electrónico se ha convertido en uno de los principales pilares de la economía mundial. Su naturaleza se distingue por traspasar fronteras al estar al alcance de un clic y plantea enormes desafíos e impulsa la actividad del derecho internacional dentro de sus dos vertientes, la pública y la privada. La interdependencia de estas ramas del derecho busca generar una colaboración recíproca que garantice un marco legal apegado a los más altos criterios respecto a los derechos y obligaciones del que vende y consume.

En ese sentido, la naturaleza del comercio electrónico va más

allá de los límites nacionales, fomentando la competencia y los precios justos, lo que permite el intercambio de transacciones en diferentes partes del mundo. Esta característica desafía las normas que tradicionalmente son aplicables en territorios específicos y que en su caso no están diseñadas para sobrellevar la complejidad y el cambio constante de los mercados electrónicos. Es por eso que surge la necesidad de una normativa que sea coherente y eficaz al regular dichos procesos, pero sobre todo que garantice los derechos de los consumidores, empresas y demás intermediarios, donde sea garante la seguridad jurídica en el mercado digital.

III. Problemas del Consumidor Digital

La regulación de los derechos del consumidor se dio gracias a su desventaja frente al vendedor, siempre desde un enfoque de jurisdicción nacional, es decir, dentro de cada país. En la era donde las compras internacionales en línea están en su cúspide, donde se compran artículos o servicios que van desde los de primera necesidad hasta los de ocio, se desprenden grandes problemáticas:

1. El comercio electrónico mundial, así como la evolución de los métodos de pago que buscan prescindir de la moneda física, son múltiples retos relacionados con la ineficiente infraestructura del sector del pago electrónico.
2. La expansión del comercio electrónico internacional genera que infinidad de consumidores sean víctimas de fraude y estafa.
3. La inexistencia de un marco normativo internacional, jurisdicción y procedimiento para hacer valer su derecho como consumidor al incurrir en problemas imputables al vendedor, como la información proporcionada por el proveedor, la calidad de los productos, los tiempos de envío, las devoluciones, reembolsos, garantías, servicios postventa, entre otros.

4. Las plataformas digitales tienden a fomentar el robo de identidad de miles de usuarios en todo el mundo.
5. Las plataformas digitales que se usan para el comercio electrónico internacional tienen una base de datos personales que pueden usar mal, provocando la vulneración del derecho de privación de datos.

Con lo anterior queda claro que el consumidor está expuesto a una vulnerabilidad que debe estar en constante evaluación por organismos y empresas internacionales, así como por los países del mundo. Esto tendría como fin establecer y regular las prácticas dentro del comercio electrónico internacional que garanticen que los usuarios que adquieren bienes y servicios en línea no sean expuestos al fraude y al robo de identidad y de datos personales. Estas malas prácticas son las más importantes dentro del esquema de actos antijurídicos que se identifican en la descripción de este trabajo.

Uno de los puntos fundamentales a desarrollar es la protección del consumidor cuando se habla de una transacción internacional, donde los consumidores se enfrentan a ciertas desventajas frente a las empresas extranjeras. La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores de la Unión Europea plantea una serie de reglas específicas para la protección de los datos del consumidor, lo que refleja un enfoque ajustado a derecho y en armonía entre las partes (Picón, 2013).

Una de las áreas claves es la protección de datos y la ciberseguridad, que las dos ramas del derecho, público y privado, deben trabajar en conjunto para combatir delitos cibernéticos y proteger los datos personales y la privacidad de los usuarios. Es importante, en un contexto digital global, la cooperación internacional y que se sigan estableciendo convenios, como el de Budapest, que habla de la ciberdelincuencia, donde la importancia de una respuesta internacional coordinada es indispensable.

Sin dudas, este negocio del comercio electrónico está sujeto a la recopilación masiva de datos personales, lo que sugiere una revisión exhaustiva del modelo de protección, y plantea una serie de preocupaciones sobre el uso y manejo de esa información y de su privacidad. El Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) (Reglamento 2016/679) es una normativa por la que el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea tienen la intención de reforzar y unificar la protección de datos para todos los individuos dentro de la Unión Europea. Si bien se ha tratado de abordar, este asunto de la privacidad aún es un tema de mucha relevancia y que toca trasfondos de mucha trascendencia.

Las leyes nacionales, con delimitación jurisdiccional, no están sujetas ni adaptadas para responder a las necesidades que el comercio electrónico ha generado en los mercados internacionales y las dinámicas en la aplicación de la ley, ya que solo responden a las necesidades locales y no contemplan de manera efectiva el comercio electrónico global. Esto sugiere un gran reto en las legislaciones de los Estados para alinearse a un mercado global, sujetándose al derecho público internacional.

El marco jurídico de cada país es único y responde a las necesidades de este, tales regulaciones rigen al comercio, los derechos del consumidor, la privacidad y seguridad de los datos sensibles. Estas leyes varían de país a país, generando un entorno disparejo y complejo para las multinacionales que operan en diferentes partes del mundo. Valga el siguiente ejemplo para contextualizar: una compra en línea entre el vendedor y un comprador, ambos en diferentes países, está sujeta a que diferentes normas, contratos, aranceles, derechos y obligaciones y protección de datos puedan implicar tiempo y acciones que desencadenen en controversias difíciles de resolver.

La falla en la claridad en los derechos del consumidor radica en hacer valer las garantías en caso de alguna controversia. El consumidor se encuentra en desventaja cuando en una compra en línea con algún vendedor que está en otro país no hace valer los derechos

de este, es decir, el consumidor está sujeto a la normatividad de donde se lleva a cabo la compra, lo que implica que en muchos de los casos el marco normativo no ofrece una protección real o compatible con el país donde radica el consumidor. En algunos casos, el marco jurídico es inadecuado, y en otros, inexistente.

Por otra parte, la seguridad cibernética y la protección de datos personales (también llamados sensibles) dentro del comercio digital internacional no abordan adecuadamente el reto que representa la falta de una normativa internacional. Estas lagunas legales y vacíos son aprovechados por los delincuentes en el mundo cibernético y las controversias en los diferentes marcos normativos respecto a la protección de datos personales son muy marcadas. Un ejemplo claro es el Reglamento General de Protección de Datos, en la Unión Europea, y un alto riesgo y desconfianza entre las empresas y los consumidores.

IV. Ausencia de marco normativo

La falta de mecanismos vinculantes en el terreno internacional se presenta orgánica, pues cada Estado soberano está conformado por marcos normativos con características propias, por ende, diferentes. Al suscitarse una controversia que se origina por el comercio electrónico, donde la compraventa fue realizada por internet, y que es transnacional, generada por el consumidor y una empresa, es materia de derecho internacional privado. Pueden surgir dos variantes. La primera y no menos importante es el interrogante acerca de qué tribunal sería el competente y qué legislación la aplicable. Y la segunda radica en la sentencia dictada en jurisdicción nacional por un juez, que deberá ejecutarse en un país diferente. En este contexto, los interrogantes propuestos tienen una complejidad enorme al darles respuesta y representan un reto para los sistemas jurídicos.

Una de las consecuencias de la globalización es que los Estados establezcan entre sí relaciones que contribuyan a su desarrollo.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, las relaciones entre los países fueron aumentando, surgiendo diversas organizaciones. En 1945 se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y por regiones se conformaron bloques con fines de intercambio de bienes y servicios que se tradujeron en desarrollo económico, como el Mercosur, el NAFTA y la Unión Europea. También es importante mencionar que se han elaborado un gran número de tratados internacionales, que discuten diferentes materias, entre ellas la economía global. Este derecho internacional impulsa la creación de normas con carácter jurisdiccional que sienten precedentes en la procuración de justicia derivada de actos de comercio internacional y propone un marco normativo en la defensa del consumidor.

En 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Resolución A/RES/39/248, la cual establece las reglas para la protección del consumidor. Estas normas hablan de un ordenamiento general que está dirigido básicamente a las organizaciones y a los Estados miembros de la ONU, destacándose los siguientes objetivos:

- Ayudar a los países a lograr o mantener una protección adecuada de sus habitantes en calidad de consumidores.
- Facilitar las modalidades de producción y distribución que respondan a las necesidades y los deseos de los consumidores, considerándose necesidades legítimas la protección de su salud y seguridad, el acceso a la información, su educación para el consumo inteligente, el resarcimiento efectivo frente a un daño y la posibilidad de constituir organizaciones independientes para la protección de sus intereses.
- Instar a los productores de bienes y servicios a que cumplan estrictas normas éticas de conducta.
- Poner freno a las prácticas comerciales abusivas.
- Facilitar la creación de organizaciones de defensa de los consumidores y usuarios.

- Fomentar la cooperación internacional en la esfera de la protección al consumidor.
- Promover la formación de mercados que ofrezcan a los consumidores mayor selección a precios más bajos. Aun así, agrega que toda regulación interna debe prever no convertirse en obstáculo para el comercio internacional. (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], 2016).

América Latina y el Caribe regulan en conjunto el comercio electrónico. Esta colaboración se puede dividir en grupos: el primero, conformado por Chile, Colombia, México y Perú, con la Alianza del Pacífico; el segundo, compuesto por los países centroamericanos, que han ratificado acuerdos y hablan dentro de sus capítulos del comercio electrónico; el tercero, integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con el Mercosur; y el cuarto, comprendido por Bolivia, Cuba, Ecuador y Venezuela, con el Caricom. Es importante mencionar que algunos países no forman parte de algún acuerdo comercial o de integración económica.

Así, las partes depositan su confianza en una transacción electrónica, sin saber si sus intereses se encuentran en su totalidad protegidos en caso de que se presentara una controversia como la anteriormente expuesta, lo que ocasiona incertidumbre jurídica.

Ante este escenario algunos países han optado por aplicar las reglas tradicionales existentes, mientras que otros han desarrollado normativa específica para reconducir los conflictos generados en línea. Esta heterogeneidad ha dificultado encontrar consistencia en la aplicación de normas, para determinar si un tribunal tiene jurisdicción sobre una disputa presentada por una transacción internacional en línea. (Nava González, 2020).

Establecer un mecanismo que se pueda ofrecer en ambas partes dado por la interacción comercial electrónica y que este sea sim-

ple y razonable, que resuelva las controversias derivadas por el uso de internet, que garantice el respaldo de un marco normativo y que genere confianza en las formas de hacer comercio electrónico internacional, es uno de los desafíos más importantes en este ámbito. Toma relevancia el tema en el establecimiento de nuevas formas de administración de justicia, como lo pueden hacer mediante los mecanismos de solución de controversias en línea, que son conocidos por sus siglas en inglés ODR (*online dispute resolution*). Esta figura aparece como una estrategia de implementación que vendría a ser una salida viable para los consumidores y las empresas, para la solución de controversias de poca cuantía, derivada de los actos del comercio electrónico en una transacción internacional realizada por internet. Es preciso señalar que estos organismos digitales aún no se consolidan, ya que atraviesan un sinnúmero de complejidades que el derecho internacional privado todavía no despeja y ha sabido solucionar.

En ese sentido, aunque el comercio electrónico cuenta con antecedentes normativos, su regulación se ha desarrollado de forma diferenciada y fragmentaria según las regiones del mundo. Por ejemplo, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, el cual entró en vigor en 2017 y habla sobre los puntos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo sobre Tecnología de la Información (ATI). Todos estos acuerdos de la OMC entran en la categoría de acuerdos neutrales, es decir, que las disposiciones se aplican según el medio con el que se comercialicen los bienes y servicios, lo que los identifica como aplicables para el comercio electrónico (Wu, 2017; OMC, 2018).

Se constata que no existe un único patrón, sino familias de acuerdos cuyo contenido refleja fundamentalmente la filosofía del socio respectivo, en particular los Estados Unidos y la Unión Europea (UE). Ello da lugar a una gran heterogeneidad normativa, tanto en los aspectos vinculados con el acceso a los mercados

como en los que dicen relación con el entorno regulatorio del comercio electrónico. (Herreros, 2019, p.6).

Con lo anterior se define que se crea una laguna legal y esta existe cuando “se refiere al vacío jurídico de un precepto normativo que se suscita cuando no existe una disposición legal expresamente aplicable cuando se trata de resolver un litigio jurídico con arreglo a un determinado derecho positivo” (Secretaría de Gobernación, 2024).

V. La unión del derecho privado y público internacional

Con los años, el comercio electrónico sufre profundos cambios que requieren especial atención en lo que tiene que ver con los avances tecnológicos, el uso y aplicación de nuevas herramientas en la administración de justicia (tribunales), la protección del consumidor y la falta de uniformidad de una norma regulatoria en el sector.

En el caso del derecho internacional público, se inclina por la cooperación entre naciones para fijar la normativa que regulará el comercio internacional, además del comercio digital, lo que sugiere una lista de tratados, normas y acuerdos de acción multilateral que facilitan el comercio, igual que protegen la soberanía y los intereses nacionales de determinado Estado.

Dentro de los tratados internacionales, el derecho público internacional deja la puerta abierta para la creación de dichas normas de carácter internacional que promueven un equilibrio uniforme en la regulación del comercio electrónico. Un claro ejemplo es el acuerdo sobre el comercio de servicios de la Organización Mundial del Comercio (OMC), siendo esta la única organización internacional que vela por las normas que regulan el comercio entre Estados. Los principales pilares son los acuerdos de esa organización, negociados por los países participantes en el comercio mundial, a los cuales estos se han adherido. Uno de los objetivos es que ayuda a los productores de bienes y servicios, a los impor-

tadores y a los exportadores a llevar a buen puerto sus actividades comerciales. (Gómez, 2012).

Por otro lado, el comercio electrónico y los contratos de rango internacional, en el derecho internacional privado, se dan a la tarea de determinar dentro de la ley quién rige estos contratos, estableciendo las consideraciones de la voluntad de las partes y su lugar de aplicación. No está de más citar que la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías ha comenzado un proceso de adaptación para ajustarse e incluir ciertas disposiciones específicas del comercio electrónico como norma internacional, obligando a que los países, al ser parte, se comprometan a ajustarse a dichas medidas de protección internacional. Pero es importante señalar que en ocasiones muy específicas se requiere que cierto elemento sea extranjero, para que el convenio sea de derecho internacional privado y aplicable en esta materia (Ruiz, 2011). Por lo tanto, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías exige, para su propia aplicación, que los contratantes posean sus establecimientos en distintos Estados (Dore, 1983; Herber y Czerwenka, 1991).

La defensa o protección de los derechos de los consumidores y usuarios encuentra sus bases en el derecho interno, ya que este busca regular y proteger al consumidor en el ámbito nacional o local. Esta legislación, que se ha venido dando en el espacio internacional, tiene la característica de enfocarse única y exclusivamente en los casos nacionales, es decir, los que surgen, se desarrollan y se les da solución en la jurisdicción correspondiente. Mayormente, los Estados no se encuentran sujetos a ningún marco normativo que trate casos del derecho internacional privado, haciendo que este fenómeno de la globalización, con el desarrollo de nuevas tecnologías, mercados emergentes, la comunicación y el transporte, acentúe más el vacío legal que es materia de análisis de este trabajo.

La cooperación internacional y su importancia descansan en la homologación de la norma relacionada con el comercio

internacional. Es esencial que los países fijen posturas de cooperación y coadyuven a elaborar un marco legal que proporcione certeza jurídica, igualdad de condiciones y equidad en las transacciones internacionales. Sería una colaboración conjunta internacional que regule el mercado actual, con la elaboración de una norma general y en sintonía con las necesidades del mercado y el consumidor. Se crearía un marco legal, ajustado a derecho internacional, que responda a la demanda, que sea eficaz, coherente y predecible. Esto implicaría una reducción en los costos de operación y facilitaría la expansión de las empresas a nuevos horizontes, con la seguridad y la certeza jurídica de que no se enfrentarán a barreras de normas inesperadas que entorpezcan su operación dentro del comercio global.

La aplicación de un marco de protección del consumidor en materia internacional establece un estándar, aunque sea mínimo, en la protección de este y garantiza, en cualquier parte del mundo, que se tenga acceso a un catálogo de derechos. Y así, con dicho marco, se sancionen las prácticas comerciales que no se ajusten a él, como también fraudes o cualquier otra modalidad de abuso en contra del consumidor.

Establecer una coordinación en materia de seguridad cibernética y protección de datos dentro del marco internacional permitirá un mejor trabajo conjunto en la lucha contra los delitos que se desprenden en este contexto, desde el intercambio de información sobre posibles amenazas, sanciones y un protocolo de actuación en lo que respecta al uso y manejo de datos sensibles que refuerce la seguridad de dicha información. Es importante señalar que un marco jurídico facilitaría y reduciría barreras no arancelarias que entorpecen el intercambio de transacciones, lo que se traduciría en un equilibrado marco normativo que comprenda procedimientos aduaneros y la estandarización de los productos, bajo la forma reglamentaria del contexto del comercio digital.

VI. La empresa y sus desafíos

En el entorno del comercio global, las empresas se enfrentan a desafíos significativos, desde mejorar sus servicios hasta la adaptación continua a las tecnologías emergentes.

La innovación debe ser una constante en las empresas, ya que el acceso al mercado internacional ha incrementado la competencia, lo que obliga a las multinacionales a mantenerse en constante cambio y actualización. Esto resulta ser aún más desafiante para las pymes, que por lo general no están a la altura de los recursos necesarios para aplicar las innovaciones necesarias y estar al alcance de las grandes empresas, y en respuesta a la demanda del mismo mercado y el consumidor.

Garantizar el cumplimiento en la logística es algo verdaderamente complejo y costoso. En un entorno donde miles de productos y servicios son gestionados, las empresas se ven en la necesidad de garantizar dicho proceso, provocando una fuerte inversión en infraestructura y tecnología que desahogue y responda a la necesidad de entregar rápida y eficientemente sus productos o servicios.

El surgimiento de nuevas tecnologías dentro del contexto del comercio electrónico presenta una rápida respuesta de las empresas, al verse en la necesidad de adquirir rápidamente tecnología de vanguardia, como puede ser la implementación en sus procesos de la inteligencia artificial y la configuración de sus programas al análisis de *big data*. Esta necesidad de aceleramiento constante se presenta como un desafío importante, ya que no todas las empresas tienen acceso y dentro de sus procesos aún se mantienen dentro de sus procedimientos en el margen de lo tradicional.

VII. Conclusiones

En la globalización digital, uno de los principales pilares de la economía mundial, el comercio electrónico, ha traspasado fronteras

y plantea desafíos para el derecho internacional público y privado. La interdependencia en los últimos años ha marcado una aceleración entre estas jurisdicciones, que busca generar una colaboración entre estas dos ramas de derecho que garantice un marco legal apegado a los más altos criterios de respeto a los derechos y obligaciones del que vende y consume en este mercado de comercio electrónico.

El comercio electrónico va más allá de los límites nacionales, lo que permite el intercambio de transacciones en diferentes partes del mundo, desafiando las normas aplicables en determinados territorios y no diseñadas para sobrellevar la complejidad y el cambio constante de estos mercados. Por eso surge la necesidad de una normatividad coherente y eficaz al regular dichos procesos, pero que garantice los derechos de consumidores, empresas y demás intermediarios, donde sea garante de la seguridad jurídica. Este proceso de enseñanza y aprendizaje por la pandemia del covid-19, en un mundo cada día más interconectado, señala la necesidad urgente de una regulación vigente a nivel internacional. Cabe señalar que se destacan iniciativas como los acuerdos internacionales para regular el comercio internacional dentro de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Como el derecho internacional privado es determinante en la regulación del comercio electrónico, es importante señalar que la materia se ve en la necesidad de determinar la legislación aplicable y su jurisdicción, en una disputa dentro de la pluralidad de la normativa local, lo que llega a generar conflictos en la interpretación de la norma. Para resolver esto, se requiere una justa y razonable aplicación de la norma vigente y su jurisdicción.

En la colaboración del derecho internacional público y privado se enfrentan a múltiples desafíos, pero también a oportunidades. Uno de los principales desafíos son los intereses entre países, por lo que el objetivo es llegar a un acuerdo entre sus sistemas jurídicos que logre un equilibrio y actualice las normas, en pos de seguir el ritmo acelerado de la evolución de mercados tecnológicos que hoy vivimos.

Por otra parte, desarrollar un marco legal global representa una oportunidad que no solo facilite el comercio digital, sino que sea garante de la protección de los derechos fundamentales. Y dentro de ese marco, promover la igualdad y equidad en el acceso a los mercados, una iniciativa que en los mercados emergentes entre países debería ser una norma o código internacional de comercio que contenga una coherencia en la regulación transfronteriza.

VIII. Referencias bibliográficas

- Alfonso Velásquez, O. L. (2018). *Consumidores y derecho en Iberoamérica*. Madrid: Reus.
- Calvo Caravaca, A. L. (2009). El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(2), pp. 52-133. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/78>.
- Castañeda, M. y Zavala, J. (2012). Comercio electrónico. *Contribuciones a la Economía*, 7, pp. 1-12.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2023). *Día Mundial de los Derechos del Consumidor*. <https://www.cndh.org.mx/noticia/dia-mundial-de-los-derechos-del-consumidor>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2016). *Desarrollo del comercio electrónico y la protección del consumidor*. UNCTAD. https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf
- Dore, I. I. (1983). Choice of law under the international sales convention: A U.S. perspective. *American Journal of International Law*, 77, pp. 530 y ss.
- Gómez, R. T. (2012). Transacciones internacionales: del GATT a la OMC. *Mediterráneo Económico*, (22), pp. 125-138.

- Herber, R. y Czerwenka, G.B. (1991). *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen WarenKauf*. München: C.H. Beck.
- Hernández, R., Islas, A. y Velázquez, J. (2021). Efectos de la Pandemia del COVID-19 en el Comportamiento del Consumidor Mexicano: Hábitos de Compra de la Canasta Básica. *European Scientific Journal ESJ*, 17(4), p. 165. <https://eujournal.org/index.php/esj/article/view/13970>.
- Herreros, S. (2019). *La regulación del comercio electrónico transfronterizo en los acuerdos comerciales: Algunas implicaciones de política para América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL.
- Malca, Ó. (2001). *Comercio electrónico*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Mistretta, C. V. (2012). *La protección del consumidor en el derecho internacional privado* (Tesis doctoral). Universidad de Belgrano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Nava González, W. (2020). Los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en línea: Su problemática en el derecho internacional privado. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 13, pp. 197-208. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7524>.
- Organización Mundial del Comercio (2018). *Informe sobre el comercio mundial 2018. El futuro del comercio mundial: Cómo las tecnologías digitales están transformando el comercio mundial*. https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr18_s.htm.
- Organización Mundial del Comercio (2023). *Comercio electrónico*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm
- Ovalle, J. (2005). Los derechos de los consumidores. *Revista de Derecho Privado*, 12(4).

- Picón, N. F. (2013). La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores. *Anuario de Derecho Civil*, (2), pp. 717-836.
- Ruiz, E. C. (2011). Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, (1), pp. 77-161. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/157>.
- Secretaría de Gobernación (2024). *Definición de consumidor*. Sistema de Información Legislativa. <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=140>.
- Statista (2023). *Facturación del comercio electrónico mundial*. <https://es.statista.com/estadisticas/1242096/facturacion-del-comercio-electronico-mundial/>
- Statista (2024). *Comercio electrónico en el mundo*. <https://es.statista.com/temas/9072/comercio-electronico-en-el-mundo/>.
- Wu, M. (2017). Digital trade-related provisions in regional trade agreements: Existing models and lessons for the multilateral trade system. *RTA Exchange*. ICTSD & Banco Interamericano de Desarrollo. <http://e15initiative.org/publications/digital-trade-related-provisions-inregional-trade-agreements-existing-models-and-lessons-for-the-multilateral-trade-system/>.



**MESA
DERECHO INTERNACIONAL
DE FAMILIA**



Nuevos paradigmas de la filiación: la socioafectividad como fuente emergente. Análisis comparativo entre Argentina, Brasil y Paraguay¹

Ana Marcela Ferreyra,² Diamela Amancay Farias,³ Luciano Ariel Larraburu⁴ y Delfina Isabel Romero⁵

Resumen

Esta investigación pretende examinar la viabilidad de la recepción de la multiparentalidad o socioafectividad como una nueva fuente filiatoria en nuestro ordenamiento jurídico, evaluando su impacto en el derecho a la identidad del niño, la responsabilidad parental y el derecho sucesorio.

Se ha optado por un estudio comparativo de los ordenamientos jurídicos y de la jurisprudencia de los países limítrofes que influyen en nuestra región, como Brasil y Paraguay, con el objetivo de comprender cómo la socioafectividad es interpretada y aplicada dentro del ámbito del derecho civil de cada Estado, su conexión con el derecho internacional privado de familia y el cumplimiento con los instrumentos convencionales suscriptos por los tres países en análisis.

La investigación concluye sobre la viabilidad del reconocimiento de la socioafectividad en el ordenamiento jurídico argentino, debiendo modificarse el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), permitiendo la multiparentalidad para los casos de vínculo socioafectivo comprobados, requiriéndose el con-

1 Proyecto de Investigación del Instituto de Investigaciones Científicas (IDIC), Universidad de la Cuenca del Plata (UCP), Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Resistencia, Argentina.

2 Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Universidad de la Cuenca del Plata. Contacto: ferreyraanamarcela_cen@ucp.edu.ar. ORCID: [0009-0001-2339-6074](https://orcid.org/0009-0001-2339-6074).

3 Estudiante de Abogacía de la Universidad de la Cuenca del Plata. Contacto: amancayfarias@gmail.com.

4 Estudiante de Abogacía de la Universidad de la Cuenca del Plata. Contacto: lucianolarra173@gmail.com.

5 Estudiante de Abogacía de la Universidad de la Cuenca del Plata. Contacto: delfinaromero2003@gmail.com.

curso del juez a fin de validar en cada caso las relaciones basadas en el afecto.

Palabras clave: derecho de familia; constitucionalización de la familia; identidad; filiación múltiple; socioafectividad; derecho sucesorio; derecho de la integración

Abstract

This research aims to examine the viability of the reception of multiparenthood or socio-affectiveness as a new source of affiliation in our legal system, evaluating its impact on the child's right to identity, parental responsibility and inheritance law.

A comparative study of the legal systems and jurisprudence of neighboring countries that influence our region, such as Brazil and Paraguay, has been chosen with the aim of understanding how socio-affectiveness is interpreted and applied within the scope of Civil Law of each State, its connection with International Private Family Law and compliance with the conventional instruments signed by the three countries under analysis.

The investigation concludes the viability of the recognition of socio-affectiveness in the Argentine legal system, and art must be modified. 558 of the CCyCN allowing multiparenthood for cases of proven socio-affective bond, requiring the assistance of the judge in order to validate in each case the relationships based on affection.

Keywords: family law; constitutionalization of the family; identity; multiple filiation; socio-affectivity; succession law; law of integration

I. Introducción

En el derecho de filiación actual se está consolidando la posibilidad de establecer más de dos relaciones filiales, debido a la incorporación de nuevas formas de filiación. Este fenómeno plantea un debate sobre el reconocimiento legal de la multiparentalidad, ya sea desde el origen o como resultado de circunstancias posteriores, con sus efectos personales y patrimoniales.

La relevancia de esta investigación radica en la identificación y análisis de los derechos implicados en el contexto de la filiación múltiple o socioafectiva y cómo estos derechos son interpretados y aplicados dentro del ámbito del derecho civil de cada Estado y su conexión con el derecho internacional privado de familia. El objetivo es comprender los diferentes sistemas que regulan este tema en los marcos jurídicos de Argentina, Paraguay y Brasil, no solo para reglar las relaciones entre ellos, sino también entre los individuos que habitan en ellos, que se desplazan más allá de las fronteras estatales, creando situaciones jurídicas que deben contar con un reconocimiento transfronterizo.

Para ello, se tornó necesario clarificar cómo cada sistema legal define el concepto de familia y los diferentes tipos de filiación que reconocen. Este análisis es fundamental para entender las bases sobre las cuales se construyen las relaciones familiares en cada jurisdicción y las implicaciones legales que surgen de estas definiciones.

Posteriormente, se examinó detalladamente la socioafectividad como una categoría jurídica emergente, planteando el interrogante sobre si “lo afectivo” debería considerarse como un nuevo principio legal orientador. Esta cuestión es relevante para la evolución del derecho de familia, ya que implica reconocer y valorar los vínculos afectivos no biológicos que desempeñan un papel esencial en la vida de los individuos.

Este estudio comparativo pretendió ofrecer una visión integral y crítica de los marcos legales actuales, identificando áreas de mejora

y proponiendo posibles reformas que permitan una mayor cohesión y protección de los derechos en las relaciones socioafectivas en la región transfronteriza con Brasil y Paraguay. Al hacerlo, se busca contribuir al desarrollo de un derecho de familia más inclusivo y adaptado a las realidades contemporáneas, promoviendo así la justicia y la igualdad en el ámbito familiar.

II. La socioafectividad como presupuesto de las parentalidades plurales

El término “socioafectividad” fue acuñado en el ámbito jurídico brasileño y empleado por primera vez en 1992 por el profesor Luiz Edson Fachin en su obra *Estabelecimento da Filiación y Paternidad Presunta*. No obstante, su comprensión conceptual se remonta a 1979, cuando el jurista João Baptista Villela abordó esta idea en su texto *Desbiologização da Paternidade*.

Como categoría jurídica, la socioafectividad ha iniciado un proceso de consolidación para alcanzar la precisión conceptual necesaria que permita su operatividad. Según Millán (2022), puede definirse preliminarmente como “el conjunto de vínculos significativos y recíprocos entre los miembros de una familia, que encuentra su fuente en el afecto, siendo este de tal relevancia que origina un vínculo jurídico familiar”.

En este sentido, señala Kemelmajer de Carlucci (2014) que:

El afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...) No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos (...).

Los modelos familiares contemporáneos y las diversas maneras de ejercer la parentalidad requieren un reconocimiento adecuado por los diferentes marcos legales. Un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 1584, inc. 5, del Código Civil de Brasil, que expresa: “Si el juez determina que el niño no debe permanecer bajo la custodia del padre o de la madre, otorgará la custodia (...) considerando preferentemente el grado de parentesco y las relaciones de afinidad y afecto”.

De este análisis se desprende que el ejercicio de la parentalidad ya no se circunscribe a las formas tradicionales. Factores como el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), las relaciones poliamorosas, la homoparentalidad y otros contextos sociales han dado lugar a la pluriparentalidad o multiparentalidad, en la que la socioafectividad ocupa un papel central.

Por otra parte, los cambios en los modelos familiares han sido reconocidos en diversos instrumentos internacionales y declaraciones no vinculantes. Ejemplo de ello son los Principios de Yogyakarta, que establecen explícitamente el reconocimiento de diversas configuraciones familiares. Asimismo, documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Observación N.º 19 de la ONU reafirman que no existe un único modelo de familia y subrayan que todas las formas de constituir una familia deben ser respetadas, aceptadas y reconocidas.

III. Evolución Jurídica de la Familia y de los Tipos de Filiación

En el ordenamiento jurídico argentino, la Constitución Nacional consagra la protección integral de la familia en el artículo 14 bis. Sin definirla ni dotarla de un contenido específico, adoptando una postura amplia, esta disposición permite que la noción de familia evolucione conforme a los aspectos sociales, económicos y culturales de cada época. En el mismo sentido, el bloque de constitucionalidad asegura expresamente la protección de la familia en sentido amplio.

El nuevo Código Civil y Comercial ha abandonado la visión tradicional de la familia matrimonial y sacralizada, avanzando hacia una multiplicidad de formas de familias. Por ello, puede sostenerse que, desde lo jurídico, no existe un concepto delimitado de familia, sino que, desde una visión plural, se reconocen diversas formas de vivir en familia. Esto sugiere reemplazar el término “familia” en singular por “familias” en plural, destacando la relevancia de los vínculos afectivos. Así, el concepto de familia incluye no solo al vínculo matrimonio, sino también a las uniones convivenciales (ya sea de distinto o de igual sexo), las relaciones monoparentales, pluriparentales, ensambladas, con hijos biológicos, adoptivos o nacidos por técnicas de reproducción humana asistida, ya sea con material genético propio o donado.

En la actualidad, el ordenamiento argentino regula tres tipos de filiación:

1. Filiación por naturaleza (biológica).
2. Filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).
3. Filiación por adopción.

No obstante, comienza a vislumbrarse una posible cuarta fuente filiatoria, reconocida por la vía jurisprudencial: la socioafectividad. Sin embargo, esta aún carece de regulación normativa.

Por otra parte, los artículos 558 *in fine* y 578 del Código Civil y Comercial prohíben expresamente la coexistencia de más de dos vínculos filiales simultáneos, lo que constituye un límite de orden público. Este límite, no obstante, se enfrenta a la creciente presencia de familias multiparentales que buscan amparo jurídico en los tribunales. En consecuencia, se plantea la necesidad de cuestionar la constitucionalidad o la inaplicabilidad de estos artículos.

En este contexto, la aceptación de una filiación múltiple que exceda el sistema binario actual suscita interrogantes y reflexiones

sobre sus efectos inmediatos y a largo plazo, los cuales permanecen sin solución debido a un vacío legal.

En Brasil, su Constitución de 1988 representa un modelo de constitucionalismo dirigente o de carácter social. Este texto reconoce explícitamente las uniones entre hombres y mujeres, así como las relaciones entre ascendientes y su prole. Según Netto Lôbo (2002), el artículo 226 contiene una cláusula general de inclusión que prohíbe la exclusión de cualquier entidad que cumpla con los requisitos de afectividad, estabilidad y notoriedad.

Así también, el Código Civil brasileño de 2002 ha incorporado cambios significativos para adaptarse a los nuevos paradigmas de la sociedad posmoderna. Los principios de eticidad, socialidad y operabilidad presentes en este Código constituyen cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que, al depender de la valoración, requieren el establecimiento de conexiones interpretativas con la Constitución, reflejando así la necesidad de adaptar la legislación a la evolución de la sociedad y su comprensión de la ética, la convivencia social y la operatividad de las normativas legales en un contexto cambiante.

El derecho brasileño reconoce tres tipos de filiación:

1. Filiación biológica.
2. Filiación por vínculo civil.
3. Filiación por vínculo socioafectivo: esta se origina en una relación afectiva entre padres e hijos, donde los primeros no aportaron material genético, pero el vínculo se sustenta en el afecto y la convivencia.

La socioafectividad, como forma de filiación en Brasil, se caracteriza por el afecto, la convivencia, la responsabilidad y la estabilidad de las relaciones familiares, consolidándose como un avance significativo en el derecho de familia brasileño.

Por último, en Paraguay, la familia tiene rango constitucional desde 1967. En la Constitución de 1992 se amplió la protección estatal a las familias “no estables, libres y pasajeras”, sin discriminar entre las familias matrimoniales y las concubinarias (Pucheta de Correa, 2002).

La problemática surge del reconocimiento de solamente las parejas heterosexuales, porque según la disposición taxativa del artículo 52 de la Constitución, “la unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia”. Pese a esto, se protegen íntegramente distintos modelos de familia en el país, los cuales, según la CN, artículo 49, son: a) la unión estable entre un hombre y una mujer con sus hijos, y b) la familia monoparental.

El referido artículo 52 también reconoce la “unión de hecho” entre un hombre y una mujer, siempre que no existan impedimentos legales para contraer matrimonio y se cumplan los requisitos de estabilidad y exclusividad. Estas uniones, conocidas como “concubinatos”, generan efectos legales similares al matrimonio (artículo 51). Sin embargo, la protección constitucional excluye a las parejas homosexuales y a aquellas heterosexuales que no cumplan con los requisitos mencionados, creando un vacío de protección legal para otras configuraciones familiares. Este enfoque, si bien refleja la idiosincrasia paraguaya al momento de su redacción, puede considerarse actualmente discriminatorio.

En Paraguay, todos los hijos, independientemente de ser “legítimos” o “ilegítimos”, gozan de los mismos derechos, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución Nacional. Sin embargo, las fuentes de filiación reconocidas se limitan a:

1. Filiación por consanguinidad, derivada del vínculo biológico entre padres e hijos.
2. Filiación por adopción, mediante la cual el adoptado pasa a formar parte de la familia adoptante, desvinculándose totalmente de su familia biológica.

Es relevante mencionar que Paraguay no reconoce la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ni la socioafectividad como fuente filiatoria.

IV. La multiparentalidad y su relación con el derecho a la identidad del niño y la responsabilidad parental

Resulta relevante evaluar los efectos que la multiparentalidad puede generar en la toma de decisiones legales, teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente (NNA). Asimismo, es necesario examinar los conflictos que surgen en el marco de las diversas formas familiares contemporáneas.

A partir de un análisis de la jurisprudencia argentina, se recopilaron 29 fallos relacionados con la multiparentalidad, los cuales se clasificaron según los distintos tipos de filiación involucrados: por naturaleza, por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

En cada fallo se evaluó cómo los jueces consideraron el derecho a la identidad del niño, contrastándolo con su interés superior. También se analizó si el instituto de la responsabilidad parental fue abordado de manera adecuada.

IV. 1. Multiparentalidad y filiación por naturaleza

Se identificaron 14 fallos relacionados con la triple filiación por naturaleza. En todos ellos se presentaron casos de reconocimientos complacientes, es decir, niños reconocidos por personas que no eran sus progenitores biológicos. La edad de los niños oscilaba entre los dos y los 16 años en 11 casos, mientras que tres correspondían a mayores de edad.

En ocho de estos casos, el proceso fue iniciado por el progenitor biológico mediante una acción de impugnación de filiación; en un caso, por una adolescente; en dos, por la madre; y en tres, por hijos adultos. En la mayoría de los fallos, los jueces rechazaron la impugnación de filiación presentada por el progenitor biológico, optando por sumar los vínculos socioafectivo y biológico.

De los trece fallos que admitieron la triple filiación, en ocho los jueces declararon la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), mientras que en cinco se resolvió su inaplicabilidad mediante el diálogo de fuentes.

En relación con el derecho a la identidad del NNA, en siete fallos se ordenó incorporar el apellido del progenitor biológico al del socioafectivo, destacándose que los niños involucrados eran menores de seis años (excepto en un caso de un adulto identificado como GJM). En los seis fallos restantes no se adicionó el apellido del progenitor biológico a petición del NNA, quien ya había construido su identidad con un nombre establecido.

Respecto a la responsabilidad parental en casos de triple filiación, esta solo fue abordada en dos sentencias: “CCA” y “PI”. En el primer caso, se instó a los progenitores a presentar un plan de parentalidad en un plazo de diez días. En el segundo, el progenitor socioafectivo y el biológico firmaron un convenio sobre responsabilidad parental. Cabe destacar el caso “FC” de La Plata, donde se dispuso un incidente de vinculación entre el progenitor biológico y el niño para construir una relación que garantizara la protección de su identidad.

IV. 2. Multiparentalidad y filiación por TRHA

Se recopilaron cuatro casos de triple filiación por técnicas de

reproducción humana asistida (TRHA) que llegaron a sede judicial. De los mismos, solo un caso (KDV) fue resuelto favorablemente y se encuentra firme, mientras que los tres restantes (ANR, CMF, FEF) fueron rechazados o se encuentran pendientes de resolución. En todos los casos se observa un núcleo familiar compuesto por una pareja homosexual y un tercero.

En el caso “KDV”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, resolvió favorablemente con los siguientes argumentos:

- Existía una laguna legal en el CCyCN para determinar la filiación en supuestos de TRHA con voluntad procreacional de tres personas.
- No había criterios razonables ni objetivos para limitar el concepto de núcleo familiar, que debe interpretarse de manera amplia (CIDH, casos “Atala Riffo” y “Artavia Murillo”).
- La adopción por integración no ofrecía el mismo nivel de certeza ni garantizaba plenamente los derechos y deberes parentales.
- Desde un punto de vista material, se presumía que el bienestar económico del niño aumentaría al contar con tres progenitores, en línea con su interés superior.
- El niño ya había nacido al momento de la sentencia.

En contraste, los argumentos para denegar la triple filiación por TRHA fueron:

- El artículo 558 *in fine* del CCyCN no es inconstitucional, dado que los tratados internacionales no determinan cómo debe organizarse el derecho de protección de la familia.
- La limitación de la autonomía de la voluntad en materia de filiación no implica imponer un modelo único de familia.

- Resolver de manera distinta atentaría contra la división de poderes.

IV. 3. Multiparentalidad y filiación por adopción

Se recopilaron un total de nueve fallos relacionados con la adopción y la triple filiación. En siete casos (VMGA, LMS, EMM, GMFN, FMLH, RHJ, BAJM) se trató de adopciones por integración, donde los hijos mantenían vínculos jurídicos con sus padres biológicos y sumaban una filiación socioafectiva proveniente de la pareja del padre o la madre, ya fuera cónyuge o conviviente.

En estos casos, los jueces consideraron posible otorgar una adopción de integración con efecto simple, de modo que el hijo mantenga vínculos jurídicos con el padre biológico. Sin embargo, dichos vínculos no son los filiatorios. Es por ello que, en virtud del derecho a la identidad dinámica y el interés superior del niño, era mejor para los menores mantener vínculos legales con ambos padres biológicos y el socioafectivo. Por lo tanto, se concedió la triple filiación en lugar de una mera adopción por integración.

Solo un caso (FFC) abordó una adopción plena pluriparental. En este, tres adultos solicitaron la adopción plena de una niña que previamente había sido declarada en situación de adoptabilidad y otorgada en guarda preadoptiva a un matrimonio del Registro de Adoptantes. Tras el divorcio de la pareja, la mujer se casó nuevamente y su nueva pareja construyó un vínculo socioafectivo con la niña. Ante este contexto, los tres adultos solicitaron y obtuvieron la adopción plena. El juez priorizó el deseo de la niña, quien manifestó su interés en tener dos padres y una madre, siguiendo así el principio del interés superior del niño.

En Brasil, el análisis de los fallos relacionados con la multiparentalidad revela que, en su mayoría, estos se fundamentan en el principio de la dignidad humana y en la búsqueda de la felicidad del niño. Tanto los padres biológicos como los socioafectivos están obligados a actuar con coherencia, fomentando la armonía familiar y garantizando la seguridad emocional y afectiva del niño.

El derecho a buscar la felicidad, implícito en el artículo 1, inciso 3, de la Constitución, otorga al individuo una posición central en el orden jurídico-político. Este derecho reconoce las capacidades de autodeterminación, autosuficiencia y libertad de cada persona para definir sus propios objetivos, limitando la intervención gubernamental en los medios elegidos por los ciudadanos para alcanzar sus metas privadas.

En este contexto, se ha establecido que:

La multiparentalidad es en el mejor interés de los menores de edad, en la medida en que se declare la paternidad socioafectiva, sin excluir la biológica, con el fin de brindar a los infantes la oportunidad de convivir tanto con el progenitor biológico como con el socioafectivo (Tribunal de Justicia de San Pablo, Apelación Civil, Segunda Instancia).

Sin embargo, también existen fallos que rechazan la multiparentalidad con el objetivo de preservar la identidad del niño o niña, especialmente cuando su corta edad impide que pueda tomar decisiones autónomas sobre su filiación.

Mayoritariamente, se legitima en interés del niño el reconocimiento del vínculo de filiación socioafectiva, generando parentesco socioafectivo para todos los efectos legales, dentro de los límites del derecho civil. En los casos de menores, se invoca el principio del interés superior del niño y del adolescente, mientras que, en el caso de adultos, el principio de dignidad humana prohíbe la existencia de un parentesco de “segunda categoría”.

En contraste, la multiparentalidad no es reconocida en la jurisprudencia paraguaya. Los fallos analizados abordan únicamente cuestiones relacionadas con adopción o técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), sin considerar casos de multiparentalidad.

Aunque la filiación socioafectiva no está explícitamente contemplada en el marco normativo, en la práctica se manifiesta a través del llamado “reconocimiento complaciente”. Este concepto hace referencia a una declaración voluntaria por la cual un progenitor establece un vínculo jurídico con un hijo, a sabiendas de que la realidad biológica no coincide con la filiación legal que se pretende establecer. En este sentido, se destaca que en Paraguay no es el vínculo de sangre el factor determinante para establecer el parentesco.

El Código Civil paraguayo regula ampliamente la filiación e incluye aspectos relacionados con la socioafectividad. No obstante, el Código de la Niñez y Adolescencia, a pesar de tratar derechos y obligaciones derivados del parentesco, no aborda la filiación como una figura autónoma. En Paraguay, el parentesco se determina principalmente mediante el acto de reconocimiento y no por los vínculos de sangre.

En los casos de reconocimiento complaciente o socioafectivo, los magistrados aplican su discrecionalidad para resolver, priorizando el interés superior del niño por encima de la verdad biológica.

Resulta imperativo que Paraguay evalúe de manera urgente estos temas a nivel nacional, abriendo un debate inclusivo que involucre a todos los sectores sociales y, posteriormente, dictando leyes que reflejen la realidad social del país. Además, se debe buscar la uniformidad de criterios con los marcos normativos de otros países de la región, para evitar conflictos legales como la creación de “paraísos genéticos” o la coexistencia de modelos de filiación diversos que puedan comprometer la efectividad de las leyes nacionales.

V. La socioafectividad y su impacto en el derecho sucesorio

La investigación evidencia que el concepto de socioafectividad ha desempeñado un papel fundamental al abordar la diversidad de formas en que las personas estructuran sus proyectos de vida familiar. Si bien su impacto normativo es más evidente en el ámbito del derecho de las familias, los principios de justicia sugieren la importancia de ampliar su aplicación a otras ramas del derecho, incluyendo el derecho sucesorio.

En este sentido, resulta necesario analizar la socioafectividad como una posible fuente de vocación hereditaria y examinar cómo puede integrarse en el marco jurídico sin comprometer la seguridad jurídica. Esto plantea interrogantes fundamentales, como si es factible que una persona herede a otra basándose exclusivamente en un vínculo afectivo, dejando de lado la voluntad establecida por la ley o el testador.

V. 1. La socioafectividad en el derecho sucesorio argentino

En Argentina, el sistema sucesorio se basa en ficciones y presunciones, como sostiene Malaspina (2005). Por su parte, Azpiri (2016) y Lloveras, Orlandi y Faraoni (2021, 2019) refuerzan esta idea al señalar que el legislador parte de una presunción de afecto entre el fallecido y sus parientes más cercanos, lo que fundamenta el reconocimiento de la vocación hereditaria.

La ley establece un orden de sucesión preferencial, en el cual cada categoría excluye a las siguientes:

1. Descendientes.
2. Ascendientes.
3. Cónyuge.
4. Colaterales hasta el cuarto grado.

Sin embargo, existe una excepción para el cónyuge, quien concurre con los descendientes y ascendientes, no siendo desplazado por estos, aunque sí excluye a los colaterales.

En el derecho sucesorio argentino, la socioafectividad no se encuentra regulada expresamente. A pesar de ello, algunos códigos procesales, como el Código Procesal Civil y Comercial (CPCC) de la provincia del Chaco, permiten que los herederos mayores de edad con un vínculo de parentesco acreditado admitan en el proceso sucesorio a coherederos que no hayan justificado su derecho, sin que ello implique el reconocimiento de un estado de familia (artículo 674 del CPCC CH).

Esta disposición abre la posibilidad de que una persona pueda obtener derechos sucesorios exclusivamente sobre la base de un vínculo socioafectivo, siempre y cuando sea admitida por los coherederos, independientemente de la voluntad del testador o de la ley.

V. 2. La socioafectividad en el derecho sucesorio brasileño

En Brasil, el establecimiento de la multiparentalidad ha generado debates sobre los límites del derecho a heredar de los hijos socioafectivos. Una de las cuestiones planteadas ante el Superior Tribunal Federal fue si un hijo socioafectivo podría ser llamado a la sucesión de un ascendiente en más de una ocasión. El tribunal resolvió a favor de la coexistencia de las herencias por filiación biológica y socioafectiva (STF Brasil, 2017).

Asimismo, el pronunciamiento 632 de la VIII Conferencia de Derecho Civil del STJ/CJF aprobó lo siguiente: “En los casos de reconocimiento de la multiparentalidad paterna o materna, el hijo tendrá derecho a participar en la herencia de todos los ascendientes reconocidos”.

En consecuencia, los derechos hereditarios de los hijos quedan garantizados independientemente del número de vínculos parentales, asegurando igualdad de condiciones con los demás herederos en las sucesiones de todos sus ascendientes.

V. 3. La socioafectividad en el derecho sucesorio paraguayo

En Paraguay, el concepto de sucesión se refiere a la transmisión de los bienes de una persona fallecida a una o más personas vivas, quienes adquieren este patrimonio por vía testamentaria o *abintestato*.

El Código Civil paraguayo establece que los descendientes y ascendientes acceden a la herencia de manera inmediata tras el fallecimiento del causante, sin necesidad de intervención judicial. En el caso de los herederos testamentarios, deben solicitar a los jueces la posesión de la herencia.

El marco legal paraguayo clasifica a los herederos en cuatro categorías:

1. Legítimos.
2. Testamentarios.
3. Forzosos.
4. Legatarios.

En cuanto a la sucesión de múltiples ascendientes, la normativa paraguaya solo reconoce filiaciones de primer y segundo grado (padres y abuelos). El sistema no admite más de dos vínculos parentales, ni siquiera en casos de adopción, donde los vínculos legales con los padres biológicos se extinguen una vez otorgada la adopción.

VI. Conclusiones

Los resultados de la investigación confirman que el afecto desempeña un rol esencial, e incluso determinante, en la resolución de numerosos problemas complejos en el ámbito del derecho de las familias, la infancia y la adolescencia en Argentina. Hasta que el derecho argentino incorpore una regulación específica, será el diálogo de fuentes, previsto en los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), el mecanismo para garantizar que las decisiones respeten los derechos en juego en cada caso.

En este sentido, se argumenta que la multiparentalidad requiere un marco legal claro y definido, dada su naturaleza novedosa y única. Dicho marco debe contemplar principios fundamentales como la autonomía de la voluntad, el interés superior del niño y la responsabilidad parental de los progenitores.

El ordenamiento jurídico argentino debe, por tanto, establecer si la multiparentalidad será admitida en los diferentes tipos de filiación, como ya sucede en el derecho brasileño, o si estará limitada únicamente a aquellos casos derivados de técnicas de fecundación asistida. Asimismo, es necesario determinar si su reconocimiento dependerá de la promulgación de una ley específica que regule la filiación socioafectiva, como ocurre en Brasil, o si quedará sujeta exclusivamente a la aprobación judicial, evaluando caso por caso si la pluriparentalidad beneficia al interés superior del niño, tal como se viene haciendo en la jurisprudencia argentina.

Otro aspecto decisivo será definir si la multiparentalidad exige necesariamente el acuerdo entre las partes involucradas, así como delimitar su validez y alcance.

VI. 1. Propuestas para el reconocimiento legal de la socioafectividad

El análisis de los principios fundamentales consagrados en la Constitución Nacional Argentina y en los tratados internacionales,

junto con un estudio comparativo de los sistemas legales de Brasil y Paraguay, permite concluir que es viable reconocer la socioafectividad en el marco normativo argentino. Para ello, sería necesario cuestionar la constitucionalidad o inaplicabilidad de los artículos 558 y 578 del CCCN. Esto se fundamenta en el proceso de convencionalización y constitucionalización del derecho civil, abriendo así la posibilidad de incluir supuestos de multiparentalidad cuando se cumplan los requisitos establecidos por la ley en cada caso concreto.

En este contexto, se concluye que la filiación socioafectiva debe resolverse exclusivamente mediante un proceso judicial. No puede depender de principios abstractos o cláusulas generales, ni de procedimientos administrativos, como ocurre en Brasil. Será el juez quien, en cada situación particular, evalúe el vínculo único y especial de afecto entre las partes, siempre atendiendo al interés superior de cada niño, niña o adolescente involucrado.

VI. 2. Impacto de la socioafectividad en otras áreas del derecho

La inclusión del componente socioafectivo no debería limitarse al ámbito del derecho de familia. En el derecho sucesorio resulta fundamental reconocer que todos los hijos, independientemente de su origen, deben gozar de los mismos derechos en virtud del principio constitucional de igualdad y no discriminación. La fuente filiatoria no puede ser motivo de distinción en materia sucesoria.

En Brasil, la socioafectividad ha sido reconocida como una de las fuentes de filiación, regulada tanto en el derecho de familia como en el derecho sucesorio. Este reconocimiento se basa en el vínculo afectivo y en la autonomía de la voluntad de los progenitores.

En Paraguay, aunque existen regulaciones generales sobre filiación, la ausencia de una normativa específica sobre filiación socioafectiva genera un vacío legal que podría vulnerar los derechos de las personas en situaciones familiares diversas.

VI. 3. Hacia un derecho de la integración en materia de filiación

Los individuos, históricamente, han desempeñado un papel central en el derecho internacional privado (DIPr), también adquieren relevancia en el ámbito del derecho internacional público (DIP), especialmente al considerar la protección de los derechos humanos (DD. HH.) y el desarrollo de ramas modernas como el derecho de la integración (DI).

El estudio comparativo de los sistemas legales de Argentina, Brasil y Paraguay adquiere relevancia ante el aumento de los desplazamientos internacionales de individuos y familias en esta región. Sin embargo, la diversidad cultural y normativa de los Estados involucrados, particularmente en el derecho de familia, genera desafíos significativos. La aceptación o el rechazo de un estatus legal reconocido en el extranjero afecta directamente la personalidad e identidad de las personas y podría comprometer sus derechos a una vida familiar plena.

En este sentido, se subraya la necesidad de avanzar hacia un derecho de la integración en materia de filiación que involucre a Brasil y Paraguay. Las relaciones familiares emergen como un elemento clave para fomentar la integración social regional. Este enfoque implica garantizar, desde el derecho internacional privado, la continuidad espacial de las relaciones familiares para aquellos que migran, tanto en su país de origen como en el Estado receptor.

Este principio unificador, fundamentado en la protección de los derechos fundamentales, atraviesa todas las áreas del derecho y tiene un impacto directo en la vida de cada persona y su familia. Adoptar esta perspectiva de justicia, que considere las particularidades y el contexto del conflicto, permite desarrollar un derecho más humano, capaz de integrar las diversidades y superar la búsqueda de neutralidad.

VII. Referencias Bibliográficas

- Azpiri, J. O. (2016). Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Sucesorio. En Bueres, A. J. *Incidencias del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Barros Monteiro, W. (2015). Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva.
- Barroso, L. R. (2001). Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, 4(15), pp. 11-47. https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf
- Bellotti San Martín, L. M. (2020). De qué hablamos cuando hablamos de socioafectividad, 27/11/2020. *III Jornadas Platenses de Derecho Sucesorio*.
- Calderón, R.; Franco, K. B. (2022). Multiparentalidade e direitos sucessórios: efeitos, possibilidades e limites. En A. Teixeira y A. Nevares (Coord.). *Direitos das sucessões: problemas e tendências*. Indaiatuba: Foco.
- Días, M. B. (2010). *Manual de Derechos de la Familia*. São Paulo: Revista Dos Tribunais.
- Días, M. B. (2009). Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales. *Revista Jurídica de Derecho Privado UCES*, (13), pp. 83-90. https://dspace.uces.edu.ar/jspui/bitstream/123456789/711/1/Filiaci%C3%B3n_socioactiva.pdf
- Diniz, M. H. (2002). Curso de Derecho Civil Brasileño. São Paulo: Saraiva.
- Fernández, S. (2021). *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes* (pp. 468- 479). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ferrer, F. (2019). Solidaridad y vínculo afectivo como fuente de la vocación sucesoria. *RCCyC*, (11), p. 63-75.

- Fioravati, M. y Prieto S., L. (2007). El Constitucionalismo de los Derechos. En M. Carbonell, Mi. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Herrera, M. (2015). Socioafectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante? En S. E. Fernández (Dir.). *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes* (pp. 975, 982), T. 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Herrera, M. (2014). La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del derecho de familia contemporáneo. *RDF*, 66(75). AR/DOC/5420/2014.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. *La Ley* 08/10/2014, 1, LA LEY 2014-E, 1267, ADLP 2014 (noviembre), AR/DOC/3592/2014.
- Kowalenko, A. (2022). *Filiación socioafectiva y pluriparental*. Córdoba: Mediterránea.
- Lloveras, N., Orlandi, O. y Faraoni, F. (2021). La sucesión por muerte y el proceso sucesorio. Buenos Aires: Erreius.
- Lloveras, N. Orlandi, O. y Faraoni, F. (2019). Comentario a los Arts. 2277 a 2671. En R. Lorenzetti (Dir.) *Código Civil y Comercial Explicado- Doctrina y Jurisprudencia – Sucesiones*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Lloveras, N. y Herrera, M. (Dirs.) (2010). *El derecho de familia en Latinoamérica*. Buenos Aires: Nuevo Enfoque Jurídico.
- Malaspina, J. R. (2005). Ficciones y presunciones en el derecho sucesorio. *La Ley* 2005-B.
- Ministerio Público de la Defensa. (2022). Boletín de Jurisprudencia. La triple filiación en la jurisprudencia argentina. <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4085>.

- Millán, F. (2022). La socioafectividad. El afecto, el derecho y su proyección legislativa. *RDF* (4), pp. 125-134.
- Nanclares Valles, J. (2008). Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza. *Aranzadi civil*, (7), pp.2243-2270.
- Netto Lôbo, P. L. (2002). Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus. *ANAIIS IBDFAM*. http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf.
- Orlandi, A. y Bensabath, C. (2022). El reconocimiento de la socioafectividad en el derecho sucesorio. *Revista Argumentos*. (15), pp. 75-99. <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primer/a/article/view/283>.
- Parra, M. R. (2021). Hacia la ruptura del binarismo filial: ¿La “Socioafectividad” como nuevo principio del Derecho de las Familias? Artículo de doctrina. <https://www.aacademica.org/matiasparra/2>.
- Pucheta de Correa, A. (2002). Los derechos de la familia y su proyección en la Constitución. Monografía. <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/constitucional/Alicia-Pucheta-Los-Derechos-de-la-Familia.pdf>.
- Sapena Giménez, J. (2011). Adecuación del derecho paraguayo a los nuevos paradigmas del derecho de familia. *Revista Jurídica Universidad Americana*, 2(2), pp. 215-236. <https://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridicaua/article/view/143>.
- Villela, J. B (1979). Desbiologización de la paternidad. *Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais*, 21, p. 400.
- XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca (2015). Comisión 6, Familia: “Identidad y filiación”. <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>.

Eficacia del sistema de protección en casos de maltrato tramitados en los Juzgados de Niñez de la ciudad de Pilar

Jessica Graciela Marecos Dohmen¹

Resumen

El maltrato infantil se constituye en una de las problemáticas que aqueja a la sociedad en todos los ámbitos, impactando negativamente en diferentes contextos: familiar, educativo, económico y social, cuyos efectos pueden ser irreversibles si no son tratados conforme a las disposiciones y normativas que regulan la protección de los niños/as en situación de maltrato. En este sentido, la investigación se circunscribe en el ámbito de los procedimientos implementados en los juicios de maltrato y las medidas adoptadas por los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia de la ciudad de Pilar, Paraguay. Para el efecto, se utilizó el diseño de tipo descriptivo con un enfoque cuantitativo-cualitativo. Para la obtención de los datos, se utilizaron instrumentos como análisis de los expedientes, entrevistas y cuestionarios aplicados a magistrados, defensores públicos, profesionales del Equipo Interdisciplinario Asesor de la Justicia de la Niñez y Adolescencia y abogados litigantes. Los principales resultados revelan la falta de claridad conceptual sobre el maltrato infantil y la revictimización del niño, quien es oído en múltiples ocasiones por diferentes profesionales. Además, se constató que el seguimiento de los casos se realiza de manera asistemática. A fin de mejorar la eficacia del sistema de protección en los casos de maltrato, se recomienda optimizar el procedimiento y consolidar el trabajo articulado entre las instituciones encargadas de proteger los derechos y garantías del niño/a en situación de maltrato.

¹ Doctoranda en Derecho Procesal por la Universidad Católica de Santiago del Estero. Universidad Nacional de Pilar, Paraguay. Doctoranda en Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de Pilar. Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Americana. Abogada y Notaria por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Nacional de Pilar. Funcionaria del Juzgado de la Niñez del Poder Judicial, Circunscripción Judicial de Ñeembucú. Contacto: jessimardo@hotmail.com. ORCID: 0009-0008-3991-4420.

Palabras clave: eficacia; maltrato infantil; niño/niña; medidas; procedimiento; revictimización

Abstract

Child abuse constitutes one of the issues that afflict society in all areas, negatively impacting different contexts: family, educational, economic, and social. These effects can be irreversible if not addressed in accordance with the provisions and regulations governing the protection of children in situations of abuse. In this regard, the research focuses on the procedures implemented in abuse trials and the measures adopted by the Juvenile Courts of the city of Pilar, Paraguay. For this purpose, a descriptive design with a quantitative-qualitative approach was employed. Data collection instruments included analysis of case files, interviews, and questionnaires administered to Judges, Public Defenders, professionals from the Interdisciplinary Advisory Team of Juvenile Justice, and Litigating Lawyers. The main findings reveal a lack of conceptual clarity regarding child abuse and the revictimization of the child, who is heard multiple times by different professionals. Additionally, it was found that case follow-up is conducted unsystematically. To improve the effectiveness of the protection system in abuse cases, it is recommended to optimize procedures and consolidate coordinated efforts among the institutions responsible for safeguarding the rights and guarantees of abused children.

Keywords: effectiveness; child abuse; child; measures; procedure; revictimization

I. Introducción

El maltrato infantil ha cobrado relevancia en los últimos años, tanto a nivel internacional como nacional y local. Esta conducta, que ha sido silenciada por años, sigue siendo una deuda pendiente para el Estado. Esto se refleja en los numerosos casos de abuso sexual, castigo físico, psicológico, así como en situaciones de aban-

dono y desnutrición en la que se encuentran muchos niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, Foucault (1983) afirma que los hechos banales pasan desapercibidos y están presentes en la sociedad antes de ser atendidos como problemas específicos. Este podría ser el caso del maltrato infantil en Paraguay.

Además, un informe realizado por el Ministerio de Salud junto con Unicef revela que más del 52% de los niños y las niñas en el Paraguay son “educados” mediante agresiones físicas y psicológicas. La tasa es alta y representa un grave problema social (*Última Hora*, 21/11/2017).

Estos datos reflejan que más de la mitad de los niños se hallan en situación de vulnerabilidad, lo que evidencia un problema estrechamente vinculado con la violencia hacia la niñez.

En este contexto, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1991 establece que los países están jurídicamente obligados a abordar y combatir el maltrato infantil en todas sus formas.

Asimismo, se señala que Paraguay cuenta con un Sistema de Protección para los derechos de la niñez y la adolescencia, respaldado por el artículo 54 de la Constitución Nacional, el cual establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar el desarrollo armónico e integral del niño, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación.

Este sistema fue creado para proteger los derechos de la niñez a través de acciones que tengan por finalidad detectar, prevenir y adoptar medidas que tiendan a velar y restituir de manera eficaz los derechos que les han sido vulnerados a los niños y niñas víctimas de maltrato.

En este sentido, Zaffaroni (2017) menciona que la mayor contribución que pueden hacer los operadores judiciales para garantizar el acceso a la justicia es poner mano a la obra con los elementos con

que cuentan para llevar adelante investigaciones concretas sobre los problemas concretos que vive la gente.

Con base en estas consideraciones, el propósito de este trabajo es analizar la efectividad de las medidas cautelares y/o de protección adoptadas por los Juzgados de la Niñez y Adolescencia tendientes a garantizar y restituir los derechos vulnerados de los niños y niñas. Asimismo, se busca determinar si existen mecanismos efectivos de coordinación entre las instituciones encargadas de velar por sus derechos y garantías.

II. Maltrato Infantil

El maltrato infantil es una práctica que estuvo presente en las distintas épocas de la historia, donde los niños carecían de capacidad jurídica y su personalidad jurídica se encontraba supeditada a la del *pater familia*, quien era considerado la máxima autoridad dentro del núcleo familiar.

Con el paso del tiempo, en 1875 se creó en Nueva York la primera Sociedad para la Prevención de la Crueldad en los Niños con la finalidad de garantizar la tutela efectiva de los niños en situación de maltrato. En este contexto, resulta indispensable abordar los conceptos respecto al maltrato infantil.

Partiendo del marco ofrecido por las Naciones Unidas respecto al concepto de violencia contra la infancia, el Observatorio de la Infancia ha definido el maltrato infantil como la “acción, omisión o trato negligente, no accidental, que priva al niño o a la niña de sus derechos y su bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social y cuyos autores pueden ser personas, instituciones o la propia sociedad” (Maltrato Infantil; Detección, Notificación y Registro de casos, 2001).

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), podría considerar al maltrato infantil como toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente,

malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras que el niño se encuentre bajo custodia de sus padres, de un tutor o de cualquiera otra persona que tenga a su cargo.

Así también, la Organización Panamericana de la Salud conceptualiza al maltrato como “toda forma de abuso físico y/o emocional, abuso sexual, abandono o trato negligente, explotación comercial o de otro tipo, que produzca daño real o potencial para la salud, la supervivencia, el desarrollo o la dignidad del niño y la niña, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o de poder”.

III. Niño – niña

Las 100 Reglas de Brasilia constituyen un instrumento fundamental a fin de garantizar el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, incluyendo a niños, niñas y adolescentes.

En el segundo apartado del instrumento legal hace referencia a la edad y consagra: “Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud a la legislación nacional aplicable”.

Consecuentemente, al precisar la edad como un criterio esencial, las reglas subrayan la importancia de un enfoque diferenciado para este grupo, respetando las legislaciones nacionales respecto a la mayoría de edad.

IV. Eficacia

La Real Academia Española conceptualiza a la *eficacia* como la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

Por otra parte, Norberto Bobbio (2000) afirma: “La *eficacia* es determinar si una norma es cumplida o no por las personas a quienes se dirigen o los destinatarios de la norma jurídica” (p. 20).

Desde el punto de vista jurídico, se entiende castizamente por *eficacia* la capacidad para obrar o producir el efecto deseado. Si se tiene en

cuenta cuál es la razón de ser del proceso y se admite que el proceso no es método de investigación ni de control social ni de opresión popular, se concluirá fácilmente en que es un método de debate pacífico y dialéctico que logra su eficacia al mostrar un obvio efecto, el de pacificar a los pueblos al evitar que cada uno se haga justicia por mano propia sobre otro (Alvarado Velloso, Meroi, Melgarejo y Canteros, 2024).

De lo mencionado precedentemente, se concluye que la eficacia del proceso en el fuero especializado de la niñez se define no solo por la celeridad o el cumplimiento de las formalidades, sino que, a través de las resoluciones judiciales lograr la reparación integral de los derechos vulnerados. De modo que un proceso eficaz debe garantizar que cada niño, niña y/o adolescente víctima de maltrato reciba la atención y protección adecuada, restableciendo su bienestar emocional y físico.

V. Marco jurídico constitucional

En Paraguay, el fuero especializado de la niñez y la adolescencia tuvo sus inicios en 1978 con la creación de una comisión encargada de elaborar el anteproyecto del Código del Menor, sancionándose la Ley 903 “Código del Menor”, la cual ingresó en vigencia a partir del año 1981 hasta el 30 de noviembre del 2001.

No obstante, en 1990, cuando Paraguay ratifica el Convenio de las Naciones Unidas por los Derechos del Niño, esta corriente da un giro trascendental en la legislación, ya que el Estado asume el compromiso internacional de adecuar el marco normativo interno referente a los derechos, garantías y principios de la niñez.

En 1992, con la entrada en vigencia de la Constitución Nacional, y en virtud a los lineamientos de la convención, se destinaron varios artículos a la protección de la niñez y la familia, garantizando su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos. Además, se estableció que, en caso de conflicto, sus derechos tienen carácter prevaleciente.

En ese sentido, el artículo 54 de la Carta Magna establece que

la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolos contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente (p. 419).

En este orden de ideas, se resalta la importancia de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, el cual dispone: “El Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas destructores de su solidaridad” (p. 421).

Atendiendo a lo mencionado precedentemente, se le considera al Estado, a través de las instituciones, el principal garante de los derechos del niño/a. No obstante, la sociedad y la familia juegan un rol fundamental en el proceso de definición de políticas dirigidas a la protección de la infancia.

VI. Derecho internacional público: acuerdos y convenios internacionales

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño son instrumentos claves en el derecho internacional público, ya que refieren a la protección de los derechos humanos, incluidos los de los niños y niñas.

Estas convenciones no solo regulan el marco legal que prohíbe y sanciona el maltrato infantil, sino que también atribuyen a los Estados obligaciones de prevención, asistencia y protección efectiva a estos. Así también, permite la intervención de organismos internacionales cuando los Estados no cumplen con su responsabilidad de

protección, estableciendo de esta manera un control adicional en la defensa de los derechos del niño, niña y adolescente.

VII. Ley 1680/2001 - Código de la Niñez y la Adolescencia

La Carta Magna, en una fiel interpretación de las actitudes marcadas por la Convención de las Naciones Unidas, en su artículo 54 delinea el sendero legal a seguir en pos de la aplicación del principio del “interés superior del niño, desarrollo integral del niño, protección integral del niño y carácter prevaleciente de estos derechos”, constituyéndose en pilares y sustentos de todo el espectro jurídico nacional a favor de la niñez y la adolescencia (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2016, p. 34).

En tal sentido, el artículo 3 del mismo cuerpo legal consagra: “Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en el interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías”.

Para determinar el interés superior o prevaleciente, se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión de este, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo.

Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo del niño, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías.

En consonancia, el artículo 34 detalla las acciones que las autoridades y organismos deben tomar para garantizar la protección de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. Así también, describe taxativamente las medidas de protección y apoyo que deben aplicarse cuando el niño o adolescente se encuentra en situación de riesgo.

Dichas medidas son esenciales para responder de manera inmediata y efectiva a situaciones de maltrato, abandono o abuso.

VII. a. Ley 4295/11 que establece el procedimiento especial para el tratamiento del maltrato infantil en la jurisdicción especializada

La Ley 4295 regula el procedimiento del juicio de maltrato, en la cual no solo articula disposiciones las disposiciones consagradas en la Constitución, las convenciones, así como el Código de la Niñez, sino que también responde a los compromisos asumidos en el ámbito internacional.

Al respecto, el artículo 7 hace referencia, en su parte pertinente, a que:

Recibida una denuncia por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia que haya sido derivada de cualquiera de los órganos habilitados para su recepción, el Juzgado adoptará las medidas cautelares y de protección pertinentes, de conformidad a lo previsto en el primer párrafo de este artículo y, en su caso, confirmar, modificar, adoptar nuevas medidas o dejar sin efecto las dispuestas anteriormente.

El artículo 8 del mismo cuerpo legal, estipula que:

Dentro del tercer día de recibida la denuncia y notificadas debidamente todas las actuaciones y antecedentes del caso, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia convocará a las partes a una audiencia para la sustanciación del juicio, ocasión en que se deberán ofrecer y diligenciar las pruebas, pudiendo el Juez rechazar las pruebas que sean notoriamente impertinentes o inconducentes y ordenar de oficio la producción de otras pruebas que considere necesarias.

Al término de la audiencia, el Juzgado podrá ratificar, modificar o adoptar nuevas medidas y llamará a autos para resolver.

De lo mencionado precedentemente, se constata que la presente ley asegura que las víctimas de maltrato reciban la protección necesaria y adecuada, así como el respeto de sus derechos durante

el proceso judicial. Así también, garantiza la participación del niño y del interés superior, atendiendo al caso en particular.

VII. b. Código Penal paraguayo

El maltrato genera consecuencias que derivan en la comisión de hechos punibles, encontrándose tipificado en el Código Penal paraguayo.

En el Capítulo II hace mención de los hechos punibles contra la integridad física.

Artículo 110. Maltrato físico

- 1) El que maltratara físicamente a otro, será castigado con pena de hasta ciento ochenta días-multa.
- 2) Cuando la víctima sea un niño, la pena privativa de libertad será de hasta un año o multa.
- 3) La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima, salvo que la protección de ésta o de terceros requiera una persecución de oficio.

Artículo 134. Maltrato de niños y adolescentes bajo tutela

El encargado de educación, tutela o guarda de una persona menor de dieciocho años de edad, que sometiera a éste a sufrimientos síquicos, maltratos graves y repetidos o lesiones en su salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa, salvo que el hecho sea punible como lesión grave según el artículo 112.

Artículo 135. Abuso sexual en niños

- 1) El que realizara actos sexuales con un niño, o lo indujera a realizarlos en sí mismo o a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de cuatro a quince años. Con la misma pena será castigado el que realizará actos sexuales manifiestamente relevantes ante un niño y dirigidos a él, o lo indujera a realizarlos ante sí o terceros.

2) En los casos señalados en el inciso anterior la pena privativa de libertad será de diez a quince años cuando el autor:

1. Al realizar el hecho haya maltratado físicamente a la víctima;

2. Haya abusado de la víctima en diversas ocasiones; o,

3. Haya cometido el hecho con un niño que sea su hijo biológico, adoptivo o hijastro, o con un niño o niña cuya educación, tutela o guarda esté a su cargo.

3) Cuando concorra más de una circunstancia de las señaladas en el inciso 2º, el autor será castigado con pena privativa de libertad de quince a veinte años.

4) En los casos señalados en el inciso 1º, la pena privativa de libertad no será menor de quince años cuando el autor haya realizado el coito con la víctima. En caso de que la víctima sea menor de diez años, la pena no será menor de veinte años.

5) Se entenderá por niño, a los efectos de este capítulo. La persona que no haya cumplido catorce años de edad.

Artículo 136. Abuso sexual en personas bajo tutela

1) El que realizara actos sexuales con una persona:

1. no menor de catorce ni mayor de dieciséis años, cuya educación, guarda o tutela esté a su cargo;

2. no menor de dieciséis años ni mayor de edad, cuya educación, guarda o tutela esté a cargo del autor quien, abusando de su dependencia, lo sometiera a su voluntad;

3. que sea un hijo biológico, adoptivo o hijastro del cónyuge o concubino; o

4. que indujera al menor a realizar tales actos en él, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres

años o con multa. Con la misma pena será castigado el que, ante un menor y dirigido a él, realizara actos sexuales o lo indujera a realizarlos ante sí o ante terceros.

2) El que se dirigiera al menor con manifestaciones verbales obscenas o publicaciones pornográficas en los términos del artículo 14, inciso 3º, para estimularle sexualmente o causarle rechazo, será castigado con pena de hasta ciento ochenta días-multa.

Artículo 138. Actos homosexuales con menores

El que siendo mayor de edad realizará actos sexuales con una persona del mismo sexo, menor de dieciséis años, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

VIII. Marco analítico

Los resultados y análisis del trabajo realizado derivan de las entrevistas mantenidas con quienes componen el Equipo Interdisciplinario Asesor de la Justicia (psicólogo y asistente social), Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI), magistrados, defensores públicos del fuero de la niñez, así como abogados litigantes.

VIII. 1. Resultados de entrevista con psicólogos del Equipo Interdisciplinario Asesor de la Justicia de la Niñez y Adolescencia

El Poder Judicial de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú cuenta con tres psicólogos que brindan apoyo al Juzgado de la Niñez y Adolescencia. Estos profesionales indicaron que, en ocasiones, acompañan al niño o niña durante las audiencias, según el requerimiento del juez de la niñez.

Los profesionales encuestados indicaron que, tras dictarse la sentencia por parte del Juzgado de la Niñez, el seguimiento a los

niños y niñas víctimas de maltrato, así como a sus padres, se realiza de manera esporádica, lo que abre la posibilidad de implementar mejoras en los mecanismos de monitoreo y apoyo posterior.

Según se consultó a los encuestados sobre la eficacia de las medidas cautelares o de protección adoptadas por los magistrados. Los resultados muestran que el 67% consideró que dichas medidas requieren ser fortalecidas, señalando como principal razón: el control y seguimiento asistemático a los niños, víctimas de maltrato, así como a los padres y/o tutores. Por otro lado, el 33% de los profesionales afirmó que estas medidas sí son eficaces, resaltando su efectividad en la protección de los afectados.

VIII. 2. Resultados de entrevista realizada a los asistentes sociales del Equipo Interdisciplinario Asesor de la Justicia de la Niñez y Adolescencia

Los profesionales indicaron que, dentro de sus atribuciones, está la realización del seguimiento de las medidas ordenadas por los magistrados. Esto se logra mediante las evaluaciones *in situ* en el domicilio del niño o niña víctima del maltrato, a fin de verificar el cumplimiento efectivo de las disposiciones, así como la restitución de los derechos vulnerados. Posteriormente, presentan los informes correspondientes, con las sugerencias respectivas, en caso de que las haya.

El 67% de los entrevistados señaló que las medidas dispuestas por los juzgados no cumplen plenamente con el objetivo para el cual fueron creadas, lo que dificulta la restitución de los derechos vulnerados de los niños y niñas víctimas de maltrato. No obstante, el 33% de los encuestados consideró que dichas medidas sí son eficaces en lograr su propósito.

En vista de estos resultados, los profesionales recomendaron que los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia deberían establecer las medidas cautelares o de protección en atención a cada caso en concreto, tales como: búsqueda y localización de la familia ampliada, orden de alejamiento del agresor conjuntamente con la implementa-

ción de terapia para este, tratamiento psicológico tanto para la víctima como para los padres.

VIII. 3. Resultados de la entrevista realizada a la encargada de la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI)

La responsable de la CODENI indicó que el seguimiento de los niños y niñas se realiza únicamente cuando el Juzgado de la Niñez lo solicita. El monitoreo se realiza mediante visita *in situ* en el domicilio donde se encuentran acogidos los niños a fin de supervisar el bienestar de estos y verificar el cumplimiento efectivo de las medidas establecidas.

Por otro lado, en respuesta a la pregunta sobre las acciones interinstitucionales entre la CODENI, Juzgado de la Niñez y el Ministerio de la Defensa Pública, la encargada indicó que se llevan a cabo reuniones con los representantes de cada institución para establecer mecanismos de trabajo y acciones a implementar. Además, destacó que desde el Consejo Municipal de la Niñez y Adolescencia se promueven espacios para desarrollar programas que fomenten integralmente los derechos de los niños y niñas.

Asimismo, en respuesta a la pregunta sobre las acciones que realiza la CODENI conjuntamente con la Dirección de Protección Especial (DIPROE), dependiente del Ministerio de la Niñez y la Adolescencia, realizan actividades de promoción, así como creación y fortalecimiento de iniciativas para el acogimiento de niños, niñas y adolescentes que han sido separados de sus familias.

VIII. 4. Resultados de la entrevista realizada a los magistrados de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú, Ciudad de Pilar

Los encuestados han manifestado que las medidas impuestas son consideradas eficaces; sin embargo, el 50% ha expresado

que las medidas establecidas en el Código de la Niñez son idóneas, pero no así eficaces. Esto se debe a que el Juzgado no cuenta con un equipo asesor de la justicia que pueda realizar el acompañamiento y seguimiento a cada caso tramitado ante el Juzgado. En este sentido, mencionaron que las medidas se imponen a favor de los niños, pero no de los padres.

Asimismo, indicaron que el seguimiento de dichas medidas se realiza a través del Equipo Técnico Interdisciplinario de la Circunscripción.

VIII. 5. Resultados de la entrevista realizada a los defensores públicos

Según las respuestas obtenidas, las medidas cautelares o de protección son solo parcialmente eficaces, dado que el seguimiento por parte de psicólogos, asistentes sociales y el médico forense se realiza de manera esporádica. En este contexto, se mencionó que los asistentes sociales, como parte de sus acciones de monitoreo, llevan a cabo visitas domiciliarias con el fin de evaluar la situación tanto de los niños como de sus familias.

En cuanto a las acciones interinstitucionales entre el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, la Consejería Municipal por los Derechos del Niño y el Ministerio de la Defensa Pública, los encuestados indicaron que estas instituciones trabajan de manera coordinada.

IX. Conclusión

En relación con el objetivo propuesto, se han identificado fortalezas en la implementación del procedimiento de tramitación de los juicios de maltrato, así como debilidades que requieren la reorientación de ciertas acciones para mejorar y garantizar el cumplimiento eficaz del procedimiento establecido.

En cuanto a las medidas de protección y apoyo adoptadas por los Juzgados de la Niñez en los juicios de maltrato, se constató que existe un enfoque general en la aplicación de medidas cautelares, lo que abre oportunidades para ajustarlas de manera personalizada según las particularidades de cada caso.

Respecto al análisis de las acciones de monitoreo implementadas por los Juzgados de la Niñez, tendientes al cumplimiento efectivo de las medidas impuestas, se constató que la mayoría de los expedientes cuentan con los informes de monitoreo. Estas acciones de control son llevadas a cabo por la encargada de la CODENI y el asistente social del Poder Judicial.

Se concluye que, si bien las medidas cautelares o de protección dispuestas por los Juzgados de la Niñez tienen el potencial de restituir los derechos vulnerados de los niños, se identifica una oportunidad para fortalecer su eficacia mediante un monitoreo más constante y detallado en los juicios de maltrato.

En virtud al Principio del Interés Superior del Niño, el juez del fuero de la niñez, en uso de sus facultades, puede requerir a los responsables de la CODENI, a la asistente social, así como al Departamento de Salud Mental del Hospital Regional el monitoreo sistemático a los efectos de evaluar la situación en la que se encuentran los infantes, y, en consecuencia, basados en los informes presentados por los responsables de dichas instancias, el magistrado podrá modificar o revocar las medidas impuestas que requieran.

Por lo tanto, se sugiere fortalecer el trabajo articulado y sistemático entre las distintas instituciones para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de la niñez. Además, siguiendo las recomendaciones de organismos internacionales como Unicef y la ONU, es fundamental impulsar la innovación en las políticas públicas y en el sistema de protección, priorizando el bienestar de niños, niñas y adolescentes.

X. Referencias bibliográficas

- Alvarado Velloso, A., Meroi, A., Melgarejo, J. y Canteros, F. (2024). *Manual de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso* (p. 219). Asunción: Editorial Intercontinental.
- BECA – Unicef (2011). *Estudio sobre Maltrato Infantil en el ámbito familiar. Paraguay*. Asunción: Ade Comunicaciones.
- Biocca, S. M. (2005). Interés Superior del Niño. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (30).
- Bobbio, N. (2000). *Técnica General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Comité de los Derechos del Niño (2013). *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.
- Corte Suprema de Justicia (2022). *Código Penal Paraguayo. Ley N° 1160/1997*. Asunción: El Foro S.A.
- Corte Suprema de Justicia – Centro Internacional de Estudios Judiciales (2009). *El Interés Superior del Niño*. Tomos I y III. Asunción, Paraguay.
- Garcete de Sosa, M. T. (2012). Análisis del Maltrato Infantil en sus diversas formas: Maltrato Físico, Maltrato Emocional y Abuso Sexual. Marco Jurídico. *Revista Gaceta Judicial*, (3), pp. 29-57, <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/n%C3%B1ez/Mar%C3%ADA-Garcete-El-Maltrato-Infantil.pdf>.
- Gil Domínguez, A., Fama, M. y Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia* (1° edición, Vol. 1). Buenos Aires: Ediar.
- Goggi, G. (2002). Protección del Niño contra la Violencia. En I. M. (directora). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2014). Protocolo Básico de Intervención contra el Maltrato Infantil en el

Ámbito de la Familiar. España. https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/productos/pdf/MaltratoInfantil_accesible.pdf.

Larraín, S., Bascuñán, C. (2006). Maltrato infantil y relaciones familiares en Chile. *Revista Chilena de Pediatría*, 79(1), pp. 64-79. <http://dx.doi.org/10.4067/S0370-41062008000700011>.

Leiva Ramírez, É., Aristizábal Pulgarín, J., Martínez Acosta, J. y Muñoz González, A. L. (2011). Eficacia Jurídica y Sociológica de los Derechos Fundamentales de las Trabajadoras Sexuales en Colombia. *NovaEtVetere*, 20(64), pp. 29-42. <https://revistas.esap.edu.co/index.php/novaetvetera/article/view/167/pdf>

Ley N° 4295/2011. Que establece el Procedimiento Especial para el Tratamiento del Maltrato Infantil de la Jurisdicción Especializada. Asunción – Paraguay

Ley N° 5659/2016. De promoción del Buen Trato, Crianza Positiva y de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes contra el castigo físico o cualquier tipo de violencia como método de corrección o disciplina. Asunción – Paraguay.

López Cabral, M. (2016). *Código de la Niñez y Adolescencia. Comentado y Concordado* (4° edición). Asunción: Editorial Intercontinental.

Minryersky, N. (2009). *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Organización Mundial de la Salud (2003). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. http://www.paho.org/spanish/am/pub/violencia_2003.htm.

Organización Panamericana de la Salud (s.f.). *Maltrato infantil y abuso sexual en la niñez*. www.paho.org/spanish/ad/fch/ca/si-maltrato1.pdf.

Organización Mundial de la Salud. (2009). Prevención del Maltrato Infantil: Qué hacer, y cómo obtener evidencias. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/44228/9789243594361_spa.pdf;jsessionid=F5EB6560FC2C02B4F24E5E5FF5029FF0?sequence=1.

Unicef (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

La competencia jurisdiccional en el divorcio entre extranjeros

Gerardo Alejandro Rúa Flores¹

Resumen

El presente trabajo aborda los conflictos legales desde un análisis sociojurídico, buscando entender cómo los diferentes sistemas legales impactan en las resoluciones y la protección de los derechos de los involucrados. Estas normas pueden variar de un país a otro, pero generalmente se basan en criterios como la nacionalidad de los cónyuges, el lugar de celebración del matrimonio y la residencia habitual de la pareja. La competencia jurisdiccional para conocer de un caso de divorcio entre extranjeros se determina de acuerdo a las normas de competencia jurisdiccional del país donde se tramita el divorcio. Este trabajo aborda de manera exhaustiva la compleja temática de la competencia jurisdiccional en los procesos de divorcio que involucran a extranjeros y se examinarán los tratados internacionales relevantes, la legislación interna de ambos países y la jurisprudencia más reciente, con el objetivo de identificar los desafíos y las tendencias actuales en esta área.

Palabras clave: competencia jurisdiccional; divorcio; derecho internacional privado; cónyuges

Abstract

This work addresses legal conflicts from a socio-legal analysis, seeking to understand how different legal systems impact resolutions and the protection of the rights of those involved. These rules may vary from one country to another, but are generally based on criteria such as the nationality of the spouses, the place of celebration

¹ Abogado egresado de la Universidad de Guadalajara. Universidad de Guadalajara, campus Centro Universitario del Sur. Contacto: gerardo.rua9061@alumnos.udg.mx. ORCID: [0009-0000-6087-6053](https://orcid.org/0009-0000-6087-6053).

of the marriage and the habitual residence of the couple, the jurisdictional competence to hear a divorce case between foreigners is determined according to the jurisdictional jurisdiction rules of the country where the divorce is processed. This work exhaustively addresses the complex issue of jurisdictional competence in divorce proceedings involving foreigners and will examine the relevant international treaties, the domestic legislation of both countries, and the most recent jurisprudence, with the aim of identifying the challenges and current trends in this area.

Keywords: jurisdictional competence; divorce; private international law; spouses

I. Introducción

La actual globalización y movilidad internacional de personas por el mundo hacen más frecuente que sus actos o hechos jurídicos recaigan en dos o más sistemas jurídicos diferentes, obteniendo como resultado la apertura a múltiples posibles jurisdicciones que puedan conocer de las cuestiones personales en concreto y a una alteración de la competencia que pueden argumentar o deducir las determinadas reglas sobre el derecho internacional privado.

Pertenecemos a un mundo cada vez más globalizado, más enlazado, y no precisamente por la tecnología, sino que las personas abren sus horizontes de acuerdo a su forma de pensar, de emigrar buscando trabajo en otro país, conocer el mundo, ampliar su conocimiento intelectual o cultural. Por ende, las personas se ven obligadas a salir de su país de origen por decisión propia o porque atraviesan situaciones difíciles en su propio territorio, por situaciones de guerra, amenazas, políticas restrictivas, represión, pobreza, discriminación por razón de sexo, y se trasladan a otro país con la esperanza de un mejor futuro y calidad de vida, orillándolos a cambiar de residencia sin conocer las consecuencias, benéficas o desfavorables, de su situación jurídica (Cervilla Garzón, 2021).

La unión de hechos personales entre varias jurisdicciones se ha convertido en actos más habituales cuando la pareja mantiene vinculaciones personales con dos o más sistemas jurídicos diferentes. Esto tiene como resultado una pérdida de concentración jurisdiccional, por tanto, de la mano lleva aparejada la apertura de una pluralidad de posibles jurisdicciones para conocer de las cuestiones personales. En contra de lo que parece, una alteración de la competencia que pueda llevarlos a determinadas reglas sobre derecho internacional privado.

El incremento de estatus migratorios de latinoamericanos ha creado y conseguido el creciente aumento de situaciones privadas internacionales y ha recaído en el derecho de familia. Son actos cada vez más frecuentes y concurridos que los matrimonios entre los extranjeros se sometan a las decisiones adoptadas por las autoridades de destino, es decir, al país donde se emigró, y siempre se trata de leyes distintas de la nacionalidad correspondiente de los cónyuges (Monge-Talavera, 2022).

Con mucha frecuencia, las decisiones remiten al derecho del país de origen de la pareja migrante, aun cuando el matrimonio se haya celebrado en el país de acogida. Ello ocurre tanto si la pareja retorna por orden judicial, por decisión propia o porque ya no encuentra motivos para permanecer en el Estado receptor.

El divorcio en matrimonios internacionales, es decir, de ciudadanos de diferente nacionalidad o residentes de diferente país, origina situaciones especialmente complicadas desde el punto de vista jurídico. Esto ocurre al tener que elegir la competencia judicial para llevar a cabo el divorcio y cumplir los requisitos y objetivos de internacionalidad, además de atribuir el proceso a una de las partes o conceder al cónyuge demandado ciertas ventajas cuando existe más de una competencia judicial, según lo que establece la norma de conflicto del país al que se acude (Delgado Menéndez, 2022).

Este estudio realiza una comparativa que tiene como elemento común el régimen matrimonial de sociedad conyugal. Para ello,

se cuestionará por la competencia jurídica para tramitar este tipo de procedimientos en los distintos Estados, contribuyendo en la medida de lo posible a salvaguardar la voluntad de las partes y sus expectativas. Además, se pone en evidencia que los matrimonios típicos hispanoamericanos no son parte de instituciones sociales cerradas, sino abiertas a más de una normativa, en el marco político del distinto, el Estado del que son ciudadanos o del que son nacionales.

En un mundo cada vez más interconectado, las relaciones matrimoniales entre personas de diferentes nacionalidades son cada vez más frecuentes. Este fenómeno ha creado la necesidad de establecer normas más claras en cuanto a la competencia jurisdiccional, en específico en los casos de divorcio. Cada nación presenta marcos jurídicos que, aunque comparten ciertas similitudes, también exhiben diferencias significativas en la regulación de la competencia jurisdiccional en el divorcio entre extranjeros.

II. Competencia jurisdiccional en el derecho internacional privado

La competencia jurisdiccional en el derecho internacional privado y, por lo tanto, el estatuto de extranjero, no solamente es una cuestión objeto de regulación en los convenios internacionales, sino que también constituye un problema jurídico propio por su naturaleza. Las disposiciones con que el derecho convencional aborda esta cuestión no resuelven el problema de un modo definitivo, sino a base de normar distintos supuestos de reconocer la plena competencia del legislador interno. El practicante del derecho necesita hallar un punto de equilibrio entre la normativa convencional y la normativa interna.

Resulta importante intentar encontrar los pasos o caminos para seguir en el ejercicio y aplicación de la competencia, precisar y fijar con toda claridad el límite que ésta impone a la situación de los cónyuges extranjeros, desde que se someten a un órgano jurisdiccional diferente al de su nación de origen y sometiéndose a un mundo

desconocido por el hecho de estar en un país desconocido, que tienen que acatar ciertas reglas o normas por el simple hecho de estar viviendo en él, sin saber los usos y costumbres que se practican.

III. Concepto y fundamentos de la competencia jurisdiccional

Además de la competencia, en función de los territorios, la competencia, al eliminar los fueros personales, se fundamenta directamente en la ley objeto del conflicto de nacionalidades o en los Tratados Internacionales en los que las naciones acuerdan regular el área respectiva del Derecho internacional privado. De modo que, al desaparecer el fuero personal, se funda la nueva institución de la competencia en función de la nacionalidad en la igualdad formal de los Estados, representada simbólicamente por la nacionalidad de los ciudadanos. (Juárez, 2015)

De aquí surge de manera generalizada, que se haya aceptado que para decidir a qué nacionalidad y, en consecuencia, a qué ley debe el juez extranjero integrante de un tribunal único acudir para juzgar, no significa otra cosa que a la pluralidad de leyes objeto del conflicto y hoy reconstitutivas del interés nacional. Tienen acceso los tribunales, de acuerdo con las que sienta el principio de igualdad sustancial de las normas, proyectándose en ese sentido el concepto del derecho internacional privado sobre el de procedimiento y llevando la competencia en su paso del fuero personal al diferencial.

Es decir, partiendo del derecho procesal internacional privado, cobrando este nombre por la nueva realidad del derecho internacional privado que asume la competencia en la concreción de las normas de organización judicial de cada Estado, conduce irremunciabilmente al análisis de esas normas para indicar cuáles son las competencias que tienen cabida en el atribulado espacio de los ordenamientos sujetos a la jurisdicción, con el consiguiente debilitamiento de la técnica del derecho internacional privado.

IV. Evolución histórica y marco legal internacional

El desarrollo de la investigación sociojurídica sobre el divorcio entre extranjeros pasa indudablemente por el debate sobre el reconocimiento de sentencias en el espacio europeo. Este debate tuvo su origen en el Convenio de Bruselas de 1968 y su versión revisada en 1978, extendida a Dinamarca, a Luxemburgo y a los Países Bajos. Atendiendo al orden cronológico, ese debate se ha abordado siguiendo distintos enfoques o perspectivas y se ha centrado fundamentalmente en las llamadas causas conexas, aunque indirectamente, a través del principio de incorporación, se haya debatido también en torno al establecimiento y reconocimiento de custodias, al régimen económico del matrimonio, a las medidas provisionales posteriores a la demanda de divorcio, etc. Al margen de esos enfoques y cuestiones, el Convenio de Bruselas de 1968 ha tenido otros tres destinatarios que han compartido normativa, jurisprudencia y muchas de las intenciones e iniciativas emprendidas en materia de divorcio entre extranjeros, constituyendo su conjunto un auténtico grupo subcultural desde el inicio (Ortiz Vidal, 2020).

En el ámbito europeo, el Convenio de Bruselas de 1968 estuvo muy influenciado por las Convenciones de La Haya, especialmente por la de 1961 sobre el reconocimiento de la multitud de la nacionalidad. Pero en el ámbito del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia postulamos un enfoque propio, complementario y alternativo a los que fomentan restringir jurisdicciones nacionales mediante el establecimiento de normas de competencia internas y excluyentes, que ya no se limiten a luchar por el control de resoluciones y disuadan al contrario de ello (Aznar Valero, 2021).

Se recuperó así la competencia divisoria propia de las jurisdicciones internacionales, pero ahora en la investigación de cuestiones sociojurídicas europeas, como una manera de asumir una mayor responsabilidad, de gestionar los supuestos destinados a los jueces extranjeros. Esto es económicamente razonable cuando las vías de acceso nacional que ha construido el Convenio están en al-

gunos casos desconectadas, o son peligrosamente poco ortodoxas desde la perspectiva del principio de derecho simple o banal que ha utilizado al hacer irreversible la instalación de una competencia nacional para los supuestos contemplados en una norma de derecho internacional.

V. Aspectos relevantes del divorcio entre extranjeros

Bienes comprendidos en un divorcio entre extranjeros a nivel general, y según un alto porcentaje de respuestas, se considera que los jueces españoles sí podrán incluir los bienes inmuebles situados en España dentro de la masa patrimonial por repartir en los procesos de divorcio que se tramiten en la jurisdicción española. Por otro lado, y como ya se ha anticipado, la mayoría señala que al módulo de bienes y rentas que ha de servir como base para fijar, en su caso, la pensión alimenticia del cónyuge en situación de necesidad, se le podrá incluir, a modo enunciativo, aquellos derechos reales sobre bienes muebles específicos o bienes inmuebles situados fuera de nuestras fronteras, pero que sí son divisibles. No obstante, los participantes son prematuros al advertir la conveniencia de saber si la norma material del Estado del que procede atribuye un singular tratamiento a aquellos bienes que ingresen, precisamente, dentro de la categoría de los litúrgicos, a fin de poder evitar imprecisiones o errores en la posible decisión y consecuente resolución judicial correspondiente (Schweinbach y Aguado, 2021).

Las bases jurídicas para decretar los diversos tipos de divorcio en España hacen especial referencia a los supuestos que legítimamente pueden alegar cónyuges extranjeros. El texto del acta regula el divorcio a tres niveles jurídicos: la jurisdicción y la competencia judicial, el material y el conflicto internacional. Llegados a este punto, debemos señalar que cada uno de los sistemas internos responde en la actualidad, en general, también de forma simétrica ante los diversos tipos de divorcio, es decir, admite el divorcio procedente

de su derecho o proceso de excepción y con el consiguiente pero diferente régimen de nulidad del divorcio dudoso.

VI. Características y diversidad de sistemas legales

En el sistema de derecho consuetudinario, que no se apoya en leyes escritas, la incertidumbre del derecho suele ser mayor, por lo que las transacciones legales entre los extranjeros divorciantes serán situaciones más problemáticas. Una bipolaridad probablemente errónea es la que presenta a los sistemas de *common law* como rígidos y a los de *ius commune* como inseguros. Ello remite al más general fenómeno de individualización legal, que se refiere a aquel orden jurídico que, cumpliendo funciones similares a los ordenamientos de otras comunidades, condiciona a los miembros de la comunidad pública y/o privada en un modo idiosincrásico, es decir, característico de las diferencias del orden jurídico respecto de los demás. El grado de endógena individualización sería uno de los aspectos que pueden modular la incertidumbre en relación a un concreto orden normativo (De Jesús, 2022).

En efecto, siendo por definición imposible que una normativa se autodespliegue comunicando uno a uno sus imperativos a sus destinatarios, un significativo componente incierto del derecho consuetudinario puede provenir de no saber sus destinatarios a quién expedir órdenes, a quién las expedirá el órgano dictador o qué concreto y cuál ha sido el mandato imperativo como para poder extraer una deducción única. En este sentido, cierta vaguedad inescindible acompañará a los sistemas comunes que, al no imponer rigurosamente el automonitoreo personal de la conformidad de la actividad social a un texto sagrado, encarnan la divina voluntad o no prevén controles sociales satisfactorios de ajenas o no ajenas manifestaciones de la antijurídica (Juárez, 2019).

VII. Problemáticas comunes y conflictos jurisdiccionales

En el caso de la sumisión a un derecho determinado, las pa-

rejas acuden a la norma que en principio les otorgará una respuesta más beneficiosa, pudiendo llegar a situaciones de conveniencia personal, proponiendo la sumisión a un derecho extranjero que no resulta adecuado con el vínculo de la nacionalidad o residencia común. La jurisprudencia, así como la doctrina, han tratado en diversas situaciones de “fraude a la ley”. Tradicionalmente, la corriente de derechos conflictuales se debate entre un concepto riguroso referido a supuestos excepcionales o residuales de fraude a la ley o una amplitud del fraude, siendo indiferente preferir uno u otro derecho de los interesados, no llegando tal comportamiento a calificarse como fraudulento. La directiva y el reglamento han tratado de regular y dar respuesta a este tipo de conflictos, aunque la solución que se da no resulta satisfactoria. Se recogen las competencias legislativas para celebrar un matrimonio previsto, en primer lugar, en el derecho del Estado en cuyo territorio se celebra el matrimonio (De Jesús, 2022).

El contrato matrimonial celebrado entre extranjeros se coloca, así, dentro de ese derecho como mínimo, como fuente creadora y formadora, independientemente de donde fijen su residencia matrimonial. Dicha solución lleva aparejado el conocimiento de la forma de celebrar los matrimonios para la creación de ciertos requisitos especiales para la adquisición de capacidad o postergación de un trámite especial en zonas de la legalidad. Pero, al mismo tiempo, reserva la validez a los matrimonios extranjeros que burlen la prohibición interna donde residan de un matrimonio que, en su derecho, está permitido (Rodríguez, 2021).

VIII. Investigación sociojurídica sobre la competencia jurisdiccional en el divorcio entre extranjeros

Si bien la investigación sociojurídica adoptó la modalidad del estudio de caso concreto y asumió todos los criterios que plantea la metodología del derecho comparado, la falta de rigor en la caracterización de los elementos jurídicos operó como una dificult-

tad importante en el trabajo. La información jurídica, en principio básica para caracterizar la competencia jurisdiccional en el divorcio entre extranjeros, plantea un método cualitativo en donde el carácter de posibilidad del objetivo se constituye como un hecho empírico a partir del valor explicativo de las relaciones entre distintas categorías que pueden ser aprehendidas a través del método hermenéutico (Pozo, 2022).

Una de las primeras etapas de la indagación que permite intuir una ruptura con el criterio del domicilio como base de la competencia jurisdiccional aparecerá a partir de la lectura de las normativas materiales vinculadas al régimen civil de los cónyuges. Conviene recordar que nos limitaremos al estudio de las legislaciones estatales. La etapa empírica posibilita afirmar que los legisladores de cada país han entendido que el factor más estimado es el de la nacionalidad, con algunas diferencias entre las distintas provincias y con la posibilidad abierta, ante la inexistencia de vinculación fáctica alguna, de que atienda a la residencia. Tan abierta a las situaciones extrañas al *ius dominium* está la solución que muchos han reclamado para la solución de los divorcios binacionales: el factor “domicilio”, en el sentido de residencia por un lapso temporal, y no el del *ius commercii*, entendido como el domicilio del asentamiento de los negocios (Rodríguez, 2021).

IX. Metodología y enfoque de la investigación

A partir del análisis sociojurídico planteado, se decide asumir una postura hermenéutica-discursiva, lo que involucra varias fases y enfoques metodológicos. En primer lugar, se debe entender al ser humano en una relación social, lo que implica que su estudio es presidido por la hermenéutica. Desde este enfoque, se plantea la pretensión del viudo en un contexto interpretativo para que sea reconocido como susceptible de amparo constitucional y convencional a la luz de la cláusula de interpretación efectiva (Pozo, 2022).

Para abordarlo, el juez comunitario desarrolla, en primer lugar, un análisis a partir del sistema regional interamericano que, en lo que se refiere al principio de efectividad en la interpretación y aplicación de normas convencionales, tiene el punto de referencia en la obra de un autor. De allí se rescatan una serie de postulados y nociones que permiten entender que la interpretación efectiva, aun dejando margen a importantes rutas de desarrollo, es llamada a ser el camino. La senda que, sin vulnerar en lo más mínimo la separación de poderes y sin atentar jamás contra las esferas de autonomía que deben ser preservadas, posibilite y garantice, con suficiente grado de certeza y efectividad, el pináculo axial del sistema, a saber, la efectiva vigencia de las normas convencionales en el ámbito interno de los países los cuales son parte, obviamente, aquí incluido, el entero y pleno catálogo de derechos, obligaciones y demás pronunciamientos típicos. De allí que este principio se presente con carácter *ceteris paribus*: ello, naturalmente, desde una perspectiva científica y racional (Alipi, 2024).

X. Análisis de casos y estudios de campo

Las intervenciones del poder legislativo en el campo del matrimonio extranjero se circunscriben a asuntos puntuales. Por ejemplo, el Código de Virtudes vigente en la República de Colombia disponía que, si un extranjero que residía allí obtenía un divorcio en otro país, no podría reasumir el estado civil. Posteriormente, la ley da criterios para la aprobación del matrimonio entre venezolanos y extranjeros. En este orden de ideas, la regulación aludida al matrimonio de extranjeros no permite ser utilizada como instrumento para regular otras situaciones jurídicas en el ámbito de las relaciones familiares de los extranjeros (Aznar Valero, 2021).

En la actualidad, la República de Colombia afronta un nuevo fenómeno relacionado con los extranjeros que solicitan el divorcio, el cual consiste en que muchas extranjeras se casan a temprana edad

y con mayor frecuencia que los nacionales, ya que, en sus países de origen, por disposición normativa, pueden contraer matrimonio los hombres con niñas y mujeres menores de edad tardíamente (Velázquez Sánchez, 2018).

La diferencia de este tipo de divorcios radica tanto en el tamaño de la población con problemas psicológicos, económicos, valores familiares, entre otros, como en el trámite y repercusión social que ha tenido en razón de la aplicación del principio *in dubio pro minore*. Pero debe denotarse que Colombia, zona de paz, aun así, si la estabilidad familiar de cualquier persona está íntimamente ligada, por ejemplo, con el divorcio de su padre o una serie de eventos de la vida familiar del padre, en ausencia de este principio de duda a favor del menor, el menor no tendría acceso a este bien si el divorcio de sus padres no fuese examinado (Ortega Giménez, 2021).

Al contrario, si esa estabilidad depende de que se deba decretar un divorcio o la nulidad del matrimonio si los padres no figuran como casados, no debe aplicarse el principio de duda, ya que el derecho de la sociedad estará contrario a salvaguardar el bienestar del niño y su interés superior desde la perspectiva de su niñez.

XI. Síntesis de hallazgos clave

El panorama internacional ha evidenciado la falta de certeza en la jurisdicción competente para conocer de los divorcios entre personas de nacionalidades o domicilios diversos o, en general, de los asuntos familiares complejos. En todo caso, este supuesto no solo ha sido motivo de litigios y gastos innecesarios, sino que ha afectado el honor y la dignidad, e incluso el derecho fundamental al acceso e impartición de justicia. Este problema obedece al hecho de que la ubicación jurídica del concepto de “domicilio” ha evolucionado al hilo de la necesaria adaptación a los cambios sociales y políticos (Rodríguez Vázquez, 2018).

Así, mientras que antiguamente el domicilio era el factor subjetivo más relevante para establecer la conexión de las personas con determinadas jurisdicciones territoriales, con el tránsito del estado liberal al estado social o democrático, el concepto de domicilio ha ido cediendo su primacía para ser sustituido por el nuevo concepto de “residencia legal” o “legalidad de residencia”. En consecuencia, con la nueva realidad de la movilidad internacional de las personas, se procedió a una delimitación geográfica de las competencias o la incorporación de factores alternativos como la nacionalidad, ascenso de la aptitud personal, territorialidad afectiva y, salvo en el caso del divorcio (Delgado Menéndez, 2022).

La sumisión a un régimen jurídico territorial con garantías específicas toma una mayor relevancia cuando nos encontramos con un constreñimiento expreso de los Estados a observar el reconocimiento o respeto recíproco de sentencias extranjeras en materia de divorcio.

XII. Implicaciones prácticas y futuras líneas de investigación

El análisis sobre la neta competencial para una norma concreta dependerá de la posición de la legislación española, utilice o no las competencias concurrentes para generalizar la aplicación del formulario *lex fori*. Pero más relevante aún, de la posición de otros países: de forma unilateral o unívocamente competentes o aplicando la norma o el formulario *lex fori* de menor conflicto en función de los principios que conforman la cuestión previa de derecho internacional privado (Gutiérrez, 2019).

Ello implicará unas primeras orientaciones de la futura aplicación de la regulación sustantiva que se imponga entre la pluralidad de ordenamientos materialmente competentes, que podrán ser en cada caso matizadas, sin embargo, por algunas de las implicaciones expuestas en la consideración anterior, destinadas por lo general a reducir la eventual complejidad y recursos judiciales, a la que frente a los litigantes pudiera traducirse la aplicación de una determinada

regla material en función de la competencia neta o la utilizada por las demás partes (De Jesús, 2022).

Esa primera aproximación, que pudiera facilitar la labor de los jueces, puede verse en muchos supuestos complementada por una referencia específica acerca de los eventuales efectos extraterritoriales que en cada caso específico debe atribuirse a la cuestión litigiosa, apelación complementada sobre bases fundamentalmente sociológicas. Es que, en muchos casos, esa implicación del único enunciado de derecho extranjero, por utilizarse conjuntamente con la mayoría de las competencias netas para configurar su lugar esencial sobre consecuencias específicas de la regulación material, dependerá de las características concretas del caso y de las personas implicadas, sociales o sociológicas, que arrojen luz al respecto sobre qué solución material o cuáles de entre las varias soluciones existentes sean más convenientes, en términos de interés humano o social, principalmente en relación con la menor protección real que el eventual ejercicio de una alternativa otorgue a, en general, cada solución justa (García, 2017).

La competencia jurisdiccional se refiere a la capacidad de un tribunal para decidir sobre un caso específico. En el ámbito del derecho internacional privado, esta competencia se vuelve crucial en el contexto del divorcio entre extranjeros, ya que involucra la aplicación de distintas legislaciones y la resolución de conflictos de leyes.

Uno de los principales desafíos en la competencia jurisdiccional en divorcios entre extranjeros radica en la posibilidad de que dos tribunales en diferentes países reclamen jurisdicción sobre el mismo caso. Esto puede llevar a decisiones contradictorias y a la vulneración de derechos. Por ejemplo, un matrimonio celebrado en Buenos Aires que termina en divorcio puede verse sometido a la jurisdicción de un tribunal en México si alguna de las partes reside allí (Álvarez González, 2013).

Desde una perspectiva sociojurídica, es fundamental entender cómo estas normas afectan a las personas involucradas. Las diferen-

cias en las legislaciones pueden generar situaciones de desigualdad, especialmente en lo que respecta a la protección de los derechos de los hijos y la distribución de bienes. Además, la complejidad del proceso puede llevar a un retraso en la resolución de conflictos, lo que afecta emocionalmente a las partes (Monge-Talavera, 2022).

A la luz de lo recién esbozado, es menester ahora profundizar en la realidad social de los conflictos relacionados con el divorcio entre extranjeros. Sin perjuicio de la evidencia cuantitativa que el Estado ha demostrado en la primera sección, es necesario profundizar en los elementos cualitativos de los conflictos que dan cuenta de la realidad social y que coadyuvan al ejercicio del encuadre teórico que realizaré oportunamente (Escalona, 2021).

Ha sido recurrente la manutención de un relato estereotipado que reconoce el problema del divorcio entre extranjeros como un conflicto formado en el país receptor y no como un problema internacional. Se infiere a partir de un trabajo comparado que los conflictos relativos a los matrimonios entre extranjeros muestran “dos perfiles” posibles: la mayoría de los países inclusivos muestran disponible un escenario técnico-jurídico que apunta a “distinguir y evaluar las leyes y jurisdicciones que, de conformidad con las normas de conflictos nacionales, tienen la competencia” (Caravaca y González, 2018).

A esto se suma cómo debería ubicarse la exclusión de la autonomía de las partes cuando no reconocen la existencia de una dimensión internacional y, además, a aquellos países que, por el contrario, excluyen la existencia de una dimensión internacional, recurriendo a principios puramente conceptuales y prospectivos partiendo de la verificación fáctica de los vínculos y relaciones de unión del caso, lo que conduce a ignorar la dimensión transfronteriza del fenómeno y a evaluarlo en clave puramente interna. Para el sociólogo, la segunda forma de proceder no puede obviarse, aunque se detiene en la evolución que han adquirido las regulaciones jurídicas en diversos Estados (Schweinbach y Aguado, 2021).

XIII. Marco teórico

La competencia judicial deriva de un sistema estatal común especializado en segmentos y esferas territoriales de competencia jurisdiccional, cuya distribución, disposiciones y contenido se desprenden de una reglamentación expresa, estructurada por unos parámetros o requisitos centrales que fijan la competencia objetiva (tanto por la naturaleza del conflicto como por su haber o su cuantía), la territorialidad de la jurisdicción penal y civil de contenido dispositivo, así como también la atribución de competencia funcional o territorial por ley (Sabido Rodríguez, 2013).

Igualmente, distribuye la atribución de los servicios jurisdiccionales entre juzgados y tribunales o especiales y civiles conforme al ordenamiento que establece el criterio de definitiva en la resolución de todos los litigios. Por el contrario, en un sistema federal o estatal, la concepción del sistema jurisdiccional descentralizado se desarrolla de acuerdo con lo establecido en la Constitución, lo que fija la competencia de los Estados miembros mediante las competencias residuales que ostentan y en atención a una falta de conexión entre ellas (Monzonís, 2008).

Ahora bien, ¿cómo se garantiza la protección del dominio público con su regulación jurisdiccional? El conjunto de tres técnicas es el conjunto de los llamados *privilegium fori*, es decir, la sustracción de cierta materia del foro del demandado para atribuir la competencia jurisdiccional en la misma al juez del foro del demandante.

En su definición de *ius commune*, es la exclusiva justificación que se aduce para este tipo de excepción a la regla del foro del demandado. Ahora bien, un principio doctrinalmente aceptado desde hace años establece que la situación de excepción lleva por principio al llamado torniquete: cuando una normativa prevé o admite una excepción, hay que cotejar si es el caso o no aplicarla (Redondo, 2017).

XIV. Competencia jurisdiccional en el derecho internacional privado

Para saber qué tribunales de su sistema tienen competencia para conocer de una demanda de divorcio interpuesta por extranjeros con residencia en otro Estado, es preciso conocer las normas de los distintos textos normativos, tanto nacionales, estatales o autonómicos, que sean aplicables en función de cada una de las perspectivas que, desde una perspectiva de política legislativa, puedan ser destacadas: política de residencia versus la política de soberanía (Juárez, 2019).

Desde una corriente tradicional práctica, en cuyo ámbito se situaría el propio de los denominados “derechos materiales de la apariencia” sobre las normas de conflicto estatales, podría parecer que durante décadas en España se venía privilegiando una política en la medida en que la ley aplicable al divorcio o separación dependerá en la práctica del lugar de residencia que, en principio, no será precisamente este país (Diago Diago, 2008).

Pero, en realidad, las verdaderas competencias de los tribunales peninsulares llegan mucho más lejos. No solo buscan la aplicación de una norma de derecho extranjero, sino que el punto de conexión desarrollado en la legislación canónica se enuncia no como un simple examen residencial o nacional, sino que es una formulación autonombrada (Ortiz Vidal, 2020).

XV. Aspectos sociojurídicos del divorcio entre extranjeros

Este apartado aborda los aspectos sociojurídicos que inciden en la competencia para el divorcio entre los extranjeros que residen en la República de Panamá, tomando en cuenta la importancia, tanto de la presencia física como de las relaciones de subsistencia de los propios extranjeros en el país. La asignación de competencia se realiza mediante reglas administrativas de reparto, de observancia directa.

Estas definen si conoce el juez radicado en el lugar de los hechos o el que actúa desde su despacho. Las comunicaciones se cursan a otro juez del mismo grado (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2016).

No obstante, siempre la competencia admite reglas de distribución de asuntos, pero en atención a ciertas materias o grupos de materias que se asignan dentro de una jurisdicción a un juez de esta. Hoy no podemos afirmar definitivamente que quede exclusivamente relegada la competencia a un territorio estrictamente jurídico y los intereses públicos que salvaguarda, sin obviar que también protege los intereses de los particulares que habitan en él (Sánchez-Covisa, 2023).

Estos conceptos, en muchas ocasiones, se cotejan con una serie de aspectos sociales, fundamentales en las decisiones que van a adoptar los juzgadores, imprimiendo en ellos su marcado carácter subjetivo. En segundo lugar, se analizan las variables de organización judicial que inciden sobre la competencia en la medida en que incumben a los matrimonios binacionales o a las rupturas matrimoniales (Rodríguez Vázquez, 2018).

XVI. Conclusiones

La constatación empírica del régimen de competencia vigente ha sido el eje central del presente texto, aportándose por tanto al tema con datos empíricos recopilados por la consulta directa a los tribunales especializados. De este modo hemos evidenciado que, frente a la proyección literal de la norma de competencia foral, lo que se verifica materialmente en un significativo sector de casos referidos a parejas extranjeras en situación de divorcio es que la competencia no se encuentra fundada en el domicilio del actor.

Esta consideración permite advertir cierto desplazamiento en la perspectiva actual en torno a la competencia de fuero en el divorcio. De un primer periodo caracterizado por los debates en torno a la aplicación de los principios de unidad o pluralidad de juez natural

en sede foral, hemos ingresado en una nueva etapa, la competencia de fuero, que inicialmente se vinculaba exclusivamente a los sujetos o situaciones mediante una pretendida extensión del concepto de derecho personal.

El régimen de competencia emanado de la Constitución política, aparte de su origen, resulta de significativa influencia en la valoración social de la norma. Lógicamente, dicha influencia no podrá agotar la justicia de la norma en un estricto sentido axiológico-absolutista. Sin embargo, se resalta en este trabajo la propuesta por el análisis que se afirma en un principio, en virtud de la cual el derecho es, en definitiva, una sociedad estatalizada.

El matrimonio celebrado entre extranjeros se realiza como una fuente creadora de derechos y obligaciones que adquieren los cónyuges independientemente del origen de estos o de la residencia a futuro de su domicilio conyugal, tomado en cuenta en el divorcio que el domicilio del matrimonio sí influye en la competencia para que el juez pueda conocer del propio asunto y que los contratantes, es decir, los cónyuges, se sometan independientemente de que conozcan o no la normativa vigente y sus consecuencias.

XVII. Referencias bibliográficas

- Alipi, J. A. G. (2024). El derecho a la igualdad: desafíos y perspectivas actuales. *Gestión*, 2(1), pp. 189-197. <https://revistap.ejeu-tap.edu.co/index.php/Gestion/article/view/135>.
- Álvarez González, S. (2013). Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, 26(2), pp. 183-238. <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/793>.
- Aznar Valero, D. (2021). *Competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales internacionales, ley aplicable y reconocimiento de las*

- sentencias en España*. Elche: Universidad Miguel Hernández.
<http://dspace.umh.es/handle/11000/26824>
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2016). *Derecho internacional privado. Volumen 2*. Granada: Editorial Comares.
- Caravaca, A. L. C. y González, J. C. (2018). Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo. *Anales de Derecho*, 23, pp. 11-70. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56411>.
- Cervilla Garzón, M. D. (2021). Acuerdos Prematrimoniales Internacionales. *Revista Española de Derecho Internacional*, 73, p. 369.
- De Jesús, N. A. S. (2022). El Divorcio Turístico y la Flexibilidad de la Disolución Matrimonial en Otras Jurisdicciones. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 61, p. 355.
- Delgado Menéndez, M. del C. (2022). Régimen patrimonial de los matrimonios internacionales. Ley aplicable y pactos permitidos en el derecho internacional privado. *Agenda Internacional*, 29(40), pp. 191-210. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/26018>.
- Diago Diago, P. (2008). *Pactos o capitulaciones matrimoniales en derecho internacional privado*. Zaragoza: El Justicia de Aragón. <https://research.science.eus/documentos/5f7e67772999520bf9720c7c?lang=de>.
- Escalona, N. M. (2021). La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), pp. 460-492. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5967>.
- García, R. A. (2017). *Crisis matrimoniales internacionales: Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

- Gutiérrez, P. I. (2019). *El divorcio no judicial en el reglamento N° 2019/1111* (Trabajo Final de Grado, Universidad de Oviedo). Repositorio de la Universidad de Oviedo: <https://digibuo.uniovi.es/dspace/handle/10651/68972>.
- Juárez, I. A. (2015). Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho Comparado. *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 7(1), pp. 5-45. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2510>.
- Juárez, I. A. (2019). Los acuerdos prematrimoniales en derecho internacional privado español. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), pp. 61-90. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7256>.
- Monge-Talavera, L. (2022). Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Perú. *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 14(2), pp. 1160-1177. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7238>.
- Monzonís, C. A. (2008). La problemática suscitada por los matrimonios homosexuales en el derecho internacional privado comparado. *Revista Boliviana de Derecho*, (5), pp. 121-143. <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539905007.pdf>.
- Ortega Giménez, A. (2021). Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en los casos de divorcios internacionales (a propósito de la SAP de Toledo de 4 de marzo de 2020). *Diario La Ley*, 9794, p. 4.
- Ortiz Vidal, M. D. (2020). Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado. *Revista jurídica de la Región de Murcia*, 52, pp. 46-74. <https://fundacionmarianoruizfunes.com/wp-content/uploads/2018/12/Revistajuridica-52.pdf>.
- Pozo, L. F. C. (2022). Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo. *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 14(1), pp. 673-683. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6706>.

- Redondo, P. Q. (2017). La unificación -fragmentada- del derecho internacional privado de la unión europea en materia de régimen económico matrimonial: El reglamento 2016/1103. *Revista General de Derecho Europeo*, 41, pp. 180-222.
- Rodríguez, M. (2022). Competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales: Cónyuge que comparte su vida en más de un Estado miembro y concepto de residencia habitual. *La Ley Unión Europea*, 101.
- Rodríguez Vázquez, M. Á. (2018). Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(122), pp. 913-941. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2008.122.3995>.
- Sabido Rodríguez, M. M. (2013). La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho Internacional Privado español. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17(45), pp. 499-534. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/39368>.
- Sánchez-Covisa, J. (2023). Orden público internacional y divorcio vincular. *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 5, pp. 441-502. http://saber.ucv.ve/ojs/index.php/rev_adipc/article/view/26453.
- Schweinbach, A. P. y Aguado, D. C. (2021). La excepción del orden público internacional: Estudio comparado entre el sistema español y alemán en supuestos de divorcio. *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 13(2), pp. 518-549. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6252>.
- Velázquez Sánchez, M. del M. (2018). El divorcio en Derecho Internacional Privado comunitario: Cuestiones de ley aplicable. *Revista General de Derecho Europeo*, 17. <https://produccioncientifica.usal.es/documentos/5e6433312999527e0176ce71>.



MESA
DERECHO INTERNACIONAL
LABORAL TRIBUTARIO



Gasto público, desafío jurídico y político frente a los derechos sociales. Una perspectiva desde el derecho mexicano

Marcos Gutiérrez Ayala¹

Resumen

Los derechos sociales son responsabilidad del Estado, pero para garantizarlos es necesario tener recursos económicos. La actividad financiera del Estado realizará las acciones correspondientes para cumplir con dicho compromiso, sin embargo, dichos ingresos son insuficientes. La economía optimiza recursos, genera utilidades, pero las individualiza, los ingresos tributarios los utiliza como equilibrio económico, quedando a la deriva la garantía de los derechos sociales. ¿Quién garantizará los derechos? La Constitución mexicana aporta elementos para exigir el cumplimiento de la norma y la teoría jurídica abona en este mismo sentido, pero no son suficientes, lo mismo que la técnica económica y la jurídica. La solución a perfeccionar es encontrar un equilibrio demográfico: los ingresos cada día son menos, mientras que las necesidades sociales son mayores.

Palabras clave: gasto público; derechos sociales; hacienda pública; tributario; justicia; derecho a la salud

Abstract

Social rights are the responsibility of the State, but to guarantee them it is necessary to have economic resources, the financial activity of the State will carry out the corresponding actions to comply with said commitment, however, said income is insufficient, the economy optimizes resources, generates profits, but individualizes them, tax income is used as economic balance, leaving the guarantee

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Adscrito a la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Contacto: marcos.gutierrez@correo.buap.mx. ORCID: [0000-0002-9081-2867](https://orcid.org/0000-0002-9081-2867).

of social rights adrift. Who will guarantee the rights? The Mexican constitution provides elements to demand the fulfillment of the norm, the legal theory contributes in this same sense, but they are not enough, the economic and legal techniques are insufficient, the solution to perfect is to find a demographic balance, the incomes are less every day, while the social needs are greater.

Keywords: public spending; social rights; public finance; taxation; justice; right to health

I. Introducción

La justificación jurídica de las contribuciones para el Estado mexicano es el gasto público. Dicha obligación se establece en el artículo 31 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, 2024), de ahí que los impuestos, contribuciones de mejoras y aportaciones de seguridad social y derechos sean ingresos que se perciben y que a partir de los cuales se genera un vínculo *perenne* con la economía, y por ende, con los derechos sociales.

En términos generales, el área del derecho conocida como derecho fiscal o derecho tributario se vincula, por su propia naturaleza, con el derecho financiero, en sus etapas de obtención, administración y aplicación de recursos. El derecho tributario es una de las áreas del derecho complejas. Se vincula con la economía, la política y el derecho, con las áreas del conocimiento como la transparencia y el acceso a la información pública.

Ahora bien, el ingreso percibido por vía de las contribuciones y su distribución será un bien público, el cual estará destinado a satisfacer necesidades ciudadanas, derechos sociales, salud, educación, impartición de justicia, seguridad pública, entre otros. Todos estos derechos se verán garantizados en la medida de la capacidad financiera del Estado. En este contexto, hablar de derechos sociales nos transporta a un análisis desde el sistema constitucional y con un Es-

tado garante de derechos sociales y su vínculo con el gasto público, justificación legal del pago de contribuciones.

En la delimitación del tema podemos advertir que el gasto público tiene una íntima conexión con la hacienda pública, con el funcionamiento de la autoridad como institución del Estado. En este orden de ideas, y por la eficiencia financiera, tiene que ver con el fin de la recaudación, pero también con una eficiente administración por parte de la autoridad.

Los conceptos de Estado social o Estado de bienestar se observan como una institución de la política que tiene que ver con la intervención sistemática del Estado, bajo una teoría que responde a una ideología, pero también a una visión democrática cuyo fin es garantizar el bienestar de la población. En este orden de ideas, en los procesos de modernización surgen nuevos consensos, derechos humanos y nuevas instituciones. Como sostiene Marina (2010), “las instituciones son un ejemplo de inteligencia social objetiva”, creadas por la propia sociedad. Así aparecen nuevas Constituciones, derechos humanos, los Estados modernos con fines de bienestar, entre otros, y todo ello concatenado al lenguaje teórico jurídico de los derechos sociales y su garantía.

Así, el concepto de gasto público como instrumento económico acecha en los niveles epistemológicos del derecho (en sus niveles filosófico, lógico y sociológico) y se consolida en una complejidad en la que confluyen el conocimiento político, social, cultural y, evidentemente, jurídico. La propuesta será que la garantía de los derechos sociales se separa de una posición técnica y su posible solución se acerca a una atención de equilibrio entre los ingresos obtenidos y el crecimiento demográfico, para lo cual se hará un análisis descriptivo, de análisis de datos y de reflexión. En este contexto, se abordará la temática planteada basada en una teoría normativa y descriptiva con un rigor crítico, aplicándose para ello la observación, la experimentación y la estadística.

Visto el marco de la problemática planteada, y a partir de la idea de justificación económica y política del gasto público y de la garantía de los derechos sociales, surge el planteamiento del fortalecimiento financiero del Estado con el objeto de satisfacer las necesidades ciudadanas. Con esta idea central, la recaudación es una parte importante, la cual está vinculada con acciones locales (modificaciones de leyes locales) e internacionales (tratados y organismos internacionales).

II. El gasto público desde la perspectiva económica del derecho y derecho económico

Teniendo como punto de partida al derecho, y como parte de las ciencias sociales junto con los demás sistemas, el económico, político, social y cultural, en este contexto el gasto público gira en torno de la economía, estimula el consumo, impulsa los sectores y promueve la inversión. Parte de este actuar se regula por el derecho, al establecer facultades presupuestarias a través de la Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos.

Méndez Galeana (2007), después de analizar la política fiscal y el gasto público, establece que el mencionado gasto tiene los objetivos siguientes:

- Financiar las actividades del sector público, tanto de la administración centralizada como de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, con el fin de que mejoren los rendimientos de estos.
- Promover el crecimiento y desarrollo económico y social, mediante el gasto en infraestructura, educación, salud, y, en general, servicios y seguridad públicos.
- Aumentar el nivel de empleo y contribuir a que no disminuya, mediante la creación de fuentes de trabajo que permitan a su vez incremento en el ingreso y ahorro internos.

- Realizar inversiones públicas que propicien incremento en la producción, la estabilidad de precios y el mejoramiento de los servicios en general.

Así, el fenómeno económico se vincula con el jurídico a través de la Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos. En el caso que nos ocupa, y que está concatenado es justamente el tema del gasto público, es punto fundamental y el común denominador entre economía y derecho. En este sentido, por una parte, se reconoce que la economía tiene sus propias reglas, funciona en su propia lógica, por lo que uno de los temas más importantes de la agenda económica es lo referente a la política fiscal. Esta se encuentra relacionada con la rama de la política económica dirigida por el Estado al establecer la forma de intervención político-económica. Por otra parte, en esta lógica regulatoria aparece la instrumentación de un orden normativo, el campo del derecho. Ahora bien, existiendo un vínculo innegable tenemos que la política fiscal no encuadra con los objetivos sociales de la recaudación de los impuestos, el gasto público. A decir de Paul Samuelson y William Nordhaus (1999), los objetivos principales de toda política fiscal son: “1) Acelerar el crecimiento económico; 2) Ocupar plenamente todos los recursos productivos de la sociedad (humanos, materiales y capitales); y 3) Lograr la estabilidad de precios”.

Como se advierte, la política económica se rige por sus propias reglas, se basa en sus propios indicadores. Sin embargo, la justificación del pago de impuestos es justamente el gasto público y, en ese tenor, el desarrollo social que se ve reflejado en los programas de apoyo a la educación, seguridad social, medio ambiente, agua, seguridad pública, salud, vivienda, entre otros derechos fundamentales. La garantía de los derechos humanos establecidos en la Constitución no se advierte como parte fundamental de los objetivos económicos.

Bajo esta lógica económica, Samuelson y Nordhaus (1999) clasifican “tres grandes funciones económicas en las economías de

mercado; fomentar la eficiencia, la equidad y el crecimiento y la estabilidad macroeconómicos”.

- 1) El Estado intenta corregir las fallas del mercado como el monopolio y la excesiva contaminación, a fin de fomentar la eficiencia.
- 2) Los programas públicos destinados a fomentar la equidad se valen de los impuestos y del gasto para redistribuir el ingreso a favor de determinados grupos.
- 3) El Estado recurre a los impuestos, el gasto y la regulación monetaria para fomentar el crecimiento y la estabilidad macroeconómicos, reducir el desempleo y la inflación y fomentar el crecimiento económico.

Es de considerarse que las bases y principios económicos, con sus presupuestos teóricos y epistemológicos, tienen sus objetivos particulares eminentemente económicos. Se habla de eficiencia en términos de optimización de recursos, de incrementos recaudatorios, con fines de estabilización, de corregir fallas, de redistribución de ingresos, con fines de crecimiento y desarrollo, todo en una lógica económica, pero, ¿y la visión jurídica?

En este escenario, la visión jurídica se acentúa en el ser humano y sus derechos fundamentales. La equidad jurídica va más allá del complejo escenario de actividades encaminadas a generar riqueza en lo individual más que en lo colectivo. Desde esta visión, la equidad económica se inclina hacia nivelar las leyes de producción y distribución de bienes, crea programas públicos con intenciones de equilibrio económico, pero no como garantía de derechos, no como derecho fundamental a un mínimo vital, “como derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general” (Arango, 2012).

La definición de gasto público (Mendez, 2007) cumple con los requisitos económicos más que jurídicos, considera que el gasto público “es el instrumento más importante de la política economi-

ca. Consiste en el volumen de erogaciones de recursos monetarios para satisfacer necesidades públicas previstas en el presupuesto aprobado y cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo y sus programas”.

Como podemos advertir, el gasto es un instrumento cuya meta es satisfacer necesidades públicas previstas en el presupuesto y cumplir los objetivos de un plan de desarrollo. Teniendo como referencia este argumento, los derechos sociales están en un ordenamiento jurídico a cargo de un constituyente, reconocidos por los poderes de unión y basados en principios y reglas jurídicas que permiten su garantía y su exigencia legal. Sin embargo, nuestra sociedad no está ajena a los fenómenos económicos, por tanto, no podemos dejar fuera de este análisis las fallas de mercado que repercuten en los programas públicos financiados por los ingresos fiscales, encaminados a resolver problemas sociales. En este escenario toma sentido que “una ciencia social, en la medida en que, al igual que para el Derecho, su primera finalidad es resolver problemas sociales: distribuir recursos escasos, o contribuir al incremento o la conservación de los mismos, evitando las situaciones críticas” (Rivero, 2013).

Ahora bien, el sentir del derecho respecto al gasto público se acentúa en la esencia del artículo 31, fracción IV, de la Constitución mexicana (CPEUM, 2024) en consonancia con la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así, dicho gasto debe cubrir las necesidades colectivas, sociales o públicas y no las privadas o individuales. Asevera la Corte Suprema y advierte que, de acuerdo con el principio de eficiencia, immanente al gasto público, la elección del destino del recurso debe dirigirse a cumplir las obligaciones y aspiraciones que en ese ámbito describe la Carta Fundamental.

Con este escenario, podemos advertir que los derechos tutelados por la ley como consecuencia del comportamiento de la economía y los ingresos fiscales provenientes de la recaudación de impuestos deben tener como único destino la garantía de los derechos sociales, por mandamiento constitucional basado en el princi-

pio constitucional del gasto público. Bajo este argumento, no deben estar supeditados a las condiciones del mercado, ya que su justificación es y será por disposición constitucional.

La propia Constitución y la Suprema Corte señalan que

el concepto de gasto público tiene un sentido social y un alcance de interés colectivo, por cuanto el importe de las contribuciones recaudadas se destina a la satisfacción de las necesidades colectivas o sociales, o a los servicios públicos; así, el concepto material de “gasto público” estriba en el destino de la recaudación que el Estado debe garantizar en beneficio de la colectividad.

Como puede visualizarse, el pronunciamiento de la Corte otorga atribuciones a quien dirige las riendas de la política económica para que pueda destinar los ingresos por vía de impuestos, incluso para fines parafiscales, como instrumento con fines económicos, políticos y sociales. Sin embargo, consideramos que dicho antecedente es contradictorio a lo establecido por el artículo 31 de la Constitución mexicana, fracción IV, y al principio de gasto público, ya que, según este antecedente, aun cuando la contribución sea para los fines extrafiscales, no deja de ser contribución y mucho menos que su destino quede y dependa de la discrecionalidad de quien establezca los instrumentos para los fines ya mencionados. En este sentido, nos hemos planteado y replanteado la exigencia de los derechos humanos a una economía globalizada. ¿Podemos exigir su respeto? Aguiló Bonet, citando a Franz Hinkelammert (2009), afirma:

La actual estrategia de la globalización entiende los derechos humanos como derechos del poseedor, del propietario. (...) Se trata de derechos humanos que se ubican dentro de un mundo pensado a partir del mercado. (...) Piensan éste como un ámbito de libertad natural. Por consiguiente, jamás reclaman y pueden reclamar derechos humanos frente al mercado. Se orientan a derechos frente al Estado. Pero, de esta manera, resultan derechos humanos que no son exclusi-

vos de los seres humanos. Se trata de derechos que se refieren tanto a personas jurídicas como a personas llamadas “naturales”.

No podemos dejar fuera de este análisis los conceptos de Estado del bienestar, el Estado-providencia, a partir de los años sesenta el concepto de *megaestado*, de ahí surge el Estado fiscal, ideas que han surgido de manera conjunta con el Estado de derecho, el “Estado liberal de derecho, Estado social del derecho o el Estado del bienestar” (Cortina, 1997). Son, sin duda, conceptos que giran en torno a la dirección de la hacienda pública de los Estados, con vínculos de fortalecimiento económico con la fiscalidad internacional, que no están reducidos o privativos a la legislación local, sino además a disposiciones emitidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en materia de erosión de la base imponible y traslado de beneficios (BEPS), para con ello aumentar la recaudación fiscal de los Estados.

El tema expuesto tiene un impacto económico local y está vinculado con el plano internacional, tanto es así que existe una preocupación a nivel global respecto a las medidas a implementar por parte de algunos organismos internacionales. Oxfam México (2025) señala tres medidas clave para acabar con los paraísos fiscales.

- ***Los Gobiernos deben elaborar una lista negra mundial de paraísos fiscales*** siguiendo criterios objetivos y exhaustivos, y sin ningún tipo de interferencia política. Los países incluidos en dicha lista deben afrontar duras sanciones.
- ***Acabar con la opacidad fiscal. Necesitamos transparencia.*** Los Gobiernos deben obligar a las grandes multinacionales a publicar información financiera sobre todos los países donde tienen actividad

económica y los impuestos que pagan. También deben establecer un registro público y centralizado de los titulares reales y últimos de empresas, cuentas bancarias, *trusts* y fundaciones que muestre claramente quiénes son los propietarios reales. Esto facilitaría hacer un seguimiento del dinero.

- Finalmente, necesitamos una nueva generación de reformas fiscales que vaya más allá del proceso BEPS. Pero esta vez debe funcionar para todos los países, no solo para los más ricos. Estos cambios conllevan mucho tiempo, esfuerzo y, ante todo, voluntad política. De lo contrario, los más poderosos seguirán desviando miles de millones de dólares de nuestra economía a sus cuentas en paraísos fiscales.

III. La hacienda pública

Bajo la premisa de Vaclav Klaus (Hervey, 2008), ex primer ministro checo, la hacienda pública no es sino un análisis complejo de la relación entre personas y el Estado. No hay mejor escuela de formación que la hacienda pública. En este tenor, el Estado mexicano, como toda economía, no solo debe atender y visualizar los hechos económicos a partir de los costos financieros, de rentabilidad, de utilidad, de optimización y de eficiencia recaudatoria. También debe visualizarse como un Estado garante de derechos, desde un Estado de derecho, o mejor planteado, desde un Estado constitucional del derecho.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que en este análisis crítico podemos advertir situaciones de carácter ideológico.

Así, podemos escuchar términos como “liberalismo”, “neoliberalismo”, “Estado socialista”, “Estado mínimo”, entre otros. En este entorno, podemos abordar la problemática desde diversas teorías que nos marcan una postura sostenida y que abonan en la complejidad del tema, de modo tal que podemos hablar desde la hacienda pública en la que se verán involucrados los diversos actores, los ciudadanos y el Estado como ejes dominantes de este análisis.

En todo este contexto, en el plano internacional no es ajeno a esta relación entre las personas y el Estado, ciudadanos que requieren de garantizar los derechos y sujetos de impuestos. Así, la hacienda pública establece políticas tendientes a hacer más eficiente la recaudación y resulta innegable que el tema de evasión fiscal no es problema local, lo es también en el ámbito internacional. Para ello, y en aras de fortalecer la hacienda pública, se establecen acciones para contrarrestar el fenómeno de la erosión de la base imponible y traslado de beneficios (BEPS). Esto trae como consecuencia la intervención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), pero, además, modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a leyes federales y leyes locales y a la legislación internacional, como son los tratados. En este sentido, la Constitución mexicana, en su artículo 133, señala la jerarquía que ocupan los tratados internacionales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, máximo órgano judicial de México, emite precedente antes de 1999, en el que especificaba que las leyes federales y los tratados internacionales compartían exactamente la misma jerarquía, situación contraria a los doctrinarios. Más tarde, dicho Poder Judicial emite un nuevo criterio, estableciendo que los tratados internacionales se ubicaban jerárquicamente por debajo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por encima de las leyes generales, federales y locales, disposición expresa en el ya mencionado artículo 133. En este marco jurídico no podemos dejar de mencionar lo establecido por la Convención de Viena sobre el derecho a los tratados,

su regla general de interpretación, los medios de interpretación complementarios y la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

Desde una teoría del desarrollo económico, nuestra Constitución, en su artículo 25, establece la responsabilidad del Estado para satisfacer las necesidades sociales y la normatividad correspondiente (CPEUM, 2024).

Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integra y sustentable, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo una más justa distribución del ingreso y la riqueza permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

Bajo esta misma óptica, el artículo 26 aborda el tema del desarrollo económico de esta manera:

Artículo 26. El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

Tanto la teoría de los servicios públicos o equivalencia, de la necesidad social y desarrollo económico, son de las que encuadran en nuestro sistema fiscal ya que, como hemos visto, estas teorías incluso están consideradas en nuestra Constitución (CPEUM, 2024).

Independientemente de una postura epistémica, la política hacendaria está influida por la ideología política, invadida de posturas de libertad económica, y por otra con un Estado de bienestar, que “suele caracterizar generalmente como un Estado que dota de extensas prestaciones sociales a determinadas capas de la

población” (Luhmann, 2014). Bajo estas posturas se dicta la actividad económica del Estado, que es lo que realmente éste hace, o en qué gasta el dinero y cómo se materializan las distintas fases del derecho financiero, obtención, manejo y aplicación de recursos. Así, independientemente de la regulación normativa, la política hacendaria no solo debe observar las actividades económicas del Estado, sino, además, depende de la influencia ideológica.

Una postura cercana a la verdad es que el Estado tiene una facultad discrecional en el manejo de los recursos financieros. Ello aleja al anhelo de la garantía de los derechos sociales, ya que la política económica y la política hacendaria se inclinarían más por ejercer esa facultad discrecional que por garantizar los derechos humanos fundamentales, esperando no caer en una mentira posmoderna, “posverdad” (Quintanilla, 2020).

Es muy importante conocer esta premisa fundamental de la hacienda pública o economía del sector o economía públicos, cuyo principio es de analizar las políticas reales desde sus distintas perspectivas y visiones del Estado y la sociedad. Para el caso mexicano, y como se ha señalado, las disposiciones constitucionales le permiten al Estado una participación directa en su rectoría, pero como bien se advertía, esta posición normativa tiene su visión ideológica.

Ahora bien, independientemente de la posición ideológica, los hechos nos han revelado que Estados liberalistas han intervenido en la economía del Estado a través de los rescates a ciertas áreas económicas, como en el caso de Estados Unidos el rescate automotriz, o bien en México, con el rescate bancario. En este tenor podemos hacer notar la perspectiva mecanicista de la teoría económica, que no va a la pagar con la preocupación de la garantía de los derechos humanos fundamentales y económicos.

Así las cosas, es una constante que en materia de imposición de contribuciones resulta ser que el Estado, a través de sus

representantes políticos, establece nuevas contribuciones basadas supuestamente en la necesidad económica sostenida por medio de disposiciones legales y muchas veces fortalecidas por el Poder Judicial, convirtiéndose en una relación de poder y no de derecho, ya que el Estado, al imponer dichas contribuciones, lo hace primero en una infinidad de disposiciones legales (Jürgen, 2001). “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república” (Bodin, 1997) y poder absoluto, es el de aquel que, siendo fuente de las leyes, no queda sujeto a ellas, es decir, queda por encima de la ley que pone, pues “la ley no es otra cosa que el mandato del soberano que hace uso de su poder”. Tras eso, plantease a Bodin una dificultad conceptual.

En este sentido, veamos las cosas más allá. Si se quiere saber cuánto se gastó en determinado rubro, es probable que dicha información se nos muestre al amparo de la ley de transparencia y rendición de cuentas. Así, se cumple con la ley, con la norma jurídica, sin embargo, no menos cierto es que debemos ver cuál es la eficiente en la aplicación del gasto. La erogación en un gasto se puede comprobar fácilmente con documentación que acredite debidamente el desembolso de dicha cantidad, la cifra está auditada, el recurso está aplicado al gasto y el gasto está comprobado.

IV. Fiscalidad internacional y gasto público: justificación de los derechos sociales

Hasta el momento hemos hablado de la incidencia del fenómeno económico y su relación con el derecho. Economía, política económica, hacienda pública, gasto público, presupuesto, ley del presupuesto, entre otras, fueron palabras clave para proponer una visión y una problemática planteada respecto a la garantía de los derechos sociales. Ante esta situación, y desde una posición de un realismo jurídico y con base en los hechos observados, podemos hablar de eficiencia.

Como se ha advertido, la garantía de los derechos sociales radica esencialmente en una eficacia recaudatoria y una buena administración de los recursos. En este escenario, los Estados establecen regulaciones tendientes a evitar la evasión fiscal. Así, en las acciones emprendidas se establece frenar los efectos de obtener la mejor recaudación posible, podemos afirmar que los efectos de la evasión fiscal no son privativos de una regulación interna, también lo es en el ámbito internacional. En este sentido, existen 15 acciones emitidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE):

- Abordar los retos de la economía digital.
- Neutralizar los efectos de mecanismos híbridos.
- Refuerzo de las normativas CFC C Matriz.
- Limitar las operaciones financieras.
- Combatir las acciones fiscales perniciosas.
- Impedir la utilización abusiva de convenios internacionales.
- Impedir la elusión artificiosa respecto al establecimiento permanente.
- Asegurar los precios de transferencia.
- Asegurar una evaluación de línea creciente de valor.
- Evaluar y seguir los BEPS.
- Revelen mecanismos de planificación fiscal agresiva.
- Reexaminar documentos sobre tras precios de transferencia.
- Hacer efectiva la mecánica de solución de controversias.
- Desarrollar instrumento de modificación de convenios bilaterales.

En este contexto, México no es ajeno al fenómeno económico y a la globalización. En consecuencia, estas acciones se ven reflejadas en el sistema tributario mexicano al observar la aplicación de la firma electrónica, la emisión de comprobantes fiscales digitales, el envío de la contabilidad electrónica, la presentación de declaraciones a través de la plataforma de la autoridad fiscal, entre otros. De igual forma, han regulado figuras jurídicas como la razón de negocios, precios de transferencia entre partes relacionadas, esquemas reportables, etc. Evidentemente, todo en un contexto de mejorar la recaudación y evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS).

En esta búsqueda de justicia, Rawls (2023) afirma que “una característica esencial de la concepción contractual de la justicia es que la estructura básica de la sociedad es el primer objeto de la justicia”. En el derecho, nuestro escenario es complejo. Además de lo invocado, nos encontramos con la falta de recursos económicos, pero otro factor que influye es el aumento de la población. Este es un gran problema, relacionar recursos obtenidos y las necesidades de una población en aumento.

El aumento de la población es inversamente proporcional a la disminución de los recursos para cubrir las necesidades. Para abordar este análisis partiremos de su esencia, el ser humano y su relación con la sociedad, sin embargo, en el mismo campo del derecho tenemos ciertas diferencias teóricas. Como lo manifiesta Bobbio (2007), la propuesta teórica del positivismo jurídico rehúye incluir en la definición del derecho elementos como bien común, justicia, libertad, bienestar, y refiere a rechazar como no jurídicas aquellas normas que, no obstante de emanar de los órganos competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos, no sirven para obtener el bien común, para actuar la justicia, para garantizar la libertad, para promover el bienestar.

La teoría que nos acerca a la propuesta planteada es la garantista, considerándose como “un modelo de derecho basado en

la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a esto en garantía de los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales sancionados por la constitución” (Ferrajoli, 2014).

En esta obra la democracia a través de los derechos “que el garantismo es sinónimo de estado constitucional de derecho dirigido en dos direcciones, al poder judicial y al poder legislativo y ejecutivo”, siendo categórico en afirmar que “están incluidos no solo los poderes públicos, sino también los privados, refiriendo la extensión a todos los derechos, no solo a la libertad, también a los sociales, pero puntualiza con las consiguientes obligaciones”.

En este sentido, advertimos la existencia de una posición moral, política, jurídica, pero también financiera. Así, para garantizar los derechos, lo jurídico y lo político se sujeta a lo financiero con la expectativa de lo moral. Ahora bien, y como lo hemos comentado hasta este momento, los derechos sociales son un tema de carácter complejo, de trascendencia social, económica, política, jurídica y financiera.

Con estos antecedentes, el Estado, como factor preconcebido de garantía, se ve contaminado por la ideología, moldeándose de un Estado de derecho a un Estado liberal, posterior a un Estado social, sustentado con una visión individualista liberal al estilo de Robert Nozick en su Estado mínimo, contrarrestando con una tradición social bajo la perspectiva de Atienza (2001), que se basa en principios básicos:

- 1) El principio de las necesidades básicas, según el cual, todos los seres humanos tienen ciertas necesidades elementales (por ejemplo, la de alimentarse) que gozan de prioridad frente a las necesidades, que no sean básicas, de los otros seres humanos.
- 2) Principio de cooperación, según el cual, el desarrollo máximo y deseable del ser humano exige una coo-

peración activa por parte de los demás y, en particular, por parte de las instituciones sociales (estatales o no).

3) El principio de solidaridad, que establece que cualquier ser humano solo tiene derecho a un grado de desarrollo y de goce de bienes que no imposibilite a los demás alcanzar un grado de desarrollo equivalente.

A partir de estas teorías del neoconstitucionalismo (Prieto, 2014) y garantismo, podemos prevenir que el gasto público debe considerarse como un principio constitucional, y con ello relacionarlo con la teoría principialista. Todo ello por el contenido del artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fundamento.

Ahora bien, al referirnos al gasto público, no necesariamente señalamos al gasto social, ya que el primero representa el género, mientras que el segundo la especie, diferenciándose básicamente por el destino. Expresa Fraga (1968):

Existe cierta dificultad para precisar en términos definidos lo que debe entenderse por gastos públicos, pues, aunque ellos se encuentran señalados en el presupuesto de egresos, la formulación de éstos supone que previamente ha sido resuelto el problema. Creemos que por gastos públicos deben entenderse los que se destinan a la satisfacción atribuida al estado de una necesidad colectiva quedando por tanto excluidos los que se destinan a la satisfacción de una necesidad individual.

Por su parte, Fonrouge (Fraga, 1968) concluye que “gasto público es toda erogación generalmente en dinero, que incide sobre las finanzas del Estado y se destina al cumplimiento de fines administrativos o económicos-sociales”.

De manera que el gasto público representa la parte medular de este análisis, por lo que es necesario partir de dos formas de administrar la hacienda pública. En una, se caracteriza por criticar

el gasto en exceso, el consumo se inclina por un equilibrio presupuestario, por ende, un Estado riguroso al gastar, y cuando lo hacía, era en aquello estrictamente indispensable.

Ahora bien, el gasto público es parte esencial para la garantía de los derechos humanos, sin embargo, el recurso económico se ampliará a cubrir más necesidades de acuerdo con el número de habitantes, esto pensando en algunos de los derechos fundamentales, como el medio ambiente, agua, educación, salud, de igual forma pensando en que el Estado debe garantizar esos derechos en su función pública.

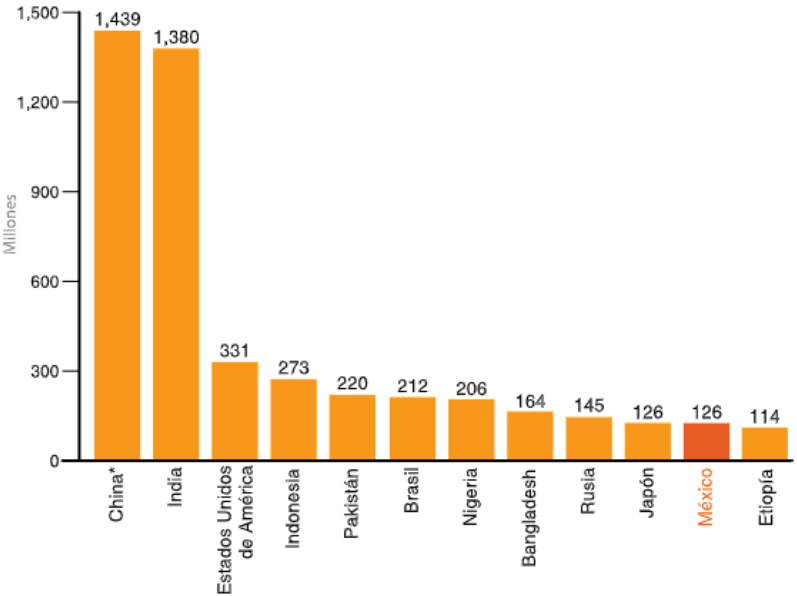
La educación y la salud pública son un claro ejemplo de la crisis de garantía, que, de obligarse, no solo viola los derechos a la salud en integridad física, psíquica y moral de las personas, sino también su dignidad, colocándolos en un riesgo cierto de perder la vida o agravar padecimientos (Abramovich y Courtis, 2002).

Después de la Segunda Guerra Mundial, podemos advertir dos sistemas de protección de los derechos humanos, de manera interna (nacional) y de manera externa (internacional). A nivel nacional vemos plasmados los derechos en la Constitución mexicana, con la reforma del 2011 y antes como garantías individuales, mientras que a nivel internacional el reconocimiento es universal, reconocido por todos los países.

El gran problema es justamente lo que se plantea en estas líneas, la garantía de los derechos sociales, independientemente de la visión ideológica que se tenga, satisfacer las necesidades de la sociedad, además, tiene que ver con otros factores sociales, no solo en México, sino a nivel internacional.

En México existe un problema demográfico. De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda 2020, allí viven 126.014.024 personas. Comparado con otros países, México ocupa el lugar 11 dentro de las naciones más pobladas del mundo (INEGI, 2020).

Figura 1. Población total de 2020 (Número de habitantes)



(Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2024)

Vinculando estos datos, podemos advertir que el problema demográfico forma parte del análisis de la garantía de los derechos sociales y México no es la excepción.

Figura 2. Estados más y menos poblados



(Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2024)

Las entidades **más pobladas** son:

- Estado de México (16.992.418),
- Ciudad de México (9.209.944) y
- Jalisco (8.348.151).

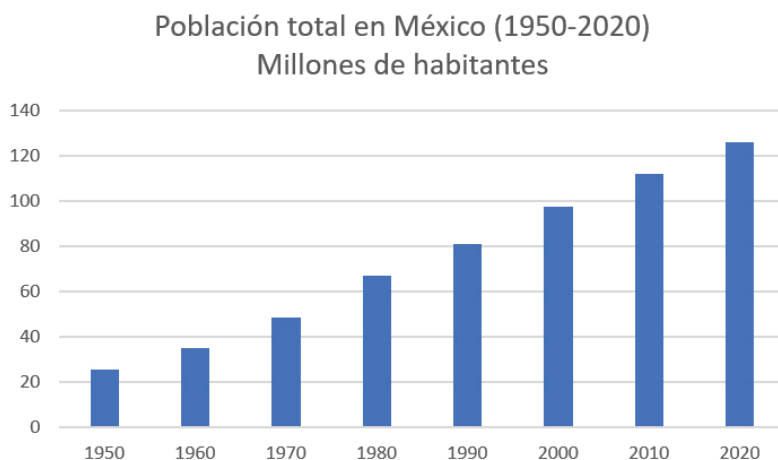
Y las **menos pobladas**:

- Colima (731.391),
- Baja California Sur (798.447) y
- Campeche (928.363).

En esta figura podemos advertir que el problema demográfico en México se centra en seis estados.

Durante los últimos 70 años, la población en México ha crecido poco más de cuatro veces. En 1950 había 25.8 millones de personas; en 2020 hay 126 millones. De 2010 a 2020, la población se incrementó en 14 millones de habitantes.

Figura 3. ¿Cuánto aumentó la población?



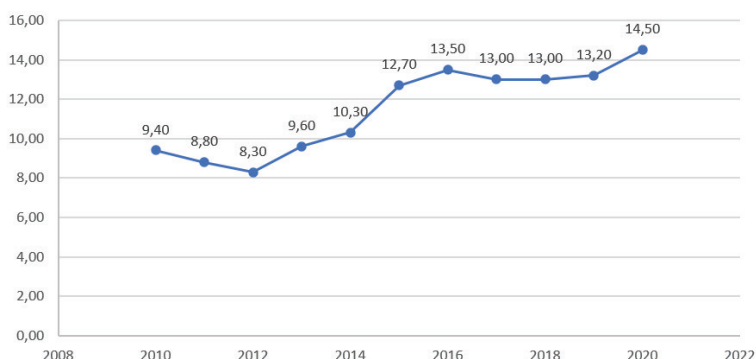
(Fuente: INEGI, Indicadores Sociodemográficos de México, 1930-2000, Censos de Población y Vivienda 2010 y 2020)

Durante 2020, a pesar de la pandemia de COVID-19 y sus efectos adversos en la economía, se implementaron estrategias de cobro y fiscalización para sostener la recaudación tributaria, lo que permitió que se recaudaran 3 billones 338.9 mil millones de pesos, lo que implicó un aumento nominal de 136.3 mil millones de pesos y un crecimiento de 0.8 real respecto a lo recaudado el año anterior. Esto evitó endeudamiento, garantizó finanzas públicas sanas y permitió cubrir los gastos en salud y en los programas prioritarios.

En ese mismo año, los ingresos tributarios crecieron significativamente con relación al Producto Interno Bruto (PIB). Se estima que en 2020 los ingresos tributarios sean 14.5 como proporción del PIB, lo que representa el porcentaje más alto de los últimos años respecto del PIB y 1.3 puntos porcentuales adicionales con relación a 2019, último año sin pandemia.

Esta figura nos advierte que el problema de la sobrepoblación ha ido en aumento, lo cual complica el problema.

Figura 4. Ingresos tributarios del Gobierno Federal (2010-2020)

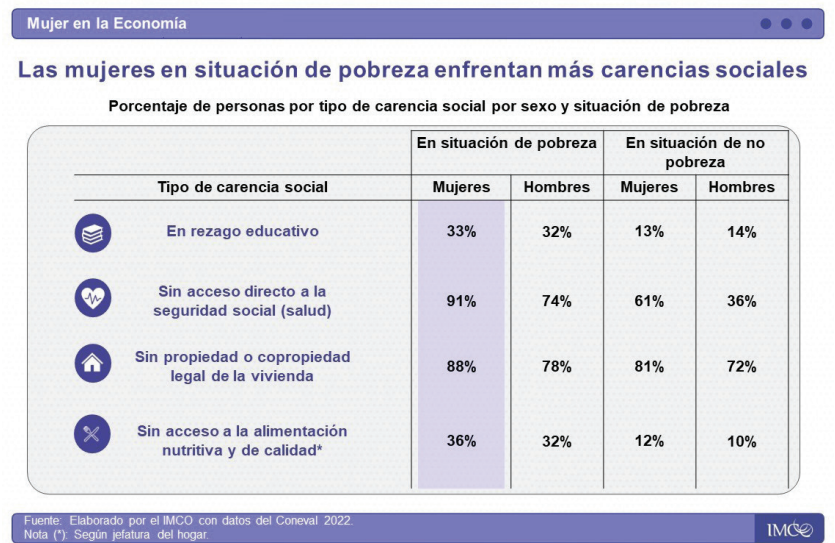


(Fuente: Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Servicio de Administración Tributaria)

Junto con el problema demográfico, se une el problema financiero. Podemos observar que los ingresos tributarios de 2010 a 2020 tuvieron un aumento significativo, sin embargo, no fueron

en la proporción del incremento de la población. Ahora bien, otro factor a considerar son justamente las condiciones de pobreza que presenta la República Mexicana.

Figura 5. La mujer en la economía



Como podemos observar, el Instituto Mexicano para la Competitividad (2024), aun cuando es información del 2022, muestra datos significativos, observando que un porcentaje muy alto son los problemas de salud y vivienda, derechos sociales plasmados en nuestra Constitución.

Se advierte un Estado con funciones específicas, sin abandonar su posición de que los gastos públicos traían déficit y pobreza al Estado. Clasificaba al gasto en dos tipos: ordinarios y extraordinarios. Los primeros se destinaban a cubrir los servicios normales u ordinarios del Estado, mientras que los segundos se aplicaban para satisfacer las necesidades extraordinarias.

Otra visión de administrar la hacienda pública se caracteriza y se contrapone con la anterior. En esta se inclina por gastar debi-

do a los ingresos, considerando que los gastos son un instrumento financiero de Estado a través del cual actúa estratégicamente para equilibrar la riqueza, pugna por una redistribución. Al margen de lo sustantivo de estas dos formas de administrar la hacienda pública, la diferencia medular radica en el tratamiento y aplicación de los recursos. Sin embargo, sea cualquiera de las formas de administrar la hacienda pública, en lo jurídico lo importante es el respeto a los principios constitucionales y sobre todo el gasto público dirigido hacia el respeto a la dignidad humana y a los derechos sociales, acercándonos “que la justicia supone cultivar la virtud y razonar acerca del bien común” (Sandel, 2011).

Así pues, el concepto de gasto público está relacionado con la actividad administrativa del Estado y su concepto es el reflejo de un contexto histórico. Seguramente, la importancia de este gasto público es distinta entre una doctrina individualista y una estatista. Boquera Oliver, citado por Delgadillo (2000), establece:

Desde comienzos del siglo hasta fecha reciente, el concepto de servicio público, pese a su imprecisión, ha constituido en algunos países el eje del derecho administrativo. La imprecisión del concepto de servicio público tiene su origen en la variedad de significados que han recibido los dos términos de la expresión. Para unos, “servicio” era una organización de medios; para otros una actividad o función. El término “público”, según las diversas tendencias doctrinales, correspondía a la condición del sujeto titular del servicio (persona jurídica), a la naturaleza de las facultades jurídicas empleadas para su funcionamiento (poder público), a fin al que se dirigía el servicio (fin público) o a una especie de fin público, al régimen jurídico a que estaba sometido (régimen jurídico-público), e incluso a los destinatarios del mismo (el público) (p. 239).

Delgadillo (2014) define al servicio público como “actividad general, uniforme, regular y continua, realizada por el Estado o por

los particulares, conforme a las disposiciones legales que la regulan, para la satisfacción de necesidades colectivas de interés general”.

Derivado del concepto anterior, podemos observar que el servicio público se caracteriza por ser una actividad que debe realizar el Estado, pero también los particulares. En ese sentido, la misma Administración Pública Federal establece la posibilidad de que los particulares puedan participar en la prestación de servicios públicos a través de la figura jurídica de la concesión. Así también, y derivado de la definición anterior, podemos decir que el servicio público debe estar regulado jurídicamente y, en la parte final, la característica más importante, debe satisfacer necesidades colectivas de interés general, sin entrar en la naturaleza de los servicios públicos es importante destacar que tanto Fraga (1968) como Serra Rojas (1992) apuntan a si es una actividad o una organización, sustentando sus ideas en Jéze, Duguit y Bonnard. Sin embargo, coinciden todos en que el Estado es uno de los actores principales en la escena administrativa y que el servicio público es la piedra angular del derecho administrativo y que forman parte de la estructura del Estado.

Como podemos observar, el tema corresponde a la complejidad de las ciencias sociales, ya que se observan elementos económicos, políticos, sociales, culturales y evidentemente legales. Se advierte que la postura es alejarse de lo técnico para acercarse más a un problema de bienes comunes, tomemos como ejemplo la educación y la salud pública, cuyo uso es gratuito. Los recursos cada vez son menos y la población más, las necesidades aumentan y las condiciones de bienestar son deplorables. No hay Estado que pueda dar una solución certera dadas las condiciones de población, aun cuando “el derecho organiza lo social, pone en la desordenada reyerta que bulle en el seno de la sociedad y es, antes que nada, ordenamiento” (Grossi, 2006).

Otra versión del pago de impuestos que no tiene que ver con la descripción de la norma, y más bien con una visión filosófica

y sociológica, es que el reconocimiento de los derechos sociales y su garantía es un problema complejo y multifactorial. Además, surgen conceptos como neoliberalismo fiscal (Miranda, 2019), idea enfrentada con el modelo de Estado social. En este entorno económico fiscal, de fiscalidad internacional y de recaudación, no podemos dejar de mencionar a los paraísos fiscales, escándalos como *LuxLeaks*, *Panama Papers*, *Paradise Papers* ponen en evidencia cómo empresas con grandes fortunas ocultan su dinero para eludir el pago de impuestos, lo cual afecta de manera directa al gasto público y a la garantía de los derechos sociales. Según datos de Oxfam México (2025), “el continente africano pierde 14 millones de dólares en ingresos tributarios debido a los paraísos fiscales. Este dinero sería suficiente para financiar servicios sanitarios que podrían salvar la vida a 4 millones de niños y niñas y 200 mil madres, y para contratar a suficientes profesores y profesoras para escolarizar a todos los niños y niñas africanos”.

Según Oxfam, en la mayoría de países el impuesto de sociedades es el más bajo de las últimas décadas, la tasa media en los países del G20 (Grupo de los Veinte), un foro intergubernamental que reúne a los países más importantes del mundo para tratar temas económicos y financieros, era del 40%. Actualmente es del 30%, la OCDE y el G20 han establecido los BEPS, que más de cien países han suscrito.

V. Conclusiones

Siendo el gasto público ingresos económicos y, por su naturaleza, públicos, es limitado en un mundo de derechos ilimitados. La garantía de los derechos a la salud y a la educación es responsabilidad del Estado mexicano, se atienden a través de instituciones de este y los recursos económicos deben fluir para garantizar su atención. La economía, la política económica, el gasto público y el derecho representan oportunidades de optimizar los recursos,

de distribución eficiente de estos, de equilibrio y satisfacción de necesidades.

En el ámbito del derecho, nuestra Constitución establece la responsabilidad del Estado en la rectoría económica, los derechos humanos de los ciudadanos y la organización, estructura y funcionamiento del Estado. Derivado de este reconocimiento normativo y de los avances teóricos del derecho, el compromiso se incrementa poniendo en problemas financieros al Estado.

Conceptos como Estado social, Estado constitucional del derecho, garantía de derechos, entre otros, contribuyen en el compromiso y responsabilidad del Estado, el cual deberá destinar recursos para hacer frente a dicho deber. Evidentemente, estamos de acuerdo con esa responsabilidad, con las teorías jurídicas encaminadas a sustentar el compromiso estatal, con el deber constitucional, con la nueva visión principialista del derecho, con los argumentos ponderativos en una colisión de derechos, pero los hechos y la realidad jurídica nos inclinan a una solución distinta. La economía y el derecho no han tenido una solución técnica.

Así, se concluye que en la palestra de la garantía de los derechos sociales son muy importantes dos elementos, los ingresos y los beneficiarios, observando que los ingresos cada día son insuficientes y la razón es la cantidad de personas a quienes hay que satisfacer necesidades. Los ingresos son inversamente proporcionales a los habitantes, la población crece de manera exponencial, y es ahí donde radica el problema. Los recursos financieros son finitos y tienen que cubrir derechos infinitos, por tanto, el Estado mexicano no podrá garantizar los derechos que nuestra Constitución establece. El fenómeno de la recaudación es local e internacional, fortaleciendo los recursos del Estado. En el ámbito externo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) establece mecanismos y acciones tendientes a contrarrestar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS) a nivel internacional, pretendiendo con ello aumentar la recaudación y financiar el gasto público.

VI. Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Arango, R. R. (2012). *El concepto de derechos fundamentales*. Colombia: Legis.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Madrid: Ariel.
- Bodin, J. (1997). *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos.
- Bobbio, N. (2007). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Cerroni, H. (1992). *Política, método, teorías, procesos, sujetos, instituciones y categorías*. Bogotá: Siglo Veintiuno.
- Cortina, A. (1997). *Ciudadanos del mundo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Camara de Diputados de México (2024). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Diario Oficial de la Federación.
- Delgadillo, G. L. (2000). *Elementos de Derecho Administrativo*. México: Noriega Editores.
- Delgadillo, L. H. (2014). *Principios de Derecho Tributario*. México: Limusa.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Fraga, G. (1968). *Derecho Administrativo*. México: Porrúa.
- Franz, H. (2009). *Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana*. Palma de Mallorca: Universitat de les Balears.
- Grossi, P. (2006). *La primera lección de Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Hervey, S. (2008). *Hacienda Pública*. México: McGraw Hill.
- Instituto Mexicano para la Competividad (2024). *Pobreza en México #conlupadegénero*. <https://imco.org.mx/pobreza-en-mexico-conlupadegenero/>.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2020). *Población total*. México: INEGI.

Jürgen, H. (2001). *Más allá del Estado Nacional*. Madrid: Trotta.

Luhmann, N. (2014). *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Universidad.

Marina, J. A. (2010). *Las culturas fracasadas, el talento y la estupidez de las sociedades*. Barcelona: Anagrama.

Mendez. (2007). *Introducción al Derecho Económico*. México: Trillas.

Miranda, J. M. (2019). *La hermenéutica analógica en el plan BEPS y la Fiscalidad Internacional*. México: Thomson Reuters.

Oxfam México (2025). #ParadisePapers: Aún nos falta mucho para acabar con los paraísos fiscales. <http://www.oxfammexico.org/paradisepapers-aun-nos-queda-mucho-para-acabar-con-los-paraisos-fiscales/>.

Prieto, S. L. (2014). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Quintanilla, M. A. (2020). *Filosofía Ciudadana*. Madrid: Trotta.

Rawls, J. (2023). *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica.

Rivero, O. R. (2013). *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Marcial Pons.

Rodolfo, A. R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.

Samuelson, P. y Nordhaus, W. D. (1999). *Macroeconomía con aplicaciones en México*. México: McGraw Hill.

Sandel, M. J. (2011). *Justicia ¿hacemos lo que debemos?* Barcelona: Liberdúplex.

Semanario Judicial de la Federación (2005). *Fines Extrafiscales*.

Serra Rojas, A. (1992). *Derecho administrativo* (pp. 510-512). 15ª edición. México: Porrúa.

El Tribunal Supremo español ante la interpretación de los convenios de doble imposición (modelo OCDE)¹

Alejandro Torrescusa Cordero²

Resumen

El objetivo de este trabajo consiste en analizar desde un punto de vista objetivo y crítico los criterios de interpretación que deben seguirse en relación con los convenios para evitar la doble imposición, determinando si han de tenerse en cuenta los cambios que se vayan produciendo en el articulado y en los comentarios oficiales del modelo de convenio de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico). Para nuestra investigación, nos hemos basado en el examen de diversas fuentes jurídicas, en particular de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en la que se muestran oscilaciones en el conflicto entre la interpretación dinámica o evolutiva y la interpretación literal o estática. Adicionalmente, hemos aprovechado para plantearnos en qué medida resuelve el citado conflicto interpretativo la reciente irrupción del nuevo Convenio Multilateral de la OCDE para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, ratificado por España el 29 de septiembre de 2021.

Palabras clave: convenios; modelo de la OCDE; interpretación dinámica; interpretación estática; Tribunal Supremo

Abstract

The objective of this paper is to analyze from an objective and critical point of view the interpretation to be made in relation

¹ Artículo derivado del proyecto de investigación PID2021-125061NB-I00: "Las difusas fronteras en la regulación de los distintos procedimientos tributarios. Mejoras técnicas necesarias en su delimitación. Seguridad jurídica versus litigiosidad".

² Máster Universitario en Tributación y Asesoría Fiscal (Universidad Loyola). Universidad de Sevilla. Contacto: atorrescusa@us.es. ORCID: 0000-0002-8722-2890

to the double taxation conventions signed by Spain and the comments of the model convention of the Organization for Economic Cooperation and Development. The research aims to cover the development of the interpretation to be made on these conventions. For this work we have relied on the critical analysis of various legal sources, specifically the jurisprudence of the Supreme Court. Additionally, we have taken advantage of this paper to carry out a study and brief analysis of the new Multilateral Convention, ratified by Spain on September 29, 2021, to apply the measures related to tax treaties to prevent the erosion of tax bases and profit shifting.

Keywords: supreme court; convention; OECD model; interpretation; dynamic; static

I. Introducción

Si alguna persona pensara que el derecho es una materia inmóvil, podríamos afirmar que está por completo equivocado. El derecho como ciencia social se halla en constante evolución.³ Esta tendencia a la transformación se siente plenamente latente en nuestra materia, el derecho financiero y tributario. Así lo reconoce en la exposición de motivos la actual Ley General Tributaria española,⁴ que indica que desde su inicial aprobación en 1963 ha sido objeto de diversas modificaciones con el objetivo de intentar adaptarla a los cambios sufridos en la evolución del sistema tributario. Además, no se trata de una tendencia en sí misma rechazable, sino que creemos que así es como debe ser (mientras no se caiga en el abuso de un reformismo compulsivo e injustificado), pues no tendría sentido que el derecho sea impermeable, máxime cuando es testigo de los principales acontecimientos, cambios, hechos históricos, etc., que vive cualquier país y esta sociedad globalizada.

3 Así lo define la primera acepción de la Real Academia Española de la Lengua: “Dicho de un organismo o de otra cosa: Desenvolverse o desarrollarse, pasando de un estado a otro”. El derecho está en un constante cambio, por lo que también podríamos haber utilizado cualquiera de sus sinónimos, transformarse, cambiar, desarrollarse, menos el de progresar. Este último implica avance o mejoría, pero que el derecho esté continuamente mutando no lleva aparejado que sea mejor, aunque debería.

4 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Esta ley es el eje central del ordenamiento tributario español. En ella se recogen sus principios esenciales y se regulan las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes.

Una manifestación del importante componente evolutivo del ordenamiento tributario la percibimos en la actualidad en la experiencia que proporciona el modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a la hora de interpretar los convenios firmados por España con otros países. ¿Qué ocurre cuando hay que aplicar un precepto concreto de un convenio cuyo texto se aprobó tomando como referencia el modelo de la OCDE, pero ese precepto ya ha sido modificado en el modelo, mientras que permanece inalterado en el propio convenio? A pesar de que interpretar los convenios en base a las reformas o comentarios añadidos posteriormente al modelo pudiera parecer que es lo correcto, en aras de una actualización y mejora de los contenidos de los convenios, no tenemos la certeza de si esa interpretación dinámica pudiera generar una mayor inseguridad jurídica para el contribuyente, siendo esto contrario a los principios que deben ponderar nuestro ordenamiento jurídico.

II. ¿Qué son los convenios para evitar la doble imposición? ¿Y el modelo de convenio de la OCDE?

II. 1. Origen y naturaleza de los convenios para evitar la doble imposición

La Real Academia Española de la Lengua define al convenio, en su acepción primera, como “acuerdo o pacto”, pero también se remite a tratado internacional, es decir, a un “acuerdo entre Estados u organizaciones internacionales, regido por el derecho internacional, con la finalidad de establecer normas de relación o de resolver problemas concretos”.⁵ En el mundo del derecho tenemos innumerables convenios, quizás el más importante en relación con el derecho internacional puede ser el Convenio de Viena, que regula el derecho de los tratados, pero no es el que nos ocupa, sino que en la presente obra nos centraremos en los convenios para evitar la do-

⁵ Véase en <https://dle.rae.es/tratado#RbY90kz> (Consultado el 12/10/2024).

ble imposición. En lo que se refiere a estos podemos decir que son acuerdos bilaterales⁶ entre países para intentar evitar que los mismos ingresos o rentas sean gravados dos veces en distintas jurisdicciones y, asimismo, para prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta.

Los convenios para evitar la doble imposición tienen carácter de tratado internacional,⁷ lo que es de suma importancia, pues le brinda la naturaleza de fuente del derecho de aplicación prioritaria en el ordenamiento jurídico español, y así lo establecen diferentes preceptos de nuestra normativa. Aunque por orden de importancia deberíamos hacerlo en el orden inverso, comenzaremos por la Ley General Tributaria, la cual indica en su artículo 7 lo siguiente: “Fuentes del ordenamiento tributario. 1. Los tributos se regirán: (...) b) Por los tratados o convenios internacionales que contengan cláusulas de naturaleza tributaria y, en particular, por los convenios para evitar la doble imposición, en los términos previstos en el artículo 96 de la Constitución”. Debido a la remisión a la Constitución, cabe señalar que su artículo 96 apunta que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. En este momento aprovechamos para traer a colación el artículo 1 del Código Civil español, que establece que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. (...) 5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”.

6 Que tengan naturaleza bilateral significa que son acuerdos entre dos países en los que se determina qué país tiene el derecho de gravar determinados ingresos, rendimientos del trabajo, cánones, dividendos, regalías, etc., y además se establecen herramientas para evitar la doble imposición, mediante la exención de los ingresos en uno de los países.

7 Gildemeister Ruiz Huidobro, A. (1998). Breve introducción a los convenios para evitar la doble imposición. *Derecho & Sociedad*, (13), pp. 60-66.

Una vez que conocemos la naturaleza y el objetivo de los convenios para evitar la doble imposición, queremos advertir que en España la firma de convenios para evitar la doble imposición comenzó a mediados del siglo veinte, con los primeros convenios firmados entre 1966 y 1967 con Suiza, Austria, Alemania y Finlandia. Desde entonces, España ha firmado acuerdos con numerosos países hasta el número de 91, siendo el último el que se ha firmado recientemente con Paraguay, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 29 de julio de 2024 y cuya entrada en vigor se ha producido el 14 de octubre.

Pero, ¿qué ocurre si un país, por ejemplo, España, quiere que dicho convenio deje de tener validez? Pues bien, para no seguir con la aplicación de un convenio, se requiere su denuncia formal por parte del Estado que manifieste su voluntad de no continuar en él. En concreto, los convenios disponen de un artículo⁸ que regula los plazos y las condiciones para su denuncia. A propósito de la posibilidad de denuncia, solo ha habido dos supuestos dentro de la amplia red de convenios suscritos por España. Por un lado, la denuncia por Dinamarca del convenio que había firmado con España. Y, por otro lado, precisamente hay que dejar constancia de la denuncia del convenio llevada a cabo por la República Argentina. El 12 de julio de 2012 se publicó la resolución a través de la cual denunciaba el convenio firmado en Madrid el 21 de julio de 1992. No obstante, el 11 de marzo de 2013 se firmó un nuevo convenio que no fue publicado en el Boletín Oficial del Estado español hasta el 1 de enero de 2014, pero que entró en vigor con carácter retroactivo el 1 de enero de 2013.⁹

8 En el caso que estamos analizando es el artículo 29, el cual regula lo siguiente: “El presente Convenio permanecerá en vigor mientras no se denuncie por uno de los Estados Contratantes. Cualquiera de los Estados Contratantes, puede denunciar el Convenio por vía diplomática, comunicándolo al menos con seis meses de antelación a la terminación de cada año natural, con posterioridad al término de un plazo de cinco años desde la fecha de su entrada en vigor. En tal caso, el Convenio dejará de tener efecto: a) En relación con los impuestos retenidos en la fuente sobre cantidades pagadas a no residentes, a partir del día primero del mes de enero siguiente a la fecha de notificación de la denuncia; b) En relación con los demás impuestos, a los ejercicios fiscales que comiencen a partir del día primero del mes de enero siguiente a la fecha de notificación de la denuncia; y c) en los restantes casos, a partir del primero del mes de enero siguiente a la fecha de notificación de la denuncia”.

9 Por la extensión adecuada de la presente obra no abordaremos el tema en lo que incumbe a la denuncia y el nuevo convenio firmado entre el Reino de España y la República Argentina, pero según nuestra opinión es un tema que merece ser estudiado.

Una vez abordada la manera de proceder a la denuncia de los convenios, debemos afrontar cómo se realiza su reforma. Se debe aclarar que hay numerosas dificultades objetivas para reformar los convenios bilaterales, ya que es un proceso complejo debido a la necesidad de equilibrar intereses fiscales, armonizar disposiciones técnicas y jurídicas y adaptarse a los estándares internacionales. A pesar de las diversas dificultades, el Reino de España ha modificado varios convenios, por ejemplo, el de los Estados Unidos de América, el de la República de la India, el firmado con la República de Austria o el de los Estados Unidos Mexicanos, por citar algunos. En este punto debemos precisar que estas dificultades también han desembocado en que los convenios que no han sido reformados se apliquen bajo la luz de los comentarios que se realizan en el modelo de convenio de la OCDE y tratando de tener en cuenta la nueva redacción del articulado del Modelo.

II. 2. Origen y naturaleza del modelo de convenio de la OCDE

Antes de hablar del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), debemos conocer de qué se trata este organismo. Este se desarrolló en el siglo veinte, concretamente, empezó su funcionamiento entre 1960 y 1961. Su objetivo no es otro que intentar lograr un mayor bienestar en todo el mundo asesorando a los gobiernos sobre políticas que apoyen un crecimiento resistente, integrador y sostenible. Así lo define su propia página web.¹⁰ En lo que a nosotros ocupa, la organización se ha encargado de buscar soluciones bilaterales o multilaterales a los retos mundiales inherentes a la fiscalidad internacional.¹¹

Anteriormente indicamos que los primeros acuerdos que firmó el Reino de España fueron en la década de los sesenta y en allí

¹⁰ Véase en <https://www.oecd.org/en/about/history.html> (Consultado el 13/10/2024).

¹¹ Ulas, G. (2012). La globalización y los convenios para evitar la doble imposición internacional. *Revista dos Tribunais*, (925), pp. 359-375.

cuando se presenta el Proyecto de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio, elaborado por el Comité Fiscal (hoy, Comité de Asuntos Fiscales) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.¹² A pesar de que fue en 1963 cuando se publicó este proyecto¹³ (a pesar de su denominación, constituía un auténtico modelo), debido a diferentes causas se publicó una revisión en 1977 (a la que ya sí se llamó “modelo”) y se recomendó a los Estados que utilizarasen ese modelo para sus nuevos convenios. Posteriormente, en 1992 se volvió a modificar el modelo y, a partir de esa fecha, ha sido más frecuente la evolución del articulado, por lo que se publicaban hojas intercambiables, facilitando así la aparición de modificaciones puntuales.¹⁴

Antes de entrar a analizar las principales sentencias del Tribunal Supremo español que han tratado el asunto de la interpretación de los convenios y el valor del modelo de convenio, queremos recalcar que este modelo que utilizan la mayoría de los Estados para realizar los convenios para evitar la doble imposición¹⁵ no se considera fuente del derecho en sentido estricto, ya que es un instrumento que no tiene carácter normativo, es decir, se le considera *soft law*.¹⁶ Esto se debe a que derivan de unos organismos supranacionales y que su objetivo es orientar, por lo que queda a la voluntad de cada Estado aceptar sus recomendaciones. No obstante, este derecho “blando” logra una gran influencia jurídica no solo en el terreno de la aprobación de convenios, sino después al tiempo de su aplicación, dado que suele utilizarse en los litigios como argumento interpretativo de los contribuyentes contra la Administración tributaria y viceversa. Sin embargo, como vere-

12 Cubero Truyo, A. M. y Díaz Ravn, N. (2012). *Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España y modelo de la OCDE: análisis comparativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

13 Díaz Yanes, I. (2007). Los acuerdos internacionales sobre reparto de la competencia fiscal: Los convenios para evitar la doble imposición y el Tratado de la Unión Europea. *Serie IEF Cuadernos de Formación*, 4, pp. 51-69.

14 La última actualización del modelo data de 2010, afectando fundamentalmente al artículo 7 (beneficios empresariales) y a sus comentarios. En la actualidad, se trabaja en los comentarios al artículo 5 (establecimiento permanente).

15 Otros países optan por seguir el Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo.

16 Calderón Carrero, J. M. (2020). La interpretación de los convenios de doble imposición en los tiempos de la COVID-19. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, (449-450), pp. 51-76.

mos más adelante,¹⁷ el modelo de convenio, al ser solo *soft law*, no puede ser utilizado como base de los recursos de casación que se presenten ante el Tribunal Supremo, y así lo señala la Sentencia del 3 de marzo de 2020 (recurso de casación núm. 5448/2018).¹⁸

III. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. ¿Cómo deben interpretarse los convenios para evitar la doble imposición que siguen el modelo de la OCDE?

Las modificaciones en determinados artículos y los nuevos comentarios oficiales que se han ido añadiendo al modelo de convenio de la OCDE son de algún modo los que han generado un tipo interesante de litigiosidad entre los contribuyentes y la Administración tributaria y han dado a luz una controvertida discrepancia entre la interpretación estática o la dinámica de los convenios. Para conocer la diferencia entre ambas modalidades de lectura de los convenios, nos remitimos a la obra de Cubero Truyo y Díaz Ravn (2012), en la que vienen a exponer lo siguiente.¹⁹ Por un lado, nos hallaríamos ante la “interpretación estática o literal”, según la cual los artículos de un convenio firmado entre dos países se interpretarán sin tener en cuenta las modificaciones posteriores al modelo o a sus comentarios. Esta forma de interpretación ofrece mayor seguridad jurídica al contribuyente, pero corre el riesgo de que se interprete una norma con criterios ya obsoletos.²⁰ Por otro lado, nos encontraríamos con

17 Véase en <https://www.centrogarrigues.com/blog/las-fuentes-de-derecho-tributario-internacional-y-los-instrumentos-de-soft-law-un-difícil-matrimonio/> (Consultado el 12/10/2024).

18 “La infracción que se invoque en casación, por tanto, debe recaer sobre las normas del ordenamiento jurídico, esto es, sobre las fuentes formales que lo integran y que enuncia el artículo 1.1 del Código Civil, al establecer que ‘(...) las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho’. Dentro del concepto material de ley que expresa el mencionado precepto cabe incluir las distintas manifestaciones, jerárquicamente ordenadas, de la potestad normativa (Constitución, Tratados internacionales, ley orgánica, ley ordinaria, reglamentos, etc.), pero no es posible fundamentar un motivo casacional en la infracción de las mencionadas directrices de la OCDE, dada la ausencia de valor normativo, es decir, como fuente jurídica vinculante para los Tribunales de justicia que cabe predicar de éstas, y que este Tribunal Supremo ya ha declarado (así, la Sentencia de 18 de julio de 2012, pronunciada en el recurso de casación nº 3779/2009), en que se consideran tales directrices como meras recomendaciones a los Estados y, en otro lugar de dicha sentencia, les asigna un valor interpretativo”.

19 Cubero Truyo y Díaz Ravn, op. cit.

20 Díaz Ravn, N. (2012). La interpretación de los CDIs en la jurisprudencia del TS español y el carácter vinculante de los Comentarios del MC OCDE. En F. Serrano Antón, E. A. Simón Acosta y H. Taveira Torres (Dirs.). *Fiscalidad y globalización* (pp. 731-742). Pamplona: Aranzadi.

la “interpretación dinámica o evolutiva”, según la cual cada convenio ha de interpretarse a la luz de la última versión del modelo y de sus comentarios. La interpretación dinámica implica una merma del principio de seguridad jurídica, no tanto cuando la interpretación pretenda aclarar el alcance de un artículo del convenio, pero sí cuando suponga la incorporación de contenido novedoso, no existente en la redacción original del convenio cuya aplicación se pretende.

A continuación, podremos comprobar cómo el Tribunal Supremo español a lo largo de los últimos años se ha pronunciado acerca de esta cuestión, pero no siempre con el mismo criterio, ya que en 2008 entendió que los convenios debían aplicarse siguiendo una interpretación dinámica, mientras que en 2020 defendió una interpretación estricta o estática de estos.

III. 1. Sentencia de 11 de junio de 2008 (recurso de casación núm. 7710/2002)

En esta sentencia debemos señalar que el Tribunal Supremo hizo uso del concepto de la interpretación dinámica, pero aun sin denominarlo como tal²¹. En esta, se interpreta el convenio firmado por España y Países Bajos, pero en el fondo del asunto litigioso, el Alto Tribunal se remite a la aplicación del derecho interno español para resolver el caso.

El asunto era digno de atención porque giraba en torno al artículo dedicado a las rentas de artistas y deportistas, un artículo que se inclina con rotundidad por permitir el gravamen en el país de la fuente en el que se ha producido la actuación del artista o deportista, y que había sido objeto de reforma en el modelo para evitar que pudiera esquivarse el gravamen mediante la interposición de entidades (que defenderían que las rentas obtenidas no eran rentas de artistas o deportistas, sino rentas empresariales). En la sentencia

21 Fernández Valverde, R. (2020). La exención por doble imposición hispano-suiza se fundamenta en una interpretación dinámica del convenio que no produzca efectos retroactivos respecto del concepto de establecimiento permanente. *La Ley*, (9700).

se analiza el contrato que hubo entre una promotora de conciertos y el artista para su gira en España. Sin embargo, el contrato no se firmó directamente con el artista, sino que se rubricó con una sociedad interpuesta holandesa que poseía los derechos de imagen y difusión publicitaria del artista. El Tribunal Supremo debía analizar en la cuestión de fondo si era correcta la aplicación del convenio vigente²² (sin tener en cuenta los comentarios del modelo) que permitía la no imposición en el país de la fuente (España) en base al artículo 7 (el artículo que regula los beneficios empresariales). Esto se debía a que, teniendo en cuenta el contexto fiscal de la época en que se firmó el convenio, si el contrato se firmaba a través de una sociedad interpuesta que gestionaba sus derechos de imagen y no tenía establecimiento permanente en España, se consideraban beneficios empresariales exentos.

El Tribunal Supremo en su fallo aplicó la interpretación dinámica,²³ es decir, a pesar de lo que establecía literalmente el acuerdo firmado por los Estados parte, entendía que su aplicación debe interpretarse en función de las directrices y comentarios más recientes de los que se fueron incorporando en 1992, con el objetivo de evitar así la elusión y la evasión fiscal. Uno de los argumentos que utiliza es el siguiente:

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta que ni España ni Holanda manifestaron ninguna reserva u oposición ni al Preámbulo ni al texto de los Comentarios del art. 17 del Modelo de Convenio, como así deberían haberlo hecho constar si su posición fuera diferente de la que se desprende de estos Comentarios y como así se ha hecho respecto a otros artículos del Modelo de Convenio, resulta que el art. 18 del vigen-

22 Como señala la sentencia en cuestión, hay que recordar que el mencionado convenio hispano- holandés es de una fecha anterior al modelo de convenio sobre doble imposición de la OCDE de 1977 y que en el año 1992 se aprobó por los Estados miembros de este organismo. Por tanto, no es de extrañar esta disyuntiva ya que el convenio original no incluía la cláusula relativa al uso de sociedades interpuestas, dado que ésta se incorpora posteriormente y es la que solicita la Administración su aplicación.

23 Serrano Antón, F. (2011). La interpretación de los Convenios de doble imposición internacional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: La función de los Comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, (341-342), pp. 127-158. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/6867>.

te Convenio Hispano-holandés debe interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 del Modelo de Convenio de 1992 y sus respectivos Comentarios.

A nuestro juicio, estamos de acuerdo en que, si ninguno de los Estados que tienen suscrito un convenio han formulado reservas a la nueva redacción del modelo, ello puede y debe tener cierto valor en el proceso de interpretación del convenio vigente. Pero también reconocemos que la actitud pasiva de no efectuar observaciones o reparos no puede homologarse por completo a la maniobra activa de reformar el convenio. La no reforma, aun a sabiendas de la complejidad del proceso, puede tener igualmente cierto valor interpretativo que contrarreste la opción por la interpretación dinámica. Nos parece que las dos posturas tienen argumentos a favor, sin que resulte fácil inclinarse por una u otra. Posteriormente, veremos un ejemplo para su mejor comprensión.

III. 2. Sentencia de 3 de marzo de 2020 (recurso de casación núm. 5448/2018) y sentencia de 23 de septiembre de 2020 (recurso de casación núm. 1996/2019)

En 2020, nuestro Alto Tribunal permutó en unos casos similares sus resoluciones en comparación con la sentencia recientemente comentada y en dos sentencias, con fecha de marzo y septiembre, estipuló que los convenios para evitar la doble imposición debían interpretarse de una manera estática o estrictamente literal, basándose en el texto del artículo, tal como fue aprobado y tal como continúa vigente, sin poder entenderse adaptado a versiones posteriores del modelo de convenio.

III. 2. 1. Sentencia de 3 de marzo de 2020 (recurso de casación núm. 5448/2018)

Con respecto a la sentencia de marzo de 2020, podríamos decir que fue la primera en cambiar el rumbo del Tribunal Supremo en lo que se refiere a la interpretación dinámica o estática. La cuestión

de fondo del presente caso se centra en determinar si es correcta la tributación que realiza una entidad española que mantiene una sucursal de su actividad como establecimiento permanente en Suiza, por lo que tributaba en dicho país. La sentencia dictada previamente por la Audiencia Nacional y recurrida por el contribuyente rechazaba que dicha sucursal en el país helvético pudiera catalogarse como establecimiento permanente, al considerar la Audiencia que la actividad que realizaba era “auxiliar”. Sin embargo, debemos resaltar que Suiza sí sostenía que la sucursal era un establecimiento permanente, pues en el convenio firmado por ambos Estados y vigente en el momento de la actividad, el hecho de que un establecimiento permanente desarrollara una actividad “auxiliar” no impedía que se le otorgara la naturaleza de establecimiento permanente.

Establece el Tribunal Supremo que los puntos neurálgicos del recurso de casación son los siguientes:

a) qué es la interpretación dinámica de los Convenios y si se trata de una expresión que puede encontrar equivalentes en nuestra tradición jurídica; b) si los modelos de convenio OCDE o sus comentarios, por su origen, son normas jurídicas que los tribunales de justicia hayan de tener en cuenta para interpretar las normas pactadas en los Convenios, a tenor de lo dispuesto en los artículos 94 y 96 de nuestra CE; c) si tales comentarios, pautas o modelos interpretativos pueden anteponerse a las reglas hermenéuticas, bien las pactadas entre los estados firmantes o en otros convenios y tratados, bien las propias de sus respectivos ordenamientos internos, y en virtud de qué fuente de legitimación; d) si cabe hacer uso de esa interpretación dinámica para interpretar un artículo del Convenio en función del contenido de otro posterior, no vigente al tiempo de aplicarse a las rentas aquí gravadas; y e) si cabe que España interprete de forma unilateral, con fundamento en esa regla, el concepto de establecimiento permanente, para negar que concurra, de un modo antagónico al que ha llevado

a Suiza a afirmar su existencia y a gravar las rentas conforme a tal calificación.

El Tribunal Supremo en esta sentencia, al igual que hizo en 2008, tampoco entra a confirmar qué interpretación predomina sobre la otra, debido a que el objeto principal del recurso se centra en valorar dos redacciones distintas de un convenio entre dos Estados y en dos momentos temporales diferentes. Eso sí, deja sentada en el fundamento tercero la doctrina que da respuesta al recurso y en ella sí podemos apreciar cómo establece que “en ningún caso: a) tal interpretación podría proyectarse retroactivamente sobre un caso regido por la norma anterior”. Con esta afirmación parece indicar de una manera clara que la interpretación que prevalece es la estática.²⁴

La resolución del Tribunal Supremo es bastante clara en cuanto a si la sociedad tributó correctamente, considerando que la sucursal que tenía en el país helvético era un establecimiento permanente y, por tanto, exenta de tributar en España y con la obligación de hacerlo en Suiza. Al respecto, el Tribunal Supremo establece de una manera tajante que la Audiencia Nacional se equivoca en su fallo anterior, pues además de aplicar un comentario perteneciente al modelo que no es una fuente del derecho (por lo que tampoco puede utilizarse como base para el recurso de casación),²⁵ deja sin efecto un precepto de un convenio firmado por ambas partes para reemplazarlo por otro de un convenio entre los mismos países,²⁶ pero que no estaba vigente en el periodo de la regularización.

Además, el Alto Tribunal, como pone de relieve Calderón Carrero (2020), le reprocha a la Administración tributaria que, encima de ser conocedora de que la administración suiza consideró la sucursal como establecimiento permanente (a la luz del convenio), esta no acudiera a los mecanismos previstos en los convenios para la

24 Calderón Carrero, *op. cit.*, pp. 51-76

25 Fernández Valverde, R. (2020). La exención por doble imposición hispano-suiza se fundamenta en una interpretación dinámica del convenio que no produzca efectos retroactivos respecto del concepto de establecimiento permanente. *Diario La Ley*, (9700).

26 Peiro Gomendio, J. (2020). Interpretación “dinámica” o “estática” de los Convenios. *El notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, (91-92), pp. 208-213. <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-91-92/practica-juridica/10098-interpretacion-dinamica-o-estatica-de-los-convenios>.

resolución de estas controversias, lo que genera el efecto contrario a lo buscado por el convenio, una doble tributación.

III. 2. 2. Sentencia de 23 de septiembre de 2020 (recurso de casación núm. 1996/2019)

En la sentencia se repiten los mismos Estados parte del convenio, es decir, España y Suiza. La cuestión de fondo se centra en determinar si se puede aplicar el concepto de “beneficiario efectivo” en el caso de pagos de cánones cuando el convenio en cuestión no incluye expresamente esta cláusula y en las modificaciones posteriores del convenio no se introdujo el concepto de beneficiario efectivo en el artículo 12, pero sí en otros preceptos referentes a los dividendos o intereses.²⁷

El interés casacional que aprecia nuestro tribunal coincide ligeramente con los puntos principales examinados en la sentencia de 3 de marzo de 2020, por lo que no volveremos a reflejarlos. Queremos señalar que, como además reconoce la propia sala, el punto referente a la definición de la interpretación dinámica no es necesario, pues en la sentencia que comentamos tampoco se requiere su definición para resolver el recurso de casación.

Para solventar el presente asunto, el Tribunal, en el fundamento de derecho segundo, señala ciertas reflexiones que son idénticas a las efectuadas en la sentencia del 3 de febrero de 2020. Entre ellas, hace hincapié en que los comentarios del modelo no son fuentes normativas que condicionen o vinculen el criterio de nuestros tribunales, ni pueden ser invocados como base para interponer el recurso de casación.

En relación con la cuestión de fondo, la aplicación del “beneficiario efectivo”, considera la sala que, si el convenio no recoge el término en relación con los cánones, pero sí lo ha hecho en los

27 Sanz Gadea, E. (2021). Convenios. Interpretación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. *Actualidad Administrativa*, (4).

artículos que regulan los intereses y los dividendos, la cláusula del “beneficiario efectivo” solo debe aplicarse en aquellas disposiciones que así acordaron ambos Estados expresamente.

Por otra parte, queremos aprovechar para comentar lo que resalta el Tribunal Supremo y que creemos merecedor de ello. En primer lugar, la interpretación dinámica no podría aplicarse sobre un caso basado en una normativa anterior a la del momento de la resolución. También aclara la sala que, a pesar de que la Administración y los Tribunales interpreten los comentarios de los modelos, esta interpretación no puede ir en contra de lo establecido en los convenios firmados por los Estados y menos si la tributación ha sido acreditada en el otro país parte.

Por último, en la sentencia se pueden apreciar dos alusiones de suma importancia. La primera de ellas es que el Alto Tribunal no entiende cómo se ha aplicado la cláusula de “beneficiario efectivo”, es decir, imponiéndose sobre lo firmado en el propio convenio o, lo que es lo mismo, yendo en contra de la voluntad de la soberanía de los países. La segunda es que, con la interpretación de la Audiencia y de la Administración tributaria, parece ser que el único fin de nuestra administración es gravar al contribuyente conforme a la ley española y no aplicando el convenio firmado, lo que es contrario al sentido teleológico de los convenios.

IV. Caso práctico. Interpretación dinámica o evolutiva *versus* interpretación estática o literal

Para culminar el análisis de la diferencia entre la teoría dinámica o evolutiva y la estática o literal, queremos proponer un ejemplo por si hubiera quedado alguna duda y así disiparla.

La señora Pérez es una artista de reconocido prestigio y fue contratada para una actuación en España, concretamente en el festival de Sevilla. Sin embargo, la señora Pérez no ha facturado el

contrato a su nombre, sino que ha sido a nombre de una sociedad residente en los Países Bajos y controlada por el Sr. Gómez. ¿Cómo tributa la renta aludida a efectos del Impuesto sobre la Renta de no Residentes?

Observemos el artículo 18 del convenio entre España y los Países Bajos y vamos a compararlo con el artículo correspondiente del modelo de la OCDE. El convenio entre el Gobierno del Estado español y el Gobierno del Reino de los Países Bajos establece en su artículo 18 lo siguiente:

Artículo 18. Artistas y deportistas. No obstante, las disposiciones de los artículos 15 y 16, las rentas obtenidas por los profesionales del espectáculo, tales como los artistas de teatro, cine, radiodifusión o televisión y los músicos, así como los deportistas, por sus actividades personales en este concepto, pueden someterse a imposición en el Estado donde actúen.

Por otro lado, el modelo de la OCDE señala lo siguiente:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 15, las rentas que un residente de un Estado contratante obtenga del ejercicio de sus actividades personales en el otro Estado contratante en calidad de artista del espectáculo, tal como actor de teatro, cine, radio o televisión o músico o como deportista, pueden someterse a imposición en ese otro Estado; 2. Cuando las rentas derivadas de las actividades personales de los artistas del espectáculo o los deportistas, en esa calidad, se atribuyan no ya al artista o deportista sino a otra persona, dichas rentas pueden, no obstante lo dispuesto en el artículo 15, someterse a imposición en el Estado contratante donde se realicen las actividades del artista o del deportista.

El dato esencial de este supuesto práctico es que la renta derivada del concierto no ha sido percibida por la propia cantante

sino por una sociedad, con lo cual no está clara la calificación que le corresponde, podríamos preguntar si son rendimientos artísticos o son rendimientos empresariales.

Si nos atenemos a la redacción literal del convenio entre España y los Países Bajos, el artículo aplicable no sería este artículo 18 de artistas y deportistas (que habla de rentas “obtenidas por” el profesional del espectáculo) sino el dedicado a los beneficios empresariales, que establece que quedan exentos en el país de la fuente cuando se obtienen por sujetos no residentes sin mediación de establecimiento permanente. La calificación como rendimiento empresarial implicaría que esta renta quedaría exenta en España, porque la ha obtenido una empresa que no tiene establecimiento permanente en nuestro país.

Sin embargo, el modelo de la OCDE, consciente de que con frecuencia los artistas o deportistas perciben sus rentas a través de sociedades interpuestas, estableció en un momento dado una regla en virtud de la cual “cuando las rentas derivadas de las actividades personales de los artistas del espectáculo o los deportistas, en esa calidad, se atribuyan no ya al artista o deportista sino a otra persona, dichas rentas pueden someterse a imposición en el Estado contratante donde se realicen las actividades del artista o del deportista”. Es decir, según el modelo de la OCDE, se garantiza la potestad de gravamen del país de la fuente.

Por tanto, conforme a la interpretación dinámica o evolutiva de los convenios, se podría aplicar la regla antielusiva del modelo, aunque ésta no aparezca en el convenio entre España y los Países Bajos (que es anterior al modelo de 1977 y se basaba en el proyecto de convenio de 1963). Pero en base a la interpretación estática, habría que aplicar el convenio firmado entre España y los Países Bajos, sin tener en cuenta la nueva versión del modelo.

V. ¿Qué es el nuevo convenio multilateral? ¿Qué aporta al problema de la interpretación dinámica?

Como decíamos en la introducción, el mundo del derecho está en constante evolución, y más el derecho internacional al depender de tantos países, de sus ordenamientos jurídicos y sus costumbres, etc. Además, como anticipamos anteriormente, debido a la dificultad que existe para reformar los convenios firmados entre los Estados, la OCDE en 2017, con el propósito de facilitar estas modificaciones sin la necesidad de renegociaciones, adoptó el modelo de convenio multilateral, conocido como “MLI”. Lo positivo de este modelo es que permite a los Estados miembros modificar automáticamente sus convenios seleccionando qué partes del nuevo modelo se aplicarán a sus convenios específicos.

Este instrumento²⁸ se impulsó en el marco del proyecto “Base Erosion and Profit Shifting”, el cual se realizó con el fin de prevenir la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios,²⁹ buscando así una práctica tributaria más transparente.

España firmó el nuevo modelo de convenio multilateral en 2017,³⁰ pero no se ratificó hasta 2021 y entró en vigor el 1 de enero de 2022.³¹ Este modelo ha afectado a 49 de los convenios que tiene firmados el Reino de España.³²

Por su propia naturaleza, opinamos que el instrumento promueve un enfoque más dinámico a la aplicación de los convenios, no porque diga que haya que aplicar los comentarios que surjan,

28 Morales Martín, A. (2022). Ámbito objetivo, subjetivo y temporal del tratado multilateral. Estructura, interpretación y aplicación del tratado multilateral. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez y P. A. Hernández González-Barreda (Dir.). *El tratado multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios* (pp. 47-80). Pamplona: Arazandi.

29 Marín Benítez, G. y Viñas Díaz, Á. (2022). Implicaciones prácticas de la aplicación del tratado multilateral. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez, & P. A. Hernández González-Barreda (Dir.), *El tratado multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios* (pp. 401-424). Pamplona: Arazandi.

30 Instrumento de ratificación del convenio multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, hecho en París el 24 de noviembre de 2016.

31 Carmona Fernández, N. (2022). El convenio multilateral BEPS: últimas novedades. *Carta tributaria. Revista de opinión*, (88).

32 Ribes Ribes, A. (2018). La posición española ante el Convenio multilateral de la OCDE para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios. *Quincena fiscal*, (6), pp. 79-114.

sino porque, al modificarse más fácilmente y “automáticamente” los convenios firmados, estos contendrán esas nuevas directrices y, por tanto, su uso será el adecuado y romperá así con la postura rígida que defiende el Tribunal Supremo en las dos sentencias comentadas de 2020.

Nos atrevemos a afirmar que la discusión sobre la interpretación dinámica o estática perdería su sentido, quedaría resuelta, pues las novedades del modelo ya no son *soft law*, sino que son derecho plenamente aplicable para los Estados que lo han suscrito, de manera que ya no hay que sostener una discutida interpretación actualizadora del convenio antiguo, puesto que el texto de este ha sido sustituido por la nueva redacción establecida por el convenio multilateral. Ya se diluye el conflicto interpretativo.

VI. Conclusiones

Si hemos empezado este trabajo aludiendo a la litigiosidad entre los contribuyentes y la Administración tributaria por la interpretación a aplicar en los convenios para evitar la doble imposición, en la conclusión nos vemos obligados a afirmar que creemos que con el nuevo modelo de convenio multilateral se verá reducida, no decimos disipada totalmente porque este puede no aplicarse a algunos convenios, ya que es a elección de los Estados parte.

Nuestro juicio tras el análisis de las sentencias que resolvían sobre la interpretación de los convenios para evitar la doble imposición es que han reflejado lo complejo que es el marco jurídico actualmente debido al mundo globalizado en el que vivimos. No podemos afirmar qué interpretación debe imperar sobre la otra, debido a que consideramos que la interpretación estricta genera seguridad jurídica a las partes del ordenamiento y garantiza el respeto a las fuentes del derecho, pero, por otro lado, la interpretación dinámica es necesaria debido a la evolución constante del derecho, lo que permite la elusión fiscal. Por tanto, ambas posturas, a nuestro

juicio, son necesarias para alcanzar un equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y el deber de contribuir.

Y en este contexto de búsqueda del equilibrio es importante resaltar el gran paso adelante que supone la llegada del convenio multilateral, el cual, sin llegar a ser la panacea, no hay duda de que sí contribuirá a evitar los problemas interpretativos.

VII. Referencias bibliográficas

- Calderón Carrero, J. M. (2020). La interpretación de los convenios de doble imposición en los tiempos de la COVID-19. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, (449-450), pp. 51-76.
- Carmona Fernández, N. (2022). El convenio multilateral BEPS: últimas novedades. *Carta tributaria. Revista de opinión*, (88).
- Cubero Truyo, A. M. y Díaz Ravn, N. (2012). *Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España y modelo de la OCDE: análisis comparativo*. Valencia Tirant lo Blanch.
- Díaz Ravn, N. (2012). La interpretación de los CDIs en la jurisprudencia del TS español y el carácter vinculante de los Comentarios del MC OCDE. En F. Serrano Antón, E. A. Simón Acosta y H. Taveira Torres (Dirs.). *Fiscalidad y globalización* (pp. 731-742). Pamplona: Aranzadi.
- Díaz Yanes, I. (2007). Los acuerdos internacionales sobre reparto de la competencia fiscal: Los convenios para evitar la doble imposición y el Tratado de la Unión Europea. *Series IEF Cuadernos de Formación*, 4, pp. 51-69.
- Fernández Valverde, R. (2020). La exención por doble imposición hispano-suiza se fundamenta en una interpretación dinámica del convenio que no produzca efectos retroactivos respecto del concepto de establecimiento permanente. *La Ley*, (9700).

- Gildemeister Ruiz Huidobro, A. (1998). Breve introducción a los convenios para evitar la doble imposición. *Derecho & Sociedad*, (13), pp. 60-66. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16635>
- Marín Benítez, G. y Viñas Díaz, Á. (2022). Implicaciones prácticas de la aplicación del tratado multilateral. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez y P. A. Hernández González-Barreda (Dir.), *El tratado multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios* (pp. 401-424). Pamplona: Aranzadi.
- Morales Martín, A. (2022). Ámbito objetivo, subjetivo y temporal del tratado multilateral. Estructura, interpretación y aplicación del tratado multilateral. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez y P. A. Hernández González-Barreda (Dir.), *El tratado multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios* (pp. 47-80). Pamplona: Aranzadi.
- Peiro Gomendio, J. (2020). Interpretación “dinámica” o “estática” de los Convenios. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, (91-92), pp. 208-213.
- Ribes, A. (2018). La posición española ante el Convenio multilateral de la OCDE para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios. *Quincena fiscal*, (6), pp. 79-114.
- Sanz Gadea, E. (2021). Convenios. Interpretación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. *Actualidad Administrativa*, (4).
- Serrano Antón, F. (2011). La interpretación de los Convenios de doble imposición internacional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: La función de los Comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio. *Re-*

vista de Contabilidad y Tributación. CEF, (341-342), pp. 127-158.
<https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/6867>.

Ulas, G. (2012). La globalización y los convenios para evitar la doble imposición internacional. *Revista dos Tribunais*, (925).
<https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/6867>.



**MESA
DERECHO INTERNACIONAL
PENAL**



La seguridad pública militarizada: una representación del populismo penal¹

Axel Francisco Orozco Torres,² Ramón Gerardo Navejas Padilla³ y Raúl González Borboa⁴

Resumen

En los últimos años, en América Latina se ha visto incrementada la violencia y la criminalidad, situación que ha llevado a los gobiernos a implantar e implementar políticas públicas y acciones que pretenden su disminución, entre las que se destaca la seguridad pública militarizada. Sin embargo, dicha acción, lejos de representar una solución a dichos conflictos, se convierte en otro distinto, puesto que estamos frente a una representación del populismo penal. De ahí que en este trabajo se presente una aproximación al constructo populismo y sus diversos enfoques para, de ahí, analizar la categoría de populismo penal, luego se arriba a la dimensión de la seguridad pública militarizada y, finalmente, se presentan las conclusiones.

Palabras clave: seguridad pública militarizada; populismo; populismo penal

Abstract

In the recent years, in Latin America, the violence and the crime have increased, that situation has led governments to implement public policies and actions that aim to reduce them, among which militarized public security stands out; However, this action,

1 Este trabajo es uno de los resultados que se han logrado del proyecto de investigación denominado “El populismo penal en la actualidad”, el cual se está desarrollando.

2 Doctorado en Derecho por el Instituto de Estudios Jurídicos. Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Universidad de Guadalajara. Contacto: axel.orozco@academicos.udg.mx. ORCID: [0000-0003-3589-7797](https://orcid.org/0000-0003-3589-7797).

3 Doctorado en Educación por la Universidad Marista de Guadalajara. Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Universidad de Guadalajara. Contacto: ramon.navejas@academicos.udg.mx. ORCID: [0000-0001-6577-040X](https://orcid.org/0000-0001-6577-040X).

4 Doctorado por el Centro de Investigación y Docencia en Humanidades del Estado de Morelos. Profesor de Tiempo Completo de la Universidad de Guadalajara. Contacto: borboar@valles.udg.mx.

far from representing a solution to these conflicts, becomes something else, since We are facing a representation of penal populism, Hence, in this paper an approach to the construct of populism and its various approaches is presented to analyze the category of penal populism, then the dimension of militarized public security is reached and finally the conclusions of the paper are presented.

Keywords: militarized public security; populism; penal populism

I. Introducción

El populismo, según el *Diccionario de la Lengua Española*, es una tendencia política de la que se desprende la intención de atraerse a las clases populares de manera despectiva, y efectivamente, las referencias de la política moderna lo catalogan desde una perspectiva negativa, señalándolo como amenaza, como peligro superlativo, como insulto, entre otras manifestaciones igualmente adversas.

Empero, el populismo es un constructo que ha sido estudiado en el orbe, generando vastos trabajos en distintos ámbitos académicos y de la política moderna.

Una de las categorías del populismo es la relativa al populismo penal, que surge en 1985 por el análisis realizado por Bottoms (1995) y, una vez desarrollada tal categoría y conforme sus componentes, resulta la máxima expresión del mal uso que se puede tener respecto del derecho penal, al englobar al derecho penal del enemigo y al derecho penal expansionista.

En este trabajo se aborda el populismo como constructo general y la categoría populismo penal, núcleo de esta participación al referirse a la militarización de la seguridad pública.

Así, la primera parte de esta colaboración se refiere al populismo y sus diversos enfoques, destacándose el ideacional, el estratégico y el discursivo-performativo; de ahí, se transita hacia la

categoría del populismo penal o punitivo, desplegando un análisis de sus orígenes y conceptualizaciones. Después, se hacen planteamientos sobre la seguridad pública militarizada atendiendo algunos antecedentes históricos mexicanos; luego, se hacen aproximaciones sobre la militarización de la seguridad pública en América Latina y se desarrollan elementos teóricos respecto a la seguridad. Para cerrar, las conclusiones confirman las ideas planteadas a lo largo del trabajo. El núcleo de esta participación es determinar cómo, a través de diferentes elementos, tenemos que la militarización de la seguridad pública constituye una representación del populismo penal. Esta participación se desarrolla bajo la metodología de análisis documental.

II. El populismo y sus diversos enfoques

La referencia al populismo se asocia con una perspectiva negativa, sea en el ámbito general o en el de la política contemporánea, incluso, el *Diccionario de la Lengua Española* refiere: “tendencia política que pretende atraerse a las clases populares [...] usado más en sentido despectivo” (Real Academia Española, s/f, definición 2).

En 2010, según refiere Jäger (2018), Herman van Rompuy adjetivó al populismo como el mayor peligro para el occidente contemporáneo. Por su parte, Jean-Claude Juncker, en su informe de gestión anual 2016 sobre el estado de la unión, como presidente de la Comisión Europea, alertó respecto del populismo galopante en ese continente, tal como lo narra Ellyatt en una nota de CNBC.

En el mismo sentido, el *think tank* Tony Blair Institute for Global Change sostiene que los populistas representan una amenaza concreta a la democracia.

Para María Pía Lara (2020), el concepto de populismo se ha convertido en el paradigma del mejor insulto para descalificar a cualquier posible candidato, partido, proyecto o política gubernamental.

Lo anterior confirma que el término populismo está referido a una connotación negativa. Sin embargo, entre los especialistas existe disenso sobre el tipo de fenómeno del que se trata: un discurso, una estrategia, un modo de actuación política o una ideología.

Por otro lado, existe coincidencia en que el eje del fenómeno es la división entre el pueblo y la élite. Para otros criterios, se refiere al liderazgo personal, la exclusión de un otro peligroso, el pronunciamiento de la crisis. Así, indubitadamente, hay una referencia clara al derecho penal del enemigo, el cual considera que es la exclusión de aquel a quien se considera enemigo, es decir, el otro.

Ahora bien, el concepto de pueblo, más profundo fenomenológicamente, es el basamento de los conceptos populismo y popular, fenómenos más superficiales, siendo el populismo su fachada y el segundo, es decir, lo popular, el fenómeno o la aparición no distorsionada del pueblo en el campo ontológico político.

La categoría filosófico-política *pueblo* no debe confundirse con la mera comunidad política, como el todo indiferenciado de la población o de los ciudadanos de un Estado (la *potestas* como estructura institucional en un territorio dado). El concepto de pueblo tiene su origen en el momento crítico, cuando se escinde la comunidad política, ya que el “bloque histórico en el poder” deja de constituir una clase dirigente, según lo refiere Antonio Gramsci (1975).

Si la clase dominante ha perdido el consenso, no es más clase dirigente, es únicamente dominante, detenta la pura fuerza coercitiva, lo que indica que las grandes masas se han alejado de la ideología tradicional, no creyendo ya en lo que antes creían (p. 311).

Gramsci hace una descripción del pueblo como el bloque social de los oprimidos. A partir del eje conductor de la conceptualización de populismo, el pueblo y la élite, hay especialistas que lo refieren con enfoques diferenciados: el ideacional, el estratégico y el discursivo-performativo, los cuales se abordan a continuación.

II. 1. *Enfoque ideacional*

Es el que goza de mayor difusión en la literatura académica contemporánea. Su concepción de populismo se refiere a una ideología, una cosmovisión o un conjunto de ideas. Los fundamentos para considerarlo de esta manera se refieren al fenómeno político cuyo nombre termina en “ismo”, por lo tanto, es factible ubicarlo junto a otros “ismos”, que en su mayoría conforman ideologías como: el anarquismo, el socialismo, el liberalismo, entre otras.

La definición de populismo, en este enfoque, mayormente citada, es la que plantea Mudde (s.f), quien refiere que se trata de “una ideología delgada (*thin centered ideology*) que considera que, en última instancia, la sociedad está separada en dos campos homogéneos y antagónicos, el pueblo puro y la élite corrupta, y que sostiene que la política debe ser una expresión de la voluntad general del pueblo” (p. 543).

En el enfoque ideacional, los autores fundamentales son Michael Freedén y Giovanni Sartori. De Freedén se toma la definición de qué es una ideología y cómo opera. En oposición a las visiones marxistas y gramscianas de la ideología como forma de falsa conciencia, Freedén (1996) postula un abordaje morfológico en el que considera a las ideologías como “configuraciones distintivas de conceptos políticos que a su vez crean patrones conceptuales específicos a partir de un conjunto de combinaciones indeterminadas e ilimitadas” (p. 421).

El análisis de las ideologías pretende estipular cómo se definen y disponen dichos conceptos centrales y periféricos. Lleva a cabo una distinción entre ideologías delgadas y densas. Las ideologías delgadas tienen “un núcleo restringido adosado a una variedad más reducida de conceptos políticos son limitadas en cuanto a sus ambiciones y alcances ideacionales” (Freedén, 1998, p. 750). En cambio, las ideologías densas ofrecen “un amplio menú de soluciones para los problemas sociopolíticos más relevantes, conformando una configuración de amplio alcance que atribuye significados des-

polemizados a una variedad de conceptos políticos que se definen mutuamente” (Freeden, 2003, p. 96).

Estos autores consideran al populismo como parte de las ideologías delgadas, igual que el nacionalismo, las políticas verdes y el feminismo. No lo consideran como parte de las ideologías densas, a diferencia del liberalismo y el socialismo (Freeden, 1996).

Los autores de la tradición ideacional han modificado su planteamiento, siendo que Canovan (2002), considerado el representante de este nuevo posicionamiento, desestima la distinción ideología densa *versus* ideología de núcleo delgado y refiere que “la falta de sustancia fuera de tal meollo ideológico no es de interés para nosotros” (p. 32). Confirmando la postura anotada, manifiesta Stanley (2008) que este enfoque permite comprender la “capacidad del populismo para convivir con otras ideologías, más abarcadoras” (p. 100), y entender la manera en que “el populismo aparece casi siempre asociado a otros elementos ideológicos, cruciales para la promoción de proyectos políticos que atraigan al gran público” (Mudde, 2017, p. 6). Cabe la reflexión, entonces, sobre de qué manera puede el populismo asociarse con otras ideologías de núcleo delgado o adoptar formas de izquierda o derecha combinándose con ideologías densas como el socialismo o el conservadurismo. Se ve con gran dificultad, siquiera, imaginar un populismo puro, pues a todas luces requiere convivir con otras ideologías para tener sentido: la división pueblo-élite solo puede llenarse con el contenido de otras ideologías; de otro modo, no tendría significado alguno.

Freeden (2017) despliega una serie de críticas al argumentar que el populismo no constituye ideología alguna, sino que se refiere a algo mucho más delgado, atribuyéndole similitud a un discurso, a un estilo o modalidad discursiva y refiriendo que, es sencillamente demasiado endeble para ser siquiera delgado, ya que “(...) una ideología de centro delgado implica que existe potencialmente algo más que un centro, pero el núcleo populista es todo lo que hay, no es un centro potencial de algo más amplio o inclusive: es raquíticamente delgado, más que de centro delgado” (p. 3).

Como se puede observar, el populismo carece de cohesión interna; que no cuenta con potencial suficiente para convertirse en una ideología completa o densa, no encaja en ninguna familia ideológica. Por tanto, pretender incluirlo hasta en las ideologías delgadas es un error. El populismo carece no solo de un carácter abarcativo, sino también de una especificidad sutil en lo que efectivamente ofrece (Freedden, 2017). Con base en estos planteamientos, se colige que otorgarle el estatus de ideología, sea delgada o densa, guiaría a un craso error.

Giovanni Sartori, el segundo gran influente en este enfoque ideacional, argumentó sólidamente en favor de los conceptos dicotómicos del tipo o...o..., por tanto, considera necesario desarrollar antes de distinguir grados o subtipos de determinada noción. Para un gran número de simpatizantes de este enfoque, el populismo es un concepto binario, por ello, a los partidos políticos, a los líderes y a los movimientos se les considera como populistas, o bien no lo son. Hay que poder etiquetar a los actores políticos como decididos populistas y no necesariamente medir su populismo de manera gradualista.

Podría ser que, al atender lo señalado por Mudde (2017), el problema fundamental lo constituiría el enfoque ideacional de orientación empírica, es positivista y apunta a desarrollar niveles teóricos de medio alcance.

II. 2. Enfoque estratégico

Para este segundo enfoque, sus defensores tratan al populismo como algo que se hace y no lo tratan como característica intrínseca al actor político. Siguiendo a Jansen (2011), el populismo no es una cosa o un objeto que estudiar, sino un modo de práctica política. La definición exacta puede tener variaciones (estrategia, modo de organización, tipo de movilización política), pero lo que es inamovible es su conjunción. Ninguno de los defensores del enfoque

estratégico está interesado en las afirmaciones de los populistas, ni por lo que dicen ni en el modo en que actúan, su enfoque es cómo procuran alcanzar el poder y conservarlo, así como en los modos y medios fundamentales por los cuales un actor político accede al poder y toma y hace cumplir decisiones de autoridad.

Para Weyland (2001), el populismo es “como una estrategia política con la cual un líder personalista busca obtener o ejercer el poder gubernamental basado en el apoyo directo, no mediado ni institucionalizado, que le brinda un gran número de seguidores que en su mayor parte no están organizados”.

Por su parte, Jansen (2011) considera movilización populista “cualquier proyecto político sostenido y de gran escala que moviliza a sectores sociales por lo general marginados y los lleva a desarrollar una acción política confrontativa y públicamente visible, al tiempo que articula una retórica antielitista y nacionalista que otorga valor al individuo común”.

De esta manera, las funciones del líder son vitales para el enfoque estratégico del populismo. El populismo es una estrategia política que gira en torno a un político individual, se funda sobre un líder personalista (Weyland, 2001). Con esto queda claro cómo es posible que existan líderes populistas que cambian en varias ocasiones de filiación partidista sin que se vean afectados de manera negativa con el apoyo popular con que cuentan. La importancia de la atracción del líder refleja “la sorprendente imprevisibilidad, variabilidad y desorganización en el ejercicio del poder gubernamental y la elaboración de políticas públicas” (Weyland, 2001, p. 60).

El enfoque estratégico asigna una gran importancia al supuesto de que los líderes populistas operan de manera cuasi directa con el pueblo, esto para evitar intermediarios ordinarios, tales como los partidos políticos y las redes clientelistas.

II. 3. Enfoque discursivo-performativo

Es considerado como el más usual entre los teóricos políticos, quienes conciben el fenómeno como un discurso con enfrentamientos entre el pueblo y la élite. Algunos de los simpatizantes de la teoría del discurso desarrollada en la Escuela de Essex, influenciada por los planteamientos de Laclau y Mouffe, llevan a cabo una combinación de teorías postestructurales y gramscianas de la hegemonía, concibiendo el discurso como los intentos de establecer significados e identidades en torno a la lucha por el poder. Otro grupo de seguidores se identifican con el enfoque del análisis crítico del discurso alentado por Wodak, el cual se centra en los aspectos lingüísticos y los efectos ideológicos del discurso. Otros más, refiere Hawkins (2010), asumen una definición aún más amplia del discurso.

Moffit (2016) refiere que el populismo debe entenderse como un “estilo político, los repertorios de actuaciones/performance corporizadas, simbólicamente mediadas que, realizadas ante los públicos, se emplean para crear y explorar los campos del poder que constituyen lo político” (p. 38).

El enfoque discursivo-performativo, de acuerdo con lo manifestado por Mouffe (2003), percibe un conjunto global de casos, aunque tiene menor propensión a formular aseveraciones normativas sobre el peligro que pudiera representar el populismo para la democracia, siendo que algunos han tomado la dirección opuesta al proponer el populismo como cura para los males de la propia democracia.

Para Laclau, populismo es la construcción del pueblo contra la élite. Los enfoques alternativos se podrían preguntar quién es el pueblo, enfocándose en las características demográficas de los electores simpatizantes de partidos populistas o en personas que, sin ser simpatizantes de algún partido en específico, despliegan actitudes populistas. Ahí, el enfoque discursivo-performativo se preguntaría cómo se construye el pueblo. Esta diferencia de planteamientos re-

fleja la ontología socioconstructivista que subyace a este enfoque: las identidades políticas no están preconcebidas, deben ser construidas por los actores políticos. Las palabras y el discurso operan *sobre* el mundo, no solo lo describen. Así, siguiendo los argumentos de Laclau, se considera que las reflexiones del enfoque discursivo-performativo son aplicables en algunos supuestos del populismo penal.

Müller (2016) despliega una crítica severa al señalar: además de ser antielitistas, los populistas son siempre antipluralistas: los populistas afirman que ellos, y solo ellos, representan al pueblo. Al ubicarnos en las afirmaciones de Müller, empieza a explicarse cómo actúan los populistas al desarrollar sus planteamientos en tratándose del populismo penal.

De este modo, se entiende por populismos a las movilizaciones sociales y a los movimientos de protesta y resistencia contra el statu quo, caracterizados por la invocación y apelación al pueblo (a su voluntad y a lo popular), sustentados en la ficción de una relación directa, inmediata y bidireccional entre líderes y pueblo, por la hostilidad hacia las élites, el establishment o la llamada oligarquía, y por el rechazo a los cuerpos intermediarios y a los mecanismos de control y rendición de cuentas.

El adjetivo populista podría referirse a una particular retórica, a elementos, estilos, técnicas, instrumentos y vehículos para el transporte de cualquier mensaje político, sea de derechas o de izquierdas, es decir, a la utilización del cinismo como respuesta, parafraseando a Žižek (2021).

III. El populismo penal

Para dejar claro que la categoría populismo penal surge del populismo, coincidimos con el planteamiento desarrollado por Nava Garcés (2021): 1) el populismo como reacción hostil a la democracia representativa y sus instituciones; 2) el populismo como respuesta a una situación de crisis extrema; 3) el populismo como ideología

carente de un núcleo de valores; 4) el populismo como exaltación de un líder; 5) el populismo como expresión de la soberanía del pueblo.

Lo anterior permite establecer entonces que el recorrido hecho hasta aquí, sobre los distintos enfoques que existen acerca del populismo en el ámbito de la política contemporánea, es la ruta adecuada para ahora poder desarrollar la categoría de populismo penal.

De esta manera, para Larrauri (2015), los orígenes del populismo penal se basan en condiciones políticas y económicas, tales como el neoliberalismo económico, el neoconservadurismo político, el sentimiento de inseguridad ontológica y un aumento continuado del delito.

Por su parte, Wacquant (2009) considera que la causa de raíz del giro punitivo no es la modernidad tardía, sino el neoliberalismo, un proyecto que puede ser adoptado indiferentemente por políticas de izquierda y de derecha.

Así, se puede determinar, siguiendo a Vidaurri (2020), que la genética del populismo penal o punitivo está compuesta de la mezcla de miedo y demagogia, alimentada por el miedo y la inseguridad social percibidos tanto por los ciudadanos en general como por los representantes de los órganos del Estado. Como lo refiere Nava Garcés (2020), y sin que ello implique el agotamiento del tema, el populismo penal es una salida política que acusa la ignorancia del derecho, sus fines, y que se sirve de la ley para satisfacer intereses de poder, aumentando el número de tipos penales, endureciendo procesos, penas y limitando derechos.

Una vez establecidas las raíces del populismo penal, es pertinente agregar algunos conceptos de populismo punitivo; por tanto, se acude al que desarrolla Anthony Bottoms (1995), el cual marca el inicio de esta categoría:

La utilización electorista del derecho penal asentada en la exigencia ciudadana de sanciones más severas para

los delitos debido al reclamo de justicia por las altas tasas de criminalidad, la definición el populismo penal ha trazado un serio problema interpretativo pues son diversas las voces que hacen locución a su contenido y alcance; se ha visualizado como la respuesta del Estado ante la *vox populi* que plantea un hipotético sentir de insatisfacción a su experiencia de justicia, mediante gestiones “expeditas y eficientes” que se traducen en la creación de más delitos o incremento de las penas y se apoya también en la influencia social que tienen los medios de comunicación (...) aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; que hay unas ganancias electorales producto de este uso (pp. 17-49).

Nava Garcés (2021), por su parte, define al populismo punitivo como:

El discurso político que pretende acabar con la criminalidad y la percepción de impunidad hacia los criminales mediante el aumento de las penas y los delitos que ameritan penas privativas de libertad, valiéndose de las noticias de los medios de comunicación amarillistas y el rencor de ciertos grupos sociales o de la ciudadanía en general hacia la delincuencia, con el objetivo de obtener dividendos electorales en tiempos electorales o legitimidad en situaciones de crisis social, aun cuando dichas medidas no sean efectivas para combatir la criminalidad (p. 22).

Vidaurri (2018), respecto del populismo punitivo, nos confirma:

Denominación con la que se identifican aquellas medidas legislativas adoptadas por la clase política para, presuntamente, satisfacer demandas (reales o ficticias) de la ciudadanía. Generalmente, son medidas legislativas consistentes en incrementar las sanciones jurídico-penales y formular nuevas tipificaciones penales,

denotando un uso abusivo del Derecho penal, básicamente con el objetivo de obtener votos y satisfacer intereses de un partido político o de un grupo social en particular (p. 96).

Esta idea se ve robustecida con las aseveraciones de Nava Garcés (2020), con las cuales se concuerda totalmente, al referir sobre el populismo penal o punitivo:

(...) el caldo de cultivo que genera el populismo penal: para paliar la tormenta que se ha provocado, se prometen penas mayores, tipos penales especiales, nuevas leyes e instituciones creadas al vapor, sin la mínima reflexión sobre el destino al que conducirán todos estos experimentos sociales. Se pasa de lo meramente simbólico, y aparentemente inocuo, a lo peligroso que resulta perder el control sobre los procesos a los que se ha dado vida (p. 105).

Se hace pertinente, en este apartado, acudir a la conceptualización de Bottoms sobre el populismo penal o populismo punitivo, quedando claro que las acciones populistas conllevan la finalidad de tranquilizar a la población y ganar su aprobación a través de medidas de represión penal, sin matiz alguno respecto de los principios constitucionales e internacionales que tienden a la reducción de las sanciones severas y, entre otros, el principio de intervención mínima, que en el caso de la militarización de la seguridad pública refleja todo lo contrario.

En el mismo sentido, Larrauri (2015) al señalar que populismo punitivo se refiere a:

La utilización del derecho penal por parte de los políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-electorales, tales como la de que el incremento en las penas conllevaría automáticamente a una reducción de las tasas del delito o el postulado de que las penas refuerzan determinados consensos morales esenciales para la vida en sociedad. (p. 203).

El populismo punitivo se funda, en gran medida, en la desconfianza del pueblo a la mala actuación de las instituciones, en el temor a la inseguridad, al incumplimiento en las funciones gubernativas, de ahí que se imponga sin importar las violaciones a derechos humanos, a los principios de legalidad, de intervención mínima, la militarización de la seguridad pública, basados en la mala operación de las corporaciones policiales originadas por sus carencias en recursos humanos, en recursos materiales y en capacitación.

IV. La seguridad pública militarizada

IV. 1. Antecedentes históricos de acciones militares en funciones de seguridad pública en México

Algunos antecedentes históricos de México, relativos a acciones militares en funciones de seguridad pública, para establecer una somera línea de tiempo respecto de las actuaciones de las fuerzas armadas en la vida civil, sobre todo cuando, tal como lo refiere Pérez (2019):

mientras en otros países se han constituido academias de historia policial y reconstruido archivos completos, en México el tema ha sido poco y mal estudiado (...) el Estado mexicano ha desincentivado cualquier investigación a este respecto, en favor de una imagen monolítica y coherente de las estructuras institucionales que ejercieron el uso de la fuerza (p. 131).

En la década del 40, la lucha contra las drogas transitó de la Secretaría de Salubridad a la entonces Procuraduría General de la República, llevando a cabo las Fuerzas Armadas una participación en la erradicación de los plantíos declarados ilícitos.

En los 60, las Fuerzas Armadas fueron desplegadas para el combate de guerrillas y movimientos subversivos, así como en la lucha contra el narcotráfico.

En 1975, después de algunas fricciones entre los gobiernos de Estados Unidos de Norteamérica y el de México, se anunció un reforzamiento en el combate al narcotráfico dando origen a la llamada Operación Cóndor, la cual consistió en un despliegue sin precedentes de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional y la subordinación de la autoridad civil a un mando militar, al ser un general el responsable del operativo, y las acciones estratégicas y de comunicación estuvieron a cargo de la Secretaría de la Defensa Nacional.

El resultado de la Operación Cóndor fueron erradicaciones, incautaciones y detenciones que, si bien no afectaron sustancialmente al negocio ilegal de las drogas, sí constituyeron graves violaciones a los derechos humanos, sentándose el precedente de la militarización por venir en nuestro país.

A pesar de las operaciones militares en funciones de seguridad pública presentes en nuestro país, es hasta la década del 80, con los presidentes Miguel de la Madrid Hurtado y Carlos Salinas de Gortari, que se hace una declaratoria respecto del narcotráfico como asunto de seguridad nacional. Sin embargo, la presencia y el poder militar en asuntos de carácter civil se vieron incrementados hasta las administraciones de los presidentes Ernesto Zedillo Ponce de León y Vicente Fox Quesada.

Con la llegada de Felipe Calderón a la presidencia de México, arrancó el combate frontal a la delincuencia organizada, principalmente al narcotráfico, lo cual provocó el despliegue de las Fuerzas Armadas en operativos permanentes, dando como resultado el mayor número de homicidios dolosos que registraba la historia del país.

El arribo de Enrique Peña Nieto como presidente de México no conllevó un cambio de paradigma, sino al contrario, las Fuerzas Armadas permanecieron en las calles manteniendo la lucha contra las drogas de manera militarizada.

En el gobierno de Andrés Manuel López Obrador, a diferencia de lo que se esperaba por representar a la izquierda en el poder, se mantuvo a las Fuerzas Armadas en funciones de seguridad pública en el país, y no solo eso, sino que se las incorporó en la administración de actividades civiles.

En septiembre de 2024 se determinó que la corporación policial denominada Guardia Nacional, por una reforma a la Carta Magna, se adscribe de manera directa al Ejército Nacional, convirtiéndose este en el principal mando de las funciones de seguridad pública federal en México.

Las decisiones de los diferentes regímenes presidenciales han sido combatidas ante el Poder Judicial, el cual ha dictado resoluciones en ambos sentidos, es decir, ha legalizado actuaciones militares y también ha declarado como inconstitucionales algunas de esas decisiones.

IV.2. La militarización de la seguridad pública en América Latina

Es innegable que, en América Latina, la violencia, el fracaso de los sistemas de justicia penal, el fracaso o nula existencia de política criminal, así como los discursos de tolerancia cero y mano dura, constituyen el común denominador de la región y ello ha provocado el desencadenamiento de acciones militares en funciones de seguridad pública.

Sin embargo, de acuerdo con Moloeznik (2019), el uso del componente militar en el ámbito de la seguridad pública trae aparejados los siguientes riesgos:

En primer lugar, las Fuerzas Armadas no se encuentran preparadas para desempeñar misiones y funciones que no son de su propia naturaleza como las policiales y parapoliciales; en segundo lugar, al personal castrense se lo prepara para hacer la guerra y, para ello, se lo dota de

armamento pesado por ser el instrumento militar el recurso estatal de máxima intensidad del uso de la fuerza, es decir, última ratio o argumento final del Estado; en tercer lugar, otro de los riesgos es que precisamente a la luz de sus características, formación y adiestramiento, así como a los contextos urbanos (incluso de alta densidad de población) donde intervienen generalmente, el uso de las Fuerzas Armadas en la dimensión de la seguridad ciudadana suele estar acompañada por violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos. A diferencia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, al militar se lo prepara para quitar la vida (como instrumento coercitivo del Estado, en tanto monopolizador de la guerra y de la violencia institucionalizada) y no para preservarla; además, mientras el militar suele actuar en grupo, el policía suele hacerlo en forma individual, se trata, por ende, de dos profesiones diferentes, con fines distintos. Por último, las constituciones de los países de la región solo de manera excepcional y ante situaciones de carácter extraordinario, contemplan la intervención de las Fuerzas Armadas mediante la declaratoria del estado de excepción, de emergencia o de sitio, y por un periodo de tiempo muy limitado, con el fin de restablecer la tranquilidad y orden público y la paz social. Esto implica que, en algunos casos, el poder militar actúa en la dimensión interna al margen de la legalidad, al no ser declarado el estado de excepción o de sitio, en cual se suelen suspender ciertos derechos fundamentales, aunque nunca el denominado “núcleo duro” de los derechos humanos, como el derecho a la vida, a la integridad física, al debido proceso, la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes (...) (p. 16).

La militarización de las funciones de seguridad pública no es solamente la participación de los militares, sino que va más allá, al designar militares al frente de las corporaciones policiales, así como cuando se otorga a las Fuerzas Armadas la función de instruir y

formar al personal policial, dejando una impronta castrense en las personas encargadas de hacer cumplir la ley.

En América Latina, los factores que contribuyen a la utilización de las Fuerzas Armadas son: la actuación de algunos países clave; los desafíos y amenazas, tanto internas como internacionales; las debilidades estructurales en países de la región; y las variaciones en el sistema internacional.

Finalmente, el empleo de las Fuerzas Armadas en países de América Latina se da porque no existe confianza en las destrezas de otras instituciones o porque las amenazas superan las capacidades de las fuerzas policiales para su solución. Las autoridades civiles no han tenido la capacidad de crear condiciones más seguras.

IV. 3. Elementos teóricos sobre seguridad

Los estudios sobre seguridad establecen la existencia de dos corrientes de aproximación: la clásica, de corte positivista, y la crítica, la cual es nutrida por corrientes como el constructivismo, la teoría crítica, el posestructuralismo y el feminismo, por citar algunas.

La corriente crítica, cuyo surgimiento es la pos Guerra Fría y que es fortalecida con los atentados del 11S, pretende, desde lo epistemológico, construir teorías universales y duraderas. Desde el ámbito ontológico hace cuestionamientos a la concepción de la seguridad como estática, objetiva y apolítica. Considera que los elementos seguridad y amenaza son constructos sociales, ideológicos y discursivos, que no son indicadores de realidad material como lo es la presencia de fuerzas militares, sino que están afincados en creencias, normas e identidades, como reflejo de una visión del mundo en tanto objetos y valores que deben ser protegidos. Tales ideologías y discursos crean y condicionan las relaciones de poder que deben ser cuestionadas desde una perspectiva descriptiva, tal como lo sugiere la Escuela de Copenhague, o bien, que requieren rupturas para lo-

grar la emancipación humana, tal como es la propuesta de la Escuela de Gales (Pérez, 2013).

En sentido contrario, desde los estudios clásicos de seguridad, bajo la perspectiva positivista, las políticas de cada Estado responden al tipo de amenaza y daño causado por ciertas conductas sociales consideradas factores de inseguridad y nocivas para la población. Por tanto, el modelo de política de seguridad se sujeta al ámbito de acción, a los enfoques utilizados y a las políticas públicas que la regulan. De ello surgen las tipologías de seguridad, entre las cuales destacan la seguridad pública, la seguridad interior, la seguridad nacional, la seguridad internacional, la seguridad humana y la seguridad ciudadana, entre otras (Angarita, 2013, p. 111). Es importante clarificar sus características y ámbitos de competencia para este trabajo.

Desde la visión clásica, la seguridad nacional es un concepto surgido en el marco de la Guerra Fría, cuyo objetivo es la defensa del territorio frente a cualquier ataque externo, de ahí que el equipamiento militar del Estado para esta tarea sea fundamental; su enfoque militarista pretende eliminar a los enemigos del Estado, externos o internos (Delgado, 2008). Igualmente, constituye un término político con la finalidad de atender las amenazas que ponen en riesgo la estabilidad y soberanía de un Estado, en contrasentido de las garantías de seguridad enmarcadas en la perspectiva crítica y que van en función de la satisfacción de sus necesidades culturales y materiales para la mayoría de los sectores sociales (Piñeyro, 2010). La perspectiva crítica introduce análisis de múltiples amenazas, muchas no militares, en una función que va más allá de la idea de protección mediante el monopolio de la fuerza, asegurando de manera integral el bienestar social. De esta difusa integralidad surge la perspectiva de seguridad interior, de la cual es responsable el gobierno y forma parte de la seguridad pública.

Para Ramos (2005), la seguridad pública es un concepto ligado al orden público, y por tanto se orienta a su mantenimiento, así

como a la consolidación de la paz a través de dos funciones, una preventiva y la otra punitiva.

La seguridad ciudadana es el concepto que ubica a la ciudadanía en el centro de las políticas de seguridad y la involucra activamente en el diseño, la instrumentación y la evaluación de las políticas de seguridad (Nateras y Tinoco, 2014).

Según Angarita (2013), hay dos grandes enfoques orientadores de las políticas de seguridad: uno de carácter securitario o militarista y el otro de seguridad humana. El enfoque securitario o militarista concibe a la seguridad como un fin en sí mismo. El uso de la fuerza es el medio principal para lograr su objetivo central, la seguridad del Estado y sus instituciones, aunque signifique sacrificar los derechos y las libertades de los ciudadanos. Esto se evidencia en nuestro país, ya que las élites locales y nacionales consideran la militarización como el mecanismo más efectivo para el mantenimiento del *statu quo*. Esto a todas luces es un reflejo del populismo penal de acuerdo con lo que aquí se ha referido, lo cual viene a confirmar nuestro planteamiento de que la militarización de la seguridad pública es una representación del populismo penal.

Con relación al enfoque de seguridad humana, en su perspectiva más amplia, supera la implementación de medidas de orden público, involucrando la protección de otras esferas del individuo, acotadas a partir de los siete tipos de amenazas para la propia seguridad humana definidas por la Organización de las Naciones Unidas: seguridad económica, seguridad alimentaria, seguridad sanitaria, seguridad medioambiental, seguridad personal, seguridad comunitaria y seguridad política.

Lejos de estas consideraciones, en México prevalece el enfoque reactivo, el militarista de la seguridad, que desde luego es poco eficaz en el combate a la criminalidad y vulnera los derechos humanos. Sin embargo, coincidiendo con Angarita, esta perspectiva está encubierta por el modelo de seguridad ciudadana, que ha sido consi-

derado como la respuesta de los Estados democráticos al incremento de la violencia y la criminalidad, sosteniéndolo como un mecanismo de legitimación fundado en la supuesta participación ciudadana. Esto también nos lleva a confirmar nuestro aseveramiento respecto del populismo penal representado también por estas dinámicas disfrazadas cuya intención es, tal como lo referimos en trabajos diversos, la respuesta cínica del Estado mexicano, que aplica igualmente para el contexto de América Latina.

V. Conclusiones

Los Estados de la región han demostrado que no hay distinción entre la función policial y la función militar o de guerra, normalizando el discurso del accionar militar como la mejor opción para hacer frente a las amenazas creadas: la violencia y la criminalidad *in crescendo*, así como presuntos actos de corrupción desplegados por autoridades civiles. Todo ello transporta a un Estado coercitivo, con base en la dispersión y extensión de prácticas militaristas que se anclan en las instituciones y se orientan al control de la población, sin importar la violación a los derechos fundamentales, y todos ellos, en conjunto, son rasgos que cualifican el derecho penal del enemigo y su máxima expresión: el populismo penal.

La estrategia de seguridad implementada por los gobiernos, la cual pareciera inexistente, es de corte represivo y reactivo frente al aumento exponencial de la incidencia delictiva. La política que se aplica es la de tolerancia cero y mano dura, tanto en la dimensión física como en la legal, aun cuando esto vaya contra el discurso democrático. Por tanto, se confirma que vivimos las características del populismo penal.

Así, es posible ratificar que no únicamente por la mano dura, como lo refiere Moloeznik (2012) en su entrevista con la revista *URVIO*, sino también por todos los otros elementos establecidos en este trabajo, la seguridad pública militarizada es una representación del populismo penal.

VI. Referencias bibliográficas

- Angarita Cañas, P. E. (2013). *Propuestas de seguridad desde organizaciones de base en contextos violentos. Nuevo pensamiento sobre seguridad en América Latina. Hacia la seguridad como un valor democrático*. Medellín: CLACSO.
- Bottoms, A. (1995). The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. En C. Clarkson y R. Morgan (Eds.). *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon.
- Canovan, M. (2002). Taking politics to the people: Populism as the ideology of democracy. En Y. Mény y Y. Surel (Eds.). *Democracies and the Populist Challenge* (pp. 25-44). Londres: Palgrave Macmillan.
- Cevallos, J. P. (2012). La militarización de la seguridad ciudadana: una tendencia regional. Entrevista con Marcos Pablo Moloeznik Gruer. URVIO. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (12), pp. 143-146. <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/143-146>.
- Delgado Barón, M. (2008). Reconceptualizando la seguridad: cambio de dilemas y amenazas. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*. 3(2), pp. 113-134. <https://revistas.umng.edu.co/index.php/ries/article/view/173>.
- Eiermann, M., Mounk, Y. y Gultchin, L. (2017, 29 de diciembre). European Populism. Trends, Threats and Future Prospects. *Tony Blair Institute for Global Change*. <https://institute.global/policy/european-populism-trends-threats-and-future-prospects>.
- Ellyatt, H. (2016, 14 de septiembre). Europe faces 'galloping populism', Juncker warns in State of the Union address. *CNBC*. <https://www.cnbc.com/2016/09/14/europe-faces-galloping-populism-juncker-warns-in-state-of-the-union-address.html?&qsearchterm=europe%20faces%20galloping%20populism>.

- Freeden, M. (1996). *Ideologies and Political Theory. A Conceptual Approach*. Oxford: Oxford University Press.
- Freeden, M. (1998). Is nationalism a distinct ideology? *Political Studies*, 46(4), pp. 748-765.
- Freeden, M. (2003). *Ideology. A very short introduction*, Oxford: Oxford University Press.
- Freeden, M. (2017). After the Brexit referéndum: Revisiting populism as an ideology, *Journal of Political Ideologies*, 22(1), pp. 1-11. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13569317.2016.1260813>.
- Gramsci, A. (1975). *Cuadernos de la cárcel*. Volumen 5. México: Ediciones Era.
- Hawkins. (2010). *Venezuela's Chavismo and Populism in Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jäger, A. (2018, 3 de enero). The Myth of Populism. *Jacobin*. <https://jacobin.com/2018/01/populism-douglas-hofstadter-donald-trump-democracy>.
- Jansen, R.S. (2011). Populist mobilization: A new theoretical approach to populism. *Sociological Theory*, 29(2), pp. 75-96. https://public.websites.umich.edu/~rsjansen/docs/ST_2011.pdf.
- Koselleck, R. (2007). *Crítica y Crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*. Traducción de R. de la Vega y J. Pérez de Tudela. Madrid: Trotta.
- Larrauri, E. (2006, 24 de noviembre). *Populismo punitivo y como resistirlo, jueces para la democracia*. Jornadas Juzgados de Pueblo, organizadas por Jueces para la Democracia, Pontevedra, España.
- Larrauri, E. (2015). *Introducción a la Criminología y al Sistema Penal*. Madrid: Trotta.

- Moffit, B. (2016). *The Global Rise of Populism. Performance, Political Style, and Representation*. Stanford: Stanford University Press.
- Moloeznik, M. P. (2019). Hacia una interpretación del proceso de militarización de la seguridad pública en América Latina. En M. P. Moloeznik e I. M. Núñez (Coords.). *Contextualizaciones latinoamericanas. Proceso de militarización de la seguridad pública en América Latina*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- Mouffe, C. (2003). *La paradoja democrática*. Buenos Aires: Gedisa.
- Mudde, C. (2004). The populist zeitgeist. *Government and Opposition*, 39(4), pp. 541-463. <https://www.cambridge.org/core/journals/government-and-opposition/article/populist-zeitgeist/2CD34F8B25C4FFF4F322316833DB94B7>.
- Mudde, C. (2017) Populism: An ideational approach. En R. Kaltwasser et al. (Eds.). *Oxford Handbook of Populism* (pp. 27-47). Oxford: Oxford University Press.
- Müller, J. W. (2016). *What is Populism?* Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.
- Nateras González, M. y Tinoco García, I. (2014). Construcción de la ciudadanía en el nuevo paradigma de seguridad. En J. L. Estrada (Coord.). *Seguridad ciudadana: visiones compartidas*. México: UAEM-IAPEM.
- Nava Garcés, A. E. (2020). La flagrantia en el ámbito del populismo penal. En M. Vidaurri Aréchiga (Dir.). *Indagaciones en torno al populismo penal en México*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nava Tovar, A. (2021). *Populismo Punitivo. Crítica del discurso penal moderno*. México: INACIPE/ZELA.
- Pérez, K. (2013). Seguridad humana y estudios críticos de seguridad: de la cooptación a la emancipación. En K. Pérez e I. Mendia. *Seguridad humana: aportes críticos al debate teórico y político*. Madrid: Tecnos.

- Pérez Ricart, C. A. (2019). La temprana (y permanente) militarización de la seguridad pública en México: estudio histórico. En M. C. Moloeznik e I. Medina (Coords.). *Contextualizaciones latinoamericanas. Proceso de militarización de la seguridad pública en América Latina* (pp. 131-161). Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- Pía Lara, M. (2020). Un análisis conceptual del término “populismo”. En J. A. De La Peña et al. (Coords.) *Populismo y Globalización en el Siglo XXI*. México: El Colegio Nacional y Siglo XXI Editores.
- Piñeyro, J. L. (2010). Las fuerzas armadas mexicanas en la seguridad pública y la seguridad nacional. En A. Alvarado y M. Serrado (Coords.). *Los grandes problemas de México. Seguridad nacional y seguridad interior*. México: El Colegio de México.
- Pontón, J. (2012). Entrevista: la militarización de la seguridad ciudadana: una tendencia regional. *URVIO, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, (12), pp. 143-146. http://www.relasedor.org/images/publicaciones/pdf/Revista_Urvio_12.pdf.
- Real Academia Española (s. f.). Populismo. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 22 de mayo de 2023 de <https://dle.rae.es/populismo?m=form>.
- Stanley, B. (2008). The thin ideology of populism, *Journal of Political Ideologies*, 13(1), pp. 95-110. https://is.muni.cz/el/fss/podzim2016/POL333/um/Stanley_Thin_Ideology_Populism.pdf.
- Vidaurre Aréchiga, M. (2018). *Vademécum de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vidaurre Aréchiga, M. (2020). El Populismo Penal. Expresión del (mal) uso del Derecho Penal. En M. Vidaurre Aréchiga (Dir.). *Indagaciones en torno al populismo penal en México*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Wacquant, L. (2009). *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Duke: Duke University Press.

Weyland, K. (2001). Clarifying a contested concept: Populism in the study of Latin American politics. *Comparative Politics*, 34(I), pp. 1-22. <https://www.jstor.org/stable/422412>.

Zizek, S. (2021). *El sublime objeto de la ideología*. México: Siglo XXI Editores.

La violencia político-electoral en las campañas presidenciales de 2024: conflictos entre el derecho internacional público y privado

Teresa Magnolia Preciado Rodríguez¹ y Edgar Ricardo Rodríguez Hernández²

Resumen

A partir del proceso electoral presidencial de 2024 en México, el uso de redes sociales durante las campañas electorales, fue también escenario para la reproducción de violencia política en razón de género en contra de las candidatas. En tal razón, el presente trabajo busca responder cómo interactúa el derecho internacional público con el derecho privado, para regular la violencia política en razón de género en contra de las candidatas presidenciales en las campañas electorales del 2024 mediante el uso de las redes sociales. Para tal efecto, se dio seguimiento a las candidatas en su red social X y, así, identificar conductas y actos que se presenten en los distintos comentarios por parte de la ciudadanía y que configuren alguna forma de violencia a partir de una metodología netnográfica, que una vez identificadas, se contrastaron con la norma nacional e internacional existente para identificar el choque entre el derecho internacional público y el privado en materia político-electoral.

Palabras clave: campañas electorales; redes sociales; violencia política en razón de género

1 Doctora en Derecho Electoral por el Tribunal Electoral del Estado de Jalisco. Profesora Investigadora de la Universidad de Guadalajara, adscrita al Centro Universitario de Tonalá. Contacto: magnolia.preciado@academicos.udg.mx. ORCID: [0000-0003-3536-7198](https://orcid.org/0000-0003-3536-7198).

2 Doctor en Políticas Públicas y Desarrollo por la Universidad de Guadalajara. Profesor Investigador de la Universidad de Guadalajara, adscrito al Centro Universitario de Tonalá. Contacto: edgar.rhernandez@academicos.udg.mx. ORCID: [0000-0001-8915-218X](https://orcid.org/0000-0001-8915-218X).

Abstract

From the 2024 Presidential Electoral Process in Mexico, the use of social networks during electoral campaigns was also the scenario for the reproduction of gender-based political violence against female candidates, for this reason, this work seeks to respond, ¿How does public international law interact with private law, to regulate gender-based political violence against presidential candidates in the 2024 electoral campaigns through the use of social networks? To this end, the candidates were monitored on their social network “X”, to identify behaviors and acts that are presented in the different comments by citizens, and that configure some form of violence based on a ethnographic methodology, which once identified, were contrasted with the existing national and international norm to identify the clash between public and private international law in electoral political matters.

Keywords: Electoral campaigns; social networks; political violence based on gender

I. Introducción

Internet y el uso de las nuevas tecnologías para el aprendizaje en el mundo vinieron a cambiar la forma de interactuar en sociedad, de comunicarse, aprender, así como de participar en la vida pública de los Estados. Tan es así que los usos de las redes sociales se adoptaron en las campañas electorales en diversos países como Australia, Francia, Alemania, Italia, España, Reino Unido y Estados Unidos entre 2006 y 2010 (Cárdenas, Ballesteros y Jara, 2017, p. 20).

En México, el uso de internet se utilizó de manera incipiente durante las campañas electorales al Gobierno de la Ciudad de México en 1997 (Rodríguez, 2020, p. 886), pero no fue hasta el 2000 con las campañas de Vicente Fox y Francisco Labastida que

la ciberpolítica creció hasta lograr el boom en 2015, en Jalisco con Pedro Kumamoto y en Nuevo León con Jaime Rodríguez, “El Bronco” (Preciado y Rodríguez, 2019, p. 158).

Ahora bien, tomando en cuenta que internet implica la interconexión de la red de telecomunicaciones a nivel mundial (LFTR, art. 3, f. XXXII) y, en particular, su aplicación en las redes sociales como Facebook, Twitter (ahora X), Instagram, YouTube, entre otros, su regulación deviene del derecho internacional público, que al utilizarse por los usuarios se identifican o surgen problemáticas que la norma nacional no ha logrado resolver, como es el caso del uso de la violencia político-electoral durante las campañas. Por tal motivo, el objetivo del presente trabajo es responder cómo interactúa el derecho internacional público con el derecho privado, para regular la violencia política en razón de género en contra de las candidatas presidenciales en las campañas electorales del 2024 mediante el uso de las redes sociales.

Con una metodología netnográfica, se dio seguimiento a las candidatas en su red social X para identificar conductas y actos que se presenten en los distintos comentarios por parte de la ciudadanía y que configuren alguna forma de violencia política en razón de género, las cuales, una vez identificadas, se contrastarán con la norma nacional e internacional existente para identificar el choque entre el derecho internacional público y el privado en materia político electoral.

La base de datos creada para el monitoreo de las campañas en redes da cuenta del nombre de la publicación, tipo de publicación, contenido temático y total de comentarios que pueden ser considerados con violencia política en razón de género, de conformidad con la tipología previamente identificada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México: física, psicológica, simbólica, sexual, patrimonial, económica o feminicida (CNDH, 2018, p. 2).

II. El proceso electoral de 2024 y las cibercampañas electorales presidenciales

Con el surgimiento de la internet a inicios de los años 80 en Estados Unidos de Norteamérica y la creación World Wide Web (www) a principios de los 90 por parte de la Organización Europea para la Investigación Nuclear (CERN), comenzó sin duda una nueva era, no solo para la generación y acercamiento al conocimiento, sino también, entre otras, para la comunicación, el marketing, las movilizaciones sociales, la participación y, por qué no, el desarrollo democrático de los países a nivel global. Como señala Resina (2010), es “una oportunidad para la ciudadanía, en términos de activismo y deliberación sobre los asuntos públicos” (p. 143, en Preciado y Rodríguez, xxx, 15).

A nivel mundial, como ya se dijo, el uso de las redes sociales se fue adoptando en el desarrollo de las campañas electorales en países como Australia, Francia, Alemania, Italia, España, Reino Unido y Estados Unidos entre 2006 y 2010 (Cárdenas, Ballesteros y Jara, 2017, p. 20), aunque observando, sin lugar a dudas, el caso más exitoso con la campaña online de Barack Obama en el 2008 denominada “Yes we can” (Alonso, 2017) y, posteriormente, durante su reelección en 2012, con la red My.barackobama.com (MyBO), “cuya característica fue la interconexión con otras redes, como Facebook, lo que dio un giro al uso del ciberespacio y las redes sociales en la política” (Fernández y Arceo, 2015, p 32), lo que sin lugar a dudas fue un parteaguas en el marketing político, junto con la web 2.0 (Klapper, en García, 2016).

México, al igual que toda Latinoamérica, tuvo su propio avance en el activismo digital en las campañas electorales, pues si bien desde 1998 se identifican estudios del uso de internet en la política y las campañas (Trejo, en Cárdenas, Ballesteros y Jara, 2017), no fue hasta la elección federal de 2006 cuando ya se observa de forma más permanente el uso de la web con fines electorales, como apoyo a las ya conocidas propagandas en medios tradicionales, aunque de carácter negativo.

Para 2012, las campañas presidenciales tuvieron como característica un mayor auge en el uso de las redes sociales como Twitter, Facebook y YouTube, que se convirtieron en los nuevos espacios para la presentación de plataformas, del acercamiento sobre todo con las ciudadanías jóvenes, para el debate, pero también para la confrontación y la denostación no solo entre los candidatos, sino también con los simpatizantes, y cuyos movimientos, como #Yosoy132, se convirtieron rápidamente en tendencia, llevando a nuevos niveles la comunicación política y el marketing electoral (Cárdenas, Ballesteros y Jara, 2017).

Este avance de campañas electorales online retomó un nuevo significado con la elección de Andrés Manuel López Obrador en 2018, donde el uso de Facebook jugó un papel indispensable en la estrategia de comunicación multidimensional (online y offline), que permitió al candidato acercarse a un grupo de electorales potenciales, diseñando para tal efecto campañas pragmáticas para atraer el voto no solo de jóvenes, sino de aquella población indecisa, cansada y molesta con las representaciones que hasta ahora les habían fallado (Hernández, 2019).

Ahora, el proceso electoral 2023-2024 cobró vital importancia para México no solo por la renovación de los poderes ejecutivo y legislativo a nivel federal y la concurrencia de elecciones de gobernadores, congresos locales y municipios en treinta entidades fedrativas, sino también por la contienda a la presidencia de la República del candidato y las candidatas que obtuvieron el registro para la contienda durante las precampañas electorales. Por parte de la coalición Corazón por México, del PAN, PRI y PRD, compitió la candidata Bertha Xóchitl Gálvez Ruiz; por la coalición Seguimos Haciendo Historia, del Partido Verde, PT y Morena, se presentó la candidata Claudia Sheinbaum Pardo; y el candidato Jorge Álvarez Máynez hizo lo propio por el partido Movimiento Ciudadano.

Si bien no era la primera vez que una mujer participaba en la contienda electoral por la presidencia, ya que Rosario Ibarra de Pie-

dra (1982 y 1988), Cecilia Soto y Marcela Lombardo (1994), Patricia Mercado (2006), Josefina Vázquez Mora (2012) y Margarita Zavala (2018) se habían presentado otros años, sí sería la primera vez que realmente alguna de las candidatas tendría la oportunidad de ser electa por varias razones: el porcentaje de aprobación aún por parte de la ciudadanía hacia el partido oficialista (Morena), el descontento de otra gran parte de la población por la estrategia de los partidos para formar coaliciones en la búsqueda del voto, así como el bajo perfil del único candidato, pero sobre todo, porque México cuenta con un andamiaje jurídico cada vez más fuerte, para asegurar la presencia de las mujeres en cargos de elección y en la estructura del Estado.

Sin embargo, a pesar del avance del sistema jurídico electoral en México, uno de los retos en la democracia sigue siendo el de la violencia político-electoral en razón de género. Para 2023, previo al proceso electoral, el Consejo General del INE daba cuenta de 301 quejas o denuncias por violencia política contra las mujeres en razón de género. La consejera presidenta Guadalupe Taddei Zavala reconoció para este proceso un lamentable aumento de comentarios y estereotipos sexistas que reflejan la violencia simbólica que sufren las mujeres, principalmente en redes sociales (Consejo General, INE, 2023).

III. La violencia política en razón de género en México y su regulación nacional e internacional

Desde 1955, cuando en México las mujeres tuvieron la oportunidad por primera ocasión de votar, estas han transitado por un largo camino lleno de vicisitudes para poder participar en la toma de decisiones. Lograr, entre otros desafíos, romper el famoso techo de cristal o de cemento, hasta sortear los diversos tipos de violencia directos, estructurales y culturales estudiados por Galtung y que limitan la consolidación de una democracia pacífica (Preciado y Vega, 2021), ha sido la constante en la consolidación de la paridad de género en nuestro país.

Sin lugar a dudas, uno de los principales retos que ha mermando o limitado la participación política de las mujeres es la violencia política en razón de género, donde se puede observar una serie de prácticas o simulaciones que reproducen el patriarcado, el machismo, la discriminación o la misoginia, entre otros. Esto ha limitado la participación de las mujeres en la vida democrática, y si bien en México se han realizado en los últimos años importantes reformas que armonicen nuestro sistema político federal, aún queda pendiente la incorporación de mecanismos homogéneos de protección con perspectiva de derechos humanos (Freidenberg y Gilas, 2020), tratándose del uso de la web y redes sociales, tal y como se observa a continuación.

A nivel internacional, varios instrumentos incluyen la protección a las mujeres por violencia político-electoral. El primero, la Convención Interamericana contra toda Discriminación e Intolerancia, establece en el artículo 5 la obligación de los Estados parte de “adoptar las políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de personas o grupos que sean sujetos de discriminación o intolerancia con el objetivo de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, inclusión y progreso para estas personas o grupos”. Entrando en materia, ya en particular el artículo 9 establece el compromiso de los Estados parte de “asegurar que sus sistemas políticos y legales reflejen apropiadamente la diversidad dentro de sus sociedades a fin de atender las necesidades especiales legítimas de cada sector de la población”.

Por su parte, la Conferencia Regional sobre la Mujer acuerda, entre otras cuestiones, en el punto 25, fracción 1, inciso iv) “ampliar y fortalecer la democracia participativa y la inclusión igualitaria, plural y multicultural de las mujeres en la región garantizando y estimulando su participación y valorando su función en el ámbito social y económico y en la definición de las políticas públicas, adoptando medidas y estrategias para su inserción en los espacios de

decisión, opinión, información y comunicación.”, así como el inciso x) “adoptar medidas legislativas y reformas institucionales para prevenir, sancionar y erradicar el acoso político y administrativo contra las mujeres que acceden a los puestos de decisión por vía electoral o por designación, tanto en el nivel nacional como local, así como en los partidos y movimientos políticos”.

El tercer instrumento, la Declaración del Milenio, señala en su punto V sobre Derechos Humanos, párrafos 24 y 25, el compromiso por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho. Para ello, deciden, entre otras cuestiones, luchar “contra todas las formas de violencia contra la mujer y aplicar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) establece en su artículo 5: “Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados parte reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos”. En cuanto al deber del Estado, inicia el artículo 7 por condenar “todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”.

Ahora, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define en su artículo 1 a la discriminación contra la mujer como la

distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer independiente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esfe-

ras política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

En su artículo 7, obliga a los Estados parte eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país, así como garantizar su derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c) Participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Finalmente, lo anterior se articula con la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, que en su artículo III señala: “Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna”.

Como se observa de manera general, entonces, el derecho internacional público integrado por los instrumentos internacionales en materia político-electoral prescribe la obligación de los Estados parte para garantizar la participación de la mujer en los procesos electorales en igualdad de condiciones que los hombres, eliminando toda forma de discriminación y asegurando su participación libre de violencia, armonizando para tal efecto la norma nacional con la internacional.

En este tenor, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra como prerrogativas del ciudadano en su artículo 35 votar, ser votado “en condiciones de paridad para todos los

cargos de elección popular, teniendo las cualidades que establezca la ley”, de asociación, tomar las armas en las Fuerzas Armadas o grupos de reserva, a la petición, de proponer leyes, así como votar en las consultas populares.

En cuanto a la paridad de género en las formas para determinar los nombramientos de titulares de las secretarías del Poder Ejecutivo federal y locales, establece en su artículo 41, segundo párrafo, que le corresponde precisamente a las leyes. Este artículo también se convierte en el sustento constitucional de todo el sistema electoral mexicano, al hablar de los partidos políticos, el financiamiento público, del Instituto Nacional Electoral, sus facultades, de las campañas y precampañas electorales, la distribución del tiempo en radio y televisión, de la propaganda política y/o electoral, del sistema de impugnaciones, entre otros.

Pasando a la legislación federal secundaria, el andamiaje del sistema político electoral contempla una serie de normas que regulan la participación de la mujer en los comicios en igualdad de condiciones que los hombres, además de reconocer que esta participación deberá realizarse libre de toda violencia y discriminación. Así, encontramos en los siguientes cinco instrumentos el fundamento legal.

La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su artículo 7, fracción 3, reconoce el derecho de ciudadanas y ciudadanos de ser votados para los cargos de elección popular, siempre que reúnan los requisitos que la ley determine, y establece además en su fracción 5 que

los derechos políticos electorales, se ejercerán libres de violencia política contra las mujeres en razón de género, sin discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana o tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por su parte, la Ley General en Materia de Delitos Electorales señala, en su artículo 20 bis, que comete el delito de violencia política contra las mujeres en razón de género quien:

I. Ejerza cualquier tipo de violencia, en términos de ley, contra una mujer, que afecte el ejercicio de sus derechos políticos y electorales, o el desempeño de un cargo público;

II. Restrinja o anule el derecho al voto libre y secreto de una mujer;

III. Amenace o intimide a una mujer, directa o indirectamente, con el objeto de inducirla u obligarla a presentar su renuncia a una precandidatura o candidatura de elección popular;

IV. Amenace o intimide a una mujer, directa o indirectamente, con el objeto de inducirla u obligarla a presentar su renuncia al cargo para el que haya sido electa o designada;

V. Impida, por cualquier medio, que las mujeres electas o designadas a cualquier cargo público; rindan protesta; ejerzan libremente su cargo, así como las funciones inherentes al mismo;

VI. Ejerza cualquier tipo de violencia, con la finalidad de obligar a una o varias mujeres a suscribir documentos o avalar decisiones contrarias a su voluntad, en el ejercicio de sus derechos políticos y electorales;

VII. Limite o niegue a una mujer el otorgamiento, ejercicio de recursos o prerrogativas, en términos de ley, para el desempeño de sus funciones, empleo, cargo, comisión, o con la finalidad de limitar el ejercicio de sus derechos políticos y electorales;

VIII. Publique o divulgue imágenes, mensajes o información privada de una mujer, que no tenga relación con su vida pública, utilizando estereotipos de género que limiten o menoscaben el ejercicio de sus derechos políticos y electorales;

IX. Limite o niegue que una mujer reciba la remuneración por el desempeño de sus funciones, empleo, cargo o comisión;

X. Proporcione información incompleta o datos falsos a las autoridades administrativas o jurisdiccionales en materia electoral, con la finalidad de impedir el ejercicio de los derechos políticos y electorales de las mujeres;

XI. Impida, por cualquier medio, que una mujer asista a las sesiones ordinarias o extraordinarias, así como a cualquier otra actividad que implique la toma de decisiones y el ejercicio del cargo;

XII. Impida a una mujer su derecho a voz y voto, en el ejercicio del cargo;

XIII. Discrimine a una mujer embarazada, con la finalidad de evitar el ejercicio de sus derechos políticos y electorales, impedir o restringir su reincorporación al cargo tras hacer uso de la licencia de maternidad, o de cualquier otra contemplada en la normatividad, y

XIV. Realice o distribuya propaganda político electoral que degrade o denigre a una mujer, basándose en estereotipos de género, con el objetivo de menoscabar su imagen pública o limitar sus derechos políticos y electorales.

Ahora bien, en concordancia con la Constitución federal, la Ley General de Partidos Políticos, en su artículo 2, reconoce los derechos político-electorales de las ciudadanas y los ciudadanos mexicanos a:

- a) Asociarse o reunirse pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del país;
- b) Afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos, y
- c) Votar y ser votado para todos los cargos de elección popular dentro de los procesos internos de selección de candidatos y elección de dirigentes, teniendo las calidades que establezca la ley y los estatutos de cada partido político.

En cuanto a la igualdad, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres define a la discriminación contra la mujer en su artículo 5, fracción III, como

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La Política Nacional en Materia de Igualdad entre Mujeres y Hombres deberá establecer las acciones necesarias para lograr la igualdad sustantiva en los ámbitos económico, político, saludable, social y cultural, y considerar entre los lineamientos: “VII. Adoptar las medidas necesarias para la erradicación de la violencia contra las mujeres”.

Para hacer efectiva esta política nacional, las autoridades desarrollarán, entre otras, las siguientes acciones: “V. Fomentar la participación paritaria de mujeres y hombres en altos cargos públicos”.

También la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia define en su artículo 5, fracción IV, la violencia contra las mujeres como “cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte, tanto en el ámbito privado como en el público”.

Identifica para ello en su artículo 6 los tipos de violencia contra las mujeres que se pueden ejercer:

I. La violencia psicológica. Es cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación,

marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio;

II. La violencia física. Es cualquier acto que inflige daño no accidental, usando la fuerza física o algún tipo de arma, objeto, ácido o sustancia corrosiva, cáustica, irritante, tóxica o inflamable o cualquier otra sustancia que, en determinadas condiciones, pueda provocar o no lesiones ya sean internas, externas, o ambas;

III. La violencia patrimonial. Es cualquier acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima;

IV. Violencia económica. Es toda acción u omisión del Agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral;

V. La violencia sexual. Es cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la víctima y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física. Es una expresión de abuso de poder, que se puede dar en el espacio público o privado, que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto, y

VI. Violencia a través de interpósita persona. Es cualquier acto u omisión que, con el objetivo de causar

perjuicio o daño a las mujeres, se dirige contra las hijas y/o hijos, familiares o personas allegadas, ya sea que se tenga o se haya tenido relación de matrimonio o concubinato; o mantenga o se haya mantenido una relación de hecho con la persona agresora; lo anterior aplica incluso cuando no se cohabite en el mismo domicilio.

VII. Cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres.

Ahora bien, específicamente, en materia político-electoral, el artículo 20 bis define a la violencia política contra las mujeres en razón de género como:

toda acción u omisión, incluida la tolerancia, basada en elementos de género y ejercida dentro de la esfera pública o privada, que tenga por objeto o resultado limitar, anular o menoscabar el ejercicio efectivo de los derechos políticos y electorales de una o varias mujeres, el acceso al pleno ejercicio de las atribuciones inherentes a su cargo, labor o actividad, el libre desarrollo de la función pública, la toma de decisiones, la libertad de organización, así como el acceso y ejercicio a las prerrogativas, tratándose de precandidaturas, candidaturas, funciones o cargos públicos del mismo tipo...dirijan a una mujer por su condición de mujer; le afecten desproporcionadamente o tengan un impacto diferenciado en ella. (...) puede ser perpetrada indistintamente por agentes estatales, por superiores jerárquicos, colegas de trabajo, personas dirigentes de partidos políticos, militantes, simpatizantes, precandidatas, precandidatos, candidatas o candidatos postulados por los partidos políticos o representantes de los mismos; medios de comunicación y sus integrantes, por un particular o por un grupo de personas particulares.

Entre las conductas que la propia ley tiene identificadas en el numeral 20 ter, que pueden darse en contra de la mujer, están:

1. Incumplir las disposiciones legales nacionales e internacionales que reconocen el pleno derecho de las mujeres.
2. Restringir o anular el derecho al voto de las mujeres.
3. Omitir información u omitir la convocatoria para el registro de candidatura.
4. Dar información falsa o incompleta a mujeres que impida su registro como candidata.
5. Distribuir propaganda política que calumnie a una candidata.
6. Divulgar imágenes de una candidata para desacreditarla.
7. Obstaculizar la campaña que impida una competencia en condiciones de igualdad.
8. Realizar o distribuir propaganda que calumnie, degrade o descalifique a una candidata basándose en estereotipos de género.
- 9. Amenazar o intimidar a una mujer para que renuncie a la candidatura o al cargo.**
10. Ejercer violencia física, sexual, simbólica, psicológica, económica o patrimonial contra una mujer en ejercicio de sus derechos políticos.
11. Impedir que las mujeres electas tomen protesta de su encargo.
12. Difamar, calumniar, injurias o realizar cualquier expresión que denigre o descalifique.
13. Divulgar imágenes, mensajes o información privada.
14. Amenazar o intimidar a la candidata o sus familiares, para incidir en su renuncia.
15. Obstaculizar o impedir el acceso a la justicia para proteger sus derechos PE.

Como se observa entonces, hasta aquí existe coherencia entre el derecho internacional público integrado por la norma supranacional y la norma nacional. La participación político-electoral de la mujer en igualdad de condiciones que los hombres y libre de violencia se encuentra garantizada por la norma convencional y constitucional de nuestro país, y más allá, la norma secundaria se encuentra armonizada con ella.

Sin embargo, si bien la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia establece que es la violencia contra la mujer, y en particular, aquella identificada como violencia política en razón de género en contra de las mujeres candidatas, puede ser de acción u omisión, ejercida ya sea en la esfera pública o privada con el objetivo, entre otras cosas, de limitar, anular o menoscabar el acceso y ejercicio como precandidatas o candidatas, y que puede ser perpetrada ya sea por agentes, superiores, colegas, dirigentes de partidos, militantes e incluso simpatizantes. Es decir, la violencia puede ser no solo por los candidatos opositores, sino también por los propios integrantes de los partidos políticos, o bien, la ciudadanía en general. Sin embargo, determinar la sanción en estos últimos casos de conformidad a lo establecido por la Convención Belém Do Pará, que obliga a erradicar todo tipo de violencia contra la mujer y adoptar las medidas, medios y políticas que permitan precisamente prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia en este último de los casos, ha escapado al sistema jurídico.

IV. Violencia política en razón de género en la red social X en contra de las presidenciables en México

IV. 1. Diseño metodológico

El presente es parte de un proyecto de investigación más amplio a cargo de los suscritos junto con los doctores Sara Angélica Pérez Aguilar y Javier Ezaú Pérez Rodríguez, con quienes se ha trabajado desde 2019 en diversos proyectos donde se analizan las

preferencias electorales online y offline dentro de las redes sociales de los candidatos estudiados, así como el contraste del financiamiento público destinado y los resultados de la elección.

Para el proceso electoral de 2023-2024 se determinó, además de continuar con las líneas de investigación ya trabajadas en procesos anteriores, incluir una nueva línea sobre violencia político-electoral en razón de género en contra de las mujeres candidatas para los procesos de elección a la presidencia de la República, a gobernador del Estado de Jalisco, así como presidencias de los principales municipios: Guadalajara, Zapopán, Tlaquepaque, Tonalá, El Salto y Puerto Vallarta.

En general, se acordó el diseño metodológico que hasta la fecha ha caracterizado los proyectos anteriores, en este caso, el uso de la netnografía como método de investigación, de conformidad con lo identificado por Kozinets (2010) y Turpo (2008), quienes definen a la netnografía como la “etnografía online” y que constituye un método emergente que posibilita realizar análisis sistemáticos sobre ciertos comportamientos o preferencias por parte de agentes que interactúan en espacios virtuales.

En el caso del análisis de la violencia político-electoral, se partió de una metodología mixta, es decir, cuantitativo y cualitativo. Mientras el análisis cuantitativo implicó la cuantificación de la frecuencia de cada tipo de violencia de género identificado, el análisis cualitativo permitió una comprensión más profunda del contenido y motivaciones detrás de los comentarios violentos.

Así entonces, se llevó a cabo un monitoreo diario a partir del 3 de marzo del año en curso, con el inicio formal de las candidaturas electores, donde se recabó información de los post hechos por las candidatas a la presidencia de la República Claudia Sheinbaum y Xóchitl Gálvez, para recopilar los comentarios realizados en los post de las candidatas en X y que pueden ser considerados violencia en razón de género, de conformidad con la tipología previamente

identificada según la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México: física, psicológica, simbólica, sexual, patrimonial, económica o feminicida (CNDH, 2018: 2), con la intención de evaluar si existe una violencia ejercida e intentar hilar las zonas geográficas.

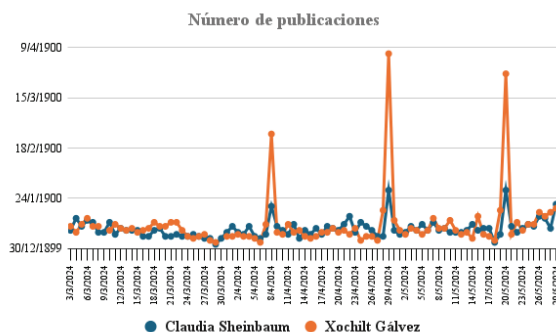
Ahora bien, es importante señalar que, por la importancia de la elección (presidencial, candidatas mujeres y la gran división política y social que se observaba en México), desde el primer día de las campañas el número de comentarios en las redes sociales de las candidatas, en particular en X, hizo imposible su revisión, por lo que se determinó tomar una muestra de los primeros sesenta comentarios en cada una de las publicaciones, con el objetivo de hacer más manejable el registro y análisis de cada comentario con algún tipo de violencia política en razón de género.

IV. 2. Análisis de los resultados

Para el análisis de los resultados se utilizó una base de datos que nos permitió registrar del primer día hasta el último de las campañas electorales cada uno de los perfiles en X de las candidatas presidenciales. Los registros realizados se dividieron en: número de publicaciones, publicaciones con al menos un comentario de violencia, número de comentarios, comentarios con violencia y tipo de violencia registrada (psicológica, simbólica, física, sexual y económica).

En este sentido, los presentes resultados corresponden al registro del 3 de marzo al 29 de mayo del 2024, fecha que corresponde al periodo oficial de campañas electorales, mismos que se pueden explicar a partir de las siguientes figuras de elaboración propia:

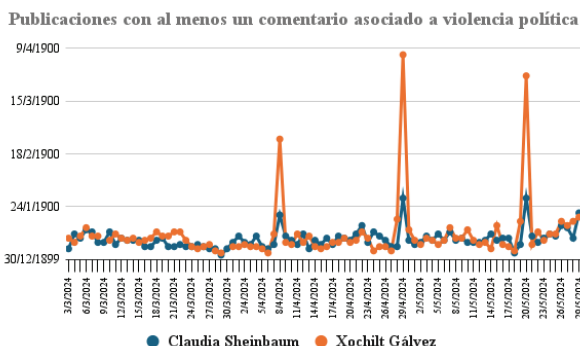
Figura 1



(Fuente: Elaboración propia)

Durante este periodo, se registraron un total de 853 publicaciones en total para la entonces candidata Claudia Sheinbaum, en contraposición a 91.858 publicaciones que se registraron para la candidata Xóchilt Gálvez, es decir, una diferencia de 91.005 entre la primera y la segunda candidata. En la gráfica se puede observar que los picos en ambas candidatas de incremento en el número de publicaciones corresponden precisamente a las fechas de los debates, es decir, el 7 y 27 de abril, así como el día de los comicios, el 19 de mayo del 2024.

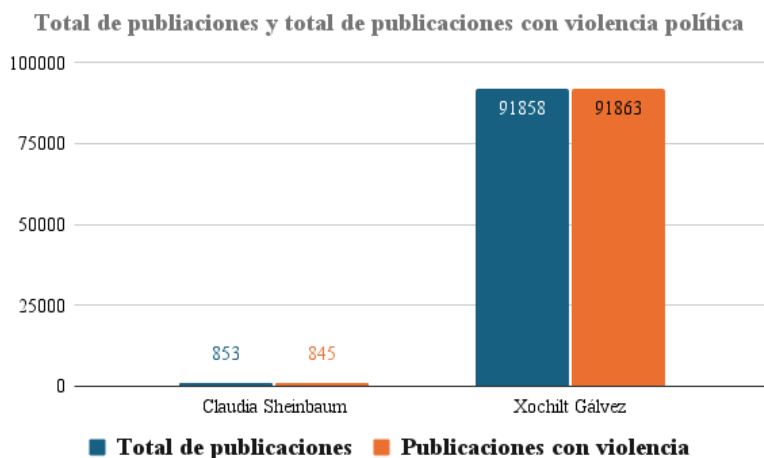
Figura 2



(Fuente: Elaboración propia)

Esta segunda gráfica, que básicamente corresponde con la primera, indica el número de publicaciones de cada candidata y cuántas de éstas contaron con al menos un comentario asociado a violencia política, es decir, en el caso del Sheinbaum, de los 853 comentarios registrados, 845 contenían violencia, es decir, el 99%, mientras que en caso de Gálvez, básicamente el 100% de las publicaciones tuvieron por lo menos un comentario con violencia, esto se representa gráficamente de la siguiente manera:

Figura 3



(Fuente: Elaboración propia)

Ahora bien, del total de publicaciones, al realizarse la revisión, se pudo identificar el total de comentarios que cada una tuvo, identificando los siguientes resultados, y a su vez, cuántos de esos comentarios tuvieron comentarios con violencia, resultando como dato curioso que, si bien Sheinbaum contó con menos comentarios, el porcentaje de comentarios con violencia fue superior al de Gálvez, quien en realidad obtuvo mayor número de comentarios en general, pero un punto de porcentaje menor en comentarios con violencia.

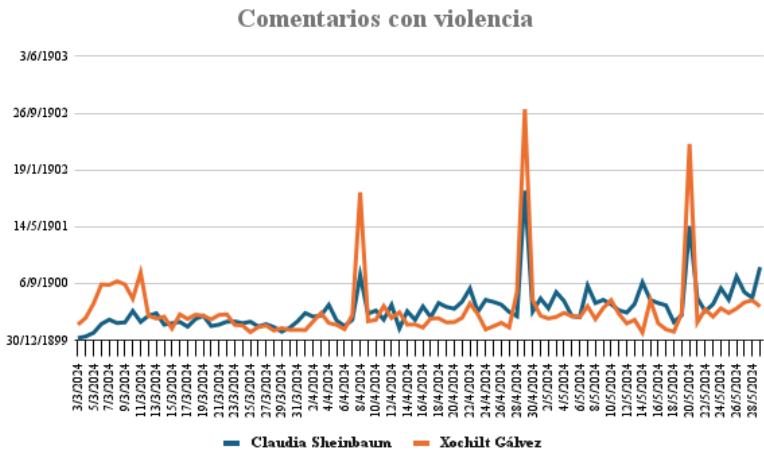
Figura 4

Total de comentarios

Candidata	Total de comentarios	Comentarios con violencia	
Claudia Sheinbaum	463.771	12.048	3%
Xóchitl Gálvez	636.290	11.766	2%

(Fuente: Elaboración propia)

Figura 5

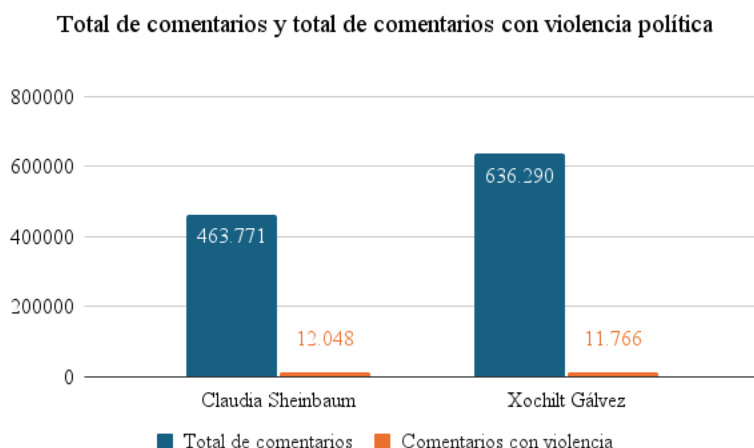


(Fuente: Elaboración propia)

Si bien al inicio y al final de la campaña hay dos incrementos de comentarios con violencia, al inicio para Xóchitl Gálvez y al final de la campaña para Claudia Sheinbaum, en general, los mayores picos de aumento fueron principalmente en las fechas en que ocurrieron los debates.

A continuación, se muestra gráficamente, la diferencia entre el total de comentarios realizados a cada candidata, y de ello, el total de comentarios que tuvieron algún tipo de violencia política en razón de género:

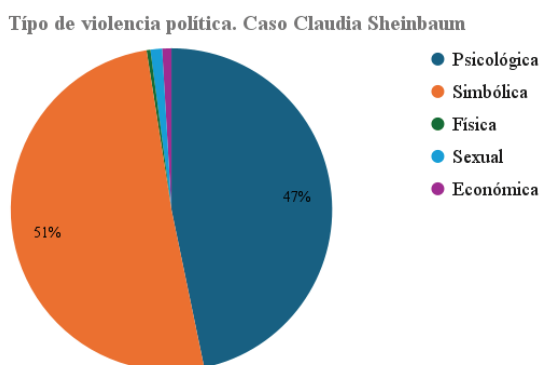
Figura 6



(Fuente: Elaboración propia)

Ahora bien, revisando los comentarios de cada candidata, se encontró en el caso de Claudia Sheinbaum que los mayores comentarios con violencia política en razón de género fueron la simbólica y la psicológica, con 5733 en el primer caso y 5275 en el segundo.

Figura 7

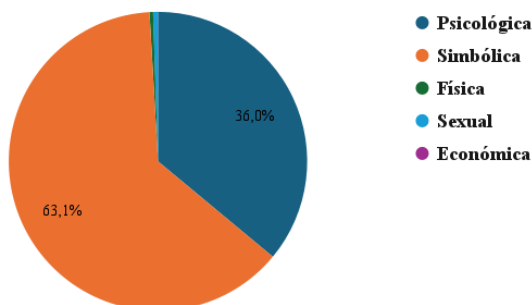


(Fuente: Elaboración propia)

En el caso de Xóchitl Gálvez, también las violencias de tipo simbólica y psicológica son las más recurrentes, aunque en mayor medida en el primer caso, con 6102 comentarios con violencia simbólica, en contraposición a 3485 comentarios con alguna violencia psicológica.

Figura 8

Tipo de violencia política. Caso Xóchitl Gálvez



(Fuente: Elaboración propia)

V. Conclusiones

La participación política de las mujeres y otros grupos vulnerables ha sido un tema central en el discurso institucional, civil y académico en las últimas décadas. Se han implementado numerosas iniciativas y políticas destinadas a promover la igualdad de género y la inclusión de estos grupos en la esfera política. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, persisten desafíos significativos que hacen que el escenario político siga siendo desigual para mujeres y hombres.

Las mujeres, en particular, continúan enfrentando barreras sustanciales para ejercer plenamente sus derechos políticos. Uno de los escollos más prominentes es la violencia, que puede manifestarse de diversas formas en los espacios públicos y privados. Esta

violencia no solo representa una amenaza directa para la seguridad y bienestar de las mujeres, sino que también tiene un impacto profundo en su capacidad para participar activamente en la esfera política.

Del análisis de los resultados, se identificaron acciones que tuvieron como resultado menoscabar el ejercicio de los derechos político-electorales de las candidatas durante el proceso electoral 2024, ya sea por parte de simpatizantes de la o el otro candidato, o bien, por usuarios de la red X. En particular, se hicieron evidentes conductas como divulgar imágenes de las candidatas con el objetivo de desacreditarlas, también se realizaron comentarios que calumniaron, degradaron o descalificaron a las candidatas por estereotipos de género.

Como se observa del número de publicaciones, Xóchitl Gálvez tuvo mayor número de publicaciones con violencia.

Ahora, respecto al total de comentarios y de estos con violencia, también Xóchitl Gálvez obtuvo más de la mitad de comentarios y comentarios con violencia en relación con Claudia Sheinbaum, aunque en porcentaje esta última tiene un incremento en relación con la primera.

En general, en ambos casos hasta el momento se ejerció violencia, sobre todo de tipo simbólica en primer lugar y psicológica en segundo.

Finalmente, si bien podemos decir que la norma nacional se encuentra homologada con la norma internacional, lo cierto es que en materia de campañas electorales online queda aún mucho por regular, tanto a nivel nacional como internacional, más aun tratándose de violencia político-electoral en razón de género en contra de mujeres, toda vez que es fundamental abordar esta violencia de manera integral y multidimensional, reconociendo su complejidad y sus raíces estructurales, para garantizar que todas las personas puedan ejercer plenamente sus derechos políticos en un entorno seguro y libre de discriminación.

VI. Referencias bibliográficas

- Cárdenas A., Ballesteros C. y Jara R. (2017). Redes sociales y campañas electorales en Iberoamérica. Un análisis comparativo de los casos de España, México y Chile. *Cuadernos Info*, (41), pp. 19-40. <https://doi.org/10.7764/cdi.41.1259>.
- Central Electoral (2023, 20 de septiembre). Advierte INE incremento de quejas en materia de Violencia Política contra las Mujeres en Razón de Género. <https://centralectoral.ine.mx/2023/09/20/advierte-ine-incremento-de-quejas-en-materia-de-violencia-politica-contra-las-mujeres-en-razon-de-genero/>.
- CNDH (Comisión Nacional de Derechos Humanos) (2018). *Violencia política contra las mujeres en razón de género*, México: Fiscalía Especializada Para la Atención de Delitos Electorales, Instituto Nacional Electoral, Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas e Instituto Nacional de las Mujeres.
- El Economista (2018, 23 de marzo). Mujeres que han competido por la Presidencia de México. <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Mujeres-que-han-competido-por-la-Presidencia-de-Mexico-20180323-0069.html>.
- Freidenberg, F. y Gilas, K.M (2020). Violencia política en razón de género y armonización legislativa multinivel en México. *Derecho Electoral*, 202. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6097/2.pdf>.
- Hernández Alcántara, C. (2019). Campañas electorales presidenciales pragmáticas en México 2018. Política y comunicación. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 64 (235), pp. 327-352. <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xc.2019.235.67468>.
- Kozinets, R. V. (2010). *Netnography, doing ethnographic research online*. Londres: Sage.

- Cámara de Diputados (2022). *Ley General de Telecomunicaciones y Radiodifusión*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR.pdf>.
- Preciado Rodríguez, T. M. y Rodríguez Hernández, E. R. (2019). El gasto en propaganda exhibida en páginas de internet de los presidentes y su efecto en las preferencias electorales de los usuarios en redes sociales. *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, 3(22), pp. 9-36. <https://www.rmec.org.mx/index.php/RMEstudiosElectorales/article/view/290>.
- Preciado Rodríguez, T. M. y Vega Ruiz, K. F. (2021). La participación política de las mujeres en Jalisco, avances y retos en Jalisco. En P. L. Fernández Reyes, A. R. Medina García, y I. G. Cervantes Bravo. *Estado de Derecho y Construcción democrática. Una perspectiva multidisciplinar*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 207-224.
- Rodríguez Cano, C. A. (2020). Emergencia y consolidación de las plataformas de redes sociales como arenas de comunicación política en procesos electorales. En L. Ugalde y S. Hernández Quintana (Coords.). *Elecciones, justicia y democracia en México. Fortalezas y debilidades del sistema electoral, 1990-2020* (pp. 885-906). México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, https://www.te.gob.mx/editorial_service/media/pdf/110420241536513710.pdf.
- Rodríguez Hernández, E. R. y Preciado Rodríguez, T. M. (2022). Preferencias y resultados electorales en campañas políticas municipales de 2021: un análisis exploratorio en los casos de Guadalajara y San Pedro Tlaquepaque: un análisis exploratorio en los casos de Guadalajara y San Pedro Tlaquepaque. *Política. Revista De Ciencia Política*, 60(1), pp. 147-172. <https://doi.org/10.5354/0719-5338.2022.66140>.

Legislación

- Convención Interamericana contra toda la forma de discriminación e intolerancia. <https://norma.ine.mx/normatividad-del-instituto/vigente/normativo/instrumentos-internacionales>.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará)
<https://norma.ine.mx/normatividad-del-instituto/vigente/normativo/instrumentos-internacionales>.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. <https://norma.ine.mx/normatividad-del-instituto/vigente/normativo/instrumentos-internacionales>.

Consenso de Quito. <https://norma.ine.mx/normatividad-del-instituto/vigente/normativo/instrumentos-internacionales>.

Declaración del Milenio (A/55/L.2) Asamblea General ONU.
<https://norma.ine.mx/normatividad-del-instituto/vigente/normativo/instrumentos-internacionales>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Ley General en Materia de Delitos Electorales.

