

Migración y refugio:
barreras y geopolítica
JUANA RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ

Derechos Fundamentales a Debate

CEDHJ
Comisión Estatal
de Derechos Humanos
Jalisco



IICADH
INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN Y
CAPACITACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Derechos Fundamentales a Debate, año 2018, No. 6, diciembre 2017-marzo 2018, es una publicación periódica cuatrimestral vía electrónica, patrocinada por el Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, del Estado de Jalisco, Pedro Moreno No. 1616, Col. Americana, Guadalajara, Jalisco, CP 44160, Tels. (33) 3615-3892 y 3615-3893, luiscorona@cedhj.org.mx, editor titular: Luis Antonio Corona Nakamura. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2016-112411095900-203 otorgado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor.

Las opiniones expresadas por los autores son responsabilidad exclusiva de los mismos y no reflejan necesariamente la postura de los editores.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco.

<i>Migración y refugio: barreras y geopolítica</i>	5
Juana Rodríguez Gutiérrez	
<i>Aproximaciones a República Democrática del Congo, República Centroafricana, y los crímenes de guerra y lesa humanidad de Jean-Pierre Bemba Gombo</i>	15
Francisco Javier Campos Orozco	
<i>Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente</i>	31
Centella Briseño Montes	
Hans Jurado Parres	
<i>El derecho a la solución pacífica de conflictos</i>	47
Mtra. Irma Ramos Salcedo	
Dr. José Carlos Herrera Palacios	
<i>Normas de publicación y convocatoria</i>	67
<i>Comité científico</i>	69
<i>Consejo editorial y técnico</i>	73

Migración y refugio: barreras y geopolítica*

Juana Rodríguez Gutiérrez¹

Resumen

La movilidad humana desde una perspectiva global implica una discusión profunda: ¿dónde se afianza el derecho a migrar?, ¿qué obligaciones genera para los estados?, ¿podemos vincular su función heurística a las libertades clásicas?, la querrela encuentra nuevas formas de reconstrucción al paso de los días. Abonemos un poco más desde la situación en México.

Palabras clave

Derechos humanos de las personas migrantes, derecho a recibir refugio, derecho de ciudadanía, movilidad humana.

Abstract

Human mobility from a global perspective implies a deep discussion: where does the right to migrate consolidate? What obligations does it generate for the states? Can we link its heuristic function to the classic liberties? The complaint finds new forms of reconstruction as the days go by, let's contribute a little more from the situation in Mexico.

Keywords

Human rights of migrants, right to receive refuge, right of citizenship, human mobility.

El objetivo de esta intervención es diferenciar las connotaciones de los sujetos de discusión: personas migrantes y refugiadas, así como discutir sobre la garantía, respeto y protección de los derechos civiles y políticos en el contexto mexicano.

Para iniciar este planteamiento tomaré como punto de partida las denominaciones para nuestro sujeto de estudio: personas migrantes.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CIPDTMF)² define como “trabajador migratorio” a “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” (art. 2.1). Por su

* Fecha de recepción: 5 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 16 de enero de 2018

1 Licenciada en Historia (UDG). Capacitadora e Investigadora en el Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la CEDHJ. juanarodgut@gmail.com.

2. Aprobada sin votación el 18 de diciembre de 1990 por la Asamblea General, y el 1 de julio de 2003 entró en vigor.

parte, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados³ precisa que el término “refugiado” se aplicará a toda persona “que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él” (art. 1. A.).

Estas concepciones parten de motivaciones diferenciadas. Por un lado, encontramos al sujeto “trabajador”, que desde la hipótesis podemos atribuirle algunas características, como: edad laboral, habilidades y conocimientos prácticos, técnicos o profesionales, soporte familiar y social de su lugar de origen. Las actividades económicas que realice son deseables para la comunidad de acogida y abonarán a los flujos de intercambio transnacional, aduciendo entonces que estas decisiones son un ejercicio de libertad.

Por otro lado, la persona refugiada necesariamente tiene temor fundado de ser perseguida, de ahí que se encuentre huyendo del lugar de residencia o de su país de origen, por lo que pudiéramos suponer que carece de soporte social y familiar. Asimismo, y en razón de la motivación, encontramos cuestiones sobre “raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”, por lo que es indefinible un perfil; puede ser una niña, un niño, una persona adulta mayor, una persona con discapacidad, etcétera. Aduciendo esto, podemos observar que las personas refugiadas necesitarán mayor apoyo de la comunidad de acogida y para su estancia tendrán que resolverse cuestiones a largo plazo, como la adopción, rehabilitación, el fomento y protección de un proyecto de vida, etcétera.

Obviamente, estas definiciones no son suficientes para explicar la movilidad humana (CIDH, 2013), ni siquiera para distinguir condiciones de recepción diferenciadas, las motivaciones que cada persona tiene para abandonar su comunidad, los espacios que le fueron definiendo, el lugar donde creció, y dirigirse a suelo extranjero no siempre es por voluntad. Sin embargo, para la comunidad de recepción puede no ser un asunto de interés; al contrario, puede ser visto como algo terrible con que lidiar; una carga económica y social que no se desea visibilizar como corresponsabilidad social de colaboración mutua, y termina colocando a nuestros sujetos de diálogo en situaciones muy parecidas. Independientemente del contexto de migración o de la necesidad de refugio, las personas que tratan de insertarse en una comunidad diferente a la suya pueden padecer los mismos efectos del rechazo social.

La vocación de los derechos humanos es reconocer la dignidad intrínseca de toda persona, y esto a su vez genera pretensiones ante el Estado que pueden ser satisfechas mediante servicios que promuevan y generen una percepción de igualdad, que combatan la discriminación y las prácticas o procesos nocivos a la aspiración de justicia.

Identificar la humanidad como un atributo de calidad en razón del lugar de nacimiento y blandirlo como justificación para discutir qué se gasta y cómo

3. Adoptada el 28 de julio de 1951, México se adhirió el 7 de junio de 2000 y el concepto sobre personas refugiadas se reformuló con el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados que entró en vigor el 4 de octubre de 1967.

se gasta en las personas, implica forzosamente un reduccionismo de derechos. Las libertades clásicas de tránsito, expresión, culto y asociación que han sido la punta de lanza en la lucha por el reconocimiento de derechos vuelven a generar posiciones enconadas, aunque no tanto en el derecho en sí, sino en cuanto a quién ejerce estos derechos.

Ermanno Vitale (2010) refiere:

... la materialización concreta del derecho a la libre circulación de las personas constituiría la verdadera materialización de la revolución copernicana iniciada con Hobbes en el plano de las relaciones entre Estado y ciudadano —las instituciones estatales en función del individuo y no viceversa— y que continuó con la prefiguración kantiana de la Cosmópolis. Lo que debemos asumir para lograr este objetivo es un proceso gradual y de largo plazo (a) de reducción de las desigualdades globales producidas por el mercado y (b) de emancipación de la diferenciación basada en la pertenencia a una etnia o a una cultura (en donde un número enorme de individuos encuentra consuelo y causa de vano orgullo, en vez de considerarla como una de las causas que explican su situación de pobreza material).

Del acápite anterior puntualicemos algunos conceptos: “ciudadano”, “desigualdades globales producidas por el mercado” y “pertenencia a una etnia o a una cultura”. En el tema que nos atañe, el denominador común es precisamente el primer concepto: ciudadanía, ya que ni las personas migrantes ni las que tienen un estatus de refugio lo son.

La ciudadanía que representa este vínculo primigenio entre sujeto activo y pasivo en el ejercicio de derechos es el primer punto que le confiere al Estado obligaciones de medio y de resultado:

Un no ciudadano es una persona respecto de la cual todavía no se ha reconocido que mantenga vínculos efectivos con el país en que se encuentra. Hay diferentes grupos de no ciudadanos, incluidos residentes permanentes, migrantes, refugiados, solicitantes de asilo, víctimas de la trata, estudiantes extranjeros, visitantes temporales, otros tipos de no inmigrantes y apátridas. Aunque cada uno de esos grupos puede tener derechos basados en diferentes regímenes jurídicos, los problemas con que se enfrentan la mayoría de los no ciudadanos, si no todos ellos, son muy similares (OHCHR, 2006).

En México se reconoce la ciudadanía bajo tres condicionantes: por solicitud bajo trámite administrativo, por nacimiento en territorio bajo la jurisdicción mexicana o *iussoli*, y por descendencia de personas mexicanas o *iussanguini*. Recordemos que la libertad de tránsito nace bajo vínculo estrecho al de ciudadanía. Citemos el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH):

Derecho de circulación y de residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley,

en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. 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 y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

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.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

En el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos encontramos convergencias conceptuales: “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”, “tendrá derecho a salir libremente”, y “los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley.”

Puntualicemos entonces los elementos de nuestra afirmación: “que se halle legalmente”, lo que implica forzosamente la posesión de documentos de viaje, permiso de entrada por parte de las autoridades del país receptor y el ingreso por espacios definidos o entradas oficiales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), en su opinión consultiva 18/2003 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03) especifica dos supuestos para encuadrar este argumento: trabajador migrante documentado o en situación regular, refiriéndose a las personas que se encuentran autorizadas a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales de los que ese Estado sea parte; y trabajador migrante indocumentado o en situación irregular, personas que no se encuentran autorizadas para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales de los que ese Estado sea parte, y que, sin embargo, realiza dicha actividad.

Por lo tanto, el “que se halle legalmente” se refiere de manera implícita a toda persona con ciudadanía, y unívocamente para otras personas, siempre y cuando estén documentadas o en situación regular. De ahí entonces, la razón de ser de acepciones coloquiales como “ilegal” o “indocumentado”, cuando se discute, no sobre el reconocimiento de la dignidad humana, sino, ¿por qué el Estado debe hacer algo para proteger, respetar o garantizar derechos de personas que no se encuentran autorizadas para permanecer en el país? O, peor aún, que nunca tuvieron el permiso de ingresar a él. Y las respuestas terminan redundando en lo que Zaffaroni (2006) llama “el enemigo”, que de manera catártica, la sociedad

y sus instituciones, desde una manipulación instrumental, toman la figura de extranjería para justificar la injusticia social, para explicarse la ineficiencia del Estado y avalar prácticas totalmente discriminadoras y violentas.

Entonces, ya no se habla de personas; se desdibuja todo rasgo de humanidad; se termina hablando de documentos, pasaportes, visas, actas de nacimiento que puedan autenticar las obligaciones que reconoce o no un Estado.

Como Javier de Lucas (2002) resalta:

... en el debate público sobre la inmigración, seguimos anclados en una alternativa deleznable, entre la conmisericordia (la piedad, o, para que no quede tan mal, el discurso “humanitario”) y el pragmatismo utilitarista más ralo, el mercantilismo (claro que peor es el punto de vista excluyente, xenófobo y/o racista). Para decirlo más exactamente, incluso el motto humanitario empieza a ceder. Sin duda, influye la “filosofía” del 12 de septiembre en ese recrudecimiento de la prevención, el discurso de la “barca llena”, que se impone a las razones humanitarias. Porque, como he señalado, crece hasta alcanzar casi el grado de obsesión el viejo diagnóstico del «conflicto de civilizaciones», concretado en el fobotipo del inmigrante de la ribera sur, identificado en términos acrílicos y generalizantes—pero sumamente eficaces antea la opinión pública— como fundamentalista islámico y terrorista, frente a quien no vale el discurso de la ciudadanía, la democracia y los derechos, por su carácter inasimilable e incompatible (una argumentación que pasa desde el diferencialismo cultural —que es el mensaje del nuevo racismo— a la justificación de discriminaciones inaceptables en su status jurídico y político).

El problema entonces no es la migración, sino quién migra; si la persona posee elementos deseables como belleza, poder, dinero, habilidades técnicas, destrezas deportivas, por enlistar algunos atributos, no se le cuestiona su origen y por qué decide abandonar ese lugar. Si, por el contrario, es una persona con poca o nula educación, en evidente estado de precariedad y con características fenotípicas que mediáticamente se relacionan con actos de terrorismo o delincuencia, se cuestiona si en efecto es válido que salga de su país. Tiene que demostrar razones de persecución, acoso u obstáculos estructurales que impidan la satisfacción de necesidades básicas, y sólo si esto resulta convincente puede avalarse su partida.

Volviendo a la CADH, observemos cómo se diseñó el derecho de tránsito. Ahí encontramos limitaciones concretas: primera, la condicionante para el ejercicio de esta libertad es que la persona se “halle legalmente”; segunda, sólo puede ejercerse en el interior de los estados “a circular por el mismo y a residir en él”, no entre fronteras; tercera, “con sujeción a las disposiciones legales”, por lo que puede limitarse y restringirse, conforme la Ley de Migración que faculta al Instituto Nacional de Migración (INM) para hacer revisiones y verificaciones a cualquier persona que se le atribuya extranjería; cuarta, se “tiene derecho a salir libremente de cualquier país”; por lo tanto, no se discute ni se debe justificar la salida; quinta, nadie puede “ser privado del derecho a ingresar” a su país de origen, de ahí que legítimamente los estados puedan condicionar la entrada a cualquier otra persona que no sea nacional.

La primera condicionante nos coloca en una bifurcación, ya que de “hallarse legalmente” se infiere que alguien que se no se hallaba se halle, por lo que ese alguien que llega tendrá que hacerlo conforme a las disposiciones legales.

La Ley de Migración, en el artículo 40, establece:

... los extranjeros que pretendan ingresar al país deben presentar alguno de los siguientes tipos de visa, válidamente expedidas y vigentes:

I. Visa de visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas, que autoriza al extranjero a presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados desde la fecha de entrada.

II. Visa de visitante con permiso para realizar actividades remuneradas, que autoriza al extranjero a presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada y realizar actividades remuneradas.

III. Visa de visitante para realizar trámites de adopción, que autoriza al extranjero vinculado con un proceso de adopción en los Estados Unidos Mexicanos, a presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer en el país hasta en tanto se dicte la resolución ejecutoriada y, en su caso, se inscriba en el Registro Civil la nueva acta del niño, niña o adolescente adoptado, y se expida el pasaporte respectivo y todos los trámites necesarios para garantizar la salida del niño, niña o adolescente del país. La expedición de esta autorización sólo procederá respecto de ciudadanos de países con los que los Estados Unidos Mexicanos hayan suscrito algún convenio en la materia.

IV. Visa de residencia temporal, que autoriza al extranjero para presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer por un tiempo no mayor a cuatro años.

V. Visa de residente temporal estudiante, que autoriza al extranjero para presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer por el tiempo que duren los cursos, estudios, proyectos de investigación o formación que acredite que se llevarán a cabo en instituciones educativas pertenecientes al sistema educativo nacional, y realizar actividades remuneradas conforme a lo dispuesto en la fracción VIII del artículo 52 de esta Ley.

VI. Visa de residencia permanente, que autoriza al extranjero para presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso a territorio nacional, con el objeto de permanecer de manera indefinida.

Sin embargo, no toda persona extranjera requiere visado para ingresar a México. En el portal electrónico del INM encontramos la lista de “Países y regiones que requieren visa para viajar a México, vigente a partir del 9 de noviembre de 2012”.⁴ En este registro encontramos nombres como: Afganistán, Armenia, Arabia Saudita, Angola, Bolivia, China, Corea del Norte, Congo, Cuba, Dominica, República Dominicana, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, El Salvador, Federación Rusa, Guyana, Guatemala, Haití, Honduras, India, Irán, Irak, Kenia, Kuwait, Libia, Mongolia, Nicaragua, Nigeria, Ruanda, San Cristóbal, San Vicente, Santa Lucía y Surinam, por nombrar algunos, la lista incluye 135 países.

Lo que deseo destacar es lo siguiente: México es parte de un continente que fácilmente se distingue en Norteamérica, América Central, Sudamérica y las Antillas o América insular. Obviamente, con los países del norte no es requerida una visa de ingreso al territorio mexicano. El caso es distinto para Centroamérica, ya que de los siete países que la integran, cuatro la necesitan. Respecto a los doce países que integran Sudamérica, cuatro necesitan permiso de ingreso y, finalmente,

4 Página electrónica: inm.gob.mx/gobmx/word/index.php/paises-requieren-visa-para-mexico/ (consultada el 30 de octubre de 2017).

de las trece naciones antillanas, nueve requieren autorización de ingreso.

La frontera inmediata que tenemos con Guatemala “está definida por los ríos Suchiate, Usumacinta y Chixoy, el volcán Tacaná, los cerros Buenavista e Ixbul, así como líneas imaginarias señaladas por monumentos o cercas [y] la frontera con Belice está definida por la bahía de Chetumal, el río Hondo, el arroyo Azul y el meridiano Garbutt.”⁵ México y estas naciones no sólo comparten espacio físico, sino toda una historia de trabajo en conjunto. Las zonas agrícolas y cafetaleras del Soconusco, en Chiapas, son una muestra (Ayala-Carrillo: 2013), por lo que jornaleros agrícolas transitan la frontera todos los días o permanecen en el país para realizar trabajos de temporada, visitantes que se conocen como “trabajador fronterizo”. En la Ley de Migración encontramos:

se autoriza al extranjero que sea nacional de los países con los cuales los Estados Unidos Mexicanos comparten límites territoriales, para permanecer hasta por un año en las entidades federativas que determine la Secretaría. El visitante trabajador fronterizo contará con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país, en la actividad relacionada con la oferta de empleo con que cuente y con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee (artículo 52).

Lo curioso es que para Guatemala, con quien compartimos 965 kilómetros de los 1 138 que guarda la longitud fronteriza, o sea, “límite territorial”, se impone una visa para cumplir con el “hallarse legalmente”. Ahora, si consideramos el trajín común de los campos agrícolas, el comercio y la visita a familiares, que es común y necesaria entre naciones que por costumbre, intercambio y cooperación ancestral lo han venido haciendo generación tras generación sin necesidad de un trámite administrativo, que además tiene facultad para dar su consentimiento o no para estos intercambios, es fácilmente deducible observar que este requisito no todas las veces se cumple.

Ahora bien, si las personas que ingresan de forma “irregular” al territorio, en inmediatez no se “hallan legalmente”, ya que infringen la ley, el papel del Estado en cuanto a cómo sanciona este acto, ha transitado de la persecución punitiva en razón de la anterior Ley de Población, a otra más equiparable al acto cometido, desde 2011, cuando entró en vigor la actual Ley de Migración, se considera solo infracción.

Estos cambios paradigmáticos tienen su explicación en razón del debate internacional sobre la libertad de tránsito, y el derecho al refugio a cargo de catedráticos y organismos como la CIDH, que de manera reiterada ha evidenciado que “la entrada o permanencia irregular nunca debieran ser considerados delitos penales: [pues] no constituyen per se delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional” (CIDH: 2015).

Siendo así, la autoridad administrativa que vigila el cumplimiento de esta norma es el INM, como mencionamos, por lo que está facultado para realizar revisiones y verificaciones y así constatar la “vigencia” y “validez” de estancia de las personas extranjeras que se encuentran en suelo mexicano, el resultado de esto puede derivar en una “presentación” de la persona que no pueda comprobar su “legal” estancia en el país y enfrentar un procedimiento administrativo para

5. Dato electrónico de la página oficial del INEGI en://cuentame.inegi.org.mx/territorio/vecinos.aspx?tema=T (consultada el 30 de octubre de 2017).

asistirlo en su retorno al país de origen, deportarlo o bajo ciertas condicionantes ser candidato a refugio. Este procedimiento no tiene una duración exacta, y puede variar de los quince a los sesenta días (artículos 109 y 111). Durante este tiempo, la persona está sujeta al INM y deberá permanecer en la estancia o estación migratoria, sin poder salir o mirar el sol, como es el caso de la estancia en Guadalajara, que se encuentra en el estacionamiento de Palacio Federal.

Ahora bien, en procedimientos que involucren personas extranjeras deben garantizarse y protegerse cuestiones elementales como el reclamo a la justicia y la representación consular, evoquemos la primera incursión de México ante la Corte Internacional de Justicia en 2003 con el caso Avena:

Para dirimir el litigio, la Corte [...] debía evaluar y determinar la condición legal de cincuenta y un mexicanos condenados a la pena de muerte por tribunales de Estados Unidos. Conforme al alegato mexicano, esos conciudadanos, en el transcurso de su proceso, que culminó con la más grave de las sentencias judiciales, representada por la pena capital, nunca obtuvieron el beneficio del debido proceso legal, ya que se les privó entre otras cosas, de ser informados de sus derechos consulares y de asegurar una indispensable asistencia consular durante su enjuiciamiento, con lo cual quedaron ayunos de los instrumentos jurídicos idóneos para una adecuada defensa de sus intereses fundamentales.

La sentencia de la Corte, emitida el 31 de marzo de 2004, indicó que la reparación del daño, producto de la violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, obligaba a Estados Unidos a proceder a la revisión y reconsideración de los veredictos de culpabilidad y de las sentencias a la pena de muerte de los cincuenta y un mexicanos comprendidos en el caso Avena. La Corte Internacional de Justicia determinó, además, que Estados Unidos había violado sus obligaciones internacionales y que era internacionalmente responsable por su conducta” (SCJN, 2013).

Este caso, sin duda es y será emblemático para México. Sin embargo, es necesario que no tomemos el camino fácil del optimismo, así que recordemos también el caso Florence Marie Louise Cassez Crepin, en amparo directo 517/2011 el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, se pronunció sobre varios temas de constitucionalidad:

En el marco de un sistema democrático, una vez que una persona se encuentra en territorio de un Estado del cual no es nacional, dicho Estado está obligado a concederle un estándar mínimo de derechos. Uno de ellos, cuya importancia resulta trascendental, es la posibilidad de que el extranjero sea asistido por algún miembro de la delegación consular de su país en el territorio en el que se encuentre...

En el presente caso, el recurso de la quejosa planteó su inconformidad con la interpretación propuesta por el Tribunal Colegiado de Circuito, básicamente en lo que se refiere a: (i) el principio de buena fe ministerial reconocido en el artículo 21 constitucional [...]; (ii) la interpretación del “sin demora”, previsto en el quinto párrafo del artículo 16 constitucional, relativo al mandato de poner a los detenidos a disposición del Ministerio Público [...]; (iii) la asistencia consular prevista en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y los efectos de su transgresión [...]; (iv) lo que la quejosa denomina acceso a la justicia y equidad procesal [...]; y (v) la presunción de inocencia” (Zaldívar, 2011).

El proyecto de sentencia de Zaldívar tiene 145 páginas y va detallando con la precisión de un cirujano y el cuidado de un relojero, todas las irregularidades que se presentaron en el caso de Florence Cassez. La fabricación de un escenario para los medios de comunicación, la indebida dilación en la puesta a disposición de Cassez ante el Ministerio Público y la falta de respeto a la asistencia consular...

Habrán sin duda personas que piensen que se trata de meras formalidades y que en realidad los jueces deben emitir sus fallos solamente considerando la culpabilidad o inocencia de una persona. Ojalá la vida (y los juicios) fueran tan fáciles como eso. La realidad es mucho más complicada. Zaldívar destaca en su proyecto un hecho sobre el que todos debemos reflexionar: la falta de respeto a esas “formalidades” impide en la práctica que podamos llegar a la verdad” (Carbonell, 2012).

Todos recordarán cómo concluyó este caso. Lo que deseo rescatar aquí son dos cuestiones: en el caso Avena fue la exigencia sobre justicia, la observancia de las garantías procesales, el reconocimiento intrínseco de la dignidad humana; en el caso Florence Cassez fue el avasallador ejercicio de poder del Estado contra una persona, la catarsis social de la figura que concatena Zafaroni como el “enemigo” y lo que esta ideación desencadena o justifica, no el reclamo de justicia, sino de venganza; no la observancia de las garantías procesales, sino la condena inmediata sin más; no el reconocimiento de la dignidad, sino el repudio, la humillación, el aislamiento, comportamiento cotidiano que avalamos con la invisibilización de personas migrantes y refugiadas, el cómo se les llama, en dónde se les coloca, porque no se les integra, el cómo se “regatea” desde el discurso hasta la práctica el respeto, garantía y protección de sus derechos. Los hechos nos “confrontan directamente [con] el discurso y el imaginario de una sociedad que se autodenomina multicultural, hospitalaria, generosa con quienes vienen de fuera” (CIDH, 2013).

Este pequeño ensayo tiene una intención de trasfondo: la búsqueda de ese hilo comunicante que nos lleve del discurso “humanitario”, como dice Javier de Lucas, este ser “hospitalarios” con las personas extranjeras, como planteaba la iniciativa de Kumamoto en 2016,⁶ a un estado que respete los derechos humanos, que reconozca a la persona por la persona misma y no por su lugar de origen o la situación económico-social por la que esté pasando; el combate a la discriminación desde una postura positiva, donde todas y todos podamos ser incluidos.

Bibliografía

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006). Los derechos de los no ciudadanos.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2004). El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.
- (2006). La Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y su Comité (Rev.1). (Folletos informativos sobre los derechos humanos núm. 2).
- Ayala-Carrillo, María del Rosario; Lázaro-Castellanos, Rosa; Zapata-Martelo et al., (2013). “El trabajo infantil guatemalteco en los cafetales del Soconusco: ‘insumo’ que genera riqueza económica, pero nula valoración social”. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 11, 2: 659-673.
- Carbonell, Miguel (2012). La oportunidad de Florence
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México.
- (2015). Situación de los derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América.
- Congreso de la Unión (2014). Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.
- (2014). Reglamento de la Ley de Migración.
- (2016). Ley de Migración.

6. En marzo de 2016, Pedro Kumamoto Aguilar presentó una iniciativa de reforma al artículo 4º de la Constitución Política del Estado de Jalisco, propuesta como “Ley de hospitalidad para migrantes”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Opinión consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.
Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 2. "Migrantes".
De Lucas, Javier (2002). "La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración". *Isegoría*, 26: 59-84.
(2003). "Inmigración y globalización acerca de los presupuestos de una política de inmigración". *REDUR*, 1: 43-70.
Naciones Unidas (1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
(1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
(1990). Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".
Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013). La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo: el caso Avena.
Vitale, Ermanno (2010). "Derecho a migrar: ¿El cumplimiento de la edad de los derechos?". *Revista de la Facultad de Derecho*. LX. I, 253: 47-63.
Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires.
Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (2011). Amparo directo en revisión 517/2011. Quejosa y recurrente: Florence Marie Louise Cassez Crepin.

Aproximaciones a República Democrática del Congo, República Centroafricana, y los crímenes de guerra y lesa humanidad de Jean-Pierre Bemba Gombo*

Maestro Francisco Javier Campos Orozco¹

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo contextualizar la situación política de República Democrática del Congo (RDC) y República Centroafricana (RCA) entre los años de 1999 y 2003 para explicar la participación militar del Ejército de Liberación del Congo de Jean-Pierre Bemba Gombo en RCA y los consecuentes crímenes de lesa humanidad y de guerra que perpetraron en contra de la sociedad civil de dicha nación.

Asimismo, se hace un análisis de los hechos por los cuales la Corte Penal Internacional dictó sentencia condenatoria a Bemba en junio de 2016, y se destaca la importancia de tal sentencia para el crimen de violación como arma de guerra y para delitos cometidos por quienes tienen mando o control efectivo de tropas.

Palabras clave

África, Jean-Pierre Bemba Gombo, crímenes de guerra, Corte Penal Internacional, señores de la guerra.

Abstract

The objective of this paper is to contextualise the political situation of the Democratic Republic of the Congo (DRC) and the Central African Republic (CAR) between the years 1999 and 2003 to explain the military participation of the Congolese Liberation Army of Jean-Pierre Bemba Gombo in CAR and the consequent crimes against humanity and war that perpetrated against the civil society of that nation. Likewise, an analysis is made of the facts for which

* Fecha de recepción: 8 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 17 de enero de 2018

¹ Maestro en Relaciones Económicas Internacionales y Cooperación (Universidad de Guadalajara-URJC). Licenciado en Relaciones Internacionales (ITESO). Abogado (Universidad de Guadalajara). Asistente de la Segunda Visitaduría General en la CEDHJ. Profesor de Seminario de Temas Contemporáneos de África en la Universidad del Valle de México campus Zapopan. fjco3@hotmail.com

the International Criminal Court handed down a conviction to Bemba in June 2016, and highlights the importance of such a sentence for the crime of rape as a weapon of war and for crimes committed by those who have command or effective control of troops.

Keywords

Africa, Jean-Pierre Bemba Gombo, War crimes, International Criminal Court, Warlords.

Introducción

Pareciera que *África y sus temas locales* son algo muy distante de nuestra realidad. Distintos factores sociales, políticos y académicos nos hacen, en algunos momentos, ajenos a la realidad de una región a la que se le dedican pocos trabajos académicos y escasas investigaciones científicas, en comparación con otras regiones del mundo.

Desde la época de la Colonia, África ha sufrido vejaciones y tratos crueles por parte de los colonizadores. No es secreto para nadie que mutilaciones, tortura y exterminio se practicaban durante el mandato del Rey Leopoldo II en su territorio privado conocido como El Congo Belga, siendo esta porción de tierra ejercida como propiedad personal y explotada en sus recursos naturales.

Luego vinieron sucesos como la Conferencia de Berlín (1884-1885), en la que se repartió África entre las potencias europeas, creando fronteras a veces artificiales y separando familias, y, en el peor de los casos, uniendo tribus en disputa o conflicto.

Con la primera y segunda guerras mundiales se crearon condiciones para la liberación de África, los soldados adquirieron pericia y orgullo, la sociedad empezó a tener cada vez mayor participación política, la fundación de la ONU otorgó foro a los países africanos, el concepto de “autodeterminación de los pueblos” cobró vigencia en el mundo y los reclamos por democracia hicieron eco en toda región.

Aunado a lo anterior, las dos potencias “ganadoras” de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos Americanos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, tenían, cada una con su propia ideología, una fuerte carga antiimperialista, ya sea por contrarrestar el crecimiento de la ya de por sí devastada Europa, o por considerarlo, como diría Lenin, “una de las fases del capitalismo”. Sea cual fuera el fundamento, el colonialismo, como se conocía en esos años, ya no tenía cabida el nuevo concierto mundial.

Sin embargo, y muy a pesar de las independencias africanas de los años sesenta y setenta, ni la democracia ni la paz llegaron aparejadas con el sentimiento de nacionalismo. La época de los dictadores, de la continuidad del *apartheid*, de los golpes de Estado, del neocolonialismo, de la corrupción institucionalizada, de la cleptocracia y de otros fenómenos igual de atroces, se han venido dibujando hasta la fecha, siendo testigos mudos de estos hechos: las crisis económicas, la hambruna, la desolación, el pillaje, los señores de la guerra, los niños soldado,

la epidemia del VIH, el desplazamiento forzado, la violación como arma de guerra, las mutilaciones en masa, el canibalismo, la toma de rehenes, el trato cruel a prisioneros, la negación de otorgar cuartel y decenas de hechos que a todas luces dañan a la humanidad, socavan la dignidad y pervierten el sentido del ser humano.

Este trabajo se centra en la situación específica de África Central, el conflicto de la República Democrática del Congo (RDC) y los enfrentamientos periféricos que se dieron durante la Segunda Guerra del Congo o Guerra Mundial Africana. En ese contexto surgió la figura de Jean-Pierre Bemba Gombo, criminal de guerra y de lesa humanidad que hoy se encuentra condenado a 18 años de prisión por violaciones graves al Estatuto de Roma.

En la presente investigación se explica brevemente el conflicto de la RDC desde la llegada de Mobutu Sese Seko y su conversión momentánea a Zaire, hasta el ascenso de Joseph Kabila y los hechos que le sucedieron hasta 2003, momento en el que Bemba traspasó la frontera de su nación para apoyar militarmente a Ange-Félix Patassé, ex presidente de la República de África Central, lugar donde se cometieron crímenes de guerra y lesa humanidad por parte del Ejército de Liberación del Congo (ELN) comandado por Bemba.

Asimismo, se analizan los hechos por los que en 2016, Bemba es juzgado y condenado por diversos crímenes por la Corte Penal Internacional (CPI) con sede en La Haya, destacando que por estos actos se dictó la primera sentencia para una persona que no participó directamente en los ataques y agresiones pero que sí tenía mando o control efectivo sobre los perpetradores, así como sentar precedente sobre la violación sexual como arma de guerra, pues Bemba fue el primer sentenciado por la CPI por este delito.

Algunos elementos regionales y contextuales para análisis del conflicto

Entender los conflictos modernos del África Central (y en general de toda la región africana), no es una tarea sencilla pues su historia se encuentra atestada de cambios drásticos en sus estructuras política, social y económica, los cuales se ven reflejados en crisis económica, violencia, hambruna y conflictos internos que trascienden ideologías, etnias, gobiernos y hasta fronteras, invadiendo la región con enfrentamientos en diversos campos y desde distintos frentes.

Para analizar esta realidad y sus crueles y temibles aristas, es importante comprender dos etapas históricas en el continente africano: la Colonización y la Guerra Fría. Estos ejes son cruciales para explicar los niveles de descomposición que hoy en día se viven en África Central y son, de alguna manera, la base de una pirámide de fenómenos como el neocolonialismo, la economía de guerra, el saqueo de recursos naturales, y otros sucesos y paradigmas que sumados desembocan en caos social.

En ese orden de ideas, para autores como Bessis (2013), Mateos (2015) y Mária (2005), los dos orígenes principales de los conflictos más importantes de África son: los de génesis en la partición colonial y los que surgieron de la Guerra Fría.

Desde el punto de vista eurocéntrico, y de acuerdo con Zocizoum (sin fecha), la descolonización africana tiene dos periodos, el primero de 1919 a 1939, coincidiendo con la Primera Guerra Mundial, y un segundo periodo situado entre 1945 y 1970, época en que los cambios en el sistema mundial fueron vastos: terminó la Segunda Guerra Mundial (1945), se fundó la Organización de las Naciones Unidas (1948) con su consecuente Declaración Universal de Derechos Humanos, inició la reconstrucción de Europa, vía Plan Marshall, y empezaron a aparecer los llamados países del “tercer mundo”, hoy conocidos como países “en vías de desarrollo”.

Además, el fin de la Segunda Guerra Mundial trajo consigo el nacimiento de dos nuevas potencias absolutas, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y Estados Unidos de América (EUA), que escenificaron el liderazgo de dos visiones políticas diferentes las cuales personificaron la Guerra Fría, y con lo que dio inicio al andamiaje para el “mundo de los tratados”, sentando las bases para el futuro periodo globalizador, no sólo en lo económico sino en el entendimiento internacional por medio de instrumentos jurídicos de asistencia militar, política, de cooperación para el desarrollo, etcétera.

Ni Estados Unidos ni la URSS estaban de acuerdo con que los países europeos mantuvieran colonias en África. En su formación ideológica y teórica, ninguna de las dos nuevas potencias contemplaba un mundo colonial. EUA buscaba suprimir fronteras al comercio y eliminar la presencia europea en cualquier parte del mundo para consolidar su supremacía, además, la idea liberal que sostenía, con su consecuente defensa de la democracia y los ideales de la ONU, principalmente la autodeterminación, colisionaban con las figuras de intervención colonial, las cuales se consideraban no sólo anacrónicas sino nocivas para el mundo en desarrollo.

Por su parte, la URSS, desde su reacia formación marxista-leninista, basaba sus ideas políticas precisamente en la abolición del imperio, el cual, según el propio Lenin era un precedente del capitalismo, lo cual para efectos soviéticos se traducía en explotación y contrarrevolución.

La descolonización de África, cuya etapa de mayor esplendor se dio entre los años sesenta y ochenta, puede considerarse tardía en el sentido de ser la última región del mundo en obtener una independencia, lo que probablemente explica la situación que viven la mayoría de sus países, resaltando los de la región central (Centroáfrica, República Democrática del Congo, Sudán, Uganda, Angola, Ruanda, Burundi) así como el llamado Cuerno de África (Somalia), en los que el Estado aún se encuentra en situación de vulnerabilidad y fragilidad, no sólo por su juventud, sino por la falta de legitimidad de quienes han detentado el poder público.

La delgada línea entre el Estado fallido y la joven democracia de regiones de África central, estriba por un lado en la fortaleza de los señores de la guerra, los intereses de algunas grandes transnacionales, los problemas étnicos, la debilidad o inexistencia de instituciones, el origen colonial y dictatorial de los gobiernos, por mencionar algunos. Y por el otro lado, la ausencia de una clase media fuerte, la desintegración del tejido social, la vulneración constante a los derechos humanos, la inexistencia de grupos consolidados de la sociedad civil, y, de alguna manera,

el miedo constante de la población civil cuya situación de rehén de la violencia pareciera algo sistémico y endógeno de los sistemas dictatoriales africanos.

La etapa de las independencias de África Central, cuyo telón principal fue la Guerra Fría, estuvo irrigada de neocolonialismo europeo así como por doctrinas de contención tanto de EUA como de la URSS, casos como el de Idi Amin Dada (1971-1979) en Uganda, cuyos excesos fueron blanco de la prensa internacional y repercutieron en la alta inflación de su país así como en graves violaciones a los derechos humanos, o como el de Jean-Bédél Bokassa (1966-1979), apoyado por Francia, en República Centroafricana, quien intentó convertir ese pueblo en un imperio, coronándose en una ceremonia de millones de dólares en uno de los países más pobres de África, atestiguan la injerencia internacional en asuntos internos de los Estados pero también la falta de cultura política que imperaba en los años setenta entre algunos miembros de la clase política y militar africana.

Para conocer la situación actual de la República Democrática del Congo, llamada Zaire hasta 1997, es imprescindible hablar sobre Joseph-Désiré Mobutu, mejor conocido como Mobutu Sese Seko, antiguo soldado del ex ejército colonial belga que llegó al poder mediante un golpe de Estado en 1965 y rebautizó a su país en 1971 como Zaire.

Sese Seko recibió apoyo de EUA y sirvió durante los años de la Guerra Fría como una extensión de la influencia estadounidense en África, conteniendo el avance socialista en una región de amplio valor estratégico por su extensión territorial y por su ubicación geográfica.

Al respecto señala Cervera (2013) que: “Tras algunos años de gran descontento civil y de inestabilidad extrema, en 1965, apoyado por la CIA, tomó el mando del país el teniente general Joseph-Désiré Mobutu, entonces máximo representante militar del ejército congoleño”.

Siguiendo este orden, Amador Aguilera (2013), sustentando la importancia regional del Congo así como el contexto de la Guerra Fría, respecto a la intervención de EUA en la RDC manifiesta: “Estados Unidos era consciente de la importancia estratégica del Congo para frenar el avance comunista. A mediados de la década de los sesenta, apostó por un joven y astuto militar para acabar con los líderes nacionalistas pro soviéticos congoleños. El objetivo asignado a Mobutu Sese Seko era evitar la expansión soviética en la zona y neutralizar los movimientos secesionistas”.

El régimen de Mobutu, como el de prácticamente todos los dictadores africanos, se caracterizó por:

- a) Culto a la personalidad del gobernante.
- b) Represión a la oposición política.
- c) Empleo de paramilitares y mercenarios para sostener un régimen de terror militar.
- d) Corrupción generalizada traducida en enriquecimiento de la familia del gobernante y sus colaboradores más cercanos.
- e) Saqueo de recursos naturales.
- f) Excesos personales reflejados en gastos superfluos.
- g) Graves y flagrantes violaciones a los derechos humanos por parte del Estado cuya evidencia son casos como el genocidio en Ruanda, las mutilaciones a personas de la sociedad civil en Liberia o Sierra Leona, las violaciones sexuales sistemáticas en la República Central Africana, el desplazamiento forzado de la región de Darfur en Sudán, y en algunos casos la tortura y

canibalismo como supuestamente practicaban Idi Amin Dada, Jean-Bédél y Jonas Savimbi, entre otros.

h) Utilización de medios de comunicación para intentar legitimar su régimen.

Estos son algunos de los factores que caracterizaron a la mayoría de dictadores africanos, pero también a los señores de la guerra regionales o locales, cada uno con su particularidad o vicio específico, pero siendo una constante los puntos señalados en el párrafo anterior.

Para efectos de este trabajo es prioritario entender los gravísimos actos de violaciones a los derechos humanos que algunos Estados africanos han realizado en contra de la sociedad civil, tanto en tiempos de guerra como en momentos de paz. Asimismo, resulta imperante comprender la trascendencia de la situación de la RDC durante los últimos cuarenta años, no sólo por su ubicación geopolítica, sino por su riqueza en recursos naturales y debilidad de sus fronteras físicas, políticas y virtuales.

El entorno de guerras de la RDC: historia de intervenciones, descomposiciones y la figura de Jean-Pierre Bemba Gombo

El contexto de las guerras del Congo puede resumirse en la expresión “guerras continuas”, si bien gran parte de los tratadistas afirman que son dos los conflictos principales del Congo o las guerras del Congo, podemos asegurar que aunque parezcan problemas diferentes, desde la óptica de la sociedad civil y los derechos humanos, la paz no se ha hecho presente en la región central de África desde la etapa de las independencias, no obstante, y siguiendo con los trabajos realizados por Jesús Alonso Blanco, Santiago Calderón Calatayud, José Cortés Sánchez, Emilio Cotillas Martínez, Díaz de Villegas y Gomes (2009), así como por Mária (2005), los conflictos del Congo se dividen para su estudio de la siguiente manera:

La Primera Guerra del Congo: se desarrolló entre 1996 y 1997, coincidió con el desgaste de Mobutu por la caída del Muro de Berlín y el fin de la Guerra Fría. EUA ya no vio necesaria la estabilidad del régimen de Mobutu e incluso la comunidad internacional empezó a juzgarlo como el dictador sanguinario que realmente era. En ese panorama surgieron enfrentamientos entre distintos bandos, dando como resultado que “el líder rebelde, Laurent-Desiré Kabila, finalmente se autoproclamó presidente y cambió el nombre del país por el de República Democrática del Congo. Esta guerra puso, en realidad, el germen para la segunda y más sangrienta guerra de la RDC”. (Mária, 2005)

Segunda Guerra del Congo: este conflicto tuvo lugar entre 1998 y 2003, se considera una extensión de los que de manera periférica sucedían en la región Centro de África, después del genocidio de Ruanda, miles de refugiados y participantes del genocidio traspasaron la frontera y la intervención de actores internacionales y Estados fue determinante para considerarse uno de los conflictos más sangrientos en África. En este contexto Laurent-Desiré Kabila fue asesinado en 2001, su hijo Joseph Kabila asumió el mando político y la Presidencia de la RDC, la que detenta hasta el día de hoy. Sobre este conflicto argumenta Mária que:

“... también llamada la «Guerra Mundial Africana», comenzó poco después de que el líder de la AFDL, Laurent-Desiré Kabila, derrocar a Mobutu Sese Seko y se hiciera con el poder. Rodeado de asesores extranjeros (principalmente ruandeses), con conflictos entre sus propios partidarios y con los principales puestos del gobierno y el Ejército ocupados por tutsis congoleños y ruandeses, Kabila aparecía ante el pueblo congoleño como una marioneta de Ruanda. En estas circunstancias decidió expulsar a sus asesores ruandeses y requirió la retirada de las tropas de Uganda y Ruanda de la RDC. Esta situación, unida a la preocupación de los países del entorno por la importancia a nivel regional que estaban adquiriendo Ruanda y Uganda, determinó que cuando estos dos países apoyaron la rebelión en el este que pretendía derrocar el nuevo gobierno, la mayor parte de los Estados vecinos, principalmente Angola y Zimbabwe, se aliaran con Laurent-Desiré Kabila”. (Mária, 2005)

En este contexto de conflictos y violencia generalizada, así como de ejecución de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, surgieron figuras que, guiadas por intereses personalísimos, asistidas por el odio y proclives a la violencia, fundaron movimientos políticos y militares que enfrentaron al gobierno establecido y a la sociedad civil, fomentando crisis que se ven dibujadas en fenómenos como niños soldados, trata de personas, mutilaciones y tratos crueles, así como diversos crímenes que se ejecutaron en toda África.

Uno de estos actores fue Jean-Pierre Bemba Gombo, hombre que adquirió relevancia política no sólo por la fortuna de su padre sino por su relación familiar con el ex presidente Mobutu (su hermana está casada con uno de los hijos de Sese Seko), fue exiliado en 1997 de la todavía Zaire y desde el exterior fundó el Ejército para la Liberación del Congo (ELC).

El ELC, con tintes políticos, tenía una fuerte ayuda de Uganda, nació con la intención de derrocar a Kabila, para lo cual se alió con Ruanda a fin de dar una ofensiva y avanzar a la capital de la RDC, no obstante, después de varios enfrentamientos en el contexto de la Segunda Guerra del Congo, en 1999 firmó un acuerdo de paz con todas las partes involucradas en el conflicto, el documento se conoce como Acuerdos de Lusaka (10 de julio de 1999). Sin embargo, la desconfianza de las partes ocasionó que de nuevo estallara el conflicto, aún con la presencia y operación diplomática de la ONU.

El año 2002 fue trascendental para la figura de Bemba, luego de la intervención de la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (Monuc) y de acercamientos entre las partes en pugna, se firmaron acuerdos de paz que contemplaban la retirada de países ajenos al Congo como Ruanda y Burundi, asimismo, contemplaban la necesidad de democratizar la RDC y pacificar de una vez por todas el país africano, este instrumento conocido con el nombre de Acuerdo General Inclusivo (AGI), representaba también para Bemba la oportunidad de ser primer ministro de la RDC, aunque resultó fallido.

La personalidad de Bemba, analizada a través de algunos hechos que se le imputan y por los que fue juzgado por la Corte Penal Internacional en 2016, representaba la idea de la fuerza sobre la razón o incluso de la justificación de los medios para llegar al poder.

Constantemente, y hasta antes de su captura, el movimiento que comandaba fue acusado de pillaje de café, robo de bancos, tráfico de armas, exceso en el uso de la fuerza, entre otros delitos, pero lo más grave fueron los señalamientos de intervención en la República Centroafricana en donde su ejército cometió

crímenes de guerra y lesa humanidad, los que se analizarán de manera más profunda en otro momento de este texto.

República Centroafricana, el territorio del terror de Bemba

Se ha señalado el escenario de la RDC, rodeado de conflictos, rico en recursos naturales como el cobre, cobalto y zinc, utilizados en la industria militar y de telefonía, pero pobre en calidad democrática y observancia de los derechos humanos.

La RDC colinda con la República Centroafricana (RCA), ésta obtuvo en 1960 su independencia de Francia, aunque hoy en día continúa con una relación cercana al país galo. La historia de esta nación es no menos difícil que la de otros países de África. Acontecimientos como los asesinatos de presidentes en los años sesenta y el ascenso al poder de Jean-Bédel Bokassa (que derrocó a su primo), represor de estudiantes, supuesto caníbal, egocéntrico dictador que tendió puentes con el líder libio Muamar el Gadafi, y que fue derrocado en 1979 por André Kolingba, son algunas evidencias del carácter convulso de los últimos cuarenta años en la RCA.

André Kolingba a mediados de los años ochenta instauró una junta militar que extendió su poder hasta la disolución de la Unión Soviética en 1991, año en que los movimientos a favor de la Democracia y los Derechos Humanos en el mundo fueron floreciendo y consolidándose, apoyados por la ONU, por la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea) y por EUA.

Para el caso de la República Centroafricana, fue hasta después de varios intentos por tener unas elecciones libres que, en 1993 Ange-Félix Patassé, antiguo funcionario del régimen de Bokassa y primo de una de sus esposas, que representaba la oposición más consolidada a la junta militar y al propio Kolingba, llegó al poder de manera pacífica.

Fue gracias a la cooperación internacional que Patassé logró consolidar su primer periodo presidencial, de 1993 a 1999, sexenio que sufrió revueltas y motines que la ONU rememoró de la siguiente manera:

En 1996 la República Centroafricana se vio conmocionada por una crisis político-militar en el curso de la cual se produjeron tres motines sucesivos de elementos de las Fuerzas Armadas Centroafricanas (FACA), motivados en gran medida por el descontento público generalizado provocado por los problemas sociales y económicos, intensificados por el impago prolongado de los sueldos. Los participantes en la Decimonovena Reunión en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Francia y África celebrada en diciembre de 1996, sumamente preocupados por el deterioro de la situación y por sus repercusiones para la región, y en atención a la solicitud del presidente Patassé, pidieron a los presidentes del Gabón, Burkina Faso, el Chad y Malí que visitaran Bangui con el fin de lograr con su mediación una tregua entre las fuerzas leales al presidente Patassé y los rebeldes, fin que alcanzaron tras intensas negociaciones. El 25 de enero de 1997, las partes firmaron los Acuerdos de Bangui que incluían los elementos necesarios para un arreglo global de la crisis. Se estableció un comité internacional integrado por un representante de cada uno de los cuatro jefes de Estado mencionados, cuya función era supervisar la aplicación de los Acuerdos. (<http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/past/car/minurcaB.htm>)

De esas reuniones y la participación de Estados colindantes con la República Centroafricana, nació la Misión de las Naciones Unidas en la República Centroafricana (MINUSCA) el 15 de abril de 1998, que según su *página* web, tuvo resultados que favorecieron la democracia y la estabilidad de la paz de la República Centroafricana, de lo mencionado por la ONU sobre la participación del MINURCA se resumen los puntos más importantes:

Contribuyó significativamente a restaurar un clima de estabilidad y seguridad, así como el diálogo entre los agentes políticos.

Desempeñó una función de apoyo en la preparación de las elecciones presidenciales de septiembre de 1999, en las que ganó el actual presidente Patassé.

En su [resolución 1271 \(1999\)](#) del 22 de octubre de 1999, el Consejo de Seguridad decidió prorrogar el mandato de la MINURCA hasta el 15 de febrero de 2000, a fin de asegurar una transición breve y gradual de la operación de las Naciones Unidas de mantenimiento de la paz en la República Centroafricana hacia una operación de consolidación de la paz. En ese tiempo, la MINURCA tendría que retirarse paulatinamente.

Estos logros positivos se produjeron en el momento en que la mayor región centroafricana estaba sumida en un conflicto violento.²

Motivado por la cooperación internacional, así como la intervención francesa y de la propia ONU, Patassé logró ganar un segundo periodo presidencial en 1999, durante el cual enfrentó una oposición que ya no estaba de acuerdo con que la democracia fuera el único camino para la alternancia del poder público.

Respaldo de Bemba a Patassé

Se constituyen los crímenes de guerra y lesa humanidad

Luego de momentos de tensión en el segundo periodo presidencial de Patassé, su jefe del ejército, François Bozizé,³ inició una ofensiva militar en 2001 para perpetuar un golpe de Estado contra el gobierno de Patassé.

Como se ha analizado a lo largo de este trabajo, las fronteras entre los países del centro de África, específicamente los que colindan con la RDC, son sumamente débiles, la inestabilidad social así como el enorme número de armas ligeras que transitan entre las manos de los ejércitos, guerrillas y mercenarios, han servido de llave para ingresar a los países, transitando fronteras para intervenir en conflictos ajenos, tomar parte en rebeliones o crear situaciones de discordia y confrontación que son aprovechadas por las empresas trasnacionales o por los grupos que deseen apoyar.

Bajo esa premisa de alianzas militares y con la intención de consolidar su dominio en algunas fronteras del Congo, Jean-Pierre Bemba ingresó en las hostilidades de la República Centroafricana (RCA) con su ELC entre octubre de 2002 y marzo de 2003, con la intención de fortalecer las filas defensivas de Patassé.

Asimismo, el conflicto de la RCA sirvió en los combatientes del ELC para poner a prueba sus conocimientos militares y ampliar su radio de acción, así como para entrar en combate al lado de las tropas libias de Gadafi, quien también se involucró en la contención a favor de Patassé.

La Corte Penal Internacional destaca en su documento número ICC-01/05-01/08, fechado el 23 de mayo de 2008 que:

2. Elaborado a partir del contenido de <http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/past/car/minurcaB.htm>

3. Quien también había pertenecido al cuerpo militar de Bokassa.

... hay motivo razonable para creer que existía un plan común entre el Sr. Jean-Pierre Bemba y el Sr. Ange-Félix Patassé y que dicho plan se basaba en un compromiso mutuo según el cual el Sr. Ange-Félix Patassé recibiría asistencia militar del Sr. Jean-Pierre Bemba a fin de asegurar su mantenimiento en el poder, y el Sr. Jean-Pierre Bemba recibiría, entre otras cosas, apoyo estratégico y logístico del Sr. Ange-Félix Patassé y evitaría que la República Centroafricana se aliara con el gobierno en funciones en Kinshasa.

Durante este conflicto y la implicación de Bemba, se constituyeron actos contemplados en el Estatuto de Roma como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, perpetrados en el PK12 o punto kilométrico 12, un distrito cercano a Bangui, donde las tropas del ELN masacraron a la población de ese territorio, argumentando que eran espías o combatientes disfrazados y violando lo dispuesto por instrumentos jurídicos como el Estatuto de Roma y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La brutalidad desplegada por el ejército personal de Bemba se concretó en ataques sexuales masivos, torturas generalizadas, asesinatos en serie, saqueos, tratos crueles y otros actos punibles por los cuales los magistrados de la Corte Penal Internacional, Fatoumata Dembélé Diarra, Hans-Peter Kaul y Ekaterina Trendafilova le obsequiaron orden de detención mediante el oficio número ICC-01/05-01/08, fechado el 23 de mayo de 2008, lo anterior basado, entre otros actos y hechos en:

... en el contexto de dicho conflicto armado, las fuerzas del MLC compuestas principalmente por Banyamulengue y dirigidas por el Sr. Jean-Pierre Bemba, que respondiendo al llamamiento del Sr. Ange-Félix Patassé habían venido a reforzar a una parte del ejército nacional centroafricano y actuando con una finalidad común, cometieron, entre el 25 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003: i) violaciones, en particular en una localidad denominada PK12 y en la ciudad de Mongoumba; ii) actos de tortura, en particular en una localidad denominada PK12; iii) ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes, incluso en una localidad denominada PK12; iv) saqueos, en particular en las ciudades de Bossangoa y Mongoumba y en una localidad denominada PK12.

... por haber cometido, conjuntamente con otra persona o por conducto de otras personas: i) violaciones que constituyen un crimen de lesa humanidad punible con arreglo al apartado g) del párrafo 1 del artículo 7° del Estatuto; ii) violaciones que constituyen un crimen de guerra punible con arreglo al inciso vi) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8° del Estatuto; iii) torturas que constituyen un crimen de lesa humanidad punible con arreglo al apartado f) del párrafo 1 del artículo 7° del Estatuto; iv) torturas que constituyen un crimen de guerra punible con arreglo al inciso i) del apartado c) del párrafo 2 del artículo 8° del Estatuto; 23 de mayo de 2008 v) ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes, que constituyen un crimen de guerra punible con arreglo al inciso ii) del apartado c) del párrafo 2 del artículo 8° del Estatuto; vi) saqueos de una ciudad o de una localidad que constituyen un crimen de guerra punible con arreglo al inciso v) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8° del Estatuto.

Cabe destacar que fueron alrededor de mil 500 soldados los que perpetraron el ataque a PK12 y sus acciones no sólo causaron muerte sino propagación del VIH así como depresión y altos niveles de estrés en la población afectada. En palabras de Ospina y Canosa (2017):

El modus operandi de las tropas del MLC era el siguiente: en caso de ausencia de fuerza de oposición, enviaban exploradores para confirmar la huida de las fuerzas rebeldes del general Bozizé, buscaban casa por casa si quedaban rebeldes, saqueaban bienes, violaban, intimidaban y mataban a los civiles que oponían resistencia (ICC-01/05-01/08, párr. 564 - 571). El comportamiento de los soldados del MLC buscaba castigar a la población civil por sus propias bajas o por ser posibles enemigos o simpatizantes de sus enemigos (ICC-01/05-01/08, párr. 565 - 566). Los soldados del MLC consideraban a sus víctimas como un botín de guerra”. (ICC01/05-01/08, párr. 567).

Importancia jurídica y política del caso Bemba

Sobre el análisis del caso Bemba no han sido muchos los documentos académicos generados, tal vez porque la sentencia es reciente, data del 21 de marzo de 2016, o por la falta de interés en los conflictos de la región africana lo cual explica la escasez de centros de estudio africanos o cátedras especializadas, si se compara con los estudios europeos o latinoamericanos. Sin embargo, trabajos como el de Ambos (2010), Garrocho (2017), Montero (2017) y Ospina y Canosa (2017), por mencionar algunos, dan cuenta de los terribles actos perpetrados por el ELN, comandado por Bemba, en la RCA y por los cuales fue juzgado en La Haya.

El Estatuto de Roma es el instrumento internacional que da vida orgánica y jurídica a la Corte Penal Internacional, representa el esfuerzo de algunas naciones por esclarecer, denunciar, castigar, hacer públicos y poner fin a la impunidad de personas que violentan los derechos humanos y vulneran gravemente a la población y dignidad humana.

Los delitos por los que Bemba fue juzgado y sentenciado son asesinato y violación como crímenes de lesa humanidad y asesinato, violación y saqueo como crímenes de guerra, perpetrados entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003.

Al respecto, el Estatuto de Roma señala que:

Artículo 7°

Crímenes de lesa humanidad

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

Asesinato;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

Artículo 8°

Crímenes de guerra

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

- i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
- e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
 - v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
 - vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7°, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra.

En el presente caso, se contempla que el ataque que sufrió la población de PK12 fue generalizado y sistemático, no hubo caso fortuito pues de lo analizado por la Corte resultó que existían elementos que validaban el conocimiento de altos mandos del ELN, incluyendo a Bemba como líder máximo del movimiento político y comandante supremo del ELN.

En ese tenor, la existencia de mando o autoridad conferida a Bemba fue crucial para encontrarlo culpable de los delitos citados pues su participación no fue directa, no obstante, la Corte hizo hincapié y se fundó para resolver en la existencia de un control efectivo de su ejército, argumentando de manera jurídica que Bemba estaba investido con diversas cualidades como la capacidad para exigir cumplimiento de órdenes, posición oficial en la estructura militar, capacidad para remover o hacer cambios estructurales en el organigrama militar, autoridad para enviar fuerzas y removerlas, así como acceso a todos los equipos armamentistas y de comunicaciones.

Lo anterior deja al descubierto no sólo el control *de jure* que ostentaba Bemba, sino el mandato *de facto*, el cual provenía de su inmensa fortuna, así como de su popularidad política y longevidad en la vida social del RDC y en general del África Central.

Otro elemento que señala la Corte y que se infiere de lo actuado, es su entronque comunicacional con la ONU, según indica el documento ICC-01/05-01/08, de la Corte Penal Internacional, Bemba no tenía ningún impedimento en sus comunicaciones con organismos internacionales o con la prensa por lo que resulta evidenciado que no existía poder superior a él en el seno del ELN.

De la misma manera, Bemba no castigó ni investigó de manera eficiente⁴ lo sucedido en PK12, tampoco realizó acciones para impedir que se concretaran o siguieran los hechos. Su participación radicó en validar o convalidar lo perpetrado por sus tropas y no hacer alguna amonestación o aplicar correctivos, de cierta manera Bemba debió no sólo castigar sino poner a disposición de la justicia a quienes participaron y orquestaron o planearon tan crueles crímenes.

Por estos hechos la Corte Penal Internacional condenó a 18 años de prisión a Jean-Pierre Bemba Gombo, bajo el supuesto de responsabilidad del superior militar, contemplado en el artículo 28, inciso a, en sus dos supuestos, del Estatuto de Roma, que estipula que:

Artículo 28
Responsabilidad de los jefes y otros superiores
Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto

4. Quien también había pertenecido al cuerpo militar de Bokassa.

por crímenes de la competencia de la Corte:

- a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
 - i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
 - ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Un hecho de gran importancia para el campo jurídico es que por primera vez la Corte Penal Internacional se pronuncia mediante una sentencia sobre los siguientes actos:

Uso de la violación como arma de guerra.

Condena a una persona que no participa directamente en los hechos, sino que tenía mando o control probado sobre los ejecutores del crimen.

Medios de comunicación dieron cuenta de que estos dos hechos son lo más novedoso dentro de la sentencia emitida en contra de Bemba, algunos diarios como *La Vanguardia*, en edición del 21 de marzo de 2016, asegura que las violaciones sexuales en dicho episodio fueron aún en mayor cantidad que los asesinatos perpetrados; el 22 de junio de 2016, el periódico *El País* adopta un tono similar y en sus páginas le da gran relevancia al crimen de violación sexual como arma de guerra, cita las palabras de Sylvia Steiner, presidenta de la sala que juzgó a Bemba, cuya manifestación a los medios fue: “las violaciones fueron cometidas con sadismo, y los asesinatos y pillajes reflejaron una crueldad especial”.

Utilizar la violación como arma de guerra es a todas luces atroz, atenta no sólo contra el Estatuto de Roma sino contra el inalienable y fundamental derecho a ejercer la sexualidad, a la integridad física, a la salud física y mental, así como al desarrollo personal.

Los efectos de la violación sexual como arma de guerra se reflejan en el gran terror de la sociedad, el ataque a civiles, los tratos denigrantes, la crueldad y las cada vez más nuevas formas de agredir a la población, nos dan una idea de lo perversa que puede ser la mente humana cuando se busca el poder y la dominación.

A modo de conclusión

A lo largo de este trabajo se ha realizado un breve y rápido recorrido sobre algunos conflictos modernos en la región de África Central, no nos hemos detenido en lo acontecido en Darfur o el genocidio de Ruanda, mucho menos en las acusaciones contra Chad o Sudán, si así fuera ocuparíamos grandes extensiones de papel y tinta para escenificar la parte más cruel de lo que algunos reconocen como el “afropesimismo”.

Los intereses en recursos naturales de regiones como República Democrática

del Congo o Nigeria, han fomentado conflictos internos originados por agentes extranjeros cuya visión se limita a la extracción de minerales para provecho de unos pocos a costa incluso del derecho a la vida de sociedades o tribus enteras.

El neocolonialismo y su capacidad de influenciar a las ex colonias de Inglaterra, Francia o Bélgica, bien puede haberse consolidado con el fin de la Guerra Fría y la supuesta búsqueda de democratización mundial.

Lo que queda en evidencia es que una gran parte los gobernantes actuales de África Central así como sus actores políticos más importantes, aún son producto de los regímenes dictatoriales instaurados en la época de la independencia, de otra manera no se concibe la relación de Jean-Pierre Bemba con Mobutu, o de Bozizé y Patassé con Bokassa, todos estos adiestrados o ilustrados por sus ex imperios, o por intereses lejanos a su población y cercanos a los poderes fácticos de EUA o Europa.

En este texto ha quedado al descubierto cómo los conflictos artificiales creados por agentes externos traspasan fronteras y gobiernos, y la impunidad da como resultado graves violaciones a los derechos humanos y crueles formas de agredir a la población como la estrategia de tierra quemada,⁵ el uso de niños como escudo humano o como soldados de infantería, o la violación o agresión sexual como arma de guerra.

En ese marco es en el que se despliegan actores como Joseph Kony y Thomas Lubanga, acusados de trata y esclavitud de menores y empleo de niños soldados, Germain Katanga por crímenes de asesinato y esclavitud sexual, Laurent Gbagbo por asesinato, violaciones y persecuciones, u Omar Al-Bashir por supuestos casos de genocidio y desplazamiento forzado.

Resulta importante, bajo lo aquí vertido, destacar que la situación de África Central no es novedosa ni ajena a otras partes del mundo, la falta de centros de estudio africanos en las universidades, la estigmatización de falta de esperanza traducida en “afropesimismo”, así como la ineficacia de la ayuda oficial al desarrollo, principalmente en su forma asistencialista, son situaciones que deben modificarse para afrontar la situación en un marco de verdadera comprensión del fenómeno, de otra manera es impensable proponer estrategias razonables y objetivas al respecto.

La sentencia que condena a Bemba, desde el punto de vista jurídico, es un avance en la aplicación del andamiaje jurídico de la Corte Penal Internacional, pero también refleja la gravedad del fenómeno de la violencia, si bien podemos celebrar el alto a la impunidad y la aplicación efectiva de la norma, no es menos cierto que existen muchos criminales de guerra que aún no han sido enjuiciados ni arrestados, así como potencias mundiales, específicamente EUA, que no se someten al Estatuto de Roma. Esto nos debe hacer reflexionar y no dar tregua al debate académico acerca de la situación y trato de los conflictos locales e internacionales, los cuales traspasan de lo violento a lo cruel, de lo sádico a lo inimaginable y de lo terrible a lo inefable.

5. En la cual a grandes rasgos se intenta destruir todo lo que pueda ser de utilidad o vitalidad para la sociedad, y va desde la erosión forzada de la tierra, la contaminación de ríos y lagos o la quema de pozos petroleros.

Bibliografía

- Amador Aguilera, Ana. (2013). *La segunda guerra de la República Democrática del Congo causas, evolución e internacionalización del conflicto étnico*. España: Universidad Complutense de Madrid.
- Ambos, Kai. (2010). *Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba*. Revista Penal, 25, 12-21.
- Bessis, Sophie. (2013). *Las nuevas figuras de la guerra en África. Ensayo de tipología de los conflictos africanos*. Nova África, 14, 87-94
- Blanco, Calderón, Cortés, Cotillas, Díaz de Villegas y Gomes. (2010). *El conflicto en el Congo*. X Curso de Estado Mayor de la ESFAS, N/A, 19-41. 10 de febrero de 2018, De Dialnet Base de datos.
- Bolaños Martínez, Jorge. (2013). "Conflicto en la República Centroafricana: El desenlace inevitable de un frustrado proceso de paz". 12 de febrero de 2018, de Instituto Español de Estudios Estratégicos, sitio web: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_informativos/2013/DIEEEI04-2013_RepublicaCentroafricana_JBM.pdf
- Cervera Vallite, María. (2013). "El caso de la República Democrática del Congo: efectos perversos de la globalización en un estado fallido". *Anuario español de derecho internacional*, 30, 87-138.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Ferrer, Isabel. (2017). *La CPI condena a Bemba a 18 años de cárcel por violaciones sádicas y asesinato*. 13 de febrero de 2018, de Diario *El País*, sitio web: https://elpais.com/internacional/2016/06/21/actualidad/1466518100_852188.html
- Garrocho Salcedo, Ana. (2017). "Imprudencia y Derecho penal internacional Algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, 2-27.
- Mateos Martín, Oscar. (2012). "África, el continente maltratado Guerra, expolio e intervención internacional en el África negra". *Revista de Relaciones Internacionales Escuela Paulista*, 137, 1-33.
- Moliner, Yoan. (Sin fecha). *Democracia y Estado en el África Subsahariana del Siglo XXI*. Argentina: CAEI Centro Argentino de Estudios Internacionales.
- Montero Ferrer, Carmen. (2017). *Crímenes internacionales de violencia sexual e impunidad: un examen de los mecanismos de justicia transicional y su aplicación en África*. España: Universidad de Santiago de Compostela.
- Ospina, Canosa Cantor. "Situación en África Central, caso del fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05- 01/08", de 21 de marzo de 2016. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, [S.L.], v. 5, p. 157-168, mayo 2017. ISSN 2346-3120.
- Ramírez López, Adriana María. "República Democrática del Congo: ¿El campo estéril de los olivos?", *Oasis*, núm. 15, 2010 Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia
- Redacción. (2017). "La CPI condena al congolés Bemba a un año de prisión por sobornos a testigos". 11 febrero de 2018, de Diario La Vanguardia Sitio web: <http://www.lavanguardia.com/politica/20170322/421091870268/la-cpi-condena-al-congoles-bemba-a-un-ano-de-prision-por-sobornos-a-testigos.html>
- Zoetizoum, Yarisse. (Sin fecha). "La descolonización de África en el Contexto mundial". Colegio de México, 95-116. 14 de febrero de 2017, de Redalyc Base de datos.
- <http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/past/monuc/mandate.shtml>
- <http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/past/car/>
- https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_02742.PDF
- <https://www.icc-cpi.int/car/bemba>

Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente*

Centella Briseño Montes
Hans Jurado Parres¹

Resumen

En el presente artículo se pretende hacer una breve referencia respecto de la legislación internacional y nacional, en materia de subrogación o sustitución de maternidad, en concreto en los países de España, Canadá, Argentina e India, y en los estados de Tabasco, Sinaloa, Coahuila y Querétaro, con la finalidad de explicar la maternidad sustituta y subrogada como derecho humano y la necesidad de que sea reconocido como tal a nivel constitucional en México.

Palabras clave

Derecho humano, edad gestante, fertilización asistida, maternidad sustituta, maternidad subrogada y padres legales.

Abstrac

This article pretends to make a short reference to the international and national panorama regarding the legislation on subrogation or substitution of maternity, specifically in Spain, Canada, Argentine and Indian, and Tabasco, Sinaloa, Coahuila and Queretaro states, with the purpose of expounding the substitute and surrogate maternity as a human right and the need to be recognized as such at the level Constitutional.

Keywords

Human right, gestation age, assisted fertilization, substitute maternity, surrogate maternity, legal parents.

*Fecha de recepción: 4 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 15 de enero de 2018

¹ Doctor en Derecho. Académico del Centro Universitario de Tonalá. asesor25@hotmail.com

Introducción

Los derechos humanos son las prerrogativas inherentes a los seres humanos cuyo origen emana de la dignidad humana, sus características son: universalidad, progresividad, interdependencia, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e indivisibilidad.

Internacionalmente, existen instrumentos legales en los que se reconocen los derechos humanos. Cada país que se adhiere o ratifica un convenio, tratado, convención, etcétera, es decir, cualquier instrumento de protección de derechos humanos, se obliga a velar por la guarda, respeto, garantía y, en su caso, restitución de derechos contemplados en el documento en cuestión, en el caso de que hayan sido violados, adoptando disposiciones de derecho interno para el cumplimiento de tal fin.

El derecho humano a fundar una familia se encuentra reconocido en el artículo 16, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

Asimismo, en el numeral en mención se establece una definición de familia: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En este sentido, inicialmente debe clarificarse el significado e implicaciones del derecho a fundar una familia, para lo cual se toma como referencia lo establecido por el Comité de Derechos Humanos: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”.

De lo anterior, puede inferirse que, al no establecerse la manera de procreación, esta no se reduce únicamente a la reproducción tradicional.

Así es como surge la necesidad de tutela y reconocimiento del derecho de maternidad sustituta o subrogada, ya que a consecuencia de diversas condiciones médicas de personas que anhelan la formación de una familia, estas se ven limitadas por su estado de salud y acuden a diversos métodos para tener hijos, quedando en el limbo legal con motivo de la ausencia de normatividad al respecto.

Ahora bien, dentro de las técnicas de reproducción asistida se engloban procedimientos que implican la intervención médica en al menos alguna de las fases de la procreación. Junto a la definición de las técnicas se nombrarán las siglas con las que se conocen, ya que habitualmente se citan así en las publicaciones científicas y de divulgación. Algunas se han descrito recientemente, figurando su primera referencia bibliográfica en los resúmenes del VI Congreso Mundial de Fecundación In Vitro (FW) y Reproducción Asistida (RA) celebrado en Jerusalén en 1989.

Pueden clasificarse estas técnicas como sigue:

Inseminación artificial (IA)

Según “Committee Of Genetic Engineering” (CAHGE) consiste en la introducción de espermatozoides en la vagina o útero de una mujer por cualquier medio

distinto de la relación sexual natural. La IA puede ser homologa cuando la mujer es fecundada con semen del marido y heteróloga en el caso de que el semen proceda de una tercera persona.

Fecundación *in vitro* (FIV)

Esta técnica puede ser homologa o heteróloga, según que los gametos provengan de los cónyuges o parejas convivientes, o hayan sido donados por terceras personas. En esta modalidad, en cualquiera de sus clases, la fecundación del óvulo se obtiene en el laboratorio, ante la imposibilidad de que el semen se fertilice naturalmente en el tercio externo de las trompas de falopio.

Finalmente, está la transferencia intratubárica de gametos que consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas.

Madres portadoras

Esta técnica conocida como “madres portadoras” consiste en que una mujer lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento, para el beneficio de otra mujer o pareja. Puede llevarse a efecto por diferentes combinaciones. La mujer que contrata a otra portadora puede ser la madre genética si pone el óvulo, pero puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación de la madre suplente.

Esta técnica tiene lugar cuando la mujer que desea tener un hijo concierda con otra que lo gaste, bien con su propio óvulo o con el de la gestante, o con el de una tercera mujer, para una vez dado a luz, renunciar a la filiación materna y entregárselo a la contratada.

En el primer supuesto, hay una madre genética que es la que desea el hijo, y una madre gestante que se presta a engendrarlo para, posterior al alumbramiento, entregarlo a la primera. En el segundo caso, existe una madre genética que paralelamente es gestante y una mujer que quiere ser madre legal. En el tercer supuesto, existe la madre gestante, la madre genética que aporta el óvulo y la mujer que pretende ser madre legal.

Ahora bien, cabe señalar cuáles son los términos empleados con más frecuencia para identificar esta técnica, que son: maternidad subrogada, maternidad de alquiler, madres suplentes, madres portadoras y madres gestantes.

Antecedentes de la maternidad subrogada en otros países

En 1975, en Estados Unidos de América, una pareja estéril, publicó en un periódico el pago por el servicio de prestación de un vientre para que fuese inseminada artificialmente. Posterior a ello, a partir de 1982, aparecieron diversos anuncios de mujeres ofreciendo servicios como madres subrogadas, así como personas en la búsqueda de este servicio, ansiosos de convertirse en padres.

El caso más conocido de ese país ha sido el llamado “Baby M”, que data del 3 de febrero de 1988, en el cual el Tribunal Supremo de New Jersey dictó sentencia en

el caso de Baby M. n° A-391988NJ. En la resolución se planteó la validez del contrato de maternidad subrogada. El contexto del mismo puede sintetizarse como sigue: una mujer (M. B. Whytehead) convino en ser inseminada artificialmente con el semen del marido de otra (W. Stern), acordando concebir esa criatura, gestarla, procrearla y entregarla al padre biológico y a su esposa, a cambio del pago por concepto de honorarios de diez mil dólares. En el contrato se estableció que la madre natural o biológica se separaría permanentemente de su hijo, que sería adoptado por la esposa del aportador del semen y los componentes de este matrimonio serían para todos los efectos, los padres de la criatura.

Posterior al nacimiento de la bebé, la señora Whytehead se negó a entregarla a su padre, llevándola consigo a su casa.

El Tribunal Superior de New Jersey, mediante el expediente n° 25314-86E, dictó sentencia el 31 de marzo de 1987, el juez H. Sorkow fue el encargado de emitir la resolución. En dicha sentencia se estableció que la madre subrogada incumplió con el contrato por no haber entregado la criatura y por no renunciar a sus derechos de progenitora con relación a la niña. Por lo cual, atendiendo al bienestar de la niña, la sentencia obligaba a la madre sustituta se la entregara al señor Stem, a quien se le atribuyó su custodia.

La madre sustituta impugnó aquella resolución. Por lo que el Tribunal Supremo del Estado, en sentencia dictada el 3 de febrero de 1988, la revocó y declaró la nulidad del contrato por infringir la legislación y la política pública estatal, declarando en consecuencia su inexigibilidad. La custodia de la niña se le concedió al padre biológico, también legal, otorgándose a la madre portadora o sustituta derechos de visita.

A raíz del caso “Baby M”, en 1987 se elaboraron proyectos de ley en casi la totalidad de los estados de Estados Unidos de América, por la necesidad de regular las situaciones producidas por el fenómeno de la maternidad sustituta.

La maternidad subrogada se ha establecido en otros lugares, como en Gran Bretaña, en donde el primer caso fue el de Mary Stewar, quien dio a luz y entregó después la criatura al padre biológico, tal como se había acordado.

El surgimiento del fenómeno de las madres sustitutas en Francia data del año 1982, con la fundación del doctor Sacha Geller, director del Centro de Investigación de Técnicas de Reproducción, primera asociación destinada a poner en contacto matrimonios y parejas estériles con futuras madres portadoras. La asociación determinaría la creación de otras dos: Sainte Ara y Alma Mater, además de Les Cigognes, la que desaparecería pronto.

Otro caso que ha sido patente en todo el mundo, es el de las gemelas Cristine y Magali, de La Grande Motte, localidad de Hevearl. Cristine fue inseminada artificialmente con esperma de su cuñado, Denis Sevault, marido de su hermana gemela. La madre portadora dio a luz un varón en 1983, manifestando haber aceptado la situación por el profundo amor hacia su hermana.

Para 1985, en una clínica de Montpellier, Francia, Patricia Lavisce, una mujer de 22 años, fue inseminada artificialmente con semen del marido de la pareja que la contrató, parió una niña. El caso es trascendente por tratarse del primer supuesto divulgado de operación cremástica en Francia. La señora Lavisce recibió cincuenta mil francos por el servicio, además de otros regalos, entregando la niña al matrimonio contratante sin resistencia alguna.

Normativa legal en otros países

El número de Estados cuya normatividad se encarga de regular la gestación por sustitución ha ido en aumento. Muchos de ellos han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años; por ejemplo, Australia (ACT, 2004), Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008), Canadá (Alberta, 2010), Columbia Británica (2011, aún no en vigor), Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (la ley entró en vigor en 2010). (Lamm E.: 2012).

España

En España, la ley núm. 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, es la que norma lo relativo a la gestación sustituta.

Sobre las técnicas de reproducción asistida se tienen las siguientes generalidades:

- Puede someterse a un tratamiento de reproducción asistida, toda mujer mayor de edad que haya presentado su consentimiento de forma libre y voluntaria, siempre y cuando el embarazo no implique un riesgo para su salud.
- En el caso de que la mujer sea casada, necesita el consentimiento de su marido para buscar el embarazo a través de un tratamiento de fertilidad.
- Hay permisibilidad de la donación tanto de óvulos y espermatozoides, como de preembriones sobrantes de tratamientos reproductivos.
- Únicamente se permite la transferencia máxima de embriones en un ciclo de tres.
- La mujer puede solicitar la suspensión del tratamiento en el momento que quiera antes de la transferencia del embrión.
- Debe respetarse la confidencialidad de los pacientes, así como de los donantes.
- La donación de gametos y preembriones debe ser anónima y altruista. En el caso de óvulos y espermatozoides, los donantes podrán recibir una compensación económica por la donación.
- La elección de los donantes correrá a cargo de la clínica y en ningún caso se podrá seleccionar a petición de la receptora.
- Es posible la realización del diagnóstico genético preimplantacional, exclusivamente para evitar el nacimiento de personas con enfermedades genéticas que carezcan de algún tratamiento curativo posnatal.
- Cuando haya preembriones sobrantes de ciclos de fecundación in vitro, estos pueden ser criopreservados para: uso posterior, donación con fines reproductivos, donación para investigación o destrucción. En el último supuesto, puede optarse por esta última opción cuando la mujer haya culminado su vida reproductiva.
- La selección de sexo o manipulación genética, es permisible, únicamente con fines terapéuticos y no reproductivos.

En el artículo 10 de dicha ley se establece lo conducente a la gestación por sustitución:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Es decir, de lo anterior se desprende que no puede existir contrato de gestación por sustitución, en el cual se establezca renuncia expresa de la filiación materna de la madre subrogada.

La madre legal será la que dé a luz al bebé, independientemente de la forma de concepción del niño. En ese sentido, conforme al punto 3 del artículo en mención, la vía para acceder al reconocimiento paterno del bebé sería la reclamación de la paternidad biológica, siguiendo las reglas generales establecidas en la legislación civil.



Canadá

La gestación subrogada en Canadá está permitida siempre y cuando se realice de manera altruista, es decir, la madre subrogada no puede recibir compensación económica por tener al bebé.

Los únicos gastos que pueden cubrir los padres legales, corresponden a los que se generen a causa del embarazo como lo son: gastos médicos, vitaminas, ropa de maternidad, movilidad a consultas prenatales, medicinas, entre otros.

Para el reembolso de los gastos por parte de los padres de intención, es necesario que la gestante los justifique debidamente. El pago máximo permitido por ley es de aproximadamente 22 mil dólares canadienses.

La filiación de los padres es dictada mediante sentencia judicial previa al nacimiento del bebé. En la legislación canadiense, se permite la realización de la gestación subrogada a ciudadanos canadienses como a extranjeros, admitiendo su aplicación a todos los modelos de familia sin distinción de preferencias sexuales, es decir, a parejas heterosexuales y homosexuales, así como a hombres y mujeres que deciden ser padres y madres solteros.

Fuente: *BabyGest. La revista líder en gestación subrogada.* "Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio. Condiciones principales de la maternidad subrogada en Canadá". Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/canada/>



En este país se prohíbe la intermediación entre padres legales y madres subrogadas, es decir, no puede mediar persona alguna entre la futura madre gestante y los padres legales. Asimismo, se establece como edad mínima para las madres gestantes 21 años.

Argentina

En este país no existe prohibición expresa de la maternidad por sustitución, sin embargo, la madre legal de un bebé será la mujer que dé a luz, conforme al artículo 242 del Código Civil argentino:

Artículo 242. La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.

En lo relativo a la paternidad, como indica el artículo 243, en el caso de que la gestante sea casada, su marido actuará como padre legal del recién nacido y así será registrado, sin posibilidad de registrar al bebé como hijo de los padres de intención:

Artículo 243. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

No obstante, hay una vía legal para que los padres de intención sean considerados padres legales del nacido. Para ello es necesario realizar la llamada “adopción del hijo del cónyuge”.

El padre de intención debe aportar su material genético para la creación del embrión, mismo que será implantado en la madre subrogada, o en su caso, la gestante debe ser inseminada con semen del futuro padre. Posterior al nacimiento, el padre de intención debe reconocer al bebé como su hijo. Lo anterior, con la restricción de que la gestante sea soltera, ya que, si la gestante está casada, se reconoce como padre del nacido directamente al marido.

En caso de que la madre gestante subrogada no esté casada, el padre de intención

podrá reconocer al bebé con una prueba genética. Una vez hecho el reconocimiento por parte del padre de intención y la transferencia de responsabilidad de paternidad exclusiva, la madre subrogante deberá adoptar al bebé usando la “adopción del hijo del cónyuge”.

En este país la legislación penal es muy clara al establecer dentro del catálogo de tipos penales lo siguiente:

Artículo 139. Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.
2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

Lo anterior, con la finalidad de evitar que los padres de intención incurran en la situación de registrar legalmente al hijo nacido de madre gestante subrogada. En mayo de 2015, se presentó un anteproyecto de ley en la provincia de Mendoza a fin de regular la gestación por sustitución en el país.

Dicho proyecto propone regular esta técnica reproductiva para asegurar los derechos de todas las partes y garantizar el acceso igualitario a la gestación subrogada, sin discriminación alguna por condiciones de sexo, raza o estado civil de las personas.

Para el acceso a la gestación por sustitución, será imprescindible que se otorgue el consentimiento informado, tanto por la gestante como por los futuros padres legales, quienes firmarán su consentimiento informado y solicitarán su homologación en los tribunales antes que se inicie cualquier tratamiento. En cuyo caso, para que el juez logre homologar dicho consentimiento deben cumplirse ciertos requisitos: en primer término, la aptitud física y psicológica tanto de los padres de intención como de la gestante sustituta y la acreditación de la incapacidad de gestar de los padres intención.

Asimismo, se establece que los responsables médicos del proceso no podrán realizar la transferencia embrionaria a la gestante sin la autorización judicial, es decir, la sentencia de homologación. Además, una vez que se haya realizado la transferencia del embrión, ninguna de las partes podrá retractarse en su consentimiento para la realización del proceso de gestación subrogada.

Nacido el niño, la filiación será determinada por sentencia judicial, siendo necesaria la realización de los trámites de solicitud correspondientes ante el juez que concedió la sentencia de homologación del consentimiento, previa al inicio del proceso médico. De igual forma, debe confirmarse que la gestante no tiene ningún vínculo genético con el bebé para que los padres de intención puedan obtener la filiación legal.



India

Actualmente, en la India para que una mujer pueda participar en el proceso de gestación subrogada como madre gestante, requiere el consentimiento expreso de su esposo, en caso de tenerlo, poniendo de manifiesto que su autonomía depende en última instancia del varón. Asimismo, se establece como edad máxima de la madre gestante 35 años y que tenga al menos un hijo. Una vez firmado el contrato de maternidad subrogada con la clínica y la pareja de intención, la madre gestante subrogada pierde el derecho de interrumpir de forma voluntaria el embarazo, salvo en situaciones concretas.

Además, no podrá existir relación alguna entre los futuros padres y la madre gestante, así como tampoco podrá tener relación genética con el futuro bebé. Es decir, la gestante no puede actuar como donante de los óvulos ni someterse a una inseminación artificial para conseguir el embarazo.

Normalmente se intenta que las gestantes vivan cerca de la clínica y suspendan sus actividades laborales, para que se centren en el cuidado de sus familiares y del embarazo. La madre subrogada recibe una compensación económica muy alta, en virtud de la situación de pobreza que vive el país, por lo que la mayoría de mujeres que deciden gestar el hijo de otra persona mantienen a toda su familia con el dinero recibido.

Normativa legal en México

En México, los estados cuya regulación prevé el supuesto de la maternidad subrogada son Tabasco, Sinaloa, Coahuila y Querétaro.

En ese sentido cabe señalar, que existen tres supuestos de pronunciación legislativa en torno a la gestación por sustitución que son:

Se encuentra prevista en la ley y es permitida.

Se encuentra prevista en la ley en sentido prohibitivo.

No se encuentra prevista en la ley.

En los casos de Tabasco y Sinaloa, la legislación permite esta práctica, en Coahuila se encuentra normado con lagunas legales significativas, en Querétaro se prohíbe y en los demás estados aún no se encuentra prevista en la ley.

Fuente: *BabyGest*. La revista líder en gestación subrogada. "Condiciones de la propuesta de ley para regular la gestación subrogada en Argentina". Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-argentina/#anteproyecto-de-ley-de-maternidad-subrogada>

Tabasco

El artículo 92 del Código Civil para el Estado de Tabasco contempla la gestación por sustitución y la maternidad subrogada como sigue:

Artículo 92. Deber de reconocer al hijo

(...) en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

De lo anterior, se desprende que, no obstante que la gestación por sustitución y la maternidad subrogada están permitidas, en el caso de que la madre gestante o madre sustituta sea casada, el bebé quedará registrado como hijo del esposo, a menos que éste realice el desconocimiento del bebé o se haya dictado una resolución judicial al respecto.

Asimismo, se establece la gestación por contrato en el artículo 380 bis 2:

Artículo 380 bis 2. Formas de Gestación por Contrato

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena;

y

Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

En lo relativo a las condiciones de la gestante, se prevén en el numeral 380 bis 3, las siguientes:

En primer término, es la Secretaría de Salud la encargada de determinar el perfil clínico, psicológico y social de la madre gestante.

La edad gestante establecida es de 25 a 35 años.

Debe otorgarse consentimiento voluntario e informado, previo al proceso de gestación.

Para la firma del contrato de gestación, la madre gestante debe acreditar ciertas situaciones mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud.

Únicamente se le puede otorgar la custodia del producto de la inseminación a la madre sustituta o a su cónyuge, en caso de muerte o incapacidad de los padres contratantes.

El contrato de gestación deberá realizarse ante notario público. Los notarios que den fe de la celebración de este tipo de contratos, deben notificarlo a la Secretaría de Salud y al Registro Civil, dentro de las 24 horas siguientes a la celebración del mismo.

Las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida deben cumplir ciertos requisitos para la prestación de servicios.

Por otro lado, serán causas de nulidad del contrato de gestación, las señaladas en el artículo 380 bis 4.

En este estado, la celebración del contrato de gestación únicamente la pueden realizar los ciudadanos mexicanos en pleno ejercicio de sus derechos. El asentamiento del recién nacido se realiza mediante la figura de adopción plena aprobada por juez competente.

Sinaloa

El legislativo del estado de Sinaloa incorporó en el Código Familiar lo relativo a las técnicas de reproducción asistida, incluida la maternidad subrogada.

Se establece como principio que la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo resultado de la reproducción asistida.

Asimismo, en lo relativo a la filiación, la filiación consanguínea como vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, se incluye la reproducción asistida consentida, con material genético de ambos padres.

Se define en el artículo 283 como maternidad subrogada la que “se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”.

Se establece como edad gestacional, entre 25 y 35 años de edad que tienen, debiendo la mujer, tener al menos un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Como modalidades de la maternidad de sustitución se admiten en el artículo 284:

Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;

Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;

Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y,

Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

En lo relativo a los requisitos a cumplir por la gestante para ser elegida, son similares a los que establece la normatividad en Tabasco. Una cuestión importante es que si derivado del embarazo, la madre gestante adquiere alguna enfermedad, tiene el derecho para demandar a los padres contratantes para el pago de los gastos médicos que se generen.

Coahuila

En este estado la Ley para la Familia de Coahuila Zaragoza, establece un apartado denominado “De la filiación resultante de la reproducción humana asistida”, en él se establece:

“Artículo 366. Se entiende por asistencia médica para la fecundación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la fecundación fuera del proceso natural”.

Es decir, no se contempla la maternidad sustituta o subrogada literalmente, pero el legislador da la apertura para que las disposiciones de este capítulo sean aplicadas en estos casos al plasmar en la ley “toda técnica de efecto equivalente”, pues la maternidad sustituta o subrogada se encuentra dentro de los supuestos de concepción embrionaria fuera del proceso natural.

Querétaro

Tal como se hizo mención, el estado de Querétaro en su normatividad civil prohíbe la práctica de la maternidad subrogada:

“Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión”.

Maternidad subrogada como derecho humano y su reconocimiento en rango constitucional

En primer término, debe partirse de la definición de derechos humanos, los que “constituyen mínimos de existencia, y al saberse que serán respetados y promovidos, la persona se moviliza con libertad para lograr vivir con dignidad”. (Carpizo, Jorge: 2011).

En ese contexto, históricamente, los derechos humanos se han ido reconociendo en infinidad de instrumentos internacionales.

Ahora bien, el reconocimiento internacional del derecho humano a la familia encuentra protección en diversos instrumentos internacionales que son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 16 y 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales (art. 1), la Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer (art.5), la Carta Social Europea (art. 16) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador” lo más importante es el contenido del artículo 15, relativo al Derecho a la Constitución y Protección de la Familia.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé el reconocimiento del derecho humano a la familia en el artículo 4°:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

No obstante, del contenido del artículo 1° constitucional, se desprende que los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte, se reconocen de igual forma para todas las personas en territorio mexicano, y en ese sentido, “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”, de conformidad a lo establecido en el párrafo tercero del citado numeral. Por lo cual, la protección de este derecho a la familia, no es limitativo al contenido de lo establecido en el artículo 4° de la Carta Magna, ya que el Estado mexicano ha ratificado todos los instrumentos señalados en las líneas precedentes.

Es importante destacar las implicaciones de este derecho. El Comité de Derechos Humanos destaca: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”.

En ese caso, si el derecho a fundar una familia tiene como base la posibilidad de procrear, ¿qué pasa si no se puede dar la procreación natural cuando el Estado no reconoce el derecho de acceso a técnicas de reproducción asistida?

Si bien es cierto, la Carta Magna no es restrictiva en lo relativo a la maternidad sustituta o subrogada, también lo es, que no tutela integralmente el derecho a una familia en situaciones no convencionales, como lo son las parejas homosexuales, heterosexuales infértiles o simplemente personas que desean formar una familia sin necesidad de pareja alguna.

Con lo anterior no se atenta únicamente en contra del derecho a la familia, también se atenta contra el derecho a la vida privada, según ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad [226]. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal

y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior [227]. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona [228]. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás [229], y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres [230]. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico [231]. (CorteIDH. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. 2012).

En ese sentido, al carecer de normatividad constitucional en México, que regule la maternidad sustituta o subrogada, se vulnera el derecho a la vida privada ya que como ha sentado la Corte, la decisión de ser madre o padre biológico o genético, es parte de este derecho a la vida privada.

De igual forma, se vulneran los derechos de libertad reproductiva y de acceso a la tecnología médica. Según la CorteIDH, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones:

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente [251] y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana [252] y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población [253]. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona. (CorteIDH. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. 2012).

En México, las legislaturas de los estados deben expedir sus leyes conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es por ello que, si en la propia Carta Magna no se contempla la maternidad sustituta o maternidad subrogada como derecho humano, los estados no se encuentran obligados a emitir normatividad al respecto. Es decir, al no reconocerse esta situación como derecho humano y no normarse en sentido positivo, con base en el derecho humano a la fundación de una familia, el Estado mexicano se constituye como violador de derechos humanos.

Conclusiones

Una vez analizada la situación legal respecto a la maternidad sustituta y subrogada en los países de España, Canadá, Argentina, India, así como la legislación en México, concretamente de las entidades federativas de Tabasco, Sinaloa, Coahuila y Querétaro, puede concluirse que mundialmente, en virtud de la necesidad de regular lo relativo a la maternidad sustituta y subrogada, se han producido legislaciones normando los aspectos relacionados con su práctica, ya sea en sentido permisivo, restrictivo o prohibitivo.

Debe concebirse esta técnica de reproducción asistida como un derecho humano y ser reconocido en la constitución federal, para que posteriormente, las legislaturas de los estados emitan la legislación correspondiente, con base en sus necesidades poblacionales.

No puede negarse que en ocasiones es necesario acudir a esta vía, ya sea por problemas de infertilidad de las parejas, porque simplemente no se tiene una pareja o en el caso de la homosexualidad, porque biológicamente se está imposibilitado para la procreación natural.

Asimismo, cabe señalar que los avances tecnológicos en la medicina rebasan día a día la normatividad, hoy día se propone por el reconocimiento de la maternidad subrogada o sustituta como derecho humano, pero el día de mañana una vez normada esta cuestión, surgirá una nueva, como el reciente surgimiento del “útero artificial” que hasta hoy se ha probado sólo en ovejas. (Flores J.: 2017).

Finalmente, es importante destacar que la base para que esta técnica de reproducción asistida sea reconocida como derecho humano en la constitución mexicana, es que propio texto constitucional obliga al Estado a ser ente protector y garante de derechos humanos, es por ello que no se puede seguir sin normar este tema, en virtud de que como ya se hizo mención, con ello se vulneran los derechos a la familia, vida privada, salud, derechos reproductivos y de acceso a progreso científico y sus aplicaciones.

Bibliografía

Amnistía Internacional. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Características de los derechos humanos*. Consultado el 7 de julio de 2017, en: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-caracteristicas.html>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “Condiciones de la propuesta de ley para regular la gestación subrogada en Argentina”. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-argentina/#anteproyecto-de-ley-de-maternidad-subrogada>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio”. Consultado el 10 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/canada/>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio. Condiciones principales de la maternidad subrogada en Canadá”. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/canada/>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “La reproducción asistida en España. Artículo 10 de la ley de reproducción humana asistida”. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/ley-de-reproduccion-asistida-en-espana/>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “Maternidad subrogada en Argentina: Código Civil y proyecto de ley”. Consultado el 10 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-argentina/>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “Maternidad subrogada en la India”. Consultado el 10 de

julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/india/>

Beorlegui Loperena Ana. *La maternidad subrogada en España*. Trabajo fin de máster de acceso a la abogacía. Febrero 2014, en: <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>

BJDH. Sistema Interamericano. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. 28 de noviembre de 2012, en: http://www.bjdh.org.mx/interamericano/busqueda#mapa_listado

Carpizo Jorge. “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 25. 2011, en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n25/n25a1.pdf>

CGAJ. Coordinación General de Asuntos Jurídicos. Tabasco cambia contigo. *Leyes Estatales. Código Civil para el Estado de Tabasco*. 13 de enero de 2016, en: <http://cgaj.tabasco.gob.mx/leyes/estatales/leyes/busqueda/CODIGO%20CIVIL>

Código Civil de la República de Argentina. Consultado el 11 de julio de 2017, en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf

Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 19*, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23, La familia, 39º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párr. 5, en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN19

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Consultado el 12 de julio de 2017, en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf

España. *Ley núm. 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>

Flores, Javier. “El útero y el futuro de la reproducción”. *La Jornada*, Opinión. 11 de julio de 2017, en: <http://www.jornada.unam.mx/2017/07/11/opinion/a03a1cie>

Guzmán Ávalos, Aníbal. “La subrogación de la maternidad”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 20, 2007, pp. 114-125. Puebla, México, en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932007>

H. Congreso del Estado de Sinaloa. Índice de leyes estatales. *Código Familiar del Estado de Sinaloa*. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <http://www.congresosinaloa.gob.mx/leyes-estatales/?leyes=estatal>

UNAM. Universidad Autónoma de México. “La Protección de los Derechos Humanos de la Familia en los Instrumentos Internacionales”. Consultado el 12 de julio de 2017: <http://revistas.unam.mx/index.php/derecho/article/download/13075/La%20Protecci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20de%20la%20Familia%20en%20los%20Instrumentos%20Internacionales>

Lamm, Eleonora. “Gestación por sustitución. Realidad y derecho. *Revista para el análisis del derecho*”. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Barcelona. Consultado en julio de 2012, en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

Leonseguí Guillot, Rosa Adela. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. *Boletín de la facultad de Derecho*, Núm. 7, 1994. Madrid, España. Consultado el 7 de julio de 2017, en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07/PDF>

Ley para la Familia de Coahuila Zaragoza. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <http://congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/11/coa233.pdf>

LVIII Legislatura Querétaro Poder Legislativo del Estado de Querétaro. Dirección de Investigación y Estadística Legislativa. Biblioteca “Manuel Septién y Septién”. *Código Civil del Estado de Querétaro*. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <http://legislaturaqueretaro.gob.mx/app/uploads/2016/01/COD001-1.pdf>

ONU. Organización de las Naciones Unidas. “La Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Consultado el 7 de julio de 2017, en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

SAIJ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación. *Código Penal*. Consultado el 11 de julio de 2017, en: <http://www.saij.gob.ar/11179-nacional-codigo-penal-lns0002677-1984-12-21/123456789-0abc-defg-g77-62000scanyel?&o=3&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5->

El derecho a la solución pacífica de conflictos*

Mtra. Irma Ramos Salcedo¹
Dr. José Carlos Herrera Palacios²

Resumen

En el mundo moderno, con tantas complicaciones en la convivencia entre las personas, en las que se muestran la intolerancia, la indiferencia y la mala fe, es necesario retomar formulas y métodos que busquen reestablecer en la sociedad, principios base en la confianza, la Buena fe, la tolerancia y la colaboración, restableciendo también el sentido de la humanidad, estos métodos ya ha sido estudiados y propuestos por organismos internacionales y que para resolver conflictos de índole estatal se han denominado “Mecanismos para la Solución Pacífica de controversias y en el ámbito nacional e interpersonal se llaman “Métodos Alternativos de Solución de Conflictos”; y toda persona, en todo momento tiene el derecho de resolverlos de manera pacífica y el Estado debe garantizar que así sea, lo que puede hacer incorporando estos métodos coadyuvando con la cultura para la paz.

Palabras clave

Justicia alternativa, métodos alternativos, solución de controversias, negociación, mediación, conciliación, arbitraje.

Abstract

In the modern word, full of many complications at coexistence those ones who show intolerance, indifference and bad faith, it's so necessary retake some methods that look for restoring underlying principies at society, based on trust, good faith, tolerance and collaboration.

Restoring human being too, those methods have been studied and proposed by international organisms to solve state field conflicts. They've been denominated “Pacific Solution of Disputes Mechanisms”.

At the national and interpersonal field they're called “Alternative methods to solve Conflicts” Every person at any moment, in any situation of dispute, has the right to solve them on a pacific way. The state may ensure they're that way. It can make it incorporating this methods to upbringing with the culture to peace.

*Fecha de recepción: 11 de enero de 2018. Fecha de aprobación: 18 de enero de 2018

1. Profesora Investigadora en la Universidad de Guadalajara, con estudios en Derecho Internacional en el Comité Jurídico de la Organización de los Estados Americanos. Es amicus curie de la Corte Interamericana de Derechos Humanos irmarudgmx@yahoo.com

2. Lic. en Derecho por la Universidad de Guadalajara Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Profesor en Derecho Internacional en la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara.

Keywords

Alternative justice, alternative methods, dispute resolution, negotiation, mediation, conciliation, arbitration.

I. Introducción

En cualquier parte del mundo, en cualquier estado, de cualquier nacionalidad, ante un conflicto entre particulares, o ante las propias autoridades, la persona tiene en todo momento el derecho a resolver de forma pacífica sus conflictos. Toda autoridad está obligada, siempre que no contravenga disposiciones de orden público, a avenir a las partes en toda controversia, buscando en todo momento que las partes resuelvan su conflicto, ello con el afán de que se restablezca la comunicación entre los afectados y las relaciones armónicas en la comunidad, de esta manera se logra la convivencia pacífica en la sociedad.

Desde su ingreso al concierto de naciones (ONU), México, –aun con sus innumerables intervenciones, ocupaciones y beligerancias para lograr su independencia y construir sus procesos revolucionarios–, ha privilegiado en la conducción de la política exterior la solución pacífica de controversias bajo los siguientes principios: autodeterminación, no intervención, la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la igualdad jurídica, la cooperación internacional, el respeto y la promoción de los derechos humanos y la búsqueda de la paz y la seguridad internacional, contempladas en la Constitución política mexicana dentro de las facultades del presidente de la república.

Por otra parte, al hablar de justicia alternativa necesariamente debemos enlazar los conceptos de justicia y referirnos al término derecho, por lo que nos enfocaremos a estos conceptos tal y como los encontramos incorporados en el Digesto, la cual es una recopilación extraordinaria del Derecho Romano, llevado a cabo por Justiniano en el denominado *Corpus Iuris Civilis*, que inicia en el Digesto, libro 1, en el apartado de los conceptos generales, en el que nos referiremos “D.1.1.1. Ius a iustitia... ius est ars boni et aequi” lo cual significa que el “Derecho es justicia, que el Derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo” (CED-2007).

Desde la antigüedad, estos diversos autores han estudiado el término de justicia, tal como Platón, quien la definió como una armonía social o “Justicia Aristocrática, propone que los puestos de mando lo lleven los mejores de la sociedad, es decir los más sabios” (Enciclopedia Libre Universal en Español, 2018). Para Aristóteles, en tanto, la justicia es “una igualdad proporcional, lo que le corresponde a cada ciudadano tiene que estar en proporción con su rango social y sus méritos personales” (Enciclopedia Libre Universal en Español, 2018), por lo que el principio es dar a cada quien lo suyo o lo que le corresponde, lo que debía estar de acuerdo y en proporción a su rango y méritos personales.

La justicia, de acuerdo a Santo Tomás, es una Ley Natural que dice que los “ciudadanos han de tener los derechos naturales que son los que el ser supremo les da” (Enciclopedia Libre Universal en Español, 2018) estos son algunos de los antecedentes de lo que en la actualidad son los derechos humanos, encargados a un ombudsman.

Por otra parte, encontramos el concepto de justicia de Kelsen, el cual afirma que “La justicia es aquello cuya protección puede florecer la ciencia, y junto con la ciencia la verdad, y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia” (Enciclopedia Libre Universal en Español, 2018). Por lo que, para este autor, la justicia está ligada a la democracia y la convivencia pacífica y sólo puede entenderse a través de esta.

En tanto, para la corriente utilitaria, la justicia se reduce a la utilidad “la idea de justicia, supone dos cosas, una regla de conducta y un sentimiento que sanciona la regla. La primera puede suponer que es común a toda la humanidad y encaminada al bien de la misma. Lo segundo (el sentimiento) se refiere al deseo de que los que infringen la regla sufran castigo” (Carrasco, 1999), para este autor, son las instituciones públicas las que deben componerse de una forma justa para maximizar la utilidad, por lo que para esta corriente la justicia es aquello que beneficia a mayor número de personas, sin llegar al ámbito de la interpretación del bien común.

Cuando hablamos de la justicia alternativa nos referimos a la actividad jurisdiccional del ámbito nacional, y generalmente impulsada por los particulares en un proceso seguido ante tribunales de justicia también nacional.

La justicia alternativa es un conjunto de métodos tendentes a auxiliar a las partes en conflicto a resolverlo de forma que se vea reestablecida la comunicación entre ellas y restaurar la convivencia; es una forma que tiende a la solución pacífica de las controversias, lo cual no es otra cosa que la búsqueda de la convivencia armónica de las sociedades y por ende de los países, o bien en la comunidad internacional, mediante una serie de principios y elementos que permitan un dialogo entre las partes en conflicto. En materia nacional se conoce como métodos alternativos para resolver controversias en tanto que en materia internacional se consideran una serie de principios para la solución pacífica de controversias entre los Estados.

En toda sociedad, la justicia y la justicia alternativa deben estar preservadas a través de normas jurídicas que garanticen la aplicación del derecho a través de un órgano perteneciente al que ejerce de facultad de administración judicial; sólo para efectos de refrendar el acuerdo entra las partes, obtenido de un proceso de mediación, conciliación o arbitraje, con lo que se garantiza la convivencia social y pacífica de los ciudadanos.²

Por ello, la justicia alternativa, también conocida como resolución alternativa de conflictos, no es sino la forma de resolver de manera privilegiada a la jurisdiccional, una controversia que generalmente se genera por un conflicto de intereses que puede dirimirse por voluntad de los involucrados, mediante la comunicación, el acuerdo y el diálogo.

En esta forma de administrar justicia necesariamente se requiere de la existencia de órganos judiciales como órganos coadyuvantes, de modo que puedan resolverse los conflictos de manera pacífica, por voluntad de las partes, recobrando la confianza y la buena fe en la sociedad. Dicha justicia debe ser previa a la intervención de las acciones de la justicia formal, ya que su objetivo es agilizar la solución, de una manera rápida, pronta y eficaz, permitiendo disminuir las

2. Se refiere a la acción jurisdiccional de homologación de sentencia, la cual es realizada por la autoridad jurisdiccional para declarar el derecho. En estas situaciones pueden darse dos casos: una litis o conflicto de intereses donde se requiere que la autoridad indique cuál de las partes tiene la razón, o bien que sin existir litis, se acuda a la autoridad para que confirme mediante una sentencia, un derecho o deber que debe ser cumplido, la Justicia alternativa permite que las partes acuerden la solución de su conflicto en el que ambas partes ganen, bajo el principio de ganar-ganar.

acciones intentadas en tribunales nacionales y facilitando el proceso de solución, de manera alternativa, en cada uno de los conflictos suscitados al seno de la sociedad o comunidades familiares o vecinales e incluso escolares.

Por ello debemos hablar sobre la imperiosa necesidad de implementar la justicia alternativa en todos los ámbitos de la sociedad a través de tribunales nacionales, o bien de organismos especializados en métodos alternativos de solución de disputas, que coadyuve y auxilien a los órganos formales en la solución de los conflictos, por lo que no pretendemos desconocer la impartición de la justicia formal, sino proponer la justicia alternativa, como auxiliar de los órganos judiciales en su quehacer por mantener la convivencia pacífica y armónica de la comunidad aplicando el derecho.

Esta implementación se ha hecho presente en México a través de las reformas constitucionales a los artículos 17, párrafo cuarto, del 18 de junio de 2008; y 73, fracción XXI, inciso, del 2 de julio de 2015, la del 15 de septiembre del 2017, la preminencia de la justicia alternativa ya que en el artículo 17 constitucional párrafo 3 se adiciona y el párrafo 5to y el Art. 73 Frac. XXI, inciso c, se modifica.

Estos métodos de justicia alternativa son complementarios, o deben serlo, de los órganos jurisdiccionales en la solución de conflictos, y permitirán la solución de los conflictos vecinales, familiares, sociales, comunitarios o escolares; siempre y cuando estos conflictos no constituyan un delito grave, perseguible de oficio, y que permite su solución a través del dialogo, facilitan la comunicación y permiten permear una solución pacífica para las partes inmersas en él.

Dicha resolución depende de las partes y es elevada a categoría de sentencia por un órgano investido de poder público, el cual le da el rango de cosa juzgada, por lo que logra efectividad y eficiencia, al haber sido propuesta, negociada y aceptada por las mismas partes.

En la aplicación adecuada de estos métodos de justicia estructurada pero no formal y rigurosa, se proporciona a los individuos involucrados en el conflicto, una solución integral, la cual, da oportunidad a estos de seguir con su vida, aprender del proceso y reconocer al otro como igual, con lo cual se liman asperezas y favorece la convivencia familiar y social.

De igual forma, esta solución alternativa, se genera para resolver los conflictos entre los Estados, ya que esta cultura genera en la actualidad la paz, tal y como lo define Kelsen, el término justicia es equiparada a la democracia, la armonía y la paz, por lo que la tendencia de los países desarrollados y de los Estados y organismos internacionales es, mantener esta paz, entendida esta, como antagónico a acciones bélicas o guerra, por lo que, para buscar y mantener la paz, podemos encontrar a organismos como la ONU, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, Tribunales internacionales de Arbitraje, las cortes regionales de protección de los derechos humanos entre otros, los cuales no sólo aplican el derecho y la justicia, sino que han establecido como principios no sólo las acciones jurídicas, sino también privilegian la solución pacífica de las controversias, a través de la negociación, los buenos oficios, la investigación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

En las últimas décadas, en la materia jurisdiccional, se han venido impulsando los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), a través de la

incorporación de órganos que generalmente son parte de las estructuras judiciales de cada uno de los países y que en el caso de México se incorporan a estos poderes judiciales diversos métodos de solución alternativa, tal y como la negociación, los buenos oficios, la investigación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otros.

II. La justicia alternativa en México

A nivel mundial, la justicia alternativa o solución de conflictos tiene sus antecedentes en la doctrina que constituye al ómbudsman³, la cual como un dato de mera información surge a partir de la intervención de personas en procedimientos administrativos, en Francia, las cuales eran consideradas gestores o mediadores en los conflictos de esta naturaleza o defensores del pueblo, aunque limitado solo a la materia administrativa.

En las últimas décadas surge una corriente que impulsa fuertemente el establecimiento de mecanismos que permitan a las personas, arreglar por sí mismas sus conflictos, de una manera efectiva, rápida y efectiva, alejados de procesos judiciales y legales, por lo que surgen los Métodos Alternativos de Solución de Controversias, (Negociación, Mediación, Conciliación y Arbitraje), los cuales se han diseñado para facilitar los procesos de comunicación entre las partes protagonistas de un conflicto.

Los organismos especializados en Métodos Alternativos de Solución de Conflictos deben incorporarse al organigrama judicial, el cual puede ser entendido como un “programa de solución de conflictos”, y debe diseñarse y ponerse en marcha por los tribunales a través de organismos (llámense centros, institutos o instituciones de justicia alternativa) que gocen de autonomía en la conducción de su política pública, para ofrecer a los ciudadanos una serie de servicios relacionados con las técnicas alternativas de solución de conflictos.

México ha privilegiado como política exterior la solución pacífica de controversias, contempladas en la Constitución Política Mexicana dentro de las facultades del presidente de la república en su artículo 89, fracción X, que dispone: “En la conducción de la política exterior, el ejecutivo deberá observar los principios normativos...” (Constitución Política, 2018)

Uno de estos principios es la solución pacífica de controversias. De igual manera las reformas a los artículos 17, párrafo cuarto, del 18 de junio de 2008; y 73, fracción XXI, inciso c) del 2 de julio de 2015, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y la reforma del 15 de septiembre de 2017, disponen la incorporación plena de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC), como parte fundamental y subsidiaria del nuevo sistema de justicia en México.

Como ya lo describimos anteriormente, el claro ejemplo de que México privilegia la solución pacífica de controversias la encontramos en las reformas sobre justicia alternativa, por lo que encontramos en la máxima norma jurídica mexicana, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 89 Frac. X, que en su carácter de norma suprema, ha consolidado en su doctrina

3. Esta figura es originada en Francia en 1809, a través de la Ley 73-6 de 1973, en la que se reconoce a esta figura de ómbudsman como un defensor del pueblo en procedimientos administrativos.

política, los principios sobre los cuales deben considerarse la conducción de la política exterior, los cuales estipulan que en esta conducción debe aplicarse bajo una serie de principios normativos. Uno de estos principios se refiere a la solución pacífica de las controversias, es decir, debe privilegiarse la justicia alternativa para resolver pacíficamente las controversias que el Estado mexicano pueda tener o tenga con otros países.

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del presidente, son las siguientes:

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales...En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observara los siguientes principios normativos... la solución pacífica de controversias, la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales...

Es por ello que en el país y con base en estas reformas se han creado leyes comunes para la Federación y las entidades federativas como son: el Código Nacional de Procedimientos Penales; la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, y la Ley de Ejecución Penal, así como en cada una de las entidades federativas.

De igual modo, encontramos en las codificaciones civiles y mercantiles generales y locales incorporados a estos métodos jurisdiccionales, la solución alternativa de conflictos, estipulándose dentro del procedimiento judicial la conciliación entre las partes, la cual debe realizarse por el juez, permitiendo la negociación y la conciliación, que si bien es cierto la negociación no opera como en la justicia alternativa, es un intento por permitir la solución de las controversias a través de uno de los métodos propuestos para la solución alternativa de conflictos, como es el caso de la conciliación.

Es así que, en el Código Nacional de Procedimientos Penales del 17 de junio del 2016 encontramos la solución alternativa en su Libro segundo, Del procedimiento, Título I Soluciones alternas y formas de solución anticipada, artículos 183 parr. 3 y 184.

183. En los asuntos sujetos a procedimiento abreviado se aplicaran las disposiciones de este título...para las salidas alternas y formas de terminación anticipada, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procesos de suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado, dicho registro será consultado por el ministerio público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder respectivamente alguna forma de solución alterna del procedimiento o de terminación anticipada del proceso (CNPP, 2016).

Este artículo nos refiere a forma de concluir un asunto mediante la suspensión condicional del proceso y del proceso abreviado o rápido:“184. Son formas de solución alterna del procedimiento: I. El acuerdo reparatorio y II, la suspensión condicional del proceso.” (CNPP, 2016).

Dicho dispositivo establece las formas en que considera que se da el procedimiento de solución alterna del procedimiento en materia penal, como el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso.

De igual forma, encontramos en la reciente reforma constitucional del 15 de septiembre del 2017, la preeminencia de la justicia alternativa ya que en el artículo

17 constitucional párrafo 3 se adiciona: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimentales” (Constitución, 2017).

Al igual que la disposición del artículo 17, pero en su párrafo 5, establece la obligación de incorporar en la legislación nacional, la justicia alternativa: “Las leyes prevendrán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularan su aplicación, aseguran la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial” (Constitución, 2017).

De igual manera, en la reforma constitucional del 2 de julio de 2017 se establece en la disposición del artículo 73, frac XXI, en su inciso C, la forma de legislar en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias.

Art. 73 Frac. XXI inciso c «El congreso tiene facultad...

Inciso C...La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la Republica en el orden federal y en el fuero común. (Constitución, 2017)

Ahora bien, la legislación nacional ya incorpora diversas leyes como la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre del 2014.

Art. 1 Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad, propiciar a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad (Ley de mecanismos, 2014)

Esta ley establece que sus disposiciones son de orden público y de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional, además de los principios, las bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de las controversias en materia penal; esta es de competencia federal y local.

Encontramos también la Ley Nacional de Ejecución Penal, del 16 de junio de 2016, en la cual se establecen las normas que deben observarse durante el internamiento por prisión preventiva, en la ejecución de penas y en las medidas de seguridad, consecuencia de una resolución judicial y además en el caso de establecer los procedimientos para resolver las controversias que surjan con motivo de la ejecución penal.

La justicia alternativa conlleva también la justicia restaurativa. Tratándose de esta forma de justicia, la ley busca que la víctima u ofendido, el sentenciado y la comunidad afectada, identifique sus necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, para ser reintegrado, la víctima u ofendido y el sentenciado, sean reintegrados a la comunidad con el objeto de recomponer el tejido social, la reintegración se llevará a cabo con las reglas y bases de la mediación mediante facilitadores certificados por los tribunales, de acuerdo a la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal.

Los facilitadores a los que se refiere este artículo son los mediadores certificados en procesos de mediación, como facilitadores en la solución de controversias. Igualmente, esta ley se refiere a la mediación penitenciaria.

Artículo 206. Mediación penitenciaria. En todos los conflictos inter-personales entre personas privadas de la libertad o entre ellas y el personal penitenciario derivado del régimen de convivencia, procederá la mediación penitenciaria, entendida como el proceso de diálogo, auto-responsabilización, reconciliación y acuerdo que promueve el entendimiento y encuentro entre las personas involucrados en un conflicto... (Ley Ejecución, 2016)

Esta forma de resolver controversias es para personas privadas de su libertad, que están pagando con pena privativa la comisión de un delito, pero que en todo momento pueden resolver conflictos dentro del establecimiento donde compurga su sentencia.

El arbitraje aunque es hetero-compositivo, es una forma de resolver alternativamente una controversia, sobre todo en materia de comercio, se encuentra regulado en el Código de Comercio y es uno de los métodos que mayormente se aplican, ya que tienen una raíz antigua en nuestro sistema jurídico mexicano; ya que esta institución estuvo prevista en los primeros documentos del México independiente cuando se aplicaba todavía la Constitución de Cádiz, en la cual consagraba como garantía constitucional el recurrir al arbitraje para defender los derechos ciudadanos.

En el siglo XIX esta figura sufrió muchas variaciones, atendiendo al sistema político de ese tiempo, quedando el arbitraje relegado porque su regulación fue cada día más formal, por lo que dejó de ser un instrumento viable para resolver disputas en el comercio.

La aparición del Código de Comercio en 1854, llamado el “Código Lares” de inspiración francesa restableció el arbitraje comercial, aunque sólo tuvo vigencia en algunas entidades federativas del país.

El Código de Comercio del 15 de septiembre de 1889 (en vigor desde el 1 de enero de 1890 hasta la fecha) inspirado en su homólogo español que sí contempló el arbitraje en su primera redacción en el artículo 1051, que estableció que el procedimiento mercantil preferente a todos era el convencional. En su modificación ulterior, el nuevo artículo 1051 establecía que el procedimiento mercantil preferente podría ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral. Sin embargo, el hecho que la ley exigiese como requisito de validez para la cláusula compromisoria que constara en escritura pública ante notario, inhibió el desarrollo del arbitraje por su excesiva formalidad.

Actualmente el Código de Comercio prevé el arbitraje comercial, y recientemente fue reformado y adicionado en diversas disposiciones en materia de juicios orales mercantiles, con fecha del 21 de febrero de 2018.

1415. Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentra en territorio nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de los que sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje. (Código de Comercio, 2018)

Sus reglas se encuentran establecidas en el Título Cuarto del Código y menciona las bases y reglas sobre las cuales se regirá el arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, así como los términos, pruebas y el procedimiento, la forma de homologar el laudo y hacer efectiva la sentencia y la forma de tratar las medidas cautelares.

Ahora bien, en lo que respecta a las entidades de la república mexicana, se han creado instituciones diversas, encargadas de atender conflictos y resolverlos mediante la aplicación de alguno de los métodos de justicia alternativa, por lo que no se ha podido establecer una política pública en esta materia, y actualmente no existe una reglamentación en cuanto a las características de un mediador, así como los derechos y obligaciones de las partes.

En el estado de Jalisco la Ley de Justicia Alternativa considera factores esenciales, principios, reglas, derechos y obligaciones de las partes, entre otras disposiciones, considerando privilegiar estos mecanismos, antes de iniciar la instancia judicial.

En materia formativa, desde 1993 en los planes y programas de estudio en derecho y psicología de la familia se contemplan estudios en materia de mediación sobre todo en el ámbito de la mediación familiar, lo cual se llevó a cabo igualmente en el estado de Sonora, uno de los pioneros en el método de la mediación y de la negociación, y es a partir de ese momento que surgen en el país proyectos de creación de Centros de Mediación Familiar, que inició sus funciones el 16 de marzo de 2000 en el Estado de Sonora, siendo en este estado la primera aplicación de este método alternativa, aunque fue Quintana Roo el primer estado en emitir una Ley de Justicia Alternativa, ya que expidió la Ley de Mediación en 1997.

Por otro lado, en Querétaro se creó el Centro de Mediación Comunitaria en marzo de 2000 y posteriormente se crearon iguales centros en los estados de Aguascalientes, Baja California Sur y Puebla, que se sumaron a la aplicación de la mediación, como un órgano del Poder Judicial. En ese aspecto, falta mucho por hacer, esperemos que ahora con la reforma constitucional puedan homologarse los procedimientos y las técnicas que buscan la solución alternativa de conflictos en todo el país.

III. La justicia alternativa frente a la justicia formal

Ante esto, ¿qué ventajas encontramos de la justicia alternativa ante la justicia formal? Es de todos conocido que la “justicia formal” es rígida, lenta, costosa y resuelve sobre el derecho, no sobre la justicia, además de ser inflexible al declarar un culpable y dictar el derecho, por lo que la “Justicia Alternativa”, tiene más ventajas que desventajas, entre ellas encontramos el que, aligera la carga de trabajo en los tribunales, ahorrar tiempo y costo emocional para los participantes, ahorra dinero para las mismas partes y el propio estado, no existe ganador ni perdedor, sino el binomio con la tendencia es ganar-ganar, igualmente, aumenta la creatividad en las partes para encontrar solución a su propios conflictos, reestablece la comunicación entre las partes y por ello se recompone sociedad y la convivencia pacífica entre las partes, constituyendo un aporte a la cultura democrática y la paz.

Igualmente, este procedimiento alternativo les da más intervención o protagonismo a las partes en un conflicto, para que desarrollen soluciones sobre sus controversias, al estar de acuerdo estas, dichos consensos son más duraderos, además ayuda a que los propios participantes adquieran un aprendizaje para solucionar futuros conflictos, permite el acceso a la justicia y otorga un alto grado de satisfacción a los participantes.

También encontramos algunas desventajas en estos métodos, aunque son mínimas y en la generalidad se refiere al desconocimiento de la población, estos son: falta de información por que la ciudadanía no conoce sobre el proceso, la desconfianza hacia procedimientos innovadores de instancias no gubernamentales, lo que fácilmente puede confundirse con terapias psicológicas sobre todo cuando se trata de conflictos familiares, asimismo, se confunde con asesoría legal.

Aun cuando estos métodos son ideales, no son ilimitados, ya que sí consideran límites, los cuales son: que no se contravenga el principio del orden o de interés público, que no invada la esfera del estado civil de las personas, no puede interponerse sobre la validez o invalidez del matrimonio, los delitos graves o los señalados por la ley, el dolo y culpas futuras señalados también en la ley, la sucesión futura, la herencia, los derechos de terceros, los derechos de recibir alimentos, los negocios concluidos, entre otros establecidos en las propias leyes.

En la justicia alternativa, la conciliación y el arbitraje son los que mayormente se aplican, ya que tienen una raíz más antigua en nuestro sistema jurídico mexicano y de manera particular el arbitraje; ya que fue este, que se aplicó como una institución prevista en los primeros documentos del México independiente cuando se sancionaban y ejecutaban los actos del Estado con la Constitución de Cádiz, en la cual consagraba como garantía constitucional el recurrir al arbitraje para defender los derechos ciudadanos. En el siglo XIX ésta figura sufrió muchas variaciones, atendiendo al sistema político mexicano de ese tiempo, quedando el arbitraje relegado porque su regulación fue cada día más formal, por lo que dejó de ser un instrumento viable para resolver disputas en el comercio.

Las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 1932 de aplicación supletoria al Código de Comercio tampoco contribuyeron a que el arbitraje tuviera una amplia aceptación.

En México, la verdadera ejecución del arbitraje comercial comenzó a partir de las empresas internacionales y durante muchos años se mantuvo entre ellas, ya que sus conflictos o disputas, eran resueltas bajo el procedimiento arbitral; es importante señalar que, en los últimos años, el arbitraje comercial se ha incrementado sustancialmente en el país, gracias a la participación de dos Instituciones administradoras de Arbitraje con creciente reconocimiento: la Comisión de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de México y el Centro de Arbitraje Mexicano (CAM). (Pereznieta, 2009)

Encontramos en la justicia alternativa una forma de propiciar y fomentar una cultura pacífica, que resuelva los conflictos entre personas e instituciones, de una manera sana y permita a los individuos, desarrollar sentimientos de cooperación, reciprocidad y re-educación, a través de la cual pueda darse, en el

seno de la colectividad, el hábito a la comunicación, el dialogo y la negociación en cada conflicto. En esta forma de justicia se debe procurar la búsqueda de la satisfacción para las partes involucradas en el conflicto, reconocerse el derecho del otro, así como del propio, reconocer en el otro el derecho a pensar y actuar según su criterio.

Cuando un conflicto lesiona derechos y sentimientos en las partes, cuando no se acuerda su solución de manera pacífica, genera un vacío en las personas y en la sociedad, por lo que el descontento y el enojo, descomponen el tejido social, este descontento, puede subsanarse a través de un método alternativo de solución de conflictos en lugar del judicial, en el caso de los métodos alternativos. Dicho de otro modo, la justicia alternativa privilegia métodos que fortalecen el dialogo y la comunicación, lo cual permite sanar las heridas ocasionadas a las partes, por un conflicto que rebasa y lesiona sus derechos, obligaciones, emociones y sentimientos, reestableciendo y sanando a las partes, y estas a su vez recomponen el tejido social.

Las bondades de todo método de justicia alternativa se observan al privilegiar la voluntad de las partes, facilitar la autogestión, favorecer la comunicación y el dialogo, sin menoscabar la integridad y dignidad personal, este sistema, no lesiona el estado físico y mental de las personas, por lo cual al realizar la solución de conflictos a través de estos métodos se incrementa su solidaridad.

Como es por todos conocido, en la justicia formal, en todo momento del proceso se preserva el mejor derecho, pero esto no minimiza o desaparece las emociones o sensaciones de inconformidad o insatisfacción de las partes involucradas, de los daños económicos, sociales o emocionales que les produce el conflicto, y esto es lo que a la larga ocasiona un resquebrajamiento para la comunicación, para las partes y para la sociedad.

No debemos olvidar que, como ha dicho Cecilia Azar,⁴ “Los procedimientos judiciales suelen ser sumamente formales, rígidos y complejos”. (Azar 2007) En comparación a la justicia formal, los Métodos de la Justicia Alternativa, son flexibles, rápidos, objetivos, eficaces y voluntarios.

En todo sistema judicial se requiere de una justicia alternativa como un órgano auxiliar en su aplicación, que facilite el saneamiento de las heridas ocasionadas por un conflicto y resarza el daño generado por este.

El incremento de los Métodos Judiciales ha generado una cultura de judicialización de todos los procesos de la vida que lejos de favorecer la cultura de la negociación y de la paz, enfatiza el binomio ganar-perder, dado a que las partes acuden obligadamente y no voluntariamente, por lo que no cumple su función como tal, estos métodos no permiten la voluntad, discrecionalidad, neutralidad y resarcimiento de los daños.

En la justicia formal, la impartición, está sometida a la aplicación estricta del derecho, por lo que lo que para alguna de las partes es el derecho, para lo otra no lo es, y entablada la litis, la conciliación prevista en la propia ley debe ser realizada por un juez, el cual, aunque es perito en derecho, en la mayoría no es experto en esta materia o no domina a la perfección las técnicas de la conciliación, por lo que se ve impedido para realizar una negociación, además por la obiedad del tiempo,

4. Cecilia Azar Mansur afirma que al establecer la comunicación, se restablece el orden social, es la forma de coadyuvar para recomponer el tejido social.

se ve obligado a dejar al arbitrio de las partes la conciliación, que en la mayoría de los casos es una mera entrevista, y que por lo general no tienen la intención de llegar a una verdadera conciliación, ya que es para las partes un mero trámite o formulismo; aunado a esto encontramos que en los domicilios de los juzgados, no se cuenta con los espacios mínimos necesarios para llevar a cabo un verdadero procedimiento conciliatorio.

Visto de otro modo, en el imperio de la ley, solo se considera la ley y se aplica el derecho, por lo que en el sistema judicial, no se consideran en el proceso, los sentimientos, emociones y sensaciones que se generan a causa de un conflicto, los cuales son diversos en el que gana como en el que pierde; estas emociones generan en los involucrados sentimientos y emociones diversas, lo que puede generar un malestar para la sociedad o bien contra la propia autoridad judicial.

En la justicia formal, la forma de resolución de un conflicto es de naturaleza meramente jurídica, independientemente de su origen (familiar, social, escolar etc.) por lo que, quien resuelve necesariamente es una autoridad constituida legalmente, que por norma debe ser imparcial y tiene un poder coactiva (sus resoluciones son obligatorias), su procedimiento es formal por escrito, su inicio es a petición de una de las partes o por la propia autoridad, esta autoridad no estudia el conflicto y su naturaleza, solo estudia los hechos y las pruebas con las que se acredita este derecho, lo demanda el que cree tenerlo y responde el que está obligado a hacerlo, por lo que desconoce necesidades, intereses y emociones de las personas involucradas, este procedimiento es impersonal, no se tiene contacto directo con las partes en una instancia judicial, cosa que ocurre en sentido contrario en cualquiera de los Métodos de la Justicia Alternativa, que da el protagonismo a las partes para resolver su conflicto.

Actualmente la tendencia mundial en la implementación de este tipo de Métodos de Justicia Alternativa, es el establecimiento de una o varias líneas interdisciplinarias con el objeto de plantear alternativas de justicia en las políticas públicas, para que estos métodos puedan llegar a constituirse y consolidarse, como una forma de transformación de la cultura en la solución de conflictos y sea un aporte para construir una cultura de paz.

IV. La justicia alternativa y sus métodos

El objeto central de estos métodos, como ya lo dijimos anteriormente, además de su implementación y desarrollo, debe ser porque ofrece una mayor gamma de alternativas para la solución de los conflictos de la naturaleza que sean, ya que con cualquiera de ellos, se puede resolver parte de los problemas que enfrentan los tribunales; como la saturación en asuntos y la duración tan prolongada de ellos, además de un gran costo económico y emocional para las partes, falta de personal, falta de estructura entre otros y falta de personal administrativo o judicial, recursos económicos insuficientes, además del gran costo emocional que representa para las personas y para los profesionales que las representan o administran justicia.

Es por ello que para lograr establecer los cimiento de esta cultura de convivencia pacífica, es necesario recurrir a la justicia alternativa, los cuales

dependerán en todo momento del desarrollo o del proceso de desarrollo de la sociedad, de la aceptación por esta, de los métodos alternativos de solución de conflictos, de la implementación y difusión de los métodos alternativos en su resolución y de la aplicación de estos mecanismos en la cultura, la educación, la familia y la sociedad en su conjunto.

Dentro de los métodos de solución de conflictos o como algunos han dado por llamarlos, procedimientos de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, encontramos varias figuras, algunas ya incorporadas a Instituciones Públicas: tales como el ombudsman, la conciliación, mediación y el arbitraje, aunque existen otras como la negociación, facilitador, experto neutral, experto especial, amigable composición, mini juicio, juicio oral, juicio sumario, método privado, evaluación neutral entre otros.

De manera general abordaremos cada una de ellos y explicaremos de manera muy breve a que se refiere cada uno de ellos.

1. Ombudsman, es considerado un defensor del pueblo, a través de esta figura se reconocen los derechos de los individuos en una sociedad. En los países hispanoamericanos se denomina comúnmente defensor del pueblo, mientras que en los países francófonos suele llamarse *Médiateur de la République*. Algunos países también lo han titulado defensor de los ciudadanos, en el caso mexicano, esta figura es un defensor de los derechos humanos, que opera su defensa desde una organización autónoma constitucional.

2. Negociación, es un proceso, informal, voluntario, no estructurado, es utilizado por las partes en el conflicto. La negociación tradicional se llama a veces *ganar-perder* debido al estilo de dureza de los negociadores que persiguen como objetivo, conseguir tanto como puedan para su parte. Esta figura tuvo su esplendor en los años 70, los practicantes y los investigadores comenzaron a desarrollar el enfoque de *ganar-ganar* en la negociación de forma que las dos partes quedaran satisfechas al haber obtenido beneficios. Los autores más conocidos en esta forma de negociación son: Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, manifestado en el libro *Getting to yes*,⁵ de la Universidad de Harvard. En este proceso no existe límite para el ofrecimiento de las pruebas que consideren las partes en la solución del conflicto.

3. Facilitador, es toda persona (física) que interviene como intermediario o guía en la solución de un conflicto, que puede ser de naturaleza, económica, política o social, incluso familiar, este, puede ser experto en cualquiera de estas áreas, el facilitador generalmente tiene conocimientos y habilidades en los métodos de comunicación y mediación.

4. Experto neutral, es un procedimiento en el que las partes o un juez selecciona a un tercero neutral (en algunas codificaciones nacionales como la mexicana, son considerados como peritos) para investigar los hechos, y resolver, asuntos científicos, técnicos, sociológicos, económicos entre otros, con el objetivo de una vez obtenido el informe de los hechos, lograr un arreglo rápido y justo para las partes a través de este experto, quien da la solución al juez.

5. Experto especial, esta persona es el que conoce sobre un campo o área en lo particular, en este procedimiento las partes o un juez seleccionan a un tercero neutral para investigar los hechos, para resolver generalmente, asuntos científicos,

5. Estos procesos fueron obtenidos mediante la compilación de diversos métodos, para la realización del Manual de Mediación para capacitadores de la Oficina del Abogado General de la Universidad de Guadalajara, en 2007, en el que participaron el entonces abogado general, Jorge García Domínguez, la coordinadora de Capacitación Psic. Laura Vélez, y la Mtra. Irma Ramos Salcedo.

técnicos, sociológicos, económicos etc. Con lo cual se pretende lograr un arreglo rápido y justo. En el caso de nuestra legislación esta figura en el proceso judicial, se asemeja al perito, solo que en este caso él no resuelve, solo da su opinión experta y el juez considerara esta opinión para resolver.

6. Conciliación, es un procedimiento no adversarial, en el que interviene un tercero que tiene por objeto buscar el entendimiento entre las partes, en esta búsqueda de un acuerdo razonable para estas, el tercero no es neutral, participa activamente en la solución del conflicto, en este procedimiento se permite que las partes puedan hacerse mutuas concesiones, que tiene que ver con la forma de resolver el conflicto entre los involucrados.

7. Mediación, es un procedimiento no adversarial, en el que participa un tercero que es neutral porque no tiene interés en el asunto y que auxilia o facilita a las partes a negociar, para que ellas lleguen a un acuerdo mutuamente aceptable, el mediador es un tercero que guía, facilita y conduce el procedimiento, utiliza las técnicas y herramientas para que los involucrados en el conflicto lleguen a un acuerdo, este procedimiento tiene una estructura determinada y es llevado a cabo de manera voluntaria, informal y flexible para las partes.

8. Amigable composición, este proceso se da al momento de nombrar a un tercero para resolver un conflicto de naturaleza meramente comercial, aunque en algunos casos se aplica en el arbitraje, este método permite a las partes acordar el proceso, los términos y las pruebas, los recursos, las posibles soluciones que se observaran bajo el principio de la buena fe y la solución amigable.

9. Arbitraje, este proceso requiere de un tercero neutral que resuelve y obliga a las partes que han decidido en amigable composición a someterse a él, las partes se obligan a cumplir con lo que se han comprometido, este, puede ser voluntario no vinculante u obligatorio mediante una cláusula compromisoria, su realización es previa al litigio, en cuyo caso su cumplimiento es de buena fe por ambas partes, o bien involuntario o vinculante, por lo que debe acudir a la justicia formal para lograr su cumplimiento mediante una homologación del laudo a una forma de sentencia judicial.

10. Mini juicio, este tipo de juicio es un juicio abreviado o sumario, es parecido al proceso de una previa evaluación neutral, en la cual las partes escuchan las opiniones expertas de sus abogados respecto del conflicto, con el objeto de llegar a un acuerdo una vez que se hayan expuestos los hechos y las pruebas; las partes, asesoradas cada una por su abogado, establecen las bases para lograr un acuerdo mutuamente aceptado.

11. Juicio oral, es un proceso formal ante autoridad judicial, que permite la celeridad en el proceso, acortando los tiempos y hacerlo de manera transparente a los partes involucrados en él respetando todos los derechos de las partes y realizados bajo los principios de la oralidad y adversarialidad, debe estar previamente regulado en por los órganos judiciales y establecido en las codificaciones nacionales.

12. Juicio sumario, es similar al mini-juicio, ya que es un juicio rápido que permite a las partes llegar a un acuerdo, con opiniones de los abogados, con lo cual los involucrados en el conflicto pueden llegar a un acuerdo de manera rápida,

basada en las opiniones o sugerencias de los expertos en el derecho, en nuestra legislación este método se asemeja al juicio sumario llevado ante autoridades judiciales, solo que no es llevada a cabo con esa facilidad. Cabe resaltar que en nuestra legislación este juicio sumario está establecido como tal en los códigos civiles y es un procedimiento abreviado, en el cual se consideran todas las etapas que, en juicio regular, solo que los términos para cada etapa están abreviados.

13. Método privado, en este procedimiento se incluye por parte de los involucrados, propuestas de instituciones científicas o técnicas o sociedades privadas especialistas en la materia, que se discute en el conflicto, mediante este método en el que se emiten opiniones expertas de los especialistas en el tema, las partes logran resolver un conflicto.

14. Evaluación neutral, en este procedimiento las partes exponen cada una su caso conjuntamente con sus abogados, ante un tercero imparcial o bien ante un panel de expertos, quienes evalúan y deciden de manera justa la forma de resolver el conflicto para las partes.

Después de describir brevemente los diversos métodos en la justicia alternativa, hablaremos en este apartado de la mediación institucional, la cual es parte importante para el logro de la incorporación de una cultura de paz. Esta mediación institucional, debe darse desde un clima propicio, de manera objetiva y autónoma, dado a que los principios que rigen la prestación de este procedimiento a considerar son:

Dar el protagonismo a las partes, siendo ellos los actores principales en la solución de su conflicto.

Tener y lograr un clima propicio para el desarrollo de la Mediación.

Adecuar el espacio para un ambiente adecuado para el desahogo de la Mediación.

Prestadores de la institución debidamente capacitados en el desarrollo del procedimiento de la mediación

Voluntario, en el cual las partes acuden voluntariamente sin coacción por parte del Estado.

Confidencial, el cual debe guardarse celosamente en la institución, sin poderse citar como testigo al mediador en caso de acudir a la justicia formal.

Flexible, este término se refiere a que atendiendo al método abordado no se estarán sujetando a términos fatales ni a limitaciones legales.

Ético, respetando los valores de la ética y los principios de la profesión y del código ético.

Responsable, en el cual se manifiesta la eficiencia y eficacia de los prestadores asignados por parte de la institución.

Respetuosa, conduciéndose el proceso de una manera cordial, cuidando no invadir la esfera de alguna de las partes.

Servicios debidamente capacitados en la mediación o en cualquier otro Método de Justicia Alternativa.

V. La justicia alternativa como un aporte que coadyuva en la cultura para la paz

En la legislación mexicana y por ende en la sociedad, debe implementarse y privilegiarse la solución pacífica y alternativa de todo tipo de conflicto o controversia, por lo que es necesario considerar en la elaboración de todo proyecto de modificación o reforma e incorporación, los nuevos principios, las nuevas

tendencias y corrientes científicas, -tal es el caso de las nuevas tecnologías-, la transparencia, administración de justicia abierta, entre otras:

La aceptación de la justicia alternativa como cultura de paz, debe ser gradual, debe partir de la aceptación de la ciudadanía, conjuntamente con las autoridades administradoras de justicia, de las cuales se debe desprender la voluntad en la aplicación de proyectos de naturaleza educativa y cultural, debe garantizarse desde la norma máxima, el derecho de toda persona a resolver pacífica y, por ende, alternativamente, sus conflictos o controversias.

Mediante este proceso de aceptación al sistema de justicia alternativa, se tiende a mejorar la calidad humana, las relaciones entre los ciudadanos, permite unificar los intereses en la búsqueda de la construcción de una vida en común y una convivencia pacífica.

Es indispensable respetar la voluntad de las partes involucradas en un conflicto para resolverlo, dicho de otro modo, la ciudadanía o la sociedad en su conjunto y las autoridades involucradas en la resolución de conflictos deben acudir de manera voluntaria a resolverlo bajo el principio de la buena fe.

Esto garantiza en todo momento, el cumplimiento de los acuerdos de buena fe, ya que este cumplimiento debe partir de la voluntad y de la fe en las personas, principio que actúa con el firme propósito de construir el bien común, procura el reconocimiento del otro, no como adversario o enemigo, sino como ser humano que merece consideración, respeto y reconocimiento como igual e integral, en una sociedad democrática que busca la convivencia armónica y pacífica.

Además, la ley debe contener en todo momento, medidas preventivas, estas deben considerarse en la legislación, para reconocer cuando debe operarse el incumplimiento del acuerdo o la omisión de la norma, estas medidas deben establecerse permitiendo y restaurando las lesiones generadas por el conflicto y conservando la armonía de la sociedad ya que se actúa preventivamente.

Las instituciones deben abordar en sus normativas el establecimiento del principio no adversarial, el binomio de Ganar-Ganar debe prevalecer al de Ganar-perder, este último es el que se emite generalmente en las sentencias judiciales, las cuales solo incrementan las fricciones y resquebrajamiento de la sociedad, ya que consolida y profundiza las diferencias más que las semejanzas, en tanto que la justicia alternativa remedia fricciones sociales y restaura la igualdad entre las personas, ayudándolas a conducir su vida armónica y pacíficamente.

Privilegiar siempre el acuerdo entre las partes versus la coacción, la solución mediante un acuerdo entre las partes en conflicto, es mejor cuando se da voluntaria y negociadamente, el cumplimiento voluntario del acuerdo, permite incrementar la calidad y la convivencia social entre iguales, permea a los valores para la convivencia pacífica, en tanto que la ejecución forzosa sólo hace florecer el resentimiento, la violencia y la frustración, lo que es contrario a generar la convivencia pacífica.

En todo momento en que se observa surge un conflicto de cualquier naturaleza, es necesario analizar y resolver con un método alternativo, en la recomposición de la sociedad es necesario conocer la auto-composición del conflicto, considerando que la sociedad se compone de individuos únicos, irrepetibles y diferentes entre sí, pero con un alto sentido de pertenencia familiar y social, vinculados a alguno

de los miembros de la sociedad, por lo que es necesario conocer la naturaleza de su conflicto para actuar preventivamente.

Es importante habilitar en el sistema alternativo, el reconocimiento de las relaciones interpersonales, ya que, al reconocer la naturaleza y composición del conflicto, se reconocen también las relaciones e interrelaciones personales y sociales, al estudiar esta composición con alguna de las técnicas de justicia alternativa, se mejora el aprendizaje individual y se mejora la convivencia social armónica.

La concientización y difusión en este derecho de resolver pacíficamente los conflictos es fundamental en la técnica del método alternativo y la actitud de las personas cambian ante el análisis de la problemática social y de la forma de solución pacífica de los conflictos, por lo que es importante también, elegir las herramientas más adecuadas para cada miembro de la sociedad, haciendo que la persona que es parte en un conflicto, sea responsable de cada uno de sus actos y consecuencias, por lo que en todo momento, esta persona tiene el control y la solución de su controversia.

VI. Romper con los paradigmas de la formalidad y optar por una justicia alternativa

No podemos negar que es necesario en nuestra sociedad actual, romper con los paradigmas de la justicia formal e inflexible para encontrar y definir nuevos paradigmas sociales, que nos permitan recuperar la participación y protagonismo ciudadano, incrementar el sistema de la democracia participativa, permitir la manifestación y propuesta de alternativas cívicas que permitan la convivencia pacífica y cerrar con la concreción de políticas públicas preventivas en áreas sociales, educativas y culturales, que privilegien la comunicación y el diálogo como forma prioritaria de relación y de convivencia pacífica y armónica entre las personas.

Esta cultura de convivencia pacífica, requiere de la promoción, difusión y consolidación de una cultura de Justicia Alternativa como una forma de cultura para la paz, las personas deben concientizarse para resolver pacíficamente sus controversias, de forma que en todo tipo de conflictos se tomen actitudes valientes, se privilegie la creatividad antes que la violencia, se procure y lleve a cabo, una gestión democrática mediante una solución alternativa. Por ello la justicia alternativa coadyuva a la consolidación de modelos y proyectos de vida que erradican las actitudes autoritarias y permite la incorporación y el respeto a los derechos humanos.

Analizando las líneas que dividen la justicia formal de la justicia alternativa encontramos que los conflictos que se presentan en ese orden puede ser el mismo, pero la forma para abordarla es distinta, la primera tiende a judicializar el conflicto, colocando a las partes en una posición de rivales por lo que una de las partes gane y otra pierda, en tanto que la justicia alternativa privilegia el dialogo, colocándolos como iguales, se busca que ambas partes ganen y cedan respectivamente para resolver el conflicto; respecto de la humanidad de las personas, la justicia alternativa procura restaurar el daño, y aunque la justicia formal procura ser equitativa, dista mucho de serlo ya que por el contrario a su espíritu; es inequitativa, su posición en cuando establece que la justicia es dar a cada quien lo suyo, siempre se declara a las partes, una culpable y a otra inocente.

Entonces, respecto de la participación social ante la justicia alternativa, cabe preguntarnos sobre el papel de la ciudadanía en esta forma de convivencia pacífica construida a través de la justicia alternativa. En la actualidad es necesario romper con ese paradigma para lograr la participación ciudadana y en su lugar construir esa nueva cultura para la paz a través de la justicia alternativa, la cual es un factor clave en este proceso que permita construir un proyecto de vida y de sociedad en el que podamos convivir pacífica y armoniosamente.

VII. Las herramientas en la justicia alternativa

Todo mediador, negociador o conciliador debe contar con una serie de herramientas que le permitan constatar las necesidades, los intereses, los conflictos y la forma de conducción del proceso alternativo para obtener un avance significativo en la sociedad, trabajando en conjunto con organizaciones ciudadanas, de las sociedades y asociaciones civiles, de los profesionales, así con los órganos de gobierno, que permitan, además de la concientización, la difusión y promoción de los medios alternativos en la solución de conflictos para construir un proceso de paz, lo que puede lograrse mediante, el desarrollo de herramientas de sensibilización a la ciudadanía, al igual que la formación y promoción de facilitadores comunitarios.

Igualmente, la creación de estructuras y figuras de defensa de la ciudadanía, a través del reconocimiento en la ley de los métodos alternativos de solución de conflictos y de la creación de instituciones para la aplicación de esos métodos alternativos. Asimismo, impulsar e implementar servicios de mediación comunitaria en los esquemas y estructuras gubernamentales, entre otros.

En este proceso, el papel de las universidades públicas o privadas es fundamental, como organismos de difusión y promoción de la cultura, juegan un papel importante en la cultura de paz y en la difusión de los métodos alternativos de solución de conflictos, por lo que estas deben incluirse en sus diversas currículas, materias, capacitación de profesionistas y prestaciones del servicio social, además de la inclusión de programas o servicios de mediación comunitaria, escolar, de pareja e interpersonal.

Con estas acciones se pretende que la ciudadanía logre la adquisición de habilidades, conocimientos y actitudes que permitan afrontar, desde los programas académicos y de la formación profesional, la construcción de un aprendizaje social, en materia de solución de conflictos, en la búsqueda de la cultura de paz que tanto hemos aducido, logrando finalmente esa aplicación del derecho a resolver pacíficamente todo conflicto o controversia.

VIII. Acciones que deben tomarse en el derecho a resolver pacíficamente los conflictos o controversias

Para el logro de la incorporación de los métodos de justicia alternativa como inclusión en una cultura de paz, debe privilegiarse en todo momento una serie de valores que deben ser apropiados por el que funge como facilitador en la solución alternativa de los conflictos, si se quiere obtener el éxito en el proceso y son cualidades

relacionadas al: autocontrol, la autovaloración, la capacidad, la iniciativa personal, la tolerancia a la frustración y el aprendizaje y multiplicación de estos aprendizajes.

Como principal acción, los ciudadanos debemos considerar en todo momento, que cuando exista un conflicto, la vía para resolverlo es la forma pacífica, la cual debe considerarse por cada miembro de la sociedad e integrarla a su proyecto de vida, a su conducción como miembro de la comunidad y a sus relaciones interpersonales.

Seguido de esto, la educación formal e informal, debe considerar el todo momento el derecho a la solución pacífica de toda controversia, desde esta formación, hasta la consolidación como forma y estilo de vida, por lo que la incorporación de planes de estudio, programas de formación y capacitación, deben incluir los métodos de solución alternativa de conflictos.

Como acción final el Estado debe incorporar en todas sus estructuras los métodos de solución alternativa de conflictos, incluyendo en su norma constitucional el derecho de toda persona a resolver en todo momento y en cualquier tiempo los conflictos de carácter personal o social, siempre y cuando que estos no sean de los que lesionan gravemente a la sociedad por considerarse delitos graves y no lesiones derechos de terceros.

Habiendo dicho lo anterior, la consideración final en esta investigación es la inclusión en este sistema de la justicia restaurativa, que permita resarcir los daños y reestablecer la comunicación entre las partes en conflicto.

IX. Conclusiones:

En todo momento el individuo en su interacción personal y social, puede generar un conflicto, por lo que habiendo incluido los programas de solución de conflictos desde el ámbito escolar, estos métodos se incorporaran por si a la cultura de la población, generando una cultura para la paz, lo que permite el desarrollo integral y armónico de la vida en sociedad y permite en el individuo su desarrollo profesional y personal, el aprendizaje en la tolerancia y el manejo de la frustración, así como herramientas que permitan actuar y prevenir un conflicto, son fundamentales en el logro de este ideal del derecho a resolver pacíficamente un conflicto.

La justicia alternativa como método de solución pacífica de conflictos, es coadyuvante en el mantenimiento de una sociedad pacífica, una comunidad armónica, en beneficio del bien común. Esta justicia se presenta como una de las alternativas para la paz, conlleva una serie de ventajas, permite la restauración de las cosas, de las emociones, sentimientos y relaciones personales e interpersonales, en este tipo de solución de conflictos o controversias, las partes ganan, en tanto que un método judicial, siempre uno gana y otro pierde, en la solución alternativa las partes acuden voluntariamente y con ello existe la voluntad de resolver el asunto de manera pacífica.

Bibliografía:

- Azar, Mansur Cecilia. Mediación y Conciliación en México: dos vías alternativas de resolución de conflictos. México 2007. Editorial Porrúa. Pág.5
- Carrasco, Alejandra, 1999, Anuario Filosófico. “La justicia Utilitaria y las paradojas del Liberalismo de Mill”. Pág. 404 <http://dadun.unav.edu>
- CED (Centro de Estudios de Derecho) Machicado, Jorge, Corpus Iures Civilis, cuerpo de derecho del ciudadano romano, La Paz Bolivia, 2007 P.4. <http://h1ripway.com.ced>
- Código de Comercio, 21 de febrero 2018. www.diputados.gob.mx
- Código Nacional de Procedimientos Penales, 17 de junio del 2016
- Constitución política de los Estados Unidos mexicanos 2017. www.diputados.gob.mx
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018. Artículo 89 Fr. X <http://www.diputados.org.mx>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018. Artículo 17 parr. 3 y 5 <http://www.diputados.org.mx/Leyes>
- Enciclopedia Libre Universal en Español, 2018. <http://Enciclopedia.us.es/index.php>
- García Domínguez Jorge y otros. Manual de Mediación para capacitadores de la Oficina del Abogado General, Universidad de Guadalajara, México 2007
- Ley Nacional de Ejecución Penal, 16 de junio de 2016. www.diputados.gob.mx
- Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 16 de junio de 2016.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el diario oficial de la Federación el 29 de diciembre del 2014.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, 29 de diciembre del 2014. www.diputados.gob.mx
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, 29 de diciembre del 2014. www.diputados.gob.mx
- Pereznieto Castro, Leonel. Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano. Graham. México 2009, Editorial Limusa. Pág. 30
- Pereznieto, Graham. Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano. Editorial Limusa 2007.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

El Consejo Editorial de la revista *Derechos fundamentales a debate*, patrocinada por el Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco,

CONVOCA

A la comunidad científica y académica a la presentación de textos originales e inéditos que sean producto de la investigación científica en el ámbito de los derechos humanos para participar en el correspondiente proceso de evaluación y dictaminación en el que se elegirán los artículos que serán publicados.

BASES

El texto original, inédito y terminado debe ser enviado en formato digital en procesador Word al correo luiscorona@cedhj.org.mx atendiendo a los siguientes lineamientos:

1. Letra Times New Roman, tamaño 12 puntos, con 1.5 de interlineado; diseño tamaño carta, por una sola cara, páginas numeradas en el margen superior derecho; extensión mínima de 6 000 palabras y máxima de 8 000 palabras, equivalentes de 15 a 20 páginas; márgenes en formato normal (2.5 centímetros para los márgenes inferior y superior y 3.0 centímetros para los márgenes izquierdo y derecho).
2. Indicar un título preciso; resumen con extensión máxima de 150 palabras, equivalente a 10 líneas; y de tres a cinco palabras clave. Además, el título, el resumen y las palabras clave deben estar indicadas en idiomas español e inglés.
3. Estructurado para su mejor comprensión en subtítulos y, si los hubiera, en incisos y subincisos alineados a la izquierda.
4. En modelo de citación APA.
5. Las notas a pie de página deberán ser indicadas dentro del texto con un superíndice arábigo y desarrolladas a pie en tamaño de 10 puntos, con interlineado múltiple.
6. Omitir el nombre de los autores o cualquier dato que permita identificarlos para que sus trabajos sean sometidos en la etapa de evaluación por pares ciegos. A fin de identificación de los autores, deberá adjuntarse en el mismo correo electrónico una ficha en procesador Word con la siguiente información:
 - a) Nombre completo de los autores
 - b) Institución a la cual se encuentran actualmente adscritos
 - c) Nombramiento
 - d) Grado académico obtenido
 - e) Breve semblanza curricular (máximo 10 líneas)
 - f) Fuente de financiación de la investigación en caso de haberla

Proceso de evaluación y dictaminación

El artículo será sometido a revisión por parte del Consejo Editorial respecto del cumplimiento de los requisitos de forma señalados, y para la verificación de la afinidad del tema propuesto a la línea editorial de la revista. En su caso, se notificará a los autores por correo electrónico la aceptación de su artículo en el proceso de evaluación y dictaminación.

Los artículos aceptados en dicho proceso serán turnados a dos miembros del Comité Editorial: uno nacional y otro internacional, para su evaluación y la realización de las observaciones pertinentes. Dicho dictamen será comunicado al autor por correo electrónico, y en caso de que contenga observaciones, éstas deberán ser atendidas por el autor y remitidas al correo de la revista en un plazo de treinta días hábiles para su segundo envío al mismo árbitro para la valoración de las modificaciones hechas por el autor o autora y, de proceder, su visto bueno para publicación.

En caso de que la persona árbitra señale nuevamente correcciones, el procedimiento se repetirá solo por segunda ocasión. En caso de nuevas observaciones o de que las anteriores no hayan sido atendidas satisfactoriamente, se notificará a quien tenga la autoría, que su artículo no es publicable.

Únicamente serán publicados los artículos que hayan obtenido dictámenes favorables o, en su caso, el visto bueno de los árbitros respecto de las modificaciones realizadas en virtud de las observaciones.

En caso de que el artículo obtenga un dictamen positivo y otro negativo, intervendrá un tercer árbitro que determinará su situación.

Publicación de los artículos

Una vez concluido el proceso de evaluación y dictaminación por parte del Comité Editorial de la revista *Derechos fundamentales a debate*, el Consejo Editorial informará a los autores el resultado vía correo electrónico.

Todo documento aprobado para su publicación será preparado por *Derechos fundamentales a debate* para tal efecto, por lo que se realizarán correcciones de estilo, ortografía, coherencia, sintaxis y homogeneidad en el formato de citación; se enviará la versión final del documento al autor para su aprobación.

Las personas autoras de los artículos que hayan sido aprobados para su publicación recibirán en su correo electrónico un formato para realizar la cesión de los derechos al Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos, de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco para su publicación y difusión. Este formato deberá ser llenado, impreso, firmado, escaneado y remitido por la misma vía a la revista. Ningún documento será publicado si no se ha dado cumplimiento a este requisito.

Comité científico

Doctor Marco Olivetti (Italia)

Doctor en derecho constitucional y derecho público general por la Universidad La Sapienza de Roma (1995) y profesor catedrático de derecho constitucional por la Universidad LUMSA de Roma, Italia, desde 2014. Investigador de derecho constitucional en la Universidad de Teramo (1998-99), profesor titular en la Universidad de Modena (1999-2001) y profesor catedrático en la Universidad de Foggia (2001-2014). Autor de cuatro libros y más de doscientos ensayos de derecho constitucional italiano y comparado. Sus áreas de investigación son: el regionalismo y el federalismo, el sistema parlamentario, los derechos fundamentales y la europeización de los derechos constitucionales nacionales. Profesor visitante en varias universidades de Francia, España, Reino Unido, Canadá, México y Brasil.

Doctor Álvaro Gil Robles (España)

Abogado, profesor titular de derecho administrativo en la Facultad de Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, defensor del pueblo en España, comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, director del Centro de Estudios de la Fundación Valsain.

Doctor Jordi Ferrer Beltrán (España)

Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona (España) y director de la Cátedra de Cultura Jurídica de esa misma universidad. Autor de *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (2000), *Prueba y verdad en el derecho* (2002), *La valoración racional de la prueba* (2007), *Motivación y racionalidad de la prueba* (2016), y junto a Jorge Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos* (2011). Ha coeditado la serie de tres volúmenes *Law, Politics, and Morality: European Perspectives* (2003, 2006 y 2007), *La laicidad desde el Derecho* (2010), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Legal Defeasibility* (2011), *El realismo jurídico genovés* (2011) y *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (2015). También ha publicado un buen número de artículos en revistas como *Rechtstheorie*, *Associations*, *Analisi e diritto*, *Ragion Pratica*, *Legal Theory*, *Law and Philosophy*, *Teoría Política e Isonomía*, entre otras.

Doctor Juan Ruiz Manero (España)

Catedrático de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, editor de la revista *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* y miembro del Comitato Científico de la revista *Analisi e diritto*. Autor de numerosos trabajos de su especialidad, entre sus libros destacan: *Jurisdicción y Normas* (1990), *Marxismo y Filosofía del Derecho* (con Manuel Atienza, 1993), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (con Manuel Atienza, 1996), *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* (con Manuel Atienza, 2000); *El juez y las lagunas del Derecho* (con Ulises Schmill, 2007); *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (con Josep Aguiló y Manuel Atienza, 2007), *Para una teoría postpositivista del Derecho* (con Manuel Atienza, 2009), *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación* (con Luigi Ferrajoli, 2012), *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas* (2014).

Doctora Carolina León Bastos (México)

Doctora en derecho y especialista en derechos humanos por la Universidad Complutense de Madrid, coordinadora del área de Derechos Humanos y Amparo de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Norte. Fue directora del Centro de Investigación Jurídica en el

Tecnológico de Monterrey, donde dirigió la revista jurídica *IURETEC*, así como también tuvo a su cargo el doctorado en derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (campus Chihuahua). En 2010 realizó una estancia profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Líneas de investigación: derecho internacional de los derechos humanos, derechos fundamentales, relaciones entre particulares, límites y reformas en relación con estos derechos.

Doctora Eneida Desiree Salgado (Brasil)

Profesora e investigadora de tiempo completo en la Universidad Federal de Paraná. Doctora en derecho, con estancia de investigación postdoctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro fundador de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Vicelíder del Núcleo de Investigações Constitucionais. Autora de las obras *Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasilera* (México, 2016); *Lei de Acesso à Informação* (São Paulo, 2015); *Princípios constitucionais eleitorais* (Belo Horizonte, 1ra edición en 2010, 2da edición en 2015); *Constituição e Democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro* (Belo Horizonte, 2007).

Doctor Víctor Alejandro Wong Meraz (México)

Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, con una estancia postdoctoral en el Instituto Max Planck de Derecho Público de Heidelberg, Alemania. Actualmente es profesor investigador de la Universidad Autónoma del Estado de México y forma parte del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Ha sido profesor invitado y conferencista en distintas universidades nacionales e internacionales. Sus publicaciones sobre derecho constitucional, democracia y teoría de la constitución han sido indexadas en revistas tanto nacionales como internacionales, además de haber coordinado varias obras sobre los mismos temas.

Doctor Raúl Montoya Zamora (México)

Doctor en derecho por la Universidad Juárez del Estado de Durango (UJED); especialista en justicia constitucional y procesos constitucionales por la Universidad de Castilla-La Mancha; profesor e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, División de Estudios de Posgrado, e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UJED; perfil PRODEP vigente; miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

Doctor Luis Andrés Cucarella Galiana (España)

Profesor titular de la Universidad Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España), acreditado a catedrático de universidad. Premio extraordinario de licenciatura. Doctor en derecho por la Universidad de Bolonia, Italia (1996), y por la Universidad de Valencia (1998). Premio extraordinario de Doctorado. Profesor especializado en derecho procesal civil, derecho procesal penal y derecho procesal Constitucional. Profesor de grado, doctorado y postgrados impartidos en la Universidad de Valencia y otras universidades de Argentina, México y Colombia. Profesor Erasmus en la Facultad de Derecho de la Università degli Studi di Pavia (Italia). Conferencista internacional en Panamá, Colombia, Argentina, Paraguay, México, entre otros países. Ha publicado varios libros en coautoría y numerosos artículos científicos en revistas especializadas. Tiene obras publicadas en Italia, España, Uruguay, Argentina, Colombia, México, Paraguay, Panamá y Brasil. Profesor honorario de la Universidad Autónoma de México (UNAM).

Doctor José de Jesús Becerra Ramírez (México)

Licenciado y maestro en derecho por la Universidad de Guadalajara. Maestro y doctor en estudios avanzados en derechos humanos por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Especialidad en estudios políticos y constitucionales por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, dependiente del Ministerio de la Presidencia del Gobierno Español. Especialidad en justicia constitucional por la Universidad de Pisa, Italia. Fue director del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos, adscrito a la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, y presidente de la Academia de Derecho Constitucional de la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Actualmente es profesor investigador titular C y director de la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, reconocido por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Cuenta con diversas publicaciones nacionales y extranjeras entre libros y revistas especializadas en temas de derechos humanos y ha participado como ponente en congresos internacionales en Argentina, Cuba, Chile, Colombia, España e Italia, entre otros.

Doctor Adrián Joaquín Miranda Camarena (México)

Abogado y maestro en derecho por la Universidad de Guadalajara; doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, especialidad en derecho constitucional y ciencia política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia Española. Profesor docente de la Universidad de Guadalajara desde 1997, a nivel superior y posgrado. Tutor del Programa de Doctorado en Derecho Electoral del Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt y profesor perfil PROMEP. Autor de *Análisis del federalismo hacendario mexicano*, además de haber participado en revistas y diarios de México e Iberoamérica. Compilador y coautor en la colección de Derecho Electoral Mexicano, en sus cuatro libros: *Una visión local: Jalisco*, *Una visión local: Distrito Federal* y *Una visión local: Baja California*, así como *Derecho electoral comparado*, todos ellos editados por Marcial Pons. Es coordinador y coautor de *Justicia constitucional local*, coedición del Tribunal Electoral de Jalisco y el Posgrado en Derecho de la UNAM, además de otras publicaciones en materia constitucional-electoral. Se ha desempeñado como en la Coordinación Jurídica del organismo público descentralizado Hospital Civil de Guadalajara, director de la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara y actualmente magistrado de la Quinta Sala del Tribunal de lo Administrativo del Estado de Jalisco.

Doctora Irina Graciela Cervantes Bravo (México)

Licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit, maestra y doctora por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en derecho procesal y arbitraje por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en derecho constitucional y ciencias políticas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Docente investigadora de la Unidad Académica de Derecho en la Universidad Autónoma de Nayarit. Jueza instructora del Tribunal Electoral del Estado de Nayarit. Juez proyectista del Tribunal Electoral del Estado de Colima. Secretaria técnica del Consejo Académico del doctorado interinstitucional en derecho. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Integrante de la Asociación de Constitucionalistas Españoles. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro de la Academia Mexicana de la Ciencia. Integrante de la red nacional e internacional de posgrados en derecho. Reconocimiento a la

trayectoria académica por el Programa de Mejoramiento al Profesorado SEP. Ponente en congresos nacionales e internacionales y autora de diversos libros y artículos en materia de derecho constitucional, electoral y justicia alternativa.

Doctor Orlando Solano Bárcenas (Colombia)

Doctor en derecho, ciencias sociales y políticas *summa cum laude* de la Universidad del Atlántico. *Magister* en Derecho Público francés y en derecho administrativo, sociología Jurídica y Política de la Universidad de París II (Panthéon-Assas), y Estudios del Diploma de Estudios Superiores en Historia de las Instituciones de la misma universidad. Profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor titular de la Escuela Superior de Administración Pública. Exprocurador general de la Nación (e), exviceprocurador General de la Nación, expresidente y miembro del Consejo Nacional Electoral. Tratadista. Conferencista y ponente internacional. Investigador. Miembro de: Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Salónica, Grecia; Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA). Miembro del Comité Científico Internacional de la *Revista de Ciencias Jurídicas* de la Universidad de Costa Rica y del Comité Científico del Instituto de Derecho y Políticas Públicas Iberoamericano y del Caribe de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho (CUPL). Editor de la revista *Misión Jurídica* de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

Consejo editorial

Director

Luis Antonio Corona Nakamura

Consejo editorial

Alfonso Hernández Barrón

María Teresa Guzmán Robledo

Mayra Lucero Cisneros Chavarín

Misael Édgar Hernández Barrón

Comité técnico

Ernesto Alonso Castro Maldonado

César Eloy Casillas Martínez

Carlos García Retamoza

