



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

“ANÁLISIS DE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD
DEL PROCEDIMIENTO Y DE LAS RESOLUCIONES
DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
OLALDE BAUTISTA FABIÁN



DIRECTOR DE SEMINARIO: EDMUNDO ELIAS MUSI
ASESOR DE TESIS: DR. MIGUEL ANGEL SUÁREZ ROMERO

CIUDAD UNIVERSITARIA,

SEPTIEMBRE 2016.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

Introducción.	1
Capítulo Primero.- Teoría del sistema jurídico y teoría de la constitución.	
1.1 Teoría General de los Sistemas aplicada a los Sistemas Jurídicos.	6
1.1.1 La autorreferencia y la comunicación sistémica.	10
1.1.2 El concepto de Derecho como ordenamiento en Santi Romano.	15
1.1.3 El concepto de sistema jurídico en Joseph Raz.	22
1.1.4 Características de los sistemas jurídicos.	25
1.1.4.1 Unidad.	26
1.1.4.2 Coherencia.	28
1.1.4.3 Integridad.	32
1.1.5 Validez de normas y sistemas jurídicos.	36
1.2 Teoría de la Constitución.	39
1.2.1 Concepto de constitución.	39
1.2.2 Elementos de la Constitución.	46
1.2.3 Poder constituyente y poderes constituidos.	49
1.2.4 Principio de soberanía.	51
1.2.5 Principio de rigidez.	54
1.2.6 La reforma constitucional.	55
1.2.7 Principio de inviolabilidad.	61
Capítulo Segundo.- Ingreso de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Organización Mundial del Comercio (OMC).	
2.1 Ingreso de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).	63
2.2 Creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC).	70

2.2.1 La Organización Mundial del Comercio (OMC)	74
2.2.2 Instrumentos jurídicos que se incorporaron a la Organización Mundial del Comercio (OMC).	77
2.2.3 Condición Jurídica de la Organización Mundial de Comercio (OMC)	81
2.2.4 Objetivos de la Organización Mundial del Comercio (OMC).	81
2.2.5 Funciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC).	85
2.2.6 Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC).	86
2.2.6.1 Miembros iniciales de la Organización Mundial del Comercio (OMC)	86
2.2.6.2 Miembros Adheridos de la Organización Mundial del Comercio (OMC).	87
2.2.7 Observadores de la Organización Mundial del Comercio (OMC)	90
2.3 Estructura de la Organización Mundial del Comercio (OMC).	90
2.3.1 Conferencia Ministerial.	91
2.3.2 Consejo General.	91
2.3.3 Consejo del Comercio de Mercancías, Consejo del Comercio de Servicios y Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (OMC).	92
2.3.4 Comité de Comercio y Desarrollo, Comité de Restricciones por Balanza de Pagos y Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos.	93
2.3.5 Secretaría.	94
Capítulo Tercero.- Mecanismos de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC)	
3.1 Disposiciones generales.	100

3.2 Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD).	101
3.2.1 Procedimiento y/o etapas para resolver las diferencias en el marco del ESD.	109
3.2.1.1 Consultas.	121
3.2.1.2 Solicitud de asociación y adhesión a las consultas.	125
3.2.1.3 Solicitud de establecimiento de un grupo especial.	126
3.2.1.4 Informe del grupo especial.	126
3.2.2. Procedimiento especial para casos en que intervengan países menos adelantados Miembros.	127
3.3 Medios alternativos de solución de diferencia, Buenos oficios, conciliación, mediación y arbitraje.	132
3.3.1 Buenos oficios, conciliación y mediación.	132
3.3.2 Arbitraje.	134

Capítulo Cuarto.- Análisis de la posible inconstitucionalidad del procedimiento y de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

4.1. Estado de Derecho.	137
4.2. Principio de supremacía constitucional.	144
4.3. Jerarquía de la ley.	152
4.4 Control de la constitucionalidad y de la convencionalidad.	157
4.5 La Jerarquía de los Tratados Internacionales y los medios de control de estos en México.	168
4.5.1 Tratados internacionales celebrados por México en materia comercial.	168
4.5.2 La posible inconstitucionalidad del procedimiento y de las resoluciones del órgano de Solución de Diferencias	171

de la OMC.

4.5.3 La posible inconstitucionalidad de la ejecución de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. 177

Conclusiones 183

Fuentes consultadas. 187

INTRODUCCIÓN.

Para abordar el tema principal de este trabajo de investigación, consistente en el análisis de la posible inconstitucionalidad del procedimiento y de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, en un primer acercamiento consideré conveniente, en el Capítulo Primero, referirme a la teoría de los sistemas, que desde luego aplica al sistema jurídico, con temas como la autorreferencia y la comunicación sistémica, el concepto de derecho en el autor Santi Romano, también el concepto de sistema jurídico de Joseph Raz, así como a las características del sistema jurídico y la validez de normas y sistemas jurídicos.

En este mismo capítulo, también expongo la teoría de la constitución; hago referencia al concepto de constitución, sus elementos, el poder constituyente y los poderes constituidos, los principios de soberanía y rigidez constitucional, la reforma y la inviolabilidad constitucional. Estos elementos, junto con los temas que desarrollo en el Capítulo Cuarto, son la base para que todo acto u omisión de las autoridades y todas las normas generales, se sujeten a los postulados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como exigencia de la sociedad en nuestro Estado de Derecho.

Por otro lado, es una realidad que actualmente ningún país puede abstraerse de la necesaria interrelación con otros países en las materias económica, financiera, cultural, jurídica y social, por mencionar algunas, y es que el fenómeno de la globalización se ha extendido cada vez más creando inclusive regiones y

bloques económicos, como la Unión Europea, el Mercosur y el Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá, por citar algunos, la situación económica en general y la expansión de los mercados internacionales a llevado a los países a crear instituciones tan importantes como la Organización Mundial del Comercio (OMC), la que se integra con 164 miembros, entre ellos México, los que en sus relaciones comerciales llegan a tener desacuerdos, mismos que se solucionan ante órganos de solución de diferencias.

Por lo anterior, en el Capítulo Segundo me avoco al estudio de los antecedentes del ingreso de México al GATT, desde su participaron en la creación de la Carta de la Habana de 1948, pasando por reiteradas invitaciones de Estados Unidos para que ingresara al GATT (Ronda Kennedy 1964-1967), pero que México no consideró adherirse en ese momento, aunque al convocarse a la reunión ministerial en Tokio, vio la oportunidad de examinar los beneficios derivados del proceso de liberación que se pretendía realizar, pero se limitó a participar en varios grupos de trabajo y posteriormente en 1979 comunicó al Director General del GATT, su intención por iniciar los trabajos para su adhesión, pero nada se concretó.

Fue hasta el 17 de julio de 1986 que firmó el respectivo protocolo de adhesión y el 25 de julio de 1986, culminó el proceso de negociación. Según el protocolo, México formaría parte del GATT con diversos derechos y obligaciones a partir del 24 de agosto de 1986.

Asimismo, me refiero a la creación de la OMC, por iniciativa de México, Canadá y la Unión Europea, en los artículos I y II del Acuerdo de Marrakech de fecha 15 de abril de 1994, instrumento jurídico que prevé cuáles son sus objetivos, funciones, condición jurídica, miembros iniciales y adheridos, así como países observadores y la estructura de la OMC. También se encarga de regular los Consejos del Comercio de Mercancías, de Servicios y Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, los Comités de Comercio y Desarrollo, de Restricciones por Balanza de Pagos y de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos.

En el Capítulo Tercero abordo el estudio del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD), mismo que regula el procedimiento para la solución de dos tipos de disputas; cuando se anule o menoscabe una ventaja resultante directa o indirectamente derivada del Acuerdo General y cuando el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido, a consecuencia de que otra parte contratante no cumpla sus obligaciones. Asimismo, expongo la regulación que hace el ESD de los medios alternativos de solución de diferencias; los buenos oficios, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

También me refiero al análisis del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, los procedimientos relativos a consultas, grupos especiales de trabajo, procedimiento aplicable

en caso de pluralidad de partes reclamantes, terceros, primera y segunda reuniones, calendarización de trabajo de los grupos especiales, sus informes, el derecho que tienen a recabar información, confidencialidad, etapa intermedia de reexamen y adopción de los informes de grupos especiales.

De igual manera, expongo la integración del Órgano Permanente de Apelación (OPA), que es la segunda instancia en la solución de diferencias, facultado para resolver los recursos de apelación que interpongan las partes en contra de las recomendaciones y decisiones de los grupos especiales. Asimismo, se abarcan el procedimiento del examen en apelación, la adopción de los informes del OPA, comunicaciones con el grupo especial o el OPA, recomendaciones de los grupos especiales y del OPA, marco temporal de las decisiones del OSD, fortalecimiento del sistema multilateral y el procedimiento especial para casos en que intervengan países menos adelantados Miembros.

Finalmente, en el Capítulo Cuarto, considerando que en nuestro Estado de Derecho, cualquier acto u omisión de autoridad y normas generales deben apegarse a los postulados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, me refiero al Estado de Derecho, así como a los principios de supremacía constitucional, jerarquía de la ley, control de la constitucionalidad y de la convencionalidad, con base en los que analizo la posible inconstitucionalidad del procedimiento y de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC y como resultado, se advierte primeramente la imposibilidad de

reclamar la inconstitucionalidad de tales actos, es decir para interponer el juicio de amparo en su contra, en virtud de que se trata de normas procesales y de un tribunal de carácter internacional como es la OMC, de la que México es parte y sobre todo porque se adhirió a la misma y reconoció su jurisdicción.

Sin embargo, a partir de que México ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD de la OMC, se llega a la conclusión de que los actos de ejecución correspondientes, pueden violentar derechos humanos y garant de los gobernados, actualizándose la procedencia del juicio de amparo indirecto en contra de la ejecución de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

CAPÍTULO PRIMERO

1. Teoría del sistema jurídico y teoría de la constitución.

1.1. Teoría general de los sistemas aplicada a los sistemas jurídicos. Se tiene conocimiento que en la década de 1940, Ludwin Von Bertalanffy, Biólogo y filósofo austriaco, creó la Teoría General de Sistemas, en principio sobre las ciencias naturales y luego sobre las ciencias sociales, ya que sostuvo que de uno u otro modo estamos forzados a vérnoslas con complejidades, con “totalidades” o “sistemas”, en todos los campos del conocimiento y que esto implica una fundamental reorientación del pensamiento científico y que lo mismo pasa con las ciencias sociales.¹ Del vasto espectro, la extendida confusión y las contradicciones de las teorías sociológicas contemporáneas (Sorokin, 1928, 1966) emerge una conclusión segura: que los fenómenos sociales deben ser considerados en términos de “sistemas”.² Como uno de esos fenómenos sociales es el derecho, la teoría general de sistemas aplica a los sistemas jurídicos.

Sistema se entiende como un conjunto de elementos en interacción; ordenadores, bandada de patos, cerebro, etc. En el caso de sistemas humanos (familia, empresa, pareja, etc.) el sistema puede definirse como un conjunto de individuos con historia, mitos y reglas, que persiguen un fin común; se señalan como características generales de los sistemas: totalidad,

¹ Von Bertalanffy, Ludwin, *Teoría General de los Sistemas*, Trad. Juan Almela, 7ª. Reimp., México, 1969, p. 2.

² *Ibidem*, p. 4.

trasciende las características individuales de sus miembros; entropía, tienden a conservar su identidad; sinergia, todo cambio en alguna de las partes afecta a todas las demás y en ocasiones al sistema; finalidad, comparten metas comunes; equifinalidad, las modificaciones son independientes de las condiciones iniciales; equipotencialidad; permite a las partes restantes asumir las funciones de las partes extinguidas; retroalimentación, mantienen un constante intercambio de información; homeostasis, por su tendencia a mantenerse estable; y morfogénesis, por su tendencia al cambio (retroalimentación positiva).³

David Espinosa asevera que sistema hace referencia a un todo organizado y complejo; un conjunto o combinación de cosas o partes que forman un todo complejo o unitario. Es un conjunto de objetos unidos por alguna forma de interacción o interdependencia.⁴ Es así que un sistema cuenta con elementos muy complejos y extraordinarios, que desde luego son muy superiores a los de los individuos individualmente considerados; de manera ilustrativa y no limitativa, me permito anotar como ejemplo lo que este autor sostiene:

La teoría general de sistemas se integra con las premisas: cada sistema realiza tareas con la finalidad de cumplir con los objetivos planeados en representación de una dependencia superior, a la cual pertenece; presenta un margen amplio acerca

³ Cfr. *Teoría General de Sistemas* de von Bertalanffy, <http://psicologosenmadrid.eu/teoria-general-de-sistemas-de-von-bertalanffy/>

⁴ Cfr. Espinosa Osorio, David, *Teoría General de Sistemas de Ludwin Von Bertalanffy*, <http://www.gestiopolis.com/teoría-general-de-sistemas-ludwin-von-vertalanffy>. consultado el 20 de noviembre de 2015.

de los beneficiados por las funciones de un determinado sistema; y, la influencia que ejerce la estructura sobre las funciones que lleva a cabo un sistema. Agrega que los aportes semánticos de la teoría de sistemas son todos aquellos términos técnicos que en muchas ocasiones sólo pueden ser entendidos por personas especializadas, pretende introducir un lenguaje o una semántica científica universal, que brinde un mejor entendimiento a los involucrados en un proyecto determinado y que los términos más destacados en estos proyectos son entradas, procesos y salidas, a los que me refiero a continuación:

Las entradas; en serie, son el resultado o la salida de un sistema anterior con el cual el sistema en estudio está relacionado en forma directa; aleatoria, representan entradas potenciales para un sistema y en ellas se usa el término “azar” desde un sentido estadístico; y, retroacción, que se refiere a la reintroducción de una parte de las salidas del sistema en sí mismo.

El proceso transforma una entrada en salida; con frecuencia el procesador puede ser diseñado por el administrador y a este proceso se le llama “caja blanca” y cuando existen diferentes combinaciones de entradas o su combinación en diferentes órdenes de secuencia se pueden originar diferentes situaciones de salida y entonces la función del proceso se denomina “caja negra”.⁵

⁵Espinosa Osorio, David, *op. cit.* <http://www.gestiopolis.com/teoría-general-de-sistemas-ludwin-von-vertalanffy>. consultado 20 de noviembre de 2015.

En el ámbito del derecho, se usa indistintamente sistema jurídico, orden jurídico y ordenamiento jurídico: el sistema jurídico se ha entendido de diversas maneras:

De acuerdo con Germán Cisneros, el mundo de normas en que vivimos obedece a ciertos principios lógicos desde su elaboración hasta su aplicación y que en su conjunto, a esos principios le llamamos sistema jurídico.⁶ Por su parte Kelsen considera que todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas u orden normativo.⁷

Ahora bien, para la existencia de un sistema jurídico según Hart, hay dos condiciones necesarias y suficientes mínimas: las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas y sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos comunes de conducta oficial.⁸

Luego entonces, en mi opinión, nuestro sistema jurídico es un todo estructurado a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las normas generales que de ella emanan, las que están sujetas a principios y son la base del Estado de Derecho.

⁶ Cisneros Farías, Germán, *Derecho Sistemático*, 2ª. Ed. Edit. Porrúa, México, 2005, p. 69.

⁷ Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. de la 2ª. Ed. en alemán de Roberto J. Vernengo, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 202.

⁸ Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, 2ª. Ed. (Reimpresión), Trad. Genaro R. Carrillo, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 145.

1.1.1 La autorreferencia y la comunicación sistémica. En este apartado sigo la obra de Niklas Luhmann, *Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*; primero me refiero a la autorreferencia, en el sentido de que los sistemas materiales están compuestos por átomos, mientras que los sistemas sociales se constituyen vía las acciones, que siempre existe un entorno y que siempre hay un entorno interior como pre-condición de existencia.⁹

Niklas refiere que una de las teorías de los sistemas que interpreta en forma más decidida la anterior perspectiva, la formuló Maturana y Varela, bajo la etiqueta de autopoiesis, que puede entenderse mejor dentro de la teoría de sistemas autorreferenciales, como un intento de partir de las teorías clásicas de la conciencia, teorías de reflexión y los conceptos sistémicos referidos a la auto-organización.

Agrega que la noción de autopoiesis comprende no sólo las relaciones más o menos consolidadas entre los elementos, sino también los elementos mismos, resultantes de la reproducción correlativa del sistema y que un sistema autopoietico puede presentarse entonces como algo autónomo, sobre la base de una organización cerrada de reproducción autorreferencial.¹⁰

Afirma que un sistema produce los elementos que lo constituyen, con la ayuda de los elementos que lo constituyen, que utiliza como unidades para la reproducción autorreferencial,

⁹ Luhmann, Niklas, *Organización y decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*, Trad. Darío Rodríguez Mancilla, Primera Reimp. Edit. Anthropos, España, 2005, p. 105.

¹⁰ *Idem*.

por lo que habla de autorreferencia basal, que contrapone a la reflexión, por medio de la cual se alude a la auto-tematización de un sistema, a la introducción de la identidad del sistema en el sistema.¹¹

Niklas señala que la reproducción de los sistemas comunicativos, sólo es posible por medio de la comunicación y ésta —para asegurar la capacidad de conexión— exige una continua reducción de la acción y que una teoría de los sistemas referenciales, debería, efectivamente, mantenerse atenta a la posibilidad de conexión de acciones de consenso y de disenso.¹²

Por lo que hace a la comunicación sistémica, Niklas parte de la idea de que el concepto de comunicación tiene como base la metáfora de la transferencia, que la teoría de sistemas contradice, por no ser útil pues implica demasiada ontología y sugiere que el emisor transmite algo que es recibido por el receptor, que no es el caso, simplemente porque el emisor no da nada, en el sentido que pierda algo.¹³

Al contrario, Niklas asevera que se llega a la comunicación mediante una síntesis de tres diferentes selecciones que de manera aislada no pueden constituirla: de la información; del acto de comunicar; y la que se realiza en el acto de entender (o no entender) la información.¹⁴ Fuera de este marco de referencia

¹¹ *Ibidem*, p. 110.

¹² *Ibidem*, p. 123 y 129.

¹³ *Ibidem*, p. 302 y 305.

¹⁴ *Ibidem*, p. 306.

no existe información, ni acto de comunicar, ni acto de entender.¹⁵

Agrega que entender no es nunca la sola explicación en la conciencia de lo que alguien ha comunicado, sino la ocasión para que se lleve a cabo la autopoiesis del sistema. Sin que importe lo que cada uno entienda en su conciencia (que es autopoieticamente clausurada), el sistema de comunicación elabora su propio entendimiento y su propia incomprensión. Para ese propósito el sistema crea su propio proceso de observación y autocontrol.¹⁶ Afirma que se puede comunicar sobre lo entendido, sobre el malentendido y sobre lo no comprendido, bajo la especificación de la autopoiesis del sistema de comunicación y no conforme a lo que cada uno de los participantes piensa o desea.¹⁷

Por ello, Niklas asevera que el sistema de comunicación es un sistema absolutamente clausurado en su operación, ya que crea los elementos mediante los cuales él mismo se reproduce y que la comunicación es un sistema autopoietico que al reproducir todo lo que sirve de unidad de operación al sistema, se reproduce a él mismo, lo que sólo puede ser posible en relación a un entorno, con sus restricciones. Agrega que la tesis de la clausura de operación y de la autopoiesis conduce necesariamente a incluir estos tres aspectos de la comunicación

¹⁵ *Ibidem*, p. 308 y 309.

¹⁶ *Ibidem*, p. 307.

¹⁷ *Idem*.

—información, acto de comunicar y acto de entender—dentro de los dispositivos internos de un sistema.¹⁸

En esta teoría, me parece muy importante la afirmación de Niklas en el sentido de que la comunicación bifurca la realidad: crea dos versiones del mundo, la del sí y la del no, y con esto obliga a la toma de una decisión. Gracias a esta bifurcación, la autopoiesis de la comunicación puede garantizar su continuidad. Focalizar la alternativa de la aceptación o del rechazo es precisamente lo que consiste la autopoiesis de la comunicación. La alternativa identifica la posición del enlace para la siguiente comunicación que puede construirse bajo la persecución del disenso o del consenso.¹⁹

No menos importante es que como lo hace ver Niklas, la comunicación absorbe inseguridad (*uncertainty absorption*), lo que quiere decir que está orientada, por lo general, por la premisa de lo que ha sido inmediatamente entendido, sin necesidad de volver a la reconstrucción de todo el proceso de comunicación.²⁰

Otro aspecto importante que Niklas hace ver, es que la comunicación transcurre orientada por un sentido de autoridad. La autoridad entonces, como una especie de simplificación que posibilita el que sobre esa base simplificada pueda proseguir la comunicación. Como se puede observar, la autoridad no está sustentada, en esta teoría, sobre componentes de dominio.

¹⁸ *Ibidem*, p. 309.

¹⁹ *Ibidem*, p. 312.

²⁰ *Ibidem*, p. 316.

El autocontrol, señala Niklas, ha sido una adquisición evolutiva que surgió directamente del proceso de interacción social. La interacción, al presuponer la presencia corporal de los que comunican, puede llegar a controlar, mediante el reflejo de los gestos de la cara o a través de ademanes, si la comunicación será aceptada o rechazada, pero esta especie de autocontrol se rompe con el surgimiento del lenguaje escrito. En un inicio y mientras la preeminencia comunicativa fue oral, la escritura se empleó con fines de anotación. Como la comunicación por escrito aísla tanto al que escribe como al lector, se crea un texto que ya no puede ser controlado por la presencia de la interacción. El texto es el que ahora puede seducir y no la presencia.²¹

Con justa razón Niklas considera que la escritura transformó radicalmente la situación de reaccionar al sí o al no de la comunicación y, por eso, obligó, desde el punto de vista de la cultura, a inventar formas que se pudieran sobreponer al rechazo.

Aparte del lenguaje escrito, señala Niklas, como proceso evolutivo de gran significado para la comunicación, está el desarrollo de los medios simbólicos generalizados; símbolos que proporcionan a la comunicación la oportunidad de ser aceptada.²² Estos coordinan selecciones que sin duda no serían relacionables entre sí y que se presentan como una gran cantidad de elementos acoplados de manera amplia: se trata de

²¹ *Ibidem*, p. 318.

²² *Ibidem*, p. 319.

selecciones de información, de actos de comunicar y de actos de entender.²³

De acuerdo con Niklas, la escritura modifica radicalmente el texto y la estructura gramatical, porque al dirigirse a lo desconocido, exige que el lenguaje sea legible aun para personas que no se conocen, pero que se supone que utilizarán el mismo lenguaje. La escritura le arranca al lenguaje el carácter situacional, para imprimirle una estructura que sea comprensible desde sí mismo.²⁴

Considero que los medios electrónicos, las Computadoras, el uso de internet, etc. han dado un giro importante de alcances insospechados a la forma en que nos comunicamos, el papel escrito ha venido a menos hasta inventarse la cultura de cero papel, lo cual impacta desde luego en el ámbito del derecho y un ejemplo claro son los juicios en línea.

1.1.2 El Concepto de Derecho como Ordenamiento en Santi Romano. En este apartado seguiré a Santi Romano en su obra "El Ordenamiento Jurídico"; quien señala que todas las definiciones de derecho en sentido objetivo tienen como elemento común el *genus proximum* (género próximo) a que aquel concepto se reduce, coincidiendo en que el derecho constituye una regla de conducta y que se diferencian en menor o mayor grado al tratar de precisar la *differentia specifica*

²³ *Ibidem*, p. 320.

²⁴ *Ibidem*, p. 323.

(diferencia específica) que distingue la norma jurídica de aquellas otras normas que no lo son.²⁵

Estoy de acuerdo con este autor, tradicionalmente y en términos generales, se define al derecho como el “conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre”; esto es lo que la mayoría de los autores y estudiantes entienden por derecho. Después de todo, no ha sido posible elaborar una definición o concepto válido para un sistema jurídico.

Sin embargo, otros autores parten de otros elementos para definir el derecho; Badenes Gasset lo define como la determinación de las relaciones obligatorias de coexistencia y cooperación de los hombres entre sí, de acuerdo con sus intereses individuales y colectivos y con las ideas de justicia fijadas en la conciencia social.²⁶ Para Trinidad García, derecho es un orden que procura un determinado equilibrio en las relaciones sociales.²⁷ Y Oscar Morineau, dice que el derecho es el medio de lograr la realización de los valores más bajos y al mismo tiempo de los más necesarios para la subsistencia de la comunidad y por ello no es esencialmente una regulación premial sino sancionadora.²⁸

Ahora bien, para definir el derecho, Santi Romano estima insuficiente partir del género próximo y la diferencia específica ya referidos, pues es necesario considerar otros elementos que

²⁵Cfr. Romano, Santi, *El Ordenamiento Jurídico*, Trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 7.

²⁶ Badenes Gasset, Ramón, *Conceptos Fundamentales del Derecho*. Sexta Edición, Barcelona 1982.

²⁷ García, Trinidad, *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 31ª. Edición, México 2001, pp. 9 a 16.

²⁸ Morineau, Oscar, *El Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 41.

son más característicos y esenciales, a los que adelante haré referencia.

Afirma este autor que si se quiere definir un ordenamiento jurídico en su totalidad, no pueden considerarse sólo sus partes individuales o aquellas que se consideren como tales, esto es, las normas que en él se comprenden, para señalar después que aquél es el conjunto de tales partes, sino que precisamente es necesario dar la nota característica, la naturaleza de ese conjunto o de ese todo.²⁹

Asimismo, para diferenciar la norma jurídica de otras que no los son, este autor considera necesario analizar los caracteres formales de las primeras, es decir, la objetividad de la norma y la sanción jurídica. Establece que la objetividad del ordenamiento jurídico no puede circunscribirse y limitarse a las normas jurídicas. Se refiere y se refleja sobre ellas, pero arranca siempre de un momento lógico y materialmente anterior a las mismas, y en ocasiones, incluso frecuentemente, existen valoraciones que no pueden identificarse ni confundirse con las peculiaridades de las propias normas; lo que equivale a decir que éstas son o pueden ser una parte del ordenamiento jurídico, pero que están muy lejos de agotarse en su totalidad la integridad del mismo.³⁰

Por lo que hace a la sanción jurídica, Santi Romano considera que puede no estar contenida y no recogerse en una norma específica sino que puede encontrarse ínsita y latente en

²⁹ Romano, Santi, *op. cit.*, p. 12.

³⁰ Romano, Santi, *op. cit.*, p. 20.

el engranaje mismo, en el complejo orgánico del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, puede ser fuerza actuante, incluso de modo indirecto, como garantía práctica que no da lugar a ningún derecho subjetivo y, por tanto, a ninguna norma de la que tal derecho derive, como freno connatural y necesario del poder social.³¹

A partir de lo anterior, Santi Romano considera que en su opinión, el concepto de derecho debe contener los siguientes elementos esenciales:

Primero, poner el concepto de derecho en relación con el concepto de sociedad en dos sentidos, con configuración recíproca y complementaria entre sí; por sociedad debe entenderse no una simple relación entre los distintos individuos, sino una entidad que constituya, incluso formal y extrínsecamente, una unidad concreta distinta de los individuos que en ella se comprendan y tratarse además de una unidad efectivamente constituida.

Segundo, El concepto de derecho debe contener la idea de orden social, excluyendo así cualquier elemento que pueda relacionarse con la arbitrariedad o con la fuerza material, no ordenada.

Tercero, el derecho antes que ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el derecho

³¹ *Ibidem*, p. 21.

constituye como unidad, como ente con sustantividad propia y que en definitiva es consecuencia de lo señalado al delimitar el tipo de sociedad en el que el fenómeno jurídico se produce.³²

Finalmente, con base en lo expuesto a grandes rasgos de la obra de Santi Romano, éste arriba a la conclusión de que el concepto que le parece necesario y suficiente para expresar en términos exactos el concepto de derecho como ordenamiento jurídico, considerado global y unitariamente, es el concepto de institución, pues afirma que cada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico y que la correspondencia entre estos dos conceptos es necesaria y absoluta.³³

Precisa entonces Santi Romano, que la expresión >>derecho <<, entendida en sentido objetivo, puede tener un doble significado; designar un ordenamiento en su totalidad y unidad, esto es, una institución y designar un precepto o un conjunto de preceptos. Sean normas o disposiciones particulares, diversamente reagrupadas y sistematizadas que, para distinguirlos de aquellos otros no jurídicos, calificamos de institucionales, evidenciando así la conexión que tienen con el ordenamiento entero, esto es, con la institución de la que son elementos integrantes, conexión que al mismo tiempo es necesaria y suficiente para atribuirles su carácter jurídico.³⁴

Crítica que para los juristas, la institución no ha sido hasta hace pocos años sino una especie del género de personas

³² *Ibidem*, pp. 22, 23 y 24.

³³ Romano, Santi, *op. cit.*, p. 24.

³⁴ *Idem*.

jurídicas que ha servido, al menos desde un cierto tiempo a esta parte, para designar de entre aquellas las que se contraponen a las corporaciones.³⁵ Entiende por institución, todo ente o cuerpo social que:

Debe tener una existencia objetiva y concreta, y en cuanto inmaterial, su individualidad debe ser exterior y visible, precisamente para poner mejor de manifiesto este carácter, hemos hablado también de cuerpo social; es manifestación de la naturaleza social y no puramente individual del hombre, que no quiere decir que el sustrato de la institución deba estar constreñido, siempre y necesariamente, por personas relacionadas entre sí; puede considerarse *in se* y *per se*, precisamente por tener una individualidad propia y puede encontrarse en correlación con otros entes, con otras instituciones, de suerte que, desde otro punto de vista, forme parte más o menos integrante de ellos;³⁶ y, no pierde su identidad, al menos necesariamente, siempre que cambian sus elementos concretos, las personas que a integran, el patrimonio, sus medios, sus intereses, sus destinatarios, sus normas, etcétera. Puede renovarse continuamente siendo la misma y manteniendo siempre su propia individualidad.³⁷

Bajo las anteriores premisas, Santi Romano afirma que la institución es un ordenamiento jurídico, una unidad independiente de derecho objetivo, más o menos completa y que los caracteres esenciales del derecho coinciden con los de

³⁵ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

³⁶ *Ibidem*, p. 32.

³⁷ Romano, Santi, *op. cit.*, p. 29 a 33.

la institución.³⁸ Luego agrega que la institución en el sentido que le asigna, es la manifestación primaria, original y esencial, que a su vez no puede exteriorizarse sino en una institución y ésta en tanto existe y puede decirse tal, en tanto en cuanto su vida es creada y mantenida por el derecho.³⁹

Santi Romano refuerza lo anterior, con la afirmación de que si el derecho no puede concretarse y adquirir cuerpo sino en la institución y si, inversamente, todo lo que socialmente está organizado, viene absorbido como elemento de aquella y adquiere carácter jurídico, puede sacarse a consecuencia de que el derecho es el principio vital de toda institución, es decir, lo que vivifica y mantiene conjuntados los distintos elementos de los que ella resulta y lo que precisamente determina, fija y conserva la estructura de los entes inmateriales. Recíprocamente la institución es siempre un régimen jurídico. Aunque en un cierto sentido pudiera ser exacto el concebirla como el cuerpo o como el armazón o estructura del derecho, ello no supone que, ni material ni conceptualmente, sea éste separable de la institución, del mismo modo que no se puede distinguir la vida del cuerpo viviente.⁴⁰

Por lo antes expuesto, puede considerarse que si bien Santi Romano, se refiere al derecho como una institución, con las particularidades que ya se mencionaron, por otro lado no se aparta del todo del tradicional concepto de derecho.

³⁸ *Ibidem*, p. 35.

³⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 38.

1.1.3 El Concepto de sistema jurídico en Joseph Raz. Joseph Raz analiza la naturaleza sistemática del derecho a partir de contribuciones de los autores Jeremías Bentham, John Austin, Hans Kelsen y H. L. A. Hart, los que están de acuerdo en el hecho de que la naturaleza sistemática del derecho depende de que éste se basa, esencialmente, en la existencia de instituciones creadoras y aplicadoras del derecho.

Agrega que la existencia de un vínculo apropiado entre una regla y las instituciones relevantes la convierte en una regla de derecho, por lo que se ocupa de identificar la naturaleza de ese vínculo especial, a través de dos enfoques; el que considera el vínculo como completamente determinado por el contenido de las diferentes reglas de derecho (Kelsen) y otro al que se adhiere, que considera una cuestión de hechos políticos y sociales, según los autores Bentham, Austin y Hart, que pertenecen a la escuela de la jurisprudencia analítica.⁴¹ Desde un punto de vista analítico una teoría completa del sistema jurídico consiste en la solución de los siguientes problemas:

De existencia, cuyos criterios son de sistemas jurídicos existentes y aquellos que, o bien han dejado de existir (sistema jurídico romano) o nunca existieron en absoluto (el derecho de Platón para un Estado ideal); de identidad, que son los criterios de membrecía de donde se derivan los criterios de identidad.⁴² Señala Raz que toda teoría del sistema jurídico tiene que proporcionar una solución para los primeros dos problemas,

⁴¹ Raz, Josep, *El Concepto de Sistema Jurídico, Una Introducción a la Teoría del Sistema Jurídico*, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 5.

⁴² *Ibidem* p. 18.

puesto que son parte necesaria para cualquier definición adecuada de “sistema jurídico” y que se puede dar una respuesta negativa a las dos últimas cuestiones. Sostiene que una de sus principales tesis es que una teoría del sistema jurídico es un prerequisite para cualquier definición adecuada de “una disposición jurídica” y que todas las teorías existentes sobre el sistema jurídico no son satisfactorias, en parte, porque no se percataron de este hecho.⁴³

Raz parte de la definición de Austin de “disposición jurídica”, como “mandato general de un soberano dirigido a sus súbditos”, misma que divide en tres partes: la primera es un mandato general emitido por alguna persona, el soberano; la segunda deriva en los criterios de identidad, que un sistema jurídico contiene todas y sólo las disposiciones jurídicas emitidas por una persona (o cuerpo de personas) y del de membrecía, que una disposición jurídica dada pertenece al sistema jurídico que contiene disposiciones jurídicas emitidas por el legislador que produjo tal disposición; y la tercera es el criterio de existencia, un sistema jurídico existe si el legislador común de sus disposiciones es un soberano y si dicho sistema es generalmente eficaz.⁴⁴

Raz afirma que los criterios de identidad y membrecía de Austin son una variante del principio de origen y que el origen de una disposición jurídica es el conjunto de hechos que hacen que ésta exista. Que el criterio de identidad de Austin se basa en el principio de origen legislativo y asume que todas las

⁴³ Raz, Josep *op.*, *cit.* pp. 18 y 19.

⁴⁴ Raz, Josep *op.*, *cit.* pp.23 y 24.

disposiciones jurídicas del sistema tienen, solamente, una fuente última persistente.⁴⁵

Por otro lado, Raz señala que un sistema existe si sus disposiciones jurídicas existen y distingue como criterios para la existencia de un sistema jurídico: si, y sólo si su legislador supremo es habitualmente obedecido, es decir, las disposiciones jurídicas del sistema son en general eficaces; su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie; su legislador supremo es superior a los sujetos de cada una de sus disposiciones jurídicas en relación con la sanción de tal dispositivo, a los que agrega el criterio de que todas las disposiciones jurídicas del sistema sean efectivamente legisladas y sean legisladas, en última instancia, por una persona o grupo de personas, siendo obvio que sus disposiciones jurídicas tienen que satisfacer las condiciones de la creación de las disposiciones jurídicas.⁴⁶

Para la creación de disposiciones jurídicas, Raz distingue entre diferentes tipos de legisladores: legislador último, si es capaz de serlo, por ser soberano y es superior a los sujetos de la disposición jurídica y si la ha establecido directa o indirectamente; legislador no último, el que es competente para crearla y la crea, directa o indirectamente; legislador subordinado, si existe una disposición jurídica que le confiera facultad para crearla a través de ciertos actos; y legislador indirecto, si ésta ha sido creada, directa o indirectamente, en

⁴⁵ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 35.

ejercicio de facultades conferidas por una disposición jurídica de la cual él es su legislador directo.⁴⁷

Ahora bien, respecto de la estructura de un sistema jurídico, Raz indica que toda disposición jurídica es un mandato, esto es, una expresión y un deseo dirigido a la conducta de alguien y una intención de infringirle una pena si no se conforma con el deseo y le parece razonable atribuir a Austin la opinión de que la intención de causar daño puede ser expresada ya sea directamente, por lo que puede ser llamado declaración de política punitiva, o bien, indirectamente, ordenado a algún subordinado aplicar las sanciones a los sujetos de la disposición jurídica si la desobedecen.⁴⁸

De lo anterior se desprenden diversas relaciones jurídicas: externas, las relaciones entre disposiciones jurídicas según sus consecuencias sociales; e internas, como son la relación punitiva entre una disposición jurídica y su disposición punitiva⁴⁹ y la relación entre una disposición jurídica subordinada y la disposición jurídica de obediencia la cual autoriza su creación.

1.1.4. Características de los sistemas jurídicos. Se han señalado como características de los sistemas jurídicos la unidad, la coherencia y la integridad; si consideramos como se señaló al principio de este apartado, que el sistema hace referencia a un todo organizado y complejo, a un conjunto o combinación de cosas o partes que forman un todo complejo o

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁴⁸ Raz, Josep *op.*, *cit.* pp. 41 y 42.

⁴⁹ *Ibidem* 43.

unitario, entonces significa que los sistemas jurídicos pueden llegar a ser sumamente complicados, máxime que como dice Norberto Bobbio, los ordenamientos se componen de una miríada de normas que, como las estrellas en el firmamento, son imposibles de contar.⁵⁰

1.1.4.1 Unidad. Primero es de considerarse que todo ordenamiento jurídico contiene normas de diferente valor jerárquico. Norberto Bobbio considera que como consecuencia de la presencia de normas superiores e inferiores en un ordenamiento jurídico, éste tiene una estructura jerárquica y que las normas de un ordenamiento están dispuestas en orden jerárquico.⁵¹

Al respecto, Kelsen establece que el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas y que su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta.⁵²

La norma fundamental presupone la existencia de un poder constituyente, que afirma Norberto Bobbio es el poder último,

⁵⁰ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Reimp. de la 2ª. Ed., Edit. Themis, S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 155.

⁵¹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 164.

⁵² Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 232.

supremo u originario de un ordenamiento jurídico y la norma jurídica que produce es la norma fundamental⁵³ y señala que en la pirámide el vértice está ocupado por la norma fundamental mientras que la base está constituida por los actos ejecutivos y que si la miramos de lo alto hacia abajo, veremos una serie de procesos de producción jurídica y si la miramos de los bajo hacia lo alto, veremos una serie de procesos de ejecución jurídica, asimismo, en los grados intermedios hay a un mismo tiempo producción y ejecución y en los grados extremos solo hay producción (norma fundamental) o solo ejecución (actos ejecutivos).⁵⁴

El mismo autor indica que mientras la producción jurídica es la expresión de un poder (originario o derivado), la ejecución revela el cumplimiento de un deber. Una norma que atribuye a una persona o a un órgano el poder de dictar normas jurídicas impone, al mismo tiempo, a otra persona, el deber de obedecerlas. Pero cuando un órgano superior atribuye un poder normativo a un órgano inferior, no le atribuye un poder ilimitado, sino que le establece límites materiales relativos al contenido de la norma y límites formales relativos al modo o al procedimiento por el cual el inferior debe dictar la norma.⁵⁵

Luego entonces, la característica de unidad del sistema jurídico, puede establecerse siguiendo a Norberto Bobbio, a partir de que la norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertenencia de una norma a un

⁵³ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

⁵⁴ *Ibidem*, p.165.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 167 y 168.

ordenamiento, en otras palabras, es el fundamento de validez de todas las normas del sistema y por lo tanto, solo la exigencia de la unidad del ordenamiento nos lleva a exigir la norma fundamental que es así mismo el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento.⁵⁶

Kelsen asevera que puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas y que esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen.⁵⁷

1.1.4.2 Coherencia. La coherencia en el sistema jurídico impone la inexistencia de incompatibilidad entre las normas, es decir, que la relación existente entre las mismas carezca de antinomias, a las que me refiero posteriormente; para abordar el estudio de la coherencia del sistema jurídico, conviene partir de la distinción que hace Norberto Bobbio de tres significados del sistema, en los siguientes términos:⁵⁸

Primero, un ordenamiento es un sistema en cuanto todas las normas jurídicas se derivan de los principios generales del derecho, considerados del mismo modo que los postulados de un sistema científico; segundo, sistema se usa para indicar un ordenamiento de la materia, por medio de un procedimiento inductivo, o sea, partiendo del contenido de las normas

⁵⁶ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

⁵⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 214.

⁵⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 193 a 195.

particulares con el fin de construir concepto siempre más generales, y clasificaciones o divisiones de toda la materia;

El tercer significado de sistema, que desde mi punto de vista constituye la base de la coherencia del sistema jurídico, es que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, una relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad y es a lo que llama antinomia. Para que se dé la antinomia, este autor establece como condiciones que las dos normas pertenezcan al mismo ordenamiento y que tengan el mismo ámbito de validez temporal, espacial, personal y material.⁵⁹

Derivado de lo anterior, Norberto Bobbio, siguiendo la terminología de Ross, refiere tres tipos de antinomias; total-total, si dos normas incompatibles tienen igual ámbito de validez, ninguna se aplica sin generar conflicto entre ellas; parcial-parcial, si dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diverso, la antinomia subsiste sólo en aquellas partes que tengan en común; y total-parcial, si de dos normas incompatibles una tiene un ámbito de validez igual al de la otra, pero más restringido o, su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra, hay antinomia total de la primera norma respecto de la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto de la primera.⁶⁰

Para la solución de las antinomias existen reglas, pero según Bobbio no todas se pueden aplicar y casos en que se

⁵⁹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 200 y 201.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 201 y 202.

pueden aplicar al mismo tiempo dos o más reglas opuestas entre sí; distingue entre antinomias solubles >aparentes< e insolubles >reales< y en estas el intérprete queda abandonado a sí mismo, ya sea por la ausencia de un criterio o por un conflicto entre los criterios llamados: cronológico >lex posterior<, entre dos normas incompatibles prevalece la posterior, *lex posterior derogat priori*; jerárquico >lex superior<, de dos normas incompatibles prevalece la superior, *lex superior derogat inferiori*; y de la especialidad >lex specialis<, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda *lex specialis derogat generali*.⁶¹

Para el caso de que no sean aplicables los anteriores criterios, de acuerdo con Bobbio, para resolver se cuenta con tres posibilidades: eliminar una de las normas >interpretación abrogante<, no aplicar la norma considerada incompatible sin excluirla del sistema; eliminar las dos normas, cuando la oposición entre dos normas no es de contradictoriedad sino de contradicción; y conservar las dos normas incompatibles eliminando la incompatibilidad introduciendo alguna modificación leve o parcial en el texto >interpretación correctiva<.⁶²

Ahora que en caso de presentarse un conflicto entre los criterios para resolver las antinomias, existen tres criterios para resolverlos; el conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico tiene lugar cuando una norma anterior-superior es antinómica respecto de una norma posterior-inferior, el criterio jerárquico prevalece sobre el cronológico, lo que tiene por efecto

⁶¹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 204, 205 y 206.

⁶² Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 210 y 211.

eliminar tanto la norma inferior como la posterior; el conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico tiene lugar cuando una norma anterior-especial es incompatible con una norma posterior-general y debe resolverse en favor del primero la ley general posterior no elimina a ley especial anterior; y el conflicto entre el criterio jerárquico y el de la especialidad, tiene lugar cuando una norma superior-general es incompatible con una norma inferior-especial y si se aplica el criterio jerárquico prevalece la primera y si se aplica el criterio de especialidad prevalece la segunda, entonces debe aplicarse el criterio que orienten las circunstancias, aunque teóricamente debería prevalecer el criterio jerárquico.⁶³

Finalmente, considero que si bien existe la posibilidad de identificar antinomias entre dos normas por incompatibles, así como reglas y criterios para resolverlas, para garantizar la seguridad jurídica del gobernado, lo prudente es que, el legislador previo a la emisión de las normas, realice un análisis para descartar la incompatibilidad con otras normas del propio sistema y queda a cargo del juez o aplicador del derecho, identificar y resolver las antinomias, procurando conservar las normas del sistema jurídico.

1.1.4.3 Integridad. Cabe señalar en primer lugar, que los ordenamientos jurídicos pueden ser incompletos y por lo tanto es necesario integrarlos, por integridad se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para

⁶³ *Ibidem*, pp. 214, 215 y 216.

regular cada caso y dado que a la ausencia de una norma se le denomina generalmente laguna, integridad significa ausencia de lagunas.⁶⁴

Existe un nexo entre coherencia e integridad, señala Bobbio que la coherencia significa exclusión de toda situación en que dos normas que se contradicen pertenezcan al sistema: la integridad significa exclusión de toda situación en la cual no pertenezca al sistema ninguna de las dos normas que se contradicen y entonces llama incoherente a un sistema en el que existan tanto normas que no permitan un cierto comportamiento como aquellas que lo permiten y llama incompleto a un sistema en el que no exista ni la norma que prohíbe un determinado comportamiento ni la norma que lo permite.⁶⁵

Bobbio sostiene que la integridad es una condición necesaria para aquellos ordenamientos en las cuales valgan las reglas; el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se les presenten a examen y está obligado a juzgarlas con base en una norma que pertenezca al sistema. Si faltan estas reglas, será un ordenamiento incompleto.⁶⁶ Bobbio distingue entre lagunas: ideológicas >impropias<, no por ausencia de una norma sino de una norma justa, que son lagunas de *iure condendo*; y lagunas reales >propias<, que son lagunas de *iure condito*.⁶⁷

⁶⁴ *Ibidem*, p. 221.

⁶⁵ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 222.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 223.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 238.

Otra distinción de lagunas: subjetivas, las imputables al legislador y pueden ser voluntarias las que el legislador deja a propósito por la complejidad de la materia y las deja a la interpretación del juez e involuntarias las que dependen de la inadvertencia del legislador; y objetivas, las que dependen del desarrollo de las relaciones sociales, de las nuevas invenciones y de todas aquellas causas que provocan el envejecimiento de los textos legislativos, independientes de la voluntad del legislador.⁶⁸

Asimismo, se distingue entre lagunas: *praeter legem*, que se presentan cuando las reglas expresas, por ser demasiado particulares, no comprenden todos los casos que pueden presentarse a nivel de la particularidad y la integración consistirá en formar nuevas reglas al lado de las expresas; y lagunas *intra legem*, que tienen lugar cuando las normas son demasiado generales y revelan, en el interior de las disposiciones dadas, vacíos o agujeros, que luego deben ser colmados por el interprete, son generalmente lagunas voluntarias y las nuevas reglas deberán ser formuladas dentro de las reglas expresas.⁶⁹

Ahora bien, para lograr la integración del ordenamiento jurídico, es necesario valerse de los métodos que Bobbio, siguiendo la terminología de Carnelutti, llama de heterointegración y de autointegración: en el primero, cuando hay lagunas el juez se apoya en el derecho natural u en otros ordenamientos ya sean precedentes en el tiempo como aplicar el derecho romano, o de otros ordenamientos vigentes

⁶⁸ *Ibidem*, p. 241.

⁶⁹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 242.

contemporáneos y también se apoya en otras fuentes como la costumbre *praeter legem*, el denominado derecho judicial, que es el recurso al poder creativo del juez y que es el método de heterointegración más importante y también puede recurrir a las opiniones de los juristas.⁷⁰

Por su parte, el método de la autointegración, se vale principalmente en los procedimientos de la analogía y de los principios generales del derecho: se entiende por analogía, el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso regulado similarmente, es el procedimiento mediante el cual se explica la denominada tendencia de todo sistema jurídico a expandirse más allá de los casos expresamente regulados y es necesario que entre los dos casos exista no una semejanza cualquiera, sino una semejanza relevante, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra.⁷¹ En nuestro sistema jurídico está prohibido aplicar la analogía en materia penal, pues así lo establece el artículo 14 Constitucional.

Por razón suficiente de una ley, entendemos lo que tradicionalmente se llama la *ratio legis*. Entonces diremos que es necesario que los dos casos, el regulado y el no regulado, tengan en común la *ratio legis*, para que el razonamiento por analogía sea lícito en derecho.⁷²

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 242, 243, 244 y 245.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 245, 246 y 247.

⁷² *Ibidem*, pp. 247.

Por otro lado, se distingue entre la analogía propiamente dicha, llamada *analogía legis*, de: la *analogía iuris*, que es el procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto no ya por la regla a que se refiere un caso individual, como sucede en la *analogía legis*, sino de todo el sistema o de una parte del sistema, es decir, que este procedimiento no difiere del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho; y de la interpretación extensiva, que tiene como efecto hacer extensiva una norma a casos no previstos por ésta.⁷³

Asimismo, el procedimiento de autointegración denominado la *analogía iuris*, consistente en recurrir a los principios generales del derecho, mismos que Bobbio considera como normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales y estima que el nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas y que para él sí lo son como todas las otras.⁷⁴

Finalmente, Bobbio indica que la primera condición para que se pueda hablar de laguna es que el caso no esté regulado, y no lo está cuando no existe ninguna norma expresa, ni específica, ni general ni generalísima, que lo establezca, o sea, cuando más allá de una norma específica que lo contemple, el principio general, dentro del cual podría estar contenido, tampoco es expreso. Si el principio general fuese expreso, no se

⁷³ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 248.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 251.

ve qué diferencia habría entre juzgar el caso con base en éste o con base en una norma específica.⁷⁵

1.1.5 Validez de normas y sistemas jurídicos. Ignacio Burgoa sostiene que todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo,⁷⁶ lo que en mi opinión significa que una norma puede fundarse en otra y ésta a su vez en otra u otras, hasta llegar a la norma fundante básica, es decir la primera porque no hay otra en la que ésta se base.

Para Kelsen, la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede perseguirse hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir con una norma que supondremos la última, la suprema. Indica que el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas y establece que todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo.⁷⁷

Luego entonces debe existir una norma que tenga validez fundamental; señala Germán Cisneros que es aquella norma

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 252.

⁷⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Edit. Porrúa, 20^º. Ed., Tercera reimpresión, México, 2014, p. 202.

⁷⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 202 y 232.

constitucional que fundamenta la validez de todas las normas del sistema jurídico y que por ello, el instrumento más importante para la validez jurídica de un sistema u orden jurídico integral lo es la norma constitucional que fundamenta su validez.⁷⁸

De acuerdo con Norberto Bobbio la primera condición para que una norma sea considerada válida es que haya sido dictada por una autoridad que tiene legítimamente el poder de dictar normas jurídicas que la pertenencia de una norma a un ordenamiento se establece yendo de grado en grado, de poder en poder, hasta llegar a la norma fundamental y como el hecho de pertenecer al ordenamiento significa validez, concluye que una norma es válida cuando se puede relacionar, a través de uno o más grados, con la norma fundamental.⁷⁹

Kelsen distingue dos tipos de sistemas de normas, uno estático y otro dinámico; el estático en tanto que su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido, el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal y pone como ejemplo que de una norma que ordena decir la verdad, se pueden derivar las normas “no se debe mentir”, “no se debe engañar” y que esa norma presupuesta como norma fundante básica, presta tanto el fundamento de validez, como el contenido válido de las normas inferidas de ella mediante una operación lógica.

⁷⁸ Cisneros Farías, Germán, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁹ Bobbio, Norberto, *op.cit.*, pp. 172 y 173.

Y el tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica, pero advierte que la norma fundante básica sólo provee del fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema. Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquélla, establecen las normas positivas de ese sistema.⁸⁰

No puedo dejar de comentar que el sistema jurídico y toda norma, tienen como ámbitos de validez; espacial, temporal, material y personal. El espacial se refiere a la aplicación de la norma en un territorio determinado, por ejemplo en todo el país aplica la Constitución Federal y las leyes de igual jerarquía y en los Estados las constituciones locales y las leyes de tal orden; el temporal se determina por el tiempo en que está vigente la norma, mismo que puede ser determinado o indeterminado, en el primer caso la ley del ISR que tiene vigencia anual y en el segundo el Código de Comercio; el material se refiere a la materia que regula la norma, por ejemplo mercantil, civil, penal, etc.; y el personal es el que determina a qué personas se aplica,

⁸⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p.p. 203 y 204.

por ejemplo las normas que regulan las relaciones entre trabajadores y patrones.

1.2. Teoría de la Constitución.

1.2.1 Concepto de constitución. El concepto de constitución es multívoco, ya que si etimológicamente constitución que proviene del latín *constitutio*, que es la acción y efecto de constituir (formar, fundar, componer, erigir),⁸¹ al referimos a cualquier cosa que se constituye o integra de diversa manera, conceptualizarla es particularizar la idea que se tenga de esa cosa, obteniéndose así múltiples conceptos y si queremos conceptualizar la constitución en el ámbito del derecho, también nos lleva a múltiples y quizás infinitas concepciones.

Así tenemos que para José Alfonso Da Silva, una constitución es un conjunto sistemático y orgánico de normas. Se presenta como un todo unitario, una codificación de normas, organizadas coherentemente, que el poder constituyente juzgó fundamentales para la colectividad estatal.⁸² Para Juan Alberto Carbajal, una Constitución Política es la ley de leyes, siendo el resultado del acto jurídico político soberano por antonomasia, que es el Congreso Constituyente y que representa la configuración tanto de la nación como del Estado y su política y su filosofía fundamental, expresada jurídicamente; contiene la estructura y la organización básica del Poder Público, así como

⁸¹ Definición de Constitución, <http://definicion.de/constitucion/#ixzz4AOKUiF4K> consultado el 05 de diciembre de 2015.

⁸² Da Silva, José Alfonso, p. 167. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1000/10.pdf>. consultado el 05 de diciembre de 2015.

las manifestaciones de las relaciones y situaciones que guardan los individuos, los grupos y el pueblo en general por sí, entre sí y con el propio Poder político. Podemos afirmar que es la representación fundamental, en términos jurídicos, de la organización política y social.⁸³

En el mismo tenor, Eduardo Andrade dice que la Constitución es un conjunto codificado de normas que organizan el gobierno del país, establecen los límites de la acción del poder público frente al ciudadano y fincan las bases a las que deben sujetarse las leyes, los reglamentos y las demás normas jurídicas. Por eso, generalmente, cuando pensamos en la Constitución nos viene a la mente el libro en que se encuentra tal recopilación de normas y agrega que sin embargo, la Constitución jurídico-política de un Estado es mucho más que eso.⁸⁴

En efecto, el propio autor realiza una distinción entre Constitución material y Constitución formal, la primera comprende un conjunto de normas de distinta naturaleza que, como el caso inglés, pueden ser consuetudinarias, tener un rango legal común y corriente o no requerir de determinadas formalidades para expedirse o modificarse, mientras que la Constitución formal la considera como el conjunto de normas codificadas a las que se les atribuye el rango de supremas y se

⁸³ Carbajal, Juan Alberto, *Tratado de Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución*, 1ª. Ed., Edit. Porrúa, México, 2002, p. 62.

⁸⁴ Andrade Sánchez, J. Eduardo, *Derecho Constitucional*, Edit. Oxford, México, 2008, p. 1.

las rodea, para su creación y modificación, de un marco de formalidades especiales.⁸⁵

Por su parte, Hans Kelsen señala que la constitución, en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas y la constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes.⁸⁶

De igual manera, Raúl Contreras Bustamante, señala que el término constitución en sentido material, se aplica a la organización político-estatal propiamente dicha, es decir, en un sentido en el que se debe vislumbrar el objeto o la materia de las reglas constitucionales, y no su forma, mientras que en sentido formal, la palabra constitución se aplica al documento que contiene las normas relativas a la estructura fundamental del Estado, como organización política regulada en un documento de promulgación solemne, mediante un procedimiento especial y superior, siendo considerada también como Ley Fundamental o norma de normas.⁸⁷

Carl Schmitt, desde varios enfoques y múltiples significados sostiene: concepto absoluto de constitución que puede significar la concreta manera de ser resultante de

⁸⁵ *Ibidem* p. 8.

⁸⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 147.

⁸⁷ Contreras Bustamante, Raúl, *Teoría de la Constitución*, Edit. Porrúa, México, 2003, pp. 53 y 54.

cualquier unidad política existente; constitución en sentido absoluto que puede significar una regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas (Constitución=norma de normas); concepto relativo de constitución, que es la ley constitucional en particular; concepto positivo de constitución, como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política y concepto ideal de constitución, llamada así en un sentido distintivo y a causa de cierto contenido.⁸⁸

Ángel Garrorena afirma que la palabra constitución, es un término polisémico; constitución en sentido formal, material, ideológico, tradicional o histórico, sociológico y jurídico, aunque adopta la concepción de la constitución como constitución formal, no porque las demás no sean correctas –que cada una lo es en su propio nivel de significado—sino porque sólo ella piensa en la constitución como una categoría eficaz en el terreno de la aplicación o, dicho de otra manera, porque sólo a ella es posible adscribirle consecuencias prácticas derivadas de su superioridad sobre el resto del derecho.⁸⁹

Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia, hacen lo propio, pues dicen que si nos detenemos un poco más en la palabra Constitución, observamos que frecuentemente se encuentra acompañada de un adjetivo. Se habla así de Constitución formal

⁸⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Versión española de Francisco Ayala, Edit. Alanza Editorial, España 1982, pp. 35-81.

⁸⁹ Garrorena Morales, Ángel, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 76, 77 y 78.

y material, de Constitución rígida y flexible, de Constitución originaria y derivada, por referirnos sólo a algunos ejemplos.⁹⁰

A las anteriores concepciones se suma la de Ignacio Burgoa,⁹¹ quien señala que prescindiendo de la múltiple tipología y de la variadísima clasificación de “las constituciones” a que conduce intrincadamente la doctrina, sostiene que las numerosas y disímiles ideas que se han expuesto sobre dicho concepto pueden subsumirse en dos tipos genéricos, que son:

La constitución real, ontológica, social y deontológica, que se implica en el ser y en el modo de ser de un pueblo, en su existencia social dentro del devenir histórico, la cual, a su vez, presenta diversos aspectos reales, tales como el económico, el político y el cultural primordialmente (elemento ontológico), así como en el desiderátum o tendencia para mantener, mejorar o cambiar dichos aspectos (elemento deontológico o “querer ser”). Este tipo de constitución se da en la vida misma de un pueblo como condición *sine qua non* de su identidad (constitución real), así como en su propia finalidad (constitución teleológica), con abstracción de toda estructura jurídica. Mientras que la constitución jurídica-positiva se traduce en un conjunto de normas de derecho básicas y supremas cuyo contenido puede o no reflejar la constitución real o la teleológica.

Mientras que Lassalle, en una concepción mucho más amplia que las de los anteriores autores y que es la que yo

⁹⁰ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona Salvador, Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, 4ª. Edición, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 54.

⁹¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.* pp. 320 y 322.

comparto, señala que los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son.⁹² Agrega que la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen. Y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social.⁹³

Con la misma idea, Enrique Uribe sostiene: “Estamos convencidos de que la Carta Magna en un sentido jurídico es, esencialmente, normación jurídica; es decir, que referida desde esta óptica no es más que un conjunto estructurado de disposiciones jurídicas. Sin embargo, no podemos negar que en este documento se perciben también elementos metajurídicos que derivan de la composición social y de las relaciones entre los factores reales de poder, que existen dentro del Estado”.⁹⁴

A propósito de los factores reales de poder, Ignacio Burgoa hace ver que atendiendo a la etimología de la palabra “factor”, el concepto respectivo significa “el que hace alguna cosa”. La idea de “real” denota lo objetivo, lo trascendente, “lo fenoménico” según la terminología Kantiana, es decir, “lo que está en la cosa o pertenece a ella. Por ende los factores reales de poder son los elementos diversos y variables que se dan en la dinámica social

⁹² Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, p. 36
http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf
consultado 06 de enero de 2016.

⁹³ Lassalle, Ferdinand, *op. cit.*, p. 64.

⁹⁴ Uribe Arzate, Enrique, *El Principio de Supremacía Constitucional, exégesis y prolegómenos*, Edit. Porrúa, México, 2010, p. 41.

y comunidades humanas y que determinan la creación constitucional en un momento histórico y condicionan la actuación de los titulares de los órganos del estado en lo que respecta a las decisiones que éstos toman en el ejercicio de las funciones públicas que tienen encomendadas.⁹⁵

Pero no puedo pasar por alto el contenido ideológico que un concepto de constitución debe contener, de acuerdo con Enrique Sánchez Bringas, un concepto de constitución que respete las reglas de la ciencia jurídica pero que no desconozca el contenido ideológico y político de las normas, porque solamente al tomarlo en cuenta podemos entender la relación existente entre la “normatividad” y la “realidad” y propone como definición: La Constitución es la norma constituyente, reguladora de la validez del sistema jurídico y determinante de las bases organizativas del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad.⁹⁶

1.2.2 Elementos de la constitución. Según K.C. Wheare, los siguientes elementos fundamentales, están considerados como el mínimo irreductible de una auténtica Constitución:

1.- La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales o detentadores del poder para evitar a concentración del poder en las manos de un único y autocrático detentador del poder.

⁹⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, pp. 348 y 349.

⁹⁶ Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2004, p.p. 131 y 132.

2.- Un mecanismo planeado que establezca la cooperación de los diversos detentadores del poder. Los dispositivos y las instituciones en forma de frenos y contrapesos – *los checks and balances*, familiares a la teoría constitucional americana y francesa- significan simultáneamente una distribución y, por tanto, una limitación del ejercicio del poder político.

3.- Un mecanismo, planeado igualmente con anterioridad, para evitar los bloqueos respectivos entre los diferentes detentadores del poder autónomos, con la finalidad de evitar que uno de ellos, caso de no producirse la cooperación exigida por la Constitución, resuelva el impasse por sus propios medios, esto es, sometiendo el proceso del poder a una dirección autocrática.

4.- Un método también establecido de antemano, para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas –el método racional de la reforma constitucional—para evitar el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución.

5. Finalmente, la ley fundamental debería contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual –los derechos individuales y libertades fundamentales-, y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder.⁹⁷

Por su parte, Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia, al hablar del contenido de la Constitución plantean que hay dos

⁹⁷ Cfr. Wheare, K.C., *Modern Constitutions*, en Home University Library of Modern Knowledge, Londres, 1951, p. 46, citado por Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Trad. y estudio sobre la obra de Alfredo Czallego Anabitarte, 2ª. Ed., 1ª. Ed. Inglesa 1959, Edit. Ariel, Barcelona, 1970, p. 153.

tendencias, restrictiva y extensiva; en la primera, una ley fundamental debe encargarse de organizar el poder político y establecer los derechos de los ciudadanos, sin descender a ocuparse de los detalles típicos de las leyes ordinarias, mientras que en la segunda, las Constituciones no deben sólo constreñirse a los aspectos esenciales del orden jurídico y político, sino también tiene que incorporar otros preceptos que a la comunidad política le interesa que se regulen, como son determinadas normas económicas, sociales ideológicas o de otra índole.⁹⁸

A la tendencia extensiva le hace honor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, pues es evidente que los artículos 2o. en materia de pueblos indígenas y 41 en materia electoral, por citar algunos, establecen múltiples normas en un afán regulador, tarea de la que en mi opinión debería ocuparse la legislación ordinaria.

Por otro lado, tradicionalmente se habían señalado como partes o elementos de nuestra Constitución Federal, la parte dogmática y la parte orgánica; la primera ubicada en el Título Primero denominado “De las Garantías Individuales”, artículos 1o. al 29 y la segunda del artículo 30 al 136.

Los autores Fix- Zamudio y Salvador Valencia agregaron otra parte que denominaron “programática y social”, relativa a diversos preceptos que recogen aspiraciones populares, establecen auténticos programas sociales, definen características o metas a alcanzar por el Estado, como el

⁹⁸ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op.cit.*, pp. 59 y 60.

artículo 3o. en materia de educación, el 27 en materia agraria, el 123 en materia laboral, el 40 con notable contenido ideológico y los artículos 25 y 26, en materia económica, rectoría del Estado o la planeación.⁹⁹

En mi opinión, tales concepciones no corresponde a la realidad, los dogmas se encuentran diseminados por toda la constitución, como en el artículo 31, fracción IV, relativo a la obligación de contribuir al gasto público de manera proporcional y equitativa y en el artículo 123 sobre los derechos de los trabajadores y asimismo, la estructura, organización y funcionamiento del Estado tiene relación también con lo que se denomina parte dogmática.

Al respecto, Eduardo Andrade estima que la distinción entre parte orgánica y dogmática no puede partir de un criterio formalista, según el cual uno debe atenerse al lugar del texto en que el Constituyente incluyó determinada norma y que con una visión equivocada, el constitucionalismo mexicano ha considerado sólo como parte dogmática el contenido de los primeros 29 artículos que constituyen el capítulo de las garantías individuales, y a todo el resto le ha atribuido el carácter de parte orgánica.¹⁰⁰

Finalmente, en una concepción muy amplia de partes de nuestra Constitución de 1917, que por cierto ya no es actual desde las reformas en materia de derechos humanos del 11 de junio del año 2011, Juan Alberto Carbajal establece que la

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

¹⁰⁰ Andrade Sánchez, Eduardo, *op. cit.*, p. 22.

misma tiene como partes: parte filosófico-política; parte orgánica; defensa de la constitución; reglas sobre distribución de competencias; reglas sobre el Distrito Federal; reglas sobre interpretación de la constitución; principios constitucionales; y las partes reales de nuestra constitución Política.¹⁰¹

1.2.3 Poder constituyente y poderes constituidos. El poder constituyente es el que crea la constitución y por lo tanto tiene una vida efímera, es decir, una vida acotada hasta el momento en que la Constitución ha sido expedida; Eduardo Andrade señala que el poder constituyente tiene como función establecer las normas fundamentales y una vez concluida su tarea, desaparece, Es temporal y le corresponde distribuir las facultades entre los diferentes órganos del Estado de modo que estos quedan limitados por el Poder Constituyente. En términos de la teoría constitucional se dice que los poderes constituidos derivan del Poder Constituyente, es decir, éste es originario, aquéllos son derivados, y su accionar está limitado por las disposiciones del poder originario.¹⁰²

Cronológicamente el constituyente precede a los poderes constituidos; cuando aquél ha elaborado su obra, formulando y emitiendo la Constitución, desaparece del escenario jurídico del Estado, para ser sustituido por los órganos creados. El poder constituyente no gobierna, sino sólo expide la ley en virtud de la cual gobiernan los poderes constituidos; estos a su vez, no

¹⁰¹ Carbajal, Juan Alberto, *op. cit.*, p.p. 66 a 70.

¹⁰² Andrade Sánchez, Eduardo, *op. cit.*, p. 14.

hacen otra cosa que gobernar en los términos y límites señalados por la ley emanada del constituyente, sin que puedan en su carácter de poderes constituidos alterar en forma alguna la ley que los creó y dotó de competencia.¹⁰³

Respecto de la norma fundamental, señaló Norberto Bobbio que toda norma presupone un poder normativo, pues norma significa imposición de deberes (imperativo, mandato, prescripción, etc.); donde hay deber, ya hemos visto, hay poder. Por tanto, si hay normas constitucionales debe haber un poder normativo del cual se han derivado y este poder es el poder constituyente.¹⁰⁴ Asimismo, Ignacio Burgoa asevera que el adjetivo “constituyente” indica la finalidad de esta actividad, fuerza, energía o dinámica, y tal finalidad se manifiesta en la creación de una Constitución que, como ordenamiento fundamental y supremo, estructure normativamente a un pueblo bajo la tónica de diferentes ideologías de carácter político y que el poder constituyente, por necesidad ineluctable de su misma teleología, debe ser supremo, coercitivo e independiente.¹⁰⁵

Luego entonces, con base en las anteriores ideas, el poder constituyente tiene fuerza contundente para crear la ley suprema, ya que es imperativo y coercitivo y por ello, ningún otro poder o poderes se le pueden oponer, pues a él quedan sometidos.

¹⁰³ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 40a., Ed., 2ª. Reimp., Edit. Porrúa, México, 2013, p. 13.

¹⁰⁴ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 170.

¹⁰⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, pp. 248 y 249.

1.2.4 Principio de soberanía. Primero hay que señalar que etimológicamente la palabra soberanía se forma por la suma de super (encima) más el sufijo anus, que puede traducirse como procedencia, y del sufijo ia. Partiendo de ello podríamos determinar que el significado, por tanto, de dicho concepto es el de la cualidad que tiene el soberano, es decir, aquel que tiene autoridad sobre el resto.¹⁰⁶

Con el paso del tiempo, la concepción de la soberanía ha evolucionado; para iniciar el tema del principio de soberanía, aludiendo a Alexis de Tocqueville, quien afirmó que cuando se quiere hablar de leyes políticas de los Estados Unidos >de América<, se debe comenzar con el dogma de la soberanía del pueblo y que el principio de la soberanía popular, que se halla en el fondo de casi todas las instituciones humanas, está por lo común allí como sepultado. Se le obedece sin reconocerlo, y de vez en cuando se le muestra por un momento a la luz del día, en seguida de le hunde en las tinieblas del santuario.¹⁰⁷ Asimismo, sostiene Tena Ramírez que con el tiempo, y a lo largo de tan empeñadas discusiones, la palabra soberanía ha llegado a comprender dentro de su ámbito los más disímiles y contradictorios significados.¹⁰⁸

Transcribo el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el mismo autor Felipe Tena asevera que asienta una verdad parcial, que el glosador debe

¹⁰⁶ *Concepto de soberanía - Definición, Significado y Qué es* <http://definicion.de/soberania/#ixzz4Cuml3MkW> consultado el 06 de enero de 2016.

¹⁰⁷ De Toqueville, Alexis, *Democracia en América*, Trad, Española, Carlos Cerrillo Escobar, Edit. Daniel Jorro, Madrid, 1911, p. 5.

¹⁰⁸ Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 3.

completar diciendo que esa soberanía se ejerció mediante el Congreso constituyente que dio la Constitución, la cual es desde entonces expresión única de la soberanía.

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

El artículo 40 de la propia Constitución, que si bien alude a la soberanía de los Estados, de acuerdo con Felipe Tena, éstos no son soberanos. Se transcribe:

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Efectivamente, Felipe Tena señala que es una acepción que no es la propia, ya que etimológicamente “soberanía” significa lo que está por encima de todo (de “super”, sobre, se formó “superanía”, “soberanía”, palabra que según otros deriva de “super omnia”, sobre todas las cosas. A dicha acepción etimológica debe corresponder un contenido ideológico congruente, respetuoso de la filiación lingüística del vocablo. Este contenido es el que hemos dado a la palabra soberanía: el poder que está por encima de todos es precisamente el que no admite limitaciones o determinaciones jurídicas extrínsecas. Por ello la competencia de los Estados miembros de la Federación,

para gobernarse por sí mismos dentro de las limitaciones impuestas por la Constitución federal, no es soberanía. Los Estados no tienen sino una potestad relativa, por acotada, de autodeterminación.¹⁰⁹

Respecto del ejercicio de la soberanía, primero transcribo el artículo 41 Constitucional:

Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de cada Estado y de la Ciudad de México, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Esto también es objeto de crítica, Felipe Tena sostiene que en este artículo debe denunciarse un yerro de fondo que estriba en atribuir el ejercicio de la soberanía a los órganos constituidos de la Unión y de los Estados, así se trate de atenuar la inexactitud con la expresión final (“en los términos establecidos por la Constitución Federal y las particulares de los Estados”), que ciertamente es contradictoria del párrafo precedente. Es en esos artículos 40 y 41 donde se introduce en nuestra Constitución un léxico espurio, bajo el influjo de doctrinas incompatibles con la organización de los poderes, que sobre la

¹⁰⁹ Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 19.

base de facultades estrictas establece la técnica total de la Constitución.¹¹⁰

En el mismo tenor, Ignacio Burgoa asevera que ningún órgano del Estado o “poder constituido”, como lo pretende absurdamente el artículo 41 Constitucional, “ejerce” la soberanía popular, puesto que lo que desempeña es el poder público estatal que no es soberano.¹¹¹

1.2.5 Principio de rigidez. El principio de rigidez constitucional tiene su fundamento en evitar que la Constitución sea reformada de manera fácil, a través de mecanismos ordinarios a través de los cuales se crean y se reforman las leyes y es por ello que la propia Constitución establece en su artículo 135 los requisitos que necesariamente deben cubrirse para poder reformarla. Se transcribe:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

¹¹¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 270.

Como se observa, si bien la Constitución puede ser reformada o adicionada, se requiere del voto y el acuerdo y voto de las dos terceras partes de los individuos presentes en el Congreso de la Unión o la Comisión Permanente y por la aprobación de la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México. Entonces, la rigidez de una constitución proviene, por lo tanto, de que ningún poder constituido – especialmente legislativo-- puede tocar la Constitución; la flexibilidad consiste en que la Constitución puede ser modificada por el poder legislativo.¹¹²

1.2.6 La reforma constitucional. Si tomamos en cuenta que la Constitución la elabora el poder constituyente creado por el pueblo, bajo el contexto y fenómeno socio-jurídico imperante en ese preciso momento, como es el caso del Poder Constituyente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, es comprensible que a lo largo del tiempo, por las constantes transformaciones sociales se haya presentado la necesidad de su reforma, como se ha hecho en múltiples ocasiones para adecuarla a las necesidades producto de la evolución y dinamismo del derecho, inclusive se ha reformado para hacerla acorde a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, como fue el caso de las reformas en la materia del 6 y 10 de junio de 2011.

En este orden de ideas, dice Karl Loewenstein que una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del

¹¹² Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 13.

proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto del orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras y que cada Constitución integra, por así decirlo, tan sólo el status quo existente en el momento de su nacimiento, y no puede prever el futuro.¹¹³

Agrega el mismo autor que la reforma constitucional tiene sentido formal y material, el primero, lo entiende como la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la constitución y en sentido material como el objeto al que se refiere el procedimiento.¹¹⁴

Ahora bien, como lo referí, la Constitución Federal prevé su reforma de manera rígida, es decir, se aparta del proceso legislativo ordinario para la creación y reforma de los demás ordenamientos de nuestro sistema jurídico, que es relativamente sencillo, para establecer un proceso rígido que requiere la participación del Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, así lo establece el artículo 135.

Luego entonces, si bien la Constitución Federal prevé su reforma, como asevera Karl Loewenstein, las reformas constitucionales son absolutamente imprescindibles como adaptaciones de la dinámica constitucional a las condiciones sociales en constante cambio; pero cada una de ellas es una intervención, una operación, en un organismo viviente, y debe

¹¹³ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Trad. y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego, (2a. Ed. 1a. Ed. Inglesa 1959) Edit. Ariel, Barcelona, 1970, p. 164.

¹¹⁴ *Ibidem* p. 165.

ser solamente efectuada con gran cuidado y extremada reserva.¹¹⁵

Al respecto, señala Ignacio Burgoa que el principio de rigidez constitucional evita la posibilidad de que Ley Fundamental sea alterada en forma análoga a las leyes secundarias, esto es (refiriéndonos a nuestro sistema jurídico), por el Congreso de la Unión cuando se trate de leyes federales o para el Distrito Federal >Ciudad de México<, o por las legislaturas de los Estados cuando sean locales, poniendo de esta manera a la Constitución General a salvo de las actividades legislativas del poder ordinario respectivo.¹¹⁶

Así es, de acuerdo con Garrorena, si la Constitución pudiera reformarse con las mismas exigencias y por el mismo procedimiento con el que se aprueba una ley ordinaria, el contenido de aquella —que es obra del poder constituyente— habría quedado a merced del legislador —que es tan solo un poder constituido— y, en consecuencia, la Constitución habrá dejado de existir como tal y agrega que en nuestros días podemos decir que todas las constituciones son rígidas sin más excepción que la Constitución británica, y aun ello en razón de su carácter consuetudinario, difícilmente compatible con el establecimiento de un procedimiento formal de reforma.¹¹⁷

Pero a pesar de la facultad constitucional rígida que tienen los poderes constituidos, en términos del transcrito artículo 135 de la Carta Magna, no pueden ejercerla de manera ilimitada o

¹¹⁵ *Ibidem* p. 199.

¹¹⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 368.

¹¹⁷ *Cfr.* Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, p. 98.

arbitraria, pues la misma contiene lo que se conoce como decisiones políticas fundamentales. Señala Enrique Uribe que existen en la Constitución estas “decisiones fundamentales e irreductibles. Por eso es que en un esfuerzo de exégesis y sana interpretación de los términos en que el artículo 135 está redactado, debemos decir que el principio de reformabilidad, limitado por la idea de la rigidez, no puede extenderse hasta las “decisiones políticas fundamentales”.¹¹⁸

Ignacio Burgoa las llama simplemente decisiones fundamentales, que son las que señalan, sustentan, caracterizan a un orden constitucional determinado, están en íntima elación con los factores reales de poder. Tales decisiones son los principios básicos declarados o proclamados en la constitución, expresando los postulados ideológico-normativos que denotan condensadamente los objetivos mismos de los mencionados factores.¹¹⁹

Además, debo señalar que los gobernados, no podríamos permanecer inertes o indiferentes ante una reforma constitucional no adecuada o que atentara contra esas decisiones políticas fundamentales. El plebiscito y el referéndum son mecanismos que hacen propicia la intervención de los gobernados en la toma de decisiones sobre adiciones y reformas a la Constitución, pero no se han instrumentado.

Sobre el particular, señala Karl Loewenstein, que en el referéndum constitucional facultativo u obligatorio tiene lugar, en

¹¹⁸ Uribe Arzate, Enrique, *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 353.

cambio, una auténtica participación plebiscitaria del electorado en el procedimiento de reforma constitucional. Puede existir bien en forma de votación popular sobre la enmienda constitucional efectuada por el parlamento –el caso más frecuente–, o también en forma de participación del electorado a través de iniciativa popular y consiguiente votación final, tras haber expresado el parlamento su actitud positiva o negativa al respecto, caso éste mucho más raro y que solamente se encuentra completamente estructurado en Suiza.¹²⁰

Asimismo, Enrique Urbe se pronuncia en el sentido de que el referéndum es el tema que en estos momentos se ha puesto a debate en las tribunas parlamentarias; es importante no entusiasmarnos demasiado con instrumentos que desde hace muchas décadas se ha intentado implantar en nuestro régimen jurídico-político, pero que por múltiples razones no han logrado consolidarse.¹²¹

Cabe señalar que independientemente de la reforma constitucional, también puede darse la mutación constitucional, en la que de acuerdo con Karl Loewenstein, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional, el texto de la constitución permanece intacto.¹²²

¹²⁰ Cfr. Loewenstein, Karl, *op. cit.*, p. 180.

¹²¹ Uribe Arzate, Enrique, *op. cit.*, p. 67.

¹²² Cfr. Loewenstein, Karl, pone como ejemplo que en la República Federal Alemana, la transformación del federalismo establecido en la Ley Fundamental, que ha dado como resultado la posibilidad que el partido mayoritario en la Federación, en virtud de su preponderancia en la configuración de las mayorías formadas por los partidos en los distintos gobiernos de los *Länder*,

Se habla entonces de formas reales de modificación constitucional, como son: La vía legislativa ordinaria en caso de las constituciones denominadas flexibles, la vía legislativa con requisitos especiales, que corresponden a las llamadas constituciones rígidas, la vía jurisdiccional, por virtud de la cual los órganos judiciales realizan cambios en el fondo aunque permanezca la forma intocada y la vía consuetudinaria, en la que la colectividad asume y acepta conductas distintas a las constitucionalmente previstas.¹²³

1.2.7. Principio de Inviolabilidad.

La inviolabilidad de la Constitución, es un principio consagrado en el artículo 136 de la Constitución Federal, mismo que se transcribe

Artículo 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

Como se observa, la Constitución no pierde su vigencia, sino que pervive pues sólo puede interrumpirse por alguna rebelión o situación similar que impida de momento su vigencia

pueda coordinar y conjuntar la política de éstos y de la Federación. p. 165. (Analiza los casos de mutación constitucional en Estados Unidos y Francia, *op. cit.*, pp. 167-170).

¹²³ Andrade Sánchez, Eduardo, *op. cit.*, p. 18.

y aplicación, mismas que recobrarán cuando el pueblo recobre su libertad y en todo caso, los que hubieren realizado o cooperado en la rebelión serán sancionados en términos del Libro Segundo, Título Primero, delitos contra la Seguridad de la Nación del Código Penal Federal, como son traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje y conspiración.

Con relación a este principio de inviolabilidad de la Constitución Federal Fix-Zamudio y Valencia Carmona indican que en el artículo 136 subyace el problema del derecho a la revolución, en razón de que el artículo 39 de la misma Constitución establece que el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar su forma de gobierno, lo que niegan en virtud de que el derecho no puede autorizar su propia destrucción.¹²⁴

En cambio, Ignacio Burgoa señala que la inviolabilidad de la constitución denota un concepto que se vincula estrechamente a los de poder constituyente, supremacía, fundamentalidad y legitimidad de tal ordenamiento jurídico-político. Se afirma que la constitución es “inviolable” porque sólo puede ser quebrantada, desconocida o reemplazada mediante el ejercicio de dicho poder, cuyo titular es el pueblo, toda vez que no es sino el aspecto teleológico de su soberanía. “inviolabilidad”, por ende, significa a imposibilidad jurídica de que la constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por

¹²⁴ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 70.

fuerzas que emanen del poder constituyente o por grupos o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo.

El propio autor agrega que fácilmente se advierte que el principio de inviolabilidad constitucional no está reñido con el que proclama el “derecho a la revolución” que corresponde al pueblo como potestad natural de su misma implicación dinámica, pues no debe olvidarse que “inviolabilidad” no entraña “insistitubilidad” de la constitución.¹²⁵

¹²⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 387.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. Ingreso de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). La Organización Mundial del Comercio (OMC).

2.1. Ingreso de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).- Como antecedente del ingreso de México al GATT, es conveniente señalar que de acuerdo con Rodolfo Cruz Miramontes, fue uno de los países que participaron en la creación de la Carta de la Habana de 1948 para el establecimiento de la "ITO" y en la elaboración del GATT; sin embargo, el ingreso de nuestro país al organismo y al acuerdo no se concretó, toda vez que el Senado de la República no aprobó los estatutos de la Carta.¹²⁶

Posteriormente, durante la Ronda Kennedy (1964-1967), México recibió reiteradas invitaciones de Estados Unidos para que ingresara al GATT. Sin embargo, en aquel momento el Gobierno Mexicano no consideró conveniente adherirse a él argumentando que la estrategia de desarrollo del país hacía necesario usar ciertos instrumentos de política no permitidos por el GATT, tales como los permisos de importación. Además, señaló que no estaba muy seguro de que los beneficios de adherirse al Acuerdo fueran superiores a los costos derivados de su ingreso, a pesar de que ya se habían agregado los artículos de la Parte IV, sobre países en desarrollo, y que no se

¹²⁶ Cruz Miramontes, Rodolfo, *Las relaciones Comerciales Multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea*, UIAIJ-UNAM, 2003, citado por Aguirre Cárdenas, Carlos F, p. 31.

veía claro que en verdad existiera un trato especial y diferenciado para estos últimos.¹²⁷

México también participó en la Ronda de Tokio (1973-1979) y como bien lo señala Tomás Peñaloza, el deseo de Estados Unidos y la “CEE” de iniciar otra ronda de negociaciones multilaterales en el GATT para eliminar obstáculos al comercio suscitó el interés de los países en desarrollo que deseaban participar en ellas en forma activa puesto que sus intereses comerciales se verían directamente afectados por los acuerdos a que pudieran llegar las naciones industrializadas. En la IV UNCTAD¹²⁸ se presentó una propuesta (Santiago de Chile, 1972) cuyo principal objetivo era lograr que se invitara a todos los países en desarrollo a participar en las Negociaciones Comerciales Mundiales (NCM), independientemente de que fueran o no miembros del GATT. Tal propuesta se aprobó en la conferencia y los países en desarrollo, entre ellos México, fueron invitados a participar en la ronda.

Por lo tanto, señala el mismo autor, al convocarse a la reunión ministerial en Tokio, las autoridades mexicanas vieron una oportunidad para examinar los beneficios derivados del proceso de liberación que se pretendía realizar. Durante el curso de las NCM, se hizo manifiesta la participación de México en varios de los grupos de trabajo, especialmente en los de productos y códigos. Aunque tal participación no implicó ningún

¹²⁷ Peñaloza, Tomás. *La adhesión de México al GATT*. <https://www.google.com.mx/search?q=Obras+de+Tomás+Peñaloza+Weeb>. Consultado 15 de febrero de 2016.

¹²⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD IV).

compromiso en el sentido de adherirse eventualmente al Acuerdo General, la estrategia de negociación se orientó a lograr concesiones en productos o modificaciones en los códigos, como si efectivamente México pensara incorporarse al organismo.¹²⁹

Es de destacarse que en los orígenes del proceso de consulta interna llevado a cabo en 1979, se encuentra el comunicado enviado por nuestro país al entonces Director General del GATT, anunciando el interés de México por iniciar los trabajos para su adhesión al organismo,¹³⁰ pero nada se concretó y fue hasta 1986 mediante el respectivo protocolo de adhesión, firmado el 17 de julio de 1986 y que entró en vigor el día 24 de agosto del mismo año.

Al respecto, señala el autor Gustavo del Castillo,¹³¹ que la necesidad de identificar las causas por las que México se negó a formar parte del GATT en 1979, y de entender los procesos de toma de decisiones que llevaron a tal negativa, así como el análisis de las perspectivas de adhesión al Acuerdo General durante 1986, propiciaron una discusión en torno de la naturaleza del sistema político mexicano, su política industrial y comercial, y los procesos que incluyen en la toma de decisiones. En este contexto se cuestionó repetidamente el modelo de desarrollo que México adoptó a finales de la Segunda Guerra

¹²⁹ Peñaloza, Tomás. *op. cit.* <https://www.google.com.mx/search?q=Obras+de+Tomás+Peñaloza+Weeb>. Consultado 15 de febrero de 2016.

¹³⁰ Aguirre Cárdenas, Carlos F. *El comercio de bienes en los tratados de libre comercio. Un análisis comparativo*, México, Taxxx Editores, 2006, p 31.

¹³¹ Cfr. DEL CASTILLO, Gustavo (Compilador). *México en el GATT ventajas y desventajas*, El Colegio de la Frontera Norte, Baja California, Tijuana, 1986, pp. 8 a 10.

Mundial, en virtud de las profundas desigualdades que se han generado en el país, no como resultado de una economía libre sino del liderazgo de un Estado que impulsa un crecimiento desigual.

Agrega el citado autor que el desarrollo permanente de México basado en la sustitución de importaciones llevó a una producción de altos costos, con programas de subsidios cada vez mayores, y al endeudamiento externo. Estas tendencias propiciaron un proceso en el que la transferencia de recursos benefició solamente a unos cuantos sectores de la sociedad mexicana quienes, en un momento dado, transfirieron grandes cantidades de capital al exterior, agudizando la crisis de 1982.

Finalmente, el mismo autor indica que la decisión de no ingresar al GATT en 1979 (y, más bien, el rechazo a la adhesión de México desde que fue creado este organismo) estaba fundamentada, hasta cierto punto, en el argumento de la pérdida de autonomía del Estado mexicano como fuerza rectora del desarrollo y de la economía ante las políticas internacionales y, principalmente, las grandes potencias capitalistas. El argumento en México, desde 1947, era el siguiente: a mayor integración a la economía internacional, menor sería el grado de autonomía del Estado para planificar el desarrollo y, al mismo tiempo, se incrementaría la dependencia del país respecto del exterior. La validez del argumento se tomó *prima facie* que la retracción de México a la economía internacional a través del crecimiento por medio de la sustitución de importaciones disminuiría la

dependencia y haría posible el papel central del Estado como fuerza motriz y rectora del crecimiento.

Con relación a lo anterior, indica Dora Alicia Carmona, que desde 1979, ante la grave crisis económica por la que atravesaba el país, el gobierno mexicano firmó una carta de intención para ingresar al GATT y debatió acerca de las ventajas que México podría obtener al pertenecer a un organismo creado por los Estados Unidos para liberalizar el comercio mundial conforme a sus intereses y que favorece principalmente a los países industrializados que buscan mercados para sus productos; asimismo, hasta entonces, prevalecía una política proteccionista, no de libre comercio, y buena parte de la industria nacional era incapaz de competir con su equivalente extranjera; además, en tanto que no se exportara más que petróleo, no tenía caso hacer concesiones en busca de mercados extranjeros para productos que no fabricaban los mexicanos.

A pesar de que la negociación lograda era inmejorable porque permitía al gobierno mantener una política de promoción industrial, el 18 de marzo de 1980, el presidente José López Portillo anunció la decisión de posponer indefinidamente el ingreso al GATT y en cambio, otorgó subsidios a la agricultura con el propósito de buscar la autosuficiencia alimentaria. Gracias a los ingresos petroleros, México pudo mantener su

política proteccionista, a pesar de las presiones norteamericanas para abrir su mercado interno al libre comercio.¹³²

En el gobierno del ex presidente Miguel de la Madrid Hurtado se consolidó la inscripción de México en el GATT, proceso de lo que nos da cuenta en su Crónica de Sexenio, que expongo a continuación:

Como resultado de un largo proceso de negociación en el que, durante aproximadamente ocho meses, los representantes del gobierno mexicano y del organismo internacional expusieron y debatieron sus puntos de vista acerca de los límites de las obligaciones y derechos que nuestro país adquiriría como país miembro. El proceso se inició el 22 de noviembre de 1985, luego de que el presidente De la Madrid diera instrucciones precisas al titular de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (en lo sucesivo Secofi), para que esta dependencia condujera las negociaciones necesarias para conseguir la incorporación de México al GATT.

El 25 de julio de 1986, culminó el proceso de negociación para que México se hiciera miembro del GATT, al firmarse en Ginebra, Suiza, el protocolo en el que México aceptaba formalmente adherirse al GATT, en los términos generales y particulares previamente acordados. Según el protocolo, México formaría parte del GATT con diversos derechos y obligaciones a partir del 24 de agosto de 1986. Luego de examinar el

¹³² Carmona, Doralicia. *Se formaliza el ingreso al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT)*, Memoria Política de México, <http://www.memoriapoliticademexico.org/Efemerides/7/24071986.html> consultado 20 de febrero de 2016.

documento, el Senado de la República ratificó, el 11 de septiembre el protocolo suscrito por el gobierno federal.

México adquirió como miembro del GATT una serie de derechos y obligaciones, delimitados durante el proceso de negociación y estipulados en el protocolo finalmente suscrito. Los derechos fueron de dos tipos: unos ordinarios, que se comparten por igual con todos los demás miembros, y otros con carácter especial, obtenidos como prerrogativas para nuestro país en el proceso de negociación.

Además de los derechos y compromisos mencionados anteriormente, México señaló en el Protocolo de Adhesión su decidido propósito de firmar en el futuro cinco de los códigos de conducta particulares del GATT, que favorecen de distintas formas a los países que voluntariamente los suscriben. Estos códigos son: el de licencias, el de valoración aduanal, el antidumping, el de normas, y el de subvenciones e impuestos compensatorios.

Ya como miembro del GATT, México participó en la reunión sostenida por todos los países contratantes en Punta del Este, Uruguay, del 15 al 20 de septiembre. El propósito de esa junta era definir la agenda de puntos que se considerarían en la siguiente ronda de negociaciones entre esos países, que se desarrollaría en los siguientes cuatro años, y de la cual saldrían los nuevos lineamientos que normarían la mayor parte del comercio mundial para muchos años en el futuro.¹³³

¹³³ Cfr. De La Madrid Hurtado, Miguel. *Crónica del sexenio 1982 1988*, 4º. Año, julio de 1986, <http://www.mmh.org.mx/nav/node/577>. consultado 20 de febrero de 2016.

2.2. Creación de la Organización Mundial del Comercio

(OMC).- Por iniciativa de México, Canadá y la Unión Europea, se creó un nuevo organismo para regular el comercio internacional en sustitución del GATT.¹³⁴ Los artículos I y II del Acuerdo de Marrakech de fecha 15 de abril de 1994, establecieron la “OMC”, como marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos, que forman parte del Acuerdo, incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (Acuerdos Comerciales Multilaterales como parte integrante del Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros, así como los incluidos en el Anexo 4 (Acuerdos Comerciales Plurilaterales) que son vinculantes únicamente para los Miembros que los hayan aceptado. Mientras que el artículo III hace distinción jurídica entre el GATT de 1994 y el GATT de fecha 30 de octubre de 1947.

Es así que de acuerdo con el autor Jorge Alberto Moreno Castellanos, el 30 de diciembre de 1994 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el Decreto de promulgación del Acta Final de la Ronda Uruguay (RU) de Negociaciones Comerciales Multilaterales, conocida como Acuerdo por el que se Establece la OMC, el cual entró en vigor el 1o. de enero de 1995.

La entrada de México a la OMC se llevó de manera automática, es decir, primero con la entrada al GATT el 24 de agosto de 1986 y luego con el proceso de negociación de la RU,

¹³⁴ SECOFI, *El Gatt y la Nueva Organización Mundial de Comercio*, Secofi, México, 1994, pp. 11 y 12.

México logró su entrada a la OMC como miembro inicial,¹³⁵ razón por la cual no hay muchos autores que hablen al respecto del momento de la entrada de México a la OMC ya que como lo reitero se dio de manera automática.

México en todo momento, desde su admisión al GATT, ha pasado por diversas negociaciones, de entre ellas la más importante ha sido la RU en donde se creó la OMC.¹³⁶ Cabe destacar que en todos los procesos de negociación México siempre ha respetado su legislación interna de conformidad con el Principio de Supremacía Constitucional contenido en el artículo 133 constitucional, el cual transcribo para mayor abundamiento:

ARTÍCULO 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Dentro de los beneficios obtenidos por el Estado Mexicano con la Creación de la OMC, encontramos los siguientes:

- Establecimiento de reglas más claras para el comercio mundial; lo que nos permite mayor certidumbre y transparencia en nuestros intercambios comerciales.

¹³⁵ OMC, *México y la OMC*. http://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/mexico_s.htm consultado 20 de febrero de 2016

¹³⁶ SECOFI, *op., cit.* p. 12.

- Acceso a los mercados de bienes, servicios e inversión en 122 países del mundo.
- Reducciones por parte de los países desarrollados en cuanto a los aranceles en un promedio de 38% (treinta y ocho por ciento).
- Ampliación de nuestras exportaciones de productos agrícolas, gracias a la reducción de subsidios internos y de exportación de otros países en el mercado mundial.
- Adopción de un marco normativo internacional para la prestación de servicios.
- Mecanismos ágiles y rápidos para resolver disputas que surjan.¹³⁷

En su carácter de país en desarrollo, México logró dentro del marco del Acuerdo, que se le concediera el trato de nación más favorecida, el cual consiste en la flexibilidad que tienen los países en desarrollo en la determinación de los periodos que le permiten aplazar o ampliar la aplicación de algunas disposiciones de los acuerdos o instrumentos jurídicos derivados de los resultados de la RU, así como trato diferenciado en diversos acuerdos que forman parte del Acta Final de la OMC.

Finalmente, de acuerdo con el mismo autor, es importante destacar que México es un país activo de la OMC, dentro de la cual realiza diversas actividades, destacando las siguientes:

¹³⁷ *Ibidem*, p.13.

- Defensa de la compatibilidad de los acuerdos de libre comercio con las reglas de la OMC.
- La no utilización de medidas ambientales con fines proteccionistas.
- Defensa de las exportaciones mexicanas contra las prácticas desleales de comercio internacional.
- Búsqueda de reciprocidad con los demás países miembros en el proceso de apertura comercial.
- Apoyo a la diversificación del comercio exterior en México.
- Aprovechamiento de las oportunidades de acceso en los mercados de Europa, Japón y el Sudeste Asiático, a través de una difusión apropiada ante cámaras y asociaciones de exportadores nacionales de las concesiones otorgadas en esos mercados.
- Finalizar negociaciones para lograr un mayor acceso a los mercados de China, Taiwán, Arabia Saudita y Rusia, así como de otros países que se encuentren en proceso de adhesión a la OMC.
- Notificación de leyes y reglamentos nacionales a la OMC.
- Seguimiento de los comités y grupos de trabajo de la OMC para defender los intereses comerciales del país.
- Evitar el uso de medidas unilaterales.
- Obtener una mayor participación de la pequeña y mediana empresa en el comercio internacional.

- Analizar las políticas comerciales de los miembros de la OMC y cuidar que sean compatibles con sus principios.
- Coordinar la posición de México, tanto en la OMC como en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en lo sucesivo “OCDE”) en temas complementarios.
- Proseguir el análisis para la agenda futura de la OMC, a fin de cubrir los intereses de México en las Reuniones Ministeriales.¹³⁸

2.2.1. La Organización Mundial del Comercio (OMC). La RU ha abierto un paso a una mayor *liberalización del comercio internacional*; no sólo se han reducido substancialmente los niveles arancelarios, sino que se ha ampliado también la cobertura del sistema. El acuerdo asegurará asimismo la continuación de la reciente tendencia al alza del comercio mundial, condición esencial para la prosperidad de la Comunidad Internacional. Las normas del GATT se extienden ahora al comercio de servicios y, en mayor medida que antes, a la agricultura; sectores que también se han liberalizado parcialmente. Además, los países en desarrollo están más firmemente integrados en el sistema.

Este paso hacia un comercio más libre se ha acompañado de *mejores normas y reglas*, para impedir que se abuse del

¹³⁸ Moreno Castellanos, Jorge Alberto, *Comercio Exterior sin Barreras, Todo lo que usted necesita saber en materia aduanera y de comercio exterior*, 3a. ed., México, Taxxx Editores, 2008, pp. 298 y 299.

sistema. Al mismo tiempo, el sistema proporciona a los países medios de defensa contra las conductas desleales. Las medidas antidumping y de salvaguardia seguirán siendo los instrumentos clave para mantener un sistema comercial ordenado. Se han refinado los instrumentos para aumentar su eficiencia y para asegurar su correcta aplicación y reducir al mínimo los abusos de los mismos. El nuevo procedimiento de resolución de litigios ofrecerá a los países una fórmula rápida de solución de diferencias comerciales, reduciendo las incertidumbres y los trastornos sufridos por los agentes comerciales.¹³⁹

Es importante señalar que a diferencia de las negociaciones precedentes, se exige una aceptación única de todos los aspectos del acuerdo. Ello se debe a la amplitud del acuerdo y al equilibrio establecido entre las negociaciones en los distintos sectores. Se trata, en esencia, de impedir que los países alteren este equilibrio adhiriéndose únicamente a aquellos acuerdos que les reporten los máximos beneficios. Este sistema acrecentará la seguridad; si un país es miembro de la OMC, todos los demás conocerán sus obligaciones exactas, pues habrá aceptado la totalidad del acuerdo. Además, las negociaciones entre grupos más reducidos de países, especialmente sobre contratación pública, que trascienden el ámbito de la RU, se celebrarán bajo el patrocinio de la OMC.

La Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, estableció:

¹³⁹ Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, *Ronda Uruguay. Acuerdo Mundial, Beneficios Mundiales*. Bruselas Luxemburgo, 1994, p. 9.

Aquellos países que no estén en condiciones de suscribir el acuerdo en su totalidad permanecerán en el antiguo marco del GATT, que seguirá existiendo, aunque en el estado anterior de la RU. Esto tiene importantes consecuencias, los programas de liberalización del comercio en el contexto de la Ronda sólo serán accesibles a los países miembros de la OMC. Los demás países continuarán en el antiguo marco institucional.¹⁴⁰

Por otro lado, no puede pasarse por alto que en la Ronda de Uruguay, existieron pronunciamientos tendientes a la protección del medio ambiente, ya que en el transcurso de las negociaciones, distintas Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) y otros organismos reclamaron un reverdecimiento del GATT con el argumento de que el acta final de la RU no incluía ninguna disposición específica sobre el comercio y el medio ambiente.

Esta crítica puede ser cierta en sentido estricto, pero olvida la atención prestada a las cuestiones medioambientales en distintos apartados del acta final, bastante numerosos en total. Más importante todavía, la declaración ministerial anexada al acuerdo sienta las bases para una mayor consideración de este tema y su integración en la OMC. Las medidas adoptadas para proteger el medio ambiente se consideran una excepción legítima de los términos del acuerdo, siempre que estén justificadas y sean proporcionales al problema que se debe resolver. En esencia, un país puede establecer una norma

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 27.

medioambiental estricta a condición de que esté justificada, pero los medios utilizados para cumplirla son de la incumbencia del fabricante. Todo esto se expone claramente en el preámbulo, donde se hace mención explícita al medio ambiente, la proporcionalidad y la seguridad de los trabajadores.¹⁴¹

2.2.2. Instrumentos jurídicos que se integran a la Organización Mundial del Comercio (OMC).- De conformidad con la Declaración de Marrakech de fecha 15 de abril de 1994, integran la OMC los siguientes instrumentos jurídicos:

- I. Acta final (es importante señalar que el Acta final es un instrumento consistente en la conclusión de los trabajos de Negociaciones de la RU, la cual contiene el Acuerdo sobre la OMC, o mejor conocido como “Acuerdo de Marrakech”, las Declaraciones y Decisiones Ministeriales y el Entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros).
- II. Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio.

Anexo 1: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías del Comercio.

Entendimientos: interpretación del párrafo 1 b) del artículo II del Acuerdo General GATT de 1994; interpretación del artículo XVII del GATT de 1994; disposiciones del GATT de 1994 en materia de balanzas de pagos; interpretación del artículo XXIV del GATT

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 28.

de 1994; exenciones de obligaciones dimanantes del GATT de 1994; interpretación del artículo XXVIII del GATT de 1994.

Protocolo de Marrakech anexo al GATT de 1994.

Acuerdos; sobre la Agricultura; sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; sobre los Textiles y el Vestido; sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio; relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT de 1994; relativo a la Aplicación del artículo VII del GATT de 1994; sobre Inspección Previa a la Expedición; sobre Normas de Origen; sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación; sobre Subvención y Medidas Compensatorias; sobre Salvaguardas.

Anexo 1B: GATS.

Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

Anexo 3: Mecanismos de Examen de las Políticas Comerciales.

Anexo 4: Acuerdos Comerciales Plurilaterales: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles. Acuerdo sobre Contratación Pública. Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos. Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino.

III. Decisiones y Declaraciones Ministeriales: Fueron adoptadas el 15 de diciembre de 1993 por el Comité de Negociaciones Comerciales:

Decisiones: Relativas a las medidas a favor de los países menos adelantados; relativa a los procedimientos de notificación; sobre medidas relativas a los posibles efectos negativos del programa de reforma en los países menos adelantados y en los países en desarrollo importadores netos de productos alimenticios; relativa a la notificación de la primera integración en virtud del párrafo 6, del artículo 2º. del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; relativa al proyecto de entendimiento sobre un sistema de información "OMC"-ISO sobre normas; sobre el examen de la información publicada por el Centro de Información de la ISO/CEI; sobre las medidas contra la elusión; Decisión sobre el examen del párrafo 6 del Artículo 17 del Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI, del GATT de 1994; sobre el Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VII del GATT de 1994; relativa a los casos en que las administraciones de aduanas tengan motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado; sobre los textos relativos a los valores mínimos y a las importaciones efectuadas por agentes exclusivos, distribuidores exclusivos y concesionarios exclusivos; relativas al GATS; relativa a las disposiciones institucionales para el GATS;

Asimismo, decisiones: relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para el GATS; sobre el comercio de servicios y el medio ambiente; relativa a las negociaciones sobre

el movimiento de personas físicas; Decisión relativa a los servicios financieros; relativa a las negociaciones sobre servicios de transporte marítimo; relativa a las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas; Decisión relativa a los servicios profesionales; sobre la adhesión al Acuerdo sobre Contratación Pública; sobre aplicación y examen del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias; ministeriales adoptadas por los Ministros en la Reunión del Comité de Negociaciones Comerciales celebradas el 14 de abril de 1994, en Marrakech; relativa a la aceptación del Acuerdo por el que se establece la "OMC" y la adhesión a dicho Acuerdo; sobre comercio y medio ambiente; relativa a las consecuencias orgánicas y financieras que se deriva de la aplicación del Acuerdo por el que se establece la "OMC"; relativa al establecimiento del Comité Preparatorio de la OMC.

Declaraciones: sobre la contribución de la OMC al logro de una mayor coherencia en la formulación de la política económica a escala mundial; sobre la relación de la OMC con el Fondo Monetario Internacional (FMI); sobre el Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT de 1994; relativa a la solución de diferencias de conformidad con el Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT de 1994 o con la Parte V del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias;

IV. Entendimiento Relativo a los Compromisos en Materia de Servicios Financieros.

V. GATT de 1947.

2.2.3. Condición jurídica de la Organización Mundial del Comercio (OMC).- De acuerdo con el Artículo VIII del Acuerdo de Marrakech, la OMC cuenta con personalidad jurídica, y cada uno de sus Miembros le conferirá la capacidad jurídica necesaria y los privilegios e inmunidades (Párrafos 1 y 2), asimismo, conferirá a los funcionarios de la OMC y a los representantes de los Miembros los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones en relación con la OMC (Párrafo 3) y dichos privilegios e inmunidades serán similares a los privilegios e inmunidades estipulados en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de noviembre de 1947 (Párrafo 4).

A pesar de que Romualdo Bermejo García reitera lo anterior, señala que el problema que subyace en este marco de cooperación es el de determinar el papel que va a desempeñar la OMC en el conjunto de las organizaciones internacionales de ámbito económico, debido sobre todo a que el campo de aplicación de la propia Organización en ciertos sectores no es absoluto.¹⁴²

2.2.4. Objetivos de la Organización Mundial del Comercio (OMC).- Los objetivos de la OMC se plasmaron en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech, en donde se reiteran algunos de los objetivos y principios formulados en el Acuerdo General de

¹⁴² Bermejo García, Romualdo y San Martín Sánchez de Muniáin, Laura. *Del Gatt a la Organización Mundial del Comercio: Análisis y Perspectivas de Futuro*, Anuario de Derecho Internacional, XII, Pamplona España, 1996, pp. 162 y 163.

1947. Se trata esencialmente de asegurar la utilización óptima, desde un punto de vista global, de los recursos económicos. Así, las relaciones comerciales entre las Partes “deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio”. La única concesión a un objetivo que no sea el incremento de riquezas materiales la encontramos en la mención que se hace de la preservación del medio ambiente y la referencia al desarrollo sostenible, que aparecen no como objetivos que podrían atemperar el libre cambio sino como un objetivo que el incremento de recursos debería permitir alcanzar.¹⁴³

Por su parte la autora Ana Karina González, señala como objetivos de la OMC, elevar los niveles de vida, lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva; Incremento de la producción y el intercambio de bienes y servicios entre los países miembros; promover un sistema de comercio abierto, no discriminatorio, y equitativo, que ayuda a los países a mejorar sus estructuras económicas y elevar los niveles de vida de la población basados en un desarrollo económico sustentable; mejorar el acceso a mercados de exportación de países en desarrollo y fomentar y mantener políticas, internas y externas,

¹⁴³ *Ibidem*, pp.159 y 160.

que promuevan el crecimiento económico y la protección al medio ambiente.¹⁴⁴

Asimismo, en el Acuerdo de Marrakech, las partes reconocieron, entre otros aspectos importantes, que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales, por lo que consideraron necesario realizar esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico.

Por lo anterior resolvieron desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero que abarque el GATT, los resultados de anteriores esfuerzos de liberalización del comercio y los resultados integrales de las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la RU.

Es así que se aprecia en el preámbulo de la Declaración de Marrakech, que las partes reconocieron: que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el

¹⁴⁴ González, Ana Karina y Alanís Ibañez, Gustavo. *La Organización Mundial de Cooperación y Desarrollo Económico y el Medio Ambiente*, México, Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A.C., 1998, p. 9.

comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico; además que es necesario realizar esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico.

De igual manera, manifestaron su deseo de contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales; también se manifestaron resueltas a desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero que abarque el GATT, los resultados de anteriores esfuerzos de liberalización del comercio y los resultados integrales de las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la RU y se decidieron a preservar los principios fundamentales y a favorecer la consecución de los objetivos que

informan este sistema multilateral de comercio, por lo que establecieron la OMC.¹⁴⁵

2.2.5. Funciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC).- Conforme al Artículo III del Acuerdo de Marrakech, la OMC asume diversas funciones en materias importantes, como son la aplicación, administración y funcionamiento del Acuerdo; foro de negociaciones; entendimiento sobre normas y procedimientos para la solución de diferencias; políticas comerciales; y la formulación de políticas económicas.

En efecto, el párrafo 1 de ese artículo señala que facilitará la aplicación, administración y funcionamiento del mismo acuerdo y de los acuerdos comerciales multilaterales y plurilaterales, el párrafo 2 indica que será foro para las negociaciones entre sus miembros de los Acuerdos Comerciales Multilaterales incluidos en los anexos del acuerdo y para las negociaciones futuras; la OMC también administrará el “ESD” y el “Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales” (Párrafos 3 y 4) y finalmente, a fin de lograr una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas a escala mundial, la OMC cooperará, según proceda, con el FMI y con el “BIRF” y sus organismos conexos, con lo que se integra la triada de instituciones prevista desde los años cuarentas.

¹⁴⁵ OMC. *Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994*.
http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm. consultado 03 de abril de 2016.

2.2.6. Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC).- De conformidad con los artículos XI y XII del Acuerdo de Marrakech, los miembros de la OMC, son iniciales y adheridos; el día 1 de enero de 1995, fecha de su entrada en vigor del Acuerdo, la OMC contó con 81 Miembros iniciales y para el 29 de julio de 2016, la cifra ascendió a 164 miembros, cabe señalar que pese a los conflictos internacionales el último país en adherirse a la Organización fue Afganistán.

2.2.6.1. Miembros iniciales de la Organización Mundial del Comercio (OMC).- Como se mencionó, los miembros iniciales fueron 81, el artículo XI del Acuerdo de Marrakech, consideró como partes contratantes a su entrada en vigor, a las partes contratantes del GATT de 1947 y las Comunidades Europeas, que acepten el presente Acuerdo y los Acuerdos Comerciales Multilaterales y para las cuales se anexen Listas de Concesiones y Compromisos al GATT de 1994, y para las cuales se anexen Listas de Compromisos Específicos al "AGCS" (o por sus siglas en inglés, el "GATS") pasarán a ser Miembros iniciales de la OMC (párrafo 1); el mismo artículo estableció que los países menos adelantados reconocidos como tales por las Naciones Unidas sólo deberán asumir compromisos y hacer concesiones en la medida compatible con las necesidades de cada uno de ellos en materia de desarrollo, finanzas y comercio o con sus capacidades administrativas e institucionales (Párrafo 2).

2.2.6.2. Miembros adheridos de la Organización Mundial del Comercio (OMC).- El artículo XII del Acuerdo de Marrakech establece que todo Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales podrá adherirse al presente Acuerdo en condiciones que habrá de convenir con la OMC.

Esa adhesión será aplicable al presente Acuerdo y a los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexos al mismo (párrafo 1). Las decisiones en materia de adhesión serán adoptadas por la Conferencia Ministerial, que aprobará el acuerdo sobre las condiciones de adhesión por mayoría de dos tercios de los Miembros de la OMC (párrafo 2), mientras que la adhesión a un Acuerdo Comercial Plurilateral se regirá por las disposiciones de ese Acuerdo (párrafo 3).

Asimismo, se indica que el Acuerdo de Marrakech y los Acuerdos Comerciales Multilaterales enumerados en los Anexos 1 y 2 no se aplicarán entre dos Miembros si uno u otro no consiente en dicha aplicación en el momento en que pase a ser Miembro cualquiera de ellos (Artículo XIII, párrafo 1), pero puede aplicarse entre Miembros iniciales de la "OMC" que hayan sido partes contratantes del GATT de 1947 únicamente en caso de que se hubiera recurrido anteriormente al artículo XXXV de ese Acuerdo y de que dicho artículo estuviera vigente entre esas partes contratantes en el momento de la entrada en vigor para ellas del presente Acuerdo (Artículo XIII, párrafo 2); lo anterior

aplica entre un Miembro y otro Miembro que se haya adherido al amparo del artículo XII únicamente si el Miembro que no consienta en la aplicación lo hubiera notificado a la Conferencia Ministerial antes de la aprobación por ésta del acuerdo sobre las condiciones de adhesión (Artículo XIII, párrafo 3).

Cabe señalar que de acuerdo con el artículo XII, párrafo 4, a petición de cualquier Miembro, la Conferencia Ministerial podrá examinar la aplicación del presente artículo en casos particulares y formular recomendaciones apropiadas y finalmente, que la no aplicación de un Acuerdo Comercial Plurilateral entre partes en el mismo se regirá por las disposiciones de ese Acuerdo (Párrafo 5).

Por otro lado, los autores Romualdo Bermejo y Laura San Martín, señalan que es de reconocerse que el grado de interés que suscitó la RU y fue tal que se inició, a partir de diciembre de 1993, una carrera para poder obtener el estatuto de miembro inicial de la entonces futura OMC. Tanto es así que algunos Estados en desarrollo, una vez que vieron la viabilidad de la Organización, pero antes de que se llegara a crear, se apresuraron a acceder mediante una simple declaración sin negociar un protocolo de adhesión y por tanto sin listas de concesiones.

Lo anterior permitió incrementar notablemente el número de Partes Contratantes, llegando a 128 el 31 de diciembre de 1994. La OMC, como Organización con vocación universal, prevé también la posibilidad de adhesión. Los procedimientos para la adhesión al Acuerdo constitutivo de la OMC son

básicamente los mismos que los que se establecían para la adhesión al GATT. Las condiciones de la adhesión se fijarán, según el artículo XII, mediante acuerdo entre el Estado o territorio aduanero que la solicite y la OMC, acuerdo que será aprobado en la Conferencia Ministerial por la mayoría de dos tercios.

Los mismos autores también indican que no sólo los Estados pueden adherirse a la OMC, sino también los territorios aduaneros distintos que disfruten “de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, lo que implica que un Estado podría estar representado por más de un Miembro si en su territorio hay uno o varios territorios aduaneros que reúnan estos requisitos. Del mismo modo, un territorio aduanero, aunque no sea Estado puede adherirse a la OMC, lo que significa que puede haber Miembros que sean Estados y Miembros que no lo sean.”

El caso de la adhesión de China que, después de ser Parte originaria del GATT, dejó de participar en él a partir del 6 de marzo de 1950, fecha en que el gobierno nacionalista notificó al Secretario General de las Naciones Unidas la retirada de China. Posteriormente obtuvo, en 1982, el estatuto de “observador” y en junio de 1986 solicitó recuperar el estatuto de Parte Contratante.¹⁴⁶

¹⁴⁶ OMC. *Miembros y Observadores*, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm. consultado 03 de abril de 2016.

Finalmente, de acuerdo con la página web de la OMC, al 2 de marzo de 2013, ésta cuenta con 159 miembros, entre ellos México, que se incorporó el 1 de enero de 1995.¹⁴⁷

2.2.7. Observadores de la Organización Mundial del Comercio (OMC).- Asimismo, en la página web de la OMC, se señala actualmente, que los siguientes gobiernos tienen la condición de observador:

Andorra; Argelia; Azerbaiyán; Bahamas; Belarús; Bhután; Bosnia y Herzegovina; Comoras, Etiopía; Guinea Ecuatorial; Irán, Iraq; Kazajstán; Libia; República Árabe Siria; República de Liberia; República Libanesa; Santa Sede; Santo Tomé y Príncipe; Serbia; Seychelles; Sudán; Uzbekistán; Yemen. Con excepción de la Santa Sede, los observadores deben iniciar las negociaciones de adhesión en un plazo de cinco años después de obtener la condición de observador.

2.3. Estructura de la Organización Mundial del Comercio (OMC).- La OMC se integra con la Conferencia Ministerial, el Consejo General, los Consejos del Comercio de Mercancías, del Comercio de Servicios y de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, los Comités de Comercio y Desarrollo, de Restricciones por Balanza de Pagos y de Asuntos Presupuestarios, Financieros y

¹⁴⁷ *Ídem.*

Administrativos y la Secretaría, los que cuentan con las siguientes atribuciones:

2.3.1. Conferencia Ministerial. De conformidad con el artículo IV del Acuerdo de Marraquech, el órgano supremo de la OMC, es la Conferencia Ministerial, integrada por todos los Miembros, que se reunirá cuando menos dos veces cada dos años y es la que desempeña las funciones de la OMC, adoptará las decisiones correspondientes sobre todos los asuntos relativos a los Acuerdos Comerciales Multilaterales si se lo pide un Miembro, de acuerdo con lo que prescriben el propio acuerdo y dichos acuerdos comerciales (Párrafo1).

2.3.2. Consejo General. Integrado por representantes de todos los miembros, se reunirá según proceda, desempeñará las funciones de la OMC en los intervalos de ésta, así como las que les confiere el Acuerdo, establecerá las normas de procedimiento y aprobará las de los Comités a que se refiere el párrafo 7, asimismo, desempeñará las funciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) establecido en el ESD. El OSD podrá tener su propio presidente y establecerá las normas de procedimiento que considere necesarias para el cumplimiento de dichas funciones; También le corresponde desempeñar las funciones del Órgano de Examen de las Políticas Comerciales establecido en el MEPC. El Órgano de Examen de las Políticas Comerciales podrá tener su propio presidente y establecerá las

normas de procedimiento que considere necesarias para el cumplimiento de dichas funciones (Párrafos 2, 3 y 4).

Cabe señalar que de acuerdo con el artículo V, el Consejo General concertará acuerdos apropiados de cooperación efectiva con otras organizaciones intergubernamentales que tengan responsabilidades afines a las de la OMC (Párrafo 1) y podrá adoptar disposiciones apropiadas para la celebración de consultas y la cooperación con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de cuestiones afines a las de la OMC (Párrafo 2).

El Consejo General adoptará el reglamento financiero y el proyecto de presupuesto anual por una mayoría de dos tercios que comprenda más de la mitad de los Miembros de la OMC (Artículo VII, párrafo 3), desde luego que cada Miembro aportará sin demora a la OMC la parte que le corresponda en los gastos de la Organización de conformidad con mencionado reglamento (Artículo VII, párrafo 4)

2.3.3. Consejo del Comercio de Mercancías, Consejo del Comercio de Servicios y Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Consejo de los ADPIC).- Funcionarán bajo la orientación general del Consejo General. El Consejo del Comercio de Mercancías supervisará el funcionamiento de los Acuerdos Comerciales Multilaterales del Anexo 1^a. El Consejo del Comercio de Servicios supervisará el funcionamiento del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). El

Consejo de los ADPIC supervisará el funcionamiento del Acuerdo ADPIC.

Estos Consejos desempeñarán las funciones a ellos atribuidas en los respectivos Acuerdos y por el Consejo General. Establecerán sus respectivas normas de procedimiento, a reserva de aprobación por el Consejo General. Podrán formar parte de estos Consejos representantes de todos los Miembros. Estos Consejos se reunirán según sea necesario para el desempeño de sus funciones. Estos Consejos establecerán los órganos subsidiarios que sean necesarios. Dichos órganos subsidiarios establecerán sus respectivas normas de procedimiento a reserva de aprobación por los Consejos correspondientes (Párrafos 5 y 6).

2.3.4. Comité de Comercio y Desarrollo, Comité de Restricciones por Balanza de Pagos y Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos.-

Desempeñarán las funciones a ellos atribuidas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, así como las funciones adicionales que les atribuya el Consejo General, y podrá establecer Comités adicionales con las funciones que estime apropiadas. El Comité de Comercio y Desarrollo examinará periódicamente, como parte de sus funciones, las disposiciones especiales en favor de los países menos adelantados Miembros contenidas en los Acuerdos Comerciales Multilaterales y presentará informe al Consejo General para la adopción de disposiciones apropiadas. Podrán formar parte de

estos Comités representantes de todos los Miembros (Párrafo 7).

Debe indicarse que los órganos establecidos en virtud de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales desempeñarán las funciones a ellos atribuidas en virtud de dichos Acuerdos y funcionarán dentro del marco institucional de la "OMC". Dichos órganos informarán regularmente al Consejo General sobre sus respectivas actividades (Párrafo 8).

Por otro lado, el Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos examinará el proyecto de presupuesto y el estado financiero anuales presentados por el Director General y formulará al respecto recomendaciones al Consejo General. El proyecto de presupuesto anual estará sujeto a la aprobación del Consejo General (Artículo 7, Párrafo 1). Asimismo, propondrá al Consejo General un reglamento financiero que comprenderá disposiciones en las que se establezcan (Artículo VII, párrafo 2): la escala de contribuciones por la que se prorrateen los gastos de la OMC entre sus Miembros; y las medidas que habrán de adoptarse con respecto a los Miembros con atrasos en el pago. El reglamento financiero se basará, en la medida en que sea factible, en las disposiciones y prácticas del GATT de 1947. (Párrafo 2)

2.3.5. Secretaría.- De acuerdo con el artículo VI del Acuerdo, la Secretaría será dirigida por un Director General nombrado por la Conferencia Ministerial, que adoptará un reglamento que estipule sus facultades, deberes, condiciones de servicio y

duración del mandato (Párrafos 1 y 2) y el Director General nombrará al personal de la Secretaría y determinará sus deberes y condiciones de servicio de conformidad con los reglamentos que adopte la Conferencia Ministerial (Párrafo 3).

Algo muy importante es la independencia en la actuación del Director General y del personal de la Secretaría, ya que sus funciones serán de carácter exclusivamente internacional y en el cumplimiento de sus deberes, no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna otra autoridad ajena a la OMC y se abstendrán de realizar cualquier acto que pueda ser incompatible con su condición de funcionarios internacionales. Los Miembros de la OMC respetarán el carácter internacional de las funciones del Director General y del personal de la Secretaría y no tratarán de influir sobre ellos en el cumplimiento de sus deberes (Párrafo 4).

El Director General presentará al Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos el proyecto de presupuesto y el estado financiero anuales de la "OMC". (Artículo VII, Párrafo 1)

En cuanto a la adopción de decisiones, de acuerdo con el artículo IX del Acuerdo, las decisiones de la OMC son por consenso conforme al GATT de 1947 y salvo disposición en contrario, cuando no se llegue a una decisión, se procederá a la votación y cada Miembro tiene un voto, pero las Comunidades Europeas tendrán un voto por cada Estado Miembro de la OMC; Las decisiones se adoptarán por mayoría de los votos emitidos, salvo que se disponga lo contrario en el Acuerdo o en el

Acuerdo Comercial Multilateral correspondiente (Artículo 11, párrafo 1).

De acuerdo con Romualdo Bermejo, el sistema “un país, un voto” contrasta con el de otras organizaciones económicas y financieras internacionales en las que impera el sistema del voto ponderado. Los ejemplos del Fondo Monetario Internacional están ahí para recordarlo; pero no son los únicos ya también siguen este sistema la mayoría de los Bancos intergubernamentales de desarrollo, comprendiendo incluso aquéllos que reagrupan a los países en desarrollo, en los que los grandes Estados conservan una posición de hegemonía o al menos de supremacía.¹⁴⁸

Asimismo, la Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales. En el caso de una interpretación de un Acuerdo Comercial Multilateral del Anexo 1, ejercerán dicha facultad sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo. La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros. El presente párrafo no se aplicará de manera que menoscabe las disposiciones en materia de enmienda establecidas en el artículo X (Artículo 11, párrafo 2).

Por otro lado, es importante señalar que en circunstancias excepcionales, la Conferencia Ministerial podrá eximir a un

¹⁴⁸ Bermejo García, Romualdo y San Martín Sánchez de Muniáin, Laura. *op. cit.*, p. 171.

Miembro de una obligación impuesta por el Acuerdo o por cualquiera de los Acuerdos Comerciales Multilaterales, a condición de que la decisión sea adoptada por tres cuartos de los Miembros, salvo que se disponga lo contrario en el presente párrafo. Las solicitudes de exención con respecto al presente Acuerdo se presentarán a la Conferencia Ministerial para que las examine con arreglo a la práctica de adopción de decisiones por consenso.

La Conferencia Ministerial establecerá un plazo, que no excederá de 90 días, para examinar la solicitud. Si durante dicho plazo no se llegara a un consenso, toda decisión de conceder una exención se adoptará por tres cuartos de los Miembros, mientras que las solicitudes de exención con respecto a los Acuerdos Comerciales Multilaterales de los Anexos 1A, 1B o 1C y a sus Anexos se presentarán inicialmente al Consejo del Comercio de Mercancías, al Consejo del Comercio de Servicios o al Consejo de los ADPIC, respectivamente, para que las examinen dentro de un plazo que no excederá de 90 días. Al final de dicho plazo, el Consejo correspondiente presentará un informe a la Conferencia Ministerial (Artículo 11, párrafo 3).

En toda decisión de la Conferencia Ministerial por la que se otorgue una exención se indicarán las circunstancias excepcionales que justifiquen la decisión, los términos y condiciones que rijan la aplicación de la exención y la fecha de expiración de ésta. Toda exención otorgada por un período de más de un año será objeto de examen por la Conferencia Ministerial a más tardar un año después de concedida, y

posteriormente una vez al año hasta que quede sin efecto. En cada examen, la Conferencia Ministerial comprobará si subsisten las circunstancias excepcionales que justificaron la exención y si se han cumplido los términos y condiciones a que está sujeta. Sobre la base del examen anual, la Conferencia Ministerial podrá prorrogar, modificar o dejar sin efecto la exención. (Artículo 11, párrafo 4). Asimismo, las decisiones adoptadas en el marco de un Acuerdo Comercial Plurilateral, incluidas las relativas a interpretaciones y exenciones, se regirán por las disposiciones del Acuerdo (Artículo 11, párrafo 5).

No puede pasarse por alto que en materia de decisiones de la Conferencia Ministerial, al decir del autor John H. Jackson, existió un punto importante trascendental al que han sido dedicadas mucha atención, críticas y discusiones, es el referente a la orientación administrativa o de control de la organización, ya que por el numeroso número de miembros, es prácticamente imposible establecer procedimientos efectivos para la toma de decisiones, por lo que durante muchos años se utilizó la "habitación verde", habitación de conferencias ubicada en el edificio sede del GATT, en la que el Director General, en consulta con los embajadores de algunos de los miembros más importantes y diversos, convocaba a un grupo de principales, en donde se planteaban propuestas que luego se ofrecían al conjunto más amplio de miembros para su aprobación, proceso

que cayó en desgracia a partir de la Conferencia Ministerial de Seattle de 1999.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Cfr. H. Jackson, John. *Soberanía, La OMC y los Fundamentos Cambiantes del Derecho Internacional*, Trad. Carrillo Santarelli, Nicolás, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 180 y 181.

CAPÍTULO TERCERO

3. Mecanismos de Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio (OMC).

3.1. Disposiciones generales. Como bien es sabido que la OMC además de Organismo Internacional es uno de los máximos foros para la solución de diferencias entre Estados participantes de todo el mundo, este organismo nació bajo la tesitura de una sana convivencia a nivel internacional de los mercados y economías más importantes, las cuales hacen que la economía crezca a pasos agigantados, como es el caso de China e India. Después de la Segunda Guerra Mundial, las economías en Europa tuvieron que reconstruirse y así comenzaron haciendo las paces y dejando el mal rato de las guerras en el olvido, hasta constituir uniones de países en distintos rubros, no solamente los de mercado, por ejemplo lo que hoy en día es la Unión Europea.

Con la reconstrucción de los llamados países viejos y la apertura de nuevos mercados en América, Asia y África, proveniente principalmente de las economías emergentes, las naciones comenzaron a exportar masivamente sus productos con lo que se dio paso a la globalización, siendo que de una u otra forma la globalización bien para muchos y mal para otros tantos ha ayudado a conseguir a buenos precios en los productos, para allegarse de recursos o inclusive de servicios en todo el mundo; teniéndose que regular el comercio internacional, no obstante la soberanía de muchos países impide a las

naciones adherirse a reglas, procesos y procedimientos internacionales, los países terminan por adherirse a los acuerdos o tratados internacionales.

Los Estados Unidos de América, la primer potencia mundial comenzó por tomar la batuta de todo el comercio mundial, casi a la par de la terminación de la Segunda Guerra Mundial con la creación de GATT de 1947, luego ya por los años 60's con su tecnología tan alejada de casi todos los países del mundo, a excepción de los rusos, logró el reconocimiento de primer potencia mundial; inclusive mando al primer hombre a la luna, como ejemplo de su avance tecnológico. Países emergentes permanecieron entonces en la incertidumbre de si entrar a los Acuerdos Generales de Comercio que proponían los Estados Unidos de América, sería benéfico para su economía; sin embargo los mismos Estados Unidos de América fueron los primeros en permanecer fuera del tratado debido a la posición que tomarían los demás países frente a este, es decir de, uno a uno. Así pues Estados Unidos prefirió seguir negociando de manera desigual y condicional para con los demás países menos adelantados continuando con su hegemonía imperialista.

3.2. Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD).- Antes de entrar en materia, es conveniente referirme a que México, aparte de tener suscrito el Acuerdo de Marrakech para entrar a la OMC, también es parte del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá "NAFTA" por sus siglas en

inglés (TLCAN), situación que no implica incompetencia jurisdiccional en materia de solución de diferencias, pues como lo indica Avelino León, el numeral 1 del Artículo 2005 del TLCAN, dispone que excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro sucesor GATT, podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la parte reclamante y que se consagra para la Parte reclamante un derecho de opción entre el sistema de solución de controversias de dicho Tratado y el procedimiento del ESD, que sobre este particular dispone la OMC (Acta Final de la Ronda Uruguay, y el Acuerdo de Marrakech, una y otro firmados en esta ciudad el 15 de abril de 1994.¹⁵⁰

Asimismo, debe señalarse que el procedimiento establecido por el "ESD", cumple con los requisitos establecidos por el artículo 8o. de la Ley Sobre Celebración de Tratados (LSCT), por lo cual, las recomendaciones y resoluciones que emite el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, son válidas y obligatorias para México.

Por otro lado, la resolución de un panel no deberá afectar la seguridad del Estado Mexicano, el orden público o el interés esencial de la nación, ya que de lo contrario, los efectos de sus resoluciones, para efectos internos, no tendrán eficacia y no

¹⁵⁰ Cfr. León Steffens, Avelino. *El Futuro del Libre Comercio en el Continente Americano, Análisis y Perspectivas*, Serie I, México, Estudios de Derecho Económico, N° 29, UNAM, IJ, 1997, pp. 305 y 306.

serán reconocidos, en términos del Artículo 11 de la propia LSCT. El cumplimiento del principio de reciprocidad del ESD, se encuentra garantizado por el Artículo II.1 del Acuerdo que crea la OMC (obligación de todos los Miembros de cumplir los Acuerdos Comerciales Multilaterales), así como por el Artículo 23 del mismo Entendimiento (fortalecimiento del sistema multilateral).¹⁵¹

Ahora bien, cabe destacar junto con Jorge Alberto Moreno Castellanos, que el sistema de solución de diferencias del GATT desde su constitución, tuvo como propósito resolver dos tipos de disputas: que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente derivada del Acuerdo General se halle anulada o menoscabada y cuando el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido, a consecuencia de que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas, aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del Acuerdo General o cualquier otra situación que impida o pudiese impedir la consecución de los objetivos del GATT. En caso de que una parte alegue cualquiera de los dos supuestos anteriores, es decir, invoque la violación de una regla del GATT, la principal meta del sistema de solución de diferencias es poner fin a dicha violación.

De tal manera que cuando cualquier país estime que otro anula o pone en peligro sus derechos comerciales, puede acudir al GATT. Primero, se recomienda el diálogo, a través de

¹⁵¹ Moreno Castellanos, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 280.

consultas bilaterales, y si no hay arreglo, un panel examinará el caso y hará recomendaciones. Si el país infractor no aplica las recomendaciones, el país perjudicado podrá solicitar al GATT autorización para adoptar medidas de represalia. Estas medidas sólo podrán aplicarse si existe consenso de los países miembros.¹⁵²

Al respecto, la OMC, señala que en el antiguo GATT existía ya un procedimiento de solución de diferencias, pero no preveía plazos fijos, era más fácil obstruir la adopción de las resoluciones y en muchos casos pasaba mucho tiempo sin que se llegara a una solución concluyente. El Acuerdo de la RU estableció un procedimiento más estructurado, con etapas más claramente definidas, implantó una mayor disciplina en cuanto al tiempo que debía tardarse en resolver una diferencia, con plazos flexibles para las diversas etapas del procedimiento. En el Acuerdo se hace hincapié que para que la OMC funcione eficazmente es esencial la pronta solución de las diferencias. Se establecen con gran detalle el procedimiento y el calendario que ha de seguirse al resolver las diferencias. Un caso que siga su curso completo hasta la primera resolución no debe durar normalmente más de un año aproximadamente, 15 meses de haber apelación.¹⁵³

Ya entrando en materia, he de señalar que el ESD, forma parte integrante del GATT de 1994 como Anexo 2 y respecto de su ámbito y aplicación, de acuerdo con su artículo 1, las normas

¹⁵² Secofi, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵³ OMC. *Los Años del GATT: de la Habana a Marrakech*.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm consultado 10 de abril de 2016.

y procedimientos que establece serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados enumerados en los Apéndices 1 y 2 del entendimiento y a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones del Acuerdo que establece la OMC y el entendimiento, tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados (Párrafo 1).

Jorge Alberto Moreno Castellanos señala que el sistema de solución de controversias de la OMC centra su mecanismo en los Artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, los cuales se erigen como la base general y formal del mismo. El Artículo XXII establece el derecho a las consultas con otra parte contratante sobre las materias contenidas en el Acuerdo General. Por su parte, el Artículo XXIII prevé como prerequisite invocar el procedimiento establecido en aquél para aplicar el mecanismo de éste.

Tres son las características del procedimiento establecido en estos preceptos: se puede invocar el mecanismo no únicamente en presencia de la violación del Acuerdo, sino también cuando un Miembro de la "OMC" considere que se anulará o menoscaban los beneficios esperados de la aplicación del Acuerdo; los Artículos XXII y XXIII del GATT facultan a las Partes Contratantes para emitir resoluciones vinculatorias para las partes en las diferencias que se les vaya a plantear y el mecanismo faculta a las Partes Contratantes para que en casos

serios se autorice a una parte o partes contratantes de suspender sus obligaciones que suponga concesiones equivalentes en favor de la parte que ha incumplido con esa puesta en conformidad.

Cada una de estas características tiene importantes interpretaciones e implicaciones, y aunque el Artículo XXIII no dice mucho acerca de ellas, los procesos han implementado por más de cuatro décadas, los principios que involucran la práctica de solución de diferencias en el GATT, como la conciliación y el acercamiento entre partes, que de tal fortuna hacen que el GATT se distinga de otros tratados de naturaleza comercial y económica, porque combina reglas de conducta en política comercial, con minuciosos procedimientos multilaterales de solución de diferencias.

Adicionalmente, el sistema general de solución de diferencias del GATT a la OMC se encuentra regulado por los instrumentos jurídicos siguientes: los Artículos XXII y XXIII del Acuerdo General de 1947, el entendimiento Relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia, el 28 de noviembre de 1979, y su Anexo relativo a la Exposición acordada de la práctica consuetudinaria el GATT en materia de Solución de Diferencias y el ESD por los que se rige la Solución de Diferencias en el marco de los Artículos XXII y XXIII del GATT de 1990 (Documento MTN.TNC/W/FA), que forma parte del texto Dunkel. Todos estos instrumentos se encuentran resumidos y regulados por los que se rige la Solución de Diferencias, ESD, que unifica el sistema general de

solución de diferencias anterior al inicio de vigencia de la OMC.¹⁵⁴

Asimismo, las normas y procedimientos del entendimiento se aplicarán sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados identificados en el Apéndice 2, prevaleciendo éstos en caso de discrepancia. En las diferencias entre normas y procedimientos especiales o adicionales de los acuerdos abarcados, si las partes en la diferencia no se ponen de acuerdo dentro de los 20 días siguientes al establecimiento del grupo especial, el Presidente del OSD, en consulta con dichas partes, determinará las normas y procedimientos a seguir en un plazo de 10 días contados a partir de la presentación de una solicitud por uno u otro Miembro y se guiará por el principio de que cuando sea posible se seguirán las normas y procedimientos especiales o adicionales, y de que se seguirán las normas y procedimientos establecidos en el Entendimiento en la medida necesaria para evitar conflicto de normas (Párrafo 2 del artículo 1 del ESD).

El Apéndice 1 relaciona los siguientes Acuerdos Abarcados por el "ESD": A. Acuerdo por el que se establece la OMC; B. Acuerdos Comerciales Multilaterales: AMCM; GATS; Acuerdo sobre los ADPI relacionados con el Comercio; Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. C. Acuerdos Comerciales Plurilaterales: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles; Acuerdo

¹⁵⁴ Moreno Castellanos, Jorge Alberto, *op. cit.*, pp. 277 y 278.

sobre Contratación Pública; Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos; Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino.

Asimismo, se indica que la aplicabilidad del ESD a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales dependerá de que las partes en el acuerdo en cuestión adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de su aplicación, con inclusión de las posibles normas o procedimientos especiales o adicionales a efectos de su inclusión en el Apéndice 2, que se hayan notificado al OSD.

Por su parte el Apéndice 2 establece las normas y procedimientos especiales y adicionales contenidos en los Acuerdos Abarcados:

ACUERDO	NORMAS Y PROCEDIMIENTOS
Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias	11.2
Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido.	2.14, 2.21, 4.4, 5.2, 5.4, 5.6, 6.9, 6.10, 11, 8.1 a 8.12
Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.	14.2 a 14.4, Anexo 2
Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994.	17.4 a 17.7
Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994	19.3 a 19.5, Anexo II.2 f), 3, 9, 21
Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.	4.2 a 4.12, 6.6, 7.2 a 7.10, 8.5, nota 35, 24.4, 27.7, Anexo V
Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.	XXII.3, XXIII.3
Anexo sobre Servicios Financieros.	4.1
Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo.	4
Decisión relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para el AGCS	1 a 5

Fuente: Moreno Castellanos, Jorge Alberto, *op. cit.*, pp. 277 y 278

En el caso de las disposiciones comprendidas en la lista de normas y procedimientos que figura en el presente Apéndice, puede suceder que sólo sea pertinente en este contexto una parte de la correspondiente disposición. Las normas o procedimientos especiales o adicionales de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que hayan determinado los órganos competentes de cada uno de dichos acuerdos y que se hayan notificado al OSD.

Es preciso mencionar que el nuevo sistema, que establece un procedimiento general de solución de diferencias para el conjunto de los sectores del comercio mundial, constituye un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Cumple una doble función, ya que sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.¹⁵⁵

3.2.1. Procedimiento y/o etapas para resolver las diferencias en el marco del ESD.- Se consideró primeramente, que con el nuevo procedimiento la transparencia será mayor, pues se publicará un resumen de las pruebas no confidenciales presentadas por las partes en litigio por lo que el público en

¹⁵⁵ Bermejo García, Romualdo y San Martín Sánchez de Muniáin, Laura, *op. cit.* p. 182.

general tendrá un conocimiento más cabal del asunto y de la manera en que se ha adoptado la decisión final.¹⁵⁶

En este contexto, de conformidad con el artículo 12 del ESD, los grupos especiales de trabajo seguirán los Procedimientos de Trabajo del apéndice 3, al menos el grupo de trabajo acuerde otra cosa tras consultar a las partes en la diferencia. El apéndice 3 señala que el grupo especial se reunirá a puerta cerrada y las partes en la diferencia y las partes interesadas sólo estarán presentes en las reuniones cuando aquél las invite a comparecer (Párrafo 2).

Es de indicarse que las deliberaciones del grupo especial, y los documentos que se hayan sometido a su consideración, tendrán carácter confidencial, pero ninguna de las disposiciones del Entendimiento impedirá a una parte en la diferencia hacer públicas sus posiciones. Asimismo, los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al grupo especial por otro Miembro a la que éste haya atribuido tal carácter y cuando una parte en la diferencia facilite una versión confidencial de sus comunicaciones escritas al grupo especial, también facilitará, a petición de cualquier Miembro, un resumen no confidencial de la información contenida en esas comunicaciones que pueda hacerse público (Párrafo 3).

El apéndice 3 establece la celebración de las siguientes reuniones:

¹⁵⁶ *Cfr.* Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, *op. cit.*, p. 28.

A.- Primera reunión.- Antes de celebrarse la primera reunión sustantiva del grupo especial con las partes, éstas le presentarán comunicaciones escritas en las que expongan los hechos del caso y sus respectivos argumentos (Párrafo 4), el grupo especial pedirá a la parte reclamante que presente sus alegaciones, luego se pedirá a la parte demandada que exponga su opinión al respecto (Párrafo 5). Todos los terceros que hayan notificado al OSD su interés en la diferencia serán invitados por escrito a exponer sus opiniones durante una sesión de la primera reunión sustantiva del grupo especial reservada para tal fin y podrán estar presentes durante la totalidad de dicha sesión (Párrafo 6).

B.- Segunda reunión.- Antes de la reunión, las partes presentarán sus escritos de réplica al grupo especial y en la reunión se presentarán las réplicas formales, la parte demandada tendrá derecho a hablar en primer lugar, y a continuación lo hará la parte reclamante. (Párrafo 7), el grupo especial podrá en todo momento hacer preguntas a las partes y pedirles explicaciones, ya sea durante una reunión con ellas o por escrito (Párrafo 8), las partes en la diferencia, y cualquier tercero invitado a exponer sus opiniones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, pondrán a disposición del grupo especial una versión escrita de sus exposiciones orales (Párrafo 9).

Asimismo, en interés de una total transparencia, las exposiciones, las réplicas y las declaraciones mencionadas en

los párrafos 5 a 9 se harán en presencia de las partes y además, las comunicaciones escritas de cada parte, incluidos los comentarios sobre la parte expositiva del informe y las respuestas a las preguntas del grupo especial, se pondrán a disposición de la otra u otras partes (Párrafo 10).

C.- Calendarización de trabajo de los grupos especiales.- El párrafo 12 calendariza los trabajos especiales de la siguiente manera:

a) Recepción de las primeras comunicaciones escritas de las partes:

1) La parte reclamante: 3 a 6 semanas.

2) La parte demandada: 2 a 3 semanas.

b) Fecha, hora y lugar de la primera reunión sustantiva con las partes; sesión destinada a terceros: 1 a 2 semanas.

c) Recepción de las réplicas presentadas por escrito por las partes: 2 a 3 semanas.

d) Fecha, hora y lugar de la segunda reunión sustantiva con las partes: 1 a 2 semanas.

e) Traslado de la parte expositiva del informe a las partes: 2 a 4 semanas.

f) Recepción de comentarios de las partes sobre la parte expositiva del informe: 2 semanas.

g) Traslado del informe provisional, incluidas las constataciones y conclusiones, a las partes: 2 a 4 semanas.

- h)** Plazo para que cualquiera de las partes pida el reexamen de parte (o partes) del informe: 1 semana.
- i)** Período de reexamen por el grupo especial, incluida una posible nueva reunión con las partes: 2 semanas.
- j)** Traslado del informe definitivo a las partes en la diferencia: 2 semanas.
- k)** Distribución del informe definitivo a los Miembros: 3 semanas

Este calendario podrá modificarse en función de acontecimientos imprevistos. En caso necesario se programarán reuniones adicionales con las partes (Párrafo 12).

Ahora bien, continuando la exposición de lo que establece el artículo 12 del ESD, en el procedimiento de los grupos especiales deberá haber flexibilidad suficiente para garantizar la calidad de los informes sin retrasar indebidamente los trabajos de los grupos especiales (Párrafo 2). También, previa consulta con las partes en la diferencia y tan pronto como sea factible, de ser posible en el plazo de una semana después de que se haya convenido en la composición y el mandato del grupo especial, los integrantes del grupo especial fijarán el calendario para sus trabajos, teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 9 del artículo 4, si procede (Párrafo 3).

Por otro lado, al determinar el calendario de sus trabajos, el grupo especial dará tiempo suficiente a las partes en la diferencia para que preparen sus comunicaciones (Párrafo 4) y deberá fijar, para la presentación de las comunicaciones escritas

de las partes, plazos precisos que las partes en la diferencia han de respetar (Párrafo 5).

Asimismo, cada parte en la diferencia depositará en poder de la Secretaría sus comunicaciones escritas para su traslado inmediato al grupo especial y a la otra o las otras partes en la diferencia, la parte reclamante presentará su primera comunicación con anterioridad a la primera comunicación de la parte demandada, a menos que el grupo especial decida, al fijar el calendario mencionado en el párrafo 3 y previa consulta con las partes en la diferencia, que las partes deberán presentar sus primeras comunicaciones al mismo tiempo, cuando se haya dispuesto que las primeras comunicaciones se depositarán de manera sucesiva, el grupo especial establecerá un plazo en firme para recibir la comunicación de la parte demandada y las posteriores comunicaciones escritas de las partes, si las hubiere, se presentarán simultáneamente (párrafo 6).

Es de indicarse que en los casos en que las partes en la diferencia no hayan podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial presentará sus conclusiones en un informe escrito al OSD, el grupo especial expondrá en su informe las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones, pero cuando se haya llegado a un arreglo de la cuestión entre las partes en la diferencia, el informe del grupo especial se limitará a una breve relación del caso, con indicación de que se ha llegado a una solución (Párrafo 7).

También es de destacarse que con objeto de que el procedimiento sea más eficaz, el plazo en que el grupo especial llevará a cabo su examen, desde la fecha en que se haya convenido en su composición y su mandato hasta la fecha en que se dé traslado del informe definitivo a las partes en la diferencia, no excederá, por regla general, de seis meses y en casos de urgencia, incluidos los relativos a productos perecederos, el grupo especial procurará dar traslado de su informe a las partes en la diferencia dentro de un plazo de tres meses (Párrafo 8).

Ahora que cuando el grupo especial considere que no puede emitir su informe dentro de un plazo de seis meses, o de tres meses en los casos de urgencia, informará al OSD por escrito de las razones de la demora y facilitará al mismo tiempo una estimación del plazo en que emitirá su informe, pero en ningún caso el período que transcurra entre el establecimiento del grupo especial y la distribución del informe a los Miembros deberá exceder de nueve meses (Párrafo 9).

Excepcionalmente, en el marco de las consultas que se refieran a una medida adoptada por un país en desarrollo Miembro, las partes podrán convenir en ampliar los plazos establecidos en los párrafos 7 y 8 del artículo 4 y si tras la expiración del plazo pertinente, las partes que celebren las consultas no puedan convenir en que éstas han concluido, el Presidente del OSD decidirá, previa consulta con las partes, si se ha de prorrogar el plazo pertinente y, de prorrogarse, por cuánto tiempo, pero además, al examinar una reclamación

presentada contra un país en desarrollo Miembro, el grupo especial concederá a éste tiempo suficiente para preparar y exponer sus alegaciones y ninguna actuación realizada en virtud del presente párrafo podrá afectar a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 20 y del párrafo 4 del artículo 21 (Párrafo 10).

También como excepción, cuando una o más de las partes sean países en desarrollo Miembros, en el informe del grupo especial se indicará explícitamente la forma en que se han tenido en cuenta las disposiciones pertinentes sobre trato diferenciado y más favorable para los países en desarrollo Miembros que forman parte de los acuerdos abarcados, y que hayan sido alegadas por el país en desarrollo Miembro en el curso del procedimiento de solución de diferencias (Párrafo 11).

Finalmente, a instancia de la parte reclamante, el grupo especial podrá suspender sus trabajos por un período que no exceda de 12 meses y los plazos establecidos en los párrafos 8 y 9 del artículo 12, el párrafo 1 del artículo 20 y el párrafo 4 del artículo 21 se prorrogarán por un período de la misma duración que aquel en que hayan estado suspendidos los trabajos y si los trabajos hubieran estado suspendidos durante más de 12 meses, quedará sin efecto la decisión de establecer el grupo especial (Párrafo 12).

D.- Derecho a recabar información.- De acuerdo con el artículo 13 del ESD, se establece el derecho de cada grupo especial de recabar información y asesoramiento técnico de

cualquier persona o entidad que estime conveniente, no obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho Miembro, pero los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente y la información confidencial que se proporcione no deberá ser revelada sin la autorización formal de la persona, institución, o autoridad del Miembro que la haya facilitado (Párrafo 1).

Asimismo, los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión, mediante un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia, en términos de las normas y procedimientos del Apéndice 4, al que me refiero a continuación (Párrafo 2):

Dichos grupos consultivos de expertos están bajo la autoridad del grupo especial, quien establecerá el mandato y los detalles del procedimiento de su trabajo y éstos le rendirán informe (Párrafo 1), pero solamente podrán formar parte de los grupos consultivos de expertos personas profesionalmente acreditadas y con experiencia en la esfera de que se trate (Párrafo 2).

Se restringe a los nacionales de los países partes en la diferencia para que sean miembros de un grupo consultivo de

expertos sin el asentimiento conjunto de las partes en la diferencia, salvo en circunstancias excepcionales en que el grupo especial considere imposible satisfacer de otro modo la necesidad de conocimientos científicos especializados y tampoco podrán formar parte de un grupo consultivo de expertos los funcionarios gubernamentales de las partes en la diferencia.

Por otro lado, para mantener la independencia de los miembros de un grupo consultivo de expertos, se establece la obligación de que actúen a título personal y no como representantes de un gobierno o de una organización, por tanto, ni los gobiernos ni las organizaciones podrán darles instrucciones con respecto a los asuntos sometidos al grupo consultivo de expertos (Párrafo 3).

Ahora bien, los grupos consultivos de expertos podrán dirigirse a cualquier fuente que estimen conveniente para hacer consultas y recabar información y asesoramiento técnico, pero antes de ello, en caso de una fuente sometida a la jurisdicción de un Miembro, se debe notificar al gobierno de ese Miembro y los Miembros darán una respuesta pronta y completa a toda solicitud que les dirija un grupo consultivo de expertos para obtener la información que considere necesaria y pertinente (Párrafo 4).

Las partes en la diferencia tendrán acceso a toda la información pertinente que se haya facilitado al grupo consultivo de expertos, a menos que sea de carácter confidencial, pues no será revelada sin la autorización formal del gobierno, organización o persona que la haya facilitado y cuando la misma

se solicite al grupo consultivo de expertos y éste no sea autorizado a comunicarla, el gobierno, organización o persona que haya facilitado la información suministrará un resumen no confidencial de ella (Párrafo 5).

Finalmente, se establece la obligación del grupo consultivo de expertos, de presentar un informe provisional a las partes en la diferencia para que hagan sus observaciones, y las tendrá en cuenta, según proceda, en el informe final, del que también se dará traslado a las partes en la diferencia cuando sea presentado al grupo especial. El informe final del grupo de expertos tendrá un carácter meramente consultivo (Párrafo 6).

E.- Confidencialidad.- De conformidad con el artículo 14 del ESD, las deliberaciones del grupo especial serán confidenciales (Párrafo 1), los informes de los grupos especiales se redactarán sin que se hallen presentes las partes en la diferencia, teniendo en cuenta la información proporcionada y las declaraciones formuladas (Párrafo 2) y las opiniones que expresen en el informe del grupo especial los distintos integrantes de éste serán anónimas (Párrafo 3).

F.- Etapa intermedia de reexamen.- De conformidad con el artículo 15 del "ESD", esta etapa se caracteriza por la emisión de un informe provisional y de uno definitivo; respecto del primero, debe señalarse que tras considerar los escritos de réplica y las alegaciones orales, el grupo especial dará traslado

de los capítulos expositivos (hechos y argumentación) de su proyecto de informe a las partes en la diferencia, para que dentro de un plazo fijado por él, las partes presentarán sus observaciones por escrito (Párrafo 1), una vez que expire, dará traslado a las mismas de un informe provisional en el que figurarán tanto los capítulos expositivos como las constataciones y conclusiones del grupo especial, para que dentro de un plazo también fijado por él, las partes puedan presentar por escrito una petición de que el grupo especial reexamine aspectos concretos del informe provisional antes de la distribución del informe definitivo a los Miembros.

Luego, a petición de parte, el grupo especial celebrará una nueva reunión con las partes sobre las cuestiones identificadas en las observaciones escritas, pero de no haberse recibido, el informe provisional se considerará definitivo y se distribuirá sin demora a los Miembros (Párrafo 2); entre las conclusiones del informe definitivo del grupo especial figurará un examen de los argumentos esgrimidos en la etapa intermedia de reexamen; La etapa intermedia de reexamen se desarrollará dentro del plazo establecido en el párrafo 8 del artículo 12, de 6 meses (Párrafo 3).

G.- Adopción de los informes de los grupos especiales.- El artículo 16 del ESD, señala que a fin de que los Miembros dispongan de tiempo suficiente para examinar los informes de los grupos especiales, deberán transcurrir 20 días desde su distribución para efectos de su adopción (Párrafo 1) y en caso

de que tengan objeciones que oponer darán por escrito una explicación de sus razones, para su distribución por lo menos 10 días antes de la reunión del "OSD" en la que se examine el informe (Párrafo 2), en la que las partes en una diferencia tendrán derecho a participar plenamente y sus opiniones constarán plenamente en acta (Párrafo 3).

Para continuar en este procedimiento de solución de diferencias, dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe de un grupo especial a los Miembros, el mismo se adoptará en una reunión del OSD,¹⁵⁷ a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe, en el primer caso, el informe del grupo especial no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación; este procedimiento de adopción se entiende sin perjuicio del derecho de los Miembros a expresar sus opiniones sobre los informes de los grupos especiales (Párrafo 4).

3.2.1.1 Consultas. Con el Entendimiento se logró un calendario bien definido para la celebración de consultas y la solución de diferencias en esta fase. En 10 días contados a partir de la solicitud de consultas, el Miembro al que le fue dirigida la solicitud deberá contestar y en 30 días entrará en consultas de

¹⁵⁷ Si no hay prevista una reunión del OSD dentro de ese período en una fecha que permita cumplir las prescripciones de los párrafos 1 y 4 del artículo 16, se celebrará una reunión del OSD a tal efecto.

buena fe. Si no se llega a una solución dentro de los 60 días posteriores a la solicitud de las consultas, la parte reclamante estará en condiciones de solicitar el establecimiento de un grupo especial.¹⁵⁸

El artículo 4 del ESD regula lo relativo a las consultas, partiendo de la base de que en éste, los Miembros afirmaron su determinación de fortalecer y mejorar la eficacia de los procedimientos de consulta seguidos por los Miembros (Párrafo 1) y se comprometieron a examinar con comprensión las representaciones que pueda formularle otro Miembro con respecto a medidas adoptadas dentro de su territorio que afecten al funcionamiento de cualquier acuerdo abarcado y brindará oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones (Párrafo 2).¹⁵⁹

El procedimiento se inicia con una solicitud de celebración de consultas de conformidad con un acuerdo abarcado, misma que el Miembro al que se haya dirigido la responderá, a menos que convengan lo contrario, en un plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que la haya recibido y entablará consultas de buena fe dentro de un plazo de no más de 30 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria, pero si no responde o no entabla consultas dentro de un plazo de no más de 30 días, u otro plazo mutuamente convenido, contados a

¹⁵⁸ López González, Francisco, Evolución del mecanismo de solución de controversias de Comercio Internacional: del GATT a la Organización Mundial de Comercio, Lex, 3ra. época, año III, 1997, No. 21, Universidad de Warwick, Reino Unido, 1997, p. 16.

¹⁵⁹ Cuando las disposiciones de cualquier otro acuerdo abarcado relativas a medidas adoptadas por gobiernos o autoridades regionales o locales dentro del territorio de un Miembro sean distintas de las de este párrafo, prevalecerán las disposiciones de ese otro acuerdo abarcado.

partir de la fecha de recepción de la solicitud, el Miembro que haya solicitado la celebración de consultas podrá proceder directamente a solicitar el establecimiento de un grupo especial (Párrafo 3), que como se verá más adelante, substanciará el procedimiento para que el OSD emita recomendación o dicte resolución.

Cabe señalar que todas las solicitudes de celebración de consultas deben notificarse al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes de la OMC, por el solicitante, mismas que deben presentarse por escrito, indicando las razones en que se base, las medidas en litigio y los fundamentos jurídicos de la reclamación (Párrafo 4) y durante las consultas, los miembros deben tratar de llegar a una solución satisfactoria antes de recurrir a otras medias previstas en el ESD (Párrafo 5), con la particularidad de que las consultas son confidenciales y no prejuzgan sobre los derechos de ningún Miembro en otras posibles diligencias (Párrafo 6).

En caso de que las consultas no permitan resolver la diferencia en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud y si las partes que intervienen en las consultas consideran de consuno que éstas no han permitido resolver la diferencia, la parte reclamante podrá pedir que se establezca un grupo especial (Párrafo 7). En casos de urgencia, incluidos los que afecten a productos perecederos, los Miembros entablarán consultas en un plazo de no más de 10 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, pero si las consultas no permiten resolver la diferencia en un plazo de

20 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, la parte reclamante también podrá pedir que se establezca un grupo especial (Párrafo 8), mismo que al igual que el Órgano de Apelación harán todo lo posible para acelerar las actuaciones al máximo (Párrafo 9). Asimismo, es importante que durante las consultas los Miembros deberán prestar especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo Miembros (Párrafo 10).

Finalmente, cabe destacar que en una especie de figura de tercero interesado, el artículo 4 del ESD establece que cuando un Miembro que no participe en consultas que tengan lugar de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo XXII del GATS o las disposiciones correspondientes de los demás acuerdos abarcados¹⁶⁰, considere que tiene un interés comercial sustancial en las mismas, dicho Miembro podrá notificar a los Miembros participantes en las consultas y al OSD, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la distribución de la solicitud de celebración de consultas de conformidad con el mencionado párrafo, su deseo de que se le asocie a las mismas.

¹⁶⁰ A continuación se precisan las correspondientes disposiciones en materia de consultas de los acuerdos abarcados: Acuerdo sobre la Agricultura, artículo 19; Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafo 1 del artículo 11; Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, párrafo 4 del artículo 8; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, párrafo 1 del artículo 14; Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, artículo 8; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, párrafo 2 del artículo 17; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, párrafo 2 del artículo 19; Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición, artículo 7; Acuerdo sobre Normas de Origen, artículo 7; Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, artículo 6; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, artículo 30; Acuerdo sobre Salvaguardias, artículo 14; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, párrafo 1 del artículo 64; y las correspondientes disposiciones en materia de consultas de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que los órganos competentes de cada acuerdo determinen y notifiquen al OSD.

El Miembro será asociado a las consultas siempre que el Miembro al que se haya dirigido la petición de celebración de consultas acepte que la reivindicación del interés sustancial está bien fundada. En ese caso, ambos Miembros informarán de ello al OSD y si se rechaza la petición de asociación a las consultas, el Miembro peticionario podrá solicitar la celebración de consultas de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII o el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo XXII o el párrafo 1 del artículo XXIII del GATS o las disposiciones correspondientes de otros acuerdos abarcados (Párrafo 11).

3.2.1.2. Solicitud de asociación y adhesión a las consultas.

De conformidad con los artículos 1 y 4 del ESD y el párrafo 1 del artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, un miembro del GATT puede asociarse a las consultas. Es importante mencionar que de la misma manera en que un miembro de la organización puede solicitar como ya lo había mencionado, en el último párrafo del apartado de las partes que se les asocie a las consultas, de la misma manera, también pueden solicitar no ser parte como tercero en las diversas etapas del sistema de solución de diferencias, tales como: consultas, o actuaciones de los Grupos Especiales mediante la en la solución de diferencias, el ESD.

3.2.1.3 Solicitud de establecimiento de un grupo especial.

De conformidad con el artículo 6 del ESD, las partes en una diferencia pueden solicitar el establecimiento de un grupo especial, cuyo mandato consiste en: "Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por los Estados Unidos en el documento WT/DS308/4, el asunto sometido al OSD por los Estados Unidos en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos."

La ventaja de los Grupos Especiales en el marco de la OMC, en cuanto a el profesionalismo de las personas designadas, es en pro del informe que rindan, por tal motivo la Secretaria tiene una lista de funcionarios o personas con reconocida experiencia en el ámbito del comercio exterior de cada uno de los miembros de la organización, con el fin de designar a los indicados para el caso concreto, por tal motivo los grupos no son permanentes. En este caso solamente se eligieron a 3 miembros, pero pueden ser hasta 5 miembros dependiendo de la carga y la pericia que se requiera para emitir un informe.

3.2.1.4 Informe del grupo especial. El informe del Grupo Especial no tiene efectos coercitivos sobre los miembros, son meramente resoluciones o recomendaciones de carácter políticas o diplomáticas, las cuales no constituyen coerción

alguna a los miembros, por tal motivo se da la posibilidad de que un miembro solicite a los demás miembros y a su contraparte de que permanezcan pasivos o se sumen a su objeción de tal manera que no tenga que adoptar la resolución y/o recomendación, pero hasta estos días no hay precedente alguno de que se haya realizado.

Por lo señalado, se reitera que para el caso de que un miembro no cumplimente la resolución o recomendación, es necesario que tanto su contraparte, como los miembros terceros asociados permanezcan pasivos en cuanto a la exigencia política o diplomática, para dar el debido cumplimiento o los otros miembros junto con su contraparte apoyen en cuanto a la objeción para oponerse.

3.2.2. Procedimiento especial para casos en que intervengan países menos adelantados Miembros. En una especie de protección a los países Miembros menos adelantados, que por lo tanto se encuentran en desventaja frente a países Miembros adelantados, el artículo 24 del ESD, establece las siguientes directrices:

En todas las etapas de la determinación de las causas de una diferencia o de los procedimientos de solución de diferencias en que intervenga un país menos adelantado Miembro se prestará particular consideración a la situación especial de los países menos adelantados Miembros, por lo que los Miembros ejercerán la debida moderación al plantear con arreglo a estos procedimientos casos en que intervenga un país

menos adelantado Miembro y si se constata que existe anulación o menoscabo como consecuencia de una medida adoptada por un país menos adelantado Miembro, las partes reclamantes ejercerán la debida moderación al pedir compensación o recabar autorización para suspender la aplicación de concesiones o del cumplimiento de otras obligaciones de conformidad con estos procedimientos (Párrafo 1).

Asimismo, cuando en los casos de solución de diferencias en que intervenga un país menos adelantado Miembro no se haya llegado a una solución satisfactoria en el curso de las consultas celebradas, el Director General o el Presidente del OSD, previa petición de un país menos adelantado Miembro, ofrecerán sus buenos oficios, conciliación y mediación con objeto de ayudar a las partes a resolver la diferencia antes de que se formule la solicitud de que se establezca un grupo especial, para lo cual, el Director General o el Presidente del OSD podrán consultar las fuentes que uno u otro consideren procedentes (Párrafo 2).

Por otro lado el artículo 26 del ESD, regula las reclamaciones de los tipos descritos en los párrafos 1 b) y 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994, a los que me refiero a continuación:

Respecto del párrafo 1 b) mencionado, se establece que en los casos en que no existe infracción, indicando que cuando estas disposiciones sean aplicables a un acuerdo abarcado, los grupos especiales o el Órgano Permanente de Apelación (OPA)

sólo podrán formular resoluciones y recomendaciones si una parte en la diferencia considera que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del acuerdo abarcado pertinente se halla anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos de dicho acuerdo se halla comprometido a consecuencia de que otro Miembro aplica una medida, contraria o no a las disposiciones de ese acuerdo, en los casos y en la medida en que esa parte considere, y un grupo especial o el OPA determine que un asunto afecta a una medida que no está en contradicción con las disposiciones de un acuerdo abarcado al que sean aplicables las mencionadas disposiciones, se aplicarán los procedimientos previstos en el ESD, con sujeción a:

- a)** La parte reclamante apoyará con una justificación detallada cualquier reclamación relativa a una medida que no esté en contradicción con el acuerdo abarcado pertinente;
- b)** Cuando se haya llegado a la conclusión de que una medida anula o menoscaba ventajas resultantes del acuerdo abarcado pertinente, o compromete el logro de objetivos de dicho acuerdo, sin infracción de sus disposiciones, no habrá obligación de revocar esa medida. Sin embargo, en tales casos, el grupo especial o el Órgano de Apelación recomendarán que el Miembro de que se trate realice un ajuste mutuamente satisfactorio;
- c)** No obstante lo dispuesto en el artículo 21, a petición de cualquiera de las partes, el arbitraje previsto en el párrafo 3 del artículo 21 podrá abarcar la determinación del nivel de las

ventajas anuladas o menoscabadas y en él podrán sugerirse también los medios de llegar a un ajuste mutuamente satisfactorio; esas sugerencias no serán vinculantes para las partes en la diferencia;

d) No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 22, la compensación podrá ser parte de un ajuste mutuamente satisfactorio como arreglo definitivo de la diferencia (Párrafo 1).

2. Reclamaciones del tipo descrito en el párrafo 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994 (Párrafo 1).

Mientras que por lo que hace al párrafo 1 c), también mencionado, éste señala que cuando sus disposiciones sean aplicables a un acuerdo abarcado, los grupos especiales sólo podrán formular resoluciones y recomendaciones si una parte considera que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del acuerdo abarcado pertinente se halla anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos de dicho acuerdo se halla comprometido a consecuencia de una situación diferente de aquellas a las que son aplicables las disposiciones de los párrafos 1 a) y 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994.

También indica que en los casos y en la medida en que esa parte considere y un grupo especial determine, que la cuestión está comprendida en el ámbito del párrafo 2 del mismo artículo 26, serán aplicables los procedimientos previstos en el ESD, únicamente hasta el momento de las actuaciones en que el informe del grupo especial se distribuya a los Miembros, serán

aplicables las normas y procedimientos de solución de diferencias contenidos en la Decisión de 12 de abril de 1989 (IBDD 36S/66-72) a la consideración de las recomendaciones y resoluciones para su adopción y a la vigilancia y aplicación de dichas recomendaciones y resoluciones y además se aplicará lo siguiente:

- a)** la parte reclamante apoyará con una justificación detallada cualquier alegación que haga con respecto a cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación del presente párrafo;
- b)** en los casos que afecten a cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación del presente párrafo, si un grupo especial llega a la conclusión de que dichos casos plantean cuestiones relativas a la solución de diferencias distintas de las previstas en el presente párrafo, dicho grupo especial presentará un informe al OSD en el que se aborden esas cuestiones y un informe por separado sobre las cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación del presente párrafo (Párrafo 2).

Finalmente, el artículo 27 del ESD impone a la Secretaría la responsabilidad de prestar asistencia a los grupos especiales, particularmente en los aspectos jurídicos, históricos y de procedimiento de los asuntos de que se trate, y de facilitar apoyo técnico y de secretaría (Párrafo 1), pero podría ser necesario también suministrar asesoramiento y asistencia jurídicos adicionales en relación con la solución de diferencias a los países en desarrollo Miembros, caso en el cual pondrá a disposición de cualquier país en desarrollo Miembro que lo

solicite un experto jurídico competente de los servicios de cooperación técnica de la OMC, quien lo ayudará de un modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría (Párrafo 2), y ésta organizará, para los Miembros interesados, cursos especiales de formación sobre estos procedimientos y prácticas de solución de diferencias, a fin de que los expertos de los Miembros puedan estar mejor informados en esta materia (Párrafo 3).

3.3 Medios alternativos de solución de diferencia; buenos oficios, conciliación, mediación y arbitraje. Para la solución de diferencias, el ESD establece un procedimiento ante el OSD para la emisión de recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en el mismo y como medios alternativos prevé, buenos oficios, conciliación, mediación y arbitraje; en este apartado me ocuparé de estos medios alternativos.

3.3.1 Buenos oficios, conciliación y mediación.- De conformidad con el artículo 5 del ESD, los buenos oficios, la conciliación y la mediación son procedimientos que se inician voluntariamente si así lo acuerdan las partes en la diferencia, con las características de que por un lado son medios alternativos de solución de diferencias y no son vinculantes para las partes, pues las diligencias que se realicen y en particular las posiciones adoptadas durante las mismas serán confidenciales y no prejuzgarán sobre sus derechos en posibles diligencias ulteriores con arreglo a estos procedimientos

Por otro lado, cualquier parte podrá solicitar la aplicación de estos medios alternativos de solución de diferencias y terminar en cualquier momento y una vez terminado el procedimiento, la parte reclamante podrá proceder a solicitar el establecimiento de un grupo especial (Párrafos 1, 2 y 3). Francisco López señala que estos medios pueden además utilizarse de forma paralela a un grupo especial si así lo convienen las partes.¹⁶¹

Cuando estos Medios Alternativos de Solución de Diferencias se inicien dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la recepción de una solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante no podrá pedir el establecimiento de un grupo especial sino después de transcurrido un plazo de 60 días a partir de la fecha de la recepción de la solicitud de celebración de consultas.

Por ello, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un grupo especial dentro de esos 60 días si las partes en la diferencia consideran de consuno que el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación no ha permitido resolver la diferencia (Párrafo 4), pero si las partes en la diferencia así lo acuerdan, el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación podrá continuar mientras se desarrollen las actuaciones del grupo especial (Párrafo 5) y finalmente, el Director General, actuando de oficio, podrá ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver la diferencia (Párrafo 6).

¹⁶¹ López González, Francisco. *op. cit.*, p. 18.

Al margen de la explícita previsión de que el Director general, actuando por propia iniciativa, podrá ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver la diferencia, el ESD no detalla cómo deben desarrollarse estos procedimientos, cuestión que deja, esencialmente, al mutuo acuerdo entre las partes.¹⁶²

3.3.2. Arbitraje.- Francisco López González, indica que el artículo 25 del Entendimiento faculta a las partes en una diferencia a solucionarla recurriendo a un arbitraje vinculatorio. Esta disposición es básicamente la misma que la prevista en la Sección E de las Mejoras de 1989; sin embargo, el requisito de notificación al OSD del laudo arbitral, la aplicación de las disposiciones de vigilancia a dicho laudo así como las referentes a la compensación y represalias, constituyen una gran diferencia y en este sentido, siendo la OMC el más grande y ambicioso acuerdo comercial que haya existido se espera que su mecanismo de solución de diferencias sea clave no sólo para alcanzar los objetivos de la propia organización, sino para terminar de completar al sistema económico mundial y revestirlo de seguridad.¹⁶³

El artículo 25 del ESD, establece una laxa regulación del arbitraje como medio alternativo de solución de diferencias; debido a que lo considera como un procedimiento rápido en la

¹⁶² Fernández Pons, Xavier, *La Organización Mundial del Comercio y el Derecho Internacional. Un Estudio sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y las Normas Secundarias del Derecho Internacional General*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, Barcelona, 2006, p. 78.

¹⁶³ López González, Francisco. *op. cit.*, p. 19.

OMC, que puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes (Párrafo 1), salvo disposición en contrario del ESD, es voluntario para las partes que deben convenir en el procedimiento a seguir y el acuerdo de recurrir al arbitraje debe notificarse a los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso arbitral (Párrafo 2) y sólo pueden ser parte en el proceso arbitral otros Miembros si dichas partes están de acuerdo (Párrafo 3).

Respecto del arbitraje, señala Xavier Fernández que en la práctica, los Miembros de la OMC han venido prescindiendo casi por completo de este arbitraje alternativo del art. 25 del ESD. Así, se recurrió a dicho precepto en la diferencia entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos en el asunto Estados Unidos – Art. 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor, pero una vez ya había culminado el procedimiento ante el Grupo Especial y el órgano de Apelación y para resolver una específica cuestión vinculada con el cumplimiento de los correspondientes informes adoptados.¹⁶⁴

Por cuanto al laudo arbitral, las partes deben convenir en acatarlo y ser notificado al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro puede plantear cualquier cuestión con ellos relacionada (Párrafo 3) y a los laudos arbitrales son aplicables *mutatis mutandis* los artículos 21 y 22 del ESD (Párrafo 4). El artículo 21 se refiere a la vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y

¹⁶⁴ Fernández Pons, Xavier, *op. cit.*, p. 80.

resoluciones y el artículo 22 a la compensación y suspensión de concesiones.

CAPÍTULO CUARTO

4. Análisis de la posible inconstitucionalidad del procedimiento y de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Antes de entrar al análisis de la posible inconstitucionalidad del procedimiento y de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, estimo necesario referirme primero a los siguientes principios propios del sistema jurídico mexicano, como son: Estado de Derecho, supremacía constitucional, jerarquía de la ley, control de la constitucionalidad y control de la convencionalidad, mismos que resultan plenamente aplicables en el caso a estudio, ya que en principio los actos de autoridad y los tratados internacionales en que se funden quedan subordinados a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.1 Estado de Derecho. En mi opinión, ha sido de mayor importancia para el ser humano la creación de la ficción jurídica del Estado, es decir, crear la existencia de un ente abstracto con fuerza y poder coactivo para gobernar a las personas asentadas en un territorio y con la capacidad de crear instituciones y leyes obligatorias, máxime que no se exentó asimismo de ser persona jurídica dotada de derechos, pero sobre todo de asumir obligaciones.

Pero no debemos confundir al Estado con el derecho como lo hace Kelsen, en el sentido de que el Estado como sujeto de imputación o persona jurídica, es la personificación de un orden

jurídico,¹⁶⁵ pues por el hecho de que el Estado como persona jurídica crea el derecho, no significa que por ello lo personifique y aquí es donde aparece la confusión de Kelsen; lo que se personifica en individuos son los órganos del Estado, el derecho no puede personificarse.

Acorde con lo antes señalado, en opinión de Juan Alberto Carbajal, no podemos confundir al Estado con el Derecho en ningún sentido; debe ser el Derecho creación del Estado, y es a la vez el Estado creación del Derecho, porque un Estado surge de un Constituyente y de ahí el Estado crea el derecho posteriormente a él. Pero son entidades totalmente distintas.¹⁶⁶

Ahora bien, señala Milton Emilio que originalmente el Estado de Derecho fue concebido como el Estado sometido al Derecho. El Estado cuyo ejercicio de poder está regulado y limitado por la ley; el Estado donde existe el imperio de la ley; el Estado con controles y regulaciones para gobernantes y gobernados claramente señaladas en la ley positiva y que esta concepción tiene como punto de partida prácticamente la revolución inglesa, la guerra de la independencia de las colonias norteamericanas y la revolución francesa, que tienen en común la consumación de la construcción del “Estado Liberal Burgués-Constitucional de Derecho”; verdadera expresión jurídica de la

¹⁶⁵ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, Edit. Porrúa, México, 1996, p. 234.

¹⁶⁶ Carbajal, Juan Alberto, *Tratado de Derecho Constitucional, Teoría de la Constitución*, Edit. Porrúa, México, 2002, p. 34.

“democracia liberal”, concebido como realización del modelo iusnaturalista-racionalista.¹⁶⁷

El Estado liberal, burgués y de Derecho, es la nota que de acuerdo con el autor Miguel Ángel Suárez Romero, representó el rasgo fundamental del Estado de aquel entonces, porque sólo a través del Estado de Derecho se podía contar con una ley positiva emanada del mismo, cuya función principal sería la de regular, controlar e incluso limitar el ejercicio del propio poder del Estado.¹⁶⁸

Desde luego que para el ejercicio del poder, el Estado se personifica en individuos que integran cada uno de sus órganos, pues como atinadamente lo asevera Kelsen, únicamente seres humanos o —más correctamente—únicamente la conducta humana, puede ser objeto de regulación jurídica; pero no existe la menor razón para dudar de que los seres humanos, incluso en su calidad de órganos estatales, pueden y tienen que hallarse sometidos al derecho.¹⁶⁹

En el ordenamiento jurídico mexicano, puede afirmarse que al asumir el Estado la calidad de sujeto de derechos y obligaciones, implica que puede ser objeto de responsabilidades por la mala actuación de los servidores públicos, tan es así que el Título Cuarto de la Constitución Federal, regula la responsabilidad de los servidores públicos y patrimonial del Estado, que junto con su obligación de reparar la violación de

¹⁶⁷ Castellanos Goút, Milton Emilio, *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Autónoma de Baja California, México, 2004, p. 45.

¹⁶⁸ Suárez Romero, Miguel Ángel, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional, la Argumentación Jurídica del Legislador*, 1ª. Ed. Edit. Porrúa, México 2015, p. 116.

¹⁶⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 236.

los derechos humanos y sus garantías a que se refiere el párrafo tercero del artículo 1o. Constitucional, así como la indemnización por daños y perjuicios a los particulares afectados a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 6o. de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, integran el sistema de responsabilidades del Estado frente a los gobernados.

Es así que de acuerdo con Miguel Ángel Suárez Romero, debe mantenerse firme como requisito insustituible de un Estado de Derecho democrático el derecho y su correspondiente garantía de legalidad que permita ese desenvolvimiento autónomo de cada individuo en el que cada cual tenga la posibilidad de escoger sus planes de vida.¹⁷⁰

En el mismo orden de ideas, Juan Alberó Carbajal señala que en el Estado de Derecho impera el principio de legalidad y que en nuestro régimen constitucional, esto tiene traducción y proyección en varias normas contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales son la vívida expresión del Principio de Legalidad general y que son:

La garantía de audiencia como principio de legalidad general del sistema mexicano, artículo 14; los actos de molestia, artículo 16; el principio de legalidad y la no aplicación *ex post facto* >irretroactividad< de las leyes, artículo 14; el principio de legalidad en cuanto a la materia civil; y el principio de legalidad

¹⁷⁰ Suárez Romero, Miguel Ángel, *op. cit.* p. 126.

respecto de los juicios penales.¹⁷¹ En efecto, el artículo 14 Constitucional establece los requisitos de los actos de privación de derechos de los gobernados, mientras que el artículo 16 los relativos a los actos de molestia, pero además, ambos establecen el principio de seguridad jurídica, entre otros.

Pero hoy no se tiene la misma concepción del Estado de Derecho, tanto el Estado como el derecho han evolucionado; señala el autor Miguel Ángel Suárez, que la concepción de Estado de Derecho ha ido evolucionando y agregando nuevos elementos, de acuerdo precisamente con las exigencias provenientes del exterior que marca la propia sociedad en desarrollo, además de otras de carácter interno y estructural que las propias instituciones jurídico-políticas van exigiendo para su normal y correcto funcionamiento.¹⁷²

En igual tenor, Milton Emilio Castellanos señala que desde sus orígenes, el Estado se ha ido transformando mediante procesos de diferenciación sociales, jurídicos y políticos y que en la actualidad el Estado se encuentra nuevamente en una etapa de redefinición. En el orden externo, la globalización cuestiona la soberanía y crea un movimiento casi irresistible de apertura en todos los ámbitos.¹⁷³

En este orden de ideas, de acuerdo con los citados autores, es necesario tener presente que el fenómeno de la globalización involucra cada vez a un mayor número de países en la economía, la industria, el comercio, el derecho, la

¹⁷¹ Carbajal, Juan Alberto, *op. cit.*, pp. 34 a 37.

¹⁷² Suárez Romero, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 116.

¹⁷³ Castellanos Goút, Milton Emilio, *op. cit.*, p. XV.

educación, etc.; si hablamos de lo jurídico, no cabe duda que cada vez es más difícil que algún país mantenga ajeno su sistema jurídico a la evolución que dicho fenómeno ha creado, sobre todo si hablamos del derecho internacional producto de las relaciones que los países han desarrollado a lo largo de la historia.

Milton Emilio Castellanos, considera en lo que denomina una octava etapa de la evolución del Estado >la séptima es el Estado de Derecho Liberal<, el “advenimiento del Estado de Justicia” o del Estado Justo, como otros lo llaman. Señala que en el Estado de Derecho Liberal surgió la necesidad de lograr igualdad sustancial y procesal de derechos en general; quedando especialmente sujetos los gobernantes al imperio de la ley; limitándose su actuación sólo a aquello que expresamente le atribuya el propio orden jurídico; el cual tiene como punto de partida, el respeto, protección y garantía de los derechos humanos, como límite franco para todo ejercicio de poder.

Respecto del Estado de Justicia, aunque lo acota a la economía de mercado, este último autor asevera que es la instauración del Estado que provee a la justicia en términos de equidad social; el Estado que se sustenta precisamente en la democracia participativa y, en suma, el Estado que cuida al mercado como el ámbito donde se dan los intercambios de los

seres humanos, de manera que todos los que intervienen obtengan el máximo beneficio.¹⁷⁴

Hablando de la evolución del Estado, Fix-Zamudio y Valencia Carmona han considerado que conforme avanza nuestro siglo, el Estado incursiona cada vez más en múltiples campos de actividad; para explicar el nuevo fenómeno, se acudió en el mundo occidental a la concepción del Estado social primero y al Estado de bienestar social después, mientras que en el mundo socialista el correlato lo fue el Estado centralmente planificado.

Agregan estos autores que los diversos nombres que se le han dado al Estado social como Estado de asociaciones, Estado providencia, Estado benefactor y otros más, ponen de manifiesto su carácter interventor y no vigilante, que se traduce en sus actividades como controlador económico, administrador industrial y dispensador de servicios sociales.¹⁷⁵

Cabe señalar que Milton Emilio Castellanos hace ver que la crisis del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, surgió como fórmula para superar el esquema democrático-liberal-individualista, propio del capitalismo vigente en las sociedades industrializadas más desarrolladas, así como la que provocaron las soluciones totalitaristas en que esta fórmula degeneró y que del Estado gendarme, policiaco, vigilante del orden y la legalidad, que supuestamente haría posible el crecimiento

¹⁷⁴ Castellanos Goút, Milton Emilio, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

¹⁷⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 4ª. Ed., Edit. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 549.

económico y consecuentemente el mejoramiento de las mayorías, se pasó al Estado benefactor, paternalista, compensador y administrador público de enorme aparato burocrático.¹⁷⁶

En mi opinión, quizás el Estado mexicano haya pasado a ser en parte un Estado benefactor, paternalista, compensador y administrador público de enorme aparato burocrático como señala Milton Emilio; basta considerar la multitud de programas sociales a cargo del erario federal y local, para beneficiar a cierta parte de la población.

Para finalizar este apartado, considero que el Estado de Derecho constituye el último fin por el que fue creado el Estado, es decir, procurar la estabilidad de la sociedad, la legalidad y seguridad jurídica de los gobernados, por la certeza que estos deben tener, de que las autoridades estatales se encuentran sometidas al imperio de la ley, que sus funciones y atribuciones se constriñen exclusivamente a las que legítima y legalmente les correspondan, sin ir menos ni más allá de las mismas.

4.2 Principio de supremacía constitucional. Es de todos conocido que el principio de supremacía constitucional, tiene su origen en el artículo seis, párrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, mismo que se transcribe:

Artículo seis

¹⁷⁶ Castellanos Goút, Milton Emilio, *op. cit.*, p. 51.

2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.¹⁷⁷

La aplicación de este principio quedó consagrada en el caso *Marbury Vs Madison*, ya que en términos generales, en el año de 1803, el Juez Marsall Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, al emitir sentencia nulificó la Sección 13 de la Ley de Organización Judicial de 1789 (*Judiciary Act*) y declaró que los jueces tenían el poder de interpretar las leyes y nulificar las que fueran en contra de la constitución.¹⁷⁸

Cabe señalar que, respecto a la características de unidad e integridad de nuestro sistema jurídico a que hice referencia en el capítulo primero, éste se ha nutrido de instituciones de diversos sistemas jurídicos, así que se han integrado y adoptado de los derechos romano, francés, inglés, español, etc. de los que se han tomando principios, derechos e inclusive han sido copiados y traducidos artículos completos o casi en su totalidad y respecto de los tratados internacionales, como bien lo menciona Ignacio L. Vallarta: “Es un hecho puesto fuera de toda duda que el congreso constituyente quiso dotar a México de unas instituciones iguales a las que rigen aún en los Estados Unidos,

¹⁷⁷ *National Archives*, <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>. consultado 03 de mayo de 2016.

¹⁷⁸ Para conocer en detalle este caso, véase *Marbury vs Madison*, Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos, de Clemente Valdés S., www.juridicas.unam.mx. Consultado 06 de mayo de 2016.

tan iguales, que en muchos de los graves puntos de nuestro derecho constitucional, el texto de nuestra ley no es sino la traducción literal del de la americana, es el caso del artículo VI, inciso 2 de la Constitución de Estados Unidos de América de 1787"¹⁷⁹

Desde luego que se refirió al principio de supremacía constitucional adoptado por nuestro sistema jurídico en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Este principio de supremacía constitucional es de suma importancia pues ubica a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como la Ley Suprema, Ley de Leyes, Ley Fundamental y otras denominaciones que se le han dado, porque, precisamente, se encuentra en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico mexicano y aplica a todo gobernado, a todas las autoridades e instituciones creadas a su amparo.

Se transcribe el artículo 133 Constitucional:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

¹⁷⁹ Cfr. Ignacio L. Vallarta, *Obras Completas op., cit.* p.395.

Al respecto, Ignacio Burgoa, considera que si la constitución es la “ley fundamental”, al mismo tiempo y por modo inescindible es la “ley suprema” del Estado y que fundamentabilidad y supremacía, por ende, son dos conceptos inseparables que denotan dos cualidades concurrentes en toda constitución jurídico-positiva, o sea, que ésta es suprema por ser fundamental y es fundamental porque es suprema.¹⁸⁰

Pero además, este principio de supremacía constitucional se asocia cuando menos al principio de inviolabilidad, Fix-Zamudio y Valencia Carmona señalan que para que la Constitución pueda desempeñar su papel de elemento clave en el orden jurídico, estatal y político, es preciso que se les reconozcan cuando menos dos principios fundamentales, a saber: el principio de supremacía y el principio de inviolabilidad. Aluden a la expresión de José María Iglesias “sobre la Constitución nada: bajo la Constitución, todo”.¹⁸¹ En este apartado me ocuparé del principio de supremacía constitucional.

Así tenemos que Felipe Tena sostiene que la supremacía de la Constitución responde, no sólo a que ésta es la expresión de la soberanía, sino también a que por serlo está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades: es la ley que rige las leyes y que autoriza a las autoridades y que para ser precisos en el empleo de las palabras, la *supremacía* dice la calidad de *suprema*, que por ser emanación de la más alta fuente de autoridad corresponde a la Constitución; en tanto que

¹⁸⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, 20ª. Ed. 3ª. Reimp., Edit. Porrúa, México, 2014, p. 359.

¹⁸¹ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.* p. 68.

primacía denota el primer lugar que entre todas las leyes ocupa la Constitución.¹⁸²

Para el autor Armando Soto, el concepto de supremacía constitucional debe entenderse como aquella cualidad que posee únicamente la constitución como norma jurídica, al ser el punto de partida de legitimidad de todo el orden jurídico de un país o territorio determinado.¹⁸³ Y para Felipe Tena, la noción de supremacía, se refiere exclusivamente a la soberanía interior, por cuanto a que la potestad del Estado se ejerce sobre los individuos y las colectividades que están dentro de la órbita del Estado.¹⁸⁴

Ángel Garrorena, en mi opinión de manera acertada distingue entre supremacía constitucional y jerarquía de la ley, en el sentido de que la supremacía no es mera superioridad de rango, porque —aunque la incluya— va mucho más allá de ella. La supremacía alude nada menos que a la condición como norma que funda o crea a la propia comunidad, mientras que la jerarquía hace referencia tan sólo a su posición en el ordenamiento jurídico.

Agrega este autor que por eso la jerarquía existe entre cada escalafón normativo y el siguiente y, en cambio, la supremacía existe entre la Constitución y el resto del derecho, lo que equivale a decir entre la Constitución y todo el orden de decisiones y autoridades que ese derecho contempla y agrega

¹⁸² Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 40 Ed. 2ª. Reimp., Edit. Porrúa, México 2013, p. 11.

¹⁸³ Soto Flores, Armando, *Teoría de la Constitución*, Edit. Porrúa, México, 2003, p. 169.

¹⁸⁴ Tena Ramírez, Felipe, *op., cit.* p. 6.

que la supremacía es cualidad singular de la Constitución porque alude a las formas de ser y que sólo ella posee: Su eficacia como norma fundamental de la comunidad política, su cualidad como derecho fundamental del Estado y su posición como >>Derecho superior al resto del Derecho<<.¹⁸⁵

Otro tema ligado al de la supremacía de la Constitución, es el de la eficacia, mismo que expongo con base en el autor Enrique Sánchez Bringas,¹⁸⁶ quien empieza por distinguir entre norma constituyente y normas constituidas, la primera no es precedida por otra, una vez establecida se inicia y desarrolla el orden normativo, porque crea los órganos de producción normativa y delimita sus competencias, su validez depende de la circunstancia de que se aplique, en el instante en que se expide no tiene validez jurídica porque carece de aplicación y después, cuando se establecen y funcionan los órganos que crea y se producen las leyes, los reglamentos, los decretos, las sentencias y los laudos, la Constitución adquiere validez jurídica y será más válida en la medida en que se aplique con mayor intensidad.

Agrega Sánchez Bringas que las normas constituidas se integran con el resto de los mandatos que forman el sistema jurídico; es norma constituida toda la que no sea constituyente; las leyes, los decretos, los reglamentos, las sentencias y los laudos. Su finalidad no es positivarse en las normas inferiores como sucede con la primera norma; existen para aplicar ésta, o sea, la constituyente.

¹⁸⁵ Cfr. Garrorena Morales, Ángel, *Derecho Constitucional Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp.85 y 86.

¹⁸⁶ Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2004, pp. 133 a 135.

Con base en la distinción entre norma constituyente y normas constituidas, para Eduardo Sánchez la relación entre la normatividad y la realidad permite explicar las causas de eficacia o ineficacia de un sistema jurídico, que es eficaz cuando la norma constituyente se positiviza, y este fenómeno se produce cuando las normas constituidas la positivizan, relación que se explica en el ámbito jurídico pero siempre será necesario tomar en cuenta los factores culturales de la población, sobre todo los valores sociales predominantes y los nexos que guardan con el contenido normativo del sistema.

En el mismo tema de la eficacia de la Constitución, Ángel Garrorena, establece que la Constitución como norma que está por encima del resto del Derecho, le corresponde regir el proceso de creación de las demás normas, determinando quién, cómo y bajo qué formas puede crearlas; la exigencia de que esas normas en cuanto Derecho inferior a ella no puedan contradecirla, debiendo ser declaradas nulas en caso de que lo hagan y asimismo, a la Constitución le incumbe la eficacia hermenéutica o eficacia para la interpretación del resto de las normas, respecto de lo cual añade que según el principio de interpretación conforme a la constitución opera de acuerdo con los principios de interpretación e integración del sentido de las normas, de cobertura de las lagunas del ordenamiento, de conservación de normas o de economía jurídica y de exclusión de interpretaciones constitucionales.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Cfr. Garrorena Morales Ángel, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

Hablamos entonces de lo que se conoce como interpretación constitucional, la que según Ignacio Burgoa consiste en la fijación, declaración o determinación del sentido, alcance, extensión o significado de las disposiciones que integran el ordenamiento supremo del país, cual es la constitución y que el principio de supremacía con que está revestida se hace extensivo a la interpretación de sus mandamientos, en cuanto a que ésta prevalece sobre la interpretación de cualesquiera disposiciones pertenecientes a normas jurídicas ordinarias o secundarias, en el supuesto de que exista contrariedad, divergencia o contradicción entre una y otra.

La eficacia hermenéutica, en el sistema jurídico mexicano corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, interpretar no solamente las normas generales, actos y omisiones de las autoridades del Estado, a la misma subordinadas por el principio de supremacía constitucional, sino a los propios postulados constitucionales; como dice Juan Alberto Carbajal, tal pareciera que la lucha por la supremacía constitucional está dada en el marco de una lucha por la interpretación de la ley suprema; de quien es el órgano encargado de hacerlo; de quien es el vigilante constitucional; de quien detenta la atribución para declarar la ley y los actos de gobierno inconstitucionales no. Y parece ser —o más bien es— que la Suprema Corte es la ganadora de esta lucha por el poder, en la cual se inscribe de plano la supremacía constitucional.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Carbajal, Juan Alberto, op. cit., p. 415.

4.3 Jerarquía de la ley. Como se comentó en el apartado 4.2, el autor Garrorena considera que la jerarquía de la Constitución hace referencia tan sólo a su posición en el ordenamiento jurídico y que por eso la jerarquía existe entre cada escalafón normativo y el siguiente.

En México, el orden jurídico se consagra en el artículo 133 de la Constitución Federal, que Fix-Zamudio y Valencia Carmona señalan debe vincularse a los artículos 70, 72, 103 y 124 y que el orden jerárquico de las normas en su parte principal se compone de los siguientes niveles: a) normas constitucionales; b) Leyes del Congreso de la Unión que emanan de la Constitución y los tratados internacionales; c) leyes federales y leyes locales. Agregan que es necesario tener como presupuesto que en el orden jurídico mexicano, existen muchas normas jurídicas generales aparte de las señaladas, como los reglamentos que expide el Ejecutivo, los ordenamientos municipales en los estados y una multitud enorme de normas jurídicas individualizadas.¹⁸⁹

Ahora bien, la jerarquía del orden jurídico mexicano se determina a partir de lo establecido por la última parte del artículo 133 de la Constitución Federal, que establece:

Artículo 133. ...Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

¹⁸⁹ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.* p. 70.

Con relación a la obligación de los jueces de cada entidad federativa a que hace referencia la última parte del artículo 133 constitucional, García Máynez sostiene que consagrarse así la regla *Lex prior derogat posteriori*, de acuerdo con la cual los jueces de las entidades federativas están obligados a resolver, a favor de la norma federal o constitucional, los conflictos derivados de la oposición contradictoria entre éstas y las constituciones o leyes de las mismas entidades.¹⁹⁰

Sobre el particular, Fix-Zamudio y Valencia Carmona, señalan dos corrientes en la doctrina mexicana; una que considera que los jueces locales si pueden conocer de la constitucionalidad por vía de excepción y que negarlo sería otorgarle un monopolio indebido al Poder Judicial de la Federación y la segunda, que considera que esa parte del artículo es oscura, incongruente y dislocadora del orden jurídico, que sólo consiste en una defensa subsidiaria de la Constitución que debe reducirse a respetar las presunción de constitucionalidad del derecho federal, a lo cual se inclina la Suprema Corte de Justicia y ha decidido que no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino solamente el Poder Judicial Federal.¹⁹¹

Además de lo que establece el artículo 133 Constitucional, otros artículos de la misma obligan a los servidores públicos a observar la Constitución, como el artículo 128 que ordena que todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar

¹⁹⁰ García Máynez, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Edit. Colofón, S. A., México, 2010, p. 97.

¹⁹¹ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 78.

posesión de su encargo, deberá protestar guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen. Igual protesta ordena el artículo 87 Constitucional, al Presidente de la República al tomar posesión del cargo.

Asimismo, el párrafo quinto del artículo 97 Constitucional, establece la obligación de que al entrar a ejercer su encargo, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberán protestar ante el Senado guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión. Los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito, protestarán ante la Suprema Corte de Justicia y el Consejo de la Judicatura Federal.

Pero independientemente de la obligación de todo órgano del Estado y de los gobernados de observar los postulados de la Constitución y de que no hay duda que las leyes y los tratados deben estar de acuerdo con la Constitución, por ello es la ley suprema; el valor jerárquico de unas y otros ha sido definido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que los tratados internacionales tienen valor jerárquico superior a las leyes e inferior, en segundo plano respecto de la Constitución, como así lo establece en el siguiente criterio:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en

nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el

presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.¹⁹²

De esta manera, Leonel Pereznieto señala que "Si el tratado es admitido en el plano constitucional del sistema jurídico mexicano, (sic) no provoca una ampliación de la experiencia normativa de la propia Constitución en una serie de cuestiones de origen internacional, previstas o no por la propia Ley Fundamental. Con ello, a nuestro entender se cumpliría el deseo del Constituyente que, al saber que no podría preverlo todo, con sabiduría dejó abierta esta vía de "adición" de nuestra

¹⁹² Época: Novena Época, Registro: 192867, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. LXXVII/99, Página: 46

Carta Magna".¹⁹³ Como se verá en este mismo capítulo, el citado autor, distingue tres niveles de vinculación entre los Estados a través de acuerdos, convenios y tratados internacionales.

4.4 Control de la constitucionalidad y de la convencionalidad. Derivado de lo expuesto sobre el principio de supremacía constitucional y de jerarquía de la ley, a que hice referencia en los apartados 4.2 y 4.3, y en virtud de la posibilidad de que los órganos del Estado y las leyes contravengan los postulados de la Constitución Federal, que se encuentran obligados a respetar, ésta establece mecanismos de defensa llamados control de la constitucionalidad y control de la convencionalidad, que como adelante señalo, pueden hacerse valer vía jurisdiccional y no jurisdiccional.

Primeramente veamos que de acuerdo con Ángel Garrorena, en general, las formas de control en vía jurisdiccional son:

En el sistema americano o de control difuso, la capacidad para hacer efectivo el control de la constitucionalidad de las leyes está atribuida a los propios tribunales ordinarios, quedando así difundida o dispersa entre todos los órganos que integran el orden judicial, modelo que no surgió de una previsión constitucional concreta, sino de la práctica de los propios tribunales americanos, el juez Marshall, en 1803 y en la

¹⁹³ Pérez Nieto Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, Parte General, 9ª. Edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Edit. Oxford, México, abril 2012. p. 384

conocida sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los EE.UU. para resolver el caso *Marbury* contra *Madison*, quien dejó sentadas las bases no sólo del sistema de control difuso sino incluso de la justicia constitucional misma, su argumentación consistió en insistir sobre lo absurdo que resulta que, en un Estado dotado de Constitución, las normas acordes a ésta y las normas inconstitucionales tengan la misma posibilidad de prosperar y lo que hizo recordar es que, puesto que a los jueces les corresponde juzgar desde el derecho, a ellos les debe quedar atribuida, en consecuencia, la capacidad de juzgar desde todo el derecho, ahí incluida la Constitución.

En el sistema austriaco o de control concentrado, concentra el control en un solo órgano jurisdiccional (para el que lógicamente se reserva la denominación de *Tribunal Constitucional*), para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes. La aplicación inicial de este sistema fue obra de dos constituciones aprobadas en 1920, la Constitución de Austria con la intervención decisiva de Hans Kelsen en la Checoslovaquia.

Y en el sistema mixto o de control abstracto por vía incidental, que es una combinación de los dos anteriores, cuando una de las partes o el juez lo advierte, que una ley es inconstitucional, vía incidental eleva la cuestión al Tribunal Constitucional para que la resuelva.¹⁹⁴

Por otro lado, en el control de la constitucionalidad, Néstor Pedro Sagües distingue entre un sistema completo (pleno) y

¹⁹⁴ Cfr. Garrorena Morales Ángel, *op. cit.* pp. 104 a 108.

sistemas incompletos, pero en cuanto al primero, se comprueban cinco exigencias para que ese régimen completo se tipifique: una constitución total o parcialmente rígida, órgano de control independiente del órgano controlado, facultades decisorias del órgano de control, posibilidad de los particulares interesados de impugnar por sí mismos la norma o acto inconstitucional y el sometimiento de todo el aparato normativo estatal a control de constitucionalidad. Clasifica los sistemas de control de constitucionalidad, en función de: su admisión o rechazo, del órgano de control, del procedimiento de control, del radio de acción y del efecto; asimismo establece una subclasificación hasta en tres niveles.¹⁹⁵

Por su parte, Armando Soto explica que la forma de garantizar la supremacía se encuentra contenida en las figuras conocidas como los medios de control constitucional y que estos sistemas son de manera directa y de manera difusa. Se presentan de forma directa, cuando tienden a la protección de los principios consagrados en la Constitución a través de medios estrechamente reaccionados con tal objetivo. Se presentan como controles difusos, cuando de una u otra forma redundan en el respeto de la Constitución, aún cuando su objetivo en sí mismo no sea tal.

Señala dicho autor que son medios de control constitucional directos, la desaparición de poderes, la facultad investigadora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (ya no cuenta con esta facultad en virtud de las reformas

¹⁹⁵ Sagües, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, 1ª. Reimp. Edit. Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 431, 432 y 440.

constitucionales en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011), el juicio de amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad y juicio político, mientras que el control difuso se integra por la protesta de los funcionarios de cumplir y hacer cumplir la Constitución (art. 128 Constitucional) y el apego de los jueces estatales a la Constitución, aunque ello implique desobedecer las leyes de su entidad (art. 133 Constitucional).¹⁹⁶

En México, el control de la constitucionalidad y de la convencionalidad se realiza por un lado en vía jurisdiccional, a través del juicio electoral, juicio de amparo, juicios federales, controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, controversias de competencia entre tribunales de la Federación entre estos y de los estados o de la Ciudad de México. Entre los de un estado y los de otro o entre los de un estado y la Ciudad de México, responsabilidades de los servidores públicos y patrimoniales del Estado, juicio político y juicio de procedencia. Por otro lado, dicho control se realiza a través de controles políticos, económicos y sociales.

Cabe señalar que tradicionalmente la doctrina ha señalado que el control jurisdiccional se realiza por vía de acción y excepción; Por vía de acción, de acuerdo con el autor Luciano Silva, compete exclusivamente al Poder Judicial Federal abordar aspectos de constitucionalidad, ya sea preservando la Constitución protegiendo las garantías individuales >derechos humanos y sus garantías<, mediante el juicio de amparo, el cual

¹⁹⁶ Soto Flores, Armando, *op. cit.*, pp. 182 y 183.

siempre se seguirá por vía de acción y a instancia de parte agraviada conforme a los artículos 103 y 107 constitucionales; o en su función política constitucional, ventilando as controversias y acciones de inconstitucionalidad a que aluden las fracciones I y II del artículo 105 del Código Supremo.¹⁹⁷

Mientras que Alberto del Castillo, refiere que mediante la acción como derecho público subjetivo se demande la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto de autoridad promovida por un gobernado, estamos frente a la defensa constitucional por órgano jurisdiccional y vía activa.¹⁹⁸

El mismo autor señala que la vía excepcional implica que la defensa de la Constitución se encomienda a cualquier órgano de gobierno de orden judicial, que actúa previa la interposición de la excepción de inconstitucionalidad de la ley que se aplica en un juicio en especial. Al contestar la demanda, el demandado opone esa excepción, motivando que el juez ante quien se tramita el juicio respectivo, conozca de esa excepción y decida si hubo o no violación a la Carta Magna. Por ello, a este sistema se denomina como difuso, pues se difunde entre todos los jueces la función de protección constitucional.¹⁹⁹

Respecto al control jurisdiccional vía excepción, llamado control difuso, no debe confundirse con el control jurisdiccional difuso que priva entre los tribunales de los Estados Unidos de América, éste es un control difuso porque lo puede ejercer

¹⁹⁷ Ramírez Silva, Luciano, *El Control de la Constitucionalidad y el Juicio de Amparo en México*, 2ª. Ed., Edit. Porrúa, México, 2010, pp. 21 y 22.

¹⁹⁸ Cfr. Del Castillo Del Valle, Alberto, *Primer Curso de Amparo*, 5ª. Ed., Edit. Ediciones Jurídicas Alma, S. A. de C. V., México, 2004, p. 6.

¹⁹⁹ *Ibidem*. pp. 6 y 7.

cualquier juez de cualquier jerarquía, pero es concentrado en el poder judicial en general, mientras que en el sistema jurídico mexicano, el control concentrado radica exclusivamente en el Poder Judicial de la Federación, concretamente en la Suprema Corte de Justicia y el control difuso >llamado vía excepción< corresponde su ejercicio a los jueces de menor rango pues se difunde en ellos, precisamente.

También es necesario precisar que el alcance del control jurisdiccional de la constitucionalidad y de la convencionalidad en poder de la Suprema Corte de Justicia, es declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma general y para los jueces que ejercen el control difuso, no aplicar o desaplicar la norma general inconstitucional, sin hacer declaración alguna. Este es el criterio de nuestro Máximo Tribunal:

CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS.- De los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce

de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se constriñe a establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso) en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. En ese sentido, la diferencia total entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica); no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.²⁰⁰

²⁰⁰ Época: Décima Época, Registro: 2010143, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Materia(s): Común, Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), Página: 1647.

Lo anterior en razón de que a partir de las reformas constitucionales del 10 de junio de 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente a su artículo 1o., del que me permito transcribir sus tres primeros párrafos, al control de la constitucionalidad se sumó el control de la convencionalidad.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Es precisamente el segundo párrafo de este artículo que establece los dos tipos de control de la Constitución, es decir, el control de la constitucionalidad y el control de la convencionalidad, que fueron asumidos en el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia y que desde luego han dado lugar a precisar los tipos de control concentrado y difuso:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ES UNA OBLIGACIÓN INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL EJERCERLO, AUN DE OFICIO, CUYO INCUMPLIMIENTO VULNERA EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y COMPROMETE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO MEXICANO EN SU CONJUNTO.- Los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen el deber de toda autoridad de proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales de los que el país es parte y, en cuanto a los Jueces, el deber de arreglarse a la Constitución a pesar de leyes o disposiciones en contrario, a partir de lo cual, se reconoce que a cargo de las autoridades jurisdiccionales obra la obligación de ejercer de oficio o a petición de parte, un control de convencionalidad en materia de derechos humanos, el cual deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en el ordenamiento interno, conforme a los parámetros delineados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis P. LXVII/2011 (9a.), P. LXVIII/2011 (9a.) y P. LXIX/2011 (9a.). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en relación con el deber de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de respetar bienes jurídicos y libertades reconocidos en ella; que la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, que implique un incumplimiento de ese deber, constituye un hecho imputable al Estado en su conjunto, que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la propia convención (caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, y caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, No. 70).

Asimismo, que la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por dicho instrumento internacional (caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171), y que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el mencionado, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar por que los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, las cuales, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos [caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, y caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158]. Partiendo de lo anterior, como el Estado Mexicano firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, y por virtud de su artículo 1, numeral 1, en términos de los mencionados artículos 1o. y 133 constitucionales, obra a cargo de toda autoridad jurisdiccional nacional, con independencia de su fuero o jerarquía, la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en el referido pacto, así como el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a favor de toda persona sin distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, mientras que conforme a su artículo 33, los actos de esas autoridades, como partes del Estado Mexicano,

están sometidos a la competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo relativo al cumplimiento de dicha obligación. De ahí que el deber de ejercer, aun de oficio, el control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos de que una autoridad tenga conocimiento en el ámbito de sus competencias y facultades, debe asumirse con puntualidad, responsabilidad y eficacia, y no evadirse, menos aún en casos en que expresamente un gobernado solicita su ejercicio, pues soslayarlo refleja gravemente el incumplimiento de la primera obligación impuesta por el orden constitucional interno a todas las autoridades, que a su vez supone el respeto de todos los derechos reconocidos a las personas en la Constitución y en la Convención y dicho incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado Mexicano en su conjunto, acorde con el principio básico relativo, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.²⁰¹

En conclusión, en el sistema jurídico mexicano tenemos un control de la constitucionalidad y de la convencionalidad mixto, por un lado un control concentrado que se ejerce por el poder judicial de la Federación, concretamente a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y un control difuso que ejercen los jueces de la jurisdicción ordinaria.

²⁰¹ Época: Décima Época, Registro: 2005056, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, Materia(s): Común, Tesis: IV.2o.A. J/7 (10a.), Página: 933.

4.5. La Jerarquía de los Tratados Internacionales y los medios de control de estos en México. Como ya lo hemos tratado en el tema relativo al principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, ésta se encuentra por encima de cualquier tratado internacional, leyes del Congreso y en fin, de cualquier norma general, sea federal o local; por ello, estos ordenamientos están a ella subordinados, de tal manera que en caso de que la contravengan, la misma dispone diversos medios de control, que como se recordará pueden ser judiciales y extrajudiciales, destacándose entre los primeros el juicio de amparo.

No obstante lo aseverado, es necesario analizar el alcance de estos medios de control cuando estamos en presencia de normas y tribunales de carácter internacional; en este apartado se analiza la posible inconstitucionalidad del procedimiento y de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, así como de la ejecución de dichas resoluciones.

4.5.1 Tratados internacionales celebrados por México en materia comercial. Cabe señalar primeramente que México participa activamente en organismos y foros multilaterales y regionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Mecanismo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos

(OCDE) y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).²⁰²

Por lo que México ha celebrado múltiples tratados internacionales; en materia comercial, la Secretaría de Economía indica en su página web, que México cuenta con una red de 11 Tratados de Libre Comercio con 46 países (TLCs), 32 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) con 33 países y 9 acuerdos de alcance limitado (Acuerdos de Complementación Económica y Acuerdos de Alcance Parcial) en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI);²⁰³ de los cuales algunos son sumamente importantes debido a su alcance como tratado y a la vez como foros de solución de diferencias.

De los tratados internacionales celebrados por México en materia comercial, se destacan: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN de 1992) y el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT de 1994); de este último, en el capítulo segundo expuse el Ingreso de México a la OMC y en el capítulo tercero, analicé los mecanismos de solución de diferencias previstos en el Entendimiento para la Solución de Diferencias.

Respecto del sistema de solución de diferencias del TLCAN, Leonel Pereznieta Castro señala: “es amplio y completo, por el número y la diversidad de temas a que se

²⁰² *Idem.*

²⁰³ *Tratados que México ha celebrado.* <http://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico?state=published>. Consultado el 04 de junio de 2016.

refiere el propio tratado. Los métodos de solución son de diferente naturaleza, tipo y nivel²⁰⁴

Agrega el mismo autor que el tratado remite para la solución de controversias a diversos acuerdos internacionales como por ejemplo en su artículo 103.1 “se establece que las partes ratifican los derechos y las obligaciones vigentes entre ellas, también a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre y al Convenio de Basilea Sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación. Además de que también señala un método de consultas, mediante comités que se reúnen a petición de una de las partes contratantes, en diversas formas.²⁰⁵

Los mecanismos de solución de controversias se establecen en el Capítulo 11 sobre inversión extranjera, ante un tribunal imparcial, el Capítulo 19 sobre las medidas antidumping y compensatorias a través de paneles y el Capítulo 20 sobre solución de controversias generales a través de un panel.

Con relación al GATT de 1994, ya expuse en el capítulo tercero, los mecanismos de solución de diferencias aplicables a los Estados Parte, por lo que posteriormente expondré que el cumplimiento de México de las resoluciones del OSD, puede violentar derechos humanos y sus garantías y reclamarse mediante el juicio de amparo indirecto.

²⁰⁴ Pérez Nieto Castro, Leonel, Derecho Internacional Privado, Novena Edición, Oxford y la UNAM, México 2011.

²⁰⁵ *Idem.* p. 396.

4.5.2 La posible inconstitucionalidad del procedimiento y de las resoluciones del órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Es importante señalar que México forma parte de la OMC y como se adhirió al GATT de 1994, se encuentra obligado a observar el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD) y a atender y cumplir las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD).

En este sentido, me permito poner como ejemplo que en la Diferencia DS308, en que Estados Unidos actuó como reclamante en contra de México como demandado, en relación con medidas fiscales que éste le impuso en refrescos y otras bebidas para los que se utiliza cualquier edulcorante distinto del azúcar de caña, con fecha 6 de marzo de 2006, el OSD distribuyó el informe del Órgano de Apelación a los Miembros, en el que éste recomendó que el Órgano de Solución de Diferencias pidiera a México poner las medidas declaradas en el informe del Grupo Especial incompatibles con el *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de dicho Acuerdo.

Por lo que a pesar de que México interpuso recurso de apelación en contra de dichas recomendaciones, no obtuvo solución favorable, por lo que en cumplimiento a las mismas, de manera inmediata derogó las disposiciones contenidas en los incisos G y H del artículo 2 fracción I de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, eliminando así el

impuesto declarado incompatible.²⁰⁶ Luego, en la reunión del “OSD” celebrada el 23 de enero de 2007, México informó al “OSD”, que había cumplido sus obligaciones al retirar la medida objeto de esta diferencia.²⁰⁷

Lo anterior demuestra sin duda la responsabilidad de México al cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, además de su buena voluntad para sostener relaciones sanas con Estados Unidos. En cambio en el asunto México vs. Estados Unidos, Atún-Delfín y Productos de Atún. (DS381), en su reunión del 3 de diciembre de 2015, el OSD adoptó los informes emitidos por el Órgano de Apelación, pero las recomendaciones emitidas no han sido cumplidas por Estados Unidos y en su reunión de 22 de abril de 2016, el OSD aplazó el establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento solicitado por Estados Unidos.

Ahora bien, a pesar de que tanto el ESD, así como las resoluciones y recomendaciones del OSD, pudieran ser contrarias a los derechos e intereses de México, los que inclusive pudieran violentar derechos humanos de los gobernados, como en el siguiente apartado me refiero respecto de la ejecución de dichas resoluciones y recomendaciones, por no ser compatibles con los postulados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no son susceptibles de atacarse por inconstitucionales, sino que México puede acudir a los mecanismos a que me refiero más adelante.

²⁰⁶ Decreto publicado el 27 de diciembre de 2006, en el Diario Oficial de la Federación

²⁰⁷ OMC, *Medidas Fiscales sobre refrescos y otras bebidas*
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds308_s.htm consultado 05 de mayo de 2016.

En efecto, es conveniente tener presente que en el caso de las recomendaciones y resoluciones de órganos internacionales como es el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), no es procedente el juicio de amparo, pues éste es un tribunal de carácter internacional, que pertenece a la OMC, de la que México es parte, de tal manera que los tribunales de éste no pueden ejercer jurisdicción alguna sobre los actos del OSD, el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD) y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Al respecto, señala el autor Carlos Arellano García que el juicio de amparo es un medio de control de legalidad y constitucionalidad de los actos de autoridades mexicanas, sin que esté en aptitud de producir efectos para controlar actos de autoridades que no sean mexicanas y que puedan ser extranjeras o supranacionales. El juicio de amparo, en su esencia, no opera contra actos de autoridades extranjeras, ni contra actos de autoridades supranacionales.²⁰⁸

Tomando como ejemplo la Diferencia DS308 de Estados Unidos como reclamante y México como demandado, una vez agotado el recurso de apelación previsto por el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17, del ESD, México no contaba con alternativa jurídica alguna para dejar de cumplir las recomendaciones y resoluciones emitidas por el OSD, ni menos

²⁰⁸ Arellano García, Carlos, *El Juicio de Amparo y los Tratados Internacionales. A 160 años de la Primera Sentencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 270
www.juridicas.unam.mx consultado 05 de mayo de 2016.

para recurrir el ESD y el GATT de 1994 en los que las mismas se basan, sino que se encontraba obligado a observarlas.

Sin embargo, en mi opinión, tampoco se trata de que México de cumplimiento sin más ni más a los compromisos que asumió en virtud del GATT de 1994 y la normatividad derivada, ya que al hacerlo puede tener consecuencias inconvenientes para su economía y la de los gobernados, por lo que es necesario que en cualquier diferencia haga valer las razones que le asistan mediante argumentos jurídicos sólidos, tendientes a demostrar que no contraviene el GATT de 1994, sus acuerdos abarcados o cualquier otra disposición jurídica derivada.

Pero de ser el caso, cuando las disposiciones jurídicas señaladas en el párrafo anterior resultan contrarias a los derechos e intereses de México, de conformidad con el artículo X del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, puede proponer las enmiendas correspondientes, ya que el mismo dispone:

Artículo X. Enmiendas

1. Todo Miembro de la OMC podrá promover una propuesta de enmienda de las disposiciones del presente Acuerdo o de los Acuerdos Comerciales Multilaterales del Anexo 1 presentándola a la Conferencia Ministerial.

Asimismo, en el supuesto remoto, tal vez impensable por las quizás graves consecuencias políticas y económicas que a México le resultaran, desde luego adversas por sus condiciones comerciales frente a otros países miembros, como cualquiera de

ellos podría denunciar el Acuerdo de Marrakech, en términos de su artículo XV, que dispone:

Artículo XV. Denuncia.

1. Todo Miembro podrá denunciar el presente Acuerdo. Esa denuncia se aplicará al presente Acuerdo y a los Acuerdos Comerciales Multilaterales y surtirá efecto a la expiración de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya recibido notificación escrita de la misma el Director General de la OMC.
2. La denuncia de un Acuerdo Comercial Plurilateral se regirá por las disposiciones de ese Acuerdo.

Aunque antes de llegar a este último extremo, estimamos que México se encuentra en posibilidad de llevar a cabo medidas legislativas adicionales para tratar de evitar el impacto negativo en su economía derivado del cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD, ya que la recaudación de impuestos es sumamente importante para cubrir el presupuesto anual de egresos de la Federación, por lo que la derogación de cualquier impuesto en mi opinión obliga a México a prevenir legislativamente la situación para evitar dicho impacto.

Así es, recordemos que en el presupuesto de egresos de la Federación se prevé el destino de los ingresos para cubrir el gasto público, entre otros los programas sociales, los gastos inherentes a la administración pública, etc. para lo cual se establece en el presupuesto de ingresos la obtención de los recursos necesarios para cubrir dicho gasto, de tal manera que si no se obtienen dichos recursos, como en el caso concreto de

la recaudación de impuestos, entonces se puede poner en riesgo el cumplimiento de los fines del Estado mexicano para cubrir las necesidades sociales.

En el caso a estudio ocurrió que si bien se intentaron acciones legislativas para contrarrestar los efectos que produjo el cumplimiento de las recomendaciones del OSD, en mi opinión se privilegió el cumplimiento liso y llano de dichas recomendaciones, ya que ocurrió lo siguiente:

El Poder Ejecutivo, en la iniciativa de reforma al artículo II, fracción I, incisos G y H, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, propuso que con la finalidad de establecer las medidas que fueron objeto de impugnación en conformidad con las obligaciones de México establecidas en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, que se derogue la exención prevista en los artículos 8o., fracción I, inciso f) y 13, fracción V, para generalizar la aplicación del gravamen y consideró conveniente proponer una reducción en la tasa aplicable, pasando del 20% al 5%.

Concluido el tracto legislativo en las Cámaras de Diputados y de Senadores, en que personalmente considero que también se privilegió el cumplimiento de las recomendaciones del OSD indicadas en la iniciativa del Poder Ejecutivo, el resultado fue que al final determinaron la derogación del impuesto especial establecido por los incisos G y H del artículo 2 fracción I de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, que establecían una tasa del 20% aplicable a la enajenación e importación de refrescos, bebidas hidratantes o rehidratantes,

concentrados, polvos, jarabes, esencias o extractos de sabores, que al diluirse permitan obtener refrescos, bebidas hidratantes o rehidratantes, cuando en su elaboración no se utilice como edulcorante azúcar de caña.²⁰⁹ Como consecuencia de lo anterior, el impuesto especial de referencia formalmente quedó derogado.²¹⁰

Ante tal situación, en mi opinión, considero la necesidad de que México busque alternativas de solución respecto del cumplimiento de las recomendaciones del OSD, pero más allá de esto, que desde antes de emitir disposiciones jurídicas relacionadas con la materia de comercio internacional, se analice detalladamente la incompatibilidad que pudiera más tarde resultar entre los tratados internacionales celebrados por México en materia comercial y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.5.3 La posible inconstitucionalidad de la ejecución de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Como mencioné en el apartado anterior, además de la afectación económica que en su caso podría o ha sufrido México en su facultad recaudatoria, por acatar lisa y llanamente las recomendaciones y resoluciones del OSD, también pudieran ocasionarse daños y perjuicios a terceros de nuestro país, cuyos intereses y derechos se involucran en las relaciones comerciales que México sostiene con otros países, como en el caso que nos

²⁰⁹ Ver proceso legislativo, Decreto 5, LX Legislatura, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lieps.htm> consultado 05 de mayo de 2016.

²¹⁰ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre del 2006.

ocupa en la Diferencia DS308, entre Estados Unidos y México, en que éste derogó las disposiciones contenidas en los incisos G y H del artículo 2 fracción I de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios y bien que ello pudo afectar a terceros.

Por ello, si con la derogación de tales dispositivos jurídicos se produjeron daños y/o perjuicios económicos a sectores que se relacionan con la producción, distribución y comercio del azúcar de caña y de endulzantes, como por ejemplo el caso de productores, ingenios azucareros, distribuidores y comercializadores en nuestro país, estos pudieron interponer el juicio de amparo indirecto en contra de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Congreso de la Unión, etc., es decir, en contra de todas las autoridades que intervinieron en el acto derogatorio y su aplicación, para dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSC.

Pero al mismo tiempo de la procedencia del amparo indirecto, en contra de los citados actos de autoridad que derogaron las disposiciones contenidas en los incisos G y H del artículo 2 fracción I de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, en mi opinión también era procedente, que en la misma demanda de amparo, los afectados podrían impugnar de igual manera por inconstitucionales, la primera frase del párrafo 2 y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, que sirvieron de base para las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sin embargo, no tenemos conocimiento

de que los interesados se hayan amparado o que habiéndolo hecho se haya dictado sentencia ejecutoria.

Efectivamente, los actos de dichas autoridades y leyes en los que se fundamentan, deben cumplir las garantías de legalidad y seguridad jurídica consagradas por los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en lo conducente disponen:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En el caso que he tomado como ejemplo, Diferencia DS308, en que Estados Unidos actuó como reclamante en contra de México como demandado, si hipotéticamente los productores, ingenios azucareros, distribuidores y comercializadores en nuestro país, sufrieron daños y perjuicios por la derogación de las disposiciones contenidas en los incisos G y H del artículo 2 fracción I de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, en consecuencia se pone en

evidencia la violación en contra de los mismos de las garantías de legalidad y seguridad jurídica invocados.

Respecto del principio de supremacía constitucional, adicionalmente a lo me he referido en este mismo capítulo respecto de los tratados internacionales, Leonel Pereznieto menciona que con este artículo:

1. “Se afirma el concepto del dualismo jurídico, conforme al cual el derecho interno no está supeditado al derecho internacional, pero se reconoce la existencia de éste.
2. Se ubica a los tratados por encima de las leyes del Congreso.
3. Se confirma la procedencia del juicio de amparo, en tanto medio de control de la legalidad en contra de los tratados internacionales.”²¹¹

Por lo tanto en el punto 1 el derecho internacional es asimilado al nacional como una adición o reforma, congruente con la constitución, respetando la supremacía constitucional y por ende la soberanía nacional. Además, Rodolfo Miramontes Cruz menciona que se “...ubica el tratado dentro del marco legal ordinario e indica que puede ser impugnado al igual que cualquier otra disposición legal.”²¹² Lo anterior refuerza lo señalado con respecto al medio de impugnación, que en este caso es el juicio de amparo indirecto.

²¹¹ Leonel Pérez Nieto, Castro *op.cit.* p. 376.

²¹² Miramontes Cruz, Rodolfo, *El Tlc: Controversias, Soluciones y Otros Temas Conexos*, Editorial Porrúa, México 2002, pág. 56

Sin embargo, es importante señalar también que el juicio de amparo indirecto no procede en contra de cualquier tratado internacional; no se puede pasar por alto que de conformidad con el inciso a), fracción I del artículo 107 Constitucional, es improcedente el juicio de amparo indirecto en contra de tratados internacionales en materia de derechos humanos, se transcribe:

Artículo 107. El amparo indirecto procede:

I. Contra normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso.

Para los efectos de esta Ley, se entiende por normas generales, entre otras, las siguientes:

a) Los tratados internacionales aprobados en los términos previstos en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; salvo aquellas disposiciones en que tales tratados reconozcan derechos humanos;

Por lo anterior, conforme al mismo artículo 107 Constitucional, inciso a), el juicio de amparo indirecto procede en contra de los tratados internacionales diversos de la materia de derechos humanos, como en este caso, los que se refieren a la materia comercial.

Finalmente y en aplicación de prevalencia de la unidad del sistema jurídico, el Estado de Derecho, los principios de supremacía constitucional, jerarquía de la ley, control de la constitucionalidad y control de la convencionalidad, reitero que en el caso del cumplimiento a que se encuentre obligado, de las recomendaciones y resoluciones del OSD de la OMC, es necesario que el Estado mexicano procure:

Desde luego, salvaguardar los derechos e intereses financieros y económicos de México, sobre todo cuando en el presupuesto de Ingresos de la Federación, se contemple la recaudación de impuestos previstos en diferentes leyes para cumplir la planeación de su ejercicio con base en la Ley de Egresos de la Federación y que puedan resultar afectados por el cumplimiento de tales recomendaciones y resoluciones.

En segundo lugar, considero necesario que el Estado mexicano, vele por los derechos e intereses legítimos de las personas físicas y morales, que resulten afectadas por las medidas que éste tome para dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD de la OMC, así como de cualquier otra instancia judicial de carácter internacional.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Ludwin Von Bertanffy, planteó inicialmente una teoría general de sistemas en principio sobre las ciencias naturales y luego sobre las ciencias sociales, por lo que esta teoría resulta aplicable al derecho como sistema jurídico.

SEGUNDA.- Los sistemas jurídicos deben contar con las características de unidad, coherencia e integridad.

TERCERA.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la Ley Suprema, por tanto se encuentra en la cúspide de todo el sistema jurídico mexicano y quedan sujetas a sus postulados las autoridades y todas las normas generales que de ella emanen.

CUARTA.- México ingresó al GATT mediante el protocolo de adhesión, firmado el 17 de julio de 1986, mismo que entró en vigor el día 24 de agosto del mismo año. El retraso de México para adherirse al GATT de 1947 sin duda se debió a una política cerrada más que proteccionista.

QUINTA.- El objetivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) es, esencialmente, asegurar la utilización óptima, desde un punto de vista global, de los recursos económicos para mejorar el desarrollo económico entre los países mediante la reducción de barreras comerciales, tanto arancelarias como no arancelarias que obstaculizan el comercio mundial injustificadamente. Además es un foro que trata de ayudar a resolver diferencias comerciales entre los países miembros y presta asistencia técnica, entre otros.

SEXTA.- La Conferencia Ministerial es el órgano supremo de la OMC.

SÉPTIMA.- La solución de las diferencias entre los países miembros de la OMC, se rige de manera formal por el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD). Sin embargo también existen otros medios alternativos de solución de diferencias tales como: Buenos Oficios, Conciliación, Mediación y Arbitraje.

OCTAVA.- El Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá (TLCAN), expresamente en su artículo 103, no invade la jurisdicción del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), de la OMC ya que las partes ratifican los derechos y obligaciones vigentes entre ellas conforme al GATT y otros acuerdos de los que sean parte. De tal manera que las partes pueden convenir uno u otro fórum.

NOVENA.- El procedimiento establecido por el ESD, cumple con los requisitos establecidos por el artículo 8o. de la Ley Sobre la Celebración de Tratados, por lo cual, las recomendaciones y resoluciones que emite el OSD son válidas y obligatorias para México. De tal manera que si México quisiera desvincularse de estas recomendaciones y resoluciones tendría que renunciar a la OMC, lo cual sin duda traería consecuencias negativas para su economía interna y política internacional.

DÉCIMA.- El artículo 25 del ESD, establece una incipiente regulación del arbitraje como medio alternativo de solución de diferencias.

DÉCIMA PRIMERA.- La OMC es sin duda un órgano político, por lo que en mi opinión es obvio que sus integrantes están expuestos a recibir instrucciones de sus gobiernos, sobre las posiciones que deben adoptar en las recomendaciones y resoluciones del OSD.

DÉCIMA SEGUNDA.- Los integrantes del Órgano Permanente de Apelación (OPA) del OSD, deben ser de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general y no deben estar vinculadas a ningún gobierno.

DÉCIMA TERCERA.- El ESD establece un procedimiento *sui generis* para la solución de las diferencias que surjan entre los estados Miembros de la OMC, ya que el procedimiento se rige bajo un marco de preservación de los derechos y obligaciones de los acuerdos abarcados, conforme al derecho internacional público.

DÉCIMA CUARTA.- En el ESD se utilizan figuras y términos diferentes a los que son propios a nuestro sistema jurídico, tales como: quienes actuarán entre las partes, los terceros, el litigio o controversia, la demanda, la resolución o sentencia, los actos procesales y diversas reglas. A saber, por ejemplo, cambia demanda por consulta, juez o jueces por grupo especial, etc. y no dicta sentencias, emite recomendaciones y resoluciones.

DÉCIMA QUINTA.- México ha celebrado múltiples tratados internacionales en materia comercial, destacándose el Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994) y el

Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos (TELCAN).

DÉCIMA SEXTA.-México se adhirió al GATT de 1994, por lo que se encuentra obligado a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Las recomendaciones y resoluciones del OSD pueden impactar negativamente en la economía y en general en las finanzas del Estado mexicano, así como a los derechos e intereses de personas morales públicas y privadas.

DÉCIMA OCTAVA.- Es improcedente el juicio de amparo en contra de las recomendaciones y resoluciones de tribunales con jurisdicción internacional, como lo es el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

DÉCIMA NOVENA.- Las personas morales, públicas y privadas, que puedan resultar afectadas por la ejecución por parte del Estado mexicano de las recomendaciones y resoluciones del OSD, se encuentran legitimadas para interponer el juicio de amparo indirecto en contra de las autoridades mexicanas, más no en contra de la OMC, toda vez que México está sometido a la OMC.

FUENTES CONSULTADAS, AUTORES

- AGUIRRE CÁRDENAS, CARLOS F. *El comercio de bienes en los tratados de libre comercio. Un análisis comparativo*, México, Taxxx Editores, 2006.
- ANDRADE SÁNCHEZ, J. EDUARDO, *Derecho Constitucional*, Edit. Oxford, México, 2008,
- BADENES GASSET, RAMÓN, *Conceptos Fundamentales del Derecho*. Sexta Edición, Barcelona 1982.
- BERMEJO GARCÍA, ROMUALDO Y SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, LAURA. *Del Gatt a la Organización Mundial del Comercio: Análisis y Perspectivas de Futuro*, Anuario de Derecho Internacional, XII, Pamplona España, 1996.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, Reimp. de la 2ª. Ed., Edit. Themis, S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª. Ed. 3ª. Reimp., Edit. Porrúa, México, 2014,
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, *Derecho Constitucional Mexicano*, Edit. Porrúa, 20ª. Ed., Tercera reimpresión, México, 2014.
- CARBAJAL, JUAN ALBERTO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2012. Pp.408.
- CARBAJAL, JUAN ALBERTO, *Tratado de Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución*, 1ª. Ed., Edit. Porrúa, México, 2002.

- CASTELLANOS GOÚT, MILTON EMILIO, *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Autónoma de Baja California, México, 2004
- CISNEROS FARÍAS, GERMÁN, *Derecho Sistemático*, 2ª. Ed. Edit. Porrúa, México, 2005.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD IV).
- CONTRERAS BUSTAMANTE, RAÚL, *Teoría de la Constitución*, Edit. Porrúa, México, 2003.
- CRUZ MIRAMONTES, RODOLFO, *Las relaciones Comerciales Multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea*, UIAIJ-UNAM, 2003. citado por Aguirre Cárdenas, Carlos F.
- DE LA MADRID HURTADO, MIGUEL. *Crónica del sexenio 1982 1988*, 4º. Año, julio de 1986.
- DE TOQUEVILLE, ALEXIS, *Democracia en América*, Trad, Española, Carlos Cerrillo Escobar, Edit. Daniel Jorro, Madrid, 1911.
- DEL CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO, *Primer Curso de Amparo*, 5ª. Ed., Edit. Ediciones Jurídicas Alma, S. A. de C. V., México, 2004
- DEL CASTILLO, GUSTAVO (Compilador). *México en el GATT ventajas y desventajas*, El Colegio de la Frontera Norte, Baja California, Tijuana, 1986.
- FIX ZAMUDIO, HECTOR, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Editorial Porrúa, México 2005. pp. 68

- GARCÍA, TRINIDAD, *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 31ª. Edición, México 2001.
- GARRORENA MORALES, ÁNGEL, *Derecho Constitucional Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011,
- GONZÁLEZ, ANA KARINA Y ALANÍS IBÁÑEZ, GUSTAVO. *La Organización Mundial de Cooperación y Desarrollo Económico y el Medio Ambiente*, México, Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A.C., 1998.
- HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, 2ª. Ed. (Reimpresión), Trad. Genaro R. Carrillo, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- JUAN ALBERTO, *Tratado de Derecho Constitucional, Teoría de la Constitución*, Edit. Porrúa, México, 2002
- KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, Edit. Porrúa, México, 1996
- KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. de la 2ª. Ed. en alemán de Roberto J. Vernengo, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.
- LEÓN STEFFENS, AVELINO. *El Futuro del Libre Comercio en el Continente Americano, Análisis y Perspectivas*, Serie I, México, Estudios de Derecho Económico, N° 29, UNAM, IJ, 1997,
- LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, Trad. y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª. Ed., 1ª. Ed. Inglesa 1959, Edit. Ariel, Barcelona, 1970.

- LUHMANN, NIKLAS, Organización y decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo, Trad. Darío Rodríguez Mancilla, Primera Reimp. Edit. Anthropos, España, 2005.
- MEDINA RODRÍGUEZ, JULIO CESAR, *Derecho Constitucional Mexicano*, Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, S.A. de C.V., México Distrito Federal, Mayo 2012, pp.
- MORENO CASTELLANOS, JORGE ALBERTO, *Comercio Exterior sin Barreras, Todo lo que usted necesita saber en materia aduanera y de comercio exterior*, 3a. ed., México, Taxxx Editores, 2008.
- MORIENAU, OSCAR, *El Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1997.
- Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, *Ronda Uruguay. Acuerdo Mundial, Beneficios Mundiales*. Bruselas Luxemburgo, 1994.
- PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, *Derecho Internacional Privado*, Parte General, 9ª. Edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Edit. Oxford, México, abril 2012.
- RAMÍREZ SILVA, LUCIANO, *El Control de la Constitucionalidad y el Juicio de Amparo en México*, 2ª. Ed., Edit. Porrúa, México, 2010,
- RAZ, JOSEP, *El Concepto de Sistema Jurídico, Una Introducción a la Teoría del Sistema Jurídico*, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.

- ROMANO, SANTI, *El Ordenamiento Jurídico*, Trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, *Teoría de la Constitución*, 1ª. Reimp. Edit. Astrea, Buenos Aires, 2004,
- SÁNCHEZ BRINGAS, ENRIQUE, *Derecho Constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2004,
- SÁNCHEZ BRINGAS, ENRIQUE, *Derecho Constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2004
- SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, Versión española de Francisco Ayala, Edit. Alanza Editorial, España 1982,
- SECOFI, *El Gatt y la Nueva Organización Mundial de Comercio*, Secofi, México, 1994.
- SOTO FLORES, ARMANDO, *Teoría de la Constitución*, Edit. Porrúa, México, 2003,
- SUÁREZ ROMERO, MIGUEL ÁNGEL, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional, la Argumentación Jurídica del Legislador*, 1ª. Ed. Edit. Porrúa, México 2015,
- TENA RAMÍREZ, FELIPE, *Derecho Constitucional Mexicano*, 40 Ed. 2ª. Reimp., Edit. Porrúa, México 2013.
- URIBE ARZATE, ENRIQUE, *El Principio de Supremacía Constitucional, exégesis y prolegómenos*, Edit. Porrúa, México, 2010,
- VON BERTALANFFY, LUDWIN, *Teoría General de los Sistemas*, Trad. Juan Almela, 7ª. Reimp., México, 1969.
- WHEARE, K.C., *Modern Constitutions*, en Home University Library of Modern Knowledge, Londres, 1951, p. 46, citado por Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Trad. y

estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª.
Ed., 1ª. Ed. Inglesa 1959, Edit. Ariel, Barcelona, 1970.

ELECTRÓNICOS:

DA SILVA, JOSÉ ALFONSO,

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1000/10.pdf>.

ESPINOSA OSORIO, DAVID, *Teoría General de Sistemas*.

<http://www.gestiopolis.com/teoría-general-de-sistemas-ludwin-von-vertalanffy>

LASSALLE, FERDINAND, *¿Qué es una Constitución*,

http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf

Sistemas de Ludwin Von Bertalanffy

<http://psicologosenmadrid.eu/teoria-general-de-sistemas-de-von-bertalanffy/>

<http://definicion.de/constitucion/#ixzz4AOKUiF4K>

Concepto de soberanía - Definición, Significado y Qué es

<http://definicion.de/soberania/#ixzz4Cuml3MkW>

Se formaliza el ingreso al Acuerdo General de Aranceles y

Comercio (GATT), Memoria Política de

México, <http://www.memoriapoliticademexico.org/Efemerides/7/24071986.html>

La OMC y los Fundamentos Cambiantes del Derecho

Internacional, Trad. Carrillo Santarelli, Nicolás, Madrid,

Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009,

<http://www.mmh.org.mx/nav/node/577>.

OMC, México y la OMC.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/mexico_s.htm

OMC, Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994.

http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm

OMC. Miembros y Observadores,

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm.

PEÑALOZA, Tomás. *La adhesión de México al GATT*,

<https://www.google.com.mx/search?q=Obras+de+Tomás+Peñaloza+Weeb>.

OMC. *Los Años del GATT: de la Habana a Marrakech*.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds308_s.htm

Informe del Órgano de Apelación, documento 308ABR,

https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=%28@Symbol=%20wt/ds308/ab/r*%20not%20rw*%29&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#

FERNÁNDEZ PONS, XAVIER.

- Texto copiado y luego traducido de la página del Senado de Estados Unidos http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm

- <http://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico?state=published>

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Control concentrado y difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Sus diferencias. (Época: Novena Época, Registro: 192867, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. LXXVII/99, Página: 46).

Control de convencionalidad. Es una obligación ineludible de la autoridad jurisdiccional ejercerlo, aun de oficio, cuyo incumplimiento vulnera el mandato constitucional de proteger y garantizar los derechos humanos y compromete la responsabilidad internacional del estado mexicano en su conjunto. (Época: Décima Época, Registro: 2010143, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Materia(s): Común, Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), Página: 1647).