

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**

CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO

08 SEMESTRE I
2017

AÑO 4

CENTENARIO



CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 4, número 08, semestre I, enero-junio 2017, publicación semestral editada por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Calzada Circunvalación Poniente número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200. Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx, Editor Responsable: Diego Robles Farías. Reserva de derechos al uso exclusivo número 04-2014-121714090400-102, ISSN 2395-9541, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de título y contenido número en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Diseño editorial e impresión: Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V., Calle San Juan de los Lagos 151, Colonia Vallarta Poniente, C.P. 44110 Guadalajara, Jalisco, México, Tel. (33)18171385. Este número terminó de imprimirse el día 15 de mayo de 2017 con un tiraje de 300 ejemplares.

La revista Perspectiva Jurídica UP y su contenido son propiedad de Centros Culturales de México, A.C. Se permite la reproducción total o parcial de esta obra, su almacenamiento en sistemas digitales, su transmisión en cualquier medio electrónico o mecánico con la previa autorización por escrito por parte de Centros Culturales de México, A.C.

Para envío de fascículos y criterios editoriales, así como acciones de seguimiento, solicitarlos en perspectivaup@up.edu.mx, teléfono (33) 16-68-22-20 extensión 4310.

Para solicitar la publicación de un artículo, enviar archivo conforme a los criterios editoriales, mediante correo electrónico a perspectivaup@up.edu.mx. Se deberá enviar material original incluyendo un resumen.

Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 31 de julio de 2017. Se resolverá sobre su aceptación el 28 de agosto de 2017.

Los datos bibliográficos de las fuentes consultadas deberán citarse en el siguiente orden: Autor; título; edición; traductor, si lo hay; editorial; lugar de edición; año; colección, si la hay; volumen, tomo o número, si los hay, y páginas. Las citas deberán adecuarse a lo indicado en los criterios editoriales.

Consejo Editorial

DR. JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN
DRA. MELISSA DE ALBA RITZ
DR. CARLOS PÉREZ DEL VALLE
DR. GONZALO GARCÍA VELASCO
DR. OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI
DRA. SOYLA H. LEÓN TOVAR
DR. LUIS MANUEL C. MÉJAN CARRER
DRA. MARINA VARGAS URRUTIA

Comité Directivo

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
Director de la Facultad de Derecho

MTRA. MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA
Directora de la Licenciatura en Derecho

Comité Editorial

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor General

MTRO. MANUEL TOVAR HERNÁNDEZ
Coordinador Editorial

LIC. JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO
Coordinadora del Comité Editorial

JUAN PABLO ANDRADE ROJAS
ALEJANDRO AVIÑA ESTRADA
PAULINA BATANI MUÑOZ
DANIEL BELTRÁN COTA
ROMINA GUARNEROS GALAZ
GIULIANA MARTINEZ CORONA
PALOMA MEJÍA MACEIRA
JORGE ANDRÉS VILLA DELSORDO

Mensaje del director

Estimada comunidad académica:

Con mucha satisfacción, hemos llegado al número 8 de nuestra revista; contamos con las valiosas aportaciones de Adilene Almanza Palomares, Juan Pablo Andrade Rojas, Emmanuel Ibarra Castillo, Guillermo Gatt Corona, Pascual Alberto Orozco Garibay, Carlos Alberto Orozco Mendoza, Juan Pablo Pérez Van Dick, Juan Ángel Soto Gómez, Hernany Veytia, Elvira Villalobos, y Ricardo Vinicio Rodríguez Printzen; a todos y todas, nuestra gratitud por contribuir al intelecto jurídico, y por darle continuidad a nuestro medio de difusión, que se consolida cada vez más. La diversidad de temas le siguen dando el toque de universalidad en el campo del derecho, indispensable para su presencia en los diversos foros.

No podemos omitir el reconocimiento al renovado equipo de colaboración que integra el Comité Editorial, por su entusiasmo y vinculación; quienes han cesado en su apoyo, mil gracias por siempre, y quienes se incorporan, bienvenidos al espíritu que nos anima.

Dr. Isaías Rivera Rodríguez
Director de la Facultad de Derecho

Editorial

Este ejemplar de la revista –la octava desde su fundación hace cuatro años- resulta particularmente interesante. En ella colaboran juristas de primer orden, entre otros, Hernany Veytia Palomino, árbitro internacional radicada en Londres que escribe sobre la prudencia del tribunal arbitral al decidir sobre el acceso a la información confidencial. El profesor Juan Ángel Soto Gómez desde la Universidad de Navarra presenta su punto de vista acerca de los aspectos jurídicos y políticos de la relación entre el populismo y nacionalismo catalán, trabajo que ayuda a entender las consecuencias perniciosas del populismo que afecta a un número importante de países en el mundo.

El notario Pascual Alberto Orozco Garibay, secretario académico del Colegio Nacional del Notariado Mexicano escribe sobre la reforma en materia de derechos humanos y su repercusión en el ámbito notarial; por su parte, Guillermo A. Gatt Corona aprovecha la reciente reforma de la Constitución del Estado de Jalisco para reflexionar objetivamente sobre la eliminación del fuero constitucional, mientras que Elvira Villalobos Chaparro analiza la situación jurídica de la persona no nacida y Emmanuel Ibarra Castilla presenta su opinión acerca del sindicalismo mexicano en los inicios del siglo XXI.

Estos y otros temas jurídicos que se contienen en la edición que presentamos, muestran la amplitud de intereses académicos de los colaboradores de la revista. Derecho arbitral internacional, derechos humanos, constitucional, civil, propiedad industrial, amparo y laboral, son, entre otras las materias sobre las que se trata en esta ocasión.

Como se aprecia, la revista se encuentra posicionada entre la comunidad jurídica como una excelente opción para publicar sus investigaciones. Al mismo tiempo, sigue siendo un mecanismo para formar a los estudiantes de los últimos semestres de la carrera de derecho en la investigación y en los procesos de edición de una revista académica.

Como hemos dicho antes, seguiremos esforzándonos para mantener a *Perspectiva Jurídica UP* como una de las mejores revistas académicas del país.

Zapopan, abril de 2017

Dr. Diego Robles Farías
Editor General

Contenido

Mensaje del director..... p. 5

Editorial..... p. 7

Estudios jurídicos

Los efectos en las sentencias de amparo en casos de derechos económicos, sociales y culturales, que se refieran al diseño de políticas públicas por parte del Poder Ejecutivo.

Caso Pabellón 13

por ADILENE ALMANZA PALOMARES p. 13

Algunas reflexiones en torno a la evolución de la interpretación judicial en el Sistema Jurídico Mexicano

por JUAN PABLO ANDRADE ROJAS..... p. 35

El sindicalismo en su encrucijada: crisis y retos en el México del siglo XXI

por EMMANUEL IBARRA CASTILLO..... p. 51

El fuero constitucional: un tema de ponderación y proporcionalidad

por GUILLERMO A. GATT CORONA..... p. 65

La problemática de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su repercusión en la función notarial

por PASCUAL ALBERTO OROZCO GARIBAY..... p. 79

Justiciabilidad de los Derechos Sociales en el Juicio de Amparo a través del Interés Legítimo

por CARLOS ALBERTO OROZCO MENDOZA..... p. 101

Los nuevos retos de las acciones afirmativas, las categorías sospechosas y el escrutinio estricto en México

por JUAN PABLO PÉREZ VAN DYCK..... p. 125

La relación entre el populismo y el nacionalismo catalán en España, aspectos jurídicos y de teoría política

por JUAN ÁNGEL SOTO GÓMEZ..... p. 143

La prudencia del Tribunal Arbitral al decidir sobre el acceso a la información confidencial y el alcance del principio *nemo tenetur se ipse accusare*
por HERNANY VEYTIA PALOMINO..... p. 175

Análisis de la situación jurídica de la persona no nacida
por ELVIRA VILLALOBOS CHAPARRO.....p. 199

Actualidad legislativa

Implementación del sistema de oposición en México ¿es realmente una solución para evitar la violación de derechos de propiedad industrial?
por RICARDO VINICIO RODRÍGUEZ PRINTZEN..... p. 213

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
08 SEMESTRE I
2017
AÑO 4

Los efectos en las sentencias de amparo en casos de derechos económicos, sociales y culturales, que se refieran al diseño de políticas públicas por parte del Poder Ejecutivo. Caso Pabellón 13¹

ADILENE ALMANZA PALOMARES²

"Sin justicia y sin respeto por los derechos humanos no puede haber paz"

Irene Khan

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.* III. *Contexto, antecedentes y resolución del Caso Pabellón 13, un avance a medias en el derecho a la salud.* IV. *Test, para evaluar la negativa en la aplicación de recursos públicos por parte de la autoridad administrativa para la eficacia del derecho a la salud.* V. *Efectos de las sentencias estructurales en Colombia.* VI. *Conclusiones.*

Resumen. Los derechos económicos sociales y culturales constituyen una amplia esfera de derechos humanos, de entre los cuales destaca el derecho a la salud. Estos derechos revelan un interés por la igualdad, y es a causa de ellos, que cada persona cuenta con un universo de protección que le permite tomar las mejores decisiones sobre el sentido y significado de su existencia, sin olvidar que son indivisibles e interdependientes con los derechos civiles y políticos. Además, por fortuna existen diversas posibilidades de justiciabilidad, ya sea mediante mecanismos nacionales o internacionales. De este modo, se pueden ir dando pasos firmes y decididos en la defensa de los derechos sociales. Baste como muestra, el derecho a la salud como se muestra en un amparo concedido a tres pacientes con VIH/SIDA, por violación al más alto nivel de salud. Es importante destacar que la autora toma el hecho y realiza un estudio de los posibles parámetros que pueden ser utilizados para

¹ Agradezco profundamente al *Doctor Pedro de Jesús Pallares Yabur*, profesor investigador de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, por abrirme las puertas en la investigación, es así que desde el primer día que le contacté su apoyo es incondicional, asimismo agradezco sus relevantes conocimientos, consejos, críticas y sugerencias durante el desarrollo de esta investigación.

² Alumna de 5º Año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

justificar la negativa de aplicación de recursos públicos por parte de la autoridad administrativa, con motivo de falta de fondos disponibles en el contexto judicial de una sentencia de amparo, no obstante, siempre y cuando sea por incapacidad y no por renuencia. Se debe agregar que los derechos sociales deben ir de la mano con las políticas públicas, de ahí que surja una armonización entre Poderes.

Palabras clave: Derechos económicos sociales y culturales; derecho a la salud; justiciabilidad; amparo; renuencia; derechos humanos.

Abstract. *Economic, social and cultural rights constitute a broad area of human rights, including the right to health; which reveal an interest in equality. It is due to them, that each person has a universe of protection that allows them to take the best decisions about the meaning and sense of their existence, without forgetting that they are indivisible and interdependent with civil and political rights. In addition, there are various possibilities for justiciability, either through national and international mechanisms, so decisive steps can be taken to defend social rights. It is sufficient to show the right to health. This right is sought after in a protection granted to three patients with HIV/AIDS, for rape at the highest level of health. Consequently, it is important to note that the author takes the fact and makes a study of the possible parameters that can be used for the justification in the refusal of application of public resources, by the administrative authority, due to deficiency of funds available in the judicial context of a protection judgment, however only if it is for incapacity and not for reluctance. It should be added that social rights must go hand in hand with public policies, hence a harmonization between Powers.*

Keywords: *Economic, social and cultural rights; right to health; justiciability; protection; reluctance; human rights.*

I | Introducción

El objetivo primordial que persigue éste artículo, es analizar la justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) partiendo del conflicto que ha existido desde tiempos remotos con los Derechos Civiles y Políticos (DCP), Estas líneas resolverán la cuestión referente a si los derechos sociales son o deben ser garantizados por el Estado.

En el 2014 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) amparó a tres quejosos con VIH/SIDA por una violación al derecho a la salud.³ Es importante subrayar que esta fue la primera vez que se interpretó el contenido del mencionado derecho al *nivel más alto de salud*, al mismo tiempo que la obligación de máximo uso de recursos

³ Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, Expediente 1669/2012.

disponibles. Lo anterior representa un primer avance en el tema de presupuestos y Poder Judicial, sin embargo, se ordenó a la autoridad responsable tomar una decisión y después justificar que había agotado su mayor esfuerzo. Ahora bien, la SCJN no indicó bajo que estándares se justificaría tal decisión. Quedan abiertas las preguntas: ¿Cómo se justificaría la falta de fondos disponibles? ¿Se puede probar el mayor esfuerzo posible? En relación con lo anterior, ¿Hasta dónde puede intervenir en el cumplimiento de una sentencia el Poder Judicial? En definitiva, ¿Qué tan viable sería la vinculación entre Poderes, para asimismo garantizar los derechos humanos?

II] La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos sociales son una especie de condición necesaria para que se realice plenamente el principio de dignidad humana, pues a partir de ellos cada persona cuenta con una esfera de protección que le permite tomar las mejores decisiones sobre el sentido y significado de su existencia.⁴ Ante ello, surge la pregunta: ¿son efectivos en la práctica?, la historia nos enseña que la justiciabilidad⁵ de los derechos sociales no siempre ha sido garantizada por parte del Estado mexicano a diferencia de los derechos civiles, a pesar de tener la misma importancia y urgencia ambos derechos, sin olvidar que van de la mano y tienden a vincularse para así dar mayor cobertura a las personas.

Uno de los argumentos que hace distinción entre ellos, es que los derechos civiles cuentan con mecanismos desarrollados de defensa en la medida que exigen la no intervención del Estado: por ser obligaciones negativas o de abstención, por el contrario los derechos sociales aspiran a lograr *confort* en las personas, crean condiciones de igualdad para permitir que gocen de la universalidad de los derechos, de modo que suponen un mayor grado de dificultad, porque implica las obligaciones positivas de la actividad del Estado garantizando dichos servicios y bienes, solventados por el erario público. La mayor o menor garantía de los derechos sociales dependerá, en gran dimensión, de la cabida económica de los Estados.⁶

⁴ CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, ed. Flores, México, 2014, p.7.

⁵ Es el derecho de acción el cual permite reclamar ante un Juez o Tribunal de Justicia algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.

⁶ TALAVERA, Pedro, "El derecho humano a la salud frente a las condiciones biosanitarias del planeta". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2008, núm. 12, 2o. semestre, p. 100. Citado por ROBLES, Yadira Magda, "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *The right to health in the case law of the Inter-American Court of Human Rights. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2016, núm. 35, julio diciembre, p. 205.

Abramovich y Courtis señalan que las obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado, no matar, no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo (debido proceso), etcétera; en cambio los derechos sociales imponen al Estado una obligación de hacer. En otras palabras, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, entre otras.⁷

No es así, de modo que los DCP al igual que los DESC implican una serie de obligaciones positivas que importan a una erogación de recursos del Estado,⁸ tales como el acceso a la justicia; el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, conllevan la obligación de crear las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado, como es la convocatoria a elecciones, o la organización de un sistema de partidos políticos.

Dicho lo anterior, la disimilitud entre los DCP y los DESC se constituye por diferencias históricas, más que sustanciales. Si bien es cierto, en los derechos sociales se identifican de manera fácil las obligaciones positivas o de hacer (derechos prestación) de los estados, estos también implican obligaciones negativas o de no hacer; como sería en el caso del derecho a la salud, la obligación estatal de no menoscabarla. Por consiguiente, estos derechos también pueden ser caracterizados como un conjunto de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas sean más identificables⁹. *La distinción, sin embargo, es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas.*¹⁰

La fragilidad de la distinción anterior despierta suspicacia en torno a la fuerza vinculante, la exigibilidad, o bien la justiciabilidad de los DESC ya que resulta dudosa, debido a que la satisfacción de éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. Sin embargo, no debe pasar inadvertido que las obligaciones no solo se agotan con disponer partidas presupuestarias, sino que también pueden ser satisfechas con otros medios, tales como crear mecanismos para su exigibilidad y cumplimiento o a su vez, instaurar sanciones a sus limitaciones y renuencia. Asimismo, la judicialización estructural es una forma no solo de proteger a una persona sino a varias, ya que se hace un estudio de la política pública por parte del Poder Judicial. Más adelante se abordará éste punto.

Indiscutiblemente los derechos sociales deben dejar de considerarse documentos públicos antes de catálogos de obligaciones

⁷ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, ed. Trotta, Madrid, 2002, p. 21-22.

⁸ *Ibid.*, p.23-24.

⁹ *Ibid.*, p.25.

¹⁰ El argumento es la tesis central de HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R., *Cost of Rights Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, Nueva York, Londres, 1999. Citado por, COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2009, p. 5.

jurídicas para el Estado. En efecto, ante la problemática planteada con anterioridad, es compromiso de los Poderes la protección de los derechos sociales, debe ser considerado el latente paradigma del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, los cuales impactan en su justiciabilidad, ya que existen diversos tratados y resoluciones que establecen parámetros acerca de los derechos sociales, por tanto, son de observancia y análisis obligatoria para los juzgadores.

No deben pasar inadvertidos dos de los sistemas más importantes que han y siguen contribuyendo a la justiciabilidad de los derechos sociales, el sistema universal y el interamericano.

El primer aporte del sistema universal es la doctrina desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC),¹¹ respecto de la necesidad de proveer recursos judiciales u otros recursos efectivos que permitan a los titulares de derechos presentar quejas en casos de violación. De acuerdo al CDESC, este compromiso forma parte de la obligación general de adoptar medidas para la realización plena de los derechos sociales por todos los medios apropiados. Además, a partir de la Observación General número 3¹² consideró que el contenido de las obligaciones generales de los DESC, incluye poner a disposición recursos judiciales u otros recursos efectivos para su protección. El CDESC, desarrolló a detalle la idea anterior dando origen a una observación posterior, Observación General núm. 9,¹³ para aplicación interna del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos, como los recursos administrativos. La misma doctrina se repite en muchas observaciones generales dedicadas a derechos en particular, por mencionar: salud, agua, derecho al trabajo y seguridad social.¹⁴ Para concluir, se debe mencionar la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC, que permite la presentación de quejas ante el respectivo CDESC, por violaciones a los derechos contenidos en el PIDESC.¹⁵

Así también, el sistema interamericano posee gran trascendencia respecto a justiciabilidad de los derechos sociales, ente ellos, el instrumento que representa el corazón de dicho sistema es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), contiene disposición sobre derechos sociales, pese a ser un instrumento de derechos civiles. Aunado a ello, el sistema cuenta con un instrumento

¹¹ Órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)", Quinto período de sesiones, 1990, U.N.Doc.E/1991/23.

¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 9, "La aplicación interna del Pacto", 19º período de sesiones, 1998, U.N.Doc. E/1999/22.

¹⁴ CERVANTES ALCAYDE, Magdalena, *et al* (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. 33.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 34.

de derechos sociales llamado Protocolo de San Salvador (PSS).¹⁶ Es conveniente destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ofrece un criterio interesante para interpretar las nociones de interdependencia e indivisibilidad.¹⁷ Además, se han realizado interpretaciones exhaustivas sobre el acceso a la justicia en materia de derechos sociales, y se ha elaborado jurisprudencia que sin duda constituye el vínculo con las reparaciones o remedios, tanto individuales como colectivas.

Es importante precisar, que también se tienen instrumentos procesales nacionales, los cuales nos dan la mano para hacer justiciables los DESC, pese a que fueron instrumentos creados para defender derechos civiles. Por mencionar: amparo, acciones de inconstitucionalidad y convencionalidad, juicio ordinario civil, juicio ejecutivo mercantil, jurisdicción voluntaria, procedimiento penal, procedimiento fiscal y procedimiento laboral.

Se cita el caso *Mini numá*. En junio de 2008 un Juez de Distrito concedió un amparo a los dirigentes de una comunidad indígena en extrema pobreza por violación al derecho a la salud,¹⁸ esta sentencia sostiene la idea de que este tipo de derechos puede ser protegido por vía jurisdiccional.¹⁹

Por tanto, los DESC no son sólo un conjunto de buenas intenciones respecto al trabajo, la vivienda, la educación, la salud, entre otros, puesto que cada derecho incluye la obligación del Estado para respetar, garantizar, ofrecer recursos judiciales, determinar contenido normativo y diseñar políticas públicas progresivas.²⁰

III] Contexto, antecedentes y resolución del caso *Pabellón 13, un avance a medias en el derecho a la salud*²¹

El Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias, Ismael Cosío Villegas (INER) es el Instituto Nacional de Salud en México que brinda atención activa, hospitalaria y ambulatoria a la mayor cantidad de

¹⁶ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", ratificado por México el 16 de abril, 1996, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de septiembre, 1998.

¹⁷ CERVANTES ALCAYDE, M., *Op. cit.*, p. 37-38 y 39.

¹⁸ Juzgado Séptimo de Distrito del Estado de Guerrero, Expediente 1157/2007, Numero de Expediente Único Nacional: 5935338.

¹⁹ PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, "La protección judicial del derecho a la salud en el Amparo Mexicano. Análisis del Caso Mini Numa", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011, número 1, p. 198.

²⁰ *Ibíd.*, p.203.

²¹ La reconstrucción de los hechos y la trama se basa tanto en la sentencia de Amparo en revisión número 378/2014, principalmente en el *Considerando Tercero*, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

personas con VIH/SIDA²² en el país. Cada año hospitaliza cerca de 170 pacientes con esta enfermedad. La mayor parte de los pacientes se encuentran en etapa tardía y avanzada de la enfermedad, los cuales son admitidos por enfermedades pulmonares e insuficiencia respiratoria, es decir, son padecimientos que requieren de cuidados intensivos. Este grupo de personas es el que registra el mayor número de defunciones, registrándose que, en el INER, el SIDA es la primera causa de muerte por enfermedades infecciosas en personas entre los 18 y 45 años. Los pacientes que padecen esta enfermedad requieren del diseño de instalaciones que permitan generar un balance entre la atención clínica especializada que se brinda y el control apropiado de los microorganismos a través de mecanismos de contención.

Dicho control debe de generarse en distintos niveles que integren: (i) Separación física de los cuartos en los que se atiende a personas susceptibles a infecciones; (ii) Captura de los microorganismos directamente de la fuente a través de sistemas de ventilación y filtración del aire; (iii) Control en la dirección del flujo de aire para prevenir contaminación cruzada; (iv) Remoción del aire contaminado; (v) Descontaminación periódica; y (vi) Equipos de protección personal; entre otros.

No obstante, actualmente el INER no cuenta con un Servicio Clínico Especializado que reúna las características y requisitos necesarios (mencionados en el párrafo anterior), para brindar condiciones adecuadas de atención, cuidado y tratamiento. Por tanto, ha sido necesario que el INER ocupe parte de las instalaciones del Servicio de Neumología Oncológica (Servicio Clínico 4, Clínica 4 o Pabellón 4), para la atención y tratamiento de estos pacientes. Algunas de las características actuales del Servicio Clínico 4 son:

*(i) 32 camas separadas en dos alas, una de hombres con 16 camas y otra de mujeres con 16 camas, (ii) Cuartos compartidos hasta por tres o cuatro pacientes con distintas patologías, (iii) Sanitarios compartidos por pacientes con distintas patologías (no existen cuartos con baños propios), (iv) Regaderas compartidas por pacientes en la misma ala, (v) No hay sistema de aire acondicionado: la circulación del aire es a través de ventanas abiertas y ventilas en los cuartos, (vi) Pintura de aceite en muros y plafones, (vii) Falta de control de temperatura y humedad.*²³

Es así que, los enfermos de VIH/SIDA permanecen prolongadas semanas en la Clínica 4, y por ende, su estado de inmunodeficiencia grave les confiere el doble de riesgo para sí mismos y el personal que allí labora.

En el 2007, las autoridades del INER pretendieron dar inicio a los trámites necesarios para llevar a cabo la remodelación de la clínica 4, a

²² SIDA: Síndrome de inmunodeficiencia adquirida. VIH: Virus de inmunodeficiencia humana.

²³ Hechos tomados de la página web de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, quien asesoró a los quejosos, disponible en: <http://fundar.org.mx/mexico/pdf/Memo-SCJNpabellon13.pdf>, fecha de consulta: 22 de noviembre, 2016.

efecto de realizar modificaciones tendientes a mejorar la calidad del servicio clínico que se brinda a pacientes con VIH.

El Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud (Comité Técnico o comité) llevó a cabo la Segunda Sesión Ordinaria del ejercicio 2007, en la que autorizó la solicitud del INER, por un monto de \$ 61,738,445.00, del Fondo de Protección Contra Gastos Catastróficos-Industria Tabacalera (FPCGCIT), para el desarrollo del proyecto Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4 (PRESC4). Ahora bien, el Comité y las autoridades sanitarias del INER identificaron que las necesidades de las personas que padecen VIH/SIDA y que son atendidas en el pabellón 4, no podían verse satisfechas con una simple remodelación, pues la infraestructura debía de estar diseñada para prevenir y disminuir la co-infección por transmisión aérea de los pacientes y se debía de satisfacer la demanda para la atención clínica especializada de pacientes con VIH/SIDA del INER.

También mencionó el Comité que resultaba más conveniente la construcción de un nuevo pabellón, de lo contrario tendrían que dejar de atender a los pacientes por un año, en el cual se haría la remodelación de la clínica 4.

De esta manera, en junio de 2008, el Comité Técnico llevó a cabo la Primera Sesión Extraordinaria del Ejercicio 2008, en la que se analizó la nueva solicitud del INER, para sustituir el PRESC4, por el nuevo proyecto *Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea*, por el mismo monto autorizado de \$61'738,445.00., mismo que serviría para atender no sólo a pacientes con VIH/SIDA, sino también aquellos que hayan sufrido de co-infección por enfermedades de transmisión aérea, proporcionándoles una mejor y más adecuada atención y servicios médicos.

Empero, al desconocer si el nuevo proyecto efectivamente tendría el mismo costo que el de remodelación, se decidió someter la solicitud respectiva a una sesión posterior. En julio de 2008, el Comité Técnico celebró la Quinta Sesión Ordinaria Ejercicio 2008, en la que, por una parte, aprobó la cancelación del proyecto Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4 y por otra autorizó la aplicación de recursos por un monto de \$7'500,000.00., únicamente para la elaboración del proyecto ejecutivo del proyecto *Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea*, con la finalidad de ser la primera unidad hospitalaria en México, diseñada con base en la contención de agentes infecciosos y de bioseguridad.

La Dirección General de Financiamiento de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, emitió las cartas de instrucción, con las que se transfirieron los recursos económicos acordados al INER, para la contratación del nuevo proyecto ejecutivo.

En marzo del 2012, autoridades del INER informaron al presidente del Comité de Usuarios con VIH/SIDA de los Servicios de Salud del INER (USINER), que la ejecución del proyecto de construcción del Pabellón 13 había sido suspendida, simplemente por la falta de recursos. En diciembre

de 2012, tres pacientes del INER promovieron amparo indirecto en contra de varias autoridades responsables, entre ellas, el Comité Nacional de Protección Social en Salud, el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud y el INER. El acto que se reclamó fue la omisión atribuible a las autoridades responsables de tomar todas las medidas necesarias²⁴ para garantizar y hacer efectivo el más alto nivel posible de salud de los pacientes del INER,²⁵ que se traduce en la ejecución del proyecto de construcción del Pabellón 13.

Los quejosos manifestaron sustancialmente que los actos reclamados impedían el acceso al goce del más alto nivel posible de salud. Por tanto, las autoridades violaban el derecho a la salud²⁶, por no haber destinado el máximo de los recursos que disponen para la ejecución del

²⁴ El artículo segundo, parte II, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, dispone lo siguiente: *1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.* Del presente artículo se advierte que el Estado mexicano se encuentra obligado a: (i) adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas–; (ii) hasta el máximo de los recursos de que disponga; (iii) para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos en la convención.

²⁵ *Ibíd.*, artículo 12, parte III, dispone lo siguiente: *1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: [...] b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.* Del precepto convencional en cita, se advierte que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, impone obligaciones positivas a los Estados Parte, deben adoptar medidas necesarias para la reducción de la mortalidad, el tratamiento de las enfermedades y, especialmente, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

²⁶ El artículo cuarto, Título Primero, Capítulo I, *De los Derechos Humanos y sus Garantías*, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que toda persona tiene derecho a la salud. Se entiende como la obligación que tiene el Estado de crear instrumentos orientados a la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona (derecho a la integridad físico-psicológica).

citado proyecto. Por consiguiente, se violaba el derecho a la vida, porque los enfermos de VIH/SIDA se encuentran expuestos a contagios y co-infecciones de enfermedades oportunistas. Además, señalaron que se les discriminaba por cuestiones socioeconómicas, debido a que carecen de posibilidades para acudir con médicos privados que les puedan brindar el servicio especializado, lo que evidencia que el Estado no ha adoptado medidas para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan la discriminación en la práctica.

El derecho a la salud²⁷ no se limita a prevenir y tratar una enfermedad, indiscutiblemente va más allá, en tanto comprende aspectos externos e internos, como el buen estado mental y emocional del individuo, es decir, se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica.²⁸

En junio de 2013 se resolvió el amparo en primera instancia por el Juez Tercero de Distrito en materia Administrativa del Distrito Federal, determinó negar el amparo a los quejosos. Para resolver el caso, el Juez de Distrito no se preocupó por analizar si la política pública de salud cumplía con el principio de progresividad²⁹ y no regresividad al nivel más alto de salud. Tampoco tomó a consideración si el Estado mexicano es responsable por la muerte de co-infecciones en personas con tal padecimiento por no tener una clínica especializada. La preocupación del

²⁷ Artículo 25, Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, 1. *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad [...].*

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, 22º periodo de sesiones, nos dice que: 1. *La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.*

²⁹ El artículo 26, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), capítulo III, *Derechos económicos, sociales y culturales. Desarrollo progresivo*, 1969, menciona lo siguiente: *Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

Juez de Distrito fue resolver que se les brindara el servicio de salud sin importar las condiciones en que se hiciera. Para él no importó la construcción de del Pabellón 13 ya que no la consideró una prioridad de salud. El juez analizó la NOM-045-SSA2-2005, para la vigilancia epidemiológica, prevención y control de las infecciones nosocomiales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de noviembre de 2009, donde resaltó que el riesgo de infección cero en cualquier hospital no existía, pero que era importante enfatizar que estas personas se encontraban en un estado de vulnerabilidad al contagio de enfermedades oportunistas.³⁰

Por consiguiente, el análisis que realizó el Juez de Distrito, no guarda relación alguna con la *litis* planteada en el caso, puesto que los quejosos jamás negaron el recibir atención médica, y menos que se les cobrara por el servicio recibido. Lo que realmente constituye materia de controversia es el hecho de que las condiciones actuales de infraestructura en las que se brindan cuidados y atención médica no es el adecuado, ya que los pacientes o sufrieron co-infección o estuvieron en riesgo de sufrirlo dentro de la propia clínica en donde fueron atendidos.

Inconformes con lo anterior, en julio de 2013, presentaron recurso de revisión en contra de la determinación del Juez de Distrito. La resolución de dicho recurso quedó en manos del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Distrito Federal, mismo que en sesión de febrero de 2014, determinó remitir los autos a la SCJN, al considerar que resultaba de un interés superlativo, pues la decisión que se tomara al respecto podría repercutir en la afectación a los valores que regulan a un grupo vulnerable como lo son los pacientes con VIH/SIDA. Además dicha resolución sería de gran trascendencia, al involucrar el análisis del alcance y las implicaciones del derecho a la salud, para determinar si la omisión de ejecutar el proyecto para la construcción del Pabellón 13 es inconstitucional.

En mayo se celebró una sesión de la Segunda Sala de la SCJN, en la cual se discutió el proyecto de solicitud de ejercicio de facultad de atracción 217/2014 elaborado por el Ministro Luis María Aguilar Morales. En ella los ministros consideraron relevante e importante definir el contenido y alcance jurídico del concepto disfrute del más alto nivel

³⁰ Artículo 10, *Op. cit.*, PSS, Derecho a la salud 1. *Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.* 2. *Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:* a. *La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;* b. *La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;* c. *La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;* d. *La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;* e. *La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud,* y f. *La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.*

posible de salud física y mental, contenido en la norma internacional, artículo 12 del PIDESC, por no existir precedente al respecto.

En octubre de 2014 la SCJN concedió protección a los quejosos, los efectos de la sentencia fueron:

Efectos del amparo. En virtud de lo anterior, esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias Ismael Cosío Villegas, en coordinación con el Comisionado Nacional de Protección en Salud y Comité Técnico del Fideicomiso en Protección Social en Salud, deben tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos, considerando que son portadores del VIH, motivo por el cual deben recibir tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes, a efecto de evitar el contagio de alguna enfermedad.

Así, el cumplimiento de la sentencia de amparo implica la posibilidad de que las autoridades responsables consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde actualmente son tratados; o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario.

En caso de que se acredite que ninguna de las opciones antes mencionadas resulte compatible con las políticas públicas en materia de salud implementadas por las autoridades responsables, deberán realizar las gestiones que estimen pertinentes para que los quejosos, a satisfacción razonable –calificada por el juzgador–, sean atendidos en algún otro hospital o las clínicas del sector salud en el que puedan recibir su tratamiento en las condiciones adecuadas e idóneas a su enfermedad, a efecto de garantizarles el ya referido derecho a obtener el nivel más alto posible de salud.

En suma, el cumplimiento de la sentencia de amparo implicó la posibilidad de que las autoridades responsables consideraran qué medida resultaba más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea mediante remodelación de la Clínica 4 o mediante la construcción del Pabellón 13, y tendrían que demostrar que agotaron su mayor esfuerzo posible. La sentencia no establece bajo qué estándares se podría justificar el mayor esfuerzo, lo cual dejó en el aire dicha protección. Si bien es cierto no se puede medir el esfuerzo por ser relativo.

No obstante, es posible justificar la incapacidad del Estado, el cual, a pesar de querer cumplir con la obligación en la protección de dicho derecho, ciertas circunstancias le impiden llevar a cabo tal protección.

A su vez, la SCJN determinó que en caso de que se acreditara que ninguna de las opciones mencionadas resultara compatible con las políticas públicas en materia de salud implementadas por las autoridades responsables, deberían realizar las gestiones que estimaran pertinentes para que los quejosos, a satisfacción razonable por el juzgador fueran atendidos en algún otro hospital o las clínicas del sector salud en el que pudieran recibir su tratamiento en las condiciones adecuadas e idóneas a su enfermedad, a efecto de garantizarles el nivel más alto posible de salud, es aquí donde tienden a vincularse los DCP y los DESC para brindar mayor cobertura a los quejosos. Es preciso mencionar la importancia que

tienen las sentencias estructurales en Colombia, por el análisis que hace el juez de la estructura de la política pública para así determinar si dicha política cumple con la protección del derecho afectado.

Un mes después de la sentencia dictada inició el procedimiento de cumplimiento sentencia, el Juzgado Tercero de Distrito en materia administrativa del Distrito Federal sería el encargado de garantizar el cumplimiento de dicha ejecutoria. Se pensó que el INER y las demás autoridades involucradas, tomarían la mejor decisión, ya que repercutiría en más personas y por tratarse de una resolución judicial de carácter obligatorio; sin embargo, optaron por remodelar la Clínica 4, pasando por alto la justificación de dicha decisión y sin demostrar, conforme a lo requerido en la sentencia, haber realizado todos los esfuerzos posibles para allegarse del máximo de los recursos a su disposición.

El Juzgado no garantizó que las condiciones dictadas por la SCJN se cumplieran, situación que resultaba indispensable debido a la naturaleza de la decisión, pues se corría el riesgo de que se estuvieran erogando una gran cantidad de recursos públicos en una obra de la que no se tenía certeza si cumplía con los estándares del nivel más alto posible de salud en relación con el máximo uso de recursos disponibles.

En este sentido, es importante destacar que la medida más garantista del derecho al nivel más alto posible de salud para la atención de pacientes con VIH/SIDA es la construcción de una nueva unidad hospitalaria, pues así incluso lo determinó el propio INER en 2008, al cancelar el proyecto de remodelación del Pabellón 4.

Es de suma importancia el criterio establecido por la SCJN en torno al derecho al nivel más alto posible de salud. Sin embargo, resulta ineficaz su contenido sino se traduce en una realidad tangible en acciones con las que los pacientes con VIH/SIDA vean verdaderamente garantizada su salud e incluso su vida. La construcción del Pabellón 13 es una posibilidad viable, pero la renuencia a no construirlo resulta inquietante, así como el hecho de que el Poder Judicial de la Federación se niegue a garantizar dicha construcción.³¹

IV] Test para evaluar la negativa en la aplicación de recursos públicos por parte de la autoridad administrativa para la eficacia del derecho a la salud

Los artículos 2.1 y 1 del PIDESC y el PSS, señalan que los Estados Partes deben destinar el máximo de los recursos de que dispongan, atendiendo al principio de progresividad.³² Significa que los recursos de los Estados, así sean insuficientes para la satisfacción completa de un derecho, deben ser empleados para dar cumplimiento con dichos instrumentos internacionales, ya que en caso de no hacerlo se estaría

³¹ Fundar, Centro de Análisis e Investigación, *Un juzgado que no garantiza el derecho a la salud*, disponible en: <http://fundar.org.mx/un-juzgado-que-no-garantiza-el-derecho-a-la-salud/?ID=9>, fecha de consulta: 23 de noviembre, 2016.

³² Proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.

frente a una *presunción de culpabilidad*.³³ Asimismo, los Estados Partes tienen la carga de la prueba, la cual consiste en demostrar que se han empleado todos los recursos disponibles, para cumplir en el plazo más breve posible³⁴. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que se debe acreditar por los Estados.

Se recordará que la SCJN, en la sentencia del caso Pabellón 13, dio dos opciones: construir o remodelar. Luego, la autoridad responsable debía tomar la opción que considerara conveniente y justificaría el haber agotado el máximo de sus recursos disponibles, aunado a que la sentencia no establece qué estándares son los adecuados para probar que la elección de una u otra opción es la adecuada.

Entonces, ¿Cuál sería un test para evaluar la negativa en la aplicación de recursos públicos por parte de la autoridad administrativa para la eficacia del derecho a la salud por motivo de falta de fondos disponibles en el contexto judicial de una sentencia de amparo?

Se encontró un posible argumento que dé respuesta a la pregunta realizada con anterioridad; es decir, que las autoridades administrativas puedan justificar la falta de recursos disponibles cuando sea por verdadera incapacidad y no renuencia.

EVALUACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS³⁵HASTA EL MÁXIMO DE LOS RECURSOS DE QUE DISPONGA DE CONFORMIDAD CON UN PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO.³⁶

En cuanto a las obligaciones mínimas de los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos del Pacto, en la Observación general N° 3 se señala que, para que un Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

Es decir, los Estados partes podrán aducir la falta de recursos disponibles, siempre y cuando justifiquen que agotaron todos sus esfuerzos posibles.³⁷

³³ CARBONELL, M., y FERRER, M. E., *Op. cit.*, p. 50.

³⁴ *Ibíd.*, p. 48.

³⁵ Las medidas incluirían *todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas* Además de la legislación, el Comité entiende que las palabras *medios apropiados* incluyen ofrecer recursos judiciales y de otro tipo, cuando corresponda, y adoptar *medidas de carácter administrativo, financiero, educacional y social* (Observación general N° 3, párr. 7, y Observación general N° 9, paras. 3, 4, 5 y 7).

³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, declaración, *Evaluación de la Obligación de Adoptar Medidas Hasta el Máximo de los Recursos de que Disponga de Conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto*, 38° periodo de sesiones, 2007, E/C.12/2007/1.

³⁷ En caso de que los Estados Partes aduzcan *limitaciones de recursos* para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, el Comité examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate.

De los cuales destacamos los siguientes: (i) La existencia de otras necesidades que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; (ii) Si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo, para tratar de garantizar ese derecho humano; (iii) Si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la Comunidad Internacional, o sin motivos suficientes rechazó los recursos ofrecidos por dicha Comunidad, para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto; y, (iv) Si priorizo la protección de los miembros más vulnerables y marginados de la sociedad, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo.

Cuando se resuelva que acciones u omisiones equivalen a una violación al derecho a la salud, será importante distinguir entre la *incapacidad* y la *renuencia* por parte de los Estados Partes, es decir, la incapacidad, la cual le impida cumplir con las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 del PIDESC o por renuencia, cuando los Estados Partes se resista a cumplir con las obligaciones contraídas, en otras palabras; cuando no lo hace por el solo hecho de no querer hacerlo. Por tanto, un Estado parte podrá justificar la falta de recursos disponibles cuando sea declarado incapaz y ha realizado su mayor esfuerzo posible, pero jamás podrá justificar el incumplimiento de sus obligaciones, es decir, tiene el deber de tomar medidas progresivas efectivas, las cuales garanticen el mínimo vital de los DESC.

V] Efectos de las sentencias estructurales en Colombia³⁸

De manera reiterada se ha considerado que los derechos humanos y las políticas públicas³⁹ no guardan relación entre sí, ya que las políticas públicas se elaboran y regulan por argumentos de carácter técnico y operativo, los segundos se construyen y funcionan por argumentos normativos y discursivos, la separación es carente de justificación plausible, porque los derechos humanos establecen límites, márgenes y obligaciones para las políticas públicas.

Quinche señala:

³⁸ OSUNA, Néstor, comentarios y apuntes de clase, Especialización Derecho Constitucional, abril de 2013, citado por, MONROY DELGADO, Liz Yadira, *¿Se justifican en Colombia las sentencias estructurales?*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2013. Hace referencia a que las sentencias estructurales, ... "Son el Salto que el órgano Judicial da de la dimensión Subjetiva a la dimensión Objetiva, de la protección del derecho, que surge de una demanda a la violación de un derecho subjetivo que por tratarse de un tema estructural, toma una connotación objetiva y las ordenes cobijan a todas las personas que están en esta situación..."

³⁹ Por política pública se entiende al conjunto de acciones planeadas, ejecutadas y evaluadas por actores públicos y privados que, a partir de la lectura, la sistematización y el análisis de las demandas sociales, estructuran conceptual, operativa y financieramente un conjunto de planes, programas y proyectos que tienen por finalidad mitigar, y en ocasiones erradicar, los problemas a los que las sociedades confiere el estatus de interés general.

*En efecto, si se tiene en cuenta que las políticas públicas están sometidas a determinadas reglas de juego definidas por normas jurídicas, incluyendo aquellas que reconocen derechos humanos, es válido afirmar que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos constituye una regla que debe ser tenida en cuenta en el diseño, formulación e implementación de políticas.*⁴⁰

Víctor Bazán señala:

*El juez no alcanza la legitimidad democrática del legislador para definir el alcance de los derechos y carece de los instrumentos necesarios, propios de la administración pública, para implementar políticas sociales de manera generalizada. Por el contrario, depende de que sus órdenes judiciales sean ejecutadas por la administración.⁴¹ Exige al legislador la definición de los derechos sociales, al Ejecutivo su asignación en el caso concreto y al juez nada más que la revisión de errores puntuales.*⁴²

Es cierto que los Legisladores deben contribuir en la eficacia de los derechos humanos, ya que a ellos corresponde reformar ordenamientos jurídicos en los cuales existan reglas claras para ponerlos en funcionamiento, es decir, el poder legislativo puede determinar los presupuestos necesarios para garantizar que la implementación de los derechos sociales no choque con la falta de recursos económicos, pero qué sucede cuando se les olvida o hacen caso omiso y no incluyen derechos humanos, he aquí, donde empieza la buena relación entre Poderes; si bien es cierto, los jueces no sustituyen a los poderes políticos, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción, son limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos.

Recordemos que la función del Juez Constitucional en un Estado social de derecho es asegurar el goce efectivo, no teórico de los derechos humanos, dado que los jueces resultan decisivos, pues son los únicos que pueden lograr que las políticas públicas se ajusten a tales derechos, momento en que surge una tensión de poderes.⁴³

En contraste con lo anterior, Investigaciones sobre la práctica judicial comparada han arrojado que los Jueces han sido activos en el control judicial de políticas públicas, de modo que existe esa posibilidad

⁴⁰ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, y RIVERA RUGELES, Juan Camilo, “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *Human rights public policies judicial oversight as instrument of inclusion*, Revista *Vniversitas*, Bogotá, Colombia, número 121, julio diciembre, 2010, p., 116.

⁴¹ Bazán, Víctor, (ed.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung e. v., Colombia, 2015, 5º, p. 12.

⁴² *Ídem*.

⁴³ PARRA VERA, Oscar, y YAMIN, Alicia Ely, *La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica*, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32458.pdf>, fecha de consulta: 24 de noviembre, 2016.

de realidad, la protección deficiente de los derechos humanos por medio de las políticas públicas, impulsa a las personas a exigir necesidades insatisfechas.

Es importante destacar:

En Colombia el mayor número de decisiones de la Corte Constitucional es provocado por los ciudadanos que reclaman por la violación de sus derechos fundamentales por parte de la autoridad obligada a garantizarlos, en estos casos, la reclamación de derechos por parte de los ciudadanos es la que activa la intervención del juez constitucional en la revisión de las actuaciones de las autoridades⁴⁴

Es relevante que sea el propio Poder Judicial el que comunique a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones para con las personas, cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es *puesto en mora* por el Poder Judicial, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

Por otra parte, la figura del litigio estructural en Estados Unidos desde los años sesenta ha servido para corregir la inequidades o deficiencias que conlleva la aplicación de las políticas públicas; a su vez, en Colombia varios son los ejemplos de sentencias estructurales que ha emitido la Corte Constitucional, entre ellos: la T-025 de 2004, sobre los derechos de la población desplazada, y la T-760 de 2008⁴⁵, sobre el derecho a la salud, el último se tomará como ejemplo.

En Colombia como consecuencia del litigio estructural, la Corte Constitucional en ejercicio de su rol de guardiana y garante de la Constitución la Corte, ha realizado un control judicial de las decisiones de política pública. Este control judicial de las políticas públicas se inserta en lo que se ha denominado judicialización de la política, entendida como, el condicionamiento judicial o la decisión judicial sobre asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática.⁴⁶

En Colombia la mayoría de tutelas que se presentan en la Corte son por violaciones al derecho de salud, esto con el fin de obligar a las entidades que hacen parte del sistema de salud a prestar determinados servicios, en el Estado mexicano no es la excepción; en infinitas ocasiones

⁴⁴ RODRÍGUEZ CELY, Angélica María, "Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos", *Constitutionality indicators of public policies: approach of rights management*, Revista Virtual Via *Inveniendi et Iudicandi*, Bogotá, Colombia, 2014, Vol. 9, número 2º, julio diciembre, p.141.

⁴⁵ Esta sentencia se considera en el derecho constitucional como sentencia de reforma estructural, con la cual se pretende armonizar mandatos constitucionales. Dado el caso alarmante y la afectación de derechos humanos por parte de la política pública social, obliga a la Corte Constitucional a analizar y corregir.

⁴⁶ *Ibíd.*, p.143.

es transgredido dicho derecho, ya sea por negar medicamentos, atención médica, plaquetas, etcétera.

Es por ello que la Corte Constitucional incidió en la política pública de salud, desde la Sentencia T-760 de 2008,⁴⁷ realizando un control judicial y emitiendo órdenes relacionadas con aspectos estructurales de dicha política, las cuales debían ser supervisadas para su mismo cumplimiento.

En suma, la Corte Constitucional analizó 22 acciones en las cuales el problema reiterado era el sistema de salud, partió de las características de cada una de ellas, para detectar y corregir las razones por las cuales se había presentado un alto número de tutelas por violación a tal derecho; en efecto, para la Corte se estaba ante un patrón sistemático de violaciones a causa de problemas estructurales de la política pública; es decir, ya no era eficaz únicamente resolver caso a caso, ya que de forma reiterada seguían presentándose violaciones por el mismo derecho.

La primera falla estructural se relaciona con el incumplimiento injustificado del mandato legal que ordenaba que los (POS) subsidiado (POSS) y contributivo (POSC)⁴⁸ fuera siete años antes de la fecha de expedición de la Sentencia, es así que constituía una violación de desarrollo progresivo del derecho a la salud, ya que el Estado no cumplió con los deberes mínimos de esa obligación, pues no había formulado un programa que le permitiera alcanzar esa meta, ni había establecido cronogramas concretos para verificar si efectivamente estaba dando pasos hacia ella. En cuanto a la segunda falla estructural, se evidenció que el no alcanzar la universalidad en el sistema de salud afectaba de nuevo a los más vulnerables, para quienes la acción de tutela se convirtió en el único modo de acceso a los servicios médicos.

Dicho lo anterior, para remediar estas dos fallas estructurales de la política, la Corte Constitucional:

(i) Pidió a las autoridades competentes que hicieran los cambios necesarios en la política pública (la reformularan), (ii) diseñaran un programa conforme al cual la implementaran, y (iii) estableció mecanismos de supervisión que le permitieran verificar si las órdenes emitidas eran cumplidas por sus destinatarios. Así, respecto de la primera falla estructural, es decir, del incumplimiento del deber de unificar el POSS y el POSC, dispuso que las autoridades legalmente autorizadas para hacerlo (la Comisión de Regulación en Salud, CRS) debían adoptar un programa que definiera metas específicas con miras a lograr la plena unificación de los POS.⁴⁹

La Corte consideró que la CRS debía que establecer cronograma que señalara los tiempos en que se daría cumplimiento a las metas

⁴⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁸ El artículo 162 de la Ley 100 de 1993, *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*, prevé la existencia de dos tipos de POS: el del régimen contributivo (POSC) y el del régimen subsidiado (POSS).

⁴⁹ QUINCHE RAMÍREZ, y RIVERA RUGELES, *Op. cit.*, p. 126.

definidas en el programa. Para supervisar el cumplimiento de esta orden, la Corte ordenó a la CRS remitirle el programa y el cronograma que adoptara, y luego enviarle de manera periódica informes acerca de su acatamiento. Respecto de la segunda falla estructural, por no haberse alcanzado la cobertura universal del servicio de salud; en este sentido, la Corte dispuso que el Ministerio de la Protección Social adoptara las medidas necesarias para lograr que la cobertura del sistema de salud fuera garantizada para toda la población.⁵⁰

A la judicialización de la política se le han atribuido virtudes, tales como:

*(i) Evitar abusos de los órganos políticos y de las mayorías, en contra de minorías estigmatizadas o de individuos; (ii) situar en el centro del debate la protección de derechos; (iii) evidenciar que la garantía de los derechos más que limitación a la democracia es. Otros autores han destacado que precondition de la misma la judicialización de la política es además una herramienta útil para exigir que las políticas públicas cumplan con los compromisos que imponen los derechos humanos.*⁵¹

Por tanto, las Sentencias Estructurales emitidas por la Corte Constitucional, se fundamentan en realidades sociales que son expuestas por los accionantes quienes relatan en sus solicitudes, situaciones y hechos que, en algunos casos ni el ejecutivo, ni el legislativo hubiesen considerado para el diseño de las políticas públicas.⁵² Es decir, los derechos humanos son normas jurídicas obligatorias y vinculantes, por ende, tienen que ir a la mano con las políticas públicas. En este sentido el Poder Judicial debe garantizar que las políticas públicas se sujeten a los derechos humanos.

*...es allí donde se revisten de gran valor las sentencias estructurales ya que permiten dos cosas, la primera que tanto el legislador como el ejecutivo, tengan una visión desde el punto de vista de la sociedad, plenamente probada, que les sirva como elemento para la construcción de líneas base para el diseño de políticas públicas eficaces, lo segundo permite al accionante es decir al ciudadano que invoca la protección del derecho, el contar con herramientas de seguimiento efectivas que permitan medir en términos de indicadores, la evolución en la protección o restablecimiento de su derecho, es decir se blindo al ciudadano con herramientas de control atemporales que le permiten dos cosas, fortalecer la participación ciudadana en el tema, puesto que es en función de una orden judicial que se establecen estos mecanismos de seguimiento, y le permite un interlocutor permanente con los altos niveles del gobierno, ya que a través de escritos el juez puede conocer del cumplimiento o no de la orden impartida lo que elimina elementos burocráticos en la relación ciudadano Justicia.*⁵³

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 127.

⁵¹ RODRÍGUEZ CELY, *Op. cit.*, p. 143.

⁵² MONROY DELGADO, *Op. cit.*, p. 3-4.

⁵³ *Ídem.*

Es así que lo jueces están obligados a garantizar los derechos humanos, sin que para ello se de una guerra entre poderes, sino más bien una armonización entre ellos, que de tal manera estén vinculados y garanticen la defensa de tan mencionados derechos. Es por ello que la obligación de analizar la estructura de las políticas públicas y dictar órdenes generales, para las cuales deberán establecer mecanismos de supervisión de cumplimiento.

VI] Conclusiones

Desde tiempos remotos se ha manejado que la justiciabilidad es garante para los DCP y no para los DESC, lo cual ha generado un conflicto entre estos derechos. Pese a que los mismos son indivisibles e interdependientes, unos y otros van de la mano y tienden a vincularse para dar mayor cobertura a las personas, tan es así que tienen un costo y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas.

La justiciabilidad implica la posibilidad de reclamar ante un Juez o Tribunal de Justicia algunas de las obligaciones que se derivan del derecho; si bien es cierto, existen instrumentos nacionales e internacionales con los cuales se pueden ir dando pasos firmes y decididos en la defensa de los derechos sociales, sin embargo el desconocimiento de los DESC y la preferencia de los derechos civiles pone en riesgo su garantía, es por ello que los juzgadores deben dejar de verles como documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado.

Es cierto que la declaración de *evaluación* de la obligación de adoptar medidas hasta el *máximo de los recursos de que disponga* de conformidad con un *protocolo facultativo del pacto* da mucha luz y refleja un cambio a la justificación por falta de fondos disponibles y haber realizado el mayor esfuerzo posible por parte de la autoridad administrativa, es decir el Estado se podrá declarar incapaz para llevar acabo el cumplimiento del derecho, lo cual lo puede justificar, pero lo que no puede justificar es la renuencia para garantizarlo.

De manera insistente se ha considerado que las políticas públicas no guardan relación con los derechos humanos, tal separación es carente de justificación plausible, ya que los derechos humanos establecen límites, márgenes y obligaciones para las políticas públicas. La protección carente de los derechos humanos por medio de las políticas públicas es lo que impulsa a las personas a acudir a los Tribunales a exigir necesidades insatisfechas, por tanto las sentencias estructurales se fundamentan en realidades sociales que son expuestas por los accionantes quienes relatan en sus solicitudes, situaciones y hechos que en algunos casos ni el Ejecutivo, ni el Legislativo hubiesen considerado para el diseño de las políticas públicas, por ello que los tres Podres deben trabajar de la mano, y velar por la garantía de los derechos humanos.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, ed. Trotta, Madrid, 2002.
- BAZÁN, Víctor, (ed.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Protección de los Derechos Sociales. Las Sentencias Estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung e. V., Colombia, 2015, 5°.
- CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, ed. Flores, México, 2014.
- Centro de Análisis e Investigación, Fundar, disponible en <http://fundar.org.mx/mexico/pdf/Memo-SCJNpabellon13.pdf>, fecha de consulta: 1 de diciembre, 2016.
- CERVANTES ALCAYDE, Magdalena, et al (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.
- Corte Constitucional, Colombia, *Sentencia T-760 de 2008*, MP Manuel José Cepeda Espinosa.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, 22° período de sesiones.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, Quinto período de sesiones, 1990, U.N.Doc. E/1991/23.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 9, *La aplicación interna del Pacto*, 19° período de sesiones, 1998, U.N.Doc. E/1999/22.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, declaración, *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un protocolo facultativo del pacto*, 38° período de sesiones, 2007, E/C.12/2007/1.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Última reforma publicada DOF 27-01-2016.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre, 1969, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo, 1981.
- COURTIS, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro, (eds.) *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2009.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General, resolución 217 A (III), 10 de diciembre, 1948.
- Ley 100, Sistema de Seguridad Social Integral, Congreso de la República de Colombia, 23 de diciembre, 1993.
- Fundar, Centro de Análisis e Investigación, *Un juzgado que no garantiza el derecho a la salud*, disponible en <http://fundar.org.mx/un-juzgado-que-no-garantiza-el-derecho-a-la-salud/?ID=9>, fecha de consulta: 23 de noviembre, 2016.
- MONROY DELGADO, Liz Yadira, *¿Se justifican en Colombia las sentencias estructurales?*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2013.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre, 1966.
- PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *La protección judicial del derecho a la salud en el amparo mexicano. Análisis del Caso Mini Numa*, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011, número 1°.

_____. *Pabellón 13: justicia pendiente para la protección del derecho a la salud*, <http://la44074.blogspot.mx/2015/08/pabellon-13-justicia-pendiente-para-la.html>, fecha de consulta: 20 de julio, 2016.

PARRA VERA, Oscar, y YAMIN, Alicia Ely, *La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica*, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32458.pdf>, fecha de consulta: 24 de noviembre 2016.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales *Protocolo De San Salvador*, ratificado por México el 16 de abril de 1996, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de septiembre de 1998.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, y RIVERA RUGELES, Juan Camilo, *El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos, Human rights public policies judicial oversight as instrument of inclusion*, *Revista Vniversitas*, Bogotá, Colombia, número 121, julio diciembre, 2010.

ROBLES, Yadira Magda, *El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, The right to health in the case law of the Inter-American Court of Human Rights*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2016, núm. 35, julio-diciembre.

RODRÍGUEZ CELY, Angélica María, *Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos, Constitutionality indicators of public policies: approach of rights management*, *Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi*, Bogotá, Colombia, 2014, Vol. 9, número 2º, julio-diciembre.

Fecha de recepción: 10 de enero de 2017

Fecha de aprobación: 6 de marzo de 2017

Algunas reflexiones en torno a la evolución de la interpretación judicial en el Sistema Jurídico Mexicano

JUAN PABLO ANDRADE ROJAS.¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Interpretación judicial en el Sistema Jurídico Mexicano. III. Algunas consecuencias de la Reforma de Derechos Humanos. IV. Breve análisis de algunos criterios emitidos por los Tribunales Federales V. Reflexiones finales.

Resumen. El Sistema Jurídico Mexicano siempre se ha caracterizado por tomar como punto de partida una concepción *iuspositivista* en la cual los jueces son solamente aplicadores de la ley que no tienen la facultad de interpretarla. La última reforma en materia de derechos humanos y los últimos criterios emitidos por los más altos tribunales del país han comenzado a cambiar esto y pareciera que existe una tendencia de evolución en la actividad jurisdiccional que, por un lado, conlleva el riesgo de caer en un activismo judicial que afecte la división de poderes, pero también trae consigo la posibilidad de un fortalecimiento de la actividad hermenéutica y una concepción del derecho más realista y por tanto más eficiente. Esta evolución trae consigo la necesidad de repensar algunas concepciones básicas de teoría política y constitucional. En este trabajo se aporta información muy general, ideas y reflexiones sobre esta evolución de la labor hermenéutica realizada por el poder judicial, partiendo de los autores más influyentes la materia en México.

Palabras clave: Interpretación judicial, Sistema Jurídico Mexicano, hermenéutica, derechos humanos, *iuspositivismo*.

Abstract. *The Mexican legal system has always characterized for being based on a positivist conception in which judges are only applicators of the law who don't have the faculty to interpret it. The latest reform of human rights and the last criteria emitted by the highest federal courts have started to change this and it seems like there is an evolution tendency in the jurisdictional activity that, on the one hand, entails the risk of a judicial activism that affects the division of powers but it also brings out the possibility of a strength of the hermeneutic activity and a more realistic and therefore more efficient conception of the law. This evolution leads us to the necessity of re-thinking some basic concepts of political and constitutional theory. This work provides some general information, ideas and reflections about this evolution of legal interpretation, parting from the most influential authors in this subject in Mexico.*

¹ Alumno de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

Keywords: *Human Rights, Mexican Judicial System, Legal Interpretation, Hermeneutic, Positivism.*

I | Introducción

El Sistema Jurídico Mexicano siempre se ha caracterizado por basarse (entre muchas otras cosas) en el principio de separación de poderes (comprendido en el artículo 49 Constitucional), a tal grado que inclusive diversos autores señalan tal principio como una “cláusula pétrea” de la Constitución y por lo tanto irreformable, e inclusive Mariano Otero lo consideraba como uno de los principios primordiales y anteriores a la Constitución.² Este principio se ha entendido particularmente en la línea propuesta por Montesquieu³, cuya concepción de la función judicial ha permeado e influido en todo el sistema. Montesquieu decía que el poder judicial es *solamente la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados incapaces de modificar su fuerza o su rigor*⁴. Esta idea se contrapone a la que muchos otros juristas y teorías han sostenido históricamente, que dan una mayor importancia a la prudencia del juzgador, la creatividad judicial, la hermenéutica u otras ideas que pueden remontarse a la *epiqueya* griega, la *aequitas* romana⁵ o la *aequitas rudis* en el derecho medieval⁶. La palabra *justicia*, en esta particular visión positivista, se ve reducida a una actividad mecánica consistente en aplicar una consecuencia cuando una hipótesis contenida en un documento legal formalmente válido se ha actualizado, y esta idea ha prevalecido en el Sistema Jurídico Mexicano durante muchos años. Podríamos hacer muchas reflexiones en torno a la particular línea *iusfilosófica* que subyace a esta idea, pero eso tendría que ser materia de otro trabajo, además de

² FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa, 1999, p. 106-108.

³ No podemos ignorar el hecho de que muchos otros pensadores han propuesto y tratado el tema de la separación de poderes aparte de Montesquieu, pero en México es claro él ha sido el más influyente y estudiado, al menos en lo que respecta a la función del poder judicial.

⁴ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, 9ª ed., México, Porrúa, 1992, Nota 2, Libro IX, capítulo VI.

⁵ Al respecto, es interesante la opinión de Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, para quienes el secreto de la funcionalidad del derecho romano era la dinámica y primacía de la acción y la consideración de la jurisprudencia como fuente primigenia del derecho y de la ley como simple condensación oficial de la jurisprudencia. BERNAL Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos neo romanistas*, Porrúa, México, 2011, pp. 27-28.

⁶ CARPINTERO, Francisco, “En torno al método de los juristas medievales”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1982, pp.635-647.

que diversos autores ya han desarrollado el tema, y algunos de ellos han publicado excelentes artículos en esta misma revista⁷.

La Reforma en Materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011 ha influido de manera muy importante en el cambio de esta concepción, entre otras cosas, porque establece principios interpretativos importantes como el principio *pro homine* y la obligación ejercer dicho principio por parte de todas las autoridades. Según el mencionado principio los derechos humanos deben ser interpretados de acuerdo a la Constitución y Tratados Internacionales, favoreciendo siempre la protección más amplia a la persona. Es decir, que ahora las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación no sólo aplicar la ley automáticamente, sino también de proteger los derechos humanos de las personas, lo cual implica una actividad intelectual que inevitablemente considere criterios antropológicos y filosóficos (consciente o inconscientemente) al momento de resolver una controversia.

Tomando en cuenta dicha reforma y algunos de los últimos criterios de la Suprema Corte y Tribunales Colegiados, parece que hay indicios de un cambio en la mentalidad de jueces y abogados, y si bien este cambio de mentalidad trae consigo muchos riesgos⁸, conlleva también la posibilidad de que la impartición de justicia sea mucho más eficaz.

II] Interpretación judicial en el Sistema Jurídico Mexicano

Eduardo García Máynez es, sin duda, el jurista más estudiado en materias introductorias de los primeros semestres de la carrera de Derecho, así que como preámbulo del tema se tomará como base su exposición sobre la interpretación judicial, pues es así como de manera mayoritaria se ha enseñado y entendido esta materia en México. Cabe mencionar que esta breve exposición es una simple descripción de la manera en la que se ha entendido la interpretación judicial en México, misma que no coincide con la opinión de quien escribe.

En su libro *Introducción al Estudio del Derecho*, García Máynez habla sobre la teoría de la interpretación resaltando dos corrientes principales: La primera sostiene que el significado de la ley debe referirse a la voluntad e intención del legislador, partiendo de la consideración de que la ley es un producto del poder legislativo, de manera que el significado de la ley debe ser aquél que el legislador quiso darle; Por su

⁷ Ver, por ejemplo, de PÉREZ VENEGAS, Cristina, "El punto de vista teleológico y el abuso del poder en H.L.A. Hart", *Perspectiva Jurídica*, Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, México, 2014, núm. 03, pp.141-158.

⁸ El tema es bastante complejo, la nueva corriente de los derechos humanos sin duda ha sustentado casos muy polémicos de activismo judicial, llegando, algunas veces, a lo que algunos autores critican como una imposición de una ideología por parte de una élite de jueces.

parte, la segunda teoría argumenta que la interpretación de la ley no debe ser de acuerdo a las intenciones subjetivas de los legisladores sino al significado objetivo del texto mismo, pues el texto de la ley (y cualquier otro texto) tiene su propio significado independientemente de la voluntad de su creador. La primera corriente es denominada filosófico-histórica, y la segunda lógico-sistemática⁹. Entre estos dos extremos se ubican las demás corrientes que García Máynez expone.

Hay muchas maneras de entender la interpretación jurídica. Una de ellas es considerarla como exégesis de la ley, teoría de la cual Blondeau fue uno de los más radicales expositores, pues pensaba que las decisiones judiciales solamente pueden basarse exclusivamente en el texto de la ley, y si no es posible tal cosa debe rechazarse la demanda¹⁰. Esta idea coincide con el pensamiento de Montesquieu que ya señalábamos; la única función del juez es aplicar el texto de la ley y no tiene ningún tipo de criterio o facultar interpretativa. Blondeau llega incluso al extremo de señalar que no existen otras fuentes del derecho distintas al texto de la ley, desconociendo el valor de la jurisprudencia, la doctrina, usos, equidad, etc. En el fondo de la teoría de Blondeau y sus sucesores es latente una idea ilustrada, napoleónica y positivista de la ley, que intenta contemplarlo todo y que se concibe a sí misma como completamente acabada y perfecta. Además, se considera la ley como un simple constructo perfecto, cuya perfección proviene solamente de la legitimación (formal) del sujeto que la crea (el poder legislativo). Ideas que hoy es imposible sostener, pues se han visto rebasadas por la realidad y la historia, que han demostrado el carácter siempre perfectible e inacabado de la ley (y del hombre mismo y toda creación humana).

Otra variante del método exegético es considerar, en casos de oscuridad de la ley, una interpretación lógica que considere además medios auxiliares como los trabajos preparatorios, costumbres, etc. Y de manera supletoria, utilizar métodos indirectos como equidad y principios generales del derecho, o una serie de fórmulas lógicas.¹¹

Hay también otras teorías interesantes, como la sostenida por Geny¹², quien pensaba que la interpretación debe descubrir la voluntad del legislador pero no acepta la legislación como única fuente de la ley, pues dice que el intérprete también debe estudiar las circunstancias históricas y el momento en el que la ley fue promulgada, esto sin considerar en ningún momento las circunstancias actuales o el contexto en que la ley pretende aplicarse. García Máynez también habla en algunas pocas páginas sobre la *Escuela del Derecho Libre*¹³ la cual describe en una forma negativa no como una teoría sino como una tendencia sostenida

⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 63 Ed. México, Porrúa, 2011, p. 327.

¹⁰ *Ibidem*, p. 333

¹¹ *Ibidem*, pp. 334-335.

¹² Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, citado por GARCÍA MÁYNEZ, *Ibidem* p. 339.

¹³ *Ibidem*, pp. 347-

por algunos abogados que agrupa a todos quienes tengan un rechazo a la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley y pensaban que los jueces debían realizar una labor personal y creativa,¹⁴ y concluye diciendo que fueron estas tendencias las que justificaron la jurisprudencia del régimen Nazi en Alemania.

Posteriormente, Máynez menciona también la tesis de Radbruch¹⁵ de que la interpretación no consiste de ningún modo en la reconstrucción del pensamiento del legislador y sus intenciones originales, sino en el sentido objetivamente válido de los conceptos jurídicos, pues la ley no es expresión de una voluntad subjetiva sino de la voluntad del Estado, además de que es impráctico conocer la voluntad subjetiva de legisladores que difieren entre sí. Menciona también a Kelsen para quien lo principal es el orden jerárquico normativo, y la ley delega en los órganos cierta facultad de apreciación por la imposibilidad de reglamentar todos los pormenores al momento de aplicar la ley, y para quien no existen las lagunas jurídicas, pues estas son simplemente justificaciones para que los jueces impongan sus preferencias según su subjetiva concepción de *justicia*, las auténticas lagunas son inexistentes por el principio general de que todo lo que no está prohibido se encuentra permitido.

García Máynez hace una crítica a la *plenitud hermenéutica*¹⁶ propuesta por Kelsen y Zitelmann, para quienes en casos en los que existan aparentes lagunas, la solución se basará en el principio según el cual todo lo que no está prohibido, está permitido. De manera que no es posible que existan verdaderas lagunas jurídicas, pues la ley misma provee la solución a estas. García Máynez objeta que dicho principio no es un precepto legal positivo sino un principio ontológico-jurídico de identidad, y que verdaderamente pueden existir lagunas cuando la ley es oscura o equívoca y el juez tiene que ofrecer un sentido a una norma que puede interpretarse de maneras contradictorias, en cuyo caso debe existir necesariamente una solución jurídicamente correcta. García Máynez dirá que la ley sí tiene lagunas pero el derecho no, ya que siempre puede haber una solución jurídicamente válida.

La exposición de García Máynez es muy interesante y tiene mucha relación con teorías interpretativas actuales, sin embargo, nuestro autor no parece llegar a una conclusión clara, sino que se limita a exponer algunas teorías y críticas, para posteriormente exponer los métodos interpretativos previstos por la ley positiva mexicana. Sería irresponsable decir que García Máynez es un positivista puro en este sentido, pues él mismo admite expresamente la diferencia entre derecho y ley al momento de interpretar, además de que habla siempre de interpretar la ley no sólo en una forma aislada o considerando únicamente expresiones oficiales, sino considerando la totalidad del orden jurídico en que está inserta la ley. Sin embargo, sí podemos decir que en García Máynez y en toda la teoría de la interpretación jurídica que ha imperado en México se percibe

¹⁴ *Ibidem* p. 347

¹⁵ *Ibidem*, pp.350-351

¹⁶ *Ibidem*, p.359

(aunque sea a veces de manera implícita) una pretensión de separar absolutamente el orden jurídico de cualquier principio moral o filosófico al momento de interpretar, y por consiguiente de evitar a toda costa la actividad intelectual del juez, cuya función es principalmente aplicar un ordenamiento superior a él y, por decirlo así, intocable y no susceptible de interpretación salvo en muy limitados casos.

En esta concepción *justicia* es a fin de cuentas delegada al plano de la valoración moral e interna de los individuos (entendido como completamente subjetivo, no-real, interno e independiente del plano legal), y el derecho no es más que una creación humana producto de la voluntad general a través de ciertos órganos y procedimientos legitimadores, así que nadie (por supuesto, de ninguna manera los jueces) puede razonar sobre la moralidad o justicia de la ley, ya que todas esas discusiones y críticas están reservadas al poder legislativo, por lo que le corresponde exclusivamente a él relacionar el derecho con la moral imperante, al momento de crear la ley. Así, los jueces simplemente son aplicadores de la ley a través de un silogismo aristotélico. Esta concepción ha resultado en un sistema extremadamente formalista y ritualista que provoca que la administración de justicia sea lenta y complicada.

III] Algunas consecuencias de la Reforma de Derechos Humanos

Uno de los más importantes cambios sobre la reforma constitucional en materia de derechos humanos, es la implementación del principio *pro homine* o *pro persona*. Según este principio, los derechos humanos deben interpretarse siempre de manera que otorgue a las personas la protección más amplia. Igualmente importante es la obligación que se impone a todas las autoridades de respetar y promover los derechos humanos.

Estos dos aspectos de la reforma tienen como consecuencia que los jueces tienen el deber de ir más allá del texto de la ley aplicable y no la pueden interpretar únicamente en un sentido de *validez formal* sino que también deben interpretar a la luz de los derechos humanos. De manera que en todos los casos los jueces deben analizar no solamente que no exista una violación de derechos humanos en los actos de las autoridades en un caso en concreto, sino también si la ley aplicable en sí misma contradice derechos humanos contenidos en la Constitución o tratados internacionales.

Pero las consecuencias y el contenido de la reforma no son una cuestión simple, pues el concepto *derecho humano* es problemático en sí mismo. Los derechos humanos están basados en una concepción de *derecho* y *justicia* completamente diferente a aquella que ya mencionamos en los apartados anteriores. Además, habría que determinar que se entiende por *derecho humano* y cuáles podrían ser sus límites, así como la manera correcta de resolver casos de aparente conflicto o colisión entre derechos humanos.

Algunas de las diferencias más evidentes entre estas dos concepciones del derecho son que los Derechos Humanos tienden a reconocer la existencia de un derecho simplemente por el hecho de ser persona (todo el sistema de Derechos Humanos está concebido bajo la suposición implícita de que los derechos existen aún antes de ser reconocidos, sin importar la voluntad general o la existencia de un contrato social, esta suposición se puede ver claramente en la expresión *derechos humanos reconocidos en esta Constitución* del artículo 1 Constitucional), mientras que en el Sistema Jurídico Mexicano antes de la reforma los derechos no eran más que una consecuencia de un proceso legislativo que expresa la voluntad general a través del poder legislativo. Vemos pues que la reforma de Derechos Humanos se basa en una preexistencia de ciertos derechos aún antes de su reconocimiento Estatal (es decir, antes de que la *voluntad general* los formalizara). Mientras que anteriormente se basaba en un fundamento contractual/positivista, ahora se trata de un fundamento ontológico, el derecho es anterior al Estado y a cualquier órgano legitimador que establezca un contrato social. Otra diferencia es respecto a la manera en la que se estructura la ley, pues la Ley Mexicana está generalmente estructurada de tal manera que pretende prever todas las situaciones posibles y brindar una solución exacta a cada una de esas conductas o hipótesis legales. Las leyes mexicanas pretenden ser premisas de silogismos lógicos perfectos o *imperativos hipotéticos* kantianos¹⁷; establecen una hipótesis y una consecuencia en caso de que la hipótesis se actualice; mientras que por otro lado la legislación de los derechos humanos es común que se estructure con base a principios, a veces intenciones, pero no pretenden prever cada situación o brindar una manera de aplicación exacta de dichos principios para alcanzar sus propósitos, tampoco establecen consecuencias y sanciones exactas por la actualización de determinadas hipótesis sino que parecen más bien *imperativos categóricos* con una fuerte carga de moralidad.

Si tomamos en cuenta todas estas diferencias, podemos percibir que la reforma de derechos humanos tiene consecuencias mucho más importantes de lo que pareciera a primera vista. Pues tiene como consecuencia un cambio de mentalidad que tiene consecuencias tanto metodológicas como conceptuales y filosóficas.

El activismo judicial es, probablemente, el riesgo más importante de la reforma, más aún si observamos las tendencias en algunos otros países y cortes internacionales, o en la misma Suprema Corte de nuestro país, en algunas cuestiones polémicas. Inclusive, el activismo judicial es sostenido por algunos personajes (como los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero) como una exigencia de interpretación en materia de Derechos Humanos.¹⁸ El

¹⁷ *Ibidem*, pp. 9-14.

¹⁸ Ver Tesis Aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación "DERECHOS HUMANOS. SU CONTENIDO NO SE LIMITA AL TEXTO EXPRESO DE LA NORMA QUE LO PREVÉ, SINO QUE SE EXTIENDE A LA

problema con el activismo judicial, es que cuestiones que en principio deberían resolverse en espacios sociales o democráticos, sean institucionales o no, se terminen judicializando. Es decir, que una élite de juristas son los que finalmente deciden principios morales o de política nacional en algunos casos, lo cual es cuestionable, pues el poder judicial no es el medio idóneo para resolver estas cuestiones. En un sistema democrático deben existir otros métodos enfocados a la participación ciudadana. Este problema puede verse particularmente claro en las últimas discusiones respecto a la legalidad del aborto, la definición de matrimonio, la adopción, la legalización de drogas, etc. En este trabajo no se critica el fondo o la solución de dichas cuestiones (que es criticable), sino que simplemente se señala el hecho de que se estén discutiendo y resolviendo por la vía judicial, sin ningún tipo de diálogo o participación por parte de la sociedad civil.

Estos riesgos de activismo judicial pueden generar un sinnúmero de reflexiones. Habría que cuestionarnos respecto al procedimiento más adecuado para decidir la política nacional o para modificar el orden jurídico, quiénes son los sujetos legitimados para decir cuál es el criterio moral de la sociedad, o quién tiene la autoridad moral para modificar la definición de algunos conceptos o instituciones fundamentales para la sociedad, como la familia o el matrimonio, por poner un ejemplo.

IV] Breve análisis de algunos criterios emitidos por los tribunales federales

Una vez que hemos reflexionado un poco sobre los cambios de la función judicial en México, se expondrán solo 3 de los últimos criterios emitidos por el Poder Judicial que ejemplifican esta evolución de la hermenéutica jurisdiccional en México. En este análisis, se omitirán los criterios *progresistas* de temas polémicos en cuestiones morales o sociales, para enfocarnos en temas más estrictamente jurídicos o procedimentales. Temas en los que esta evolución parece ser positiva.

TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO. CUALIDADES DE LOS JUECES CONFORME A ESOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, como lo ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijan las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Asimismo, la propia Primera Sala estableció que el derecho a la tutela jurisdiccional tiene tres etapas que corresponden a tres derechos bien

INTERPRETACIÓN QUE LOS ÓRGANOS AUTORIZADOS HAGAN AL RESPECTO”.

definidos, que son: 1. Una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; 2. Una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden los derechos fundamentales del debido proceso; y, 3. Una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas o el derecho a ejecutar la sentencia. Vinculado a este derecho fundamental, en específico, a la etapa judicial, el artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho al debido proceso que tiene toda persona como parte sustancial de cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional y que comprende a las denominadas formalidades esenciales del procedimiento, que permiten una defensa previa a la afectación o modificación jurídica que puede provocar el acto de autoridad y que son (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas; y, (v) la posibilidad de impugnar dicha resolución. Ahora bien, cada una de esas etapas y sus correlativos derechos también están relacionados con una cualidad del juzgador. La primera cualidad (etapa previa al juicio), es la flexibilidad, conforme a la cual, toda traba debida a un aspecto de índole formal o a cualquier otra circunstancia que no esté justificada y que ocasione una consecuencia desproporcionada deberá ser removida a efecto de que se dé curso al planteamiento y las partes encuentren una solución jurídica a sus problemas. Conforme a esta cualidad, los juzgadores deben distinguir entre norma rígida y norma flexible, y no supeditar la admisión de demandas o recursos al cumplimiento o desahogo de requerimientos intrascendentes, que en el mejor de los casos vulneran la prontitud de la justicia y, en el peor de ellos, son verdaderos intentos para evitar el conocimiento de otro asunto. La segunda cualidad, vinculada al juicio, es decir, a la segunda etapa del acceso a la justicia, que va desde la admisión de la demanda hasta el dictado de la sentencia, donde como se indicó, deben respetarse las citadas formalidades esenciales que conforman el debido proceso, es la sensibilidad, pues el juzgador, sin dejar de ser imparcial, debe ser empático y comprender a la luz de los hechos de la demanda, qué es lo que quiere el actor y qué es lo que al respecto expresa el demandado, es decir, entender en su justa dimensión el problema jurídico cuya solución se pide, para de esa manera fijar correctamente la litis, suplir la queja en aquellos casos en los que proceda hacerlo, ordenar el desahogo oficioso de pruebas cuando ello sea posible y necesario para conocer la verdad, evitar vicios que ocasionen la reposición del procedimiento y dictar una sentencia con la suficiente motivación y fundamentación para no sólo cumplir con su función, sino convencer a las partes de la justicia del fallo y evitar en esa medida, la dilación que supondría la revisión de la sentencia. Con base en esa sensibilidad, debe pensar en la utilidad de su fallo, es decir, en sus implicaciones prácticas y no decidir los juicios de manera formal y dogmática bajo la presión de las partes, de la estadística judicial o del rezago institucional, heredado unas veces, creado otras. La última cualidad que debe tener el juzgador, vinculada a la tercera etapa del derecho de acceso a la justicia, de ejecución eficaz de la sentencia, es la severidad, pues agotado el proceso, declarado el derecho (concluida la jurisdicción) y convertida la sentencia de condena en cosa juzgada, es decir, en una entidad indiscutible, debe ser enérgico, de ser necesario, frente a su eventual contradicción por terceros. En efecto, el juzgador debe ser celoso de su fallo y adoptar de oficio (dado que la ejecución de sentencia es un tema de orden público), todas las medidas necesarias para promover el curso normal de la ejecución, pues en caso

contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. El juzgador debe entender que el debido proceso no aplica a la ejecución con la misma intensidad que en el juicio; que el derecho ya fue declarado; que la ejecución de la sentencia en sus términos es la regla y no la excepción; que la cosa juzgada no debe ser desconocida o ignorada bajo ninguna circunstancia y, en esa medida, que todas las actuaciones del condenado que no abonen a materializar su contenido, deben considerarse sospechosas y elaboradas con mala fe y, por ende, ser analizadas con suma cautela y desestimadas de plano cuando sea evidente que su único propósito es incumplir el fallo y, por último, que la normativa le provee de recursos jurídicos suficientes para hacer cumplir sus determinaciones, así sea coactivamente.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

La anterior tesis claramente establece que los jueces deben ir más allá de la ley y pensar en términos de justicia y de principios para que el derecho humano a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso se respete. Esto es un claro ejemplo del cambio de paradigma que señalamos, la justicia ya no es entendida solamente una cuestión subjetiva delegada al plano interno de las personas y el juez ya no es solamente un aplicador automático de la ley. Detrás de esta y de las siguientes tesis se esconde una concepción de justicia como algo real, cognoscible, comunicable. Es decir, el juez no es sólo el aplicador de la ley, sino que es el sujeto legitimado para contrastar la ley positiva con la justicia para determinar así su validez y obligatoriedad.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y PRINCIPIO IN DUBIO PRO ACTIONE O FAVOR ACTIONIS. INTERPRETACIÓN DE LA QUE DEBE PARTIR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA PARA RESPETAR ÉSTE Y LOS PARÁMETROS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES DE AQUÉLLA, RESPECTO DE LAS CAUSAS DE IMPROCEDENCIA Y SOBRESEIMIENTO DEL JUICIO, PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 56, FRACCIÓN VII Y 57, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN.

Los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sustentan el derecho humano a la protección judicial efectiva, que incluye contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos para impugnar la vulneración a derechos fundamentales. En ese sentido, acorde con los artículos 1o. y 103, fracción I, de la Carta Magna, como el juicio de amparo es la vía idónea para garantizar el respeto al mencionado derecho humano, en el estudio de constitucionalidad del acto reclamado emanado de la jurisdicción contenciosa administrativa, al que se le atribuya contravenir aquél, habrá de tomarse en cuenta que los órganos encargados de ésta deben asumir una actitud de facilitadores del acceso a la jurisdicción, porque si bien es cierto que han de ajustar sus actos a las disposiciones legales aplicables, también lo es que en la interpretación para sustentar sus actuaciones deben favorecer la eliminación de actos u omisiones innecesarias que obstaculicen la indicada prerrogativa o la hagan nugatoria. Resulta orientador en este aspecto, el informe 105/99 emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 10.194, "Palacios, Narciso-Argentina" de 29 de septiembre de 1999, en donde estableció que lo que protege ese derecho es que el acceso a la justicia no se convierta en un

desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares, en tanto que se argumentó que las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto de que por el principio in dubio pro actione o favor actionis, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable. Así, dicho organismo sustentó que las garantías relativas a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción, a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (in dubio pro actione o favor actionis), y a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados, implican la obligación para las autoridades jurisdiccionales de resolver los conflictos que les plantean las partes de manera integral y completa, evitando formalismos o interpretaciones no razonables u ociosas que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, pues el aludido principio in dubio pro actione o favor actionis, exige que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto. En ese contexto, para respetar los parámetros convencionales y constitucionales de la tutela judicial efectiva y el principio in dubio pro actione o favor actionis, la jurisdicción contenciosa administrativa debe partir de una interpretación convencional de las causas de improcedencia y sobreseimiento del juicio, previstas en los artículos 56, fracción VII y 57, fracción II, de la Ley de Justicia Administrativa para el Estado de Nuevo León, en la que, sin desatender los requisitos procesales, se facilite el acceso a la obtención de un pronunciamiento de fondo de lo pretendido, tomando en cuenta la pretensión real que derive del estudio integral de la demanda, a la que habrán de quedar vinculadas procesalmente las demandadas, pues si solamente se atiende a la denominación literal con la que el actor calificó su pretensión y a la respectiva negativa lisa y llana de las autoridades demandadas, ese proceder eventualmente deja a merced de interpretaciones rigoristas carentes de razonabilidad el debido examen de la naturaleza y verdadera pretensión de anulación de los actos impugnados.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.

Este criterio va en el mismo sentido que el anterior, pero es aún más explícito, ya que menciona expresamente métodos hermenéuticos y principios interpretativos, pues el juez debe rechazar métodos hermenéuticos ritualistas y formalistas para privilegiar el principio *pro actione*, interpretando más allá de la ley y tomando en cuenta los documentos y demandas de las partes de manera que la administración de justicia sea más efectiva y satisfaga la intención de las partes.

REQUISITOS PROCESALES BAJO LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Aunque doctrinal y jurisprudencialmente se afirmaba, con carácter general y sin discusión, la naturaleza de derecho público de las normas procesales, consideradas de cumplimiento irrenunciable y obligatorio, debe considerarse que con motivo de la Reforma Constitucional de junio de dos mil once, en la actualidad es en la finalidad de la norma, que tiene que mirarse en función del valor justicia, donde radica el carácter de derecho público de los requisitos procesales. Por ello,

será competencia del legislador, de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional, en su caso, velar porque los requisitos procesales sean los adecuados para la obtención de los fines que justifican su exigencia, para que no se fijen arbitrariamente y para que respondan a la naturaleza del proceso como el camino para obtener una tutela judicial con todas las garantías. Y si la ley no contempla expresamente esta flexibilidad, ello no será obstáculo para que el juzgador interprete y aplique la norma de una manera diversa a la prescrita, en aras de encontrar un equilibrio entre seguridad jurídica y justicia. De aquí se destaca la regla: flexibilizar lo procesal y privilegiar lo sustantivo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Este criterio es particularmente interesante, pues analiza los requisitos procesales o formalismos judiciales. Establece que el carácter de derecho público que siempre se le ha atribuido a las leyes procesales, considerándose por la doctrina y la jurisprudencia como obligatorias e irrenunciables, ha cambiado con la reforma de Junio 2011, pues ahora lo que les atribuye dicho carácter es la finalidad de la ley y el valor justicia, y de esto es de lo que deriva la obligatoriedad e irrenunciabilidad de las leyes procesales, es decir que el carácter público de estas leyes no proviene de un criterio formal o según intenciones del legislador, sino de su carácter sustantivo, su contenido moral y sus fines. De manera que los juzgadores deben hacer una ponderación, los requisitos procesales deben ser apropiados para cumplir la finalidad de la ley y no ser arbitrarios, por lo que el método interpretativo adecuado por excelencia sería un método teleológico. La parte que considero más importante de la tesis es que establece que en aquellos casos en los que la ley no contemple dicha flexibilidad, los juzgadores tienen la obligación de aplicar la ley de manera distinta que lo que diga literalmente el texto de la ley para que exista un equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.

Estas tres tesis son solamente un ejemplo de los alcances que la reforma puede tener para litigantes y en cuestiones procedimentales que en principio parecieran no tener mucha relación con derechos humanos. Lo anterior refuerza la afirmación de este trabajo, en el sentido de que la reforma de derechos humanos está relacionada con un cambio conceptual de carácter filosófico respecto a lo que es el derecho, la justicia y el juez.

V] Reflexiones finales

Después de haber estudiado brevemente sobre la manera en que la interpretación judicial se ha concebido en el Sistema Jurídico Mexicano y sobre la reforma de derechos humanos y sus consecuencias, podemos concluir que la reforma no solamente cambia el texto de la ley suprema, sino que también empieza a cambiar la mentalidad de los juristas y la concepción de derecho que el Sistema Jurídico Mexicano ha tomado como base. No sólo es un cambio jurídico sino también filosófico.

Los criterios jurisprudenciales que hemos analizado no pueden entenderse a través de una concepción del derecho en la cual la ley no es más que un contrato social y la expresión de una voluntad general cuyo carácter moral es irrelevante. La reforma en materia de derechos humanos

está provocando que moral y derecho ya no sean entendidos como campos completamente diferentes e independientes. La concepción actual es radicalmente distinta, ahora parece admitirse que la ley puede ser contrastada con las exigencias objetivas de la justicia, y la justicia es entendida como un valor moral objetivo y hasta cierto punto cognoscible y, sobre todo, jurídicamente vinculante.

Es evidente que estos cambios conllevan muchos retos y riesgos, pero pienso que el cambio de actitud que podemos apreciar en algunos tribunales (hablando estrictamente de cuestiones procedimentales) es una señal positiva y puede ser productivo no solamente para la ciencia jurídica sino también para la sociedad mexicana y el sistema de administración de justicia.

Ahora bien, en cuestiones de índole social y moral que son polémicas y conflictivas en la opinión pública, el riesgo de activismo judicial es enorme. Es en este punto en que la filosofía de la interpretación se vuelve no sólo útil sino indispensable. Como señala Pilar Zambrano¹⁹, las dos condiciones mínimas que deben cumplirse para que el lenguaje *iusfundamental* cumpla con su propósito de proteger los derechos humanos son; en primer lugar, una teoría semántica realista, es decir, que se reconozca el vínculo objetivo de significación o representación entre los enunciados de derechos humanos y los requerimientos de justicia que estos expresan. En segundo lugar, es necesario un horizonte de justicia objetiva que garantice la razonabilidad de lo que los enunciados *iusfundamentales* expresan. Así, como límite inferior de la interpretación jurídica – *el piso de posibilidades interpretativas* – se señalan las normas lingüísticas y gramaticales, y como límite superior – *techo de posibilidades interpretativas* – las exigencias de justicia a las que apunta todo orden jurídico. Sólo dentro de este marco puede ser legítima la interpretación y la creatividad judicial.

Es por ello que, como punto de partida para toda reflexión o análisis de la interpretación judicial, y más aún de las interpretaciones *evolutivas*, se deben considerar estos dos límites.

En el caso mexicano, es necesaria una hermenéutica jurídica que sea hasta cierto punto realista. Si algo ha cambiado el movimiento de los derechos humanos, es precisamente la idea de que los derechos no son más que un constructo social. Es verdad que todo sistema jurídico tiene algo de convencional, pero hay ciertas cosas, ciertos derechos, que son inherentes al ser humano por sí mismo. Ahora bien, una vez que esto ha sido ampliamente aceptado, es preciso determinar cuáles son los métodos idóneos para *descubrir* estas exigencias jurídicas en situaciones concretas.

Es en este último punto en el que no nos hemos puesto de acuerdo. La hermenéutica filosófica hace un aporte interesante en este

¹⁹ ZAMBRANO, Pilar, *Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho: entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción*, Argentina, *Dikaion*, vol. 23, núm. 2, 2015, pp. 427-429.

punto. Heidegger, en *El ser y El tiempo*²⁰, señala la circularidad y pre estructura ontológica de la comprensión. Es decir, que si bien hay que considerar la historicidad de los textos a interpretar, lo anterior también está limitado por la historicidad propia del intérprete, por lo que pretender una neutralidad absoluta es absurdo, ya que todos estamos condicionados por una tradición histórica y lingüística. Al ser esta tradición imposible de objetivar para el sujeto que está insertado en ella, nuestro conocimiento está existencial e históricamente condicionado y la objetividad absoluta es imposible en cualquier interpretación.

Es decir, que toda interpretación, jurídica o no, para ser eficaz debe ser consciente de sus propios límites. Esto no implica caer en ningún tipo de relativismo; no se niega la existencia de la verdad ni su carácter cognoscible, pero debemos evitar caer en la idea reduccionista e ilusa de que existen ciertas fórmulas que siempre nos darán la solución jurídica adecuada y de que se puede ser completamente neutro. De manera que si queremos que la reforma en materia de Derechos Humanos funcione y nuestro sistema jurídico sea cada vez más eficaz, los cambios en la interpretación jurisdiccional en México deben ser tomados con prudencia por parte de los juzgadores evitando caer en dogmatismos y en un activismo judicial que frecuentemente toma posturas controversiales, normalmente *progresistas*, poniéndose en un plano de superioridad moral en casos que muchas veces son mucho más complejos que una simple colisión entre dos o más derechos subjetivos de distinta jerarquía. Los juzgadores, especialmente en casos de Derechos Humanos, deben ser conscientes de los límites de la razón humana y de la actividad hermenéutica en sí misma, para no incurrir en una visión reduccionista del ser humano y el derecho.

Bibliografía

- BERNAL Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neo romanistas*, Porrúa, México, 2011.
- CARPINTERO, Francisco, "En torno al método de los juristas medievales", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1982.
- FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa, 1999.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 63 Ed. México, Porrúa, 2011.
- GRONDIN, Jean, *Introducción a la Hermenéutica Filosófica*, traducción de ACKERMANN PILARI, Ángela, Herder, España, 2ª edición, 2002

²⁰GRONDIN, Jean, *Introducción a la Hermenéutica Filosófica*, traducción de ACKERMANN PILARI, Ángela, Herder, España, 2ª edición, 2002, pp. 27-29

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, 9ª ed., México, Porrúa, 1992.
ZAMBRANO, Pilar, "Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho: entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción", Argentina, *Dikaion*, vol. 23, núm. 2, 2015.

Fecha de recepción: 20 de noviembre de 2016
Fecha de aprobación: 20 de diciembre de 2016

El sindicalismo en su encrucijada: crisis y retos en el México del siglo XXI

EMMANUEL IBARRA CASTILLO¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Breves antecedentes históricos del sindicalismo en México.* III. *Actualidad sindical en México: su crisis y sus causas.* IV. *Retos del sindicalismo en México en el siglo XXI: renovarse o desaparecer.* V. *Conclusiones.*

Resumen. Los sindicatos tuvieron, para bien o para mal durante el México del siglo XX, un papel preponderante en nuestra vida jurídica, política y social, lo que trajo consigo un alejamiento de la clase trabajadora a la que debían proteger, así como una necesaria pérdida de representación. En el presente trabajo se pretende hacer un breve recuento de la evolución histórica del sindicalismo en México, así como una aproximación a su situación actual y a los enormes retos que enfrenta en una sociedad que cuestiona cada vez más la necesidad de su existencia.

Palabras clave: Sindicalismo, contratación colectiva, derecho social, derecho laboral.

Abstract. *Worker's unions had, for better or worse, an essential role during twentieth century Mexico, influencing our political, social and legal life. This brought a gap between the workers, whom the unions were meant to protect, and the unions themselves, as well a loss of representation. Throughout this article a brief accounting of the historical evolution of worker's unions in Mexico and a description of their current situation and the colossal challenges they face in a society that questions the need for their existence more and more every day.*

Keywords: *Worker's unions, collective agreements, social law, labor law.*

I] Introducción

¿Eran los mineros de la *Cananea Consolidated Cooper Company* una horda de haraganes y facinerosos?, ¿Podemos considerar a los trabajadores de la *Fábricas Textiles de Río Blanco, Tlaxcala y Puebla* como unos inadaptados sociales que se oponían al progreso económico propiciado por el régimen de Porfirio Díaz?

En nuestra opinión, aquéllos hombres y mujeres sólo fueron conscientes de que eran parte de una clase oprimida, vejada y explotada;

¹ Profesor Titular de Derecho Colectivo e Individual del Trabajo en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

sabedores de lo poco que individualmente podían lograr, cansados tal vez de ver que los reclamos que un día tras otro efectuaban de forma aislada no eran escuchados por sus patrones, se supieron fuertes sólo como grupo y encontraron en el derecho de huelga el instrumento para lograr que sus demandas fueran tomadas en cuenta.

La reacción del vetusto gobierno de la época frente a esos movimientos obreros, pinta de cuerpo entero la postura que históricamente han tomado la mayoría de Patrones y Estados frente a la huelga; lejos de buscar escuchar y dialogar con los inconformes, los empleadores se sintieron agraviados en su autoridad hasta entonces ilimitada e incuestionable y encontraron en el gobierno un aliado que criminalizó y reprimió a los huelguistas con el cruento resultado que todos conocemos.

Nuestro artículo 123 constitucional, producto del movimiento armado de 1910, consagró el derecho de huelga en la fracción XVII del apartado A y le dio origen y destino al señalar en la fracción XVIII, que: *“las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital.”*

Tan noble propósito y tan bello texto, no sirvieron sino para llenar horas y horas de discursos oficiales, pues en los hechos, los gobiernos emanados de la Revolución, tan condescendientes con el sindicalismo oficial y tan deseosos de hacerse del voto corporativo que representaba, vieron siempre en las huelgas un fenómeno de desorden social y los obreros que osaban desafiar el orden establecido se encontraron con el uso del aparato estatal en auxilio de la clase patronal, ya sea por medio de procesos jurídicos viciados o por la represión y criminalización de los huelguistas.

A lo largo de los años el sindicalismo cayó en crisis. Los fines del sindicalismo se pervirtieron y sus líderes dejaron de representar las nobles causas que les dieron origen y a los trabajadores que ponían en ellos sus esperanzas de condiciones de trabajo justas.

El propósito del presente trabajo es analizar las causas de dicha crisis y presentar los retos del sindicalismo en un nuevo siglo y en una sociedad que parece cuestionarse si siguen vigentes instituciones como los sindicatos que, a fuerza de conservar privilegios, no se dieron cuenta que han quedado aislados y al borde de la desaparición.

II] Breves antecedentes históricos del sindicalismo en México

Para abordar el tema y sin pretender ser exhaustivos en antecedentes históricos, daremos un breve vistazo al surgimiento de los sindicatos en nuestro país.

No obstante que algunos autores como Juan B. Climent señalan a los artesanos en la época precolombina y a los gremios en la época

virreinal como incipientes antecedentes del sindicalismo², los doctrinistas de derecho del trabajo parecen coincidir en que el movimiento obrero en México no surge formalmente sino hasta principios del siglo XX.

Oscar Gabriel Ramos Álvarez señala que no puede afirmarse que haya existido movimiento obrero desde la antigüedad clásica de los horizontes olmeca, tolteca, maya o mexica, o en la Colonia, o en las épocas que sucedieron a las guerras de Independencia o de Reforma o del Imperio, sino que se asoma en la etapa del Porfiriato y se hace realidad con la vigésima centuria misma.³

Sin duda, como anunciamos, consideramos al movimiento obrero nacional como producto de un descontento de la clase trabajadora que consciente de su debilidad en lo individual, decidió unir fuerzas para defender de mejor manera sus intereses.

Como una simple relación cronológica, para poder entender el dinamismo que en sus orígenes dio lugar al crecimiento del movimiento obrero, se relaciona continuación el orden cronológico del surgimiento de algunas de las principales centrales obreras en nuestro país:

CCO - *Confederación Católica Obrera* (1911)
 CROM - *Confederación Regional Obrera Mexicana* (1918)
 CGT - *Confederación Regional de Trabajadores* (1921)
 CGOCM - *Confederación General de Obreros y Campesinos de México* (1933)
 CTM - *Confederación de Trabajadores de México* (1936)
 UGOCM - *Unión General de Obreros y Campesinos de México* (1949)
 Congreso del Trabajo (1966)⁴

Las nobles causas que en su momento dieron origen al sindicalismo nacional poco a poco se fueron olvidando. Los líderes, en su mayoría, acabaron sucumbiendo a las tentaciones del poder que pretendía controlarlos y con ellos a los trabajadores que representaban, la enorme fuerza de nuestro movimiento obrero nacional terminó diluyéndose.

III] Actualidad sindical en México: su crisis y sus causas

Desde nuestro punto de vista el Sindicalismo nacional está en crisis, más allá de las cuestiones ideológicas que puedan influir en este diagnóstico, consideramos que el estado actual del movimiento sindical en nuestro país tiene un origen multifactorial y atribuible en consecuencia

² CLIMENT BELTRÁN, Juan, *Derecho Sindical*, México, Segunda Edición, Esfinge, 1999, pp. 39-43.

³ RAMOS ÁLVAREZ, Óscar Gabriel, *Marcos constitucionales para la negociación colectiva*, México, Porrúa-UNAM, 2009, p. 29.

⁴ LASTRA LASTRA, José Manuel, *Derecho Sindical*, México, Porrúa, 4a. ed., 2003, pp. 187-225

a diversos actores sociales, sin que sea posible por tanto imputar culpas de manera exclusiva a un sector específico.

Buscaremos establecer las que son, de acuerdo a nuestro análisis, las causas de la crisis del sindicalismo nacional.

1. La contratación colectiva de protección

Tanto el sector patronal como el sector obrero en México, traen a colación con frecuencia en los foros en los que participan el problema de lo que se ha denominado la Contratación Colectiva de Protección, unos censurando su utilización y abuso, otros justificando la necesidad de su existencia, todo ello frente a un silencio de la autoridad laboral que deja hacer y deja pasar sin más intervención que la estrictamente requerida para resolver los conflictos que puedan impactar en las cifras oficiales que consagran una estabilidad laboral que cada gobierno en turno estima como un logro, es decir, es claro que existe, que se da al amparo de nuestra legislación laboral, pero también parece claro que es una realidad que no disgusta del todo a la mayoría de patrones y sindicatos, y parece afianzar el control del Gobierno sobre los conflictos laborales, alcanzando con ello una paz aparente.

Aunque no proporciona ningún dato objetivo para sustentarlo, José Alfonso Bouzas estima que en México 9 de cada 10 contratos colectivos son contratos de protección.⁵

Gabriela Bensusán por su parte, define a los contratos colectivos de protección o contratos de protección al empleador, como ella los denomina, como: *un instrumento acordado entre el secretario general de un sindicato sin vida real pero con registro ante la autoridad laboral y un empleador, con el propósito de permitirle a este eludir la bilateralidad en la determinación de las condiciones de trabajo.*⁶

Entre las consecuencias del contrato colectivo de protección, podemos señalar las siguientes, de acuerdo a María Xelhuanzi López:

- i) Protege el patrón de compromisos, responsabilidades y efectos de la contratación colectiva.
- ii) Simplifica y minimiza la relación laboral, se negocian condiciones con un "representante" de la organización sindical, sin consultar a los trabajadores.
- iii) Simulan relaciones laborales, organización sindical y contratación colectiva.
- iv) Genera y mantiene esquemas o prototipos de relaciones laborales unilaterales y autoritarias.

⁵ BOUZAS ORTÍZ, José Alfonso, *Contratación Colectiva de Protección*, Revista Latinoamericana de Derecho Social, México. Núm. 9, julio-diciembre de 2009, pp. 29-52.

⁶ BENSUSÁN AREOUS, Graciela, *Análisis Institucional, Contratación colectiva de protección en México. Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT)*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2007, p. 14

v) Es un instrumento de precarización laboral y abaratamiento del mercado.⁷

Consideramos que el origen de este tipo de contratación se dio a partir de diversos fenómenos que a continuación exponemos:

Desprestigio del sindicalismo tradicional. Los sindicatos tradicionales, es decir, aquellos pertenecientes a las grandes centrales obreras, comenzaron a ser vistos como instrumentos del gobierno, a quien a su vez los trabajadores concebían como culpable de las crisis económicas en general y de las precarias condiciones del sector obrero en particular, es decir, no se identificaron más con esos liderazgos que respondían más a la política gubernamental que a los intereses de la clase trabajadora.

Los patrones, igualmente afectados por las crisis recurrentes, transmitieron su desconfianza respecto al gobierno a sus sindicatos aliados y comenzaron a buscar maneras de prescindir de cualquier vínculo con ellos

Radicalización del sindicalismo independiente. Frente al justificado desprestigio del sindicalismo tradicional, tomaron fuerza en determinadas ramas de la industria, sindicatos independientes cuyos fines y prácticas debían distanciarse notoriamente de las organizaciones tradicionales, así, con el apoyo de partidos políticos de oposición, la mayoría de estas nuevas organizaciones optaron por radicalizarse, planteando exigencias que si bien favorecían a los trabajadores, muchas veces no tenían sustento en la realidad de las empresas, lo que ponía en peligro la subsistencia de las mismas, propiciando un rechazo del sector patronal que comenzó a buscar formas de acotar el actuar de dichas organizaciones.

Uso de sindicatos como herramienta de extorsión. Como afirma de igual forma Graciela Bensusán, *los sindicatos mexicanos, salvo excepciones, tuvieron como principal fuente de poder los recursos institucionales de que dispusieron en materia de agremiación, contratación colectiva y huelga, este hecho fue decisivo al determinar la naturaleza coactiva del sindicalismo en este país*⁸

En efecto, la huelga ha sido siempre la herramienta por excelencia a disposición del sindicato, para forzar el respeto a los derechos de sus agremiados o los intentos de abuso por parte del patrón, no obstante, desde mediados de los setentas y hasta principios de los noventas, el gobierno federal enfocaba sus esfuerzos en detener el deterioro económico y buscar conservar la paz social.

Ante esta situación y el acaparamiento de los liderazgos sindicales por vetustos dirigentes que no aceptaban más causa de retiro que la muerte, la ambición de algunos cuadros de estas organizaciones,

⁷ XELHUATNZI LÓPEZ, María, *Análisis político Conceptual, Contratación colectiva de protección en México. Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT)*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2007, p. 103

⁸ BENSUSÁN AREOUS, Graciela, *Análisis Institucional...*, cit., p.35

los llevó a utilizar sindicatos existentes en el papel como medios para lucrar a través de emplazamientos a huelga por firmas de contrato colectivo y otro tipo de conductas que, sin restricción alguna en nuestra legislación, se traducían en mecanismos eficaces para conseguir beneficios económicos a base de amenazas de huelga, suspensión de hecho de labores y en ocasiones hasta violencia.

Incorporación y abuso patronal de la simulación en la negociación colectiva. Mientras unos grupos optaban por la presión y la amenaza, otro grupo de *administradores*, más que líderes de sindicatos, decidieron que más que confrontarse con las partes patronales, podían integrarlas al negocio.

El sector patronal vio en esta opción la posibilidad de protegerse de sindicatos más violentos y conflictivos además de poder evitar la representación sindical de sus trabajadores a cambio de retribuciones económicas, con lo que conseguían estabilidad y control absoluto en la fijación de condiciones de trabajo.

Lo que comenzó como respuesta a grupúsculos de sindicatos abusivos, se convirtió a la postre en regla general en la contratación colectiva.

Los problemas que consideramos surgen del abuso en la contratación colectiva de protección y que impactan de manera directa al sindicalismo nacional, son fundamentalmente los siguientes:

(i) Desnaturalización de la negociación colectiva como medio fundamental para la obtención de condiciones de trabajo justas para la clase trabajadora.

(ii) Utilización de los sindicatos para objetivos radicalmente contrarios a su finalidad original, como su uso en esquemas de planeación fiscal mediante el pago de prestaciones o salarios a trabajadores bajo la apariencia de conceptos sindicales.

(iii) Desprestigio del sindicalismo nacional y pérdida de legitimación como representantes del movimiento obrero.

(iv) Establecimiento de un estatus quo en el que participan gobierno, sindicato y empresas en perjuicio de los trabajadores.

2. El corporativismo sindical y su sumisión al poder en turno. Politización y pérdida de representación

Algunos autores consideran que el proyecto de control corporativo sobre el movimiento sindical aparece por primera vez en 1915 cuando Venustiano Carranza busca firmar un pacto con sesenta y siete militantes de la Casa del Obrero Mundial, pacto que finalmente fue rechazado por los sindicatos afiliados a dicha central obrera.⁹

⁹ ROBLES REYES, Jorge, *Análisis Histórico. Contratación colectiva de protección en México. Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT)*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2007, p. 55

La CROM Confederación Regional Obrera Mexicana, surge en 1918 a petición expresa del Gobernador de Coahuila, Espinosa Mireles, lo que le daba ya un carácter notoriamente oficialista.¹⁰

La incorporación del movimiento obrero como uno de los sectores del Partido Revolucionario Institucional, detentador único del poder durante 70 años en nuestra Historia, propició un alineamiento definitivo de las decisiones de los liderazgos obreros a las intenciones del presidente en turno.

Dichos líderes comprendieron, en base a las consecuencias sufridas por quienes lo intentaron, que no podían aspirar a más poder político que aquél que el jefe del Ejecutivo Federal decidiera obsequiarles y que ese poder traducido en puestos canónjias dependería del control efectivo que pudieran ejercer sobre sus agremiados, la contención de protestas frente a las decisiones gubernamentales en materia de políticas laborales y, por supuesto, el número de personas que pudieran ofrecer como asistentes a los mítines de candidatos y demás eventos organizados por el entonces denominado partido oficial.

La consecuencia de este actuar en la conducta de los liderazgos sindicales no tuvo efectos trascendentes en periodos de bonanza económica, como la etapa conocida como el desarrollo estabilizador (1947 -1970), pues la clase trabajadora no tuvo repercusiones en su poder adquisitivo o modo de vida en virtud de que la economía gozaba de relativa buena salud, por el contrario se valoraba estar del lado del Régimen pues más allá de cualquier otro interés, era claro que oponerse o protestar representaba arriesgarse a represiones violentas como las sufridas en el régimen de Adolfo López Mateos y Gustavo Díaz Ordaz por los Sindicatos de Ferrocarrileros o por las protestas del gremio de los médicos.

Todo cambió sin embargo cuando la estabilidad económica se fue y comenzaron los tiempos de crisis, pues por un lado caía el poder adquisitivo frente a una inflación descontrolada precarizándose dramáticamente la calidad de vida, y por otro las políticas gubernamentales en materia laboral implicaban aumentos magros de los salarios mínimos y desempleo rampante, todo con la anuencia de las grandes centrales obreras alineadas al sistema que apoyaban tales decisiones y suscribían, sin consulta por supuesto a sus miembros, pactos para garantizar dichos apoyos, aplacando por supuesto cualquier voz de inconformidad que pudiera surgir.

Tal situación se mantuvo, en nuestra opinión hasta la elección federal de 1997, cuando el Partido Revolucionario Institucional perdió la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados, abriendo una nueva etapa en la vida política del país, etapa que mostraba por una lado el inicio de un nuevo sistema de reparto del poder que obligaba al gobierno en turno a negociar con las fuerzas políticas de la oposición y por otro lado quedaba en evidencia la pérdida de control del voto corporativo de las organizaciones sindicales tradicionales, que, de tener los miembros y

¹⁰ *Idem.*

apoyos con los que afirmaban contar, hubieran conseguido el triunfo del partido oficial, lo que por supuesto no sucedió.

Problemas surgidos del corporativismo sindical y su alineación a los intereses del poder en turno. La eventual mimetización de las más grandes y visibles organizaciones del movimiento obrero organizado con el aparato gubernamental y su alineamiento y apoyo prácticamente incondicional a las medidas y políticas dictadas desde Los Pinos, trajeron para el sindicalismo nacional las consecuencias que a continuación enumeramos:

i.- Utilización a modo por parte del poder en turno de las organizaciones sindicales.

ii.- Pérdida de legitimación frente a los trabajadores como sus representantes y frente a los patrones como interlocutores por representar intereses del gobierno en turno.

iii.- Pérdida de representación por asumir posturas ideológicas de partidos políticos determinados que excluyen en consecuencia a trabajadores que no comulguen con dichas organizaciones políticas.

IV] Retos del sindicalismo en el México del siglo XXI: renovarse o desaparecer

De acuerdo a lo que hemos analizado, la crisis del sindicalismo nacional se ha traducido en una falta de legitimación y de representación real de la clase trabajadora, cada vez más, con honrosas y poquísimas excepciones, se extiende la percepción de que los sindicatos sólo representan a sus líderes y a los intereses de éstos, no hay una comunicación con los trabajadores, sobre todo con los jóvenes quienes lejos de verlos como defensores de sus intereses los ven como un lastre que solo busca lucrar con cuotas sindicales que acabarán en los bolsillos de sus dirigentes.

Ante esa falta de representación, parece que han dejado de ser útiles al poder, pues ya no representan tampoco ni poder ni votos, y en el mismo orden de ideas, los patrones parecerían interesarse en los sindicatos únicamente para continuar con la firma de contratos de protección frente a los pocos que aún hacen vida sindical real, por lo tanto la pregunta fundamental que buscamos responder es ¿Son aún necesarios y justifican su existencia los sindicatos en la sociedad mexicana del siglo XXI? ¿Pueden los sindicatos recuperar legitimidad y en consecuencia volver a ser verdaderos representantes de la clase trabajadora para luchar por sus derechos y por condiciones justas frente a patrones y gobierno?

Consideramos que los retos fundamentales que deberá afrontar el sindicalismo nacional y que dará respuesta a estas preguntas son los siguientes:

1. Cambio generacional y necesidad de nuevos liderazgos

Parece urgente un cambio generacional en los liderazgos sindicales no sólo de las centrales obreras tradicionales, sino incluso de aquellas que comenzaron como independientes y que rápidamente asumieron las mismas prácticas de perpetuarse en el poder que los líderes de organizaciones que tanto cuestionaron.

Si bien es justificable en ocasiones la reelección de liderazgos en base a elecciones democráticas previstas en estatutos, la realidad parece indicar que en un país con una población joven creciente y en edad económicamente activa, que además no ha conocido ni entendido los beneficios de la sindicación y la utilidad histórica de los sindicatos, la tradicional gerontocracia vitalicia y cuasi hereditaria que prevalece como forma de dirección sindical no es la mejor cara para buscar contactar y asumir la defensa de la causa de las generaciones de jóvenes que buscan incorporarse al mercado laboral.

Consideramos que hay un factor importante de oportunidad, más aún cuando en un país con una tasa de desempleo importante, los sindicatos pueden convertirse en la voz que exija creación de fuentes de trabajo para los jóvenes y que haga frente de nueva cuenta a patrones y gobierno buscando cumplir esta exigencia.

El refresco de liderazgo, su relevo generacional ayudado por la propia naturaleza y el tiempo implacable que se va llevando a la vieja guardia, puede ser un primer paso para tratar de recuperar la legitimidad, la representación y la interlocución frente a los otros actores del derecho del trabajo que se ha perdido.

2. Reforma Constitucional en materia de derechos humanos, derecho internacional del trabajo y su influencia en el sindicalismo nacional

Creemos que la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011 puede ser un arma de doble filo para el sindicalismo, es decir, representa un reto y una oportunidad.

Con la reforma al artículo primero constitucional y la conformación de un bloque de regularidad constitucional en el que se incluyen los tratados internacionales y disposiciones en materia de derechos humanos contenidos en instrumentos o acuerdos ratificados por México, la interpretación conforme, el control difuso de convencionalidad y el principio *pro persona*, la autoridad estatal ha visto acotadas muchas de las facultades con las que anteriormente buscaba controlar y presionar a los sindicatos, particularmente en tema de otorgamiento de las llamadas tomas de nota o registro sindical.

En virtud de esta reforma, se incorporan también a nuestro orden jurídico convenios de la Organización Internacional del Trabajo que ya han sido ratificados o que en virtud de inminentes acuerdos multilaterales (v.g. el TPP)¹¹ deberán ratificarse, la mayoría de los cuales fortalecen y

¹¹ Acuerdo Estratégico Trans Pacífico de Asociación Económica.

apuntalan los derechos a la asociación, la negociación y contratación colectiva, la huelga y, más temprano que tarde, la libertad sindical plena.

Con lo anterior, los sindicatos tienen la posibilidad de librarse de la autoridad estatal tradicionalmente hostil y controladora, y retomar los principios de protección de los derechos de los trabajadores que les dieron origen y sentido.

Si los sindicatos no están a la altura de las circunstancias y aprovechan este nuevo orden jurídico para recuperar la legitimidad y representación perdida, en base a esa misma reforma y a esos mismos principios, los trabajadores en lo individual podrían buscar o bien hacer valer sus derechos a que los sindicatos les rindan cuentas, sean transparentes y respeten todos sus derechos como miembros de esas organizaciones, o bien prescindiendo de los sindicatos, podrán buscar a través del juicio de amparo la justiciabilidad de los derechos sociales que las organizaciones sindicales no pudieron alcanzarles.

V] Conclusiones

El desprestigio del que hoy goza el sindicalismo en nuestra sociedad, es producto en gran medida de ser herramienta de extorsión en manos de *pseudo líderes* sindicales que carecen de representatividad alguna y que sólo buscan un beneficio económico al amparo de repartos de emplazamientos a huelga, amenazas de cierre de empresas y violencia buscando la firma de contratos colectivos al amparo del artículo 450 fracción II de la Ley Federal del Trabajo o la dádiva correspondiente.

Por otro lado también es cierto que un proceso de huelga iniciado por un sindicato sin representatividad o que no cuente con el aval de la mayoría de los trabajadores tendrá sus horas contadas y su proliferación obedece más a patrones que ceden ante la extorsión así como a abogados sin los conocimientos y la pericia necesaria para hacer frente a estos procesos, que a una maldad intrínseca del derecho de huelga.

Más allá del desprestigio apuntado en párrafos precedente, al que por cierto han contribuido los medios masivos de comunicación al convertirse en voceros de las empresas envueltas en procedimientos de huelga, es necesario hacer referencia obligada a la trilogía de los derechos colectivos expuestos por el maestro Mario de la Cueva¹², y es a partir de ella donde encontramos condiciones en nuestra opinión necesarias para que el sindicato afronte los retos que hemos establecido en el presente trabajo:

a.- Derecho de huelga vinculado a la auténtica representación. La posibilidad de que puedan presentarse emplazamientos a huelga sin necesidad de acreditar que efectivamente representan a los trabajadores de la empresa emplazada, abre la puerta a prácticas de extorsión, se ha convertido en un instrumento de abuso y empodera la figura de los

¹² DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, 13ª. Ed. México Porrúa, 2003, t.II, pp.286-289.

secretarios generales a espaldas de los empleados a quienes efectivamente deben representar.

Por lo anterior es necesaria una modificación legal en la que se establezca la obligación de un sindicato que pretenda emplazar a huelga a un patrón buscando la firma de un contrato colectivo de trabajo, de acreditar que efectivamente cuenta con la representación de los trabajadores de la empresa o establecimiento de que se trate. Dichos cambios deben darse encontrando fórmulas jurídicas que no representen límites excesivos o franca inoperancia del derecho de huelga.

b.- Democratización Sindical. Estrechamente ligada a la necesidad de renovación de liderazgos que hemos expuesto, consideramos que la democratización sindical es un paso necesario en la recuperación de legitimación y representación de dichas organizaciones, no es posible continuar con procedimientos cerrados y opacos si se quiere adaptar a una sociedad que ha luchado por vivir en democracia.

Democracia no significa necesariamente no a la reelección, la reelección sólo es criticable cuando tiene su origen en arbitrariedades y prácticas autoritarias, no cuando es producto de elecciones libres, democráticas, en la que los trabajadores decidan con plena consciencia si el líder debe continuar en base al desempeño, a los resultados y a la rendición de cuentas que se haya preocupado por presentarles.

Para nosotros la reelección de los líderes sindicales, puede ser una herramienta de mejora en la vida sindical siempre y cuando se vea precedida de los siguientes requisitos:

- i. Garantizar elecciones democráticas de las directivas sindicales, abiertas a la totalidad de sus agremiados y no sólo a los grupos afines al líder en turno.
- ii. Exigir no como una opción sino como obligación el voto directo y secreto en dichos procesos; y
- iii. Apertura total para que cualquier miembro que lo desee pueda competir en las elecciones de la mesa directiva.

Lo necesario es pues un cambio cultural, que los líderes recuerden que son *primus inter pares*, que los trabajadores sepan que tienen el poder de mantener o remover a sus líderes de acuerdo a su desempeño y que la sociedad reconozca que los trabajadores mexicanos son los suficientemente maduros para decidir correctamente el rumbo de sus organizaciones

En ese orden de ideas, si uno de los componentes de la trípode de derechos colectivos es el derecho a la asociación profesional, consideramos que la reivindicación de la huelga como instrumento civilizado para resolver los conflictos entre patrones y trabajadores tiene como condición necesaria sindicatos activos y democráticos que sean verdaderos representantes de la clase trabajadora y que ejerzan el derecho de huelga como una herramienta real y necesaria para defender los intereses de la clase que representan.

c.- Verdadera negociación colectiva. En íntima relación con la democratización sindical, para efecto de reducir los daños derivados de la proliferación de la contratación colectiva de protección, debe transitarse

hacia una contratación colectiva real, que busque la protección y mejora de los derechos de los trabajadores y de ser posible la creación de nuevos espacios para jóvenes que están buscando integrarse al mercado de trabajo, no más sindicatos de amigos y de cotos de poder, sindicatos abiertos, gestores de beneficios sociales y voceros de la sociedad.

Es la proliferación de la contratación colectiva de protección, la que ha hecho de la huelga instrumento de extorsión, pues son en su mayoría sindicatos blancos los que abusan de este derecho para buscar firmas de contratos colectivos cuyo único trasfondo es el pago de una cuota al "líder" sindical a espaldas de los trabajadores de las empresas.

En conclusión, en un mundo ideal, los sindicatos y su herramienta fundamental, el derecho de huelga, no existiría si tuviésemos empleadores respetuosos de los derechos de los trabajadores, preocupados por su bienestar y atentos a sus necesidades, sin embargo la historia nos ha enseñado que un patrón sin contrapesos, acaba preocupándose sólo por incrementar sus márgenes de ganancia a costa de todo y de todos, incluyendo sus trabajadores.

Por todo ello consideramos que los sindicatos y su ejercicio responsable del derecho de huelga son actores necesarios aún y esenciales en la vida de un país como el nuestro, un reducto de fuerza, que a pesar de supeditar su existencia y legalidad a la declaración de una autoridad muchas veces ligada a la clase patronal, sigue siendo la herramienta por excelencia para propiciar que cuando menos se escuchen las demandas de la clase obrera.

Coincidimos en que la herramienta fundamental del sindicato, la huelga, es un acto violento, entendiendo violento en la acepción que le da la Real Academia Española de la Lengua y que define dicho concepto como *aquello que obra con ímpetu y fuerza, que se hace bruscamente, con ímpetu e intensidad extraordinarias*¹³, obrar al que se ven forzados los trabajadores cuando hay un patrón que sigue a la letra la máxima, hoy de nueva cuenta tan en boga: *que ni los ve, ni los oye*. Esperemos que los sindicatos vean y escuchen los retos que el nuevo siglo les presenta y sepan, por el bien de México, estar a la altura de las circunstancias.

Bibliografía

BENSUSÁN AREOUS, Graciela et al., *Análisis Institucional, Contratación colectiva de protección en México. Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT)*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2007.

BOUZAS ORTÍZ, José Alfonso, *Contratación Colectiva de Protección*, Revista Latinoamericana de Derecho Social, México. Núm. 9, julio-diciembre de 2009

CLIMENT BELTRÁN, Juan, *Derecho Sindical*, México, Segunda Edición, Esfinge, 1999.

¹³ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española de la Lengua, España, 2015, <http://dle.rae.es/?id=brjKWH1>

DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del Trabajo*, 13ª. Ed. México, Porrúa, 2003, t.II.

LASTRA LASTRA, José Manuel, *Derecho Sindical*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003

RAMOS ÁLVAREZ, Óscar Gabriel, *Marcos constitucionales para la negociación colectiva*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

Fecha de recepción: 24 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 26 de enero de 2017

El fuero constitucional: un tema de ponderación y proporcionalidad¹

GUILLERMO A. GATT CORONA²

"When it comes to life, the critical thing is whether you take things for granted or take them with gratitude"

Gilbert K. Chesterton

A Elvira Villalobos Chaparro y Héctor González Schmal

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El fuero o inmunidad procesal*. III. *Conclusiones Preliminares*.

Resumen. Como es sabido, recientemente se eliminó en el Estado de Jalisco el fuero del que gozaban ciertos funcionarios, debido principalmente a los grados de impunidad y corrupción con que llevaban a cabo sus funciones. En este artículo el autor busca esclarecer más el tema, sopesando los pros y los contras de lo que implica esta reforma. Asimismo, busca dar luz y valorar otras posibles soluciones al problema del fuero.

Palabras clave: Fuero, declaración de procedencia, servidores públicos, inmunidad procesal.

Abstract. As it is known, the State of Jalisco recently reformed its Local Constitution regarding the jurisdiction given to a certain number of functionaries, due to the great levels of impunity and corruption in their performance of their duties. In this article the author sheds some light on this topic, taking into consideration the pros and cons of the meaning of this reform. Furthermore, he valorizes other possible solutions the problem of jurisdiction.

Keywords: Jurisdiction, public functionaries, procedural immunity.

I | Introducción

En 2016 se reformó la Constitución del Estado de Jalisco para eliminar, en lo que a ésta respecta, el fuero de que gozaban ciertos

¹ Agradezco a Alicia Corona Muñoz, Nora E. Santana Covarrubias y al Lic. Samuel Méndez Fernández sus comentarios y revisión en torno a este texto.

² Profesor de Derecho en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

funcionarios estatales. En un ambiente de corrupción e impunidad, lo lógico sería dar la bienvenida a una enmienda de esta naturaleza ¿o no? Tal vez este cambio sea bueno solo en apariencia. Trataré de explicar por qué.

Para determinar si vale la pena reformar o eliminar una institución jurídica, es necesario analizar el tema de manera objetiva y con un enfoque claro de buscar lo mejor para la sociedad. Hay que hablar del fuero para cuestionar si vale la pena reformar su andamiaje constitucional a nivel nacional y estatal; no cambiar por cambiar, sino sólo si la modificación significa mejoría. Hay que tener en mente que las normas jurídicas *no son sino ordenamientos o preceptos racionales, imperativos y directivos de la acción humana libre hacia el bien común, en el marco de la comunidad completa o política.*³

Hoy lo habitual es sugerir la supresión del fuero en el caso de la Constitución de Jalisco; los casos coyunturales parecen exigirlo. Lo políticamente correcto sería venir aquí a defender esa postura. La prudencia jurídica exige que reflexionemos en el tema con un planteamiento de largo plazo y teniendo en mente el bien común.

No podemos hablar de la inmunidad procesal aisladamente, sino en el marco de la teoría general de las responsabilidades que regulan los artículos 108 y siguientes de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como lo señalaba el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo es *un principio generalmente aceptado por el derecho constitucional que los servidores públicos, esto es, aquellas personas que ejercen o desempeñan cargos, comisiones o empleos en las instituciones gubernamentales, están sujetos a un sistema de responsabilidades a través del cual deban responder ante la colectividad por sus conductas. Esta obligación de responder tiene sus motivos, no es arbitraria.*⁴

Entre dichas responsabilidades, la Constitución Federal distingue como sanciones a los distintos servidores públicos, las que se refieren al juicio político, la declaración de procedencia⁵ como antecedente para un

³ MASSINI CORREAS, Carlos, *La Teoría del Derecho Natural y la Interpretación Jurídica*, en CIANCIARDO Juan (Coordinador), *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos*, Porrúa, IMDPC, 67, México, 2012, p. 75.

⁴ GUDIÑO PELAYO, José de Jesús. Voto Particular. Controversia Constitucional 26/97.

⁵ Artículo 111. Para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, así como el consejero Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculcado. Si la resolución de la Cámara fuese negativa se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculcado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación.

proceso penal, la responsabilidad administrativa, responsabilidad civil y las del sistema nacional anticorrupción.

Hay varios temas que intersectan cuando tomamos en consideración los principios⁶ que la Carta Magna Federal y la Constitución de las distintas entidades federativas desean proteger al fomentar la libertad de legisladores y otros funcionarios públicos en el ejercicio de sus responsabilidades y por otra parte, la necesaria punibilidad de conductas delictivas y la demanda democrática de responsabilidad y de reducción de la impunidad, entre los que destacan: (i) la inmunidad, (ii) la irresponsabilidad y (iii) la suspensión del ejercicio de derechos ciudadanos.

La inmunidad corresponde a los funcionarios dotados de *fuero* en los términos de la Constitución. Por su parte, la *irresponsabilidad* es sólo

Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley.

Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable.

Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los ejecutivos de las entidades federativas, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas, en su caso los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, y los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

Las declaraciones y resoluciones de la (sic DOF 28-12-1982) Cámara de Diputados y (sic DOF 28-12-1982) Senadores son inatacables.

El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutoria el inculpado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto.

En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia.

Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.

Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

⁶ I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. DWORKIN Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, p. 22.

característica de los legisladores y busca proteger su libertad de expresión en el ejercicio de su cargo.⁷

La irresponsabilidad está también prevista en la Constitución Jalisciense cuando señala en su artículo 23 que *Los diputados son inviolables por la manifestación de sus ideas en el ejercicio de sus funciones y nunca podrán ser reconvenidos por ellas.*

Finalmente, la Constitución distingue entre sanciones de carácter político y de naturaleza penal⁸. El desafuero o *declaración de procedencia* atañe justamente a este último parámetro de responsabilidad. No son en absoluto iguales las sanciones potenciales en un juicio político y una declaración de procedencia. A quienes no tenemos anhelo de ostentar cargos públicos, no nos afectaría en absoluto la sanción de un juicio

⁷ Artículo 61. Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas. El Presidente de cada Cámara velará por el respeto al fuero constitucional de los miembros de la misma y por la inviolabilidad del recinto donde se reúnan a sesionar.

⁸ Artículo 110. Podrán ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, el consejero Presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

Los ejecutivos de las entidades federativas, Diputados locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, así como los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este Título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

Para la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella Cámara, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculpado.

Conociendo de la acusación la Cámara de Senadores, erigida en Jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado.

Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables.

político (destitución e inhabilitación), pero sí los efectos penales que trae consigo una declaración de procedencia.

*De los orígenes históricos de la inmunidad en el constitucionalismo mexicano, y de la propia regulación que la actual Constitución de 1917 establece, podemos percatarnos de que la inmunidad (fuero constitucional) en México tiene las siguientes características: i) no existe constitucionalmente una mención del *fumus persecutionis* o directrices similares de los criterios para la concesión o negación de la declaración de procedencia; ii) solo la Cámara de Diputados puede conocer de la declaración de procedencia...; iii) la denegación de la declaración de procedencia produce solo efectos suspensivos sobre la acción penal, no prejuzga sobre el fondo; iv) la resolución es inatacable por otros medios de defensa; v) la resolución implica, constitucionalmente, separación inmediata.⁹*

No es aquí el momento para analizar detenidamente la irresponsabilidad de que están dotados constitucionalmente los legisladores. Diré en cambio que en ese tema, vale más la pena conservar ese atributo (a pesar de los abusos que cometen algunos legisladores en este tema – muchos y muy frecuentes, todos lo sabemos), que establecer límites a la pluralidad en el legislativo y su capacidad de expresión, interlocución y diálogo. Coincido con Don Raúl González Schmal que sostiene cómo “la condición más importante de la función parlamentaria es la de la independencia de los legisladores, por lo que debe de preservárseles de cualquier intento de coacción en su libertad de expresión por parte de otros órganos de poder”.¹⁰

Tampoco me referiré aquí al tema del juicio político en el que desafortunadamente, la historia ha demostrado que los legisladores se han guiado frecuentemente por mezquinos intereses partidistas para no sancionar a sus correligionarios. ¿De qué partido político? No seamos ilusos: De todos. Los legisladores a través de la historia no han sabido en este tema estar a la altura de la encomienda democrática que la ciudadanía les ha otorgado.

La discusión no solo se da en nuestro país, sino en todas las latitudes donde ciertos funcionarios tienen esta protección en contra de algunos procesos penales, donde estos mecanismos se han usado en el pasado para reestablecer la justicia en algunos casos o como linchamiento de carácter político en otros, como en el interesante caso del Gobernador Sulzer del Estado de Nueva York en 1913.¹¹

⁹ RIVERA LEÓN, Mauro Arturo, *Inmunidad Parlamentaria en México: Un análisis crítico del fuero constitucional*, Dikaion, Vol. 21, Núm. 1, Junio 2012, Universidad de la Sabana, Cundinamarca Colombia, p. 243.

¹⁰ GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional*, Limusa, México, 2007, p. 295.

¹¹ *Impeachment plays a unique role in our system of government. It serves as a method by which a government disciplines an errant official so as to maintain public confidence in the political system. Designed to check the gross misuse of authority, the impeachment process must also guarantee due process for the official accused of violating the public trust.* DUNNE John R., BALBONI Michael

II] El fuero o inmunidad procesal

En cambio, en el tema del fuero, que como señala Tena Ramírez es la *protección contra toda acción penal de que gozan los representantes populares durante el tiempo de su representación*¹², la discusión suele plantearse en la interrogante de si vale la pena continuar con éste o quitarlo. Las iniciativas tanto locales como federales para modificar o suprimir el fuero han sido múltiples a través del tiempo¹³. A pesar de ello, a nivel Federal, el fuero sigue vigente conforme lo dispone el artículo 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha expresado en diversas ocasiones en el tema destacando por ejemplo cuál es el propósito de la inmunidad que el fuero otorga:

*FUERO CONSTITUCIONAL. Los miembros del Poder Legislativo gozan de una inmunidad que se conoce entre nosotros como fuero constitucional, prerrogativa indispensable para la existencia de las instituciones que salvaguarda, y quienes las disfrutan, tienen la facultad de no comparecer ante cualquiera jurisdicción extraña sin previa declaración del propio cuerpo o cámara a la que pertenece el quejoso, declaración que debe ser emitida por mayoría de votos del número total de sus miembros. La norma constitucional que esto establece... no implica revestir a sus miembros de impunidad, sino que condiciona la intervención de otras jurisdicciones a la satisfacción determinados presupuestos que sólo pueden ser calificados por la cámara relativa.*¹⁴

En cambio, en Jalisco, se publicó en el Periódico Oficial *El Estado de Jalisco*, el sábado 20 de Agosto de 2016 la reforma a la Constitución Estatal, suprimiendo dicha protección constitucional para los funcionarios previamente referidos en el texto de la Carta Magna Jalisciense. El espíritu de esta reforma se refleja indubitablemente en el primer párrafo del nuevo artículo 99: *La comisión de delitos del orden común por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal.*

Desde entonces, la reforma Jalisciense ha sido tema de debate y ha generado iniciativas de modificaciones similares en otros Estados. En la opinión mayoritaria, esto reflejará el fin de la impunidad de los altos

A.L., *New York's Impeachment Law and the Trial of Governor Sulzer: A case for reform*, Fordham Urban Law Journal, Vol. 15, 1986, p. 567.

¹² TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1975, p. 279.

¹³ Ver SÁNCHEZ ESCOBAR, Margarita (Coordinadora de Proyecto), *Fuero Constitucional*, Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN) LX Legislatura, Agosto, 2007 en www.senado.gob.mx/ibd/content/lineas/docs/varios/Fuero_Constitucional.pdf consultado el 03 de Marzo, 2017.

¹⁴ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Primera Sala, 5ª Época, Tomo LXXXVIII, p. 763.

funcionarios públicos que serán tratados *como cualquier otra persona*. Mucho me temo que esto no sea así y que en cambio, se hayan establecido las bases para otra clase de abusos.

Dada la naturaleza de este texto, no haré referencia a los antecedentes históricos del fuero que son muy interesantes y que vale la pena conocer.

En aquellos ámbitos en los que todavía existe el fuero (tal es el caso de la Constitución Federal), esta inmunidad procesal puede ser suprimida mediante la declaración de procedencia, tanto por la legislatura local (en el caso de delitos del fuero común para aquellas entidades federativas que todavía lo conservan) como en el caso de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión para delitos federales. Se trata de una decisión que atañe fundamentalmente a este órgano político y sin que autoridades de naturaleza judicial se involucren prácticamente en absoluto¹⁵. Habría que cuestionarse para el caso de Jalisco, si eso es lo adecuado, o si valdría la pena que fuera otro órgano, judicial o no, el que tomara dicha determinación.¹⁶

Eduardo Andrade Sánchez señala que *independientemente de la crítica que pueda merecer esta institución resulta innegable que alude a una situación jurídica específica, consiste en un conjunto de normas aplicables a determinados servidores públicos que en razón de la función que desempeñan quedan sujetos a un régimen propio en cuanto a la exigencia de ciertas responsabilidades en las que puedan incurrir por su conducta*.¹⁷

Por otro lado, según el periodista Guillermo Vázquez Handall *la inmunidad parlamentaria debe servir en estricto sentido, para que exista un verdadero equilibrio entre poderes, de forma que los legisladores que*

¹⁵ Ver por ejemplo la Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicada en Diciembre de 2004 bajo la voz CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES NOTORIAMENTE IMPROCEDENTE CONTRA ACTOS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN REALIZADOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA (DESAFUERO).

¹⁶ Hay casos en los que la autoridad judicial sí evalúa que se hayan protegido los derechos de quienes son sometidos a dicha declaración de procedencia. Ver por ejemplo la tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicada en Octubre de 2005 bajo la voz COMPETENCIA POR MATERIA. CUANDO EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA EN QUE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN DECIDIÓ RETIRAR LA INMUNIDAD PROCESAL Y SEPARAR DE SU CARGO A UN SERVIDOR PÚBLICO, DEBE CONOCER DEL AMPARO UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA.

¹⁷ ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, *El desafuero en el sistema constitucional mexicano*. UNAM. México, 2004. Pág. 4.

son oposición al gobierno en turno, gocen de completa libertad para debatir.¹⁸

Como lo señala Bartolomé Fernández, muchos de los sistemas constitucionales de los países europeos y latinoamericanos reconocen una excepción a la inmunidad parlamentaria consistente en que se podrá detener a un legislador cuando éste sea sorprendido realizando un delito flagrante. En la mayor parte de América Latina y Europa, se justifica el fuero para salvaguardar la continuidad de la función constitucional que desempeñan determinados servidores públicos.¹⁹

La inmunidad es siempre parcial, dado que en el caso de los funcionarios estatales, no gozan de él fuera de su entidad federativa, y por otra parte, pueden ser desaforados por la legislatura estatal, o en ciertos casos, por la de la federación.²⁰

Habría que tener en mente que la inmunidad procesal no es un capricho del Constituyente, sino que tiene un propósito razonable. Cuando se desafuera a un funcionario, no solo inicia el proceso penal, sino que se separa a dicha persona del cargo.²¹

¹⁸ VÁZQUEZ HANDALL, Guillermo, *La eliminación del fuero, ventajas y desventajas*. Política Nacional. México, 2014.

¹⁹ FERNÁNDEZ VIAGAS, Bartolomé Plácido, *La inviolabilidad e Inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los Privilegios Parlamentarios*, Editorial Civitas, Madrid 1990, p. 21.

²⁰ Elisur Arteaga Nava ha realizado muy interesantes críticas a las disposiciones constitucionales cuando se refieren al desafuero por la autoridad federal, a funcionarios locales. En la opinión de Arteaga Nava, *La declaración de procedencia que la cámara de diputados está facultada para emitir cuando alguno de los funcionarios locales comete un delito común del orden federal... Las disposiciones adolecen de los mismos vicios que afectan tanto al... título cuarto de la constitución como a la... ley de responsabilidades: imprecisión, precipitación y oscuridad*. Entre los problemas que se generan (i) hay incongruencia entre el listado de funcionarios referidos en el Art. 111 Constitucional y los que tienen fuero conforme a las Constituciones de los Estados; (ii) Varias entidades federativas han establecido mecanismos de homologación de la resolución de la Cámara de Diputados que parecen ser inconstitucionales, entre otras. Ver ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, 4ª Edición, Oxford University Press, México, pp. 986-994.

²¹ Sin embargo, en el extraño procedimiento de desafuero que se siguió contra Andrés Manuel López Obrador, Jefe de Gobierno del Distrito Federal, en abril de 2005, la determinación del órgano legislativo, que en ese caso realiza funciones jurisdiccionales, fue contradictoria; en las conclusiones del dictamen señaló que su efecto sería separar al desaforado "inmediatamente" de su cargo – siguiendo los precedentes de los casos de desafuero de René Bejarano en 2004 y de Jorge Díaz Serrano en 1983 –, pero en los puntos resolutivos se reprodujo la frase contenida en el art. 111 y al decir que quedaría separado del encargo en tanto estuviera sujeto a proceso penal, el mencionado Jefe de Gobierno dejó de asistir por unos días a sus oficinas, pero nunca reconoció encontrarse despojado de su puesto, argumentando que no se le había iniciado el proceso, pues la Procuraduría de la República (sic) no ejerció la acción penal. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, *Derecho Constitucional*, Oxford University Press, México, 2008, p. 539.

La declaración de procedencia no busca salvaguardar la persona de un servidor público; en estricto derecho, está dirigida a proteger la función que él desempeña; también tiende a impedir que el servicio que tiene confiado sea descuidado o sufra perjuicio en detrimento del estado y la sociedad; se trata de impedir que la posible falta del titular de una función repercuta en el servicio público.²²

La inmunidad está referida en la Constitución Federal, y hasta 2016 solía también estar referida en la Constitución del Estado de Jalisco, en sus artículos 100 y siguientes.²³ A diferencia de la irresponsabilidad que solo beneficia a los legisladores, la inmunidad se le atribuye a muy diversos servidores públicos.

²² ARTEGA NAVA, Elisur, *Op. cit.*, p. 963.

²³ Artículo 100.- Para actuar penalmente contra los diputados al Congreso del Estado; los titulares de las secretarías del Poder Ejecutivo; el Fiscal General y el Procurador Social; los magistrados del Poder Judicial del Estado; el Presidente y los consejeros ciudadanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos; el Presidente y consejeros electorales del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado; los magistrados del Tribunal Electoral del Estado; el Presidente y comisionados del Instituto de Transparencia, Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Jalisco; el Auditor Superior del Estado; los presidentes municipales, regidores, síndicos y concejales de los ayuntamientos o concejos municipales, se requerirá establecer la procedencia de acuerdo con las siguientes normas:

I. El Congreso, excepción hecha de los miembros de la Comisión de Responsabilidades, declarará por mayoría absoluta de los diputados integrantes de la legislatura, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado;

II. Si la resolución del Congreso fuere negativa, se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación;

III. Si el Congreso declara que ha lugar a proceder, el inculpado quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley. En tanto no se determine esta declaración, no procederá el ejercicio de la acción penal ni librar la orden de aprehensión;

IV. El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal; si éste culmina con sentencia absolutoria, el servidor público podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su cargo, no se concederá la gracia del indulto;

V. Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal y, tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido o el daño causado; y

VI. Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

La discusión en torno al fuero constitucional es histórica y de diversos matices²⁴, pero en general, parece enfrascarse en un debate bipolar de *todo* o *nada*. Sin embargo, en el fondo, lo que tendríamos que preguntarnos es ¿para qué se estableció el fuero en la Constitución Federal y en las constituciones particulares de los Estados? Quizá cuestionarnos lo anterior, sirva para determinar (i) si dicha problemática sigue vigente, y (ii) cuál sería el mejor camino para proteger lo que el fuero busca salvaguardar, sin que los vicios que éste conlleva persistan.

¿Por qué eliminar la inmunidad procesal? Para reducir la impunidad, porque respondería a un contexto histórico específico de nuestro Estado que ya no está presente, para eliminar la percepción de la mayor parte de la ciudadanía de que los funcionarios pueden delinquir sin que tenga consecuencias, o por otros motivos. ¿Por qué conservarla? Para evitar que los funcionarios públicos puedan recibir en su contra de manera constante denuncias, muchas veces sin sustento, y en otras ocasiones, derivadas de un ataque o venganza a sus posiciones políticas.

Muchos son los que promueven suprimir la inmunidad. No es algo nuevo. Ya desde la década de los 1970's, juristas como Herrera y Lasso y González Schmal sugerían su supresión. ¿El fuero es realmente una garantía para proteger la función que desempeñan los altos funcionarios, o es un privilegio que ayuda a que éstos evadan sus responsabilidades personales? ¿Vale la pena otorgar protección a ciertos funcionarios de posibles denuncias criminales falaces, superficiales, o intimidatorias? Con frecuencia, distintos autores alrededor del mundo advierten de los efectos nocivos del uso partidista que pueden darse a esquemas de desafuero, juicio político o *impeachment*.²⁵ El propio Zagrebelsky ha señalado ya en

²⁴ En una original postura, Elisur Arteaga Nava propone otorgar una inmunidad procesal paralela a los particulares que inician una acusación en contra de un funcionario con fuero: "Debido a las características del sistema político mexicano, en el que es bien sabido que cualquier particular que se atreva a acusar a un servidor local y a solicitar la declaración de procedencia se expone a serios peligros, que están muy lejos de ser hipotéticos, no estaría de más que en las leyes, tanto federales como locales, se garantizara al particular, cuando menos durante el tiempo que dure el proceso de declaración, una inmunidad relativa y temporal, respecto de posibles acusaciones de autoridades enderezadas a fin de evitar la acusación o neutralizar la actuación del acusador. El sistema jurídico debe existir en función de permitir y facilitar las acusaciones". ARTEAGA NAVA, Elisur, *op. cit.*, p. 989.

²⁵ "Nor should impeachment be used for largely partisan purposes; hence, some senators refused to convict Associate Justice Samuel Chase or President Andrew Jackson for fear that if either were removed, future presidents or judges from their party would likely be punished in the impeachment process just by virtue of their party affiliation. Rather, impeachment generally should be deployed against impeachable officials for having engaged in some misconduct that (1) has caused some serious injury to the republic or to the constitutional system and (2) has a nexus with the official's formal duties". GERHARDT Michael J., *Putting the Law of Impeachment in Perspective*, Saint Louis University Law Journal, 1999, Vol. 43:905, p. 930.

diversas ocasiones cómo bastaría tener un poder judicial fuerte para que no resultara necesaria la inmunidad.²⁶

¿Serán las únicas alternativas? Me parece que no. Un tema de esta naturaleza no debe verse en una lógica de *todo o nada*, sino de ponderación y proporcionalidad²⁷ principialista Dworkiana.²⁸

Ronald Dworkin, el ilustre ius filósofo británico, sostenía que a diferencia de las reglas, los principios tienen la enorme ventaja de no tener que eliminarse uno al otro. *El conjunto de los principios constitucionales... debería constituir una suerte de "sentido común" del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca concepción de todo discurso jurídico, la condición para resolver los contrastes por medio de la discusión y no de la imposición.*²⁹

*El principio supone recurrir a un derecho concentrado que no define ni hipótesis ni consecuencias... resultan ser "mandatos de optimización" (Alexy) en tanto mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son derecho concentrado que puede expresarse y justificar a diferentes "normas"... Los principios ofrecen un campo para la discreción muy superior que el de las normas, pues ellos no se aplican a todo o nada (all-or-nothing-fashion) en tanto no definen los supuestos ni tampoco las consecuencias de su aplicación, y se limitan a enunciar una razón que discurre en una cierta dirección.*³⁰

De hecho, como señala Gustavo Zagrebelsky, *solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo*

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *La immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Editorial Etnaudi, Torino, 1979, p. 347.

²⁷ "Los alemanes analizan esta proporcionalidad dividiéndola en el estudio de la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de la norma... La tarea consistiría en convertir en una norma hipotética la pretensión y ponerla a prueba del test de razonabilidad. El mismo deberá contemplar los siguientes pasos o tests: 1. Existencia de una finalidad en la medida instrumentada por la norma; 2. Que la finalidad de la medida es constitucional, en términos internos, o legítima, de acuerdo a los tratados internacionales; 3. La adecuación de los medios al fin propuesto, o su eficacia para obtenerlo; 4. La necesidad de la medida optada, o su eficiencia para lograrlo con los menores efectos negativos posibles; 5. La proporcionalidad entre los costos y beneficios". TOLLER Fernando M., *Los Derechos In Concert; Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales*, en CIANCIARDO, Juan (Coordinador), *Op. cit.*, pp. 119-120.

²⁸ "The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted". DWORKIN, Ronald, *Op. cit.*, p. 24.

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Trotta, Madrid, 2007, p. 124.

³⁰ VIGO, Rodolfo, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, 2003, pp. 4, 34.

*del orden jurídico... nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas.*³¹

III] Conclusiones preliminares

Lo que debería encontrarse es el camino para hacer factible la compatibilidad entre esos dos principios que se buscan, es decir, la existencia de alguna clase de protección procesal para que los funcionarios puedan desempeñar adecuadamente sus atribuciones de gobierno en aras del bien común sin estar constantemente a la espera de ataques de carácter penal injustificados, pero que al mismo tiempo inhiba la impunidad, y promueva la transparencia y la rendición de cuentas.

Se trata de un caso clásico de *derechos en competición* y la forma de resolverse es a través de lo que Fernando Toller ha definido como *Derechos In Concert*, sosteniendo que, en el fondo, *en base a las reglas lógicas... los derechos... son armónicos... Interpretar desde el contenido esencial es buscar modos de compatibilidad que respeten el núcleo fundamental de cada uno de esos derechos, evitando que ninguno se vea realmente frustrado. Ahora bien, esto sólo es posible si se concibe los derechos no como pretensiones abstractas e individualistas, sino como facultades orientadas por un determinado fin que se da en el marco de la convivencia social.*³²

¿Cuál es esa salida *mágica*? Seguramente no existe una solución perfecta, pero intuyo que sí existen distintas alternativas que permiten con proporcionalidad la convivencia de estos dos principios, permitiendo así la permanencia de una inmunidad procesal inteligente, sensata, proporcional y razonable.

a) Tanto a nivel federal como estatal debería establecerse un mecanismo eficaz, veloz y con tiempos razonables, probablemente incluyendo para el caso de inacción, la afirmativa ficta;

b) Una primer alternativa resultaría de trasladar la decisión de una declaración de procedencia a un órgano que no tenga una naturaleza política, sino jurídica, como en alguna medida lo hace ya la Constitución Jalisciense al referirse a las declaraciones de procedencia contra los jueces de primera instancia, menores y de paz, dejando la etapa previa en instancias del Poder Judicial, pero eliminando la actual etapa de análisis político por el legislativo;³³

³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Op. cit.*, p. 110.

³² TOLLER, Fernando M., *Op. cit.*, pp. 118-119.

³³ Artículo 101.- El Gobernador del Estado, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado ante el Congreso y exclusivamente por delitos dolosos graves del orden común. Artículo 102.- Contra los jueces de primera instancia, menores y de paz, sólo podrá procederse penalmente, previa declaración del Consejo de la Judicatura. Una vez dictada la declaración, quedarán separados del ejercicio y serán sometidos a los tribunales competentes.

c) También sería factible ciudadanizar la declaración de procedencia. No es mala la idea de establecer un paso previo para proteger de denuncias infundadas a ciertos servidores públicos, pero sí es imperativo que la decisión sea jurídica y no política;

d) Una alternativa (pero no la única) de ciudadanización es seguir la línea que el diputado Kumamoto ha propuesto en el caso de Jalisco, con miembros de la Comisión de Responsabilidades del Congreso del Estado, participantes designados por las Universidades de mayor prestigio de nuestra entidad y por organizaciones de la sociedad civil;

e) Será imperativo establecer un procedimiento ágil que respete a la vez el debido proceso y la defensa efectiva de la persona contra la que se inicia;

f) La transparencia en el proceso debe ser fundamental. La ciudadanía debe tener mecanismos claros para poder conocer de manera ágil, adecuada y completa, (i) cuántos procedimientos de declaración de procedencia se han iniciado en contra de los distintos funcionarios y la naturaleza de la acusación, (ii) el procedimiento y tiempos que ha llevado el órgano decisor para determinar si ha lugar al desfuero en cada caso, con síntesis estadísticas, y (iii) los resultados que los procesos penales subyacentes hayan tenido en contra de los referidos servidores públicos con datos estadísticos;

g) Valdría la pena revisar el listado de servidores públicos a los que se reconoce inmunidad en la Constitución Federal y la de las Entidades Federativas alrededor de la República, dado que es factible que no todos la requieran para garantizar el principio subyacente, en tanto podría haber titulares de nuevos órganos constitucionales autónomos que la necesiten;

h) En adición, los legisladores podrían ponderar la posibilidad de realizar una propuesta de reforma a la Constitución Federal en su Artículo 38³⁴, especialmente en su fracción II, para que el inicio de un proceso

Artículo 103.- El desempeño de alguno de los cargos por cuyo ejercicio se goce de inmunidad penal, de conformidad con lo establecido en la presente Constitución, suspenderá el término para la prescripción.

Artículo 104.- No se requerirá declaración de procedencia del Congreso, cuando alguno de los servidores públicos que gozan de inmunidad penal, cometa un delito durante el tiempo en que se encuentre separado de su cargo o no haya asumido el ejercicio del mismo. Tampoco se requerirá declaración de procedencia en el caso de servidores públicos que tengan el carácter de suplentes, salvo que se encuentren en ejercicio del cargo.

Artículo 105.- Contra las declaraciones de procedencia penal no procede juicio o recurso alguno.

³⁴ Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley;

II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;

III. Durante la extinción de una pena corporal;

penal no pueda ser un arma para deshacerse de un contrincante político en un proceso democrático.

El fuero tiene un propósito claro que vale la pena proteger. No obstante, no debe convertirse (como ha ocurrido hasta ahora de manera predominante) en una herramienta de impunidad y falta de transparencia. En palabras de Zagrebelsky, "las sociedades que quisieran preservar su carácter pluralista deberían afirmar valores que no tienen precio", valores entre los que el equilibrio deba alcanzarse mediante la ponderación con otros valores del mismo tipo, sin la participación del medium homologador y desnaturalizador del dinero.³⁵

No parece necesaria la eliminación del fuero, sino su redefinición para cumplir adecuadamente con su propósito. En este país de impunidad, los funcionarios que delincan deben ser castigados adecuadamente, en tanto que los que sirvan con eficacia, honestidad y pasión a la consecución del bien común, deben ser reconocidos.

Estudiando con atención y analizando con cuidado las técnicas jurídicas del procedimiento y la interpretación, que permiten a los hombres vivir en un Estado de Derecho, el filósofo en vez de soñar la utopía de un estado paradisiaco, podrá inspirarse en sus reflexiones en lo que la experiencia secular ha enseñado a los hombres encargados de organizar sobre la tierra una sociedad razonable.

Chaim Perelman

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 17 de marzo de 2017

IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;

V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y

VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.

La ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Op. cit.*, p. 126.

La problemática de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su repercusión en la función notarial

PASCUAL ALBERTO OROZCO GARIBAY¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*. III. *La Supremacía Constitucional y la jerarquía de los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos*. IV. *Problemática de la Reforma Constitucional*. V. *Concepto de Tratado Internacional*. VI. *Requisitos constitucionales para la incorporación de tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico*. VII. *Las repercusiones en la función notarial*. VIII. *Conclusiones*.

Resumen. La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos del 2011 ha traído consigo una serie de cambios, problemáticas y cuestionamientos en el sistema jurídico mexicano; entre ellos, la tensión entre el principio de Supremacía Constitucional con los principios de interpretación en materia de derechos humanos, el alcance del control difuso y ex officio de constitucionalidad y convencionalidad, y la ampliación y determinación de figuras jurídicas como *autoridad responsable* o *acto de autoridad*. Dichas problemáticas han derivado en repercusiones en la función notarial. Este trabajo analiza dichas repercusiones sosteniendo que el notario público no se puede considerar como autoridad responsable y por consiguiente no debe realizar control de constitucionalidad ni de convencionalidad.

Palabras clave: Reforma Constitucional, derechos humanos, función notarial.

Abstract. *The 2011 Constitutional Reform on Human Rights has brought a number of changes, problems and questions in the Mexican legal system; among them, the tension between the principle of Constitutional Supremacy and the interpretation principles of human rights, the scope of the diffuse and ex officio control of constitutionality and conventionality, and the enlargement of legal figures such as responsible authority and act of authority. Such problems have resulted in some repercussions to the notarial function. This paper analyze such repercussions arguing that the notary public can not be considered as*

¹ Catedrático de Derecho Constitucional en la Escuela Libre de Derecho y Secretario Académico del Colegio Nacional del Notariado Mexicano.

responsible authority and, as a consequence, it must not realize a control of constitutionality or conventionality.

Keywords: *Constitutional Reform, human rights, notary function.*

I] Introducción

A partir del 10 de junio del 2011 con la publicación de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y de la incorporación de los tratados internacionales en nuestra Ley Suprema han surgido una serie de interpretaciones acerca del concepto, alcance e implicaciones de los derechos humanos. La doctrina casi unánimemente alabó dichas reformas, al grado tal que se hablaba de un nuevo paradigma, de un bloque de constitucionalidad, etc. Pocos cuestionamos la forma como se implementó dicha reforma.

Este breve ensayo pretende exponer la problemática que se está generando con dicha reforma, las soluciones a la misma y las repercusiones que se están dando en la tarea que realizamos día a día como notarios.

Es importante tener presente lo que es un tratado internacional y los requisitos constitucionales para su incorporación en el orden jurídico mexicano. Asimismo, es menester mencionar aunque sea someramente el contenido de la Reforma Constitucional y la jerarquía de los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos, incluyendo el conflicto que surgió respecto a la Supremacía Constitucional.

Evidentemente todos estos cambios significan una nueva forma de concebir integrar e interpretar el derecho. Es precisamente en este nuevo enfoque de interpretación por los jueces, lo que está generando una serie de criterios contradictorios que inciden en la función notarial.

Se debe recalcar lo que es un notario, sus funciones, obligaciones y limitaciones, de tal forma que los jueces o en su caso los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) tengan plena conciencia de lo que podemos o no hacer en nuestro quehacer cotidiano. Sólo las autoridades que realizan funciones jurisdiccionales deben llevar a cabo el control constitucional y convencional y en caso de que consideren que la disposición normativa está en contra de algún Tratado Internacional en Materia de Derechos Humanos o del texto constitucional, están obligados a dejarla de aplicar por considerarla inconstitucional o inconventional (control difuso).

II] Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos

El día 10 de junio del 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las modificaciones a once artículos de la Constitución: 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 que contienen los nuevos principios en materia de derechos humanos.

Si bien es cierto las modificaciones a los artículos 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 son relevantes, es importante hacer hincapié en el artículo primero de nuestra Carta Magna ya que es el eje fundamental de la reforma. Las características fundamentales de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su importancia se pueden resumir en las siguientes razones:²

- a).- Se distinguen los derechos humanos de sus garantías;
- b).- Se establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre dichas materias de los que México sea parte;
- c).- Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia;
- d).- Se consigna la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad;
- e).- Queda prohibida toda discriminación motivada por las preferencias sexuales;
- f).- La educación que imparta el Estado fomentará el respeto a los derechos humanos;
- g).- Se contempla el derecho que tiene toda persona de solicitar asilo en caso de persecución por motivos de orden político;
- h).- No se autoriza la celebración de tratados que alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte;
- i).- Se estipula que el sistema penitenciario se organizará sobre la base de respecto a los derechos humanos;
- j).- Aún en los supuestos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto no se pueden restringir, ni suspender el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección, a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos, las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa

² Un ensayo excelente para entender la reforma desde una perspectiva crítica y constitucionalista es el del GODDARD, Jorge Adame. "Análisis de la Reforma Constitucional en Derechos Humanos", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Escuela Libre de Derecho, Mexico, Núm. 35, año 2011, pp. 9-37. Una visión más internacionalista es la de GARCIA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta *La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos*, (2009-2011), Ed. Porrúa, México, 2011.

Un estudio muy accesible de los antecedentes de la reforma, su contenido y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado Mexicano forma parte es el realizado por ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Los Derechos Humanos y sus Garantías en la Constitución Mexicana*. Análisis y Comentarios a la reforma publicada el 10 de junio de 2011, Ed. Porrúa, México, 2011.

alguna; el principio de legalidad y retroactividad, la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos;

k).- Las personas extranjeras gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce la Constitución y tienen el derecho de previa audiencia antes de ser expulsados del territorio nacional;

l).- El Ejecutivo Federal debe observar el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos en la conducción de la política exterior y en la celebración de los tratados internacionales.

III] La Supremacía Constitucional y la jerarquía de los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos

Con la modificación al artículo 1 Constitucional surgió la pregunta ¿qué normas se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico: las constitucionales o las contenidas en los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos de los que México forma parte? No se debe olvidar que el artículo 133 no sufrió ninguna reforma y cuyo texto es el siguiente: *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...*

De su lectura se desprende que la norma suprema es la Constitución, ya que las leyes del Congreso de la Unión deben emanar de ella y los tratados deben estar de acuerdo con la misma.

El maestro Elisur Arteaga al respecto señala:

El principio de supremacía se establece en forma expresa en el artículo 133. Esta Constitución... será la ley suprema de toda la unión... Queda reiterado en los artículos 40... pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental y 41... en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal.³

La Supremacía Constitucional significa que no puede existir una norma que sea más importante que la Constitución o que esté en contra de ella; ya que la Constitución es la norma fundante de todo el ordenamiento jurídico, es ella la que determina el proceso de creación de todas las normas y su contenido.

La superioridad de la Constitución, igualmente se manifiesta en que gracias a ella existe una unidad y armonía de todas las leyes al señalar

³ ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Oxford University Press, México, 2008, pp. 2-3

su jerarquía. Asimismo es la Constitución quien califica si una norma es o no válida.

*La Supremacía Constitucional se traduce en la cualidad que tiene la constitución de ser la norma que funda y da validez a la totalidad del ordenamiento jurídico de un país determinado.*⁴

La reforma al multicitado artículo 1 Constitucional generó una gran polémica acerca de la Supremacía Constitucional y la jerarquía normativa. Se plantearon tres tesis fundamentales: (i). La Constitución está por encima de todas las leyes y los tratados inclusive en materia de derechos humanos.- (ii) La Constitución y los Tratados en materia de derechos humanos de los que México sea parte forman un bloque de constitucionalidad y son la Ley Suprema.- (iii) Los tratados en materia de derechos humanos están por encima de la Constitución.

Dicho debate se resolvió dos años después con la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que más adelante se relaciona.

Con un profundo sentido crítico el doctor Jorge Adame Goddard sostuvo:

*...igualmente absurdas serían las interpretaciones que subordinan la Constitución y la vida política y social mexicana a las presiones y recomendaciones de organismo internacionales con menosprecio de la necesidad y la identidad cultural de México...*⁵

La citada reforma a la Constitución provocó una serie de problemas que sus creadores ni se imaginaron. Cabe destacar, entre otros, los siguientes.

IV] Problemática de la Reforma Constitucional

1. Supremacía Constitucional o Bloque de Constitucionalidad

El primer conflicto que se presentó consistió en determinar que norma jurídica debía aplicarse cuando existiera una contraposición entre el texto constitucional y un tratado internacional en materia de derechos humanos.

En el fondo lo que se tenía que precisar era si subsistía la Supremacía Constitucional o por el contrario si se sostenía el bloque de constitucionalidad integrado por constitución y Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos (este criterio es sostenido por la Corte

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La Supremacía Constitucional*. Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano. Núm. 1, México 2005, p. 37.

⁵ ADAME GODDARD, Jorge "Análisis de la Reforma Constitucional en Derechos Humanos", *Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho*, Núm. 35, México, 2011, p.10.

Constitucional Colombiana y en un primer momento por algunos Ministros de la SCJN).

Aparentemente para los defensores del bloque de constitucionalidad no existía ningún problema en otorgarles el carácter de Leyes Constitucionales a los tratados internacionales, aunque ello implicará dejar a un lado el principio de la Supremacía Constitucional.

Las críticas y cuestionamientos a esta postura no se hicieron esperar, porque en efecto si la Ley Suprema ya no es la Constitución, se desmorona todo el ordenamiento jurídico; la legitimidad democrática de la Ley Suprema se desvanece por la presión internacional. Sin Constitución no se puede hablar de un Estado.

Después de 2 años de gran incertidumbre jurídica el 3 de septiembre de 2013 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011 emitió el siguiente criterio:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Antes de este criterio jurisprudencial no existía un parámetro definitivo que indicara que normas debían aplicar los jueces cuando se presentará un conflicto entre una norma constitucional y un tratado internacional.

Paradójicamente el derecho humano a la seguridad jurídica había quedado olvidado, ya que ningún gobernado sabía a ciencia cierta qué disposición jurídica se le iba aplicar.

Los detractores de la teoría del bloque de constitucionalidad sosteníamos que era impensable que los tratados internacionales tuvieran la misma jerarquía que la Constitución y peor aún que se aplicará el contenido de un tratado aun en contra de lo sostenido por el texto constitucional. Afortunadamente la Suprema Corte de Justicia se pronunció a favor de la Supremacía Constitucional.

2. Control constitucional concentrado o difuso

Antes de las reforma del 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación había negado el control difuso a los jueces locales mediante dos criterios jurisprudenciales números P./J.73/99 y 74/99 cuyos rubros son:

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCION. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN

El cambio de criterio de la Suprema Corte se presentó en la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el pleno de la Corte en solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011.

En consecuencia, hoy en día los jueces locales están obligados a aplicar y fundamentar sus resoluciones en los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, a pesar de las disposiciones en contrario que existan en sus legislaciones, sin embargo no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o inconstitucionalidad de las normas que consideran contrarias a dichos derechos humanos. Todo lo anterior, con fundamento en el artículo 133 Constitucional que en su parte conducente establece: *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.*

Al igual que en las siguientes tesis jurisprudenciales:

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011) que en su parte conducente dice: ... en virtud del reformado texto del artículo 1º Constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad... los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales... sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos. Contradicción de tesis 259/2011..."

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus

competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos...

Aparentemente, es una gran avance que cualquier juez pueda calificar la constitucionalidad y la convencionalidad de una norma y en su caso dejarla de aplicar. Para ello se deben tener muy claro los principios y los criterios para evitar caer en un terrible subjetivismo de los jueces que provoca una gran incertidumbre jurídica, ya que las personas no saben que disposición jurídica se les aplicará.

3. Contradicciones de tesis

La complejidad para conocer todas las normas y criterios jurisprudenciales y estar en condiciones para calificar la constitucionalidad y para ejercer un control de convencionalidad, es más que evidente. Bástenos citar las siguientes tesis:

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos...

Para cumplir con esos parámetros los jueces deben ser unas verdaderas enciclopedias jurídicas, lo cual dista mucho de ser real y factible.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme

en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos...

Derivado de lo anterior cada juez según su leal saber y entender resuelve si una norma jurídica está o no en contra de un derecho humano, y por ello se han presentado una serie de criterios jurídicos opuestos y jurisprudencias contradictorias.

Esta problemática de las tesis contradictorias se podría resolver señalando que únicamente el Pleno de la Corte puede emitir jurisprudencia obligatoria.

Nuestra Constitución reconoce en el artículo 107 fracción XIII la existencia de esas resoluciones contradictorias, pero la solución que plantea dista mucho de ser la ideal, ya que contempla una serie de supuestos hasta llegar al Pleno de la Corte, el tema es que mientras no se resuelva en definitiva la contradicción de tesis la incertidumbre jurídica subsiste, lo cual es inaceptable.⁶

⁶ “Cuando los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, los mencionados tribunales y sus integrantes, los Jueces de Distrito, las partes en los asuntos que los motivaron o el Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrán denunciar la contradicción ante el Pleno del Circuito correspondiente, a fin de que decida la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.- Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito o los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, según corresponda, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los mismos Plenos de Circuito, así como los órganos a que se refiere el párrafo anterior, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que deberá prevalecer.- Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo cuyo conocimiento les competa, los ministros, las Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, los Jueces de Distrito, el Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, el Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, o las partes en los asuntos que los motivaron, podrán denunciar la contradicción ante el Pleno de la Suprema Corte, conforme a la ley reglamentaria, para que éste resuelva la contradicción.- Las resoluciones

4. *Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos vigente*

Un problema adicional de la reforma Constitucional que incorpora los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico, es el relativo a la cantidad de tratados suscritos por México en esta materia, ya que tanto la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la Secretaría de Relaciones Exteriores y Gobernación, sostienen números diferentes, lo que impide tener una certeza de cuántos y cuáles son. Es increíble que no se tenga la certeza de cuáles de ellos son los vinculantes y superiores jerárquicamente a las leyes generales, federales o locales.

La solución argentina es muy buena al establecer en su texto Constitucional cuales son los tratados que gozan de Jerarquía Constitucional.⁷

Para tener más elementos para entender los alcances de la Reforma Constitucional es menester conocer que es un tratado internacional y los requisitos constitucionales para su incorporación en el ordenamiento jurídico mexicano.

V] **Concepto de tratado internacional**

De acuerdo con el artículo 1 a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre organizaciones Internacionales, un tratado internacional se define como: *Acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito.*⁸

Por su parte el art. 2 de la Ley sobre la Celebración de los Tratados los conceptualiza en los siguientes términos:

que pronuncien el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia así como los Plenos de Circuito conforme a los párrafos anteriores, sólo tendrán el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectarán las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción.”

⁷ “Artículo 75-22... La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”

⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1988.

...I.- "Tratado": el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.

De conformidad con la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados deberán ser aprobados por el Senado y serán Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución...⁹

1. Entrada en vigor de los tratados

Se debe distinguir cuando un tratado internacional obliga a los Estados y en que momento queda incorporado al ordenamiento jurídico interno.

En el ámbito internacional el tratado no entra en vigor el día en que se firma, ya que como lo establece el artículo 24.1 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados antes citada: *Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha en que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores...*

Es importante recordar el texto de los arts. 26 y 27 de la citada convención que en su parte conducente establece:

Artículo 26.- Pacta sunt servanda.- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27.- El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados.- 1.- Un estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento del tratado...

VI] Requisitos constitucionales para la incorporación de tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico

De manera muy clara y sintética Loretta Ortiz Ahlf señala dichos requisitos:

Nuestra Constitución regula el proceso de celebración de los tratados en los artículos 15, 76, fracción I, 89, fracción X, 133 y 117. Los requisitos formales se centran en la celebración personal del tratado por el Presidente de la República y su aprobación por el Senado (artículos 76, fracción I y 89 fracción X) y en relación con el contenido material, el artículo 133 exige que los tratados estén de acuerdo con la Constitución, de conformidad con el principio de Supremacía Constitucional y el artículo 15, que no restrinjan garantías individuales ni autoricen la extradición de reos políticos. De esta forma, para que se apliquen los Tratados en México por las autoridades federales, locales y municipales, así como por jueces federales o

⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992.

locales, el artículo 133 Constitucional exige que estén de acuerdo con la Constitución...¹⁰

Para que un tratado internacional forme parte de nuestro ordenamiento jurídico y obligue tanto a las autoridades (de cualquier nivel) como a los particulares debe cumplir con cinco requisitos fundamentales:

a).- Estar firmado por el Ejecutivo Federal (Art. 89 y 133), esta facultad de suscribir los tratados internacionales es indelegable, en consecuencia si no lo firmo el Presidente de la República es inconstitucional y no puede ser invocado como parte integrante de nuestro sistema normativo, a pesar de lo prescrito por el Art. 2-VI y 3 de la Ley Sobre la Celebración de los Tratados que establece:

... VI.- "Plenos Poderes": el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados.

Artículo 3o.- Corresponde al Presidente de la República otorgar Plenos Poderes.

b).- Ser aprobado por el Senado (Arts. 76-I y 133 Const.)

c).- Estar de acuerdo con la Constitución. (Art. 133 Const.)

d).- Adicionalmente se debe publicar en el Diario Oficial de la Federación en los términos del Art. 4 de la Ley Sobre la Celebración de los Tratados que en su parte conducente señala: *artículo 4o... Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación.*

e).- Que no existan reservas por parte del Estado Mexicano a una o varias disposiciones normativas de un tratado.

En consecuencia un tratado forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y puede ser invocado no el día de su aprobación por el Senado sino hasta el momento en que ha sido publicado en el Diario Oficial de la Federación.

Es importante recordar que a pesar de haber sido aprobado por el Senado y haber sido publicado, puede cuestionarse su constitucionalidad a través de dos mecanismos: la acción de inconstitucionalidad en los términos del artículo 105-II y mediante el juicio de amparo de conformidad con lo prescrito por los artículos 103-I, 107-I Constitucionales.

Para tener la seguridad que un tratado internacional cumple con todos los requisitos constitucionales para ser obligatorio, tanto para las autoridades como para los particulares, se podría obtener la certeza de la constitucionalidad y obligatoriedad a través del control previo de su constitucionalidad de los tratados por parte de la Suprema Corte de

¹⁰ "La eficacia y aplicación de los tratados en México", Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 35, México, 2011, Núm. 35, pp.531-532

Justicia, tal como está contemplado en la Constitución Chilena, con ello se sabría a ciencia cierta la Constitucionalidad de un tratado.¹¹

VII] Las repercusiones en la función notarial

Todos los cambios derivados de la Reforma Constitucional en conjunción con la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo en el año del 2013 están influyendo en nuestra labor cotidiana, principalmente en dos aspectos: el primero en sostener que el notario es autoridad responsable para los efectos de la Ley de Amparo y el segundo el considerar que debemos realizar el control Constitucional y convencional de las disposiciones que regulan los actos jurídicos que se otorgan ante nuestra fe.

1. El notario como autoridad responsable

El notario es un particular profesional del derecho investido de fe pública por el Estado que brinda seguridad jurídica y certeza de los actos y hechos de los que da fe, de una manera imparcial. Siempre actúa a petición de parte.

A partir de la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo se contempla la posibilidad de considerar al particular como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, al establecer el artículo 5° en su parte conducente lo siguiente:

Son partes en el juicio de amparo: (...) II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.- Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción y cuyas funciones estén determinadas por una norma general (...)

Debe quedar claro que excepcionalmente el particular puede ser considerado como autoridad responsable y para ello se deben satisfacer varios requisitos: (i) Que realice actos equivalentes a los de autoridad o sea que ordene, ejecute un acto que crea, modifique o extinga situaciones jurídicas.- (ii) Que lo haga de manera unilateral.- (iii) Que sea obligatoria.

Es muy ejemplificativa la siguiente jurisprudencia por contradicción de tesis dictada por la Segunda Sala de la SCJN 2ª/J.164/2011.

¹¹ Art. 82-II “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: ... 2) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”

AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. NOTAS DISTINTIVAS.- Las notas que distinguen a una autoridad para efectos del juicio de amparo son las siguientes: a) La existencia de un ente de hecho o de derecho que establece una relación de supra a subordinación con un particular; b) Que esa relación tenga su nacimiento en la ley, lo que dota al ente de una facultad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable, al ser pública la fuente de esa potestad; c) Que con motivo de esa relación emita actos unilaterales a través de los cuales cree, modifique o extinga por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular; y, d) Que para emitir esos actos no requiera acudir a los órganos judiciales ni precise del consenso de la voluntad del afectado.

Es muy claro que los notarios no emitimos actos unilaterales, imperativos coactivos y con independencia de la voluntad del afectado.

Siempre requerimos que las partes nos lo pidan, que exista consenso entre ellas y carecemos del imperio para imponer nuestra decisión de manera coactiva sin acudir a los órganos judiciales.

El actuar del notario depende de que los particulares soliciten sus servicios y que exista su consentimiento para formalizar el acto jurídico que va crear, modificar o extinguir sus derechos y obligaciones.

A mayor abundamiento se encuentran las siguientes tesis emitidas, la primera de ellas por el cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito (Décima Época. Registro 2008197) y la segunda por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Décimo Sexto Circuito (Décima Época, Registro 2009420).

AUTORIDAD RESPONSABLE. NO TIENE ESE CARÁCTER, PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, EL PARTICULAR SEÑALADO COMO TAL, SI LOS ACTOS QUE SE LE RECLAMAN NO REÚNEN LAS CARACTERÍSTICAS DE UNILATERALIDAD, IMPERIO Y SUS FUNCIONES NO ESTÁN DETERMINADAS POR UNA NORMA GENERAL.- De la intelección del artículo 5º, fracción II, de la Ley de Amparo vigente, se desprende que, para los efectos del juicio de amparo, es autoridad responsable aquella que ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria. Asimismo, en su párrafo segundo establece que a los particulares les revestirá dicho carácter cuando realicen actos equivalentes a los de esa naturaleza que afecten derechos en los mismos términos y cuyas funciones estén determinadas por una norma general. Luego entonces, si los actos equivalentes que se le imputan a un particular, señalando como autoridad responsable, no reúnen las referidas características de unilateralidad e imperio y, además sus funciones no están determinadas por una norma de carácter general, es dable concluir que no le reviste la mencionada calidad.

ACTOS DE PARTICULARES. PARA CONSIDERARLOS EQUIVALENTES A LOS DE AUTORIDAD CONFORME AL ARTÍCULO 5º., FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO, DEBEN REUNIR LAS CARACTERÍSTICAS DE UNILATERALIDAD, IMPERIO Y COERCITIVIDAD, ADEMÁS DE DERIVAR DE UNA RELACIÓN DE SUPRA A SUBORDINACIÓN.- El artículo 5º., fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo prevé que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, los que se conceptualizan por la propia porción normativa, como aquellos mediante los cuales se crean, modifican o extinguen

situaciones jurídicas de forma unilateral y obligatoria, siempre que las funciones del particular equiparado a autoridad responsable, estén determinadas por una norma general. De ahí que para considerar que el acto realizado por un particular equivale al de una autoridad y, por ende, es reclamable mediante el juicio constitucional, es necesario que sea unilateral y esté revestido de imperio y coercitividad, lo que implica que sea ajeno al ámbito privado o particular contractual. Además, conforme a la jurisprudencia 2ª./J. 164/2011, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, septiembre de 2011, página 1089, de rubro: "AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. NOTAS DISTINTIVAS.", el concepto jurídico de "autoridad responsable" lleva implícita la existencia de una relación de supra a subordinación que da origen a la emisión de actos unilaterales a través de los cuales se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular. En consecuencia, para que los actos de particulares puedan ser considerados equivalente a los de autoridad, deben reunir las características de unilateralidad, imperio y coercitividad, además de derivar de una relación de supra a subordinación; por exclusión, la realización de actos entre particulares en un plano de igualdad, que no impliquen una relación en los términos apuntados, impide que pueda atribuírsele a cualquiera de ellos el carácter de autoridad responsable.

Por su parte el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (Tesis aislado Registro 2010063) ratifica que el notario público no tiene el carácter de autoridad responsable para efectos de amparo.

NOTARIO PÚBLICO. NO TIENE EL CARÁCTER DE AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EFECTOS DEL AMPARO, DADO QUE CARECE DE FACULTADES PARA CREAR, MODIFICAR O EXTINGUIR SITUACIONES JURÍDICAS EN FORMA UNILATERAL Y OBLIGATORIA.

El artículo 5o., fracción II, de la Ley de Amparo establece la norma que regula las notas características del acto de autoridad, en cuanto crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, así como también identifica como autoridad a los particulares cuyas funciones estén determinadas por una norma general que los faculte para realizar actos equivalentes a aquellos que afecten derechos en términos de esta fracción. En ese sentido, la intervención de un notario en la elaboración de una escritura, no le otorga la calidad de autoridad responsable en el juicio de amparo, porque no dicta, ordena, ni ejecuta un acto que crea, modifica o extinga situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, sino que únicamente da fe y protocoliza el acto de la autoridad judicial. Esto es, la objetiva posibilidad legalmente prevista de que un ente del gobierno o un particular puedan ser considerados como autoridades responsables para efectos del juicio de amparo, deriva de la naturaleza y características propias del acto que emiten u omiten, pues no sólo debe tener las cualidades específicas señaladas de unilateralidad y obligatoriedad, sino que también deben trascender o impactar en la esfera jurídica del gobernado, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas o fácticas, siempre que esa posibilidad para el particular derive de una facultad expresa conferida por normas generales. En esas condiciones, si bien es cierto que aunque el artículo 5o., fracción II, de la Ley de Amparo establece que para los efectos de la propia ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de

autoridad, que afecten derechos en los términos de la citada fracción y cuyas funciones estén determinadas por una norma general, también lo es que el notario público no se encuentra en ese supuesto, pues lo que se reclama de éste es cualquier acto tendente a tirar la escritura del inmueble materia del juicio de origen, lo que implica que únicamente dará fe del acto de adjudicación, con lo cual da la forma de escritura pública a ese acto, para efecto de su inscripción; pero no actúa por sí y ante sí, de manera unilateral, para afectar la esfera jurídica de la quejosa, máxime que de los artículos 11 y 12 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal se advierte que los notarios públicos son sólo auxiliares de la administración de justicia, así como que están obligados a prestar sus servicios profesionales cuando para ello fueren requeridos por las autoridades, por los particulares o en cumplimiento de resoluciones judiciales.

A pesar de las jurisprudencias transcritas, se han presentado varios amparos donde se ha discutido si los notarios somos autoridades responsables para efectos del juicio de amparo y derivado de tesis contradictorias que se han emitido al respecto por Tribunales Colegiados de Circuito, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 174/2015 (Jurisprudencia Registro 2010018).

NOTARIOS PÚBLICOS. NO SON AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO EN LOS CASOS EN QUE CALCULAN, RETIENEN Y ENTERAN EL IMPUESTO SOBRE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES, PORQUE ACTÚAN COMO AUXILIARES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 423/2014, determinó que de acuerdo con el artículo 5, fracción 11, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, para que un particular pueda ser llamado a juicio en calidad de autoridad responsable se requiere que el acto que se le atribuya: 1) sea equivalente a los de autoridad, esto es, que dicte, ordene, ejecute o trate de ejecutar algún acto en forma unilateral y obligatoria, o bien, que omita actuar en determinado sentido; 2) afecte derechos creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas; y 3) que sus funciones estén determinadas en una norma general que le confiera las atribuciones para actuar como una autoridad del Estado, cuyo ejercicio, por lo general, tenga un margen de discrecionalidad. Sobre esa base, cuando el notario público por disposición legal calcula, retiene y entera el impuesto sobre adquisición de inmuebles, no tiene el carácter de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, en virtud de que no actúa de manera unilateral y obligatoria, sino en cumplimiento de las disposiciones que le ordenan la realización de esos actos, de donde se entiende que actúa como auxiliar del fisco. Ello no implica desconocer que esos actos pueden ser considerados como la aplicación de una norma general para efectos de la promoción del juicio de amparo.

Existe una tesis aislada del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito (tesis aislada Registro 2010709) que sostiene de manera muy cuestionable que el notario público cuando tramita un procedimiento sucesorio testamentario, es autoridad responsable para efectos del juicio de amparo.

Es importante tenerla presente, aunque es una tesis aislada de un Tribunal Colegiado y no obliga a ninguna autoridad jurisdiccional al no ser jurisprudencia.

Derivado de los criterios jurisprudenciales antes citados es claro que el notario no es autoridad responsable para efectos del juicio de amparo.

2. El segundo problema consiste en determinar si el notario puede dejar de aplicar una norma jurídica por considerarla inconstitucional o inconvencional

Tal como se señaló anteriormente, originalmente solo el Poder Judicial Federal estaba facultado para calificar la constitucionalidad de una norma y en su caso dejarla de aplicar, sin embargo con la reforma constitucional del 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación cambió el criterio determinando que hoy también los jueces locales tienen la facultad de ejercer tanto el control constitucional, como convencional de cualquier norma jurídica y en su caso si la misma violenta alguna disposición constitucional, o algún derecho humano consignado en un tratado internacional de los suscritos por México, puede dejar de aplicarla por considerarla inconstitucional o inconvencional.

Los jueces locales ya están obligados a realizar el control difuso establecido en el artículo 133 Constitucional.

Es importante recalcar que en los términos de las tesis jurisprudenciales transcritas únicamente las autoridades que realizan funciones jurisdiccionales pueden llevar a cabo ese control constitucional y convencional. Ni siquiera las autoridades administrativas pueden realizar el control difuso.

En base a lo anterior es más que evidente que los notarios no pueden dejar de aplicar la norma jurídica que regula el acto jurídico que formalizan, sobretexto de que dicha disposición normativa no está conforme con el texto constitución o con un tratado internacional. Algunos ejemplos pueden ayudar a clarificar esta afirmación.

Si un extranjero en una situación migratoria irregular, quiere adquirir un inmueble argumentado que el derecho a la propiedad es un derecho humano, podremos decirle que en efecto lo es, sin embargo no podemos hacer la escritura de adquisición de conformidad con el artículo 27 Constitucional y el artículo 65 de la Ley de Migración que prescribe que solo los extranjeros con una situación migratoria regular puede acceder a la propiedad de un inmueble, previo permiso que otorgue la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Igualmente si un extranjero con cualquier condición de estancia, pretende ser representante de una Asociación Religiosa, arguyendo que es un derecho humano el asociarse con fines religiosos, y adicionalmente que en México está reconocida la libertad religiosa como derecho humano, y que éste no se puede condicionar al carácter de nacional o extranjero, porque sería discriminatorio; a pesar de ello, nos tendremos que negar a formalizar dicha representación en los términos del artículo

11 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, que establece que los extranjeros no pueden ser representantes de asociaciones religiosas.

Mismo supuesto en el que un incapaz pretenda firmar un acto jurídico sin contar con un representante legal, exponiendo que en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo puede hacer, nuestra respuesta debe ser negativa, ya que en los términos de los artículos 450 y siguientes del Código Civil Federal los incapaces no pueden actuar por sí mismos y de conformidad con el artículo 102-XXa de la Ley del Notariado para el Distrito Federal que prescribe que el notario hará constar bajo su fe de la identidad de los otorgantes y que a su juicio tienen capacidad legal.

Nuestra obligación es respetar la ley y corresponderá a las autoridades en los términos del artículo 1º Constitucional el promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

VIII] Conclusiones

1. La trascendencia de la Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011 radica en que establece como el eje central de todo el ordenamiento jurídico a los derechos humanos, que son la razón de ser de todo Estado. Lo que implica un cambio radical en la manera de concebir y aplicar el derecho en nuestro país.

2. Es necesario delimitar la naturaleza de los derechos humanos, señalando sus características esenciales, que permitan distinguirlos de cualquier otro derecho. El riesgo de invocar como derecho humano cualquier derecho, o de desconocerlo por considerarlo una simple facultad o pretensión legítima está latente.

No sólo los tribunales sino también los académicos se deben avocar a responder, entre otras, las siguientes preguntas: ¿Cuáles son las diferencias fundamentales entre un derecho humano y uno que no lo es?; ¿Son derechos humanos los que reconoce la comunidad internacional?; ¿La eficacia entre un tipo de derecho y otro y sus mecanismos de protección son diferentes?

3. Es importante distinguir los efectos de los tratados internacionales, ya que en el ámbito internacional, el tratado entra en vigor a partir de la fecha estipulada en el mismo o en el momento en que lo acuerden los Estados contratantes. En cambio para que un tratado forme parte de nuestro ordenamiento jurídico se requiere de acuerdo con los artículos 133 Constitucional y 4 de la Ley sobre la Celebración de los Tratados que se cumplan 5 requisitos fundamentales:

(i).- Ser firmado por el Presidente de la República (ii).- Haber sido aprobado por el Senado (iv).- Que su contenido esté de acuerdo con la Constitución. (v).- Que los tratados sean publicados en el Diario Oficial de la Federación para ser obligatorios en el territorio nacional.- (vi) Que el Estado Mexicano no haya formulado reservas a una o varias obligaciones contenidas en el tratado.

El implementar el control previo de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación generaría la certeza de la obligatoriedad de los tratados, en el ámbito interno.

Asimismo el definir que tratados internacionales se encuentran incorporados al texto constitucional, tal como lo plasmó la Constitución Argentina, facilitaría mucho las cosas y evitaría esa anarquía entre nuestras autoridades sobre el número de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por el Estado Mexicano.

4. Soy defensor del principio que la Constitución es la cúspide de todo nuestro ordenamiento jurídico y que ninguna disposición puede estar por encima de ella. Es precisamente nuestra Ley Suprema la que armoniza a todas las disposiciones jurídicas, determinando su jerarquía, proceso de creación y contenido. Es el referente obligado para determinar si una norma jurídica es o no válida.

La Reforma Constitucional incorporó a la Constitución los derechos humanos contenidos en los tratados, pero de ninguna manera subordinó la Constitución a los tratados internacionales y en caso de colisión entre una disposición constitucional y un tratado internacional debe prevalecer la norma Constitucional; tal como lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2013.

Hoy en día subsiste el principio de la Supremacía Constitucional.

5. Un aspecto muy relevante que surge a raíz de la reforma en materia de derechos humanos y del nuevo criterio de la Suprema Corte, es el relativo al control difuso por parte de los jueces locales, al eliminarse el monopolio del control judicial de la Constitución por parte del Poder Judicial de la Federación.

En consecuencia hoy en día los jueces sean locales o federales están obligados a aplicar los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México sea parte, a pesar de las disposiciones en contrario que existan en las leyes. Dicho de otra manera los jueces están facultados a dejar de aplicar sus normas locales o federales por considerarlas inconstitucionales, aunque no pueden emitir una declaración general sobre la invalidez o inconstitucionalidad de las mismas.

El grave problema que se presenta, es el determinar los parámetros que deben seguir las autoridades jurisdiccionales para inaplicar una determinada disposición.

Por otra parte si se elimina la facultad de los tribunales colegiados y los plenos de circuito de emitir jurisprudencia obligatoria, se evitarían las contradicciones de tesis siendo la única facultada para emitirla la Suprema Corte de Justicia. Con ello se abonaría enormemente en la seguridad jurídica.

6. El notario es un particular profesional del derecho, investido de fe pública por el Estado que brinda seguridad jurídica y certeza en los actos y hechos de los que da fe, de una manera imparcial.

El notario no es una autoridad y por ello no se le puede imponer la obligación consignada en el artículo 1° Constitucional a las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, ni tampoco forma parte del poder judicial, que es el órgano facultado y obligado en los términos de los criterios jurisprudenciales antes citados, para realizar un control constitucional y convencional y en su caso inaplicar una norma jurídica por considerar que no está conforme con la Constitución o con los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos.

7. La obligación del notario es aplicar la ley, sea esta federal o local que regula el acto jurídico que se va a otorgar o formalizar, sin calificar su constitucionalidad o convencionalidad.

8. El notario no es autoridad responsable para los efectos del juicio de amparo, ya que no cumple con los requisitos para que se le puede equiparar como autoridad, ya que en los actos jurídicos en que interviene siempre es a petición de parte y con el consentimiento de los comparecientes, no es unilateral, obligatoria ni coactiva.

Bibliografía

- ADAME GODDARD, Jorge, *Análisis de la Reforma Constitucional en Derechos Humanos* Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho, Núm. 35, México, 2011.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, 3ª ed; Oxford University Press, México, 2008.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Garantías Individuales*, Oxford University Press, México, 2009
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos, (2009-2011)*, ed. Porrúa, México, 2011.
- OROZCO GARIBAY, Pascual Alberto. *Derecho Constitucional. El Estado Mexicano. Su Estructura Constitucional*, ed. Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2ª ed., México, 2011.
- OROZCO GARIBAY, Pascual Alberto. "Implicaciones de las Reformas Constitucionales en Materia de Derechos Humanos", *Revista Mexicana de Derecho*, Colegio de Notarios del Distrito Federal. Núm. 14, México, 2012, pp. 169-202.
- ORTIZ AHLF, Loretta. *La eficacia y aplicación de los Tratados en México*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Núm. 35, México, 2011.
- Plascencia Villanueva, Raúl y Pedraza López, Ángel. *Compendio de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto. *Los Derechos Humanos y sus Garantías en la Constitución Mexicana*, Análisis y Comentarios a la reforma publicada el 10 de junio de 2011, ed. Porrúa, México, 2011.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La Supremacía Constitucional*, Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano, Núm. 1, México, 2005.

Legislación:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley sobre la Celebración de los Tratados.

Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

Constitución Política de Chile.

Fecha de recepción: 26 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 1 de diciembre de 2016

Justiciabilidad de los Derechos Sociales en el Juicio de Amparo a través del Interés Legítimo

CARLOS ALBERTO OROZCO MENDOZA¹

SUMARIO: I. *Introducción* II. *El problema de la Justiciabilidad de los Derechos Sociales*. III. *Concepto de Interés Legítimo en el Juicio de Amparo*. IV. *Conclusión: Vinculación de los Derechos Sociales con el Interés Legítimo*.

Resumen. Fruto de la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011, en México se introdujo la figura del Interés Legítimo en el Juicio de Amparo, por lo que las posibilidades para tutelar los Derechos Sociales han aumentado significativamente. Para lograr ese cometido, tiene particular relevancia la labor jurisdiccional. Por ello, la tarea que realicen los distintos agentes jurídicos, tales como jueces, abogados, asociaciones civiles, etc., es indispensable para proporcionarle la mayor protección a la persona.

Palabras clave: Interés Legítimo, Reforma de Derechos Humanos, Juicio de Amparo, Derecho Constitucional, Derechos Sociales.

Abstract. As a consequence of the 2011 Constitutional reform on Human Rights, in Mexico, the concept of Legitimate Interest was introduced in the Amparo Trial, therefore the possibilities for safeguarding social rights have increased significantly. To achieve this, the jurisdictional function has a particular relevance. Therefore, the role that the different legal agents play, such as judges, lawyers, civil organization, etc. play is essential for providing the better protection to persons.

Keywords: Legitimate interest, Human Rights Reform, Amparo Trial, Constitutional Law, Social Rights.

I | Introducción

Océanos de tinta han sido pródigos en orden a hablar del cambio forjado a raíz del lugar tan especial que cobra nuestra Carta Magna respecto a todos los documentos jurídicos del mundo, misma que tuvo un

¹ Egresado de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

cambio bastante sustancial a raíz de la Reforma de junio del 2011, que tuvo consigo un cambio de paradigma.²

Atentos a esta circunstancia, lo que se busca en el presente trabajo es simplemente formar un pequeño valle o laguna de algunos de los muchos temas relevantes del cambio de paradigma y de toda la reforma constitucional.

El primero de ellos está directamente relacionado con la Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante solo *Derechos Sociales*), esto es, se planteará la posibilidad de concebir a los Derechos Sociales como derechos precisamente exigibles, dificultad no menor que implicará abordar el problema de su justificación, así como señalar, en términos generales, las estrategias de su efectividad, que se ha visto reflejada en la suscripción de distintos tratados y adopción de medidas, las cuales a nivel interno es el proveer de recursos efectivos. Es en este punto donde se realiza el punto de conexión con el otro gran tópico: ese recurso efectivo, en el caso mexicano, es el Juicio de Amparo, que tutela los Derechos Humanos y que en el caso en comento será en específico aquellos a los que la doctrina llama de tercera generación o Derechos Sociales.

Al respecto, más que hablar de la protección de los Derechos Sociales a lo largo de todo el proceso que lleva consigo el Juicio de Amparo, desde que se inicia hasta que se ejecuta el mismo, lo único que se destacará es el acceso a la justicia, considerando que, fruto de la reforma constitucional, ahora se dispone de un *mecanismo* que rompe completamente los principios que se consideraban inderogables e inmodificables de agravio personal y directo y de relatividad de las sentencias (mismos que están reflejados en el derecho subjetivo del quejoso), pues ahora se cuenta con un espectro de protección más amplio: el Interés Legítimo.

Visto el planteamiento, a manera de resumen hay que destacar lo siguiente: No sólo demostraremos que los Derechos Sociales son justiciables y exigibles al Estado, sino que probaremos que ese remedio judicial para hacerlos justiciables y exigibles está institucionalizado en el Juicio de Amparo, y que la repercusión de los Derechos Humanos ha sido tal que el Amparo Mexicano está a la cabeza en admitir mayores posibilidades para acceder a él, siendo esas mayores posibilidades identificadas con el Interés Legítimo –con las consecuentes dificultades que lleva esa tutela, que también se abordarán-. De allí que el binomio Derechos Sociales-Interés Legítimo en el Amparo, en apariencia sin ninguna clase de relación, se probará no solo tímidamente, sino que se encumbrará esa reciprocidad.

² Así, dejamos de afirmar que el Estado otorgaba las garantías individuales, y se comenzó a decir –de manera correcta- que es más bien el Estado el que reconoce los derechos, y que preexisten independientemente del pronunciamiento de éste. Por ello, más que tratarse de un asunto meramente nominal, realmente la dignidad volvió a colocarse en primer término, y de allí que haya repercutido en todos los frentes jurídicos.

II] El problema de la Justiciabilidad de los Derechos Sociales

En numerosas ocasiones, y sobre todo a raíz de su surgimiento, se ha pretendido tildar a los Derechos Sociales de no ser más que *cartas de buenas intenciones*, o de contenidos programáticos que sirvan de guía para la ejecución de los programas llevados por el Estado³. Dicha visión, pobre y equivocada, hace caso omiso al desarrollo que tuvieron los Derechos Sociales a principios del Siglo XX por pequeños grupos minoritarios en diversos países y contextos que luchaban por mejorar sus condiciones de vida, golpeados bajo una enorme desigualdad. Así, es irrisorio creer que esos primeros *activistas* hayan optado por el martirio con miras a que se generara en el Estado ese menú de buenas declaraciones, sino que realmente lo que buscaban –y fue así como sucedió- es que la vindicación de esos derechos se hiciera exigible jurídicamente, en toda su extensión.

En ese sentido, a lo largo de este primer gran apartado, que servirá de referencia para el capítulo atinente al Juicio de Amparo, se esbozarán esos fundamentos básicos de los Derechos Sociales⁴, para discurrir las condiciones que llevan imbibidas para responder el cuestionamiento de porqué son o no exigibles.

1. Los Derechos Sociales como verdaderos Derechos Humanos: su fundamento

Siendo innecesario fijar *dogmas iusnaturalistas* de los Derechos Sociales, es interesante realizar algunos apuntes conceptuales de los mismos que permitan recrear su especialidad y distinción.

Para situar al lector en esta dinámica, de manera prematura –y sin ánimo de dogmatizar lo discutible- proporcionaremos una definición de

³ Vale la pena recalcar lo dicho por Pisarello: “El extendido recurso sobre el carácter normativo, y no simplemente político, de las constituciones modernas, ha penetrado de manera debilitada en el territorio del Estado social y de los derechos sociales. Su exigibilidad, por el contrario, ha permanecido anclada en una suerte de minoría de edad en relación con otros derechos civiles y políticos, y muy especialmente con los derechos patrimoniales de propiedad privada y de libertad de empresa. La porfiada vigencia, entre los operadores jurídicos, de la tesis de los derechos sociales como meros principios rectores o como cláusulas programáticas, o la idea de que los órganos jurisdiccionales nada pueden –ni deben- hacer para garantizarlos, son sólo algunas de las pruebas de ese rezago comparativo”. Vid. PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 14. PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit.

⁴ Por cuestiones de espacio, se omitirá realizar una fundamentación básica de los derechos humanos en general.

Derechos Sociales⁵, que será punto de arranque de todo nuestro estudio posterior:

Los Derechos Sociales son los derechos que tiene el individuo o la colectividad para exigirle al Estado la acción u omisión respecto a ciertas prestaciones -en sentido amplio- que, de contar con los medios económicos suficientes y de encontrar una oferta bastante en el mercado, podría obtener de los particulares.⁶

Es así que estos derechos están relacionados con los derechos laborales, ocio, vivienda, protección de maternidad e infancia, salud, programas de seguridad social, provisión de alimentos, entre otros, y que se cimientan en el otorgar ciertas condiciones vitales para asegurar la dignidad humana.

Si bien es cierto que los Derechos Sociales corresponden a todas las personas, también lo es que ese alcance para los más necesitados se vuelve más apremiante, ya que ese mínimo existencial se corresponde con *el conjunto de situaciones materiales indispensables para la existencia humana digna. (...) Hay, pues, una estrecha vinculación entre los Derechos Sociales y la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos, trasluciendo un sentido igualitario en la actuación del Estado.*⁷

Cabe señalar como inabarcable la eterna discusión tan resaltada entre los derechos civiles y políticos, y los Derechos Sociales. Sin embargo, por su oportunidad y por las facilidades pedagógicas que cobra analizar dichas perspectivas, es que a continuación, siguiendo el pensamiento principalmente de Gerardo Pisarello⁸, se analizarán las principales críticas existentes entre los derechos civiles y políticos y los Derechos Sociales. Para lo anterior, se considerarán cuatro criterios en específico: a) Percepción histórica; b) Percepción filosófico-normativa; c) Percepción teórica y d) Percepción dogmática.

a) Percepción histórica

Esta percepción considera que los Derechos Sociales son generacional e históricamente posteriores a los derechos civiles y políticos.

Gran parte de la doctrina y los distintos instrumentos jurídicos que han tenido los Derechos Sociales en relación a los derechos civiles y políticos, ha tratado de situarlos en generaciones. Esto ha sido así, ya que se ha considerado que, al nacer históricamente primero los derechos civiles y políticos antes que los Derechos Sociales, se ha de entender que

⁵ Esta firme determinación la hacemos, a sabiendas de las múltiples y muy variadas discusiones –que más adelante se esbozarán- existentes en torno a la tremendísima dificultad existente para poder proporcionar una definición de derechos sociales.

⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 482.

⁷ BARCELLOS, citado en GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo, *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales: Su imprescindibilidad y sus garantías*, Porrúa, México, 2011, p. 43.

⁸ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Op. cit.

solamente se podrán satisfacer estos segundos hasta que los primeros tengan su pleno cumplimiento.

No negamos la facilidad pedagógica que brinda la anterior distinción, sin embargo, un pequeño vistazo a la historia y al génesis de los principales documentos legales que dieron pie a ambas posturas, podrá desvelar que cualquier tratado internacional o declaración tomaban en consideración ambos derechos, sin que lo anterior implicara que solo durante el Siglo XVIII se consideraran derechos civiles y políticos, y que a partir de principios del Siglo XX la discusión girará en torno única y exclusivamente a los Derechos Sociales.⁹

Para poner en evidencia las deficiencias que supone la lectura generacional de los derechos, es dable afirmar que, por un lado, se *minimiza la larga y compleja historia de reivindicación de los mismos (Derechos Sociales), al menos en Europa, con las revoluciones de mediados del siglo XIX.*¹⁰ Por otro lado, se olvida que muchas veces las reivindicaciones de los derechos se hacen por igual para los derechos civiles y políticos como de los Derechos Sociales, y que no existe una absolutización de uno como de otro. Finalmente, esta escisión en Derechos Sociales genera la problemática de la exigibilidad de los Derechos Sociales al Estado a través de las distintas vías con las que cuenta el gobernado.

b) Percepción filosófica normativa o de carácter axiológico

De cierta manera, el entendimiento histórico de los derechos dio pie a que se formulara la tesis del carácter axiológico de los derechos, misma que sostiene que los derechos civiles y políticos están ligados con bienes más altos como la vida, intimidad, integridad física, libertad de credos, y que al final redundan en la libertad. En contraposición, los Derechos Sociales ponen mayor énfasis a la igualdad¹¹. Empero, o se está

⁹ Para una mayor comprensión de lo anterior, conviene seguir la línea de Mejía Rivera y considerar sus argumentos acerca de la discusión que implicó la Declaración de 1789 en Francia, concluyendo que “es innegable que desde un inicio los derechos económicos, sociales y culturales fueron ignorados por motivos políticos e ideológicos y no sólo por razones estrictamente jurídicas, con lo cual se atenúa la consideración de que son de una naturaleza distinta a la de los derechos civiles y políticos; de este modo, y tal como hemos tratado de demostrar en este apartado, no se puede sostener que existe una absoluta prioridad histórica de los derechos civiles y políticos (...) En términos históricos no se puede seguir con la idea de una *sucesión* de los derechos humanos, sino de una expansión, acumulación y fortalecimiento que corresponde a una visión integrada de todos ellos ya que las razones históricas e ideológicas de la compartimentalización (...) han desaparecido”. Vid. MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando, *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Ubijus, 2015, pp. 53-64.

¹⁰ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Op. cit., p. 35.

¹¹ Por consiguiente, el modelo de la libertad está sustentado en el principio *laissez faire, laissez passer*, el cual supone la libertad económica, por la cual es preferible que existan las

con los derechos civiles y políticos, y se coloca en un segundo nivel de prioridades la satisfacción de la igualdad, o se está con los Derechos Sociales, y es la garantía de las libertades, de la seguridad y del pluralismo la que resulta relegada.¹²

En efecto, se le pretende dar un papel preponderante a la igualdad en los Derechos Sociales, y se dejan de lado otros valores importantes. En primera instancia, se acepta que estos no hacen alusión a la dignidad, como si esta fuera solamente respecto a ciertos derechos civiles, tales como la vida, la intimidad, la libertad ideológica, religiosa o de expresión.

Con todo, este razonamiento carece de fundamento, ya que existe una interconexión e indivisibilidad de derechos tal que al final de cuentas también giran en torno a la dignidad. Piénsese, por ejemplo, que se pretenda proteger la vida, pero no se haga caso al derecho a la salud o a poder acceder a centros hospitalarios con instalaciones apropiadas.

Otra tesis –que le da peso a la igualdad– también afirma que se niega la libertad. Para comprenderla, la reflexión acerca de los instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos resulta apremiante. Como se sabe, los documentos fundatorios y que dan contenido esencial al reconocimiento de los derechos por lo general tienen un papel omnicompreensivo, pero después fueron ciñendo a los derechos en dos categorías. La Organización de las Naciones Unidas, en el sistema universal, lo hizo a través del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en tanto que en el Sistema Interamericano se contienen en la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

Refuerza lo anterior considerar que la libertad usualmente se identifica en su dimensión negativa, la cual conlleva configurar en las personas una esfera intocable por parte del Estado, de modo tal que los Derechos Sociales son postulados como *no-derechos*, debido a que requieren de la intervención constante del Estado y a que el único valor que supuestamente promueven –la igualdad–, se contrapone a la libertad, cuya esfera está protegida por los derechos civiles y políticos¹³ que responden que también existe la libertad en su dimensión positiva, que se encuentra relacionada con esa actuación propia del individuo para poder definir planes de vida propios y, en su caso, participar en la esfera pública. En ese orden, ambas dimensiones están referidas a un concepto más amplio, que es la libertad fáctica o real.

desigualdades entre las personas, ya que el Estado en todo momento debe adoptar una posición de solo observador y vigilante, y no hacer uso de los recursos públicos para igualar esas relaciones, puesto que se estaría atacando la libertad individual, y se estaría infringiendo un daño a los derechos individuales.

¹² PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Op. cit., p. 37.

¹³ MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando, *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Op. cit., p. 68.

Y al revés, los derechos civiles y políticos también atienden a la igualdad, puesto que, como se afirmó en un principio, los derechos humanos atienden a todos los hombres por igual.¹⁴

Para concluir acerca de la percepción axiológica, es preciso apuntar que todos los derechos humanos no pueden admitir una teoría que reconozca a unos la libertad y a otros la igualdad, sino que todos involucran el reconocimiento de ambos valores elementales, ya que *buscan la máxima expresión de la dignidad humana, y aquí es donde el Estado debe utilizar sus poderes para promover los objetivos que se sitúan en el corazón de una sociedad democrática: la igualdad y la libertad.*¹⁵

c) Percepción teórica

En pocas palabras, esta tesis se resume aduciendo que los derechos civiles y políticos son derechos negativos, no onerosos y de fácil protección, en tanto que los Derechos Sociales son derechos positivos, costosos y condicionados a que puedan satisfacerse económicamente por el Estado.

Respecto al mismo asunto, Abramovich y Curtis¹⁶ trazan de manera muy gráfica las complicaciones de sostener esta tesis: La distinción radica en que los derechos civiles y políticos engendran obligaciones negativas, esto es, de omisión, mientras que los Derechos Sociales dan lugar a obligaciones positivas, que casi siempre se traducen en políticas públicas nacidas de los recursos con los que cuenta el Estado. En ese sentido, para que se cumplan estos primeros, lo que importa es que los agentes del Estado no te detengan arbitrariamente; no te priven de la vida; que no te sigan un juicio de expropiación de tus bienes inmuebles sin haber sido oído y vencido en juicio; que no se te restrinja tu libertad de expresión; etcétera.

En contraposición a esta visión, los Derechos Sociales se cumplirían en la medida en que el Estado *haga* ciertas cosas, como brindar servicios de salud; disponer de las instalaciones para dar educación; cuidar los monumentos patrimonio de la humanidad; generar áreas naturales, y un largo etcétera.

Por su oportunidad y por lo difundida de la postura, y en relación con esta visión de obligaciones positivas en los Derechos Sociales, es que

¹⁴ A lo anterior cabe solo apuntar que, en sentido estricto, en los derechos sociales se atiende a la igualdad, puesto que procuran nivelar la satisfacción de un contenido mínimo de necesidades básicas, tales como la superación de estados de inanición, estado de indigencia, desempleo y dificultad para acceder a un nivel básico de educación. Dichas necesidades básicas, que representan un contenido objetivo, deberán atender al pluralismo y a la diversidad cultural que, según condiciones subjetivas que el Estado tomará en cuenta, se asignarán esos recursos respecto a las potencialidades del receptor.

¹⁵ MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando, *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Op. cit., p. 72.

¹⁶ Al respecto, conviene consultar: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 21-37.

además a estos segundos se les acusa de provocar serios problemas financieros del Estado tales como la inflación, el desempleo, el aumento de la deuda pública y otras problemáticas de interés público. De tal manera que el cumplimiento de los Derechos Sociales, al derivar de una actuación del Estado, supone un costo muy elevado, en tanto que los derechos civiles, al solo reclamar una abstención, es mucho más barato. En contrasentido, la realidad y la historia han demostrado lo imprecisa de esta afirmación.¹⁷

Rebatimos dicha postura con las palabras de Mejía Rivera sobre el presente asunto:

(T)odos los derechos humanos suponen una cierta dimensión distributiva, unos con mayor impacto financiero que otros, por lo cual, su satisfacción no es una cuestión de decidir cómo garantizar los derechos más caros, sino de decidir en qué condiciones y bajo qué parámetros de prioridad deben asignarse los recursos disponibles para promover y asegurar el pleno desarrollo de la dignidad humana mediante la efectiva implementación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la población en general.¹⁸

d) Percepción dogmática

Vistas todas las percepciones anteriores de los derechos civiles y políticos respecto de los Derechos Sociales, queda por analizar la cuestión dogmática, la cual considera la Justiciabilidad de los Derechos Sociales a través de su protección jurídica. Por tal razón, es que se preferirá abordar dicho tema con mayor detalle en un apartado dispuesto para tal fin, por lo que remitimos al lector a lo dicho en el siguiente apartado.

2. La Justiciabilidad de los Derechos Sociales a través de tribunales

Por su oportunidad, es menester citar la siguiente definición sobre la Justiciabilidad: Justiciabilidad significa la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto de cada derecho. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho no es sólo la conducta cumplida por el (E)stado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si, al menos en alguna medida, el titula/acreedor está en

¹⁷ Para demostrar lo anterior, Mejía Rivera comienza aportando datos duros e interesantes que dan cuenta de los enormes costos financieros que también suponen los derechos civiles, y que es una constante alrededor de muchos países. Este análisis, si se quiere, podría hacerse con otros países y en distintas épocas, por ejemplo con México en la actualidad, y sin duda arrojaría los mismos resultados, por lo que remitimos al lector al estudio estadístico de su interés. Vid. MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando, *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., pp. 90-94.

¹⁸ *Ibid.*, p. 98.

condiciones de producir mediante una demanda o queja, el contenido de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho.¹⁹

Las razones para inhibir la actividad de los jueces para intervenir en la Justiciabilidad de los Derechos Sociales se fundamentan sobre todo en estas dos objeciones²⁰: (i) Falta de legitimación democrática de los órganos jurisdiccionales²¹ y (ii) Falta de idoneidad técnica de los jueces.²²

Inicialmente, vale apuntar que si bien ambas posiciones, de cierta manera tienen algo de legitimidad para ser formuladas, incluso así admiten un enorme espacio a la crítica que es preciso detallar.

Sobre el número (i), sabemos que en los actuales regímenes constitucionales, los órganos jurisdiccionales controlan actos que están relacionados con los Derechos Sociales, tanto los que provienen de particulares como los que emiten los órganos del Estado que son material y formalmente administrativos. Ahora bien, de estos últimos, se apunta que tampoco ellos cuentan con una legitimidad directa, ya que, claro, fueron elegidos por los ciudadanos, pero su actuación proviene de aplicar la ley, la cual fue formulada por el Poder Legislativo, y esa aplicación de la ley siempre supone un margen de discrecionalidad. Así, cuando el Poder Judicial interviene y controla los actos de estos últimos, más que vulnerar con el principio democrático, contribuye a reforzar el cumplimiento de las leyes.²³

¹⁹ AÑÓN ROIG, María José; GARCÍA AÑÓN, José, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 154.

²⁰ Ideas tomadas principalmente de: PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., pp. 89-90.

²¹ En la actual división de poderes que rige en los sistemas democráticos, admitir que un juez anule o proponga una vía distinta para llevar a cabo una política pública o decisiones del ejecutivo es un absurdo inadmisibles, siendo que los funcionarios públicos elegidos por el pueblo sí que cuentan con esa legitimidad para proponer vías concretas para solucionar los problemas económicos que se les presentan, en tanto que los jueces y magistrados, carecen de toda legitimidad, e inclusive de posibilidades de rendir cuentas, al proponer modelos distintos de economía y desarrollo.

²² Primeramente, los jueces, al no ser expertos en materia económica y social, es comprometido que tomen decisiones que escapen a sus ordinarias encomiendas; además, puesto que no está encargado de la actividad financiera del Estado, en específico la tarea de recaudar contribuciones y distribuirlas de acuerdo a las distintas necesidades del Estado, al momento de dictar sentencia estarían haciendo patente las carencias del sistema político imperante, además de que crearían en el ciudadano la conciencia de querer solucionar sus problemas por vías judiciales, y no tanto por las democráticas.

²³ “Así, por ejemplo, cuando detienen un desalojo arbitrario en tutela del derecho a la vivienda; cuando indemnizan a personas perjudicadas por la prestación defectuosa de un servicio social determinado; cuando exigen a la administración que no frustre expectativas legítimas ya creadas (...)” PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., p. 91.

Lo anterior es así de acuerdo con la postura que actualmente se vive en las democracias representativas, en las cuales se encomienda a los jueces –con independencia política- cumplir con la revisión constitucional, especialmente frente a un Poder Legislativo que, por lo regular, ignora las virtudes y carencias del pueblo al que dice representar.²⁴

Sobre el número (ii) que postula que los tribunales no cuentan con la especialidad técnica para emitir resoluciones que conlleven carácter económico, también admite unas objeciones de peso. Inicialmente, debe destacarse que, de ordinario, los tribunales de cualquier rama usualmente adoptan decisiones con cierto grado de dificultad técnica –y no solamente en lo que respecta a cuestiones económicas provenientes de políticas públicas mal aplicadas-, pero siempre bajo el auxilio de peritos y expertos en la materia, que hacen menos gravosa la labor jurisdiccional, destacándose también que no siempre esas resoluciones implican una afectación al erario público difícil de sostener. Sin embargo, es inevitable que el presupuesto no sufra ciertas afectaciones.²⁵

De esta manera, la democracia constitucional no se encuentra mermada por la actuación judicial debido a la corrección de los errores presupuestarios realizados por la actividad estatal. Antes bien, ha de recordarse que las intervenciones directas de los jueces a través de compensaciones e indemnizaciones de cuantía significativa, no indica que estos actúen de manera injustificada o exagerada a sus funciones

En efecto, tampoco deberán frenar sus decisiones bajo el concepto de *escasez de recursos*, el cual no es una exigencia del Estado, y menos aún si consideramos que los tribunales han demostrado que la actuación pública requerida no era tan compleja o gravosa como sostenían los órganos políticos, (por lo que) han apoyado en números y datos alternativos que demuestran la falacia de ciertas imposibilidades.²⁶

La actuación de los órganos jurisdiccionales también, en algunos casos podrá suponer que estos realicen una reforma estructural, en donde estipulan medidas concretas a adoptar, fijan un cronograma de

²⁴ En consecuencia, existe una dinámica muy interesante entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo en relación con los derechos sociales. Así, remitimos al lector al análisis hecho por Gerardo Pisarello en “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho” en CARBONELL, Miguel y otros, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa : Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 113-137.

²⁵ “Pero esto no ocurre sólo con los derechos sociales, sino también con el resto de derechos, comenzando por los derechos patrimoniales, cuya tutela jurisdiccional acarrea costes considerables que con frecuencia incluyen compensaciones monetarias y desembolsos financieros no previstos en el presupuesto anual” PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales sus garantías*, Op. cit., p. 95.

²⁶ GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo, *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales*, Op. cit., p. 114.

cumplimiento y disponen actuaciones de seguimiento que aseguren su efectividad.²⁷

3. Obligaciones del Estado en torno a los Derechos Sociales

Sobre las Obligaciones del Estado en torno a los Derechos Sociales, se estudiará lo que postulan Christian Courtis y Abramovich. Se considerará únicamente la Obligación de Provisión de Recurso Efectivo²⁸.

En el orden interno, los Estados deben brindar a sus gobernados los recursos idóneos para que sean reparables los Derechos Sociales. En ese sentido, no basta que se encuentren regulados determinados recursos, en especial jurisdiccionales, sino que también haya posibilidades reales de que se pueda acceder a determinado recurso y, en caso de obtener un fallo favorable, que sea ejecutable sin demora.²⁹

Como se sabe, estos recursos efectivos no se limitan solamente a la esfera jurisdiccional, sin embargo, por los grandes avances que ha cobrado el Amparo y toda la sinergia que se ha recreado gracias a esta clase de juicio, es que se considera como uno de los principales medios – aunque sea de manera incipiente todavía – para defender en última instancia los derechos humanos en general, y los Derechos Sociales en particular.³⁰ En ese sentido, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado al Amparo como ese recurso efectivo al que hace referencia el Pacto de San José.³¹

²⁷ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., p. 99.

²⁸ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 79-116. Los autores consideran las obligaciones del Estado en tres grandes grupos: A) Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; B) Obligación de progresividad y prohibición de regresividad; y C) Obligación de adoptar medidas inmediatas. Dentro de esta última, señalan: a) Adecuación del marco legal; b) Relevamiento de información; y c) Provisión de recursos efectivos.

²⁹ Sobre este asunto, la Convención Americana de Derechos Humanos lo regula en su artículo 25.

³⁰ Es interesante lo dicho por algunos autores sobre la no idoneidad del Amparo como recurso efectivo. Al caso, es dable tomar en cuenta lo dicho por Loretta Ortiz Ahlf, en el texto “¿Es el Amparo un recurso efectivo para la protección de los Derechos Humanos”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (EDS.), *El juicio de amparo: a 160 años de la primera sentencia*, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pp. 191-213.

³¹ *Vid.* Décima Época, Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, con residencia en Naucalpan de Juárez, Estado de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, pág. 2622. Tesis: II.8o. (I Región) 2 K (10a.). Con número de registro electrónico: 2001955.

III] Concepto de Interés Legítimo en el Juicio de Amparo

1. Nociones generales, aproximación al concepto

Para acercarnos a la noción de *interés*, el Diccionario de la Real Academia Española dice acerca de este vocablo que es: 1) Provecho, utilidad, ganancia; 2) Valor de algo; 3) Lucro producido por el capital, y 4) Inclinação del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.³²

Sobre estas acepciones, la doctrina se ha encargado de identificarlo con el *interés simple*, y que a juicio de Humberto Enrique Ruiz Torres, es la *inclinación o deseo de alguna persona en el sentido de conservar ciertos beneficios o provechos, pero cuya afectación no está tutelada por el orden jurídico*.³³

2. El interés desde la perspectiva del Derecho

Ahora bien, aproximándonos al concepto más jurídico, el entonces Magistrado adscrito al Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito Jean-Claude Tron³⁴, concluyó que el concepto de interés *incluye cualquier cosa o bien que convenga o sea valioso para la persona, de carácter económico, personal, familiar, político, etc., que de manera clara o difusa, determinada o indeterminada, directa o indirectamente, contemple la ley aunque sea de manera implícita*.³⁵

Y sobre los intereses difusos y colectivos³⁶, debe afirmarse lo siguiente: el Interés Legítimo los salvaguarda –sin olvidar que los intereses individuales también se encuentran protegidos–, por lo que estos son parte del campo de protección del primer interés citado. Para que lo

³² Real Academia Española (ED.), *Diccionario de la lengua española*, Vigésimotercera edición, Edición del Tricentenario, Real Academia Española, Madrid, 2014.

³³ RUIZ TORRES, Humberto Enrique, *Curso general de amparo*, Oxford University, México, 2007, p. 136.

³⁴ Vale apuntar que actualmente se desempeña como Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.

³⁵ TRON, Jean-Claude, “¿Qué hay del Interés Legítimo? (Primera parte)”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 33, 2012, p. 249.

³⁶ Pese a no estar regulado explícitamente para el Juicio de Amparo, puede aplicarse, *mutatis mutandi*, lo dicho por nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles (art. 581) a otra clase interés: (acción) individual homogéneo. “: Es aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.”

anterior sea más diáfano, es preciso explicar dichos conceptos. Por su claridad, nos permitimos citar a Ferrer Mac-Gregor en extenso:

(Respecto a intereses difusos y colectivos) Puede sostenerse que ambos comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.) Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no a sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupo limitados y circunscritos. Así, los miembros del conglomerado que tienen un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables.³⁷

Independientemente de la caracterización que se le quiera dar tanto a los intereses difusos y colectivos, al ser ambos, en cierta medida³⁸, objeto de protección del Interés Legítimo, poco importa la identificación puntual de los dos primeros, ya que se encontrarán protegidos y tutelados de la misma manera en el marco jurídico del Juicio de Amparo.³⁹

3. Reforma a La Ley de Amparo

Una vez abordado lo anterior, lo que toca ahora es señalar el artículo reformado que interesa, para posteriormente afrontar el asunto desde la perspectiva del trabajo que ha hecho el Poder Judicial Federal y la doctrina al respecto.

La nueva Ley de Amparo reformada en abril de 2013 establece lo siguiente:

³⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e Interés Legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Editorial Porrúa, México, 2004, pp. 12-13.

³⁸ Así, no siempre la tutela de intereses difusos y colectivos cabrán dentro del Interés Legítimo: "(D)ebe reconocerse que la problemática de la protección de los intereses difusos o colectivos no siempre implica un problema de constitucionalidad, por eso, en ocasiones, esta protección se daría en primer nivel en esfera técnica en sede administrativa y no en sede jurisdiccional". Vid. ZALDÍVARLELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 62.

³⁹ Para cerrar, las conclusiones de Ferrer sobre la diferenciación entre intereses difusos y colectivos son ineluctables: "(N)o existen propiamente diferencias ontológicas entre ambos conceptos: los dos obedecen al fenómeno supraindividual siendo indivisibles, sin que ello quiera decir que la circunstancia de pertenencia a muchos o a todos, escape de la dimensión individual pues siempre repercuten en las personas como tales, pero también debe considerarse que se rompe con la concepción clásica del derecho subjetivo, al trascender de la esfera jurídica y proyectarse al grupo, categoría o clase en su conjunto." De allí que "(N)adie es titular y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son sus titulares". FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e Interés Legítimo*, cit., pp. 13-14.

Artículo 5o. Son partes en el Juicio de Amparo:

1. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un Interés Legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1º de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como Interés Legítimo. La autoridad pública no podrá invocar Interés Legítimo.

4. Discusiones doctrinales alrededor del Interés Legítimo

a) Interés Legítimo vs interés difuso e interés colectivo

Para lograr entender el debate a raíz de la introducción del Interés Legítimo en la Constitución y la Ley de Amparo desde el punto de vista de la doctrina, es menester mostrar un ejemplo de ello.

En el 2013, luego de haber sido publicada la Nueva Ley de Amparo, evidentemente generó movimiento en el mundo de la Academia. Fruto de ello, los Ministros en retiro de la SCJN mexicana Ulises Schmill Ordóñez y Carlos de Silva Nava, hicieron un estudio en la revista *Isonomía* que titularon *El Interés Legítimo como elemento de la acción de amparo*⁴⁰, donde abordaron este tema. Como réplica a dicho estudio, en la misma editorial, Juan Antonio Cruz Parcero publicó un estudio llamado *El concepto de Interés Legítimo y su relación con los derechos humanos: Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva*⁴¹. Como sugiere el título, de inmediato muestra un desacuerdo sobre el análisis anterior.

El punto toral propuesto por Schmill y Silva se puede resumir de la siguiente manera:

*(L)a afectación al Interés Legítimo se da en la medida en que el sujeto forma parte de un ente colectivo que, de manera abstracta, tiene interés en que el orden jurídico opere de manera efectiva, lo que explica que se hable de un interés individual o colectivo, pero en el entendido en que la afectación individual sólo podrá darse en la medida en que se forme parte de una colectividad interesada, pues, de lo contrario, se estaría en presencia de un interés jurídico o de un interés simple.*⁴²

Para rebatir lo anterior, poco tiempo después, Cruz Parcero, tomando en cuenta –entre otros– los anteriores argumentos, hizo una severa crítica al criterio establecido por los juristas que preceden, haciéndose los siguientes cuestionamientos:

⁴⁰ SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises; DE SILVA NAVA, Carlos, “El Interés Legítimo como elemento de la acción de Amparo”, *Revista Isonomía*, 38, 2013.

⁴¹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “El concepto de Interés Legítimo y su relación con los derechos humanos - Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, *Isonomía*, 39, 2013.

⁴² SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises; de SILVA NAVA, Carlos, “El Interés Legítimo como elemento de la acción de Amparo”, cit., pp. 261-262.

Y si ahora la gran apertura de la Ley de Amparo al introducir la figura del Interés Legítimo consiste en que quienes pretenden ser amparados por la justicia federal tienen que probar su pertenencia a un grupo que tiene protegido legalmente algún interés colectivo, la presunta apertura del amparo es bajo estas coordenadas una mera apariencia, pues se prestará a todo tipo de interpretaciones discrecionales lo que haya de entenderse por pertenencia a un colectivo, la determinación de qué grupos o colectivos son relevantes, y lo que signifique que un grupo tiene un interés colectivo protegido jurídicamente.

En otro orden de ideas, decir que un Interés Legítimo supone normas que tutelan un interés difuso, es remitir ahora el significado del Interés Legítimo al de intereses difusos. Esto en sí no es algo malo, pero tiene el problema que la doctrina sobre los intereses difusos es por sí misma complicada.⁴³

Las citas anteriores permiten evidenciar el cambio de paradigma tan radical, que va de la mano con una exploración sobre los principales obstáculos del Interés Legítimo en el Juicio de Amparo.

b) Falta de regulación procesal y sustancial sobre el Interés Legítimo previsto en la Constitución y la Ley de Amparo

Sería irrisorio desconocer los enormes retos y obstáculos que actualmente pueden encontrarse en el terreno del Juicio de Amparo. Fruto de ello, no será chocante observar criterios discordantes y adversos entre distintos jueces y magistrados. Ha sido tal la novedad que se ha encontrado en el sistema jurídico y sus operadores, sumado a los criterios decimonónicos en los que fuimos instruidos desde la Universidad, que no han permitido explotar a cabalidad esta enorme oportunidad que nos ofrece la protección constitucional. De allí que se considere necesario analizar los principales retos sustanciales y adjetivos del Interés Legítimo en el Juicio de Amparo.

c) Deficiencias sustanciales

Eximimos de cierta culpa a todos los involucrados en la aplicación de los nuevos conceptos sustanciales sobre el Interés Legítimo, máxime si se considera lo dicho por Cruz Parceró en el párrafo que sigue:

Pero ¿sabe alguien a ciencia cierta qué es un interés cualificado?, ¿está definido en alguna parte?, ¿qué es una afectación a la esfera jurídica de un individuo?, o ¿en qué consiste la esfera jurídica en sentido amplio de una persona?, ¿y cuál es en todo caso la diferencia con la esfera jurídica en "sentido estricto"? ¿qué es un interés jurídicamente relevante (ya que al parecer no es lo mismo que un interés jurídico)? Tal parece que ni con la ayuda de un diccionario de la lengua española, ni con la de un diccionario jurídico, podríamos dar respuesta a estos interrogantes. Tampoco las definiciones jurisprudenciales nos aclaran estos términos.

⁴³ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "El concepto de Interés Legítimo y su relación con los derechos humanos - Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva", Op. cit., pp. 198-199.

Ciertamente, a nadie le extrañan estos términos ni estas expresiones que son muy comunes en la “jerga” jurídica; sin embargo son términos que no son precisos, que no han sido suficientemente elaborados ni por la dogmática ni por la teoría del derecho. ¿Cómo, entonces, esperamos que nos aclaren qué es un Interés Legítimo y qué tipo de conductas son a las que alude este término?⁴⁴

De lo anteriormente trasunto, al día de hoy no hay doctrina ni criterio jurisdiccional que defina: un interés cualificado⁴⁵; la afectación jurídica a la persona en sentido amplio (¿basta saber que la misma pueda ser de índole económica profesional, de salud pública o *de otra índole?*), y que la misma pueda manifestarse de manera directa o en virtud de una especial situación frente al orden jurídico; y el interés jurídicamente relevante.

Lo anterior es importante, puesto que la poca claridad de esos conceptos muchas veces deviene en un ejercicio largo, exagerado y muchas veces innecesario de adjuntar probanzas y detallar antecedentes de los hechos por parte del quejoso, todo tendiente para evitar que el juzgador, equivocadamente, advierta una causal de improcedencia y, por ende, deseche de plano la demanda de amparo.

En relación al párrafo precedente, particular relevancia genera la interrogante respecto al Interés Legítimo y las leyes o normas autoaplicativas y heteroaplicativas. La ausencia de regulación formal sobre la posibilidad de impugnarlas han hecho que sean los tribunales los que dicten la manera en que ha actualizarse esta afectación. La razón de lo citado no es fortuita. La todavía indefinición de ciertos conceptos sustanciales, esto es, la afectación a la esfera jurídica *en sentido amplio* o *en grado suficiente*, misma que está concatenada a los conceptos de *interés jurídicamente relevante*, *cualificado*, *actual* y *real*, genera una incertidumbre en grado de error invencible sobre cuándo sí y cuándo no es posible impugnar una norma en razón del Interés Legítimo.⁴⁶

Cerrada esa consideración, así mismo, se agrega la constatación que debe hacerse respecto a la suspensión de la ley o acto reclamado. Si bien en contradicción de tesis la Segunda Sala determinó que para la suspensión provisional sólo se requiere que el quejoso demuestre el Interés Legítimo de manera indiciaria (y en grado probatorio mayor para la suspensión definitiva), no será fácil para el impetrante de garantías

⁴⁴ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 199-200.

⁴⁵ Prueba de lo difícil que es poder definir este concepto, es que un diverso Tribunal Colegiado trata de definirlo, en los siguientes términos:

Décima Época. Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo IV, pág. 2773. Tesis: XXII.P.A.1 K (10a.). Con número de registro electrónico: 2012696.

⁴⁶ Décima Época. Primera Sala de Justicia de la Nación. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, pág. 149. Tesis: 1a. CCLXXXII/2014 (10a.). Con número de registro electrónico: 2006964.

hacerle saber al juzgador, mediante diversas pruebas, que este deduzca *que efectivamente la ejecución de los actos reclamados le causará perjuicios de difícil reparación, derivado de su especial situación frente al orden jurídico, sin dejar de ponderar para ello la apariencia del buen derecho y del interés social pero, sobre todo, que de conceder la suspensión no se cause perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.*⁴⁷ Esto es, si el concepto de *especial situación frente al orden jurídico*, todavía se presenta de manera difuminada y escasa de diaphanidad, mayor dificultad ocurrirá para que concomitantemente el juzgador constitucional realice la actividad de ponderación con la apariencia del buen derecho y el interés social.

Otras más son las dificultades teóricas y prácticas por definir al interés difuso y colectivo, así como el reconocimiento de los intereses individuales. Cuesta trabajo encontrar supuestos lógicos en los que se subsuma un interés individual que le resulte tan claro al quejoso como al organismo jurisdiccional.

d) Deficiencias procesales

Al día de hoy hay voces que evidencian su señalada dificultad de ser aplicable el Interés Legítimo para el Juicio de Amparo, sujetándolo principalmente a las deficiencias en las siguientes temáticas procesales⁴⁸:

i).- Reglas procesales concernientes a la representación del ente colectivo titular del interés.

ii).- Reglas procesales que dispongan la manera de emplazar a los diversos individuos que pudieran tener interés en participar en el juicio, y delimitar hasta qué momento pueden o no seguir añadiéndose al juicio.

iii).- Reglas procesales para poder realizar el emplazamiento y el posterior desahogo de pruebas de los posibles terceros interesados (que cuenten con interés jurídico o incluso legítimo), y que tengan pretensiones contrarias al quejoso.

iv).- Efectos de la cosa juzgada que se produzca en el Juicio de Amparo, que evite la posibilidad de que se dicten resoluciones contradictorias por diversos Juzgados de Distrito y que se transgreda el principio de relatividad de las sentencias –por lo que no se pueda saber si la sentencia de mérito tiene efectos *erga omnes* o solo beneficia al quejoso-.⁴⁹

⁴⁷ Décima Época. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 31, Junio de 2016, Tomo II, pág. 956. Tesis de Jurisprudencia: 2a./J. 61/2016 (10a.). Con número de registro electrónico: 2011840.

⁴⁸ Nos basamos, sobre todo, en SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, 1. Ed, Porrúa, México, 2007, pp. 210-212. También *cf.* ESTRELLA QUINTERO, Alberto, “La noción de Interés Legítimo en el Amparo mexicano. Un estudio comparativo con el recurso de Amparo español.”, 2013, Universitat Abat Oliba CEU - Facultad de Ciencias Sociales, Barcelona, p. 65.

⁴⁹ *Cfr.* Décima Época. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, pág. 448. Tesis: 1a. CLXXXIV/2015 (10a.). Con número de registro electrónico: 2009201.

En efecto, como se puede apreciar de los cuatro puntos anteriores, todos giran en torno a dos principios del Juicio de Amparo: principio de instancia de parte agraviada⁵⁰ y de relatividad de las sentencias. Este segundo se puede encontrar enunciado en la Constitución en el artículo 107, fracción II y en el artículo 73 de la Ley de Amparo.

En relación a esto, en días recientes, contamos con la Contradicción de Tesis 247/2016 pendiente de resolver por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el siguiente criterio jurisprudencial -mismo que tiene una intensísima relación con el punto acerca de la *representación adecuada y parte ideológica*, que más adelante se detallará-, y que en su punto total afirma:

*(L)a regulación formal no constituye una condición para determinar la legitimación procesal de los miembros de la colectividad cuando precisan defender al grupo al que pertenecen de un acto autoritario que estiman afecta algún interés supraindividual. Consecuentemente, todos los miembros de un grupo cuentan con Interés Legítimo para promover el Juicio de Amparo indirecto, en tanto que se hace valer un interés común y la decisión del conflicto se traducirá en un beneficio o, en su caso, en un perjuicio para todos y no sólo para quienes impugnaron el acto.*⁵¹

De allí que sí sea dable soslayar el pretendido rompimiento con el principio de relatividad de las sentencias y el principio de agravio personal y directo. Para ello, nos basamos en la magistral manera en que Mauro Cappelletti aborda el tema ya desde 1975, en donde comenzó a esbozar de manera *profética* -si se quiere- los primeros pasos para poder realizar una verdadera y compleja protección judicial y legal de aquellos que cuenten con intereses difusos y colectivos. Considerando los datos aportados desde la perspectiva del Proceso Civil, *mutatis mutandi*, lo consideraremos en torno a nuestro tema sujeto a discusión: el Interés Legítimo:

Para resumir en algunas palabras lo que debería ser un largo discurso, diré que a este propósito la lección del Derecho comparado podría traducirse en la fórmula: representatividad adecuada, Si la parte ideológica (individuo o asociación) que lleva en justicia un cierto tipo de interés meta-individual, representa de manera adecuada la clase entera a la que pertenece este interés, será perfectamente legítimo que la decisión extienda sus efectos igualmente a las partes ausentes. En efecto, todos los miembros de la clase, aun si no están individualizados, si no han recibido la notificación, en resumen, si no son oídos

⁵⁰ Sin ánimo de hacer repeticiones innecesarias, sobre el principio de instancia de parte agraviada, remitimos al lector al artículo 107 fracción I constitucional, y el diverso numeral 5° fracción I de la Ley de Amparo.

⁵¹ Décima Época. Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 23 de septiembre de 2016 10:32 h., ubicada en publicación semanal. Tesis de Jurisprudencia: XI.1o.A.T.J/10 (10a.). Con número de registro electrónico: 2012613.

*individualmente, habrán tenido sin embargo su fair hearing mediante las garantías de defensa y de respeto del principio del contradictorio aseguradas al representante ideológico o private attorney general de la clase misma.*⁵²

e) Concepto de Interés Legítimo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Como criterio más relevante acerca de la definición de Interés Legítimo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el correspondiente a la Contradicción de Tesis 111/2013, resuelta por el Pleno el cinco de junio de dos mil catorce.⁵³

El criterio que dio pie a la contradicción es el siguiente:

*(S)i la Segunda Sala estableció requisitos específicos para la existencia del Interés Legítimo, concernientes en la afectación a una colectividad y la pertenencia a la misma, los cuales no fueron establecidos por la Primera Sala para condicionar la actualización de dicho interés, resulta evidente para este Tribunal Pleno que los criterios en cuestión son discrepantes, toda vez que cada una de las Salas que integran este Alto Tribunal han listado distintos requisitos para que el juzgador de amparo estime que el quejoso tiene Interés Legítimo.*⁵⁴

Una vez advertida la materia de la contradicción, la Corte aclara diversas disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales, para después entrar de lleno a resolver la problemática del Interés Legítimo, de la cual dice que implica una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el simple, y por el cual:

*(S)e requiere de la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica – no exclusivamente en una cuestión patrimonial–, apreciada bajo un parámetro de razonabilidad, y no sólo como una simple posibilidad, ante lo cual, una eventual sentencia de protección constitucional implicaría la obtención de un beneficio determinado, el cual no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse.*⁵⁵

El parámetro de razonabilidad al que se hizo referencia, a juicio de la Corte, es referido al vínculo entre la persona y la afectación invocada,

⁵² CAPPELLETTI, Mauro, "La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil", *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 1977, p. 99. Cfr. "Graves problemas surgen evidentemente cuando se trata de poner en aplicación la fórmula de la "representatividad adecuada". ¿Cuáles serán las condiciones necesarias para que un sujeto o una agrupación sea suficientemente representativa de una colectividad? En otros términos, ¿qué garantías deberían ser exigidas para que se esté asegurado que una "parte ideológica" es suficientemente seria, honesta, preparada, activa en la defensa del interés colectivo?; ¿Qué salvaguardias serán necesarias para prevenir negligencias, abusos, chantajes?" *Ibid.*

⁵³ "SENTENCIA DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 111/2013 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SUSCITADA ENTRE LA PRIMERA Y SEGUNDA SALAS".

⁵⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 37.

del cual se infiere que tanto personas en lo individual como colectividades pueden aducirlo.⁵⁶ Por lo que la labor jurisdiccional consistirá en examinar en cada caso en específico cuándo nos encontramos ante una situación de Interés Legítimo.

Como resultado de dicho análisis, se emitió la jurisprudencia que al rubro indica: "*INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)*".⁵⁷

5. Propuesta de concepto de Interés Legítimo

Si de algo podemos estar ciertos, luego del largo recorrido que hemos hecho alrededor del concepto de *Interés Legítimo*, es que no es un tema menor ver su definición, alcances y limitantes, puesto que es un tema bastante complejo y, en ciertos casos, hasta confuso.

Sin embargo, fruto del análisis que se ha hecho, a diferencia de lo propuesto cuando hablamos de los Derechos Sociales (en donde nos inclinamos a proporcionar desde el principio una aproximación al concepto que fuera como eje rector del posterior estudio hecho), en este caso, por la amplitud del asunto, es que preferimos aportar una definición hasta el final de dicho examen, y que corresponde a lo que sigue:

El Interés Legítimo es una de las vías de legitimación *ad causam* para impetrar una demanda de Amparo, que se identifica porque el individuo o la colectividad que la ejerce lo hace en razón de resentir de parte de la autoridad una afectación indirecta a su esfera jurídica por presentar una situación calificada o especial, misma que podría aparecer por contar con un interés difuso, interés colectivo o interés individual homogéneo.

IV] Conclusión: vinculación de los Derechos Sociales con el Interés Legítimo

De la mano de lo dicho desde la Introducción, resulta de suma importancia destacar el enorme vínculo que tienen los Derechos Sociales con el Interés Legítimo. Como podrá haber advertido el lector, luego de la lectura sosegada de los dos grandes *universos* que nos hemos propuesto explicar, *prima facie* parecería que la idea de querer

⁵⁶ Criterio éste que es de enorme importancia aclarar, ya que existirán ocasiones en que una persona alegue pertenecer a una colectividad, en virtud de contar con un interés colectivo o difuso, sin que ello signifique que forzosamente ha de pertenecer a una colectividad, puesto que tal determinación implicaría excluir injustamente al que aduzca un sujeto de manera individual, por lo cual se contraría el espíritu de la reforma de Derechos Humanos.

⁵⁷ Décima Época. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, pág. 60. Tesis de Jurisprudencia: P./J. 50/2014 (10a.). Número de registro electrónico: 2007921.

relacionarlos suena más bien a una quimera irrealizable. No pensamos de esa forma. No resulta fortuito que, en plena sujeción al título de la presente obra, se haya *escarbado* de esa forma sobre ambos temas.

Como bien se pudo apreciar en el primer gran apartado del presente trabajo, en efecto los Derechos Sociales no se corresponden con un simple sistema programático o guía de gobierno de *lo que conviene hacer*; asimismo, se precisó que ningún derecho tiene una particularidad que lo deje ver como *químicamente puro*, de allí que el criterio clasificatorio no sea de lo más adecuado para poder catalogar de manera inequívoca ciertos derechos humanos en particular.

Es así que, con fines teórico-pedagógicos y para que en la práctica se logre realizar una efectiva tutela de determinado derecho humano, lo anterior no impide que consideremos que ciertos derechos son sociales, y que otros se estimen que escapan a nuestro campo de trabajo y protección planteada.

Entonces, puede resultar más fácil partir de la premisa que los Derechos Sociales, como su nombre lo indica, tienden a proteger aquellos derechos que mayoritariamente tiene la colectividad y, el Interés Legítimo, al tutelar –entre otros- los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos, con toda razón tendrán como propósito proteger aquellos intereses de las personas en cuanto se encuentren en relaciones de sociedad/comunidad.

Ahora pues, conviene advertir que el Interés Legítimo no solo tutela intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos, sin embargo, para fines del presente artículo de investigación –esto es, la tutela de los Derechos Sociales-, es de rechazar toda estimación de realizar tutelas de intereses puramente individuales, ya que las mismas no encuentran soporte en la *especie* de derechos que con tanto ahínco hemos procurado contextualizar.

Se insiste: No negamos la universalidad de los derechos humanos, pero queremos advertir de la posibilidad de llegar a hacer aparecer que cualquier ser humano se encuentra vinculado con otro por virtud de cualquier derecho humano violado. La anterior afirmación, por supuesto, es falsa. Las peculiaridades del interés –en mayor medida en el interés colectivo, y en menor en el interés difuso e individual homogéneo– siempre reclamarán cierta relación *de facto* o de derecho con alguna agrupación sectorial, comunidad, sociedad o colectividad.

Desde que se formuló por primera vez la concepción de Interés Legítimo, nos referimos a la repetición insoportable de ciertos conceptos que abren un panorama difícil de vislumbrar acerca del Interés Legítimo, y que al final repercuten de manera directa o indirecta a la posterior consideración que queramos hacer sobre un derecho social al que le queramos ofrecer la protección en el Juicio de Amparo.

Sabedores de las enormes deficiencias con las que cuenta nuestro actual sistema político mexicano, y en especial lo que le corresponde al Poder Ejecutivo, en la que, (des)afortunadamente son ellos los que formulan las principales políticas públicas en las que se ponen en entredicho los Derechos Sociales, es que los jueces constitucionales, con

una preparación muchísimo mayor, e imbuidos de la nueva dinámica de derechos humanos, es que, excitados por la constante actuación de individuos y colectividades inconformes, deben ir resolviendo de una manera que vaya paralela a las nuevas exigencias que el siglo XXI trae consigo, sobre todo América Latina, y todavía más, México.

Sin embargo, cuando el Estado desatiende sus responsabilidades, es cuando entra la actuación de los particulares. Muestra de estos avances es la legitimidad que se otorga a las asociaciones privadas que se dedican a la protección al medio ambiente, en donde, fruto de su objeto social, pueden velar por dicho derecho, siempre y cuando sean vecinos del área a proteger.

Al día de hoy contamos con precedentes esperanzadores que rompen con el sistema decimonónico de administración de justicia. Poco a poco, van generándose propuestas interesantes que dan cuenta de la posibilidad de hacer justiciables los Derechos Sociales gracias a la apertura que te proporciona el Interés Legítimo. Lo anterior solo se logrará mediante el esfuerzo coordinado y la responsabilidad social de los agentes civiles y estatales en pro del mayor beneficio de la persona en concreto. No existe otro camino. O se hace uso de la herramienta del Derecho, o viviremos a usanza de criterios estancos y cerrados.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- AÑÓN ROIG, María José; GARCÍA AÑÓN, José, *Lecciones de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro, "La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil", *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 1977, pp. 73-102.
- CARBONELL, Miguel; CRUZ PARCERO, Juan A.; VÁZQUEZ, Rodolfo; Universidad Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Alexy, Robert; y otros, *Derechos Sociales y derechos de las minorías*, Porrúa : Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "El concepto de Interés Legítimo y su relación con los derechos humanos - Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva", *Isonomía*, n.º 39, 2013, pp. 185-213.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- ESTRELLA QUINTERO, Alberto, "La noción de Interés Legítimo en el Amparo mexicano. Un estudio comparativo con el recurso de Amparo español.", 2013, Universitat Abat Oliba CEU - Facultad de Ciencias Sociales, Barcelona.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de Amparo e Interés Legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo, *Los Derechos Sociales como derechos humanos fundamentales: Su imprescindibilidad y sus garantías*, Ed. Porrúa, México, 2011.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (eds.), *El Juicio de Amparo: a 160 años de la primera sentencia*, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

- MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando, *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Ubijus, 2015.
- PISARELLO, Gerardo, *Los Derechos Sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- Real Academia Española (ed.), *Diccionario de la lengua española*, Vigésimotercera edición, Edición del Tricentenario, Real Academia Española, Madrid, 2014.
- RUIZ TORRES, Humberto Enrique, *Curso general de amparo*, Oxford University, México, 2007.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises; de Silva Nava, Carlos, "El Interés Legítimo como elemento de la acción de Amparo", *Revista Isonomía*, n.º 38, 2013, pp. 247-268. "Sentencia de la Contradicción de Tesis 111/2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, suscitada entre la Primera y Segunda Salas".
- SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, 1. Editorial Porrúa, México, 2007.
- TRON, Jean-Claude, "¿Qué hay del Interés Legítimo? (Primera parte)", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 33, 2012.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2013.

Fecha de recepción: 21 de junio de 2016

Fecha de aprobación: 5 de diciembre de 2016

Los nuevos retos de las acciones afirmativas, las categorías sospechosas y el escrutinio estricto en México

JUAN PABLO PÉREZ VAN DYCK¹

...feminism has become an unpopular word. Women are choosing not to identify as feminists. Apparently, I'm among the ranks of women whose expressions are seen as too strong, too aggressive, isolating, and anti-men. Unattractive, even. ...And if you still hate the word, it is not the word that is important. It's the idea and the ambition behind it, because not all women have received the same rights I have. In fact, statistically, very few have.

Emma Watson²

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve explicación y nota histórica de las acciones afirmativas. III. Las categorías sospechosas en el ámbito Interamericano. IV. El escrutinio estricto en México. V. Conclusiones.

Resumen. Existen distintos grupos de personas que han sido social e históricamente discriminados. El presente artículo se enfoca en las acciones afirmativas que se han creado para procurar que estas prácticas discriminatorias desaparezcan, así como del escrutinio estricto realizado en tribunales que han resuelto estos casos. Con ello, el autor pretende que el lector reflexione sobre la especial situación jurídica que guardan estos grupos de personas.

Palabras clave: Acciones afirmativas, grupos minoritarios, escrutinio estricto.

Abstract. *There are different groups of people that have been socially and historically discriminated. This article focuses on the affirmative actions that have been set in place in order to eradicate these discriminatory practices, as well as the strict scrutiny with which courts have resolved these cases. With this, the author intends for the reader reflect on the special legal situation these groups of people live under.*

Keywords: *Affirmative actions, minority groups, strict scrutiny.*

¹ Abogado por la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara

² Extracto del discurso pronunciado el 20 de septiembre de 2014 por la actriz británica y Embajadora de Buena Voluntad de la ONU Mujeres Emma Watson ante las Naciones Unidas al lanzar la iniciativa *HeForShe*.

I] Introducción

Parece un contrasentido hablar de un trato preferencial para garantizar la igualdad, pero en el contexto de la no discriminación, no solamente resulta lógico, sino además, necesario y, hasta cierto extremo, justificado. Para definir nuevas relaciones basadas en el reconocimiento de la dignidad humana, es necesario que quienes han sido excluidos del acceso a derechos fundamentales y oportunidades igualitarias puedan alcanzarlos.

Las acciones afirmativas son un tema controversial, pues alteran principios considerados como justos; por ejemplo, el mérito, que opera en la distribución de bienes escasos, que bajo este criterio se considera justa la existencia de mecanismos diseñados para determinar qué personas ocuparán ciertos trabajos. Así, distintos Tribunales, tanto nacionales como internacionales, han analizado estos temas de debate tratando de acotar sus términos; esto, realizando un escrutinio estricto en aquellos casos que tratan sobre cuestiones que afectan a las denominadas categorías sospechosas.

II] Breve explicación y nota histórica de las acciones afirmativas

La igualdad ante la ley significa reconocer las desigualdades de la naturaleza, pues aun cuando los hombres nacen iguales, son tratados diferentes en todos lados. Así, argumentaba Vauvenargues en el siglo XVIII que: *Es falso que la igualdad sea una ley de la naturaleza. La naturaleza no ha hecho nada igual; su ley soberana es la subordinación y la dependencia. El nacimiento nos ha hecho hermosos o feos, vigorosos o endeble, inteligentes o estúpidos, con un carácter enérgico o vacilante.*³

Entonces, la afamada exclamación “todos los hombres han sido creados iguales” no es una verdad científica inatacable, sino una afirmación política. En esta línea, Rousseau opinaba que *Debido a que la fuerza de las circunstancias tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe tender siempre a mantenerla. La obligación del Estado, entonces, no es abstenerse; por el contrario, está llamado a promover la igualdad a través de medidas concretas, a volverla más real, a corregir las desigualdades naturales y sociales, a emancipar a las víctimas de los desequilibrios sociales.*⁴

Frente a esta realidad, los Estados han creado las llamadas *acciones afirmativas*, que buscan promover y alcanzar una verdadera igualdad entre las personas.

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Las acciones positivas” en *La incidencia de la Reforma Constitucional en las distintas ramas del derecho*, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 51. Citando a SERVAIS, Jean Michel, *Emancipación de los trabajadores desfavorecidos y el derecho internacional del trabajo*, DT LII-B 1992-B-1763.

⁴ *Ibidem*, pág. 52.

Estas acciones afirmativas se desarrollaron en el ámbito del derecho internacional, pero tuvieron su origen en la legislación norteamericana, especialmente en dos puntos: la lucha por la eliminación de la discriminación racial (específicamente el fenómeno del *apartheid*) y la lucha de las mujeres frente a la discriminación.

Del primer punto, hay que decir que fue incorporado el principio de igualdad ante la ley a la Constitución de Estados Unidos en 1868 (3 años después de finalizar la Guerra Civil Americana [1861-1865]), dentro de la enmienda XIV que establece: *...nor shall any state [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*⁵

Es por ello que algunos autores comentan satíricamente que en los Estados Unidos todos los hombres nacieron iguales en 1776, es decir, todos los hombres son libres, pero sin contar a los esclavos ni a las mujeres.

Pero el estatuto constitucional no bastó, y por esto comenzaron a desarrollarse las acciones afirmativas. El primer decreto presidencial de acción afirmativa fue firmado por John F. Kennedy en 1961, que pretendió el acceso al trabajo en favor de mujeres y ciertas minorías (generalmente afroamericanos), que se encontraban subrepresentados o no representados en puestos jerárquicamente altos de las empresas y establecimientos públicos.

Posteriormente, hubo diversos casos (13 sentencias del período de 1974 a 1995) resueltos por la Suprema Corte de Estados Unidos en las que acciones positivas se han visto implicadas.

Entre estos juicios, destaca *Adarand Constructors Inc v. Peña* (1995), el que se originó después que Adarand, titular de una empresa constructora del estado de Colorado, perdió una subcontratación, aún tras ofrecer el precio más bajo, por la aplicación de la ley federal *Small Business Act and Department of Transportation regulation*, que establecía que los contratistas del estado que subcontrataban con pequeñas empresas cuyos dueños o administradores eran social y económicamente considerados en desventaja, recibían una compensación del gobierno. Por su parte, el Estado Federal argumentaba que la ley no beneficiaba a un grupo por la raza, sino a las pequeñas empresas, normalmente en desventaja en la contratación de este tipo de programas; mientras que Adarand discutía que el programa tenía en cuenta la raza.

En este asunto, la Corte Federal decidió por primera vez, que cualquier programa de acción afirmativa debía de ser examinado bajo el método llamado *escrutinio estricto* que significa que si la clasificación se hace según un criterio *sospechoso*, la clasificación es constitucional sólo si está estrechamente diseñada para promover un interés gubernamental prioritario.

Así, poco a poco, las acciones afirmativas se han ido consolidando en las distintas legislaciones de muchas democracias, teniendo tanto promotores como detractores.

⁵ “... ningún Estado [...] podrá negar a persona alguna que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes.”

Aunque debe destacarse que el tema es muy sensible, pues para que exista la acción afirmativa se requiere lo que ha sido llamado una discriminación inversa; esto es, para que exista una distinción a favor de una persona, debe, forzosamente, existir una distinción en contra de otra. Por ello es que la discriminación inversa es una controversia pública intensa y significa también un profundo reto legal; desgraciadamente no hay muchas respuestas decisorias en esta materia, pero podemos decir que si viola principios fundamentales, nos encontramos frente a una discriminación moralmente inaceptable, pero si no lo hace, la justicia de la discriminación dependerá del bien que realice.⁶

Los detractores argumentan principalmente el que las categorías sospechosas no son pautas válidas de distinción, ni para perjudicar ni para beneficiar; que la discriminación no se soluciona mirando al pasado; que a través de las acciones positivas las personas que hoy resulta excluida está pagando las culpas históricas de su grupo sin que a él pueda imputársele individualmente ninguna conducta discriminatoria; que la sociedad no compensa a cada uno por sus méritos sino por la mera pertenencia a un grupo; que existe inadecuación del medio al fin, pues si la medida no es apoyada por una parte de la mayoría de la sociedad, es probable que genere mayor hostilidad social aún hacia el grupo favorecido; entre otras razones.⁷

Por su parte, entre los argumentos a favor que encontramos, se encuentran: que éstas miran al futuro, porque no sólo pretenden reparar el pasado, sino que también contemplan el pasado y futuro; que sí puede (y debe) pretenderse que una discriminación fundada en la pertenencia a un grupo sea atacada con medidas exclusivamente individuales; que las acciones positivas persiguen fines justos, como provocar la reflexión social, favorecer la democratización y la tolerancia por lo diferente y producir mejoras sociales; que el principio del mérito no es absoluto, y en ocasiones puede ceder ante otro bien o valor constitucional; así como, que las críticas de que las acciones positivas producen mayor hostilidad, disminuyen la autoestima, provocan más reclamaciones, no tienen una base empírica, pues sólo son expresiones no constatadas en los hechos.⁸

Expuestos entonces los distintos argumentos sobre las acciones afirmativas, conviene hacer referencia a los elementos para su validez. Entre ellos encontramos la existencia de un obstáculo de hecho que se opone a la realización de la igualdad de oportunidad; una motivación suficiente y prueba sobre el obstáculo de hecho que se busca sobrepasar; que sea proporcional, esto es, a través de la búsqueda del medio menos agresivo; que la medida sea transitoria y reversible; que las medidas incidan y repercutan en las causas, y no sólo en los resultados; que se encuentre legislada, ya que sólo el legislador, por medio de las garantías que ofrece, puede legitimar la adopción de este tipo de medidas;

⁶ FULLINWIDER, Robert K., *The Reverse Discrimination Controversy. A moral and legal analysis*, Segunda Edición, Editorial Rowman and Littlefield, Estados Unidos, 1981, pág. 9.

⁷ *Op. Cit.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, págs. 56-58.

⁸ *Ibidem*, págs. 58-59.

asimismo, que en la aplicación judicial de las medidas, se le dé la oportunidad al perjudicado de ser oído de algún modo.⁹

En cuanto a los dos últimos elementos mencionados, considero que debe forzosamente encontrarse la acción afirmativa en una norma, pues el juez interpreta las normas existentes a la luz del principio de la acción para resolver un conflicto particular, pero no podría, de manera general, cubrir la omisión legislativa a la carencia de toda norma.¹⁰

Ahora, al ser las acciones afirmativas un tema tan polémico, tropezamos con que no existe unanimidad sobre su definición, por lo que con el fin de ahorrar un debate, transcribo el concepto emanado del Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa,¹¹ que las define como *Estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales.*

El objetivo general de estas acciones es el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado, es decir, que en principio, no tienen por finalidad la igualdad entre los individuos, aunque el mejoramiento del grupo trae como consecuencia el mejoramiento de los individuos que lo conforman.¹²

Después, cada plan de acción afirmativa puede perseguir objetivos específicos. Por ejemplo: i.- Programas educativos en los Estados Unidos que favorecen la entrada de personas afroamericanas. ii.- Promover la inserción de la mujer en las actividades, sectores profesionales y niveles en que se vean subrepresentadas. Especialmente en sectores tecnológicamente avanzados y cargos de elección popular. iii.- Romper la segregación del mercado laboral en personas con discapacidades.

⁹ *Ibidem*, págs. 59-61.

¹⁰ Hay autores que llevan este razonamiento a sus máximas consecuencias; así, entienden que la norma es operativa, por lo que si el legislador no legisla para promover la igualdad real, la jurisdicción ordinaria está, en su opinión, facultada a fin de asegurar un real ejercicio de los derechos individuales.

¹¹ El Consejo de Europa (establecido en 1949, con sede en Estrasburgo, Francia) es una organización política intergubernamental que representa a 47 democracias europeas cuyo objetivo principal es defender los derechos humanos. Los países miembros son: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Reino Unido, Federación Rusa, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania. Hay también 5 observadores: Canadá, Estados Unidos, Japón, México y la Santa Sede.

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "Las acciones positivas" en *La incidencia de la Reforma Constitucional en las distintas ramas del derecho*, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 54.

Un programa de acción afirmativa aceptable debe incluir un análisis en el que se muestre la falta de espacio de grupos minoritarios, así como las metas y cuotas hacia donde los esfuerzos del grupo dominante deben dirigirse para corregir la deficiencia, con la finalidad de alcanzar la pronta y completa incorporación de los grupos minoritarios, en todos los niveles y segmentos en donde la deficiencia exista.¹³

En cuanto a la terminología utilizada en las acciones afirmativas de metas y cuotas, existe un debate en los Estados Unidos sobre si los vocablos pudieran ser utilizados indistintamente o si guardan alguna distinción entre ellos.

Diversas cortes norteamericanas se han pronunciado sobre el tema: *Bridgeport Guardians, Inc. v. Members of Bridgeport Civil Service* (Connecticut, 1973), *Weber v. Kaiser Aluminum* (Suprema Corte, 1979) y *Rios v. Enterprise Association Steamfitters Local* (Nueva York, 1986), en las que se tuvieron opiniones encontradas.

El debate se debe a que algunas cortes y doctrinistas apoyan la distinción de los términos, en el sentido de que las cuotas van encaminadas a dejar personas fuera, mientras que las metas se refieren a incluir a los grupos minoritarios; en tanto que la postura contraria defiende la idea de que no existe una diferencia sustancial en las expresiones.

Así, las acciones afirmativas buscan erradicar cualquier clase de discriminación. Para ello, tienen como base seis rasgos llamados categorías sospechosas, en los que de acuerdo a la Unión Europea entran los siguientes rubros: sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual.¹⁴

A las seis causas de discriminación anotadas, hay que añadir el concepto de discriminación múltiple, que se produce cuando una persona reúne varios de los rasgos aludidos sobre los que recaen perjuicios hondamente arraigados.

III] Las categorías sospechosas en el ámbito Interamericano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas ocasiones, en casos¹⁵ en que se ven afectados derechos fundamentales de las llamadas categorías sospechosas.

Entre estos casos destacan: *González y otras ("Campo Algodonero") v. México*, *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile* y *Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") v. Costa Rica*.

¹³ *Op. Cit.* FULLINWIDER, págs. 162-163.

¹⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando, "Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas", en JUÁREZ, Mario Santiago (coord.), *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2011, pág. 65.

¹⁵ Cabe recordar que estos criterios son obligatorios (no solamente orientadores), aun cuando el Estado mexicano no haya sido parte de la controversia interamericana. Lo anterior, de acuerdo a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

Los casos que aquí se analizan se estudiarán de manera informativa, esto es, solamente para comprender (e instruir) hacia qué rumbo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha avanzado en los últimos años sobre las mencionadas categorías sospechosas.

1. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México

El 4 de noviembre de 2007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó demanda contra México, relacionada con la supuesta responsabilidad internacional del Estado por *la desaparición y ulterior muerte* de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Montreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodónero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001.

La Comisión Interamericana en su demanda, solicitó se responsabilizara al Estado por *la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada.*¹⁶

El Estado mexicano realizó ante la Corte Interamericana un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, en el sentido de que en la primera etapa de investigaciones entre el 2001 y 2003, se presentaron irregularidades. En la segunda etapa de las investigaciones de los tres casos, a partir de 2004 se subsanaron plenamente las irregularidades, se reintegraron los expedientes y se reiniciaron las investigaciones con un sustento científico, incluso con componentes de apoyo internacional. Por lo que el Estado reconoció que de estas irregularidades, se afectó la integridad psíquica y dignidad de los familiares de las víctimas.

En tal sentido, el Estado solicitó a la Corte que valorara el reconocimiento parcial de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de que declarara que había cumplido con las obligaciones de prevención, investigación y reparación, contenidas en los diversos 4.1 y 5.1 en relación con el 1.1 de la referida Convención.

La controversia planteada a la Corte exigió que analizara el contexto que rodeó a los hechos del caso y las condiciones en las cuales dichos hechos fueron atribuidos al Estado y comprometer, en

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 2.

consecuencia, su responsabilidad internacional derivada de la violación a los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana.

Así, tras un estudio de los antecedentes contextuales del caso, la Corte concluyó que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005. Que aun cuando la Corte observó que no existe firmeza en las cifras, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo aceptó el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos.¹⁷

También destacó las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constató que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad.¹⁸

El Tribunal consideró el reconocimiento del Estado con respecto a la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez, así como su señalamiento con respecto a que los homicidios de mujeres en esa ciudad *se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer*; además, que diversos informes señalaron que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez eran manifestaciones de violencia basada en género; así como, que las tres víctimas del caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de homicidios de Ciudad Juárez. Lo que llevó a la Corte a concluir que las jóvenes fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará.¹⁹

La Corte estableció que el deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse, pues la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos.²⁰

Además, la Corte consideró que el deber de investigar efectivamente, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. Y aplicó, al caso sobre el deber de debida diligencia en la investigación de casos de

¹⁷ *Ibidem*, Párr. 164.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, Párrs. 228-231.

²⁰ *Ibidem*, Párr. 289.

violencia por razón de género, lo establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial.²¹

También se explicó en la sentencia en comento, que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente.²²

En cuanto al derecho de las niñas, contemplado en el artículo 19 de la Convención Americana, el Tribunal interamericano estableció que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, de que su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. Que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, que el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable.²³

Para finalmente, resolver que el Estado mexicano violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las víctimas, reconocidos en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana. Además de que incumplió con su deber de investigar, y con ello su deber de garantizar, los derechos mencionados. También falló que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención. Así como que vulneró los derechos del niño, consagrados en el artículo 19 del Pacto de San José.

2. Caso *Atala Riffo y niñas v. Chile*

El 17 de septiembre de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó demanda contra Chile, relacionada con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas.

²¹ *Ibidem*, Párr. 293.

²² *Ibidem*, Párr. 400.

²³ *Ibidem*, Párr. 408.

Bien, la señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes el 29 de marzo de 1993. Tres niñas²⁴ nacieron de esa relación en 1994, 1998 y 1999. La señora Atala tenía a su vez un hijo mayor nacido en un matrimonio previo. En marzo de 2002, la señora Atala y el señor López Allendes decidieron finalizar su matrimonio por medio de una separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco. En noviembre de 2002, la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a vivir en la misma casa con ella, sus tres hijas y el hijo mayor.²⁵

El 14 de enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica al considerar que el desarrollo físico y emocional de sus hijas estaría en serio peligro de continuar bajo el cuidado de su madre. En esa demanda, el señor López alegó que la señora Atala no se encontraba capacitada para velar y cuidar de sus hijas, dado que su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, estaban produciendo consecuencias dañinas al desarrollo de las menores de edad, pues la madre no había demostrado interés alguno por velar y proteger el desarrollo integral de ellas. Además, el señor López argumentó que la inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo conllevaba a desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre mujer, y por lo tanto alteraba el sentido natural de la familia, pues afectaba los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad, por lo que la opción sexual ejercida por la madre alteraría la convivencia sana, justa y normal a que tienen derecho sus menores hijas. Por último, el señor López arguyó que habría que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implicaría para las menores vivir junto a una pareja lésbica, pues en efecto, sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales estarían expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes y al sida.²⁶

La Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica dictó sentencia del asunto el 29 de octubre de 2003, en la que rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada Atala no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su *rol de madre* y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Igualmente, se concluyó que tampoco se había acreditado la existencia de hechos concretos que perjudicarían el bienestar de las menores derivados de la

²⁴ Los nombres de las menores son suprimidos en la sentencia de la Corte Interamericana.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Atala Riffo v. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Párr. 30.

²⁶ *Ibidem*, Párr. 31.

presencia de la pareja de la madre en el hogar. Asimismo, consideró que había quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno.²⁷

El 30 de marzo de 2004, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia apelada por el padre de las niñas, esta Corte no expuso fundamentos nuevos y acogió plenamente la sentencia de primera instancia.

El 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, atendió el recurso de queja, concediendo la tutela definitiva al padre. En la sentencia dictada en esta instancia superior, se destacó por el Tribunal Supremo que en todas las medidas que les conciernan a menores de edad, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres. Además, la Corte expresó que el inciso primero del artículo 225 del Código Civil chileno, el cual provee que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, no es una norma *absoluta* y *definitiva*. Por lo tanto, la Corte declaró que el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo.²⁸

Al conocer la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso, resolvió que la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria, si bien pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala que viola los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana.

En cuanto al derecho a la protección a la vida familiar, la Corte reiteró que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

De esta manera, la Corte Interamericana consideró al Estado chileno responsable de violación del derecho a la igualdad y la no

²⁷ *Ibidem*, Párr. 44.

²⁸ *Ibidem*, Párr. 55.

discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") v. Costa Rica*

El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana presentó demanda en contra de Costa Rica por el caso que se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* que había estado vigente en ese Estado desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la Fecundación *in vitro* para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En su artículo 1° el Decreto Ejecutivo regulaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. En el artículo 2° se definían las técnicas de reproducción asistida como *todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio*.²⁹

El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró que se anulaba por inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la *infracción del principio de reserva legal*, según el cual *solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales*. De acuerdo a lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el *derecho a la vida y a la dignidad del ser humano*, razón por la cual la regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el Derecho de la Constitución.³⁰

La Corte Interamericana observó que el concepto de *persona* es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la *concepción* y al *ser humano*, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.³¹

El Tribunal hizo también notar cómo la Fecundación *in vitro* transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de la

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones y Costas), Párr. 68.

³⁰ *Ibidem*, Párr. 72.

³¹ *Ibidem*, Párr. 176.

concepción. En efecto la Fecundación *in vitro* refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de *concepción* que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la Fecundación *in vitro* no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.³²

Por lo que la Corte Interamericana consideró que no es admisible el argumento de Costa Rica en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.³³

Así, la Corte ha utilizado diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la *concepción* en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, concluyó que de las palabras *en general* la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.³⁴

Finalmente, la Corte Interamericana falló que el Estado de Costa Rica fue responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en agravio de Grettel Artavia Murillo y otras.

IV] El escrutinio estricto en México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación el 11 de agosto de 2015, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014 promovida por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche, delimitó algunos criterios determinantes, entre los que destacan el interés superior

³² *Ibidem*, Párr. 179.

³³ *Ibidem*, Párr. 259.

³⁴ *Ibidem*, Párr. 264.

de los niños, niñas y adolescentes, establecido en el artículo 4 de nuestra Constitución Federal.

En dicha resolución se consideró que de conformidad con el parámetro de regularidad constitucional en relación con el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el desarrollo de los menores y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a su vida.

Así, todas las autoridades deben asegurar que en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas en las que se les involucre, garanticen y aseguren que todos los niños, niñas y adolescentes tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquéllos que permiten su óptimo desarrollo, esto es, los que aseguran la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, todos estos elementos considerados esenciales para su desarrollo integral.

En ese sentido, el principio del interés superior del menor de edad implica que la protección de sus derechos debe realizarse por parte de las autoridades a través de medidas reforzadas o agravadas en todos los ámbitos que estén relacionados directa o indirectamente con los niños, niñas y adolescentes, ya que sus intereses deben protegerse siempre con una mayor intensidad. En esa lógica, cuando los juzgadores tienen que analizar la constitucionalidad de normas o bien aplicarlas, y éstas inciden sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es necesario realizar un *escrutinio más estricto* en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida de modo que se permita vislumbrar los grados de afectación a los intereses de los menores y la forma en que deben armonizarse para servir como herramienta útil para garantizar en todo momento el bienestar integral del menor al que afecten.³⁵

Por otra parte, el Pleno del Alto Tribunal determinó sobre lo establecido por el artículo primero constitucional, que prohíbe la discriminación con base en las categorías sospechosas derivadas del origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

De conformidad con el parámetro de regularidad constitucional del principio a la igualdad y la no discriminación, éste permea todo el ordenamiento jurídico. Así, cualquier tratamiento que resulte discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Constitución es *per se* incompatible con la misma.

Es inadecuada toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con algún privilegio, o que,

³⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Sesión de once de agosto de dos mil quince, Párr. 33.

inversamente, por considerarlo inferior, se le trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.

Sin embargo, no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, siendo jurídicamente diferentes la distinción y la discriminación, ya que la primera constituye una diferencia razonable y objetiva, mientras que la segunda constituye una diferencia arbitraria que redundaría en detrimento de los derechos humanos.

En igual sentido, la Constitución Federal no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada. No se debe perder de vista, además, que la discriminación tiene como nota característica que el trato diferente afecta el ejercicio de un derecho humano. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.

Una vez establecido que la norma hace una distinción basada en una categoría sospechosa, corresponde realizar un escrutinio estricto de la medida legislativa.

Ahora, la forma en que se tiene que realizar el examen de igualdad en casos en que se efectúe un escrutinio ordinario y el que debe aplicarse a las distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa, la Suprema Corte hizo las siguientes aclaraciones.

En primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional. Cuando se aplica el test de escrutinio estricto para enjuiciar una medida legislativa que realiza una distinción no debe exigirse simplemente, como se haría en un escrutinio ordinario, que se persiga una finalidad constitucionalmente admisible, esto es, la finalidad perseguida no debe ser abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales. Así, al elevarse la intensidad del escrutinio, debe exigirse que la finalidad tenga un apoyo constitucional claro: debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante, es decir, proteger un mandato de rango constitucional.³⁶

En segundo lugar, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa. La medida legislativa debe estar directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales antes señalados; es decir, que la medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que se considere suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos.³⁷

En tercer y último lugar en cuanto a las gradas del examen de igualdad, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.³⁸

³⁶ *Ibidem*, Párr. 58.

³⁷ *Ibidem*, Párr. 59.

³⁸ *Ibidem*, Párr. 60.

Así, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte determinó que si bien es incuestionable la libertad de configuración que poseen los Congresos estatales para regular ciertas materias, es de la mayor importancia destacar que dicha libertad se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y el reconocimiento de derechos humanos desde la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México, de conformidad con el artículo 1° Constitucional.

Sobre el último párrafo, el Máximo Tribunal concordó con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que interpretó que

...La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial....³⁹

Este estudio realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, dio origen al criterio jurisprudencial de rubro CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO.⁴⁰

V] Conclusiones

Después de este breve estudio, podemos constatar la existencia de diversas categorías (sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual) que en su paso histórico y social se han visto discriminadas, por lo que las legislaciones y los distintos tribunales, han buscado la manera de encaminarlas hacia una vida realmente libre de toda discriminación.

Los esfuerzos y acciones que se han realizado han sido muchos y muy diversos por parte de las autoridades; sin embargo, queda un camino muy largo por recorrer en la sociedad actual de nuestro país (y de otras tantas democracias).

Aún no se advierten transformaciones trascendentales en la sociedad mexicana, basta con reconocer con que incluso cuando los niños son considerados una categoría sospechosa, el número de niños en situación de calle aumenta cada día; de igual modo, los feminicidios

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gelman v. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), Párr. 239.

⁴⁰ Tesis de jurisprudencia P./J. 10/2016 (10a.), visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, página 8, de la Décima Época.

siguen existiendo (y a la alza)⁴¹ a lo largo de la República, y así podríamos citar ejemplos de todas las llamadas categorías sospechosas.

La obligación de que estas situaciones lleguen a su fin corresponde, naturalmente, a toda la sociedad, busquemos entonces, que las normas que prometen medidas de justicia social, se vean reflejadas en la realidad. Hasta en tanto no logremos erradicar toda clase de discriminación, no podremos hablar de una sociedad justa e igualitaria para con todos sus habitantes.

Bibliografía

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Atala Riffo v. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gelman v. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") v. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

FULLINWIDER, Robert K., *The Reverse Discrimination Controversy. A moral and legal analysis*, Segunda Edición, Editorial Rowman and Littlefield, Estados Unidos, 1981.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Estadística a propósito del día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer (25 de noviembre [de 2015])*. Fecha de consulta 31 de octubre de 2016 en: <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2015/violencia0.pdf>

JUÁREZ, Mario Santiago (coord.), *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2011.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "Las acciones positivas" en *La incidencia de la Reforma Constitucional en las distintas ramas del derecho*, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Argentina, 1998.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Acción de Inconstitucionalidad 8/2014*, Sesión de once de agosto de dos mil quince.

Fecha de recepción: 1 de noviembre de 2016

Fecha de aprobación: 14 de diciembre de 2016

⁴¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Estadística a propósito del día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer (25 de noviembre [de 2015])*.

Fecha de consulta 31 de octubre de 2016 en: <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2015/violencia0.pdf>

La relación entre el populismo y el nacionalismo catalán en España; aspectos jurídicos y de teoría política

JUAN ÁNGEL SOTO GÓMEZ¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aproximación al panorama político español*. III. *Podemos y populismo*. IV. *Podemos, populismo y democracia*. V. *Identidad y política en Cataluña: Un nacionalismo del Siglo XXI*. V. *Conclusiones*.

Resumen. La pregunta de investigación principal de este trabajo consiste en si la aparición de *Podemos* representa la irrupción de un movimiento populista en España. Para ello será preciso un breve apunte histórico acerca de la Transición Española y sus características, en el que se considerarán diversos aspectos jurídicos relevantes. Para determinar por qué España, más de cuarenta años después de su renacer democrático, parece estar inmersa en los últimos años en la revolución política y social que no existió en 1975, se realiza una aproximación a dos conceptos que a priori parecieran ser dañinos para la democracia española: el nacionalismo catalán y el populismo, representado por el joven partido político *Podemos*. Lo anterior lleva a una serie de reflexiones acerca de estos fenómenos que pueden ser también aplicables a los recientes movimientos populistas y nacionalistas que están surgiendo alrededor del mundo.

Palabras clave: Nacionalismo, populismo, democracia.

Abstract. *The main research question of this paper is if the emergence of Podemos represents the irruption of a populist movement in Spain. For answering this, it will be necessary to make a brief historical analysis about the Spanish transition and its characteristics, in which several legal relevant aspects will be considered. In order for determining why Spain, more than forty years after its democratic reborn, seems to be immerse in the later years in a political and social revolution that did not exist back in 1975, it is necessary to make an approach to two concepts that a priori seems to be harmful to the Spanish democracy: Catalan nationalism and populism, represented by the new political party Podemos. The aforementioned leads to a number of thoughts about this*

¹ Asistente de investigación en el Navarra Center for International Development. Egresado de Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Navarra y de Ciencia Política y de la Administración por la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

phenomenon that could also be applicable to the recent populist and nationalist movements that are arising around the globe.

Keywords: *Nationalism, populism, democracy.*

I | Introducción

El objetivo de este trabajo es ambicioso. No obstante, su planteamiento es de lo más simple. Así, lejos de sumergirme en océanos insondables como sin duda son los fenómenos del populismo y el nacionalismo, la presente investigación va delimitando el amplio espectro de estos temas en diversas fases. Una primera etapa es la de renunciar a un análisis global de los nacionalismos y populismos. Esta renuncia responde a un motivo: tanto el primer fenómeno como el segundo han sido estudiados a lo largo del último siglo de forma cuasi-exhaustiva, lo que supone una limitación importante de cara a presentar una cierta originalidad en mi investigación. Un segundo filtro es el de estudiar ambos fenómenos dentro del ámbito español. Tampoco aquí trataré de realizar un análisis del origen y evolución de las manifestaciones de nacionalismo² y populismo. Si bien una brevísima contextualización histórica parece precisa, centraré mi estudio en lo sucedido en el último lustro, siendo esta la tercera acotación.

Una última delimitación es la del propio movimiento nacionalista. Existe en la actualidad una clara dominación del nacionalismo catalán en la esfera política y mediática sobre cualquier otro tipo de nacionalismo periférico en España. Esta predominancia del nacionalismo catalán se ha producido en los últimos años en sustitución del nacionalismo vasco, cuya importancia era aducida no solo a su activa vida política en el panorama regional y nacional sino también a la actividad del grupo terrorista ETA, que se arrogaba la defensa de *Euskal Herria* como proyecto político. Así, hablar en 2016 de nacionalismos en España lleva inequívocamente a pensar en primer lugar en el fenómeno catalán y es por ello por lo que el estudio del movimiento nacionalista queda reducido, a los efectos del presente estudio, al caso de Cataluña.

Por último, el objeto de esta investigación pasa por una primera fase de determinación de la existencia de nacionalismos y populismos en España. Sin embargo, no se persigue aquí un análisis autónomo de estos fenómenos, como elementos independientes en sus causas y manifestaciones. Todo lo contrario, se pretende delimitar y analizar el área de intersección entre el nacionalismo y populismo, haciendo especial hincapié en lo acontecido en Cataluña, considerada en el presente

² Si bien un análisis de la historia del nacionalismo en España sería un recorrido sumamente interesante, en su expresión más reciente es un fenómeno que se remonta a finales del siglo XVII, lo que dificulta sobremanera su articulación a los efectos del presente estudio. Me remito por tanto a obras en esta materia como las de Roig (1998), Beramendi et al. (2001), Balcells (2003), Castells (2005), Saz y Archiles (2011) y Canal (2011).

trabajo, como laboratorio donde *prima facie* se observa una relación simbiótica entre ambas realidades.

El presente estudio viene motivado por el creciente interés de la población en la esfera política. Los políticos son objeto de escrutinio por parte de los medios de comunicación y el electorado, y el seguimiento que se hace acerca de ellos recorre desde su ideología hasta sus vidas privadas.

Así, en el caso de España los debates políticos alcanzan récords de audiencia en televisión y se observa la irrupción de nuevos partidos que parecen poner en un aprieto a los dos *históricos*; el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español. Ahora ocupan por primera vez escaños en el Congreso de los Diputados representantes de Ciudadanos y de *Podemos*, revistiendo éste último partido político especial interés a los efectos del presente análisis por su origen y naturaleza radicalmente distintos a los de sus contendientes.

Podemos es el auténtico protagonista de esta nueva etapa política en España y aunque hace las delicias de algunos, recibe fuertes críticas por otros que cimientan la base de su ataque denunciando el populismo que subyace bajo la ideología de este partido y que queda reflejado en las políticas que éste propone. Resulta sin lugar a dudas un fenómeno apasionante y de gran actualidad al que, a mi entender, deben aproximarse no solo las voces críticas apoyadas en impresiones u opiniones, sino también un estudio pausado, cimentado sobre bases teóricas y que realice el esfuerzo de analizar la cuestión desde un punto de vista objetivo considerando aspectos de ciencia jurídica y política.

La limitación más significativa de este trabajo es la relativa novedad del fenómeno político de *Podemos*. La escasa literatura existente sobre los temas objeto de estudio dificulta la configuración de una suerte de *estado del arte* sobre esta materia que pueda ser usado como punto de partida. Además, aún en el caso de que se determine en el presente estudio que, en efecto, existe una relación entre la ideología que subyace en el grupo político de *Podemos* y la que nutre al movimiento independentista catalán, no se puede afirmar que haya una relación de causalidad entre ambos. Una relación así sería la que se desprendería al señalar que uno de los objetivos de *Podemos* es la maximización del rendimiento del esfuerzo independentista catalán.

II] Aproximación al panorama político español

Conviene realizar en primer lugar una breve aproximación al panorama político español actual, con el fin de determinar sus notas características o, desde otra óptica más crítica y analítica, las dolencias que padece.

1. La transición democrática

Los estudios³ acerca de los fenómenos democratizadores suelen emplear una distinción fundamental entre dos procesos: un proceso de transición a la democracia y otro de consolidación de la misma (Powell, 2006). Así, se denomina Transición Española al periodo de tiempo de la historia de España en el que se llevó a cabo un proceso de democratización por el que el país abandonó el régimen dictatorial del general Franco para pasar a regirse por una constitución que instauraba un Estado social y democrático de derecho.

Existe cierto consenso en situar el inicio de la Transición en la muerte del general Franco, el 20 de noviembre de 1975. No obstante, no hay consenso acerca de la fecha en la que ubicar el fin de esta etapa. Los hay quienes sitúan su fin en el momento de aprobación de la nueva y actual Constitución el 6 de diciembre de 1978. Sin embargo, otros cierran el proceso de la Transición con la aprobación de los estatutos de autonomía del País Vasco y Cataluña el 25 de octubre de 1979. También se sitúa el final de la Transición con el golpe de estado fallido del 23 de febrero de 1981. Finalmente, se relaciona también con la aplastante victoria en las urnas del PSOE en 1982.

La Transición es vista por muchos como el mayor logro de la historia reciente de España y por otros como un error de partida. Si bien es cierto que existe en nuestro país una percepción generalizada de que la Transición fue un proceso ejemplar, también existen numerosos críticos de esta opinión. Los del primer grupo destacan la importancia de la pacífica transición a una democracia que echó a rodar rápidamente tras un largo periodo dictatorial. Así, voces como la de Michnik califican a la Transición Española como la mayor hazaña del siglo XX.

En oposición a los defensores de la Transición como éxito político y nacional, se alzan voces críticas contra el proceso de democratización de España tras el régimen franquista. En opinión de este sector, ha sido en los últimos años cuando se ha puesto en tela de juicio la hasta hace poco *intocable* e *incuestionable* Transición. Así, señalan que la sociedad española debe despertarse por fin de ese *sueño de mentiras* que era esa consideración de la Transición como algo ejemplar. Y su gran crítica es que en ese proceso se olvidó lo verdaderamente fundamental: la construcción de una fuerte y auténtica democracia. Estas voces críticas tildan la Transición Española de una salida amañada del franquismo o de la sustitución de un autoritarismo por otro. Así, niegan rotundamente que la de la Transición sea la historia de un milagro. Destacan que la clase política tomó el poder a espaldas de la sociedad, de forma que se produjo un traspaso simulado (que no real) del poder a los ciudadanos, no siendo esto apenas percibido puesto que, habiendo vivido cuarenta años de

³ Es preciso señalar aquí los estudios paradigmáticos sobre la Transición Española como Maravall (1980 y 1982), O'Donnell et al. (1986), Tezanos et al. (1989), Giner (1990) Y Cotarelo et al. (1992).

dictadura franquista, la nueva democracia parecía en realidad la creación de una cultura armoniosa de convivencia en libertad. En este sector hay también quienes son de la opinión de que se debería haber producido un proceso semejante al de 1945 con la caída de los totalitarismos fascistas en Europa (Navarro, 2000).

Ahora bien, las circunstancias eran muy distintas en 1945 y en 1975. En la primera fecha finalizaba la Segunda Guerra Mundial; el conflicto bélico más devastador de la historia de la humanidad mientras que en el segundo de los casos, las reformas y transiciones fueron *aterciopeladas* en comparación con el modo en que cayeron el fascismo en Italia y el nazismo en Alemania. Además, existe el factor del tiempo transcurrido. En 1945 el final del conflicto bélico y de los regímenes totalitarios fue simultáneo. Por el contrario, en el caso de España la guerra civil había terminado hacía casi cuatro décadas. En cuanto a la represión durante la dictadura franquista, cuando ésta finalizó, lo peor ya había acontecido hacía tiempo. No era de ninguna forma una amnesia colectiva, sino una voluntad intensa de reconciliación que llevó a una suerte de amnistía recíproca. Y esto es precisamente lo que los defensores del carácter modélico de nuestra Transición argumentan: la indudable grandeza de dejar atrás nuestras diferencias para construir un mundo nuevo; una España nueva. Ahora bien, lejos de calificar la transición como modélica bajo el amparo de un mero sentimiento de autosatisfacción, es preciso acudir a voces autorizadas que ven en nuestra Transición un caso de éxito al considerar el punto de partida y el resultado, así como las dificultades a lo largo del recorrido.

En lo que al punto de partida se refiere, España había tenido un régimen notablemente más fascista que Portugal (Nataf y Sammis, 1990) y mucho más duradero que Grecia. Además, a diferencia estos dos países, cuyas transiciones se iniciaron con un acontecimiento percibido como el final de la dictadura autoritaria (una derrota militar en Grecia y un golpe militar en Portugal), en el caso español no hubo tal.

Ahora bien, al estar dotada España de una estructura institucional completa durante la dictadura franquista, cuando ésta tocó a su fin quedaba poca flexibilidad o huecos para ser completados por contenido y tintes democráticos. Y es que la manera en la que se llega a un destino democrático tras una transición depende en gran medida de la naturaleza del régimen previamente existente (Powell, 2006). Además, la pluralidad del panorama regional español, junto al problema del terrorismo dificultaban enormemente este proceso de democratización nacional. Y aún con todo, la Transición Española fue un caso paradigmático de transición pacífica pactada y de rápida consolidación democrática (Linz, 1996). Así, en comparación con otros procesos semejantes de transición a una democracia, en España se produjo uno bastante completo, sin dejar lugar a *islas autoritarias*, como sí que sucedió en Chile (Tusell, 2012).

Por otra parte, en lo referente al recorrido o procedimiento, es preciso señalar la existencia de diversos caminos hacia un resultado democrático. Ahora bien, atendiendo a estudios paradigmáticos acerca de la democratización (Linz y Stepan, 1990), destacan tres vías: desde

fuera, desde abajo o desde arriba. Pues bien, el caso de España quedaría enmarcado en este último modelo: *desde arriba*, quedando nuestra transición catalogada como un ejemplo de democratización iniciada en el seno del régimen autoritario por la élite civil. Ahora bien, un modelo democratizador *desde arriba* trae consigo ciertos riesgos, o al menos comporta algunas limitaciones, que son las imperfecciones que se encuentran presentes en la España actual. Y estas imperfecciones democráticas son las *reglas de juego* que el gobierno autoritario saliente trató de crear, consiguiéndolo en muchos casos. Estas reglas son tanto formales como informales, garantes de la preponderancia de esas élites civiles que protagonizaron la salida del régimen anterior y la salvaguarda de sus intereses en el nuevo sistema político. Es por ello comprensible la crítica de los detractores del carácter redentor de nuestra Transición, lamentando su marcado carácter pactista y poco rupturista, y tildándolo de mero acuerdo entre élites, desarrollado a espaldas de la ciudadanía. Ahora bien, desde mi punto de vista, la calificación ha de ser más templada, aduciendo a estos defectos de la Transición la debilidad actual de la sociedad civil en sede de mera correlación, no siendo posible efectuar una relación de causalidad entre ambos fenómenos.

Se observa en definitiva una clara oposición de opiniones. Por ello, y considerando que incluso aquéllos que defienden el éxito de la Transición aceptan que se hizo lo mejor que se pudo dadas las circunstancias y su modelo *desde arriba*, es preciso reconocer que sin esas *circunstancias*, el resultado pudo ser mejor. Así, ha de determinarse que la Transición fue un proceso incompleto, apresurado y muy limitado por sus condicionantes y el contexto histórico. Y la muestra más representativa del carácter incompleto de la Transición es el hecho fehaciente de que hemos fracasado en la cohesión, la unidad y la convivencia. Temas como el del nacionalismo o la división radical y enfrentada de las ideologías en la población española dan fe de ello. Vivimos en un país que no ha sabido articularse y crear una estructura que proteja un proyecto definido de solidaridad y convivencia. A todo ello se une, además, la falta de cultura política que ha tenido históricamente España, y acentuada en la ya mencionada *imperfecta* Transición.

Ahora bien, aceptando el carácter incompleto de la Transición, no parece acertada la opinión de aquéllos que proponen una enmienda a la totalidad (Navarro, 2000). A los efectos del presente estudio únicamente corresponde aquí observar cómo la actividad (o el activismo) de ciertos grupos ciudadanos ha venido a resolver ciertas carencias que creían encontrar en la Transición.

2. La cultura política española

La cultura política hace referencia a las orientaciones sobre política; a las actitudes hacia el sistema político y sus diferentes partes, así como a la posición y papel del individuo en el sistema (Almond y Verba, 1963).

Es por muchos criticado que la pobreza de la cultura política de la ciudadanía española queda constatada al observar que todo parece reducirse a acudir cada cuatro años a las urnas para ejercer el derecho a voto y poco más. Aquí también considero extremas las opiniones de aquéllos que tildan el régimen actual en nuestro país de *partidocracia* o *semidemocracia*, fruto de una Transición que habría desembocado en una suerte de democracia *para el pueblo, pero sin el pueblo*⁴. Ahora bien, sí que creo posible afirmar que, como heredera de nuestra Transición, la cultura política española no es sino un fenómeno dominado por los partidos políticos y políticos profesionales; un régimen en el que la sociedad civil y el ciudadano están en un segundo plano.

Tampoco pretendo efectuar aquí un análisis pormenorizado de la cultura política española y de cómo ha evolucionado ésta desde la última eclosión democrática en 1975, haciendo remisión a su estudio por parte de voces más autorizadas⁵. Además, esto carecería de interés para el presente estudio, puesto que en los últimos años se han producido diversos cambios importantes en la trayectoria de la cultura política española, siendo éstos los verdaderamente relevantes para este trabajo.

La democracia española actual representa un modelo de bajo perfil de apoyo ciudadano que, a mi entender, se debe a dos motivos fundamentales: (i) la sacralización de los partidos políticos a la vista del régimen dictatorial anterior, y la legitimación que automáticamente se les atribuye; y (ii) el desencanto progresivo de la población con respecto al funcionamiento del sistema actual.

Por un lado, en 1975 cualquier sistema de partidos políticos y elecciones libres en democracia parecía mejor que un régimen dictatorial como el franquista. Esto supuso que, implícitamente, la población española entregara un cheque en blanco a la clase política, que se revistió de púrpura adoptando un carácter sacro hasta hace bien poco incontestable. Como resultado, los sondeos realizados muestran una gran adhesión a la democracia y, a su vez, *un bajísimo grado de implicación subjetiva con la misma*⁶, convirtiendo a la cultura política española en un modelo básicamente pasivo y apático.

Por otro lado, si bien la democracia había estado idealizada tras cuarenta años de dictadura franquista, la irrupción de escándalos políticos y casos de corrupción, la distancia entre las promesas electorales y los resultados, etc. han hecho cundir la desilusión entre la sociedad española⁷. Y todo ello ha sido caldo de cultivo para que se produjesen cambios relativamente repentinos a escala nacional y regional.

Los cambios más significativos han sido la irrupción del populismo y del nacionalismo catalán en estrecha relación con el anterior, en una

⁴ Juan Carlos Monedero et al., *En torno a la democracia en España. Problemas pendientes del sistema político español*, 1999, p. 103.

⁵ Como por ejemplo, Maravall (1982), Montero y Torcal (1990), Botella (1992), Morán y Benedicto (1995), y Morán (1998).

⁶ Fernando Jáuregui y Manuel Ángel Menéndez, *Lo que nos queda de Franco*, 1995, p. 47.

⁷ *Ídem*, p. 49.

vorágine que destapa viejas polémicas que parecían resueltas o, como poco, olvidadas (como por ejemplo las de la naturaleza de España como Estado plurinacional). Esto podría señalar que muchas de estas controversias se *maquillaron* en lugar de solucionarse, y fueron pasadas por alto durante la Transición. Así, en la actualidad, nos encontramos inmersos en un proceso de fin de la política del consenso que caracterizó los primeros años de nuestro renacer democrático y que había sido la tónica general durante los últimos treinta años (Morán, 2010).

3. El fenómeno Podemos

Corresponde analizar a *Podemos* desde una óptica cronológica y, de constatarse así, también (o, por tanto) evolutiva. Así, en primer lugar es preciso aproximarse al movimiento del 15-M. Éste, también llamado movimiento de los *indignados* (en adelante, indignados), fue un movimiento ciudadano formado a raíz de la manifestación del 15 de mayo de 2011 (convocada por diversos colectivos), donde se produjeron una serie de protestas pacíficas en España, con la intención de promover una democracia más participativa alejada del bipartidismo PSOE-PP y del dominio de bancos y grandes corporaciones, así como una *auténtica división de poderes* y otras medidas con la intención de mejorar el sistema democrático.

La importancia del desempeño de los movimientos sociales como el del 15-M se ha materializado, a lo largo del tiempo, en distintos aspectos de la realidad social y política como el cambio de los valores, la incorporación de demandas sociales a agendas políticas, la repercusión de éstas sobre los partidos políticos. Ahora bien, lo más relevante en torno a los movimientos sociales; a su desarrollo e impacto, es la cuestión democrática. Hasta tal punto es así que hay autores que señalan que movimientos como el de los indignados es de verdadera *revolución democrática* (Rodríguez, 2013). Y esto viene motivado por el hecho de que estos movimientos tratan de ampliar el espectro democrático tanto en la forma como en el fondo, a la vez que aspiran al reconocimiento de más derechos y libertades. Así, existe una correspondencia entre democratización y movimientos sociales (Tilly, 2010). En el caso que nos ocupa; España y el 15-M, este proceso de democratización es opuesto en su concepción y desarrollo al llevado a cabo durante la Transición. Si ésta se caracterizó por ser liderada por las élites políticas, el 15-M es un movimiento comenzado *desde abajo*. Desde esta perspectiva, el 15-M fue un movimiento popular nacido con el fin de ser un instrumento que obligase a las élites a negociar y el cual permitiese una mayor apertura democrática.

No obstante, la afirmación de que el movimiento social del 15-M sea una causa de la democratización no está exenta de discusión, puesto que hay quienes sostienen que los movimientos sociales son más un síntoma que una causa de la democratización (Ulfelder, 2005). Y lo que es más, los movimientos sociales pueden llegar a ser posibles amenazas para una democracia ya real o existente. Y este es el peligro del populismo. Sin

embargo, antes de sumergirnos en el fenómeno del populismo es preciso atender a la anteriormente suscitada relación entre el movimiento de los indignados o 15-M y *Podemos*. La cuestión es, por tanto, dilucidar si *Podemos* es una política de movimiento o bien un movimiento reconvertido en partido político.

Hay quienes son de la opinión de que *Podemos* no surgió ni como evolución natural ni como apuesta institucional del 15-M. Los defensores de esta postura señalan que la relación entre el movimiento de los indignados y *Podemos* existe, pero sin ser por ello dos fenómenos intercambiables de forma que el segundo pasó a sustituir al primero. Para éstos, el 15-M fue el movimiento social que realizó una enmienda a la totalidad de la realidad política y democrática española, ajeno a toda burocratización o institucionalización. Y por otra parte, *Podemos* emergió con el objetivo de transformar movilizaciones sociales (incluyendo la del 15-M) en mayorías políticas de forma que pueda introducirse en el campo de su rival (la vieja política) y cambiar las instituciones desde dentro. Así, *Podemos* no sería un fin para sí mismo sino un instrumento para asegurar la efectividad de las demandas enarboladas por los movimientos sociales.

En mi opinión, la cual es compartida por muchos autores, *Podemos* es el heredero del 15-M. Si el 15-M fue la expresión social de la crisis del régimen político español, *Podemos* es su expresión política y el sucesor del anterior. A mi entender, el 15-M puso sobre la mesa los ingredientes o herramientas para provocar el cambio político; elementos que han quedado dentro de la estructura institucional de *Podemos*. Es cierto que existen flecos del 15-M que no han sido abarcados por *Podemos*, o que *Podemos* nunca ha querido representar políticamente a un movimiento ciudadano tan heterogéneo y de casuística casi ilimitada. Ahora bien, creo que ello no es óbice para afirmar que *Podemos* se nutrió e incluso que es el resultado político de la expresión social del 15-M.

Existen numerosos ejemplos que dan fe de esta cadena evolutiva; del paso del 15-M a *Podemos*, como es la igualdad en sus líderes, en sus padres ideológicos y en su sustrato de indignación y protesta contra el régimen establecido. Así, el ejemplo más manifiesto es el hecho de que, aun siendo *Podemos* un partido político que de hecho está llamado a jugar un papel importante tras los 69 escaños obtenidos en las pasadas elecciones del 20 de diciembre de 2015, la mayoría de sus votantes no depositaron su confianza en la formación liderada por Pablo Iglesias para la elaboración de nuevas políticas.

Predisposición para optar por <i>Podemos</i> en las urnas			
	<i>Sensación de decepción y desencanto con los demás partidos</i>	<i>Identificación con la ideología de este partido</i>	<i>Ambas cosas</i>
<i>Octubre 2014</i>	42%	33%	25%
<i>Febrero 2015</i>	45%	36%	18%

Tabla 1. Tabla desarrollada a partir de la información obtenida por *Metroscopia* a través de encuestas telefónicas.

Se observa en la Tabla 1 que ni tan siquiera lo hicieron por compartir la ideología de la que *Podemos* se nutre. Por el contrario, el principal motivo para votar a *Podemos* a lo de su vida ha sido la sensación de decepción con el sistema actual. Así lo demuestra también su afán por sustituir lo existente; por renovar el sistema político y las enfermedades que lo asolan, tal y como señala la Tabla 2.

Motivos para votar a <i>Podemos</i>					
<i>Para renovar nuestro sistema político</i>		<i>Por la corrupción que existe actualmente</i>		<i>Para acabar con el bipartidismo PP/PSOE</i>	
<i>SÍ</i>	<i>NO</i>	<i>SÍ</i>	<i>NO</i>	<i>SÍ</i>	<i>NO</i>
96	3	94	7	92	8

Tabla 2. Tabla desarrollada a partir de la información obtenida por *Metroscopia* a través de encuestas telefónicas entre el 13 y 16 de enero de 2015.

Se observa así que hay mucho de esa *indignación* en la formación política que configura *Podemos*, lo que confirma la sospecha de la similitud (si no identidad) entre éste y el 15-M. Pero estas similitudes han de ser precisadas.

Así, en primer lugar es de destacar la similitud en las bases sociológicas de ambos fenómenos. Tanto *Podemos* como el 15-M presentan bases sociológicas ciertamente transversales. Esto es, cuentan con la confianza de grupos sociales muy amplios y distintos entre sí. Tal y como señalan los profesores Cordero y Torcal de la Universitat Pompeu Fabra, es preciso desmentir la impresión de que el votante prototípico de *Podemos* es joven, urbano y con estudios superiores. Lejos de este perfil preconcebido, se observa que sus votantes no son tan jóvenes, superando

su edad media los 45 años. Tampoco se caracterizan por su formación superior y universitaria, estando por detrás de los votantes del PSOE en formación, y siendo éstos últimos los que estaban a la cola históricamente. Por último, si bien existe una gran concentración de simpatizantes en las grandes ciudades (prueba de ello es la reciente victoria de *Podemos* o sus partidos afines en las alcaldías de Madrid, Barcelona y Valencia, entre otras), no puede afirmarse que el votante de *Podemos* sea urbano. Por el contrario, se observa cómo los votantes estándar de *Podemos* son los más rurales de toda la oferta política (superando aquí también al *histórico partido rural*; el PSOE).

De hecho, únicamente hay una nota común que caracteriza a los votantes de *Podemos*; la desafección política. La *indignación*, lo cual también contribuye a cimentar la tesis de la semejanza o identidad entre el 15-M y *Podemos*. Se trata, en definitiva, de ciudadanos que, bajo diferentes condiciones o circunstancias, formarían parte del sector abstencionista, pero que ante la situación actual deciden apoyar a una formación de ruptura (Cordero y Torcal, 2015). Se concluye así que el 15-M de 2011 evolucionó y se dotó de una estructura configurando lo que en la actualidad es el partido político *Podemos*. Sin embargo, resta analizar si la ideología y el mensaje de *Podemos* puede catalogarse como populismo.

III] Podemos y populismo

En primer lugar es preciso aproximarse al concepto de populismo. Pues bien, creo conveniente comenzar señalando la dificultad que entraña su propia definición dado que se trata de un fenómeno que recorre una amplia pluralidad de regímenes, circunstancias y condiciones (Álvarez, 1987). Así lo señala también Santiago Míguez, director del Departamento de Sociología y Ciencia Política de la Universidad de A Coruña al reconocer que no es fácil su definición. También es de destacar que esta falta de consenso no es nueva, puesto que hace décadas ya se debatía la cuestión de si existe o no un sustrato subyacente a todas las manifestaciones populistas (Ionescu y Gellner, 1970), lo que lleva a asumir con no poca resignación que una teoría universal y comprensiva del populismo es una tarea imposible de alcanzar⁸.

No obstante, existen algunas aproximaciones aceptadas y utilizadas en la mayoría de estudios acerca del populismo. He querido acogerme aquí a la elaborada por Roberts⁹, quien señala cinco características esenciales del concepto de nacionalismo. Si bien su teoría tampoco es aceptada por todos, el relativo consenso existente en el mundo académico permite su utilización sin temor a utilizar definiciones que puedan ser más limitadas (no abarcando toda la casuística conocida). Además, considero especialmente relevante su cuarto punto, el cual será

⁸ Margaret Canovan, *Populism*, 1981.

⁹ El profesor Kenneth Roberts desarrolló su tipología en *Populism and Democracy in Latin America*, 1999.

sobre el que cimiente mi argumentación de por qué *Podemos* es, en efecto, un movimiento populista.

Las cinco características en cuestión son las siguientes:

(i) Liderazgo político personalista y paternalista, no necesariamente carismático.

(ii) Coalición de apoyo policlasista basada principalmente en los sectores subalternos.

(iii) Movilización política sostenida en la relación directa entre el líder y las masas que se salta las formas institucionalizadas de intermediación.

(iv) Discurso antielitista y/o antiestablishment basado en una ideología ecléctica.

(v) Utilización de métodos redistributivos y clientelistas que convierte a los sectores populares en base de apoyo al régimen.

Estas cinco características se contemplan como una suerte de mínimo común a todo populismo. Sin embargo, no resulta necesario analizar cada uno de estos puntos para afirmar que *Podemos* es un movimiento populista¹⁰ puesto que tal afirmación depende del concepto de populismo que se baraje (si bien a continuación me centraré en la cuarta característica de la tipología de Roberts; la del *discurso populista*). Además, es precisamente la indefinición el gran activo del populismo. De existir un acuerdo acerca de sus características y elementos definitorios, se habría transformado en una etiqueta política; la misma que se utiliza para designar una amplia gama de fenómenos, partidos, movimientos, líderes democráticos y autoritarios de distintas épocas, lugares y afiliaciones ideológicas (Ruiz, 2006).

Lo que si es por todos aceptado y que resulta útil para este trabajo es que el populismo es una forma de hacer política. Pero además es una forma muy particular, cuyo objetivo fundamental es tomar el poder o, al menos, influir en él. Así, será esta forma de *hacer política* la que configure la estrategia de *Podemos*. He de señalar aquí que, mientras que algunos autores defienden que el elemento fundamental que caracteriza al movimiento populista es el estilo político (Knight, 1998), considero más pertinente definir el populismo de *Podemos* en términos de estrategia política, siguiendo la línea de otros estudios (Weyland, 2001), puesto que creo delimita más acertadamente el término populismo y, por ende, a *Podemos*. Y el núcleo central de esta estrategia es el discurso que emplea este partido político.

Pues bien, jugando con esta indefinición, *Podemos* se configura por tanto como un *partido anti-partido* en lo esencial, que es el discurso. Esto es así dado que pueden señalarse tres grandes elementos configuradores del mismo: Por un lado, (i) *la apelación al pueblo como*

¹⁰ Me remito aquí al perfecto análisis que a mi entender establece el profesor Salvador Schavelzon, definiendo a *Podemos* como fenómeno populista en *La formación de Podemos: Sudamérica, Populismo Postcolonial y Hegemonía Flexible* (2015), a partir de su actuación y explicada a partir del recorrido intelectual de sus dirigentes.

*sujeto privilegiado de interpelación*¹¹. Por otra parte, (ii) se observa la *protesta contra el establishment*¹² o casta en palabras de Podemos (protesta que, ya lejos de sorprendernos, nos trae a la memoria el 15-M). Y por último, (iii) la *defensa de una identidad que se erige como frontera política que separa al pueblo del establishment*.

En lo que respecta a la primera característica del discurso de Podemos, éste se refiere continuamente al pueblo como objeto de apropiación, irguiéndose como único representante del mismo; como el único conocedor de sus intereses, como veremos a continuación. La consecuencia de este comportamiento es bastante clara: la exclusión y marginalización de todos aquellos que no apoyen al *representante del pueblo*. De esta forma, se produce una reversión del mecanismo democrático. Si en democracia es el pueblo quien elige a sus gobernantes, bajo un régimen populista es el gobernante quien decide quién forma parte del pueblo y quién no. Por lo tanto, si la democracia es inclusiva y heterogénea, el populismo es excluyente y homogéneo, tal y como veremos en la explicación de la tercera característica.

Corresponde ahora analizar la segunda característica; la protesta contra el establishment. En cuanto a quiénes conforman el mismo, éstos son las élites; la denominada casta. Este último término ha quedado configurada en el discurso de Podemos por las grandes corporaciones, la banca y los políticos profesionales. Por contraposición, *el pueblo* al que dice representar Podemos es el conjunto de todos aquellos que se han sentido traicionados o expoliados por los de la casta. Este es un mensaje simple y emocional que logra un objetivo muy claro: la unidad frente a un enemigo común. Queda así establecido el antagonismo entre élite o casta y el pueblo. Y, evidentemente, será el partido político (Podemos y otros) los que se configuran como los únicos capaces de defender al pueblo. Pero lejos de tratarse de una defensa pasiva, ésta es de lo más activa ya que no basta tan siquiera con tener representación en el Parlamento, ser oposición, coaligarse con otros partidos o, en definitiva, hacer política. No, es preciso ocupar el Estado; *asaltar el Cielo*, en palabras de su líder, Pablo Iglesias.

Este *modus operandi* se encuentra a todas luces alejado de lo que entendemos por democracia liberal. De hecho, la democracia es todo lo contrario. Tal y como señala el profesor Francesc de Carreras, *se trata de*

¹¹ Francisco Panizza, *El populismo como espejo de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 286.

¹² Me gustaría precisar aquí que el establishment o *casta* a los que continuamente hace referencia Podemos en su discurso (especialmente en sus inicios) debe ser enmarcada bajo la paradigmática Ley de Hierro de la Oligarquía de Robert Michels. Ésta se encuentra recogida en su obra *Los partidos políticos* (1911) y en ella formula la tesis de que tanto en una autocracia como en una democracia, siempre gobernará una minoría. El trasfondo de todo ello es que toda organización se vuelve oligárquica y, si bien en un comienzo los líderes pueden ser guiados por la voluntad de la masa, con el paso del tiempo se emancipan de ésta y se vuelven conservadores, tratando de mantener su poder a toda costa.

*un sistema político muy defectuoso, necesitado de correcciones y renovaciones, y siempre consciente de que nunca alcanzará la perfección. En la democracia, nada es sencillo sino que todo es complejo, es lenta en sus actuaciones pero segura en sus decisiones, tomadas tras un proceso público racional y argumentativo*¹³.

Finalmente, en lo que respecta a la tercera de las características, es preciso destacar que con el objetivo de crear una frontera divisoria entre el pueblo y el establishment, el discurso populista de *Podemos* emplea un concepto universal de pueblo. Esta actuación es propia de un movimiento populista dado que los discursos y movimientos populistas se esfuerzan por *eliminar la ambigüedad*¹⁴ del significado de pueblo. Por el contrario, en una verdadera democracia, el pueblo no es una unidad homogénea sino un conjunto plural y heterogéneo en su naturaleza, intereses y actuación, lo que genera inevitables conflictos internos que habrán de ser resueltos por los cauces previstos, siendo éstos también una seña de identidad democrática. Así, una democracia liberal no es únicamente la ostentación del poder por el pueblo sino, además (y sobre todo), un sistema orgánico de controles mutuos (Carreras, 2015). En este sistema, *las decisiones políticas no son producto de una sola voluntad sino de un proceso en el que actúan voluntades diversas con funciones muy distintas*¹⁵. Para el populismo de *Podemos*, el Estado es una suerte de mecanismo conecedor *ex ante* de los intereses de un pueblo del cual se autoproclama figura mesiánica. Y, en oposición a esta concepción, para una democracia el Estado se torna un instrumento complejo cuya misión fundamental es crear las condiciones necesarias para que sus ciudadanos vivan en libertad e igualdad.

Se afirma así que *Podemos* es una formación populista en la medida en que aspira a una gran movilización social ante unas élites percibidas como lejanas o que se han convertido en una oligarquía (casta) que, pretendidamente, han secuestrado o limitado los derechos de la ciudadanía. Se impone, pues, una movilización que acorte la distancia entre representados y representantes políticos¹⁶.

IV] Podemos, populismo, y democracia

La cuestión que corresponde analizar aquí es si debe verse al populismo como una suerte de sub-modelo democrático o como un rival antagónico a la democracia. Pues bien, no creo que deba realizarse la dicotomía radical democracia-populismo sin una explicación previa, puesto que el populismo tiene cabida en democracia... o mejor dicho; es una degeneración progresiva de la democracia misma, llamada a alcanzar el poder y cambiar las reglas del juego político de forma que sea capaz de instaurar un sistema distinto que, muy probablemente, ya no pueda ser

¹³ Francesc de Carreras, *Populismo contra democracia*, El País, 9 de abril de 2015.

¹⁴ Michael Freedon, *Ideologies and Political Theory*, 1996, p. 76.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Tercera de las características de todo populismo según Roberts (1999).

denominado democrático. Y es que si la política se plantea en términos democráticos y liberales, cabe denominar anti-político al fenómeno del populismo¹⁷.

La política, en un contexto democrático y liberal, lleva consigo cierto grado de tolerancia, pragmatismo e institucionalización, mientras que el populismo se conjuga con dificultad con todo ello. Por el contrario, el populismo es maximalista y poco pragmático por su naturaleza que le lleva a rechazar subversivamente toda institución o estructura jerarquizada. Por todo ello, aun cuando parece existir una identificación entre democracia y pueblo, en realidad las instituciones de la democracia moderna impiden tal asociación.

En España, el populismo pone en cuestión la Transición política, considerándola un simple cambio cosmético del franquismo, una mera continuidad del mismo. En estos términos, el populismo (cuyo máximo exponente en nuestro país es *Podemos*), no es una nueva manera de entender la democracia, sino un movimiento que pretende acabar con ella. Ahora bien, si está llamado a devorar a la democracia española, cabría preguntarse entonces por qué ha tenido un éxito arrollador en los últimos dos años. Y el motivo es que no son necesarias propuestas constructivas, sino que su discurso es de protesta e indignación (ver Tablas 1 y 2). Su razón de ser viene dada por el hecho de que España funciona mal, no soluciona los problemas de amplios sectores sociales ni da respuestas a sus demandas. Así, el éxito de *Podemos* no podría explicarse sin la crisis económica, el paro, la corrupción política y el desprestigio de los grandes partidos. Por tanto, y en la misma línea que se afirmaban las imperfecciones de la Transición, hay causas para el cambio. No obstante, la cuestión radica en si este cambio debe consistir en una reforma del sistema o en una ruptura del mismo. Y hablo de ruptura porque el populismo de *Podemos* y otros tantos, con sus pretensiones de radicalidad democrática, lo que pretende es cambiar el sistema de raíz (donde *cambio* no es sino un eufemismo para *destrucción*) aplicando unos criterios tan simples como terribles: la definición y posterior contraposición de malos y buenos. Así, el discurso de *Podemos* resulta nefasto puesto que establece que el mal está en las élites (y en aquéllos que les votan) y el bien está en el pueblo (en todos aquéllos que no votan a estas élites). De esta manera, el populismo se ha arrogado en España la *representación del pueblo* de manera unilateral.

Este antagonismo entre los fenómenos de populismo y democracia trae consigo una clara consecuencia: si el Estado democrático liberal busca la autonomía de los ciudadanos, el Estado populista tiende a una deriva totalitaria. Este conocimiento previo de los *intereses del pueblo* por parte del populismo implica que un sistema así rechace debates o controles para garantizar estos intereses. Si el régimen populista es conecedor de antemano de *aquello que conviene a estos individuos y utiliza su poder para tomar las decisiones oportunas sin*

¹⁷ Así lo señala Peter Worsley, 'El concepto de populismo', en Ghita Ionescu y Ernest Gellner (comps.) *Populismo, sus significados y sus características nacionales*, 1972.

necesidad de utilizar procedimientos para consultarlos. No se trata, pues, de dos formas de gobierno distintas, sino de dos formas de Estado diferentes: la una, democrática, y la otra, no¹⁸. Por lo tanto, la irrupción de Podemos y las demás manifestaciones en nuestro país han de observarse con recelo y ánimo de denuncia, dado que las formas de gobierno rupturistas rompen la sociedad democrática.

Esta contraposición de populismo y democracia también ha de analizarse en el plano teórico. Y es que afirmando tal distinción se observa que democracia no es sinónimo de gobierno del pueblo¹⁹. Tal y como se ha mencionado anteriormente, la democracia es un conjunto de normas, procedimientos e instituciones que ponen freno o cauce a manifestaciones tumultuarias, explosivas o emotivas provenientes del pueblo. De este modo, mientras la democracia pretende una incorporación política regular, institucionalizada y limitada, el populismo parece requerir una movilización episódica, irregular e intempestiva²⁰. Así pues, aunque a priori democracia y populismo puedan parecer dos conceptos cercanos e incluso iguales, en realidad distan mucho de serlo.

Si bien una democracia moderna tan solo puede entenderse en la actualidad dentro del género de democracia liberal²¹, es de señalar que la cercanía del populismo con la democracia plebiscitaria, cuestión a la que volveremos a aproximarnos al tratar el caso del nacionalismo catalán.

Por último, cerrando el tema teórico a la vez que la cuestión que nos ocupa, creo conveniente hacer una brevísima referencia al modelo de democracia populista²². La democracia populista se caracteriza por autoproclamarse democrática, empleando como discurso legitimador la creación de una sociedad socialista igualitaria. Ahora bien, la democracia populista dista mucho de ser democrática dado que, entre otras características, en ellas el pluralismo es muy limitado o, en la práctica, inexistente permitiéndose en ocasiones un único partido político, existe un férreo control de la prensa y la libertad de expresión está muy limitada.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Es preciso señalar aquí que el concepto de democracia es ciertamente amplio y polivalente. Así, dependiendo de los adjetivos que acompañen al término 'democracia' (popular, representativa, constitucional, liberal, etc.), el fenómeno populista tendría mayor o menor cabida como subtipo democrático. Sin embargo, a lo largo de este trabajo se ha analizado la democracia en su concepción liberal, como es el caso de España, en la cual adopta un formato de monarquía parlamentaria.

²⁰ Roberto García Jurado, *Sobre el concepto de populismo*, Departamento Académico de Estudios Generales Instituto Tecnológico Autónomo de México, Estudio 103, vol. x, invierno 2012, p. 26.

²¹ El proceso histórico y conceptual que dio origen al término democracia liberal está adecuadamente referido en Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*, 1991.

²² El ejemplo más representativo en la actualidad de este modelo político es La República Popular de China.

Se trata, echando la vista atrás, de un fenómeno al que se referían los ilustrados dieciochescos en Inglaterra (Edmund Burke) o Norteamérica (Alexander Hamilton), o Tocqueville en el siglo XIX, al referirse a la *tiranía de la mayoría*²³. Pues bien, la democracia populista y el populismo son fenómenos similares pero no iguales en opinión de diversos autores (García, 2012). Sin embargo, desde mi punto de vista y a los efectos de simplificar el presente análisis, considero que si el populismo es la ideología, la democracia populista sería el régimen instaurado en caso de que aquélla lograse alcanzar el poder.

Una vez señalada la línea evolutiva entre el movimiento del 15-M y *Podemos*, así como la identidad populista de este último, procede, finalmente, analizar si el nuevo discurso independentista catalán contiene notas características del populismo que recorre España.

V J Identidad y política en Cataluña: un nacionalismo del siglo XXI

El estudio del nacionalismo como fenómeno aislado no resulta relevante para este trabajo. Por el contrario, sí que se observa como fundamental el análisis de las características que el nacionalismo catalán presenta en la actualidad. Sin embargo, si bien no parece pertinente un análisis del nacionalismo catalán como tal, sí que lo es enmarcarlo o definirlo bajo alguna estructura o modelo. Atendiendo a la distinción realizada por algunos autores, puede señalarse la existencia de un nacionalismo político y un nacionalismo cultural (De Blas, 1994). El primero destaca por su funcionalidad y pragmatismo, dado que genera una fuente de legitimidad y lealtad *hacia un Estado-nación que, en el mundo occidental, se ha terminado transformando en una realidad equiparable al sistema político liberal-democrático*²⁴. Por su parte, el nacionalismo cultural acentúa *rasgos más emotivos y comprometidos, menos acordes con una lógica instrumental*²⁵.

Pues bien, el caso catalán podría considerarse como un híbrido entre ambos modelos, en el que ha predominado uno u otro a lo largo de la historia, siendo hoy en día más fuerte su faceta política que la cultural. Es además un ejemplo histórico de nacionalismo ampliamente estudiado²⁶ y con un gran significado tanto en el contexto español como en el europeo, además de ser un elemento que se remonta al siglo XIX. Se trata de un caso paradigmático de nación sin estado en cuyo marco, aunque han ido cambiando las señas de identidad de Cataluña a lo largo del tiempo, el discurso nacionalista predominante se ha asentado

²³ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, p. 10.

²⁴ Andrés de Blas, *Nacionalismos y Naciones en Europa*, Alianza Editorial, 1994, p. 16.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Destacan aquí los estudios de Riquer i Permanyer (1996), Balcells (2003), Llobera (2003) y Guibernau (2004).

esencialmente sobre elementos culturales, ostentando la lengua catalana el papel protagonista en este aspecto.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, lo que se observa como una novedad, y que por ende es verdaderamente relevante a los efectos del presente estudio, es la forma que han adoptado las reivindicaciones nacionalistas catalanas en el último lustro. Así, el nacionalismo catalán ha optado por la deriva independentista, cuyo apoyo era hasta hace bien poco minoritario.

Por vez primera desde la Transición Española, el fenómeno del nacionalismo catalán ha creado la estructura y sentado las bases para que pueda plantearse la posibilidad real de construir un estado catalán independiente. Y para lograrlo se han diseñado las estrategias políticas pertinentes, además del fuerte apoyo que el proyecto secesionista ha encontrado en la población catalana (Clua i Fainé, 2004).

Este proyecto se conoce como el proceso soberanista catalán o *procés*. Llegados a este punto, creo conveniente hacer referencia a la evolución reciente del nacionalismo catalán en sede política, lo que conduce, de manera inexorable, a un breve análisis jurídico de la situación.

Pues bien, dicho análisis debe remontarse a no antes del año 2003, cuando las elecciones al Parlamento de Cataluña (en adelante, *Parlament*) dieron lugar a un gobierno de coalición tripartito, conformado por Partit dels Socialistes de Catalunya (PSC), Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) e Iniciativa per Catalunya Verds - Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA). Esta coalición tenía como objetivo principal poner en marcha un mecanismo de reforma del Estatuto de 1979 con el fin de aumentar las cotas de autogobierno de Cataluña. Y así sucedió tras el voto mayoritario del Parlamento en 2005. Ahora bien, cuando la propuesta de reforma fue presentada ante el Congreso de los Diputados, las Cortes Generales introdujeron modificaciones importantes al texto aprobado por el *Parlament* a pesar de que el candidato socialista a la presidencia del gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero (y ganador de las elecciones de marzo de 2004), se había comprometido a apoyar el Estatuto que aprobase el Parlamento de Cataluña sin alterarlo.²⁷

Sin embargo, sí que se aprobó, en marzo de 2006, una nueva propuesta de Estatuto pactada por CiU y PSOE en las Cortes Generales. Tras su aprobación en Madrid, el nuevo Estatuto fue ratificado por el Parlamento de Cataluña, si bien ERC, principal impulsor de la propuesta de reforma del Estatuto en 2005, consideró insuficiente el nuevo texto, criticando duramente después de los recortes por parte de las Cortes Generales de España, lo que provocó su voto contrario a la ratificación.

El 18 de junio de 2006 el Estatuto fue sometido al referéndum de los ciudadanos de Cataluña. Con un 48,9% de participación, el sí obtuvo un 73,2% y el no un 20,6 %. El nuevo Estatuto perseguía esencialmente un *aggiornamento* que consiguiera un aumento de la capacidad de toma

²⁷ Zapatero promete apoyar la reforma del Estatut que apruebe el *Parlament*. Diario El País, 14 de noviembre de 2003.

de decisiones políticas por parte del gobierno y sociedad catalanes, así como el reconocimiento de la singularidad de Cataluña (Tornos, 2011)²⁸.

Durante 2009 y 2010 se celebraron consultas no oficiales sobre la independencia de Cataluña en 512 municipios de Cataluña, con una amplia mayoría de votos favorables, si bien con una exigua participación.

El 28 de junio de 2010 se conoció la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 que supuso un nuevo recorte del texto aprobado por el *Parlament* cinco años antes. La sentencia resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en julio de 2006 por el Partido Popular, al que siguieron otros seis recursos presentados por el Defensor del Pueblo y los gobiernos de cinco comunidades autónomas.

Parece aceptado en la comunidad académica y entre los analistas políticos que la irrupción del independentismo catalán en su versión más agresiva se ha producido a raíz de la crisis económica de 2008, junto a la citada sentencia negativa del Tribunal Constitucional sobre el *Estatut* en 2010. Además, el Alto Tribunal señaló la falta de eficiencia jurídica las menciones que en el preámbulo del Estatuto se referían a Cataluña como nación y a la realidad nacional de Cataluña.

La resolución del Tribunal Constitucional ante el recurso del PP supuso la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de un estatuto autonómico. Según algunos analistas, la sentencia supuso que no se ampliara sustancialmente la autonomía política catalana, pero no constituyó un retroceso.²⁹ Por otra parte, sería erróneo reducir lo que sucede en la actualidad a una mera consecuencia de este fenómeno. Y es aquí donde debe analizarse la fuerte irrupción de la ciudadanía en el juego del nacionalismo catalán.

La decisión del Alto Tribunal generó un profundo descontento entre los partidos que habían impulsado el Estatuto (CiU, PSC, ERC e ICV-EUiA) y les llevó a apoyar una manifestación de protesta organizada por la entidad de defensa de la cultura catalana en julio de 2010 bajo el lema *Som una nació. Nosaltres decidim* (Somos una nación. Nosotros decidimos).

En las elecciones autonómicas de 2010, dos partidos que pedían la convocatoria de un referéndum de autodeterminación para Cataluña obtuvieron representación en el nuevo parlamento: ERC y *Solidaritat Catalana per la Independència*. Artur Mas, que quedó a ocho escaños de la mayoría absoluta, se presentó al debate de investidura con un discurso en el que proponía que Cataluña comenzase una transición nacional hacia la aplicación plena del derecho a decidir de los catalanes. Según Mas, la sentencia del Tribunal Constitucional en relación al Estatuto de 2006 había dado por terminado el pacto constitucional entre Cataluña y España, y el proceso de transición nacional seguiría el camino marcado por la

²⁸ Tornos Mas, Joaquín (2011). *La sentencia del Tribunal Constitucional Español 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*

²⁹ *Idem*

manifestación realizada el 10 de julio anterior que, con el lema *Som una nació. Nosaltres decidim*.

Este derecho a decidir quedó plasmado en el interés de los partidos independentistas de realizar una consulta a la ciudadanía catalana. Así, en diciembre de 2013 se formuló una pregunta con dos apartados en el referéndum: (i) ¿Quiere que Cataluña sea un Estado? y (ii) En caso afirmativo, ¿quiere que este Estado sea independiente?

Es preciso señalar aquí que la Constitución Española de 1978 permite la participación política ciudadana y la ley orgánica 2/1980 de 18 de enero regula diferentes variedades posibles de referéndum, entre las que se incluye el referéndum consultivo autonómico, que según la legislación debe estar autorizado por el Estado español. Sin embargo, el Estatut de 2006 introdujo en su artículo 122 la noción de que la Generalidad de Cataluña tenía la competencia exclusiva para convocar consultas. Competencia que el Tribunal Constitucional restringió, sin embargo, mediante la ya citada sentencia del 28 de junio de 2010, quedando así desautorizada la celebración de una consulta por parte de la Generalidad.

Partidos políticos como el Partido Popular o Ciudadanos niegan que el artículo 150.2 de la Constitución (que permite la transferencia o delegación a las autonomías de responsabilidades del Estado español) sirva para convocar un referéndum, mientras que los partidos pro-independencia catalanes se oponen a esta interpretación.

Haciendo caso omiso a lo señalado por el Alto Tribunal, el Parlamento de Cataluña aprobó el 27 de septiembre de 2012 una resolución pidiendo celebrar el referéndum de autodeterminación de Cataluña durante la décima legislatura de la Cataluña autonómica con posterioridad a las elecciones al Parlamento de Cataluña de 2012: En estas elecciones, los partidos independentistas firmaron un pacto de gobernabilidad que incluyó entre sus puntos la denominada *Consulta sobre el futuro político de Cataluña*.

El 23 de enero de 2013 el Parlamento de Cataluña aprobó la Declaración de Soberanía y del derecho a decidir del Pueblo de Cataluña, la cual dispone que:

*De acuerdo con la voluntad mayoritaria expresada democráticamente por parte del pueblo de Cataluña, el Parlamento de Cataluña acuerda hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir, para que los ciudadanos de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo de acuerdo con los principios siguientes...*³⁰

Los principios dispuestos por el texto son los de diálogo, cohesión social, legitimidad democrática, transparencia, legalidad, europeísmo, papel principal del Parlamento y participación, todos ellos precedidos y legitimados por el de soberanía que se reafirma diciendo que *el pueblo*

³⁰ Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, 23 de enero de 2013.

de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano³¹

La respuesta del Tribunal Constitucional ante el desafío soberanista llegó el 8 de mayo de 2013, en una resolución por la que se suspendía esta declaración cautelarmente al admitir a trámite la impugnación presentada por la Abogacía del Estado, que la consideró un acto de poder constituyente y un desafío abierto contra la Constitución³². Por su parte, el gobierno de la Generalidad de Cataluña creó un Consejo Asesor para la Transición Nacional con el fin de asesorar a la Generalidad en el proceso de transición nacional de Cataluña y lograr la tan ansiada consulta.

El 26 de junio de 2013 tuvo lugar en el Parlamento de Cataluña la reunión constitutiva del Pacto Nacional por el Derecho a Decidir a favor del ejercicio del derecho a la autodeterminación en Cataluña, formado por cuarenta partidos, sindicatos y asociaciones.

Ante una eventual negativa del Gobierno a la aprobación de una consulta legal sobre la independencia de Cataluña o el impedimento absoluto de una consulta mediante la ley catalana por parte de las instituciones estatales, el presidente Mas declaró el 5 de septiembre de 2013 que optaría por convocar unas elecciones en clave plebiscitaria.

La Asamblea Nacional Catalana durante la fiesta del Día Once de Septiembre de 2013 organizó la Vía Catalana hacia la Independencia, una cadena humana de unos 400 km a lo largo de Cataluña. Haciendo caso omiso a las actuaciones del Gobierno central y la suspensión cautelar del Tribunal Constitucional los representantes parlamentarios independentistas continúan con sus acciones políticas. Tras una negociación de varias semanas entre los partidos nacionalistas catalanes, el 12 de diciembre de 2013 el presidente de la Generalidad anuncia que tenía previsto convocar el referéndum para el 9 de noviembre de 2014, incluyendo una pregunta doble, anteriormente señalada: (i) ¿Quiere que Cataluña sea un Estado? y (ii) En caso afirmativo, ¿quiere que este Estado sea independiente?.

La respuesta del Gobierno de España, fue inmediata, advirtiendo que la convocatoria de tal referéndum no tendrá lugar por contravenir la Constitución. No obstante, el 16 de enero de 2014 el Parlamento de Cataluña votó una petición al Congreso de los Diputados para que la Generalidad de Cataluña pueda celebrar un referéndum consultivo sobre el futuro político de Cataluña.

El 25 de marzo de 2014, el Tribunal Constitucional determinó finalmente que esta declaración de soberanía (que, tal y como se ha señalado, ya había sido suspendida cautelarmente en mayo de 2013) era inconstitucional y nula y, por tanto, no amparaba la celebración de un referéndum de autodeterminación en Cataluña³³. En su resolución, el Alto Tribunal dispone que el llamado *derecho a decidir* no es sino el derecho

³¹ *Ibidem*. Principio Primero.

³² STC 42/2014 de 25 de marzo

³³ *Idem*.

de participación política que existe en Cataluña y en toda España, siempre que se aplique la legalidad existente sobre soberanía, referéndums, consultas y competencias propias de cada administración del Estado, parcelas estas que deberán ser respetadas por todos los poderes públicos, para que se reconozca la legitimidad en el origen de sus actos políticos. Además, a este golpe al independentismo catalán se unió en abril de 2015 el rechazo por parte del Congreso de los Diputados de la petición para realizar un referéndum consultivo.

Sin embargo, haciendo una vez más caso omiso a Madrid, el gobierno de la Generalidad continuó con su proceso de realización de consulta. El 11 de septiembre de 2014 la Asamblea Nacional Catalana y Òmnium Cultural organizaron una concentración bajo el lema *Ahora es la Hora, unidos por un país nuevo*, formando los concentrados una 'V' que simbolizaba las palabras 'voluntad, votar y victoria'.

Tras el rechazo del Congreso de los Diputados a la petición de la cesión de la competencia para convocar y celebrar referéndums, los partidos CIU-ERC apoyaron la iniciativa parlamentaria para elaborar una Ley de consultas no refrendarias con la intención de facilitar un nuevo marco legal de consultas. De esta forma, se empezó a elaborar una nueva ley de consultas que amparase la convocatoria anunciada para el 9 de noviembre, construyendo un sistema legal alternativo al de un posible referéndum. El gobierno de Mariano Rajoy anunció que la recurriría ante el Tribunal Constitucional por invadir las competencias del Estado. El 19 de septiembre, la ley de consultas fue aprobada en el pleno del Parlament, y publicada en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña el 27 de septiembre de 2014, poco antes de ser convocada oficialmente la consulta. Consulta a todas luces ilegal puesto que, tal y como señalaba el Tribunal Constitucional en su sentencia de marzo de 2014, *una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España*³⁴.

El 27 de septiembre de 2014, Mas, firmó el decreto de convocatoria de la consulta. El presidente señaló que había llegado el momento de ejercer el derecho a decidir y reafirmó que estaba abierto a pactar la consulta hasta el último momento con el Estado.

La mañana del 29 de septiembre tuvo lugar una reunión extraordinaria del Consejo de ministros en la que se aprobaron dos recursos de inconstitucionalidad que fueron presentados al Tribunal Constitucional. Ese mismo día, fue convocado de forma excepcional un pleno del Tribunal Constitucional en el que se admitieron a trámite los recursos presentados por el gobierno quedando suspendida cautelarmente la consulta.

Al día siguiente de la suspensión, el gobierno de Cataluña anunciaba la suspensión cautelar y temporal de la campaña del 9N, evitando enfrentarse a un posible delito de desobediencia tipificado en el artículo 410 del Código Penal y anunció que tomaría medidas legales para

³⁴ STC 42/2014 de 25 de marzo, Fundamento Jurídico 3.

levantar la suspensión. Para ello, el 1 de octubre, el gobierno de Cataluña presentó un recurso contra la impugnación de la consulta. Esta argumentó un genérico derecho de participación de la ciudadanía en procesos electorales tratando de diferenciar consultas, referéndums y vinculación de los mismos.

Después de proclamar que se acataba la suspensión cautelar de la consulta del 9-N dictada por el Tribunal Constitucional, el 13 de octubre, tras una reunión con los partidos soberanistas, el presidente Mas afirma que la consulta ya no podrá celebrarse en los términos previstos y plantea alternativamente trasladar sus posibles responsabilidades legales mediante un proceso de participación ciudadana. Al día siguiente anuncia públicamente su intención de realizar una consulta alternativa usando los recursos de la Generalidad de Cataluña pero con la colaboración de voluntarios, asociaciones civiles y al amparo de parte de la ley de consultas que no había sido suspendida.

Con este fin, el Gobierno de la Generalidad se comprometió a financiar e impulsar lo que redenomina como *proces participatiu* (proceso participativo). Para ello se cambia la forma de actuar administrativamente, sin dejar constancia documental publicada de las órdenes impartidas, con el objetivo de realizar la misma consulta que la descrita en el decreto suspendido cautelarmente por los tribunales. Además, se puso en marcha una página web en la que se reclutan voluntarios denominada *participa2014.cat*. Ante esta nueva situación, el gobierno de España empezó a estudiar si esta nueva consulta planteada por Mas sería legal y si sería recurrible. Más tarde, el gobierno declaró que había comenzado los trámites para recurrir la nueva consulta solicitando un nuevo informe al Consejo de Estado para valorar una posible impugnación del nuevo proceso anunciado por Mas.

El 2 de noviembre de 2014, tras la reunión del Consejo de ministros, el gobierno de España confirmó que impugnaría la nueva consulta. 2 días después, el Tribunal Constitucional admitía a trámite los recursos presentados por el gobierno contra las actuaciones de la Generalidad de Cataluña relativas a la convocatoria de esta consulta y esta quedó suspendida cautelarmente.¹⁸⁰

Sin embargo, la Generalidad de Cataluña anunció que continuaba con el proceso participativo y que presentaría un recurso contra el gobierno de España ante el Tribunal Supremo alegando que este vulneraba los derechos de participación, de libertad expresión y libertad ideológica. El 6 de noviembre, el Tribunal Supremo rechazaba el recurso presentado por la Generalidad ya que el acuerdo del consejo de ministros cuestionado no es un acto susceptible de recurso contencioso y la impugnación correspondería al Tribunal Constitucional. Además, el recurso llegó tarde ya que el Tribunal Constitucional ya había admitido a trámite los recursos del gobierno de España. A todo esto se une que el Supremo no tiene competencia para enjuiciar las resoluciones del Constitucional. Sin embargo, a pesar de todo, la consulta soberanista tuvo lugar el 9 de noviembre de 2014.

El 11 de junio de 2015 el Tribunal Constitucional se pronunció y declaró inconstitucionales los actos impugnados por el gobierno, destinados a la realización del proceso participativo por parte de la Generalidad de Cataluña. Estas actuaciones eran, según afirmó el tribunal, *inconstitucionales en su totalidad, en cuanto viciadas de incompetencia, por no corresponder a la Comunidad Autónoma la convocatoria de consultas que versan sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento del orden constitucional*³⁵

El 14 de enero de 2015 el presidente de la Generalidad de Cataluña anunciaba en una rueda de prensa el adelanto de las elecciones autonómicas para el día 27 de septiembre de 2015 y que éstas tendrían un carácter plebiscitario sobre la independencia de Cataluña. A pesar de que el 25 de febrero el Alto Tribunal confirmó por unanimidad la inconstitucionalidad de la consulta del 9-N, un mes después los partidos independentistas pactaban la hoja de ruta del proceso soberanista catalán en la que se incluía una declaración unilateral de independencia en el plazo de 18 meses si los partidos soberanistas ganaban las elecciones plebiscitarias previstas para el 27 de septiembre. Al día siguiente, el presidente Mariano Rajoy les advirtió que ningún Gobierno de España iba a autorizar la ruptura de la soberanía nacional.

La plataforma *Ara es l'hora* (Ahora es la Hora) organizó, durante la fiesta del Día 11 de septiembre de 2015, la llamada Vía Libre a la República Catalana; una convocatoria de masas que ocupó un tramo de 5,2 kilómetros de la Avenida Meridiana de Barcelona con el objetivo de reivindicar la independencia de Cataluña.

En las elecciones autonómicas de septiembre de 2015, a pesar de que los partidos a favor de la independencia (la CUP *Junts pel Sí*) y de Cataluña no ganaron las elecciones en cuanto a número de votos, sí que lo hicieron en escaños. Así, los principales dirigentes de *Junts pel Sí* afirmaron que los resultados les proporcionaban una victoria y legitimidad política y moral para comenzar el proceso de constitución de una República Catalana.

El 27 de octubre de 2015, un día después de la constitución del nuevo parlamento, los grupos parlamentarios de la CUP y *Junts pel Sí* registraron en el Parlamento de Cataluña una propuesta de resolución en la que se instaba a *declarar solemnemente el inicio del proceso de creación del estado catalán independiente en forma de república*³⁶. Esta fue aprobada el 9 de noviembre.

El mismo día en el que se aprobaba la resolución en el Parlamento, Rajoy inició los trámites para presentar un recurso al Tribunal Constitucional pidiendo un informe al Consejo de Estado. El 2 de diciembre de 2015, el Tribunal Constitucional, por unanimidad, declaró inconstitucional la declaración.

³⁵ STC 138/2015 de 11 de junio, Fundamento Jurídico 3.

³⁶ *Proposta de resolució*. Ref.: 25026101 500001. Parlament de Catalunya. 27 de octubre de 2015.

Tras la elección del nuevo presidente autonómico Puigdemont en enero de 2016, *Junts pel Sí* y la CUP iniciaron los trámites para redactar las tres leyes previstas en la declaración de ruptura del 9-N, al registrar en el *Parlament* la petición para crear las tres ponencias correspondientes, pese a que la declaración fue anulada por el Tribunal Constitucional. Un mes más tarde, el 7 de abril, el pleno del *Parlament* aprobó, por 71 votos a favor y 52 en contra, una moción reivindicando la vigencia de la declaración independentista del 9 de noviembre, anulada por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, la debilidad del gobierno del estado español, por tratarse de uno en funciones desde el mes de diciembre de 2015 hasta finales de octubre de 2016, ha hecho que por primera vez desde febrero de 2015 el sí a la secesión gane (47,7%) al no (42,4%)³⁷. Y cada uno de los contendientes; el Gobierno de España y el Gobierno de la Generalidad, mantienen sus posiciones. Esto quedó ratificado por lo señalado por Mariano Rajoy en los pasillos del Congreso el 29 de octubre, minutos después de ser investido Presidente del Gobierno por segunda vez. El presidente destacó, una vez más, que ningún Gobierno de España iba a autorizar la ruptura de la soberanía nacional

Todo lo descrito acerca de la línea temporal del desafío soberanista catalán no hace sino poner de manifiesto su actitud de desacato e ilegalidad ante lo dispuesto por el estado español. No corresponde aquí analizar las vicisitudes jurídicas e históricas que pueda argumentar el independentismo catalán para lograr su objetivo, sino presentar la cultura política que esgrime el independentismo y la actitud de sus partidos y líderes políticos. Y el recurso a la democracia plebiscitaria, junto a las continuas tensiones entre el Tribunal Constitucional y el *Parlament*, sacan a relucir el marcado cariz populista de sus actuaciones.

En definitiva, se observa cómo el proceso soberanista ha quedado envuelto en una estructura de acción política ciudadana que viene de la mano de los procesos de movilización y rebelión ciudadana que han surgido en los países del sur de Europa en los últimos cinco años, que en el caso de España, se identifica con los indignados y el movimiento del 15-M. De esta forma, han coincidido en los últimos años el paso de una demanda de Estatuto de Autonomía a la proclama de la independencia, y el cambio del *catalán cabreado* al *ciudadano indignado* (Feixa y Nofre, 2013). La cuestión es dilucidar si estos dos cambios se han dado de forma paralela o bien se han producido intersecciones entre los dos fenómenos.

Se ha analizado con anterioridad que el movimiento del 15-M no es sino una revolución democrática radicalmente opuesta a lo que sucedió en la Transición, tratada anteriormente. Así, si la Transición fue un proceso de democratización impulsado *desde arriba* (Linz y Stepan, 1990), el del 15-M vino *desde abajo*, proclamando la ruptura con el modelo de democracia actual y exigiendo el reconocimiento de la mayoría de edad de la ciudadanía para decidir su futuro. Sin embargo, corresponde ahora

³⁷ Así lo señala el segundo barómetro del Centro de Estudios de Opinión (CEO) de 2016

determinar la relación entre el populismo de *Podemos* (resultado de la estructuración del 15-M) y el nacionalismo catalán.

En la política catalana se ha observado en los últimos años el surgimiento de nuevos actores que rechazan la etiqueta *partido* para asumir, en cambio, lemas inclusivos, transversales y que apelan a valores, tales como Plataforma, Solidaridad Catalana por la Independencia, Candidatura de Unidad Popular, y que podrían ser considerados como formaciones populistas (Casals, 2013). Hoy en día se considera Barcelona como zona cero del populismo en España, y es que el eco del 15-M madrileño llegó a Cataluña antes y con más fuerza que a cualquier otro lugar. Así, es en esta comunidad donde el fenómeno populista se ha producido primero y donde tiene mayor fuerza, y desde allí se ha expandido a otros territorios, como es el caso de *Compromís-Podemos*, Barcelona en Comú, Ahora Madrid, Zaragoza en Común, Marea Atlántica o Las Palmas de Gran Canaria Puede.

El populismo nacionalista encuentra su expresión en el caso catalán con la demanda de creación de un nuevo Estado donde se depositan las esperanzas e ilusiones de cambio. Así, en el proceso soberanista coinciden los independentistas que ponen el acento principal en la cuestión nacional, con ciudadanos con un perfil más social que buscan en el nuevo estado el medio o instrumento que les permitirá conseguir su objetivo final de construir una sociedad mejor. En relación con este último grupo, es preciso mencionar el carácter cuasi-sacro con el que parece revestida la democracia plebiscitaria catalana de los últimos años, tal y como ha quedado reflejado en la descripción del proceso soberanista realizada anteriormente. En consecuencia, se disfruta de un amplio consenso catalanista porque quedan asociadas la política institucional y la de la calle, que reclama una expresión directa de la voluntad popular y no mediatizada por partidos o instituciones (Casals, 2013).

De esta manera el *procés* ha conseguido vehicular las ilusiones y esperanzas de la ciudadanía movilizada para el cambio social; se ha convertido en el discurso político hegemónico y más visible en el espacio público catalán hoy, siendo esto algo percibido no solo a nivel regional sino en todo el ámbito nacional. Cataluña conforma así en la actualidad un microcosmos populista único y novedoso que, autores como Xavier Casals³⁸ aducen a razones concretas:

(i) *Se ha producido la erosión más acentuada de los grandes partidos y han aparecido más actores políticos nuevos.*

(ii) *El asunto lingüístico tiene más fuerza que en cualquier otra región histórica*

(iii) *Se ha desarrollado un populismo plebiscitario más copioso.*

(iv) *Se ha generalizado la cultura de insumisión cívica.*

(v) *La capital, Barcelona, disfruta de una larga tradición de movilizaciones ciudadanas*

³⁸ Xavier Casals, *El pueblo contra el parlamento. El nuevo populismo en España, 1989-2013*, 2013.

El profesor Antonio Elorza defiende el marcado cariz populista que ha adoptado la versión actual del nacionalismo catalán, señalando que lo que verdaderamente está en peligro en Cataluña es la democracia, antes que la independencia. El discurso tradicional populista adquiere una especial virulencia cuando sus banderas son tremoladas por partidos identitarios, como sucede en Cataluña (Taquieff, 2005). Y es que se produce un auténtico secuestro del nacionalismo a manos del populismo, o más bien una relación parasitaria donde el segundo se nutre del primero para conseguir sus fines.

De esta forma, el populismo catalán vive enrocado en el sistema, subvencionado en todas sus manifestaciones y se nutre del presupuesto de la Generalitat. Este fenómeno viene dándose desde hace más de una década. Sin embargo, la novedad es que el nuevo nacionalismo de Ada Colau y *Barcelona en Comú* poco tiene que ver con el nacionalismo de Artur Mas. No, el de hoy en día es un nacionalismo descamisado; un nacionalismo populista... y de izquierdas. Y en este nuevo modelo, la democracia plebiscitaria de cariz populista se encuentra sacralizada, de forma que la asociación entre la política institucional y la de la calle es perfecta y sin intermediarios.

El populismo derechista y empresarial de Mas englobó bajo el paraguas de la independencia a todo un conjunto de asociaciones y partidos pro-independencia que abarcaba en líneas generales todo el espectro político, aunándose así esfuerzos para lograr la meta común de la separación de España. La independencia adoptó así un protagonismo sin parangón, de forma que se antepuso a cualquier otra demanda política como una suerte de objetivo *pre-político* o *proto-político*; como punto de partida y condición para todo lo que llegase a partir de ahí. La sentimentalización de la política catalana llegó con Mas a su punto álgido, especialmente desde la campaña electoral de finales de 2014, que trajo consigo la aceleración del *procés*. Pero entonces y hasta ese momento, el catalanismo estaba emparentado con el populismo de derechas europeo (cuyo máximo representante en la actualidad es la formación del Frente Nacional Francés). La simbiosis para algunos o relación parasitaria para otros introdujo nuevos conceptos en el nacionalismo catalán y, en mi opinión, se pervirtió la propia propuesta nacionalista.

El secuestro del nacionalismo a manos del populismo lleva por esencia en su seno el concepto de *comunidad* y trae consigo un fuerte hermetismo en el sentido de pertenencia a algo común tanto por identificación *hacia dentro* como por oposición *hacia fuera*. Es inevitable recordar aquí la dicotomía pueblo-élite por oposición tan característica del populismo y analizada más arriba.

El nacionalismo es una postura de una comunidad, o de comunidades, frente a otras comunidades. La cultura política del nacionalismo se refiere a las relaciones de mando y obediencia que existen no entre los propios individuos de una comunidad nacional, sino a las relaciones que existen entre comunidades nacionales. Y si el nacionalismo, referido sólo a las relaciones al interior de la sociedad nacional, reclama igualdad entre sus miembros, del mismo modo la exige cuando se refiere a la comunidad internacional. El nacionalismo, en los países

*atrasados, es tanto una postura que ofrece a los miembros de su propia comunidad identidad e igualdad, como una postura, defensiva, ante otras comunidades*³⁹.

Como se ha mencionado anteriormente, todo esto es previo a la era Colau e incluso podría decirse que anterior a la etapa de Mas, remontándose hasta el periodo pujolista. La lengua, el discurso plagado de recetas tan simples como demagógicas del estilo de *España nos roba* o *La culpa es de Madrid*, la figura del líder, el concepto de pueblo catalán... todos ellos elementos de manual de teoría política populista. Elementos que no se han modificado en lo esencial desde la irrupción del *fenómeno Colau*, por lo que el secuestro del nacionalismo por el populismo de forma que el segundo se sirviese del primero para lograr sus objetivos es algo anterior. Lo que sí se ha modificado es la ideología que, como se ha mencionado antes, si antes era derechista, ahora está en el extremo izquierdo del panel. Así, puede concluirse que el populismo-nacionalista catalán no es fruto del 15-M o del *fenómeno Podemos*, sino que éstos han aportado la novedad en lo referente a la ideología. Han creado un nuevo tipo de populismo, sustituyendo el anterior por el actual.

En mi opinión, cualquier utilización del nacionalismo por parte del populismo es una perversión del primero; una auténtica negación del mismo. Y es que en el nacionalismo el pueblo ya conformaba el poder controlador. Sin embargo, *con el populismo, la necesidad de ganarse la adhesión de las masas se convierte en un programa que, en un nivel imaginario, coloca dichas masas (al pueblo) al centro de la nación y del Estado*⁴⁰. Y es ante este panorama cuando puede afirmarse que el *nacionalismo es la forma más perniciosa del populismo*⁴¹.

En definitiva y a grandes rasgos, el populismo adquirió un carácter nacionalista al adoptar éste una forma de nacionalismo; al hacer converger en su estructura los conceptos de nación y pueblo. Y en la actualidad, el nacionalismo de masas y de izquierdas, antes nacionalismo de élite y de derechas, ha cambiado el contenido ideológico por un discurso retórico, buscando una orientación más pragmática.

V] Conclusiones

No se habla en la actualidad de populismo en nuestro país como un fenómeno propio de un régimen bolivariano ubicado al otro lado del Atlántico, sino debido a su presencia en España. Así, a lo largo de este estudio se han constatado las siguientes afirmaciones:

³⁹ Ignacio Sosa, *Nacionalismo y populismo, dos interpretaciones distintas de una experiencia única*, 1999, p. 25.

⁴⁰ William Rowe y Vivian Schelling. *Memoria y modernidad. Cultura popular en América Latina*, 1993, p. 181

⁴¹ Palabras de Mario Vargas Llosa en un acto de Libres e Iguales en el Círculo Ecuéstre, el 20 de mayo de 2015.

(i) El movimiento de los indignados del 15-M no es únicamente una reivindicación social sino una reactivación *desde abajo* de la cultura política española caracterizada por su baja intensidad ciudadana como resultado de las imperfecciones de la Transición.

(ii) El fenómeno del 15-M es precursor y caldo de cultivo para la creación del partido político *Podemos*, heredero de aquél e instrumento para alcanzar el poder.

(iii) *Podemos* se configura como un partido político de ideología populista, especialmente en lo que a su discurso se refiere. Esta afirmación se realiza, en particular, con base en la creación de las realidades antagonicas de casta-pueblo.

(iv) La nueva versión del nacionalismo catalán en su deriva independentista se ha teñido de tintes populistas con carácter previo a la irrupción del 15-M y *Podemos*. No obstante, en los últimos años se ha producido un viraje a la izquierda en cuanto al tipo de populismo.

Es evidente que la democracia liberal y pluralista de la España actual no funciona bien y que quizá no se estén llevando a cabo suficientes intentos para sanarla. Tanto es así que lo hasta hace bien poco aceptable ha dejado de serlo, teniendo como resultado el surgimiento del populismo, que emerge como un monstruo engendrado por las imperfecciones y deficiencias de la democracia española. Ahora bien, considero que la tentación que presenta el populismo como sistema que pueda traer consigo una mejor calidad democrática, ha de ser rechazada. Y el motivo no es otro que la supervivencia de la propia democracia ya que, *el populismo es un peligro que amenaza destruir la propia democracia (...) ha significado siempre, en los países y momentos más diversos de la historia, el rechazo de todas las instituciones y de todos los sistemas de representación, pero también de todos los esfuerzos de libertad de pensamiento en nombre de la esencia del pueblo*⁴².

Bibliografía

- ALTER, Peter, *Nationalism*, British Library Cataloguing Publications, Kent, 1985.
- BALFOUR, Sebastián et al., *España reinventada. Nación e identidad desde la Transición*, Atalaya, Madrid, 2007.
- BLANCO, Roberto, *Los rostros del federalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.
- CASALS, Xavier, *El pueblo contra el parlamento. El nuevo populismo en España, 1989-2013*, Pasado & Presente, Barcelona, 2013.
- CHILCOTE, Ronald H. et al., *Transitions from Dictatorship to Democracy: Comparative Studies of Spain, Portugal and Greece*, Taylor & Francis, New York, 1990.
- CHULIÁ, Elisa et al., *¿Cómo se hace un trabajo de investigación en Ciencia Política?*, Catarata, Madrid, 2012.
- DE BLAS, Andrés, *Nacionalismos y naciones en Europa*, Madrid, Alianza Editorial, Madrid, 2012.

⁴² Palabras del sociólogo francés Alain Touraine en la obra de *Pierre-André Taguieff, L'illusion populiste*, 2004, p. 25.

- FEIXA, Carles et al., *#GeneraciónIndignada. Topías y Utopías de 15M*, Milenio Publicaciones, Lleida, 2013.
- GONZÁLEZ, Juan Jesús et al., *Tres Décadas de Cambio Social en España*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.
- GROSBY, Steven, *Nationalism. A very short introduction*, Oxford University Press, New York, 2005.
- HUNTINGTON, Samuel P., *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1994.
- IGLESIAS, Pablo, *Una nueva Transición, materiales del año del cambio*. Pensamiento crítico, Akal, Madrid, 2015.
- INGLEHART, Ronald, *El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas*, CIS, Madrid, 1991.
- JULIÁ, Santos, *Sociedad y Política*, en Tuñón, Manuel, et al., *Transición y democracia (1973-1985)*, Historia de España, Labor, Barcelona, 1991.
- JULIÁ, Santos, *Echar al olvido. Memoria y amnistía en la transición*, Claves de razón práctica, N° 129, Madrid, 2003.
- LINZ, Juan J., *Una teoría del régimen autoritario. El caso de España*, en Manuel Fraga y otros, *La España de los años setenta*, Tomo III, Moneda y Crédito, Madrid, 1974.
- LINZ, Juan J. et al., *Problems of Democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America and post-communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1996.
- MÁIZ, Ramón, *La frontera interior. El lugar de la nación en la teoría de la democracia y el federalismo*, Tres Fronteras Ediciones, Murcia, 2008.
- MARAVALL, José María, *La política de la transición 1975-1981*, Taurus, Madrid, 1981.
- MORÁN, María Luz, *Los estudios de cultura política en España*, Reis, Madrid, 1999.
- MORÁN, María Luz, *La cultura política en España: interrogantes, debates y aportaciones*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2010.
- MORLINO, Leonardo, *Introducción a la investigación comparada*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- MONEDERO, Juan Carlos, *El misterio de la transición embrujada (un collage generacional sobre la Transición Española)*, en Paniagua Soto, Juan Luis, y Monedero, Juan Carlos, *En torno a la democracia en España*, Tecnos, Madrid, 1999.
- MORAL, Félix, *Veinticinco años después. La memoria del franquismo y de la transición a la democracia en los españoles del año 2000*, CIS, Madrid, 2001.
- O'DONNELL, Guillermo, et al., *Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Paidós, Buenos Aires, 1988.
- PANIZZA, Francisco, *El populismo como espejo de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.
- POWELL, Charles, *España en Democracia, 1975-2000*, Plaza & Janes, Barcelona, 2001.
- POWELL, Charles, *El Rey y la Monarquía en la transición a la democracia en España*, Revista de Historia Contemporánea, N° 53, Madrid, 2004.
- ROBERTS, Kenneth, *Populism and Democracy in Latin America*, presentado en la conferencia 'Challenges to Democracy in the Americas', Carter Centre, Atlanta, 2000.
- ROCHA, Vilmar, *La fascinación del populismo*, Topbooks, Río de Janeiro, 2008.
- SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Alianza, México, 1991.

SOSA, Ignacio, *Nacionalismo y populismo, dos interpretaciones distintas de una experiencia única*, Política y Cultura, N° 11, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco Distrito Federal, México, 1999.

TORCAL, Mariano et al., *La cultura política de los españoles: pautas para una continuidad y cambio*, Revista de ciencias sociales, N° 99, Madrid, 1990.

VAN EVERA, Stephen, *Guía para estudiantes de Ciencia Política. Métodos y recursos*, Gedisa, Barcelona, 2002.

VARELA, José, *Elecciones y democracia en España: una reflexión comparativa*, en Varela Ortega, José, y Medina Peña, Luis, *Elecciones, alternancia y democracia. España-México, una reflexión comparativa*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

Fecha de recepción: 31 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 4 de enero de 2017

La prudencia del Tribunal Arbitral al decidir sobre el acceso a la información confidencial y el alcance del principio *nemo tenetur se ipse accusare*

HERNANY VEYTIA PALOMINO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Las sociedades mercantiles no gozan del derecho humano a guardar silencio. III. Alcance del derecho y/o la obligación de guardar secreto. IV. La dimensión transfronteriza de la información confidencial. V. La forma de solicitar, permitir y proceder a sacar a la luz información (disclosure). VI. Norwich Pharmacal. VII. No existe el privilegio de protección contra la autoincriminación en caso de insolvencia. VIII. La revelación de información confidencial es una traición a la confianza, un abuso y por lo tanto tipificada como delito. IX. La obligación de cuidar, transportar, usar, almacenar frecuentemente también incluye la de regresar o destruir la información confidencial. X. Conclusiones.

Resumen. Cuando en un proceso internacional una parte afirma que la otra cuenta con información que resulta relevante para el caso, el tribunal invita a presentarla, pero si la otra parte se opone y no enfatiza las razones por las que lo hace (como podría ser cuando se trata de información confidencial o que contiene secretos industriales, profesionales o comerciales), y pasado el tiempo el tribunal hace inferencias negativas que le afectan, la práctica usual es que se considera una aceptación, por no haberlo manifestado oportunamente. Pero esto en algunas jurisdicciones puede acarrear la nulidad del laudo y responsabilidad personal para los árbitros. Este artículo trata de los aspectos sustantivos y procesales de cómo y cuándo solicitar información en poder o control de la otra parte y recomienda puntos para que lo que se pida sea razonable, relevante, sin violaciones a leyes que prohíben la exportación de información, sin necesidad de crear una de las llamadas bodegas o (*warehouse cloud*) y limitando el costo que conlleva producir información que además de su costo intrínseco puede llevar a complicar o alargar el procedimiento. Estos temas tienen especial impacto en investigaciones *dumping*, o en asuntos comerciales donde se encuentren vinculados asuntos de corrupción, lavado de dinero o argumentos fundamentando que se viola el orden público. La carga de la prueba no puede revertirse y ambas partes deben tener el derecho de ser tratadas con igualdad Este artículo ofrece información de lo que sucede en países anglosajones, de tal forma que el abogado o arbitro de formación

¹ Cambridge Institute for Sustainability Leadership (Londres).

romano-germánica pueda distinguir entre lo que es derecho extranjero y mejor practica de prueba brindándole información que pueda utilizar en la redacción de términos de referencia u órdenes procesales para presentación de información.

Palabras clave: Confidencialidad, revelación de información, privacidad, secreto.

Abstract. *If a party in an international procedure receives a request to produce certain document but she claims that it is confidential, and fails to provide in timely manner a satisfactory explanation, (such as the violation of her human rights) and the tribunal on the basis that it was not objected in due time infers that such document is adverse to the interest of that party may be not only liable but also can render null and void the award. This article deals on the scope of what can become confidential and how to deal in a legal procedure. Is advisable to limit document production as much as possible to those documents that are: strictly relevant to the issues in dispute, and are necessary for the proper resolution of the issues. The "warehouse" production of documents is not always advisable in international cases with restrictions to exports of documents with private information. Would be enough to apply the principle of "proportionality" limiting the scope (and thus the expense) of document production to an extent that is reasonable in the context of the amount in dispute and the relative significance of the issues in respect of which document production has been "invited to produce" or requested by a judicial authority. This argument has special impact in dumping investigations, or commercial issues linked to claims of violations to the public order, corruption or money laundry. In most jurisdictions, the indirect waiver to due process may render null and void the award. The burden of proof cannot be shifted and both parties have to have the same standard of disclosure. This paper introduces to Civil Law lawyers what is done in Common Law jurisdiction on disclosure in order to become aware that is not a "best practice" in arbitration procedures, but foreign law that may or not be used by the tribunal in writing the terms of reference and disclosure orders.*

Keywords: Confidentiality, disclosure, privacy, secret.

I] Introducción

A quienes nos ocupamos de arbitrajes y litigios internacionales, frecuentemente se nos presenta una disyuntiva: una parte arguye que su contraparte o un tercero cuenta con información relevante para el proceso y solicita que el tribunal requiera (suelen pedir que ordene) que se presenten las pruebas. La otra parte, en cambio, asegura que dichos documentos son confidenciales o que tiene el derecho a no inculparse o

que las pruebas no se encuentran en su poder o control, ya sea porque han sido destruidas, porque nunca han existido, porque no se encuentran disponibles en el modo en que se solicitan –argumento muy comúnmente usado en procedimientos de investigación por prácticas desleales de comercio, *dumping* o porque pertenecen a un tercero, no siempre una sociedad subsidiaria.

Por si fuera poco, uno de los árbitros establece que, si no presenta las pruebas, se podrán hacer inferencias a la voluntad de las partes. Como es de esperarse, y a pesar de no haberse pactado en la cláusula arbitral, uno de los participantes invoca las reglas sobre práctica de pruebas de la *International Bar Association* (IBA).² Diversos autores argumentan que con estas reglas se resta flexibilidad al proceso arbitral, despojando al arbitraje de su propia naturaleza y se cuestionan sobre si se ha logrado o no un equilibrio entre los sistemas jurídicos de tradición jurídica romano-germánica (*Civil Law*) y los de tradición anglosajona (*Common Law*). En particular, respecto a si los primeros tienen lógica y los segundos experiencia. Es en este punto que una de las partes cita concretamente el artículo 9 secciones 5, 6 y 7 de las Reglas de la IBA.

De la misma forma, también es común en los arbitrajes internacionales que se invoquen los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales,³ que en materia de confidencialidad apuntan en su artículo 2.2.16 que si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.⁴

El único caso registrado de aplicación de este artículo es un laudo arbitral emitido en 2002, el cual involucraba el lanzamiento de un satélite. El contrato celebrado entre las partes contenía dos disposiciones respecto al derecho aplicable. Una se refería al derecho inglés y otra al derecho suizo. A falta de acuerdo, las partes convinieron en la aplicación de los Principios UNIDROIT. El punto en controversia era el pago de daños por violación al deber de confidencialidad. Ya que en la última década el arbitraje se ha difundido como una de las mejores soluciones para remediar las controversias comerciales internacionales considero que valdría mucho la pena presentar a abogados mexicanos lo que litigantes anglosajones consideran como de "sentido común", sin darse cuenta que el *Common Law* no es ni común ni legal en otras jurisdicciones.

² Reglas de la IBA. (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010, disponibles en el sitio www.ibanet.org. Salvo indicación en contrario todos los sitios de internet citados en este artículo fueron visitados por última vez el 23 de septiembre 2016.

³ Véase www.unilex.info

⁴ Artículo 2.1.16 Principios UNIDROIT.

Este trabajo se centra en un problema que posiblemente por ser sumamente frecuente se pasa por alto: la parte que gana es quien convence al tribunal y el laudo o sentencia se ejecuta más fácilmente cuando las partes, principalmente las que pierden, se convencen de que tienen que pagar. Por eso vale la pena recordar que nada entra a la mente (de los integrantes del tribunal internacional) si no pasa previamente por sus sentidos. Sus propias experiencias les hacen entender con mayor o menor profundidad los argumentos de las partes.

Esta aproximación tan aristotélica, encuentra manifestaciones de gran elocuencia filosófica en la escuela empírica del derecho, pero en este artículo a lo que prestaremos mayor atención, es al hecho sociológico de que varios litigantes, especialmente de países asiáticos y latinoamericanos por cuestiones culturales les falta asertividad. A tal grado falta en idioma español, que la palabra no existe en el diccionario de la real academia española. La asertividad es la virtud (el justo medio) entre la conducta del litigante agresivo y prepotente y la del pasivo que por buscar la simpatía del tribunal evita decir oportunamente con claridad su objeción. Si la persona de confianza que representa a la parte en un procedimiento, se opone verbalmente, pero no se esfuerza para que quede plasmado por escrito, después, de acuerdo a las reglas de arbitraje de varias instituciones se entenderá consentido y después no puede impugnar el laudo por violaciones al debido proceso⁵ u otra violación a derechos humanos.

Si a este fenómeno cultural se añade el hecho de que las audiencias arbitrales pueden suponer una carga de estrés para litigantes que suelen comunicarse siempre por escrito y en su lengua materna puede provocar una conducta excesivamente agresiva o pasiva, generando en ocasiones mayor ansiedad debido al rechazo que la propia respuesta provoca en los demás. De ahí que este artículo busque ilustrar tanto a abogados como a árbitros de lo que sucede en países anglosajones cuando se presenta el dilema de sacar a la luz pruebas que puedan tener un efecto negativo. No pretendemos reducir o transformar la agresividad y prepotencia de los litigantes, ni tampoco elogiar a los países anglosajones, sino simplemente esquematizar el bagaje cultural con que llegan los árbitros y/o litigantes anglosajones, con la esperanza de que sirva para elaborar solicitudes y/u objeciones al presentar pruebas en un modo más sistemático, y si no más racional, por lo menos evitar que por cuestiones emotivas el tribunal realice inferencias o consideraciones que redunden en ausencia de un debido proceso, y abra las puertas para controversias bajo el paraguas de violación a los derechos humanos.

⁵ Como sucedió en *Comproca vs Pemex*, Véase: *Petróleos Mexicanos, et al, v. SK Engineering & Construction Co, Ltd, et al, 2nd U.S. Circuit Court of Appeals, No. 13-3175*.

II] Las sociedades mercantiles no gozan del derecho humano a guardar silencio

El derecho a guardar silencio para no auto incriminarse opera en procedimientos penales, no para asuntos de naturaleza civil.⁶ El derecho humano a un debido proceso y el otro derecho humano a guardar silencio⁷ ampliamente reconocidos en instrumentos internacionales, pareciera en teoría, que no aplican en procedimientos civiles / mercantiles internacionales o procedimientos arbitrales internacionales, sin embargo, el riesgo de anular una sentencia por violación a derechos humanos queda patente. Incluso hay casos en que los árbitros son demandados por atentar contra el orden público, en algunos casos recientes, simplemente por haberse considerado competentes en una controversia donde existían indicios de corrupción, lavado de dinero y delitos similares.

III] Alcance del derecho y/o la obligación de guardar secreto

En todo el mundo el criterio de la jerarquía del bien jurídicamente protegido se sigue para otorgar excepciones para sacar a la luz información que está en poder o control de la otra parte o de un tercero. A manera de ejemplo se goza del derecho: (i) Secreto profesional que incluye: abogado-cliente, médico-paciente, periodistas-su fuente y contador-cliente; (ii) derecho a no incriminarse a sí mismo; y (iii) derecho a no declarar en contra de un familiar.

Existe la regla general de que una persona no puede ser obligada a decir algo que vaya en contra del esposo o su concubino, pero esto solo se aplica a materia penal y ni siquiera en esta misma materia en otras jurisdicciones. El hecho de que un documento afecte los intereses de una persona no obsta para que la incluya en la lista de documentos en su poder. Después de que la ha listado debe presentar las razones para no presentar el documento o permitir su inspección. Casos históricos: *Spokes v Grovesnorand West End Railway Terminus*;⁸ *National Association of Operative Plasterers v Smithies*⁹ pero es de observarse que sobre este tema también existen múltiples excepciones:¹⁰ (i) derecho a guardar el

⁶ 4. RATNER, S. R.: "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility" en 111 Yale L.J. 443 (2001).

⁷ Conocido en los Estados Unidos como la quinta enmienda y que en el Reino Unido se encuentra en casos ingleses como: *AT&T Istel Ltd v Tully* ([1993] A.C. 45; [1992] 3 All E.R. 523 at 531 o también en *R. v Director of Serious Fraud Office, Ex p. Smith* [1992] 3 All E.R. 456 y 463-464).

⁸ *Hotl Co Ltd* [1897] 2QB 124.

⁹ [1906] AC 434, HL.

¹⁰ Crown Proceedings Act 1947 s 14 (reformada por la *Finance Act 1972*, s 55 (1) (7);

propio secreto industrial o comercial; (ii) derecho a no hacer de conocimiento de terceros los términos de una transacción que pone fin a una controversia; y (iii) derecho de los gobiernos a proteger información considerada de *Seguridad Nacional*.¹¹

Mucho se podría decir de cada una de las fracciones anteriores, por ejemplo, que el secreto profesional del abogado-cliente parte del presupuesto de que el abogado tenga el título o licencia para ejercer tal profesión en el país donde trabaja, pero en dos recientes casos uno en Australia¹² y otro en Estados Unidos se ha ampliado el criterio. Como ejemplo tenemos el caso de *Renfield Corp v E Remy Martin & Co. S. A* 98 F.R.D. 442 (1982) donde abogados extranjeros, que no estaban autorizados para ejercer como abogados en donde dieron su consejo, les fue permitido guardar sus documentos como confidenciales.¹³

El problema que surge en un litigio internacional o en un arbitraje es, por una parte, el derecho aplicable, porque si se aplica el derecho del lugar donde sucedieron los actos se llegaría a la conclusión de que el estándar de protección de información confidencial es más exigente para una de las partes, violando así el derecho a ser tratado del mismo modo, el derecho a presentar el caso adecuadamente. Hay quien¹⁴ ha sugerido aplicar el criterio de la nación más favorecida para ambos, pero aun así se debe tener cuidado por una parte en no violar los derechos al debido proceso y violación a derechos humanos. A manera de ejemplo en Japón no se reconoce el privilegio de abogado-cliente. Se protegen los documentos en posesión del abogado, pero no los que se hayan entregado al cliente, y en Estados Unidos¹⁵ no se aplica el privilegio a abogados *in-house* que trabajan como empleados en la empresa.

En septiembre de 2010, la Corte Europea de Justicia (ECJ) en el caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd v Commission*¹⁶ afirmó que no se aplica el privilegio abogado-cliente a las comunicaciones

The Finance Act 1975 s 52 (1) Sch 12 paras 2, 8 y *Inheritance Tax Act 1984* ss 274 276 Scg 8 para 2). *Customs and Excise Comrs v Ingram* [1948] 1 All ER 927 at 929, CA, en donde Lord Goddard CJ dio que la regla no se aplicaba como una respuesta a demandas por la corona bajo la legislación de proteger los ingresos de la corona. Algunas leyes establecen que la responsabilidad para una acción criminal no constituye una objeción para otorgar el *discovery* (ahora llamado *disclosure*).

¹¹ KUITZOWSKI, Diana: "The Law Applicable to Privilege Claims in International Arbitration". *Journal of International Arbitration* 32, no 1 (2015) p. 69.

¹² *Aquila Coal Pty. Ltd v Bowen Central Coal Pty. Ltd* [2013] Supreme Court of Queensland 32.

¹³ Esto es diferente a lo que sucedía no hace diez años. Véase *Louis Vuitton Malletier v Dooner & Bourke*. No 04 Civ 5316 (2006) W.L. 3476735. En el ámbito europeo puede verse el caso *AM&S Europe Lt v European Commission* [1982] E.C.R. 1575. Sin embargo, en Europa cada país continúa a regular en modo diferente a la profesión legal.

¹⁴ Kuitzowski, D. *Ibíd.* p. 104.

¹⁵ Resulta interesante el desarrollo histórico que ha tenido el tratamiento de privilegio.

¹⁶ Caso C-550/07 P [2010].

de los abogados internos de la empresa en materia de investigaciones de competencia económica (*Antitrust*). La ECJ considero que los abogados internos no gozan de independencia económica de la empresa para quienes trabajan. Además, en Bélgica, como en muchos otros países del continente europeo los abogados internos no están colegiados y por lo tanto no son sujetos de medidas disciplinarias. La Corte Europea consideró en Francia que los abogados que trabajan como funcionarios de la empresa no gozan de tal privilegio y lo mismo sucede en Estados Unidos. Cito los precedentes americanos: *Louis Vuitton Malletier v Dooney & Bourkey*,¹⁷ *Honeywell Corp v. Minolta Camera*¹⁸ y *Renfield Corp v E. Remy Martin & Co. S.A.*¹⁹

En Canadá,²⁰ por ejemplo, se presentan varios casos en donde se quieren ejecutar órdenes judiciales emitidas por jueces de los Estados Unidos, se acude ante un juez canadiense y en varias ocasiones se privilegia el derecho a no inculparse. Incluso cuando se trata de testigos. Un caso extremo es el que se pidió a los auditores que hicieran a un lado su deber de confidencialidad para que revelaran información sobre uno de sus clientes con fundamento en el *interés público*.²¹

Casos entre el derecho a ser informado y la obligación de revelar información- ¿Se pueden o deben revelar pruebas de condenas penales ya cumplidas? Hoy en día es relativamente fácil saber si alguien ha sido procesado por lucrar con información confidencial, cometido fraude con títulos valores, o incurrido en insolvencia. En varias jurisdicciones se cuestiona cual es el bien jurídico que debe ser más protegido, la rehabilitación del condenado o la protección al público consiste en que quien fue condenado no vuelva a cometer el mismo tipo de delito.²²

Se impone la obligación de guardar silencio:

¹⁷ No. 04 Civ 5316 (RMB)(MHD),2006WL 3476735 at 17=18 *.S.N.D.N.Y. Nov 30, 2006).

¹⁸ Civ. No. 87-4847, 1990 WL 66182 at *3 (D.N.J. May 15, 1990) en que se negó el privilegio a un empleado japonés que de hecho no era abogado en ninguna jurisdicción, aunque trabajara para el departamento legal.

¹⁹ 98 FRD 442, 444 (D. Del 1982).

²⁰ FUERST, Linda: "The Privilege Against Self-Incrimination: Disclosure in Cross-Border Investigations" en http://www.litigate.com/files/15286_The%20Privilege%20Against%20Self-Incrimination.pdf.

²¹ *Deloitte & Touche LLP v. Ontario (Securities Commission)* [2002] O.J. No. 2350 (C.A.), affirmed [2003] 2 S.C.R. 713.

²² *Dorchester Project Management v BNP Paribas Real Estate Advisory & Property Management UK Ltd* [2013] EWCACiv176 *Dorchester Project Management v BNP Paribas Real Estate Advisory & Property Management UK Ltd* [2013] EWCACiv176. La sentencia del 26 de febrero de 2013 el juez de la *High Court of Justice* se pronunció respecto a uno de los famosos *Non-disclosure and Non-Circumvention Dees*. En el contrato Dorchester quería informarle a BNP Paribas de una oportunidad para adquirir un terreno de grandes dimensiones. BNP se lo pasó a IKEA como posible inversionista sin haber celebrado un convenio espejo *back-to-back agreement*. El juez condeno a BNP por los daños que sufrió Dorchester.

Por mandato de Ley,²³ como en casos de donadores de células para la procreación in vitro, adopción, información dada para efectos de estadística y censos, información que se otorgó para obtener fondos para recibir servicios legales de asistencia gratuita.²⁴

Directivas europeas, o leyes nacionales que impiden exportar datos privados.

Las empresas listadas en bolsa deben ser muy cuidadosas respecto a sus obligaciones de transparencia y el cuidado de información confidencial. En los últimos años, aunque se ha afinado mucho en el tema de *insider trading* y aumentado las denuncias, la verdad es que más de 80% de los casos terminan por un convenio de transacción con la *Security Exchange Commission* (SEC) para que no siga el costoso procedimiento, donde la cuestión de pruebas obtenidas legalmente juega un papel decisivo. Hay empresas que en su momento fueron acusadas de realizar pagos corruptos a gobiernos para obtención de asignaciones de proyectos en el sector de hidrocarburos y electricidad que para no seguir siendo investigadas acordaron aceptar la renuncia de los ejecutivos en cuestión, pagar la multa y comprometerse a que si vuelven a incurrir en ese tipo de conductas se harían acreedores a multas tan grandes que pudiera poner en juego el fin de la empresa. Por eso ahora lo que algunas han hecho es escindir la parte de prospección de clientes, transformándolas en sociedades de consultoría que realizan estudios de factibilidad y donde las proveedoras de equipo, maquinaria, diseño, procuración y construcción es subcontratadas por una sociedad constituida con el propósito específico de atender a tal cliente.²⁵

La revelación de información que debe hacer el franquiciador respecto al sistema de franquicias, particularmente tratándose de franquicia maestra. Ver Ley Modelo Sobre la Divulgación de la Información en Materia de Franquicia del UNIDROIT.²⁶

Los acuerdos de no circunvenir. Muy frecuentemente, especialmente en el caso de fusiones y adquisiciones o en la comercialización de materias primas donde el mandante otorga

²³ Por ejemplo, la ley de mercado de productos agrícolas del Reino Unido, *Agricultural Marketin Act 1958* 47 (2) (3) protege el secreto comercial, imponiendo la responsabilidad a quien divulgue información y le impone en caso de violación una pena de prisión y multa o la *Water Industry Act 1991*, s 204 (1) y 206 que ordena como conservar y revelar información sobre uso y descarga de aguas industriales.

²⁴ Access to Justice Act 1999. S 20. Legal Aid vol. 65 (2009) Para228.

²⁵ Es el caso de la sociedad *Global Water Development Partners*, con oficinas en el edificio Shard, el más alto de Europa, un *joint venture* entre dos empresas que han preferido llegar a un acuerdo con SEC para evitar les siguieran investigando por corrupción. Ver <http://www.blackstone.com/news-views/press-releases/details/pemex-global-water-development-partners-blackstone-announce-signing-of-memorandum-of-understanding-to-develop-water-focused-infrastructure-for-pemex-facilities-in-mexico>.

²⁶ UNIDROIT: Ley Modelo Sobre la Divulgación de la Información en Materia de Franquicia. Roma 2007

exclusividad a un agente, se celebran convenios de confidencialidad con una cláusula que establece la prohibición de eludir, a la parte que ha proporcionado los datos del cliente o de alguien que haya hecho posible conocer al cliente final, y que en caso de hacerlo se harían efectivas las comisiones u honorarios pactados en su totalidad, incluyendo renovaciones de contratos. La Cámara de Comercio Internacional, incluso ha redactado modelos de contratos para este tipo, para no ser circunvenido²⁷ que lo que ha generado es un caos, ya que muchas de estas ofertas circulan libremente en medios electrónicos, al punto que resulta prácticamente imposible reconocer las ofertas serias de las que no lo son, entre otras razones porque no existe obligación de informar que la fusión ya se consumó o que la materia prima de la que se disponía ya se vendió.

Por eso, empresas comercializadoras de petróleo han acordado solo tratar con quien ya conocen, en varias ocasiones entre muy pocos participantes, siendo relativamente fácil incluso manipular el precio de las materias primas, como se ha visto en investigaciones *antitrust* europeas.²⁸ Como frecuentemente estas cadenas las celebran intermediarios que no tienen activos, difícilmente llegan estos casos a tribunales, pero un caso paradigmático respecto a la ejecución de estas cláusulas lo encontramos en el caso inglés relativo a un proyecto inmobiliario: *Dorchester Project Management v BNP Paribas Real Estate Advisory & Property Management UK*²⁹ donde Dorchester quería informarle a *BMP Paribas* de una oportunidad para adquirir un terreno de grandes dimensiones. Celebraron un convenio de confidencialidad con cláusula de no elusión. Pero BNP le comunicó la oportunidad a IKEA invitándole como posible inversionista sin haber celebrado un convenio espejo de confidencialidad *back-to-back agreement*. IKEA realizó directamente la transacción con el vendedor, a quien Dorchester conocía desde hace muchos años y que de hecho presentó una oferta de compra, que IKEA superó y se quedó con el terreno. Dorchester demandó a BNP y el juez condenó a BNP por los daños sufridos.

*Secretos Comerciales.*³⁰

La Unión Europea está haciendo esfuerzos para impedir que Europa pierda competitividad. Su documento sobre secretos

²⁷ ICC Model Occasional Intermediary Contract: "Non-Circumvention and Non-Disclosure Agreement" ICC Publication No. 619E, 1999 Ed.

²⁸ Véase casos relativos, entre otros al hierro, diamantes y petróleo.

²⁹ *Dorchester Project Management v BNP Paribas Real Estate Advisory & Property Management UK Ltd* [2013] EWCACiv176.

³⁰ Comentarios del Instituto Max Planck para la innovación y la competencia del 3 de junio de 2014 a la propuesta de la Comisión Europea para la Directiva de protección de Know-How e información de negocios (secretos comerciales) para prevenir su adquisición ilegal Uso y Revelación de Información del 28 de noviembre 2013 Final. In *Springer LLC* (2014) 45: 953-967. DOI 10. 1007/ s403 19-014-0270-3.

comerciales³¹ refleja el caos que existe y la endeble protección que se tiene. Durante años se consideró que el obtener una patente de invención protegería contra imitaciones, pero hoy por hoy basta modificar un poco la patente y para que pueda comercializarse, incluso en perjuicio del inventor original. Varias industrias europeas, ante el creciente número de patentes chinas y americanas, han optado por mantenerlo secreto. Se obtiene protección mediante recursos tecnológicos que limiten el acceso al espionaje comercial, pero aun así pudiera suceder en un proceso en el que se haya ordenado la revelación de la información confidencial, que resultara que nada cambia, o no era relevante para el caso, y en ese supuesto difícilmente se podrían exigir daños y perjuicios porque la información dejó de ser secreta. Incluso pudiera haberse descubierto que era información pública y no realmente secreta, entonces no es procedente el pago de regalías. En temas relacionados con corrupción, ha sucedido algo similar. Por ejemplo, en el caso ICSID de Bangladesh relativo a la producción de petróleo y gas, se comprobó la corrupción, pero el tribunal considero que no era relevante para el resultado del caso.³²

IV] La dimensión transfronteriza de la información confidencial

El privilegio de no auto incriminarse en materia civil o en procedimientos arbitrales ya ha sido abordado en otro lugar,³³ pero en asuntos internacionales el estándar pareciera ir más allá del derecho aplicable. Han pasado ya varios años desde que en 1977 se dictó la sentencia inglesa en el caso de *Rio Tinto Zinc Corporation v Westinghouse*

³¹ Véase documentación disponible en el sitio http://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/tradesecrets/index_en.htm.

También véanse los comentarios del Instituto Max Planck para la innovación y la competencia del 3 de junio de 2014 sobre la propuesta de la Comisión Europea para la Directiva de Protección del Know-How secreto e información comercial (*Trade Secrets*) y su ilegal adquisición del 28 de noviembre 2013, COM (2013) 813 Final. En Springer LLC (2014) 45: 953-967. DOI 10. 1007/ s403 19-014-0270-3.

³² *Niko Resources Ltd v People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Co. Ltd, Bangladesh Oil Gas & Mineral Corpo* ICSID Case Nos Ab 10/11 ARB 10/18. Laudo del 19 Agosto 2013.

³³ ZUCKERMAN, Adrian: "The Privilege Against Self-incrimination may not Confer a Right to Refuse Disclosure of Incriminating Documents that came into Existence Independently of the Disclosure Order", *Civil Justice Quarterly* C. J.Q., VOL 26, octubre 2007. También véase KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle & BÄRTSHC, Philippe: "Discovery in International Arbitration: How Much is Too Much?" 1 *Schieds VZ* 14, 14 (2004). Rank Film Distributors Ltd v Video Information Centre [1981] 2 All E.R. 76; [1982], Saunders v United Kingdom [1996] ECHR 19187/91; (1996) 23 E.H.R.R. 313, Den Norske Bank v Antomatos [199#], Rank Film Ltd v Video Information Centre [1982].

Electric Corporation.³⁴ El tribunal considero que una parte no está obligada a incriminarse a sí misma, por eso si un testigo afirmara que existe el riesgo de que si declara pudiera convertirse en acusado y por lo tanto se acoge al derecho a no incriminarse, no puede ser obligado a rendir su testimonio pero este privilegio no existe si el testigo ya está en riesgo o está siendo acusado.³⁵

Autopsia tecnológica

La metodología de la ciencia jurídica, opera en cierto modo igual que la ingeniería. Frecuentemente un complejo litigio transfronterizo, se resuelve llegando a los principios fundamentales de la ciencia jurídica, por ejemplo: el principio de la ley posterior deroga la ley anterior; primero en tiempo primero en derecho; ley especial tiene preferencia respecto de ley general, y así diversos brocados, aforismos que a fin de cuenta convencen. Algo así sucede en tecnología. Muchas veces basta desarmar la máquina, para saber cómo funciona, aunque después se arme de modo diverso. Por eso recomendamos evaluar tanto la redacción del contrato como durante el procedimiento arbitral o judicial la ingeniería en reversa (*reverse engineering*).

El art. 6 de la *Software Directive* sobre *software* 209/24/EG tiene un limitado propósito, y se permite realizar la *reverse engineering* para obtener información de cómo lograr la interoperabilidad del *software* independientemente de quien haya creado el programa.

Respecto al artículo que contempla preservar la confidencialidad durante el procedimiento judicial para la protección de secretos comerciales. Si la adopción de medidas específicas para preservar los secretos implica ejecutar acciones en donde esté en discusión la violación a derechos de terceros (patentes, por ejemplo), el supuesto secreto dejaría de serlo al momento en que se presente la demanda y las bases para separarla. En vista de esto, la disposición de preservar la confidencialidad durante el proceso judicial debe jugar un papel central en la regulación. Pero recuérdese que en ningún caso se puede pasar por alto el derecho de audiencia. Este principio encuentra su fundamento en el derecho constitucional no solo de los Estados miembro de la Unión Europea sino en todo el mundo.

V] La forma de solicitar, permitir y proceder a sacar a la luz información (*disclosure*)

En Inglaterra un parte revela o devela (*discloses*) un documento al declarar que tal documento existe o ha existido.³⁶ Si la copia del

³⁴[1977] 3 All ER 717, [1978] AC 547.

³⁵ Véase también el caso de *Khan v Khan* [1982] 2 All E.R. 60.

³⁶ Por documento se entiende todo lo que contiene información y es susceptible de ser archivada y/o copiada por cualquier medio. Ver *Rall v Hume* [2001] 2 FLR 1017.

documento contiene una modificación, olvido, o contiene datos que pueden afectar los intereses de una parte entonces se anota que se trata de un documento distinto y se archiva por separado.³⁷

El deber de la parte de revelar el documento se limita a los documentos que están o han estado bajo su control.³⁸ Entendiéndose por estar bajo control si están o han estado en su posesión física, o si tiene o ha tenido el derecho de posesión sobre el o si tiene o ha tenido el derecho de inspeccionarlo o hacer copias.³⁹ Como es de suponerse ciertos documentos gozan del privilegio de estar exentos de la obligación de ser revelados.⁴⁰

Derecho a inspeccionar un documento que ha sido revelado-. Si una parte revela al tribunal un documento, la otra parte tiene derecho a inspeccionarlo, a menos que dicha inspección sea desproporcionadamente onerosa, o entre dentro de una categoría o clase de documentos que pueden afectarle adversamente en el supuesto de que el documento fuera conocido por la otra parte. O si se encuentra en una clase que no tiene permiso para acceder a esa información.

Derecho a inspeccionar un documento a que se hace referencia en el procedimiento-. Por ejemplo, si un perito, testigo,⁴¹ o declaración de parte (*affidavit*) cita un documento o fuente que no ha sido parte del expediente, la otra parte puede pedir que se le entregue.

Inspeccionar y copiar documentos-. La parte que solicita tener acceso a un documento mencionado o presentado por la otra parte, tiene derecho a inspeccionarlo o a solicitar copias si paga el precio razonable por las fotocopias y la otra parte se lo debe proporcionar dentro de siete días después de haber recibido la solicitud.⁴² (i) En los que se apoya la acción;⁴³ (ii) Los que adversamente afectan la propia acción;⁴⁴ (iii) Los que adversamente afectan los intereses de la parte contraria;⁴⁵ (iv) Los que apoyan la propia causa;⁴⁶ (v) Los que se requieren para el ejercicio de la acción (etapa llamada *pre-action protocols*).⁴⁷

³⁷ CPR 31.9 (2)

³⁸ CPR 31.8 (1)

³⁹ CPR 31.8 (2) a, b, c

⁴⁰ Por lo general en procedimientos familiares, los que buscan proteger la vida de una de las víctimas o testigos o los derechos que se consideren por el tribunal no en bastante, sino en "suficientemente" en peligro. *Re B Disclosure to Other Parties* [2002] 2FCR 1017

⁴¹ En *Rubin v expandable Ltd* [2008] EWA Civ 59, [2008] 1 WLR 1099 se dijo que el hecho de mencionar un documento en una declaración de un testigo no constituye automáticamente la renuncia a la excepción al derecho o privilegio de no revelar información.

⁴² CPR 31.15.

⁴³ CPR 31.7.

⁴⁴ CPR 31.7 (2) (a).

⁴⁵ CPR 31.7 (2) (b).

⁴⁶ CPR 31.7 (2) (c).

⁴⁷ CPR 31.6 (6).

Deber de buscar-. Cuando una parte debe buscar información que le afecta y está dentro de los parámetros de *revelación* si es razonable llevar a cabo la búsqueda de la información, si está claramente especificada por: (i) El número de documentos de que se trate;⁴⁸ (ii) La naturaleza y complejidad del procedimiento;⁴⁹ (iii) La facilidad y costo de recuperación de un documento en particular;⁵⁰ (iv) El mérito o significado (*significance*) de cualquier documento que sea probable que se encuentre durante la búsqueda.⁵¹

El factor de *lo razonable* se aplica a la profundidad con que debe realizarse la búsqueda atendiendo a si resulta proporcionada o desproporcionada para los puntos en controversia. Si una parte considera que no sería razonable llevar a cabo la búsqueda o presentar la información como lo solicita la otra parte, entonces esto lo debe aclarar en el momento de hacer su declaración de revelación de información (*disclosure statement*)⁵² e identificar la categoría o clase de documento de que se trate.⁵³

Procedimiento para un disclosure estándar-. El procedimiento es que una parte lista los documentos, los notifica y le da copia a la otra aparte en el formato que resulte práctico.⁵⁴ La lista debe identificar el documento en un modo y orden conveniente y debe indicar que los documentos respecto a los puntos controvertidos, no se encuentran en su control y que ha sido lo que les ha pasado. La lista debe contener declaraciones de revelación: en ellos se debe decir la búsqueda que se ha llevado a cabo para localizarlos,⁵⁵ certificar que entiende su obligación de revelar tales documentos⁵⁶ y que certifica que hasta donde tiene conocimiento se ha cumplido con tal obligación.⁵⁷

Cuando la parte que hace la declaración de *disclosure* es una persona jurídica, es necesario identificar también la persona física que hace tal declaración.⁵⁸ Obviamente las partes en controversia se pueden poner de acuerdo en que no es necesario realizar la lista de documentos y o de revelar documentos sin que quien lo haga presente una declaración de *disclosure*.

⁴⁸ CPR 31.7 (2) (a).

⁴⁹ CPR 31.7 (2) (b).

⁵⁰ CPR 31.7 (2) (c).

⁵¹ CPR 31.7 (2) (d).

⁵² Cfr. CPR 31.10.

⁵³ CPR 31.7 (3),

⁵⁴ El formato para presentar *disclosure* es el formato N265 en el *The Civil Court Practice* disponible gratuitamente en el sitio <https://formfinder.hmctsformfinder.justice.gov.uk/n265-eng.pdf>.

⁵⁵ CPR 31.10 (6) (a) debe incluir la declaración de que se ha hecho todo un esfuerzo razonable de acuerdo a las circunstancias.

⁵⁶ CPR 31.10 (6) (b).

⁵⁷ CPR 31.10 (6) (c).

⁵⁸ CPR 31.10 (6) (7) (a).

Sacar a la luz archivos electrónicos-. El *disclosure* de documentos incluye todos los documentos digitales, incluyendo correos electrónicos, aunque estos hayan sido borrados si es que existe un *back-up*. También el *disclosure* se extiende a archivos electrónicos conocidos como *metadata*. Tales documentos requieren una especial consideración.

Las partes deben, antes de la primera conferencia para gestión del caso, discutir temas que surgen relativos a la búsqueda y preservación de documentos electrónicos. Las partes deben cooperar en las etapas preliminares del procedimiento para permitirse copias de documentos para inspección. Si una de las partes no acepta, entonces se puede solicitar la intervención del juez. Pero la búsqueda electrónica de información debe circunscribirse a los puntos controvertidos para no convertirse en algo difícil y costoso: Véase: *Hands v Morrison Construction Services Ltd.*⁵⁹

La existencia de documentos electrónicos impacta la razonabilidad de la búsqueda para propósitos del estándar de *disclosure*. Los factores que pueden ser relevantes al decidir sobre la razonabilidad de la búsqueda de documentos electrónicos incluye (pero no se limita) a: (i) El número de documentos de que se trate; (ii) La naturaleza y complejidad de los procedimientos; (iii) La facilidad y costo de encontrarlos, lo que incluye: La accesibilidad de los documentos electrónicos o los datos incluyendo comunicaciones por correo electrónico en sistemas de cómputo, servidores, respaldos, y otros medios que contengan documentos teniendo en cuenta sus alteraciones y desarrollos de sistemas de hardware o software usados por la parte que revela información y/o disponible que tenga acceso a tales documentos; El lugar donde se encuentren los documentos, datos; La probabilidad de encontrarlos; El costo de recuperar los documentos electrónicos; El costo de revelar; y La posibilidad de que los documentos puedan ser alterados en el curso de su recuperación revelación o inspección; (iv) El significado que tales elementos electrónicos puedan tener en el procedimiento.

*El deber de revelar (disclosure) puede continuar durante el procedimiento*⁶⁰-. El tribunal puede ordenar la presentación de un documento y su inspección, pero esta orden debe ser precisa y concreta no puede por ejemplo ordenar que se revele toda la documentación financiera y tributaria de una de las partes que se encuentren en su poder. *Morgans [a Fri] v Needham*,⁶¹ *Amoco (UK) Exploration Co v British American Offshore*.⁶²

El *disclosure* no puede pedirse para que una persona presente información a la que no tiene derecho de poseer o inspeccionar. *Three Rivers District Council v Bank of England* (no. 4).⁶³ El costo de restaurar

⁵⁹ [2006] EWHC 2018 (Ch) [2006] All ER (D) 186 (Jun).

⁶⁰ CPR 31.11 (1) y CPR 31.11 (2).

⁶¹ [1999] 44 LS Gaz R 41, CA.

⁶² Ltd (23 February 2000), Lexis UK.

⁶³ [2002] EWCA Civ 1182 [2002] 4 All ER 881, [2003] 1 WLR 210.

correos electrónicos de empleados que han dejado la empresa. *Digicel St. Lucia Ltd v Cable and Wireless plc.*⁶⁴

Órdenes del tribunal para que una parte que no es parte de la controversia revele información- En Reino Unido tanto la *High Court* como el *County Court* tienen facultadas para ordenar a una persona, que no es parte en el procedimiento a presentar documentos en su posesión.

Otras razones para oponerse a revelar información- El costo de pedir que se revele electrónicamente la información (*e-disclosure*) como en el caso *West African Gas Pipeline Company Ltd -v- Willbros Global Holdings Inc.*,⁶⁵ en el cual *West African Gas Pipeline Company Ltd* (WAGP) es una sociedad dueña de un gasoducto de 421 millas de largo que se construyó con fondos del Banco Mundial⁶⁶ con el propósito de que las empresas productoras de gas pudieran bajar sus costos de exportación del Delta nigeriano (cerca de las costas de Lagos en Nigeria a Ghana, vía Benin y Togo). WAGP es el primer gasoducto instalado en el África subsahara. Es propiedad 36.7% por Chevron, 25% la petrolera nigeriana, Shell y *Takoradi Power* tienen respectivamente 18 y 16.3% y el restante porcentaje es de las gaseras de *Togo Societe Togolaise de Gaz y Societe BenGaz* (2%).

WAGP encomendó el diseño, abastecimiento y construcción del gasoducto a *Willbros Global Holdings Inc.* WAGP solicitó un *e-disclosure* a *West African* y la *High Court* inglesa le condenó a pagar a *Willbros* £135,000 por los costos incurridos en satisfacer dicha revelación de información. La decisión enfatizó: (i) La importancia de entender y cumplir con lo dispuesto en 31.B, es decir cooperación, intercambio de información en un formato que se útil, y proporcione la compatibilidad de software necesaria para poder ver los documentos; (ii) *E-disclosure* requiere de una planeación cuidadosa y bien administrado, particularmente si se trata de elementos que se enviarán a terceros por ejemplo para que revise la documentación; y (iii) El peligro de que las cosas no estén listas a tiempo.

Los errores que cometieron los abogados de WAGP fueron: (i) No haber copiado adecuadamente los documentos, lo que implicó pérdida de tiempo y elevados costos para revisar varias veces el mismo documento. Considerando que el proceso de *e-disclosure* no permite una perfecta duplicación de formatos electrónicos donde se encuentren los documentos, en este caso el juez consideró que existían innecesarias duplicaciones de los mismos documentos; (ii) No haber logrado entregar una serie completa de información digital. En opinión del juez, no era un caso complejo al inicio del proceso por lo que resultaba fácil identificar los documentos necesarios, identificar en posesión de quien se encontraban e identificar los sub-folders a donde obtener la información. El haber fallado en esto, implicó que se cometieran errores serios y se llevara a cabo una revisión inicial inadecuada y se tomara información de otros

⁶⁴ [2008] EWHC 2522 (Ch) 2008 All ER (D) 226 (Oct).

⁶⁵ [2012] EWHC 396 (TCC).

⁶⁶ <http://www.hydrocarbons-technology.com/projects/west-african-gas-pipeline>.

archivos no aplicables a la controversia; y (iii) No era posible revisar los documentos de que se hacía referencia en la base de datos.

Shah and another v HSBC Private Bank (UK)- Fue un caso en donde el señor y la señora Shah, quienes eran clientes del banco en su filial de Jamaica. Entre 20 de septiembre 2006 y 28 de febrero 2007, el banco retardo cuatro transferencias electrónicas que le solicitaron los Shah, por aproximadamente USD\$28 millones. El Banco retuvo el dinero en lugar de enviarlo a Zimbabue por considerar que se trataba de lavado de dinero y por lo tanto una violación a la ley penal local (*Proceeds of Crime Act*, POCA, y a la *UK Proceeds of Crime Act 2002*). El banco no les reveló a los Shah ni a su abogado la razón de que el retardo en efectuar la transferencia se debía a que estaba esperando la confirmación de la autoridad anti lavado de Jamaica. Las transferencias después de cierto tiempo se realizaron, pero los Shah exigían daños y sobretodo perjuicios por más de 330 millones de dólares.⁶⁷ El tribunal, cuatro años y medio después de presentada la demanda, en su sentencia sostuvo que el banco no tenía obligación de informar la razón por la que no realizaba la transacción y tampoco estaba en una situación nada envidiable, por una parte la obligación de cumplir con leyes anti lavado de dinero y la otra no traicionar la confianza de sus clientes.

El banco no pudo probar el origen ilícito de los fondos, pero afirmo que no estaba en obligación de revelar el nombre del empleado bancario que considero que era dinero mal habido. El estándar para revelar información es que sea *relevante*. Según CPR 31.6 una parte no tiene obligación de revelar documentos que son o pudieran ser *relevantes*, sino solo documentos que: fundan la acción o excepción, y pueden dañar su propia posición o apoyar la postura de la contraria. El hecho de que el tribunal de apelación permitiera que se borrara el nombre de los empleados, también confirma el criterio que se puede seguir para tachar información que no se considera apropiada para el litigio, siempre y cuando no se impida conocer el sentido del documento o conduzca a un error. Paradójicamente la autoridad bancaria argentina multó a HSBC por no cumplir con leyes anti lavado de dinero en enero 2015.⁶⁸

*North Shore Venture v Anstead Holding*⁶⁹- En este caso el tribunal de apelaciones considero que el hecho de que un documento no sea de su propiedad, ni esté en su control, puede ordenarse a un tercero que exhiba tales documentos si ese tercero mantiene una relación de títere-maestro. En este caso concreto la demandada había transferido activos a un *trust*. Por lo que era aplicable CPR 31.

⁶⁷ http://www.jamaicaobserver.com/business/Money-laundering-suspicions-and-disgruntled-clients_10432793.

⁶⁸ <http://www.telam.com.ar/notas/201501/92087-el-banco-central-impulso-una-millonaria-multa-al-hsbc-por-incumplir-normas-sobre-prevencion-de-lavado.html>.

⁶⁹ (3) [2012] EWCA Civ 11.

*Si la información se entrega tarde, o incompleta- El caso de Foresti et l v Republic of South Africa.*⁷⁰

VIJ Norwich Pharmacal Co.

El caso *Norwich Pharmacal Co & Others v Customs and Excise Commissioners*⁷¹ fue el caso del propietario y legítimo licenciario de una patente, que estaba siendo infringida por los importadores de medicinas en los Estados Unidos. La farmacéutica *Norwich Pharmacal Co* demandó a la autoridad aduanera para obligarle a divulgar información que permitiera identificar al importador de esos productos químicos y por ende al infractor de su patente. La *House of Lords* (Parlamento inglés) consideró que se trataba de una parte inocente que tenía información relativa a la conducta de un infractor. El tribunal podría obligarle a ese tercero a proporcionar información. El caso se hizo muy famoso. Al punto que se conocen como órdenes *Norwich Pharmacal* o por sus iniciales (NPO). Cada vez que se quiere información en posesión de un tercero se emite una NPO.

La NPO se puede obtener como medida preparatoria a juicio, durante el ejercicio de la acción, o después de emitida la sentencia. Pero el tema de las NPO en asuntos internacionales es toda un área en desarrollo. Las órdenes *Norwich Pharmacal*, se refieren al caso que faculta al tribunal a ordenar a un tercero que facilite información para descubrir a los supuestos delincuentes y actos ilícitos cuando no haya otra forma de obtener dicha información. Esta orden se ha utilizado para solicitar la divulgación de información sobre los sospechosos de haber descargado contenidos infractores.

Los principios de Norwich Pharmacal. Estos principios exigen la prueba de los elementos esenciales siguientes: (i) que se hayan llevado a cabo actividades delincuenciales o fechorías serias; (ii) el presunto malhechor es una persona que el actor de buena fe considera que le está violando sus derechos; y (iii) la parte inocente, a la que se le demanda la divulgación, se encuentra envuelta en estas actividades, favoreciendo así la perpetuación o continuación de las mismas.

Si el actor no puede hacer constar uno de estos elementos, su demanda debe ser desechada. Además de probar estos elementos, el actor debe demostrar al tribunal que es justo y conveniente que ejerza su criterio para conceder la petición.

⁷⁰ Laudo arbitral del 4 de agosto 2010. El CEO de Roresti pidió negociar directamente con el gobierno de Sudáfrica. El no quiso pagar 5 millones de dólares para los permisos por considerarlos pago corrupto pero el gobierno de Sudáfrica no quería que esta solicitud de pagos corruptos formara parte del arbitraje. Después de que lo hizo Sudáfrica dijo que no quería seguir con el arbitraje. Se condenó al demandante a pagar costos a Sudáfrica porque ese tardó en presentar las pruebas de que le habían solicitado pagos corruptos.

⁷¹ [1974] AC 133.

Caso	Descripción
<i>Loose v Williamson</i> [1978] 1 WLR 639	En caso de notoria urgencia, y si existe el caso de daños sustanciales e irreparables, la orden de proporcionar información se puede hacer sin previa orden judicial que cumpla con los parámetros de <i>Norwich Pharmacal</i> .
<i>SmithKline and French Laboratories Ltd v R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd</i> [1980] RPC 363	Fue el primero en establecer que como la orden se dirige en contra de una parte inocente, el solicitante debe cubrir los costos en que incurra el tercero y que después, si resultara exitoso en el proceso puede repetir, cobrándoselos a su contraparte, pero nunca al tercero.
<i>British Steel Corp. v Granada Television</i> [1981] AC 1096	Los periodistas, pueden ser obligados a revelar sus fuentes por orden judicial. La decisión se fundó en la <i>Contempt of Court Act 1981</i> , que permite al tribunal no cumplir órdenes para revelar información si es "en interés de la justicia o la seguridad nacional, o la prevención de un delito". Este es el fundamento que se ha utilizado en otros casos en que se invoca <i>Norwich Pharmacal</i> contra periodistas para que revelen sus fuentes. ⁷²
<i>Totalise Plc v The Motley Fool Ltd & Anor</i> [2013] EWHC 706 (QB), [2001]	Es una de las primeras órdenes en contra de un operador de un chat online. La consultora de inversiones <i>Montley Fool</i> tuvo que dar los datos que sirvieran para identificar a quien había hecho comentarios negativos en contra de <i>ISP Totalise</i> . El juez confirmó el principio de <i>Smith Kline</i> sobre los costos de un tercero, aunque el tercero se opuso diciendo que también él tenía derecho directo a impugnar la orden judicial. Las razones que en opinión del tercero le legitimaban para oponerse a la orden judicial, era dudar que el actor tuviera derecho al acceso a la información porque era una clara violación a las leyes para mantener la privacidad y la ley para protección de datos de 1998 (<i>Data Protection Act 1998</i>) y por otro lado el revelar tal información puede infringir los legítimos intereses de otros terceros. ⁷³
<i>Smith v ADVFN PLC</i> [2008] EWCA Civ 518 (15 April 2008)	Es un caso en que en un boletín de internet supuestamente difamo a alguien. La Corte de apelación se rehusó a emitir una orden <i>Norwich Pharmacal</i> porque el sitio de internet tendría que identificar a los individuos que supuestamente difamaron a quien presentó la solicitud. El tribunal de apelación y el <i>High Court</i> decidieron que era desproporcionada la emisión de la orden y que el solicitante no había comprobado en qué modo lo difamaba (<i>libel</i>). El tribunal de apelación también dio criterios sobre la cantidad y calidad de pruebas para que se emita una <i>Norwich Pharmacal order</i> . Se decidió que un solicitante que pida una orden <i>Norwich Pharmacal</i> debe proporcionar al tribunal un cuerpo coherente de pruebas.

<p><i>Arab Satellite Communications Organisation v Saad Faqih & Anr</i> [2008] EWHC 2568 (QB) (14 October 2008)</p>	<p>El High Court aclaro que las ordenes de <i>Norwich Pharmacal</i> no se deben otorgar para ir a ver que pescan (<i>fishing expeditions</i>). Una organización intergubernamental del medio oriente solicito una orden contra un disidente Saudí que "podría estar involucrado" en la emisión de programas de contenido político de importancia sustancial. El tribunal dijo que no emite órdenes "porque el subjuntivo" podría tener (<i>may have</i>) no ofrece certidumbre.</p>
<p><i>Applause Store Productions Ltd. v Raphael</i>, [2008] EWHC 1781 (QB), [2008] Info TLR 318 (24 July 2008)</p>	<p>Es el caso en que se otorgó una orden <i>Norwich Pharmacal</i> contra Facebook, ordenándole presentar detalles, dirección de email y el IP Address utilizados por un usuario.</p>
<p><i>G & G v Wikimedia Foundation Inc</i> [2009] EWHC 3148 (QB), [2010] EMLR 14 (2 December 2009)</p>	<p>Caso en que se otorgó una orden a Wikipedia para que entregara la información de un editor que afectó el derecho a la privacidad de una parte y su hija.</p>
<p><i>Lockton Companies International v Persons Unknown</i> http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2009/3423.html (23 November 2009)</p>	<p>Caso en que solicitaron contra Google revelar detalles de IP Address para identificar el autor de correos difamatorios.</p>

⁷² BELLAMI, Jonathan, "Professional liability claims: Norwich Pharmacal proceedings" presentación en "*Professional Negligence Lawyers' Association*" Londres, Reino Unido. 25. junio 2009 y disponible en el sitio: http://www.39essex.com/docs/articles/Norwich_Pharmacal_Presentation_Paper_PNLA.pdf.

⁷³ En Hong Kong ya se había presentado el caso *Cinepoly Records Co. Ltd. y otros, v. Hong Kong Broadband y otros.*, HCMP2487, 2005 La Corte superior de Hong Kong dictó un juicio en un asunto referente a la divulgación por parte de los proveedores de servicio de Internet de la información personal de personas que presuntamente habían violado los derechos de autor en Internet. Este asunto revela el frágil y delicado equilibrio que el tribunal debe establecer entre la administración de justicia y la protección de la vida privada en cuanto a la información personal. El tribunal, al emitir el mandamiento de divulgación *Norwich Pharmacal*, decidió a favor de los actores –siete grandes productores de música- y ordenó a los proveedores de servicios de Internet la divulgación de la identidad de 22 presuntos infractores.

<p>Z Ltd. V Offshore Incorporation (Samoa) Ltd and Another [2013] WSCA 1 EN Lexis UK</p>	<p>Z Ltd obtuvo orden de la Suprema Corte para que un tercero entregara documentos para el procedimiento judicial de acuerdo a las formalidades exigidas en <i>Norwich Pharmacal</i>. El tercero, que resultó ser la autoridad financiera de Samoa, la <i>International Finance Authority</i> (SIFA), en lugar de entregar los documentos solicitó sumarse como parte en el proceso invocando la <i>International Companies Act de 1988</i> (<i>The IC ACTO s 227 (2)</i>) ya que sería ilegal entregar o divulgar información que le ha sido entregada por una entidad residente en el extranjero y porque las ordenes fundadas en <i>Norwich Pharacal</i> violan las leyes de protección de datos privados. Efectivamente los Artículos de 227 a 227B de la ley de compañías extranjeras señala como cuidar la información confidencial y prohíbe revelar datos de extranjeros que han incorporado una sociedad en Samoa porque proteger los datos confidenciales es un modo de atraer inversiones extranjeras.⁷⁴</p>
--	--

En Inglaterra, cuando las pruebas se encuentran en posesión o control de un tercero, un juez puede ordenarle que exhiba las pruebas en la fase de medios preparatorios a juicio, es decir incluso antes de que el demandante presente en juicio la demanda,⁷⁵ o que preste juramento. Quien ha recibido la orden judicial cumple entregando los documentos. En ocasiones simplemente se le solicita que confirme que los documentos están en su poder. La parte al contestar no asume una obligación de pronunciarse sobre la autenticidad de los documentos o su validez. Queda fuera de la *litis* si el tercero considera que los documentos son falsos.

En los Estados Unidos, el caso *U. S. v. Mxy & Co.*⁷⁶

VII] No existe el privilegio de protección contra la autoincriminación en caso de insolvencia

Re Jeffrey S Levitt Ltd (in administrative revership)- Se trata de una empresa insolvente y su accionista mayoritario y director invoco su

⁷⁴ Nótese que no existe una posibilidad de aplicar las órdenes de *Norwich Pharmacal* en relación a esta materia. Puede verse la jurisprudencia (*Dicta*) en el caso *Kay LJ* (respecto a una solicitud del Califato de *Oman, Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2013] EWCA Civ 118[2013] 3 AL ER95at [25].

⁷⁵ CPR Pt 34.2(4).

⁷⁶ P.C. no 3:97-CV-0111 QAW Availability of Privilege, against self-incrimination in Insolvency Proceeding en *Journal of criminal law* Vol 56 Number 4; 1992, 400 –Pageant Publishing 1992.

derecho a guardar silencio y a no incriminarse a sí mismo. Pero el juez optó por confirmar que no existe este privilegio para personas morales insolventes, y le dio pleno efecto al artículo 236 de la Ley de Insolvencia de 1986 (*Insolvency Act 1986*).

VIII] La revelación de información confidencial es una traición a la confianza, un abuso y por lo tanto tipificada como delito

El estándar de confianza para cuidar la información confidencial es alto. Su violación puede ser considerada como delito de abuso de confianza o de fraude. Por ejemplo, en Inglaterra la Ley de Fraude, sección señala: "Comete delito de fraude quien deje de revelar información cuando: Dishonestamente deje de revelar a la otra persona información a la que tenía derecho a recibir y tiene la intención de dejar de revelar la información para: (i) obtener ganancias para sí o para otro; o (ii) causar pérdidas a otro o exponer a otro correr el riesgo de pérdidas.

El caso más citado en temas relacionados con confidencialidad es el de *AT&T Istel Ltd and another Trully and another*.⁷⁷

AT&T Istel Ltd and another Trully and another- En 1988 el acusado y su esposa controlaban la sociedad mercantil llamada Abbey, que era la proveedora de prestación de servicios para la autoridad gubernamental en materia de salud de la región de Wessex. En mayo se celebró un contrato de compra de acciones, pero en 1991 el comprador sospechó que había sido defraudado por Abbey, pues le estaba cobrando dos veces por el servicio prestado. Los acusados invocaron el derecho a no incriminarse y quien los acusaba no pudo probar su acción.

IX] La obligación de cuidar, transportar, usar, almacenar frecuentemente también incluye la de regresar o destruir la información confidencial

Hay varios proveedores de servicios de destrucción de información confidencial que ofrecen sus servicios a empresas trasnacionales. En sus contratos de servicios se encuentra una limitación a su responsabilidad para el caso de que si quien les encomendó la tarea no tuviera facultades para destruir información.

⁷⁷ [1992] 3 WLR 344 the House of Lords. Caso comentado por P McNerney: Privilege against self-incrimination in action for fraud and breach of trust, *Journal of criminal law* VOL 57; Number 1, 1993, 76 –Pagent Publishing 1993.

X J Conclusiones

La apertura, comunicación y rendición de cuentas (*accountability*) son valores del siglo XXI, al igual que lo es la anti secrecía, pero no por eso deben olvidarse otras virtudes como el honor, el secreto y la confianza. En un mundo interconectado y donde resulta sumamente fácil crear velos corporativos, constituir sociedades relacionadas que no firman el acuerdo arbitral, o que se encuentran en una jurisdicción distinta, es recomendable que se tomen las medidas pertinentes para que el tribunal arbitral goce de la facultad para que pueda libremente ejercer su discrecionalidad para invitar o no a las partes a presentar información.

Los animales instintivamente ocultan sus nidos a los predadores, y el hombre, por pena, miedo a violencia, miedo al rechazo y a la pérdida de aceptación. En procedimientos arbitrales *civilizados*, basta definir el derecho aplicable e invitar a las partes a conducirse conforme al parámetro que en una fase preliminar del procedimiento - puede ser en el momento de la firma del acta de misión- se acepte conducirse con los parámetros de buena fe, lealtad negocial, diligencia y confidencialidad sujeto a reglas de procedimiento tan concretas como sea necesario, pero con la flexibilidad para que el tribunal, particularmente el arbitral, pueda ajustarla y modularla a las circunstancias propias del caso, del sector industrial, nacionalidad de las partes y especialmente del derecho aplicable. Sin entrar a decidir cuestiones no arbitrables como la nulidad del contrato por violaciones al orden público, corrupción, lavado de dinero, espionaje comercial o industrial.

La búsqueda de criterios comunes entre abogados de países de muy distintas concepciones culturales no es tarea fácil, pero el simple hecho de requerir información en control o posesión de la otra parte, no necesariamente implica replicar lo que opera para los ingleses, canadienses o americanos de acuerdo a un derecho extranjero. Esperamos que el esfuerzo por exponer el modo en que se trata la información confidencial en países anglosajones sirva para que los árbitros mexicanos cobren conciencia de la importancia de la flexibilidad y discrecionalidad que goza el tribunal arbitral y no simplemente se presenten como *mejores prácticas* o costumbres en procesos arbitrales lo que de hecho es un trasplante de un sistema judicial extranjero. En pocas palabras: Para impartir justicia se requiere la virtud de la prudencia que llama a moderación en la cuantía y fortaleza en la asertividad.

Bibliografía

- Access to Justice Act 1999, S 20, *Legal Aid*, vol. 65, 2009.
- BELLAMI, Jonathan, "Professional liability claims: Norwich Pharmacal proceedings" en *Professional Negligence Lawyers' Association*, Londres, Reino Unido, 25 junio 2009, http://www.39essex.com/docs/articles/Norwich_Pharmacal_Presentation_Paper_PNLA.pdf.
- Crown Proceedings Act 1947.
- FUERST, Linda: "The Privilege Against Self-Incrimination: Disclosure in Cross-Border Investigations", en http://www.litigate.com/files/15286_The%20Privilege%20Against%20Self-Incrimination.pdf.
- International Bar Association, Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle & BÄRTSCH, Philippe: "Discovery in International Arbitration: How Much is Too Much?" 1 *Schieds VZ* 14, 14, 2004.
- ICC Model Occasional Intermediary Contract: "Non-Circumvention and Non-Disclosure Agreement" ICC Publication No. 619E, 1999 Ed.
- Inheritance Tax Act* 1984.
- KUITZOWSKI, Diana: "The Law Applicable to Privilege Claims in International Arbitration". *Journal of International Arbitration*, 32, no 1, 2015.
- MCINERNEY: "Privilege against self-incrimination in action for fraud and breach of trust", *Journal of Criminal Law*, Vol. 57, Number 1, 1993, Pagent Publishing 1993.
- Oman, *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2013] EWCA Civ 118, 2013, 3 AL ER95.
- PHILLIPS BLACK, Gina, *Money laundering suspicions and disgruntled clients*, Legal Notes http://www.jamaicaobserver.com/business/Money-laundering-suspicions-and-disgruntled-clients_10432793.
- Principios UNIDROIT.
- RATNER, S. R., "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility" en 111 *Yale Law Journal* 443, 2001.
- The Finance Act 1975.
- UNIDROIT, *Ley Modelo Sobre la Divulgación de la Información en Materia de Franquicia*, Roma 2007.
- West African Gas Pipeline (WAGP), Nigeria, <http://www.hydrocarbons-technology.com/projects/west-african-gas-pipeline>
- "El Banco Central impulsó una millonaria multa al HSBC por "incumplir" normas sobre prevención de lavado", *Telam*, <http://www.telam.com.ar/notas/201501/92087-el-banco-central-impulso-una-millonaria-multa-al-hsbc-por-incumplir-normas-sobre-prevencion-de-lavado.html>.
- ZUCKERMAN, Adrian: "The Privilege Against Self-incrimination may not Confer a Right to Refuse Disclosure of Incriminating Documents that came into Existence Independently of the Disclosure Order", *Civil Justice Quarterly* C. J.Q., Vol. 26, octubre 2007.

Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2016

Fecha de aprobación: 7 de diciembre de 2016

Análisis de la situación jurídica de la persona no nacida

ELVIRA VILLALOBOS CHAPARRO¹

La infinita libertad del ser humano no puede escoger la existencia o la inexistencia como si se tratara de echar suertes. La vida es un regalo que se nos otorga previo al de la libertad. Por ello justamente no tenemos derecho a privar a otros del don del ser².

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho. III. Persona. IV. Inicio de la existencia de la persona. V. Análisis de la protección jurídica del no nacido (nasciturus). VI. Conclusiones.

Resumen. ¿Cuándo comienza la existencia de la vida humana? Algunas legislaciones equiparan a la persona con el reconocimiento de su personalidad jurídica y establecen el inicio de su existencia al momento de su nacimiento, otras lo establecen al momento de su concepción y un tercer grupo de legislaciones consideran el inicio de la persona y por lo tanto de la personalidad como aptitud jurídica de ser sujetos de derechos y de obligaciones, al momento de la concepción pero sujeto a la condición de su nacimiento vivo y viable. La legislación civil en nuestro país sostiene la tercer postura, lo cual entraña una contradicción al considerar al no nacido como sujeto de derechos y de protección a su vida, pero sujeto a la condición de su nacimiento, cuando se tiene por nacido al ser concebido y por ende, existiendo la vida desde la concepción.

Palabras clave: Persona no nacida, concepción, protección jurídica, vida humana.

Abstract. *When does the existence of human life begin? Some legislations equate the person with the recognition of his legal personality and establish the beginning of his existence at the time of birth, others establish it at the moment of conception and a third group of laws consider the beginning of the person, and therefore, the beginning of the personality and legal capacity in order to be subjects of rights and obligations, to the moment of conception but subject to the condition of being born alive and viable. The majority of the civil legislation in our country supports the third position, which entails a contradiction by considering the unborn child as a subject of rights and protection of his*

¹ Profesora de Derecho Familiar en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

² TOMÁS Y GALINDO, Gloria María, "Apuesta por la vida" *ISTMO*, México, miscelánea, 269.

life, but subject to the condition of his birth, when by being born one must had been conceived and therefore, life exists from the moment of conception.

Keywords: *Unborn babies, conception, legal protection, human life.*

I | Introducción

En el mundo actual, debemos entender que un auténtico Estado de Derecho es aquel en que todos y cada uno de sus miembros tienen acceso a lo necesario para poder desarrollarse plenamente en la sociedad y parte importante de dicho desarrollo, es que dentro de la comunidad existan leyes justas y que las mismas sean aplicadas de manera eficaz y conforme a derecho, posibilitando que los ciudadanos puedan hacer efectivos sus derechos para obtener los bienes materiales e inmateriales suficientes para satisfacer todas sus necesidades.

Ahora bien, el punto de partida del presente artículo es precisamente el de encuadrar aquellas normas justas con la protección y reconocimiento de la existencia de la vida humana. A lo anterior, debe decirse que todo ser humano es persona *por su propio ser* y no por su grado de conciencia, por lo cual afirmamos que la existencia de la vida humana comienza en el momento de la concepción, sin que se condicione lo anterior a la congruencia psicológica o ética de su conducta.

La importancia del anterior análisis recae en la regulación de diversos ordenamientos jurídicos con respecto al momento en que comienza la vida humana. Existen diversos criterios jurídicos con respecto al inicio de la vida humana y por tanto, el inicio de la protección jurídica del no nacido.

Dentro de la legislación nacional, debe decirse que la Constitución Política fue sujeta a una reforma estructural en materia de Derechos Humanos el 10 de junio de 2011, la cual otorga una mayor protección a los individuos al establecer que las normas constitucionales y las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México sea parte, se encuentran en la misma jerarquía normativa.

Así las cosas, el lector debe partir de la premisa que el derecho a la vida es el derecho humano por excelencia, esto es, que se refiere al derecho que establece la posibilidad de ejercicio de los demás derechos y por ende, la Constitución debe protegerlo y así lo hace conforme a sus artículos 1º, 14 y 22.

Ahora bien, en esta materia se han generado importantes cambios dentro de la legislación nacional. Antes del 24 de marzo de 2015, se requería que las mujeres víctimas de una violación denunciaran el hecho ante el Ministerio Público competente para que pudieran abortar, hoy en día las mujeres víctimas de una violación pueden acudir a cualquier institución de salud a solicitar sin requisito alguno, la interrupción legal de su embarazo. Además, la legislación aplicable prevé la posibilidad de que mujeres víctimas de una violación de entre los 12 y los 18 años de edad

puedan acudir a una clínica de salud a solicitar el aborto sin la autorización ni acompañamiento de sus padres o tutores.

Es evidente entonces que la legislación mexicana es contradictoria, por una parte reconoce y garantiza el derecho a la vida a nivel constitucional y con énfasis en garantizar la protección mas amplia que los Derechos Humanos otorguen a las personas y por el otro, se ha legislado a favor de despenalizar el delito del aborto.

Ahora bien, si bien es cierto que los cambios y las reformas normativas en materia de la despenalización del aborto en México, vienen sin duda alguna motivados por organismos internacionales y diversos organismos privados u organizaciones no gubernamentales, es de vital importancia que las autoridades a nivel tanto local como federal, legislen conforme a la opinión de la mayoría del país y no sucumbir ante la presión de aquellos grupos identificados que buscan generar cambios radicales en la materia de la despenalización del aborto, motivados por razones económicas o de ideologías que no corresponden la nuestra cultura, modificando los valores y las tradiciones que permean en nuestra sociedad.

La intención del presente artículo es justamente despertar en el lector, la misión de defender el derecho humano a la vida del niño concebido que se encuentra en el vientre materno, ya que *quien ha nacido es porque antes fue concebido*, adquiriendo así, derechos desde el momento de la fecundación.

II] Derecho

En la sociedad existe la idea bastante generalizada de considerar al derecho como la ley, la norma o el sistema o conjunto de normas que regulan las relaciones sociales. Efectivamente, el derecho es ley, pero no únicamente es ley.

El derecho es un término análogo³, esto es, un término que se aplica a varios objetos de conocimiento que tienen algo en común y algo diferente. Sin embargo, de todos ellos, los más importantes términos del derecho son: como norma o ley, como facultad y como lo justo objetivo.

El derecho normativo (la ley por ejemplo) es necesario pero no suficiente para la construcción del bien común, se requiere sobre todo que las personas le den a la comunidad lo que a ésta le corresponde. La ley se necesita cuando los miembros de la comunidad no cumplen voluntariamente dándole a cada quien lo suyo, para hacer posible mediante la fuerza del Estado el cumplimiento de esta obligación que no es solamente una obligación jurídica sino principalmente un deber moral.

El derecho además de ser considerado como ley o como lo justo objetivo (cosa o conducta que se le debe al otro), es la facultad derivada o protegida por las normas, para que las personas puedan exigir lo suyo.

³ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª, Porrúa, México, 2010, p.5

De esta triple calificación del derecho, como la norma o ley, como la facultad o derecho subjetivo de las personas para exigir lo que les corresponde y como lo justo objetivo, el sentido más importante es el de lo justo objetivo⁴. De nada serviría que en un Estado existieran muchas y muy justas leyes de las cuales se derivaran o supuestamente fueran protegidos los derechos, si éstas no se aplicaran y las personas no pudieran hacer valer sus facultades.

El derecho es principalmente el bien material o inmaterial que cada persona necesita y le basta para desarrollar sus capacidades de perfeccionamiento humano, el verdadero derecho es aquel que busca por medio de la justicia, que en una comunidad existan las condiciones de bien común; esto significa las condiciones para que cada una de las personas que forman parte de esa comunidad tenga todo lo que necesita.

El derecho como norma o ley debe ser el instrumento para construir el bien común por medio de la justicia, entendiendo a la justicia como aquel hábito que consiste en dar a cada quien lo suyo. Ahora bien, la persona humana tiene la capacidad de adquirir, mediante la voluntad constante de actuar de determinada forma los hábitos buenos, también llamados virtudes. Estas virtudes pueden ser conductas que generen el perfeccionamiento de una persona en su área de individualidad o en su área de sociabilidad. Dentro de las virtudes que tienen por objeto el perfeccionamiento social, se encuentra la justicia, la cual según Ulpiano es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo.

Un auténtico estado de derecho es aquel en que todos y cada uno de los miembros de la población tienen lo que necesitan para desarrollar todas sus capacidades personales. Una comunidad donde las leyes y demás normas jurídicas, además de ser justas, se aplican con eficacia y eficiencia, donde las personas tienen la posibilidad de hacer efectivos sus derechos para obtener los bienes materiales e inmateriales suficientes para satisfacer todas sus necesidades.

Ahora, el derecho normativo positivo (sistema de normas jurídicas) creado por las autoridades humanas, se clasifica principalmente en natural y positivo y este último, que en nuestro país se divide en diferentes ramas de derecho: público, privado y social, debe basarse en el derecho natural para ser un verdadero derecho, el cual consiste en un conjunto de normas y principios inscritos en nuestra naturaleza humana y que podemos descubrir a la luz de nuestra inteligencia.

⁴ GONZÁLEZ LUNA, Efraín, *Temas de Filosofía del Derecho*, 2ª ed, Noriega Editores, México, 2003, p.37

III] Persona

La persona ha sido histórica y filosóficamente definida como una substancia individual de naturaleza racional⁵. Substancia individual, no accidental, ya que cada persona tiene lo que necesita y le basta para existir como ser humano. De naturaleza racional porque como decía Don Efraín González Luna Morfín: somos un compuesto substancial de cuerpo material orgánico y de alma espiritual⁶ y por nuestra condición material orgánica participamos de los demás seres vivos de la naturaleza, pero somos superiores a ellos porque fuimos creados a imagen y semejanza de un ser superior que nos dio la capacidad de razonar y de amar al imprimir en nuestra naturaleza el alma espiritual, que es lo que nos hace diferentes y superiores al resto de los seres de la creación.

El ser humano se distingue por su alma espiritual con potencias y capacidades superiores, como el conocimiento racional que nos permite conocer la verdad (especie de la inteligencia por la cual somos capaces de conocer y hacer juicios universales verdaderos y ciertos), la inteligencia práctica que nos permite darnos cuenta del bien y del mal y de todos los demás principios morales que se derivan de este primer principio de *haz el bien y evita el mal*, y demás especies del intelecto como la inteligencia lógica, teórica y emocional.

La persona, al ser un compuesto substancial de cuerpo material orgánico y de alma espiritual⁷, necesita tanto bienes materiales: ropa, una casa donde vivir y tener intimidad, productos alimenticios sanos y suficientes, acceso a la salud, medios de transporte, etc., como bienes inmateriales: respeto, seguridad, amor y consideración, posibilidad de estudiar, acceso a la justicia, etc.

A lo anterior, debe decirse que la persona humana es individual y social al mismo tiempo, tiene una esfera de individualidad e intimidad a la que nadie puede entrar si la propia persona no se lo permite, así como un área de sociabilidad que le condiciona para vivir con los demás. Las personas son naturalmente sociables; se necesitan unas a otras y no pueden subsistir sin los demás.

Ahora bien, la capacidad de amar es un elemento esencial del ser humano. A diferencia de los animales que tienen instintos que los conducen al acercamiento hacia sus dueños, la persona tiene la capacidad de decidir libremente amar a sus semejantes. Amar no es sentir mariposas en el estómago cuando se está junto al ser amado, amar es la decisión de hacer el bien al otro, de aceptarlo como es y de hacer todo lo que sea necesario para contribuir a su superación.

Aunado a lo anterior, la persona es además un ser histórico que tiene un comienzo y un fin, siendo el inicio de la existencia de la vida

⁵ BOECIO, *Cinco Opúsculos Teológicos (Opuscula Sacra)*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2002, p. 87.

⁶ GONZÁLEZ LUNA, op.cit., p.18

⁷ Idem

misma así como su protección legal, el tema que nos ocupa. González Luna nos dice que:

Toda persona humana es persona por su ser, no por la conciencia que tenga de su propio ser; tampoco por la conducta que desarrolle en su vida personal, ni por las características positivas que los demás le atribuyan en la vida social. En este sentido, es persona humana el niño en el vientre de su madre, como también el hombre dormido o el enfermo disminuido en sus facultades mentales o hasta privado totalmente de conciencia⁸.

Así las cosas, todo ser humano es persona por su propio ser, por el tipo de ser que es, no por su grado de conciencia, ni por la congruencia psicológica o ética de su conducta. Por ello hay que defender el derecho humano a la vida del niño concebido que se encuentra en el vientre materno.

IV] Inicio de la existencia de la persona

¿Cuándo comienza la existencia humana? Algunas legislaciones equiparan a la persona con la personalidad y establecen el inicio de la existencia de las personas en el momento de su nacimiento. Otras en el momento de su concepción y un tercer grupo de legislaciones consideran el inicio de la persona, y por lo tanto de la personalidad como aptitud jurídica de ser sujetos de derechos y de obligaciones, en el momento de la concepción, pero sujeto a la condición de su nacimiento vivo y viable.

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos de Derecho Civil en nuestro país, sostienen la postura que considera el inicio de la personalidad desde el momento de la concepción, pero sujeta a la condición del nacimiento vivo y viable de la persona. Esta postura entraña una contradicción al considerar al no nacido como sujeto de derechos y de protección a su vida, pero sujeto a la condición de su nacimiento. Según Galindo Garfia:

Desde el Derecho Romano ha regido el principio de que al concebido se le tiene por nacido, aunque durante el período de la gestación la existencia del nasciturus depende de la vida de la madre. Sin embargo, con vista a la protección del ser humano y puesto que la gestación es un anuncio del alumbramiento, el Derecho no puede desatender ciertas medidas cautelares o precautorias de los derechos que puede adquirir el ser concebido para que si llega a nacer pueda adquirir definitivamente ciertos derechos.⁹

Desde nuestro punto de vista, la postura anterior postula una ficción de derecho al considerar que se tiene por nacido al ser concebido. La persona adquiere derechos desde que inicia su existencia y, como se

⁸ *Ibidem* p.55

⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Porrúa, México, 2008, p.221

verá en el siguiente punto, el proceso de individuación diferente al de los progenitores, comienza desde el momento de la fecundación.

Proceso evolutivo intrauterino

El tema bioético relacionado con el inicio de la vida, ha sido ampliamente discutido tanto por especialistas en embriología, fisiología, biología molecular y celular así como de la inmunología, y existe coincidencia en que el embrión, aún desde el estadio unicelular (cigoto) posee un genoma que evidencia por su estructura informacional la existencia de un factor de individuación diverso al de sus progenitores. Esto nos permite concluir que la persona inicia su vida, y por lo tanto debe ser protegida por el derecho, desde el momento de la concepción. El *nasciturus* es el término legal para referirse al concebido aún no nacido y el derecho a la vida del *nasciturus* no debe afectarse, porque de hacerlo, se estaría destruyendo el núcleo o contenido esencial del derecho a la vida¹⁰.

De acuerdo con Montoya:

*En la especie humana, como en todos los mamíferos, los gametos masculinos y femeninos maduros, denominados espermatozoide y óvulo, provienen de células germinales primordiales que no poseen exactamente la misma información genética que los organismos que las generan. Esto es relevante debido a que entonces la originalidad genética del eventual embrión aumenta dramáticamente. El embrión, aún desde el estadio unicelular (cigoto), posee un genoma que evidencia por su estructura informacional la existencia de un factor de individuación diverso al de sus progenitores.*¹¹

El proceso natural de fecundación incide en la configuración del cigoto y éste es un verdadero sistema causal autónomo con información propia.

V] Análisis de la protección jurídica del no nacido (*nasciturus*)

La persona humana, por el solo hecho de serlo tiene una serie de derechos que le corresponden por el tipo de ser que es y por estar dotado de una eminente dignidad, con fuerza y congruencia se pueden estructurar los derechos humanos en torno al derecho a la vida.

Estos derechos son los derechos humanos que son inherentes a la persona y que le corresponden por derecho natural. Al derecho positivo sólo le corresponde protegerlos, no otorgarlos, como equivocadamente se establece en algunas legislaciones. La Constitución Mexicana, hasta

¹⁰ GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Análisis Civil y Constitucional de la Situación Jurídica del Nasciturus*, Tirant Lo Blanch, Monografías, México, 2015, p.103-111

¹¹ MONTOYA RIVERO, Víctor, *Vida Humana y aborto: ciencia, filosofía, bioética y derecho*, Porrúa, México, 2009, p. 86

antes del año 2011 compartía esta postura. Sin embargo, a partir del 10 de junio de 2011 se dio un cambio radical en la doctrina y protección de los derechos humanos.

La Constitución Política Mexicana como muchas constituciones políticas, tiene dos funciones principales conforme se refiera a su primera parte dogmática o a su segunda parte orgánica. En la parte dogmática, se establece la protección de los derechos humanos, mientras que en la orgánica se contienen las normas que regulan la estructura, la organización y el funcionamiento del Estado.

La denominación del título primero de la Constitución cambió radicalmente con la Reforma del 2011, anteriormente se denominaba *De las garantías individuales* y ahora este apartado se titula *De los Derechos Humanos y sus Garantías*. Dicha reforma trae como consecuencia, el establecer en la Constitución, al mismo nivel jerárquico que las normas constitucionales, las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México sea parte.

El derecho a la vida es el derecho humano por excelencia, es el derecho preeminente sin el cual no tienen cabida los demás derechos fundamentales ya que constituye el presupuesto lógico y la condición de posibilidad de ejercicio de los otros derechos. La Constitución protege el derecho a la vida de todos los individuos y establece este derecho, conforme a la interpretación de sus artículos 1º, 14 y 22.

Su protección constitucional consiste en señalar que en México el derecho a la vida no tiene limitaciones ni restricciones, es decir, ni mediante juicio se puede privar constitucionalmente de la vida a ningún individuo; sólo el individuo con vida puede de ser titular de los demás derechos. La protección de este derecho se da conforme a los siguientes principios:

i.- Principio *pro-homine*: dicho principio consiste en que al aplicar normas o principios que establezcan la protección a los derechos humanos, el intérprete debe elegir siempre lo que más proteja a la persona; asimismo, si en un caso determinado pueden aplicarse dos o más normas, se debe preferir la que más favorezca a la persona.

ii.- Posición preferente de los derechos fundamentales: en el caso de que entren en conflicto dos derechos fundamentales diferentes, se elige alguno de ellos conforme a un ejercicio de ponderación del que se desprenda la certeza de que el derecho elegido es el que más beneficia a la persona.

iii.- Mayor protección de los derechos fundamentales: los derechos humanos reconocidos en la Constitución son sólo un estándar mínimo que debe ser ampliado por el juez de cualquier instancia, por el órgano legislativo secundario y por la administración pública.

iv.- Fuerza expansiva: extender el universo de los sujetos titulares del derecho de manera que resulte beneficiado el mayor número de personas.

v.- Principio de razonabilidad o proporcionalidad de las normas: tiene que ver con la armonización del derecho a la vida para mantener el equilibrio entre éste y los demás derechos de la persona. Asimismo, debe

evitar los excesos y arbitrariedades por parte del Estado y procurar el sano ejercicio del poder público a través del orden jurídico en favor de los derechos humanos.

Al considerar que la vida humana inicia en el momento de la concepción, el aborto ha sido penado por casi todos los códigos penales locales de los Estados de la República, no obstante, en 2007 en el Distrito Federal hoy Ciudad de México, se incorporó en el Código Penal el aborto voluntario dentro de las doce primeras semanas de gestación, siempre y cuando se realice con el consentimiento de la madre. Los códigos del resto de las Entidades Federativas contemplan ciertos supuestos excluyentes de responsabilidad del aborto entre los cuales se encuentran los siguientes: (i) aborto eugenésico.- (ii) aborto ocasionado por la conducta imprudente de la mujer.- (iii) aborto terapéutico (peligro de muerte o grave riesgo de salud en la mujer).- (iv) por inseminación artificial no voluntaria.- (v) por embarazos provenientes de casos de violación.- (vi) o por razones económicas. En la regulación de esta materia hay variaciones entre los Estados.

El ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia Sergio Salvador Aguirre Anguiano, al objetar las razones que llevaron a la despenalización del aborto antes de las 12 semanas de gestación, en la reforma al Código Penal del Distrito Federal en 2007, concluye que éstas no son proporcionales ni razonables de acuerdo a la *realidad social que persiguen*, porque nulifican el derecho a la vida del *nasciturus* pues la consecuencia de la práctica de un aborto es causarle la muerte. Un derecho se nulifica o no se nulifica; la edad gestacional no es un argumento que nulifique a *medias* el derecho del no nacido y porque el ejercicio de un derecho que implique la destrucción de otro derecho, aparentemente en oposición, es simplemente un abuso del derecho, y por tanto, un no derecho.¹²

Al permitir el aborto dentro de las primeras doce semanas de la gestación, se cae en contradicción, pues la Constitución defiende el derecho a la vida de toda persona, no sólo de algunos en función de su edad gestacional. ¿Por qué no defender el derecho del no nacido en cualquiera de sus etapas de vida? Lo que parece estar en juego es el reconocimiento de la vida del ser humano desde el momento de la concepción.

¹² MONTOYA RIVERO, Victor, *En Defensa de la Vida: Un Voto de Minoría Sobresaliente*, Homenaje a Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Comisión Mexicana de Derechos Humanos. A.C, p. 122. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, p. 17,184, 379, Disponible en: www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/07001460.019.doc Última fecha de consulta: 18 de noviembre de 2016.

Los legisladores que aprobaron el aborto ignoraron la realidad de que la vida de una persona no puede ni debe definirse por medio de una votación legislativa, menos cuando uno de los argumentos se refiere al derecho de la mujer a decidir ante un embarazo no deseado. Esta medida legislativa resulta inadecuada en tanto que atenta contra el derecho a la protección de la salud de la mujer embarazada. El embarazo no es una enfermedad y estadísticamente está comprobado que el aborto no es la solución a los riesgos de los abortos clandestinos ni de los embarazos no deseados.

Es poco razonable pensar que dos personas vivas (hombre y mujer/ papá y mamá) no den origen a otra persona; la vida naturalmente produce vida. Por otra parte, la mujer puede decidir tener o no un hijo, pero cuando ya engendró vida, ya lo tiene; el problema en cuestión sería si lo puede eliminar o no, pero si se elimina (en cualquiera de sus etapas de vida) se estaría destruyendo el núcleo fundamental del derecho a la vida.

Los derechos residen en la persona, no en la votación de un grupo de personas *representantes de la ley*. La ley creada por las autoridades humanas no puede despreciar la ley natural porque las personas regulan su conducta por ambos tipos de leyes y, cuando la ley positiva no se fundamenta en la ley natural, se puede llegar a generar situaciones tan absurdas como la de permitir que los niños tengan dos progenitores del mismo sexo.

Asimismo, carece de sustento el razonamiento en torno a la distinción entre embrión como producto de la concepción hasta la duodécima semana de gestación, y feto como producto de la concepción a partir de la decimotercera semana hasta el nacimiento.

El supuesto problema de salud pública, que representa la práctica del aborto clandestino y que los legisladores esgrimieron al despenalizar el aborto, no es razón suficiente para nulificar la vida de los concebidos aún no nacidos, ni es constitucionalmente válido el argumento de que representa menores costos económicos para el Estado atender las solicitudes de aborto que las consecuencias de salud de los abortos clandestinos. Este argumento es inadmisibles pues considera sólo el fin utilitario de *la problemática de la mujer embarazada* en términos económicos por encima del respeto a su dignidad.

Al despenalizar el aborto, los legisladores de la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México sostuvieron que esto traería como consecuencia la protección a las mujeres sin recursos. La despenalización del aborto no resuelve la inequidad existente entre las mujeres que cuentan con recursos económicos necesarios para llevar a cabo un supuesto aborto *seguro* y las que no. Esta brecha económica no se remedia legalizando una conducta que atenta contra el derecho a la vida. Además, el aborto en cualquier momento de la gestación, ya sea en clínicas de salud privadas o públicas, pone en riesgo la salud y la vida de la mujer embarazada; los daños físicos, psicológicos y morales son muy altos así como las complicaciones posteriores al mismo.

Junto con las reformas al Código Penal para el Distrito Federal, se reformó también la Ley de Salud para garantizar que a la mujer que solicite la interrupción del embarazo antes de las 12 semanas de gestación, se le proporcionen los servicios de salud necesarios y se le dé la información referente a los procedimientos, riesgos y consecuencias del aborto.

Asimismo, el 24 de marzo de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Norma Oficial Mexicana (NOM) 046 de la Secretaría de Salud en la que se plantea que las mujeres víctimas de violación sexual puedan interrumpir su embarazo. Anteriormente se requería que para poder abortar, las mujeres víctimas de una violación debían presentar una denuncia ante el Ministerio Público, ahora ese requisito desaparece y las mujeres pueden ir directamente a solicitar la interrupción legal de su embarazo (como así se denomina al aborto) sin necesidad de haberlo denunciado, en alguna institución de salud, ya que esta NOM es de aplicación obligatoria para todas las instituciones de salud ya sean públicas o privadas.

Otro cambio de la NOM, es que se permite a las adolescentes entre los 12 y los 18 años la posibilidad de solicitar el aborto en casos de haber sido víctimas de violación, sin la autorización de sus padres o tutores.

La legislación mexicana cae en contradicciones, por una parte reconoce y garantiza el derecho a la vida tanto en la Constitución Federal como en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que es parte, y por el otro, en algunas de legislaciones locales penales se ha despenalizado el aborto.

Finalmente, cabe mencionar que México sufre presiones por parte de los organismos internacionales que han realizado diversas recomendaciones a México, como el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, que en 2015 hizo una recomendación en favor de la despenalización del aborto, y de que existen organizaciones no gubernamentales que buscan su despenalización (entre ellas, se encuentran: Católicas por el Derecho a Decidir y Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., entre otras)¹³. Sin embargo, consideramos que las autoridades deberían respetar la opinión de las mayorías y resistir a la presión de las minorías y de los organismos internacionales que, muchas veces por razones económicas o de ideologías que no corresponden a nuestra cultura, pretenden modificar los valores que tradicionalmente se han tratado de defender y de vivir en nuestra sociedad.

VI] Conclusiones

i.- El derecho es un término análogo. Existe una gran variedad de conceptos del mismo; sin embargo, todos ellos existen para hacer posible que las personas tengan lo que necesitan y les basta para realizar sus capacidades de perfeccionamiento humano. Esto es, para que todos y cada uno de los miembros de una comunidad tengan lo justo que les pertenece por el solo hecho de ser personas.

ii.- La vida humana es un proceso evolutivo que se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide y termina con la muerte. Desde

¹³ GONZÁLEZ VILLALOBOS, Ana Cecilia, *Diplomado en derechos humanos* on line. *Módulo 5: Nueva ciudadanía y derechos humanos, casos emblemáticos*, Mérida, 2016, p.2

el inicio de la gestación, el cigoto, célula resultante de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, es un verdadero sistema causal autónomo con información propia, totalmente independiente de las células germinales que le dieron origen.

iii.- No obstante que la Constitución Mexicana protege la vida, no existe uniformidad en la consideración sobre el momento del inicio de la vida humana en el resto de orden jurídico.

iv.- A pesar de que científicamente está comprobado que la vida humana comienza con la concepción, se ha permitido la despenalización del aborto no sólo por las razones que permitían las excluyentes de responsabilidad, como en el caso del aborto terapéutico, sino que ahora en el Código Penal del Distrito Federal se permite el aborto dentro de las primeras doce semanas del embarazo sin necesidad de justificación alguna y se reformó la NOM 046 de la Secretaría de Salud para permitir el aborto a mujeres víctimas de violación aunque no hubieren denunciado el delito y en el caso de menores de edad, sin la autorización de sus padres o tutores.

v.- Consideramos muy importante levantar la voz para defender los valores que derivan de los principios del Derecho Natural y no permitir que minorías de la sociedad o del gobierno modifiquen con absoluta libertad la manera de ser y de pensar de una gran mayoría de los mexicanos.

Bibliografía

- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Porrúa, México, 2008
- GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Análisis Civil y Constitucional de la Situación Jurídica del Nasciturus*, Tirant Lo Blanch, Monografías, México, 2015
- GONZÁLEZ MORFÍN, Efrain, *Temas de Filosofía del Derecho*, 2ª, Noriega Editores, México, 2003
- GONZÁLEZ VILLALOBOS, Ana Cecilia, *Diplomado en Derechos Humanos on line, Módulo 5: Nueva Ciudadanía y Derechos Humanos, Casos Emblemáticos*, Mérida, 2016
- MONTOYA RIVERO, Víctor, *En Defensa de la Vida: Un Voto de Minoría Sobresaliente*. Homenaje a Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Comisión Nacional de Derechos Humanos. A.C, México, 2010
- MONTOYA RIVERO, Víctor, *Vida Humana y aborto: ciencia, filosofía, bioética y derecho*, Porrúa, México, 2009
- TOMÁS Y GALINDO, Gloria María, "Apuesta por la vida" *ISTMO*, México, miscelánea, 269
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª Ed. Porrúa, México, 2010
- BOECIO, *Cinco Opúsculos Teológicos (Opuscula Sacra)*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2002
- Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Disponible en: www.2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/07001460.019.doc Última fecha de consulta: 18 de noviembre de 2016

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2016

Fecha de aprobación: 13 de diciembre de 2016

Actualidad legislativa

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
08 SEMESTRE I
2017
AÑO 4

Implementación del sistema de oposición en México ¿es realmente una solución para evitar la violación de derechos de propiedad industrial?

RICARDO VINICIO RODRÍGUEZ PRINTZEN¹

SUMARIO: I. *El sistema de oposición.* II. *Errores y omisiones del sistema.* III. *Conclusiones.*

Resumen. Con la reforma a la Ley de la Propiedad Industrial publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1° de junio de 2016 y su entrada en vigor a partir del 30 de agosto de 2016, se plantea la implementación de la *oposición* en nuestro sistema de registro marcario. En este trabajo se definen las formalidades y características de la oposición, así como analiza el impacto jurídico que tendrá en los trámites administrativos de registros de marca ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

Palabras clave: Marcas, propiedad industrial, sistema de oposición.

Abstract. *It is with the reform to the Industrial Property Law as published in the Official Gazette on June 1st, 2016 and its entry into force on August 30, 2016, that the term of brand registry, the importance of its protection, and its newly implemented system of opposition in our brand registry system. In this paper the formalities and characteristics of the opposition system will be addressed, and it will also analyze the legal impact it will have in the administrative brand registry procedures before the Mexican Institute of Industrial Property.*

Keywords: Brands, industrial property, opposition system.

Como bien sabemos, una marca es la carta de presentación de un prestador de servicios o una empresa que fabrica un producto. El concepto de marca ha sido definido por la Ley de la Propiedad Industrial como: "todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado".² Una marca es el activo más importante de cualquier empresa en el mercado, toda vez que a través de

¹ Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Panamericana (México).

² Ley de la Propiedad Industrial, Art. 88, Diario Oficial de la Federación, 27 de junio de 1991, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50_010616.pdf, recuperado el 1° de septiembre de 2016.

ésta se distingue dentro del público consumidor y se diferencia del resto de sus competidores, denotando calidad, precio y oportunidad bajo su propia etiqueta. Por ello, hay que entender que si la comercialización de productos y servicios evoluciona cada vez más, debemos tener claro que la ley debe seguir la misma suerte de evolución, poniendo a disposición de los ciudadanos los métodos más eficaces y novedosos para salvaguardar los derechos subjetivos derivados de sus marcas.

Es por esto que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), ha decidido adoptar la figura del sistema de oposición frente a las solicitudes de registro de marca. Sin embargo, debemos preguntarnos, ¿Realmente esta figura será suficiente para proteger las marcas registradas ante el IMPI o se quedará como un simple intento de buena voluntad por parte del legislador? El presente artículo pretende resolver esta duda.

I] El sistema de oposición

El pasado 30 de agosto de 2016 entró en vigor la reforma a la Ley de la Propiedad Industrial. Misma que, como se ha mencionado, implementa el sistema de oposición en la tramitación de las solicitudes de registro de marca presentadas ante el IMPI. Dicha reforma, en resumidas cuentas, obliga al IMPI a publicar en la Gaceta de la Propiedad Industrial toda solicitud de registro de marca, a fin de que cualquiera pueda oponerse al registro de la misma si este considera que la marca propuesta cae en alguno de los supuestos de improcedencia contenidos en la citada ley, o bien, atenta contra el orden público, moral o buenas costumbres. Esta oposición deberá ser presentada por escrito, teniendo entonces el IMPI la obligación de publicar en la Gaceta la oposición, a efecto de que el solicitante de registro de marca manifieste lo que a su derecho estime conveniente. En todo momento, tendrá el IMPI la facultad discrecional de considerar el contenido de la oposición y de las manifestaciones presentadas por el solicitante para resolver el examen de fondo de la solicitud de registro de marca. Es hasta que ha concluido el trámite administrativo y se dicte una resolución que conceda o niegue el registro de la marca que ésta deberá ser notificada personalmente tanto al solicitante como al oponente.

Del análisis que se realiza a esta nueva figura de la *oposición*, podemos concluir que la voluntad del legislador es instaurar, a través de la normatividad de propiedad industrial, una posibilidad a favor de cualquier persona de manifestarse en contra de una solicitud de registro de marca cuando resienta alguna afectación. Se busca precisamente poner al alcance del gobernado un mecanismo para prevenir posibles afectaciones a sus derechos con motivo de la presentación de solicitudes de registro de marca sin formalidades caprichosas e innecesarias. Buscando siempre que dicho acceso, llamémosle de *justicia en sede administrativa*, sea sencillo, eliminando la necesidad de que el particular tenga que allegarse de elementos o medios de prueba para demostrar la violación directa o inmediata a un derecho subjetivo, lo cual denominamos

interés jurídico, ni tampoco sea obligado a acreditar alguna afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, o *interés legítimo*, menos que tenga que erogar un gasto importante para evitar esa posible trasgresión a derechos. Contrario a lo que sucede con la interposición de procedimientos judiciales, los cuales se incurrirán con la contratación de abogados, certificación de documentos, pagos de impuestos, por mencionar algunos ejemplos.

Por otro lado, este sistema de oposición busca obtener frutos en la toma de decisiones de los propios funcionarios públicos adscritos al IMPI, específicamente los que resuelven las solicitudes de registro de marca, pues el hecho de que se someta a su consideración las interposiciones de las oposiciones, les permitirá tener conocimiento de las distintas causales de improcedencia que les adviertan sobre posibles violaciones de derechos de diversas personas que previamente han obtenido registros de marcas y que pueden ser afectados con la presentación de nuevas solicitudes de registro de marca. Es decir, que la promoción de oposiciones provoque que el dictado de las resoluciones sea más exhaustivo, congruente y, sobre todo, conforme a derecho.

Asimismo, la interposición de oposiciones podría poner al alcance de los dictaminadores de solicitudes de registro de marca, nuevas herramientas a ser consideradas en el dictado de las resoluciones. Mismas que alimentarán su criterio con razonamientos lógicos jurídicos cada vez más novedosos y ocasionarán que dichos criterios también evolucionen al derecho de la propiedad industrial y, sobre todo, garantizando los principios de legalidad y seguridad jurídica que deben prevalecer en el dictado de cualquier acto o resolución administrativa. En este caso, en beneficio tanto de los solicitantes de registros de marcas, como de los titulares de las marcas previamente inscritas.

II] Errores y omisiones del sistema

No obstante lo anterior, y con la esperanza de equivocarme con respecto a las líneas que ahora escribo, creo que esta nueva modalidad de oposición va a quedar como un intento del legislador para mejorar las actuaciones administrativas del IMPI, específicamente en las resoluciones a las solicitudes de registro de marca, pues considero que no van a eficientar la toma de decisiones de los dictaminadores de marcas, ni tampoco van a satisfacer las pretensiones de los oponentes de solicitudes de registro de marca. Esto aunado a las diversas omisiones e irregularidades en dicha reforma. Mismas que señalo a continuación.

En primer lugar, considero que van a ser más lentos los procedimientos administrativos de registro de marcas, pues si bien es cierto que la reforma señala que la interposición de la oposición no suspenderá el trámite de las solicitudes de registro de marca, sí creo que los propios dictaminadores se detendrán a analizar cada uno de los argumentos y pruebas que los oponentes presenten, esto precisamente porque la autoridad (dictaminadores) debe respetar la garantía del derecho de *petición* que consagra el artículo octavo de nuestra Carta

Magna, pues la Ley de la Propiedad Industrial condiciona a los oponentes a que viertan sus manifestaciones por escrito y por ello la autoridad debe atenderlas de igual forma, por escrito, por ello, es a todas luces claro que las resoluciones a las solicitudes de registro de marca tomarán más tiempo que como actualmente venía ocurriendo, que de por sí es un trámite que se resuelve en un plazo de 4 a 8 meses aproximadamente. Incluso puedo advertir que derivado de una omisión de la autoridad, de atender una oposición promovida por un particular, éste tendrá la posibilidad jurídica y real de promover el juicio de garantías en contra de la resolución que resuelva conceder el registro de la marca (como acto auto aplicativo) y en contra del propio artículo 120 de la citada ley (como ley reclamada), de tal suerte que nuestros órganos jurisdiccionales federales pueden resolver la inconstitucionalidad de la ley en comento y obligar al propio IMPI a que reponga el procedimiento y tenga en consideración los argumentos y pruebas presentados mediante la oposición, ocasionando severos daños, tanto a los solicitantes por retrasar el procedimiento del registro de la marca, como al propio IMPI por los gastos incurridos con el trámite administrativo original que no serán *reciclables*, pues deberán iniciar un nuevo procedimiento incurriendo en nuevos gastos, ello sin considerar el tiempo y trabajo que haya invertido el funcionario público en el dictado de la primera resolución recaída con respecto al trámite administrativo.

Por otro lado, podemos observar que el IMPI tiene la intención de cobrar una cantidad superior a los \$4,000.00 pesos³ por concepto de pago de derechos con motivo de la interposición de la oposición. Consecuentemente, se advierte que el acceso a la justicia en materia administrativa, mediante esta nueva figura de oposición, no está al alcance de cualquier interesado como lo pretende establecer el artículo 120 de la Ley de la Propiedad Industrial. Esto al señalar que podrá ser promovida por *cualquier persona*, pues considerando que el salario mínimo vigente al día de hoy es de \$73.04 pesos,⁴ es lógico que no *cualquier persona* pueda interponer la oposición en contra de las solicitudes de registro de marca, sino únicamente aquellas que tengan solidez económica.

Aunado a lo anterior, en un hecho más desafortunado, sin otorgársele certeza ni seguridad jurídica a quien promueva dicha oposición, pues no tiene interés jurídico ni legítimo en el trámite de las solicitudes de registro de marca, puesto que será facultad discrecional del funcionario público que resuelva la solicitud considerar los argumentos vertidos mediante la oposición, considerando además que la propia Ley

³ JALIFE, Mauricio, “Convierten nuevo sistema de oposición de marcas en artículo de lujo”, *El Financiero*, 2016, <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/convierten-nuevo-sistema-de-oposicion-de-marcas-en-articulo-de-lujo.html>, recuperado el 1° de septiembre de 2016.

⁴ Nota Aclaratoria a la Resolución del H. Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos que fija los salarios mínimos generales y profesionales vigentes a partir del 1 de enero de 2016, Artículo 2, Diario Oficial de la Federación, 18 de diciembre de 2015, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5420747&fecha=18/12/2015, recuperado el 1° de septiembre de 2016.

concede a los interesados el derecho de interponer la solicitud de declaración administrativa de nulidad en contra de un registro de marca,⁵ y la diferencia de la *oposición*, en este procedimiento sí se reconoce el carácter del promovente, por lo tanto, será más conveniente jurídica y económicamente para el gobernado esperar a que una solicitud de registro de marca se resuelva y, en el caso de que se conceda su registro, presentar la mencionada solicitud de declaración administrativa de nulidad y no intentar previamente la oposición.

Finalmente, quisiera citar lo señalado por el licenciado Eliseo Montiel Cuevas, actual Director Divisional de Marcas del IMPI, con motivo de la conferencia denominada *Beneficios y Funcionamiento de Marca en Línea (Fase II) y del Sistema de Oposición en México* celebrada el martes 16 de agosto del 2016 en esta Universidad, respecto a cómo pretenden institucionalmente evitar la interposición de oposiciones infundadas y oscuras, a lo cual manifestó que el filtro principal para evitar este tipo de oposiciones improcedentes es precisamente imponer un cobro por concepto de derechos por la cantidad de \$4,000.00, que reduzca el universo de accionantes, lo cual viene a confirmar que solo unas cuantas personas podrán acceder a éste trámite de *oposición* y no *cualquier persona* como así lo dispone el propio artículo 120 de la Ley de la Propiedad Industrial.

III] Conclusiones

Como conclusión, entiendo que los ordenamientos jurídicos deben evolucionar, lo que evidencia la buena voluntad del legislador en innovar la ley a fin de eficientar el procedimiento de registro marcario con la introducción de la figura de la oposición. Sin embargo, falta perfeccionar la interposición de este mecanismo que, por ningún motivo, puede ser considerado como un medio legal de defensa. El tiempo dirá si nos da la razón.

Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2016

Fecha de aprobación: 8 de diciembre de 2016

⁵ Cuyo costo es de \$1,348.51 más impuesto al valor agregado de acuerdo por el que se modifica el diverso por el que se da a conocer la tarifa por los servicios que presta el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, Artículo 16, Diario Oficial de la Federación, 30 de noviembre de 2015, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5417972&fecha=30/11/2015, recuperado el 1° de septiembre de 2016.

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA