



El Derecho y los sistemas jurídicos contemporáneos de la era global

Colección de manuales



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Fondo Editorial
UCA
Publicaciones



El Derecho y los sistemas jurídicos contemporáneos de la era global

Colección de manuales



Fondo Editorial
UCA
Publicaciones

La Biblioteca Nacional de Nicaragua en calidad de Agencia de ISBN, declara que bajo el siguiente número de ISBN quedará registrado el siguiente título, identificando como editor responsable a: **UCA Publicaciones.**

PUBLICACION DIGITAL

TITULO: El Derecho y los sistemas jurídicos contemporáneos de la era global / Alejandro Arturo Legorreta Soto... [et al.]

ISBN 978-99924-36-59-2

Managua, 10 de septiembre de 2020, 498 p.

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© El Derecho y los sistemas jurídicos contemporáneos de la era global

© Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Humanidades/Universidad Centroamericana

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 247, 248 y 257 del Código Penal vigente. No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, por fotocopia, ni por registro u otros métodos, sin el permiso previo y escrito de la UCA.

Este libro se enmarca en una colaboración entre la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos de México y el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Humanidades de la Universidad Centroamericana de Nicaragua. Los distintos capítulos de esta obra fueron presentados como ponencias en el Quinto Congreso Internacional de Derecho y Globalización; a partir de este evento, el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana a través del área de Publicaciones, asumió la edición de la obra, tomando el desafío de editar la propuesta y encargándose del dictamen de los diferentes artículos científicos por parte de expertos académicos mediante la plataforma de su Revista de Derecho reconocida a nivel mundial a través de su indexación en bases de datos de prestigio. De esta forma, el objetivo de esta obra es contribuir al acervo de la literatura jurídica en los tópicos que han cobrado relevancia mediante la nueva dinámica y configuración impuesta por la Globalización.

Coordinadores:

Dr. Cristian Alberto Robleto Arana
Msc. Eymi Lissette Esquivel Avendaño
Dr. Eduardo Olivas Gómez

Dra. Neylia Abboud Castillo
Dra. Tatiana Vanessa González Rivera

Autores:

Alejandro Arturo Legorreta Soto, México
Alma Rosa García Cervantes, México
Aurea Guadalupe Arroyo Guzmán, México
Bárbara Edith Orihuela Rosas, México
Cristian Alberto Robleto Arana, Nicaragua
Eduardo Calderón Marengo, Nicaragua
Eduardo Oliva Gómez, México
Eva María Ramírez López, México
Francisco Xabier García Jiménez, México
Gabriela Moreno Méndez, México
Jairo José Guzmán García, Nicaragua
Jorge Romero, México

Juan Bautista Arrién Somarriba, Nicaragua
Juan Manuel Ortega Maldonado, México
Karla Tathyanna Marín Ospina, Colombia
Ladislao Adrián Reyes Barragán, México
Lizeth Juliana García Atra, Colombia
Miriela Sosa González, Cuba
Nancy Jazmín Pérez Ramírez, México
Paulino Ernesto Arellanes Jiménez, México
Tatiana Vanessa González Rivera, Nicaragua
Víctor M., Castrillón y Luna, México
Víctor Manuel González Cianci, México

Universidades participantes:

Dr. Cristian Alberto Robleto Arana
Director del Departamento de Ciencias Jurídicas
Facultad de Humanidades de la Universidad Centroamericana de Nicaragua
Dr. Eduardo Oliva Gómez
Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Cuerpo académico en sistemas jurídicos contemporáneos:

Dr. Victor Manuel Castrillón y Luna
Dr. Eduardo Oliva Gómez
Dr. Ladislao Adrián Reyes Barragán
Dr. Xavier Ginebra Serrabou
Dr. Francisco Xavier García Jiménez

Diagramación:

Br. Odilda René Pérez Ortega

Tabla de Contenido

Primera Parte Derecho constitucional y Derechos Humanos

Globalización jurídica y Estado Pluricultural Mexicano 23
Juan Manuel Ortega Maldonado
Nancy Jazmín Pérez Ramírez

La falacia de la reforma constitucional mexicana de Derechos Humanos
en el ámbito policial..... 39
Alejandro Arturo Legorreta Soto

El Poder Judicial un ente acotado 59
Ladislao Adrián Reyes Barragán
Francisco Xavier García Jiménez
Karla Tathyanna Marin Ospina

La mutualidad deportiva en México, una utopía en la globalización 89
Alma Rosa García Cervantes

Segunda Parte Derecho administrativo

Propuestas hacia la descentralización del modelo de organización
y retos pendientes del procedimiento contencioso – administrativo
nicaragüense 117
Juan Bautista Arrién Somarriba

Tercera Parte Derecho Mercantil y Comercio Internacional

El orden público internacional como límite de la autonomía
conflictual 147
Eduardo Calderón Marengo

Globalización, empresa transnacional y derecho..... 173
Paulino Ernesto Arellanes Jiménez

Legitimación e iniciativa para convocar a junta general de accionistas
en el Derecho nicaragüense 191
Cristian Alberto Robleto Arana

En busca de la regulación de las “holdings” en la ley general de sociedades mercantiles en México	229
Jorge Romero	

El juicio ejecutivo mercantil en el Derecho mexicano y su proyección a la oralidad	247
Tatiana Vanessa González Rivera	

Cuarta Parte

Derecho civil y familiar

El contrato de hipoteca inversa.....	275
Eduardo Oliva Gómez	
Víctor M., Castellón y Luna	

Modificación de los contratos. su eco en algunas legislaciones de Centroamérica	309
Jairo José Guzmán García	

El derecho del adoptado a conocer sus orígenes desde una perspectiva internacional	331
Aurea Guadalupe Arroyo Guzmán	

Mediación electrónica.....	353
Moreno Méndez Gabriela	

Quinta Parte

Derechos de autor

Protección de los derechos de autor de obras científicas en internet: ¿Posible colisión con los derechos fundamentales de los usuarios?	369
Miriela Sosa González	

Sexta Parte

Derecho público

Neoliberalización de la educación superior pública en Colombia	399
Lizeth Juliana García Atra	

Séptima Parte
Derecho del trabajo

La reforma radical de las juntas de conciliación y arbitraje en la constitución federal mexicana por la influencia de la globalización..... 429
Víctor Manuel González Cianci

Octava Parte
Filosofía del Derecho y argumentación jurídica

La neoretórica de Perelman y su importancia en el Derecho como argumentación globalizado 455
Barbara Edith Orihuela Rosas

El Iusfilosofar de los Derechos Humanos: una mirada al Derecho ambiental internacional 473
Eva María Ramírez López

Introducción

Con motivo de la celebración del Quinto Congreso en Derecho y Globalización que tuvo lugar en el mes de octubre del año 2017, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del estado de Morelos, organizado por el Cuerpo Académico en Sistemas Jurídicos Contemporáneos, con la importante colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana de Nicaragua, se presentaron diversas ponencias por los participantes en las áreas de Derecho constitucional y Derechos humanos, Derecho administrativo, Derecho mercantil y Comercio internacional, Derecho civil y familiar, Derechos de autor, Derecho público, Derecho del trabajo, filosofía del derecho y argumentación jurídica, las cuales motivaron el desarrollo de diversas investigaciones en las áreas citadas.

Las problemáticas sociales constituyen un objeto de investigación fundamental para el Derecho; por ende esta investigación escrita de tipo teórica- empírica estudia los prolegómenos de la globalización y su proyección en las diferentes áreas o parcelas jurídicas; destacando teorías, conceptos, principios y enfoques prácticos de los modernos desafíos jurídicos bajo la dinámica global. Así, esta obra es el resultado sistemático de la conjunción de diversos métodos fortalecidos en la técnica documental:

El método histórico- lógico nos posibilita enfocar al proceso de la globalización en un decurso evolutivo destacando sus raigambres, aspectos generales de su desarrollo, y tendencias de su progreso en aras de demostrar que sus conexiones con las diferentes parcelas del Derecho en esta obra abordadas; por ende su fisionomía actual es posible configurarla bajo nuevas tendencias jurídicas.

El método de análisis- síntesis nos ha permitido descomponer las variables de estudio en sus elementos para luego recomponerlas destacando el sistema de relaciones existente entre el ordenamiento jurídico nacional (destacan países como México, Nicaragua y Colombia) y los pormenores encausados por el fenómeno de la globalización.

El método comparado o comparación jurídica, por otro lado, es un método de investigación teórica propio del saber jurídico; el cual ha facilitado

en este estudio una expresión de la observación comparada de figuras juridificadas, revelando así no solo especificidades sino modelos exitosos.

El método abstracto- concreto finalmente, reconoce la posibilidad de enfocar aspectos del objeto de estudio a partir de abstraerlo del entorno, pudiendo destacar los nexos esenciales e inasequibles que pasan inadvertidos en el fenómeno de la globalización cuando es desacertadamente conceptualizada como sinónimo de capitalismo y en su esencia enraizada a la política neoliberal. Así, este estudio aséptico ha permitido un análisis crítico oportuno del Derecho y los sistemas jurídicos contemporáneos en el entorno global.

En ese tenor, esta obra se erige con el aporte de versados, sagaces e infatigables escritos:

En la parte inicial, intitulada “Derecho constitucional y Derechos humanos” Ortega y Maldonado y Nancy Pérez refieren en su artículo intitulado “*Globalización jurídica y estado pluricultural mexicano*” que el proceso de la globalización sin duda alguna es un factor de múltiples alcances, que si bien es cierto unifica diversos procesos económicos también lo es que, diversifica grupos culturales minoritarios en algunos países. Los derechos de los pueblos originarios así como su autodeterminación son visibles en el Estado mexicano, reconociéndoles sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas internas con apego a la norma constitucional. En este sentido la nación mexicana es conocida por su composición pluricultural integrada por varias culturas como la azteca, la maya, entre otras. Sin embargo la realidad social evidencia el impedimento de desarrollo que sufren estos grupos minoritarios en sus respectivas regiones alrededor de la república mexicana y que, con la globalización se han visto menoscabados. La globalización jurídica trae consigo cambios sistemáticos, cibernéticos, políticos entre otros, siendo factores determinantes al momento de aplicarlos en la praxis, situación que conlleva a enfrentar nuevas demandas en las minorías y a la creación de nuevas iniciativas de instituciones que protejan y garanticen los derechos de los diferentes grupos culturales, en específico en el Estado pluricultural mexicano.

Por su parte, Alejandro Legorreta en “*La falacia de la reforma constitucional mexicana de derechos humanos en el ámbito policial*” se refiere a las que denomina falacias, en que incurre el Estado Mexicano al defender el tratamiento desigual y discriminatorio que se realiza sobre el policía en México, bajo

el argumento de que, por virtud del interés público y bien común, éste es sujeto de una relación administrativa. Se ocupa entonces del estudio de las características generales de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, así como de diversas consideraciones de la importancia de la actuación de la policía en México. Señala que la reforma provoca un trato diferenciado que se realiza con la consecuente privación de acceso a los derechos derivados de una relación laboral.

Los autores Ladislao Adrián Reyes Barragán, Francisco Xavier García Jiménez y Karla Tathyanna Marin Ospina desarrollan el tema relativo a la teoría de “pesos y contrapesos” o “*checks and balances*” en cada Estado como un postulado auxiliar muy importante de la democracia y la división de poderes. Al cual constituye una premisa de garantía ante el cumplimiento de los deberes que son atribuibles al Estado y frente al equilibrio de poderes deseable en todo gobierno, resaltando la indebida interferencia del poder ejecutivo en el proceso de elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia en México, lo cual, es desde su punto de vista una aberración. De ese modo, para atender el problema de la elección de los Ministros del Alto Tribunal, se han generado diversas propuestas que van, desde implementar nuevas formas de elección directa, hasta hacer eficientes y eficaz la justicia. Resaltan con razón que tanto los titulares del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo son elegidos democráticamente por el voto directo del ciudadano. En tanto que en el Poder Judicial en la elección de sus ministros participan los otros dos poderes; el Poder Ejecutivo propone una terna y el Poder Legislativo decide quién será el nuevo ministro, y ello provoca que los servidores públicos adquieran compromisos y sus decisiones respondan a quienes los designaron.

Como cierre de la primera parte; interesante propuesta señala García Cervantes ante la problemática que enfrenta el deportista profesional en México, el cual se encuentra carente de una falta de seguridad social que logre garantizar una tutela eficaz de la ley ante riesgos de trabajo deportivo. Buscando en sistemas complementarios como la figura de la *Mutualidad*, de carácter mercantil, una alternativa para cubrir dichos riesgos. Llevando la aplicación de su hipótesis a dos deportistas en específico como es el Futbolista y el Boxeador profesional, cuyas ganancias generadas los convierten en un verdadero negocio con impacto global.

La segunda parte de la obra se decanta por un estudio del Derecho Administrativo desde la legislación y práctica nicaragüense; en donde

La tercera parte “Derecho Mercantil y comercio internacional” refleja un esforzado estudio en esta parcela del Derecho privado, Eduardo Calderón Marengo trabaja respecto de la autonomía de la voluntad de los contratantes; señala que es el eje rector aplicable en los contratos internacionales de compraventa de mercaderías, gozando de autonomía conflictual para elegir cual es el derecho aplicable a su contratación. La utilización de las tecnologías en la celebración en los negocios jurídicos ha evolucionado las prácticas comerciales, los *Incoterms* como usos y costumbres influyen en las economías globales en las empresas, creando un acceso mayoritario en todo el mundo, gracias al fenómeno de la globalización las aperturas de las fronteras han permitido mayores transacciones a nivel internacional, facilitando el comercio electrónico en sus distintas modalidades, mejorando la economía de las naciones desarrolladas.

La *Lex Mercatoria* actualmente sostiene la existencia de un cuerpo normativo que reconoce y acata las normas internacionalmente de comercio internacional, siendo una manifestación clara los *incoterms*; concluye afirmando el autor.

En el mismo plano del comercio internacional, en su artículo Paulino Arellanes se refiere a que la globalización, empresa transnacional y derecho, es una tríada convertible, causa y efecto debido a que, en la interdependencia que estamos que es producto de la globalización económica conducida por las empresas transnacionales, se afecta al derecho de los Estados y entre los Estados, además de los demás sujetos de derecho internacional, lo cual se ve reflejado en los marcos jurídicos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los marcos jurídicos de las integraciones comerciales, tales la renegociación del Tratado de libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la salida de Inglaterra de la Unión Europea (Brexit) y el cártel de las empresas automotrices de Alemania: Audi, Wolsswagen, Mercedes Benz, Porche, etc., y en lo tocante a la juridicidad internacional de la empresa transnacional sostiene que, aunque para autores varios de derecho internacional no se reconozca la subjetividad internacional de tales actores, en tanto que es el Estado el que aporta el marco jurídico para poder realizar sus inversiones y sus negocios, en general en la jurisdicción territorial del Estado o los Estados; y que en ese tenor, la empresa transnacional actúa, jurídicamente hablando, con cierta capacidad supranacional ya sea directamente o mediante los organismos internacionales en donde los actores no estatales a través de convenciones, conferencias, declaraciones, compromisos influyen en el cambio del derecho internacional público y privado.

Jorge Romero, por otro lado, en su estudio “*En busca de la regulación de las “holdings” en la ley general de sociedades mercantiles en México*”, plantea que existen lagunas en la *Ley de Concursos Mercantiles* en la regulación de las Sociedades controladoras (*Holdinng*). Y su mayor perversión son las prácticas monopólicas que pudieran realizar. Ya que controlan por medio de la acciones mayoritariamente otras empresas. Sin embargo, el estudio pretende dar cuenta de los beneficios de estar regulados por una ley certera para acceder a los beneficios fiscales. Es decir, la idea es contar con un resultado fiscal consolidado y poder tener en una declaración fiscal con una base única de los resultados obtenidos de todas las empresas que integran el grupo corporativo, de las ganancias y las pérdidas para entregar el impuesto anual. En este sentido, las sociedades controladoras están obligadas a responder subsidiariamente por los actos ilícitos que le sean imputables de las sociedades que controla, ello implica igualmente pérdidas y utilidades fiscales en base al impuesto consolidado.

Finalmente, este opúsculo se enriquece con dos estudios a nivel de la legislación y práctica mercantil nicaragüense y mexicana. Primeramente, con el tema de la legitimación e iniciativa para convocar a junta general de accionistas en el Derecho nicaragüense, Robleto Arana propone en su interesante investigación dar respuesta a situaciones complejas que se presentan en la convocatoria, como es el caso de la acefalía funcional del consejo de administración, cuando la función de éstos se encuentra suspendida temporal o definitivamente, así como en el caso de socios con derechos limitados para solicitar la convocatoria a la junta.

Y en segundo lugar, Tatiana Vanessa González Rivera de la Universidad Centroamericana se ocupa del estudio de “*El juicio ejecutivo mercantil en el Derecho mexicano y su proyección a la oralidad*”. La autora plantea que el juicio ejecutivo mercantil oral es una falacia, ya que es inadecuado e impropio y no coincide con la calificación de oral. Ya que el juicio ejecutivo mercantil se basa en documentos, instrumentos que otorgan certeza jurídica a las operaciones de comercio que deben ser cumplidas en un futuro, ya que permite el aseguramiento y secuestro de bienes para recuperar un crédito o asegurar el incumplimiento de la sentencia que condene al pago de las prestaciones reclamadas. En este sentido, el escrito es la manifestación que se presenta a un juez como prueba personal. Es la originalidad lo que el juez examina. Por tanto, la oralidad del juicio ejecutivo mercantil lo único que tiene es el nombre ya que toda demanda, contestación, la reconvencción y sus contestación son escritos. La oralidad

solo se ubica en el momento del desahogo de las pruebas, por ello, el juicio ejecutivo mercantil oral es sólo una modificación de forma y no de fondo.

La cuarta parte de esta creación escrita refiere a los estudios enmarcados en Derecho Civil y Familiar.

Eduardo Oliva y Víctor Castrillón desarrollan el estudio referente al contrato de hipoteca, que, como contrato accesorio, que surge en el derecho greco- romano, y que ha permanecido en los textos normativos de las legislaciones con orientación al sistema neo romanista, ha sido de gran utilidad para soportar el otorgamiento de créditos en la dinámica del comercio. Lo refieren como un instrumento que con la solidez que otorga la afectación de los bienes inmuebles, resulta sumamente eficaz para la concreción de operaciones que comúnmente han sido operadas por las instituciones de crédito, a la que se ha sumado la actividad de las sociedades de objeto múltiple. Parten del estudio tradicional del contrato, y su evolución, hasta ocuparse de la llamada “hipoteca inversa” que aparece reglamentada por primera vez en la legislación mexicana, con motivo de las reformas que se realizaron al Código Civil de la Ciudad de México, publicadas en la *Gaceta Oficial* del día 27 de marzo del año 2017, la cual según refieren, se presenta como una novedad legislativa; es decir, que se trata de una figura que se percibe ha sido creada en favor del adulto mayor, procurando con su implementación, un vínculo incluyente, de protección a grupos vulnerables y en un entorno de protección a los derechos humanos.

Jairo José Guzmán García, un reconocido investigador y académico de la Universidad Centroamericana en su apartado “*Modificación de los contratos. Su eco en algunas legislaciones de Centroamérica*” analiza que el contrato se mueve dentro de las exigencias de la “justicia” donde dos partes formalmente iguales y en cuya relación ha de estar patente la correlación de los comportamientos de prestación con intereses individuales o sociales. A partir de ello, el autor establece que la seguridad jurídica se contrapone a un contrato modificado ya que daña la función económica de esta figura ya que lo hace imperfecto, inútil e inseguro. Para ello, da cuenta de la teoría de la frustración del contrato, la teoría de la imprevisión, la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, y de la teoría de la base del negocio. Pero el estudio afirma que un primer elemento para cambiar o modificar un contrato es la buena fe, que debe acompañar en todo momento el contrato. Un segundo parámetro es la equidad que apela a criterios de “justicia” al caso concreto, ya que, en ciertas circunstancias, lo

estipulado puede ser injusto. Además de tales principios, para modificar un contrato debe tenerse en cuenta la desaparición sobrevenida de la causa del negocio. Por tanto, estos deben ser los ejes de la “nueva justicia contractual”, buena fe, equidad y la desaparición sobrevenida de la causa.

Gabriela Moreno aborda los mecanismos alternativos de solución de conflictos, afirmando que son medios idóneos para buscar soluciones alternas a las reguladas por la vía judicial, sean utilizados extra o intrajudicialmente. En la actualidad los cambios que se han generado con el uso masivo de las nuevas tecnologías permean en diferentes ámbitos jurídicos, en específico, la mediación electrónica se presenta como una figura adecuada para garantizar la solución de controversias que se susciten entre personas que lleven a cabo la celebración de actos jurídicos con la ayuda de las nuevas tecnologías que permiten se realicen transacciones en línea en diferentes espacios geográficos, es decir, personas situadas en distintos lugares con la ayuda de la red de redes, el internet celebran diversos actos.

Para ella, la mediación electrónica es una figura novedosa y de gran impacto para dar soluciones a problemáticas entre personas que se encuentran ante un incumplimiento de obligaciones al momento de contratar, en este contexto buscan alternativas para solucionar su problema sin que les demande altos costos, ni desgastes y donde ambas obtengan resultados favorables para una continua convivencia. Aunado a ello, el uso de la mediación electrónica refleja una sociedad tecnológica en la que actualmente la mayoría nos encontramos inmersos.

La quinta parte engloba las premisas teóricas y prácticas en materia de Derechos de autor a cargo de Miriela Sosa González, quien considera que el acceso a todo tipo de información popularizada en internet ha permeado en casi todas las esferas alrededor del mundo, abriendo múltiples facilidades para el uso de los contenidos que los usuarios proporcionan a través de las tecnologías digitales que permiten el uso masivo y acelerado de las revistas científicas en formato digital, afectando los derechos de autor y poniendo en riesgo la privacidad, sumándose en esta disyuntiva los derechos fundamentales de los usuarios tales como la información, la investigación por mencionar algunos, colisionando dichos derechos respectivamente. Una de las causas de la colisión reside en los titulares de derecho de autor, que, en particular las obras de carácter científico son controladas por las editoriales científicas a nivel mundial para su

divulgación y comercialización en internet. Reconociéndose que los derechos humanos son derechos inherentes y plenamente reconocidos a todos los seres humanos.

Por lo que, las regulaciones jurídicas deben garantizar la observancia legal de los derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales para una mayor certeza y seguridad jurídica para los autores de obras científicas así como para los internautas al momento de utilizar los espacios permitidos por las tecnologías de la información y comunicación, sin menoscabo a los intereses particulares.

La sexta parte, del ámbito público, se enriquece de la participación de García Atrá; quien señala en su estudio que, ante las exigencias del modelo económico neoliberal, el derecho a la educación superior ha venido siendo progresivamente reducido a la categoría de servicio, con lo cual se limitan cada vez más las posibilidades de acceso a ella para los sectores poblacionales más vulnerables de la sociedad, teniendo en cuenta, además, el paulatino fenómeno de privatización de las instituciones universitarias. Lo cual provoca que el gobierno en el Estado colombiano tenga cada vez menor control sobre el sistema educativo nacional, y que este a su vez, se encuentre más lejos de lograr satisfacer las demandas y necesidades verdaderas de la sociedad, convirtiéndose así en un instrumento más al servicio de tales lógicas mercantiles.

Un séptimo apartado es representado por los postulados en materia de Derecho del trabajo, a cargo de González Cianci, para quien el análisis y estudio de los tribunales del trabajo en el contexto mexicano es de notoria importancia, mismos que han progresado desde sus inicios hasta la actualidad donde encontramos las recientes reformas en la impartición de justicia de las relaciones obrero-patronales, reforma constitucional que suprime la denominación de las juntas de conciliación y arbitraje por tribunales laborales. Resaltando en las leyes del trabajo su función conciliatoria-obligatoria, siendo competencia del poder judicial federal y estatal la resolución de conflictos suscitados entre los trabajadores y patronos, regulación que anteriormente no acontecía.

Por su parte, el fenómeno de la globalización también conocido como modelo o proceso, ha impactado en los rincones más recónditos del globo, ocasionado cambios negativos y positivos en las diversas sociedades,

con una poderosa influencia en ámbitos como lo social, cultural, político, jurídico y entre este último en las relaciones obrero-patronales. Repercusiones que han permeado en las crecientes economías mundiales, aunado al uso de las nuevas tecnologías y la apertura creciente a nuevos mercados transnacionales.

Finalmente, como corolario de esta inigualable obra encontramos la parte octava “Filosofía del Derecho y argumentación jurídica” con dos versadas obras, por un lado, Ramírez López nos explica que con la reforma constitucional dada el 10 de junio del 2011 en México, uno de los derechos que ha tenido mayor relevancia debido a los altos índices de contaminación, es precisamente el derecho humano a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, además de que la protección, no solo en un plano nacional, sino se extiende al ámbito internacional. Por tanto, es necesario que desde un ámbito nacional se armonice la legislación interna, en busca precisamente, de la mayor protección al ser humano por cuanto a la parcela del derecho ambiental, encaminadas a un desarrollo sostenible.

Y con aportaciones innovadoras Orihuela Rosas establece la hipótesis de la necesidad de aplicar la nueva retórica de Perelman en la argumentación jurídica globalizada, para dotar al derecho no sólo de racionalidad (lógica formal), sino también, de razonabilidad (lógica informal), que, unidas a través de la neo-retórica generen argumentaciones jurídicas reflexivas, pragmáticas y objetivistas valorativa en el ámbito globalizado.

Primera Parte

Derecho constitucional y Derechos Humanos

Globalización jurídica y Estado Pluricultural Mexicano

*Juan Manuel Ortega Maldonado**

*Nancy Jazmín Pérez Ramírez***

Resumen

La Nación mexicana se reconoce como pluricultural y sostiene la autodeterminación de sus pueblos originarios para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de la Constitución. Es un hecho antropológico y una afirmación constitucional. Pero el que esto sea así, no significa que fenómenos como la globalización modulen este postulado. México debe reconocer que una verdadera autodeterminación para sus pueblos originarios pasa por aspirar hacia el “integracionismo jurídico” en el que existe un respeto por los diversos sistemas normativos que conviven bajo una misma Constitución.

Palabras clave: pluriculturalidad, asimilacionismo jurídico, integracionismo jurídico, pueblos originarios de México.

Abstract

The Mexican Nation is recognized as multicultural and supports the self-determination of its native peoples to apply their own normative systems in the regulation and solution of their internal conflicts, subjecting themselves to the general principles of the Constitution. This is an anthropological fact and a constitutional affirmation. But the fact that this is so, does not mean that phenomena such as globalization modulate this postulate. Mexico must recognize that a true self-determination for its native peoples happens to aspire towards “legal integrationism” in which there is a respect for the different normative systems that coexist under the same Constitution.

Key words: multiculturalism, legal assimilationism, legal integrationism, original peoples of Mexico.

1. Introducción

Los recientes movimientos político independentistas de la Región de Cataluña en España, así como el reconocimiento de cuatro nuevos “municipios indígenas” en el Estado de Morelos¹, ponen de relieve varios tópicos sobre la mesa de las discusiones políticas y jurídicas el día de hoy en nuestro país.

De un lado, que la globalización no sólo tiene un efecto uniformador, es decir, de homologar los procesos productivos, económicos sociales y culturales a nivel internacional, sino también uno diversificador, en cuanto reconoce, promueve y protege la existencia de grupos culturales minoritarios en países pluriculturales.

De otro, que la ola mundial en defensa de los derechos humanos, incluyendo los derechos de los pueblos originarios, ha detonado con gran fuerza los reclamos de una mayor autonomía para ciertos territorios o grupos humanos, cuyas características -afirman sus defensores- la ameritan, respecto del gobierno central.

Esta doble vía hacia la autodeterminación se ha robustecido en México debido a la reforma a los artículos 1 y 2 constitucionales, en los que se reconoce la pluriculturalidad del Estado, lo que genera la necesidad de plantear soluciones a diversos temas desde el ámbito jurídico: los límites de esa autonomía sin fragmentar la soberanía estatal; la coherencia del sistema jurídico ante la coexistencia de otros subsistemas normativos y el respeto a otras culturas minoritarias dentro del Estado, pero especialmente desde una perspectiva jurídica el reto consiste, en gran medida, en determinar el alcance del principio de igualdad en el disfrute de derechos tales como la libertad de conciencia, religión, expresión y asociación, así como sus límites, o en fijar la importancia de los derechos colectivos en el contexto de nuestras sociedades.

En lo que sigue trataremos de aproximarnos a responder a estas inquietudes en el marco de nuestro sistema y para ello anotaremos la influencia de la globalización

¹ Cuyo reconocimiento apareció publicado en el Periódico Oficial “Tierra y Libertad” del mes de diciembre de 2017.

* Doctor en Derecho por la UNAM y la UCM, España; Profesor Investigador de Tiempo Completo en la UAEM.

** Maestra en Derecho por la UAEM, especialista en Derecho de la Propiedad Intelectual por la UNAM; Profesora de la Facultad de Derecho de la UAEM.

en estados pluriculturales; después expondremos los fundamentos jurídicos y explicar algunos conceptos y doctrinas claves que darán mayor comprensión del tema.

2. La Globalización y su afectación a las culturas minoritarias

La compleja interconexión e intensidad de lazos que facilitan la armonización y la homogeneización de naciones, regiones y provincias, ha provocado severas afectaciones a las culturas, principalmente a las culturas minoritarias.

Sin duda factores como la Globalización² y al avance de las tecnologías se encuentran estrechamente vinculados con dicha pérdida o menoscabo.

Fue a partir de los años setenta cuando se tomó conciencia de que el proceso de Globalización económica y financiera (especialmente, por la apertura comercial y la circulación de bienes) constituía una gran amenaza para las culturas, lo cual traía consigo procesos de uniformización basada en el modelo occidental o estadounidense³ cuyo objetivo es imponer cada vez más, a través de los medios masivos de comunicación, patrones de consumo, de intercambio o de expresión homogéneo, a nivel planetario⁴.

Es verdad, la compleja interconexión e intensidad de lazos que unen a todas las personas a escala mundial, no sólo ha tenido repercusiones en el ámbito económico y financiero (aunque constituyen los aspectos más visibles en los últimos tiempos), sino que también, se ha extendido de manera progresiva a diferentes parcelas como: la política, la social y desde luego, la cultural.

² La Globalización significa la perceptible pérdida de fronteras del quehacer cotidiano en las distintas dimensiones de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos transculturales y la sociedad civil. Beck, Ulrich, *¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización*, Paidós, España, 2008, p.56.

³ El maestro Gilberto Giménez advierte que lo que se presenta como una “cultura global” no es más que la “cultura dominante” de ciertas partes del globo (América y Europa) a la que no todos los habitantes del planeta tienen igual acceso. Giménez, Gilberto, “*Identidades en Globalización*”, Revista Espiral, vol. VII, núm. 19, septiembre-diciembre, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2000, p.18.

⁴ Lézé, Florence, *La protección jurídica del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO* en Macías Vázquez, Ma. Carmen y Anglés Hernández, Marisol (coords.), Estudios en homenaje a Don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2016, p. 1.

Al respecto, el profesor Miguel Carbonell señala: “*La globalización en singular, no existe. Se simplifica para abreviarla, pero a poco que se repare, cualquiera se dará cuenta de que, en realidad no hay una sino varias globalizaciones, cada una de las cuales obedece a su propia lógica y a sus propios ritmos*”⁵.

Bajo esta tesis, si bien es cierto que la globalización es pluridimensional, también lo es que, en todas las dimensiones, se encuentra como característica central la creciente y constante desigualdad entre países, clases y regiones, a pesar de que la propia historia ha mostrado ser factor determinante para producir reacciones negativas (tensiones, conflictos, guerras, discriminación, por mencionar algunos) que dañan la estabilidad social de cualquier nación.

Por ejemplo, en el plano cultural, el maestro Gilberto Giménez ha referido que el efecto principal y más visible “*ha sido la reorganización general de la cultura en el marco urbano, a expensas de las culturas rurales y provincianas que tienen a colapsarse, al mismo tiempo que sus respectivas economías*”⁶.

Continúa explicando el autor que existe entonces, “*una polarización entre un mundo acelerado de producción y de refinadas pautas de consumo, y el mundo lento de las comarcas rurales aisladas, de las regiones manufactureras en declinación, y de los barrios suburbanos social y económicamente desfavorecidos*”⁷.

En efecto, se piensa que la cultura de grupos, comunidades y pueblos localizadas en determinadas regiones del mundo, específicamente, en las regiones de México, se ha convertido en una minoría visible que está perdiendo terreno frente a lo que los autores Gilberto Giménez y Arjun Appadurai denominan “redes de ciudades mundiales”⁸, las cuales, generan un desplazamiento desde la “nacional” de las actividades internacionales hacia una versión “global” de dichas actividades, es decir, una nueva subcultura⁹.

⁵ Citado por Ortega Maldonado, Juan Manuel y Pérez Ramírez, Nancy Jazmín, “*El Derecho Fiscal Mexicano en la Globalización*” en Derecho y Globalización, Campero Villalpando, Héctor Horacio (coord.), Flores, UAEM, Morelos, México, 2015, p. 107.

⁶ Giménez, Gilberto, op. cit., p. 2.

⁷ Ibídem, p.4.

⁸ Appadurai, Arjun, *El rechazo de las minorías*, Duke University Press, Barcelona, España, 2007, p. 36.

⁹ Sassen, Saskia, *Una sociología de la globalización*, Katz, Buenos Aires, Argentina, 2007, p.10.

Son las ciudades mundiales las que forman una red metropolitana de cobertura global, pues en ellas, se concentran las corporaciones transnacionales más importantes, las grandes compañías de servicios, las organizaciones internacionales y las industrias culturales que funcionan como superficie entre lo global y lo local.

En la práctica, dicha situación es evidente. Basta recordar tiempo atrás cuando el desarrollo de la tecnología y la comunicación eran más difíciles, las formas de vida eran muy distintas de un lugar a otro. Cada sociedad se caracterizaba por su peculiar manera de vestir, de alimentarse, de relacionarse con los demás, etcétera.

Actualmente, en el mundo interconectado, estas diferencias locales se han venido disipando a causa de modelos culturales dominantes (sirven de ejemplo: el uso de jeans, teléfonos móviles o tarjetas de crédito), de modo que las prácticas diferentes a estas son excluidas o rechazadas de la cultura hegemónica, e incluso, son convertidas en minorías visibles¹⁰.

Es así que, ante los embates de la Globalización y la modernidad se piensa primordial mantener vigentes las culturas para todos, especialmente para los grupos, comunidades y pueblos minoritarios, porque a través de ellas se muestran sus valores y su forma de vida.

3. Fundamentos jurídicos de la pluriculturalidad en México

Debemos recordar que el artículo 2 constitucional fue reformado en 2001¹¹ en el que textualmente se indica en sus primeros párrafos lo siguiente:

Art. 2o.- La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

¹⁰ Las minorías no nacen, sino que se hacen, a través de decisiones y estrategias específicas, a menudo a cargo de las elites del Estado o de los líderes políticos. Appadurai, Arjun, op.cit., p. 64.

¹¹ Decreto publicado en el DOF de fecha 14 de agosto de 2001.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Lo que se advierte del primer enunciado es que en México no existe más que la nacionalidad mexicana. En otras palabras: en el territorio mexicano no conviven más naciones¹², sólo la mexicana.

Situación diversa es que esa nacionalidad mexicana sea pluricultural, es decir, que esté compuesta de varias culturas (por ejemplo, los mayas, los zapotecos, los mixtecos, los huicholes, los tarahumaras, etcétera). De hecho, puede afirmarse que México siempre ha sido un territorio pluricultural, desde la época precolombina, pasando por la colonia, la independencia, hasta llegar al mundo actual.

¹² Caso contrario en la Constitución canadiense se expresa que existen dos naciones: la francófona (Quebec) y la anglófona (el resto de las provincias de Canadá).

Este mismo precepto reconoce el derecho de los pueblos originarios a la libre determinación, pero se cierra cualquier intento de soberanía al indicarse que tal autodeterminación debe darse dentro del marco constitucional de autonomía, asegurando la “unidad nacional”.

Sobre este punto conviene detenernos un poco para precisar que la autodeterminación es sinónimo de autonomía, con lo cual el Estado mexicano adopta un modelo de gestión estatal para construir sus políticas públicas para los grupos indígenas y, desde la perspectiva jurídica, bajo el sistema integracionista unitario como veremos.

Visto lo anterior, conviene exponer los modelos de gestión estatal para las minorías étnicas y después referirnos a teorías jurídicas que explican las formas de convivencia dentro de un mismo Estado, de diferentes culturas.

4. Los modelos de gestión de la diversidad cultural

Existen distintos modelos de gestión estatal que dan vida a las políticas públicas en materia de minorías étnicas, que bien pueden combinarse o aplicarse en solitario.

4.1. El primero parte de distinguir entre Estado y Sociedad Civil. La sociedad es el espacio donde se hacen visibles las diferencias entre las personas. El estado por su parte, representa el ideal de los individuos como entes iguales, titulares de idénticos derechos que el estado se encarga de proteger. Según este modelo, la integración de étnicas e individuos de distintas culturas es un proceso en el que las diferencias desaparecen.

Las costumbres particulares se enmarcan dentro del ámbito privado de cada persona, y el estado no debería reconocer ninguna de ellas. Sin embargo, esta concepción rígida del estado podría ser capaz, si se le califica de estado social, de atender a las condiciones de desigualdad que afectan a los miembros de las comunidades originarias. Pero no como tales, sino como individuos integrantes de la sociedad en general. De esta forma, la integración de estos grupos se da a través de políticas públicas generales y no adoptando políticas particulares.

4.2. Otro modelo apunta en el sentido de que el estado tiene un deber de reparación histórica para con los grupos y comunidades autóctonas que han sido víctimas de situaciones de desigualdad sistémica e histórica.

Esta postura parte de reconocer que las desigualdades actuales de los grupos originarios son fruto de estructuras y circunstancias históricas ajenas a ellos, por lo que la tarea del estado consistiría en reparar esas estructuras a través de la discriminación positiva y la acción positiva.

Mediante estas políticas asistencialistas, el estado considera la pluralidad etnocultural como un factor generador de desigualdad y por eso encara la situación con políticas sociales comunes y también con programas particulares, aunque debe subrayarse que su objeto de protección son los individuos, no los grupos como entidades culturales particulares.

4.3. Un tercer modelo de gestión estatal se basa en el concepto de «democracia cultural». Conforme a esta postura, los Estados actuales procuran proteger y reproducir la “cultura dominante o mayoritaria”, esto significa reconocer que los Estados actuales no son neutrales a la diversidad cultural, pues tiende a privilegiar una de ellas.

Sin embargo, desde la perspectiva de derechos de las minorías, la democracia cultural pondría el acento en la necesidad de ayudar al mantenimiento de estas culturas que no gozan de redes de distribución que aseguren su reproducción o por lo menos su existencia. En este contexto podrían entenderse protegidas las culturas nacionales minoritarias y también las provenientes de la inmigración.

4.4. El cuarto modelo es una superación de los modelos anteriores pues no procura sólo el reconocimiento de derechos individuales o colectivos sino el reconocimiento de la existencia de distintos grupos culturales con un idéntico valor entre todos ellos para la definición de la identidad nacional gestionada por el estado. Este enfoque supone el reconocimiento institucional de grupos formados sobre la base de su origen nacional o cultural y conlleva resultados jurídicos que reflejan este reconocimiento.

Es a los estados a los que les corresponde tomar las decisiones jurídicas y políticas que determinen el modelo de gestión de la diversidad cultural que desean imprimir.

Cualquiera de los modelos antes señalados debe hacer compatibles, por una parte, la unidad nacional, con criterios de identidad y normas de funcionamiento que aseguren la cohesión social, necesaria para el funcionamiento de los

estados; por otra, el respeto de los derechos humanos, base de la convivencia de estos estados.

En suma, el modelo que se elija debe considerar los rasgos necesarios para construir la ciudadanía y cuáles deben ser los derechos que se deriven de ella.

Para Guillermo Bonfil, la cultura nacional no puede ser otra cosa que la organización de nuestras capacidades para convivir en una sociedad pluricultural, diversificada, en la que cada grupo portador de una cultura histórica pueda desarrollarse y desarrollar al máximo su potencialidad sin opresión y con el estímulo del diálogo constante con las demás culturas. No es pues la cultura nacional un todo uniforme y compartido, sino un espacio de construido para el florecimiento de la diversidad¹³.

5. Del asimilacionismo jurídico al integracionismo jurídico

Tomando en consideración los modelos antes descritos, es posible distinguir cuatro grandes sistemas jurídicos en Estados pluriculturales, es decir en Estados en los que conviven diversos grupos culturales: asimilacionismo, segregacionismo, pluralismo e integracionismo.

Todos ellos responden al grado de respeto y autonomía que el Estado reconoce a las diversas culturas que conforman el país.

Hoy en día debemos aceptar que el estado no es neutral etnoculturalmente, como antes apuntamos. En efecto, en todos los países conocidos, el estado fomenta una determinada cultura que implica una lengua e instituciones sociales y jurídicas comunes y que son parte de un proyecto de «construcción nacional».

El punto es determinar si ese esfuerzo de “proyecto nacional” de la mayoría puede generar injusticias para las minorías y si el propio sistema jurídico y social dominante ofrece instrumentos para proteger a esas minorías.

5.1. La primera postura, que se denomina **asimilacionismo jurídico**, implica un proceso de pérdida de su propia cultura para grupos minoritarios; se

¹³ Bonfil Batalla, Guillermo; “Pluralismo cultura y cultura nacional”; *La Semana de Bellas Artes*, México, núm. 104, 28 de octubre de 1981.

pretende que el grupo cultural minoritario asimile las notas características del grupo dominante, olvidando sus rasgos culturales originarios y desapareciendo paulatinamente, para incorporarse a las estructuras jurídicas, sociales, políticas, económicas y culturales de aquél.

En este proceso se les obliga a dirimir sus diferencias en los tribunales nacionales, aplicando normas jurídicas ajenas. Sus procesos de participación social y toma de decisiones colectivas se someten a reglas del grupo dominante. Se impone una religión desconocida para ellos.

Las políticas públicas se sujetan también a un tipo de democracia occidental. Las prácticas comerciales son sustituidas por una economía planificada y controlada desde los poderes centrales del país. La educación y costumbres declinan ante los programas gubernamentales cuyas prioridades son totalmente distintas.

Los pueblos originarios en México han sufrido este proceso en dos etapas distintas de su existencia, que han sido igualmente perjudiciales para ellos: la primera abarca desde la conquista española en 1521 hasta 1810, que llamaremos españolización jurídica. La segunda, desde esa fecha hasta fines de los años 70 del siglo XX y que bien podemos calificar como la *mexicanización jurídica*.

En efecto, en la idea del conquistador español, sólo un pueblo y sistema jurídico podían existir al interior de las nuevas fronteras adheridas. La monarquía española había impuesto su noción de pueblo y norma jurídica a los grupos indígenas avasallados, quienes pasaron de la noche a la mañana a ser parte de la Corona Española. Se intentó destruir su lengua, su religión, su estructura social, su desarrollo económico y por supuesto su sistema jurídico.

Si no se pudo lograr no fue por falta de voluntad del conquistador, sino por las dificultades geográficas que impidieron continuar y concluir este proceso. En muchas ocasiones, los avances obtenidos se dieron en el sentido de aceptar una *mezcla* entre ambas culturas, como sucedió con muchas prácticas religiosas cristianas que fueron “adoptadas” por los pueblos de modo distinto al original.

Algo similar sucedió una vez que un grupo de liberales criollos logró la independencia del imperio español al crear el actual país en el que vivimos. Este movimiento político social impuso también su propia noción legitimadora de su poder político, la idea de un “pueblo mexicano” y de un sistema jurídico diferenciado de España. A los pueblos indígenas se les pretendió modificar su estatus nuevamente e incluso se les vio como a un enemigo al cual se debía

exterminar¹⁴. Los pueblos indígenas siguieron sometidos, ahora frente a un nuevo poder jurídico: el mexicano.

En la búsqueda de reforzar la unidad nacional, la política estatal de aquellos años tiende a procurar la homogeneización cultural a través de reglas jurídicas que imponen, por citar algunos ejemplos, a los niños indígenas el idioma castellano como idioma oficial y al resto de las comunidades indígenas a comunicarse en este idioma; a todos los grupos originarios a someter sus conflictos internos ante tribunales estatales; a la nacionalización o expropiación de sus recursos naturales, lo que limita la posibilidad de que estos grupos puedan disponer de esas riquezas, etc.

Es claro que la identidad cultural de origen no es tenida en cuenta e incluso supone un obstáculo o dificultad en el proceso de integración nacional. Se piensa que las sociedades avanzadas tienden hacia el universalismo, más que al particularismo, mientras que un fuerte sentimiento étnico provoca divisiones, separatismos y “balcanización”. La diversidad étnica, racial y cultural se concibe como un problema que amenaza la integridad, la cohesión social y nacional.

Como bien se ha afirmado, “plantear la construcción de una cultura nacional unificada implica, necesariamente, excluir a la mayoría. Porque esa cultura nacional es proyecto, no realidad presente; porque ese proyecto lo imaginamos algunos y lo sostienen otros pero de ninguna manera recoge la condición cultural de todos y ni siquiera de los que son más, porque en tanto proyecto propuesto por algunos implica que todos los demás están fuera”¹⁵.

Es hasta los años setenta que comienzan a lanzarse teorías y prácticas que valoran positivamente la diversidad cultural y la necesidad de una sociedad intercultural, siendo a partir de esas fechas en que algunos países intentan nuevos esquemas de relación jurídica con los grupos minoritarios en sus Estados.

5.2. El **segregacionismo jurídico** es un proceso de desarrollo paralelo en el que cada grupo étnico-cultural posee sus propias instituciones jurídicas y el contacto con

¹⁴ Así lo sostienen Aragón Andrade y Color Vargas al indicar que las Constituciones de 1824 y 1857 explicitaban esta posibilidad. Cfr. Aragón Andrade, Orlando y Color Vargas, Marycarmen; “Comentarios al artículo 2° constitucional”, IIJ-UNAM, SCJN, Fundación Konrad Adeneur, México, 2013, pp. 487-488.

¹⁵ Bonfil Batalla, Guillermo; “Pluralismo cultura y cultura nacional”; *La Semana de Bellas Artes*; México, núm. 104, 28 de octubre de 1981.

otros grupos es prácticamente nulo o escaso. Esta segregación puede ser impuesta por el grupo dominante como el apartheid sudafricano o decidida por el grupo minoritario para preservar la lengua, religión o tradiciones, como en ocasiones han sido las juderías y en el caso mexicano, los menonitas en el norte del país.

5.3. El **pluralismo jurídico**. Se caracteriza por permitir la convivencia pacífica de dos sistemas jurídicos dentro de un mismo territorio. Para Oscar Correa la expresión designa “el fenómeno que consiste en la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a órdenes o sistemas normativos distintos”¹⁶.

Ejemplos de estas nuevas realidades son el Sistema Tribal de Justicia en los Estados Unidos y el nuevo constitucionalismo indígena en Bolivia.

Con relación al primero cabe decir que se trata de un sistema en el que los grupos indígenas resuelven sus diferencias a través de tribunales especiales, dependientes, eso sí, del Procurador de Justicia de los Estados Unidos.

Respecto del caso Bolivia —de mayoría poblacional indígena— decidió no sólo ser un Estado plurinacional e intercultural sino que declara fundarse en el pluralismo jurídico y por eso reconoce la autonomía de los grupos originarios y su derecho al autogobierno. La Constitución boliviana restablece los sistemas jurídicos anteriores al colonialismo español.

Como contrapartida a este pluralismo jurídico, tenemos el monismo legal que actualmente vivimos, que sólo permite la existencia de un sistema u orden jurídico exclusivo y excluyente, que toma como fuente principal del derecho a la ley. El Estado juega un papel cardinal por cuanto que monopoliza la violencia y legitima la producción jurídica por medio de los poderes. Es así como la costumbre jurídica pierde fuerza y sólo es aceptada siempre que no sea contraria a la ley.

5.4. En el **integracionismo jurídico**, se pretende no ya convertir a los grupos originarios a la cultura del Estado dominante, sino que se desarrollen con base en el respeto a la pluralidad cultural. Consideramos que puede aludirse a dos clasificaciones distintas.

¹⁶ Correa, Oscar; *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003, pp. 101-102.

La primera alude a la relación entre el territorio y los sistemas jurídicos que en él actúan, que es el contenido del *principio de territorialidad* del derecho y la segunda, al grado de integración de los sistemas jurídicos existentes en un mismo territorio, dominado por uno de ellos.

Dentro de la primera clasificación hallamos las siguientes manifestaciones:

- a) *Jurisdicción*. Comprende la concepción clásica de los Estados, es decir, un solo pueblo en un solo territorio y regulados por un solo derecho. Por ejemplo, Argentina.
- b) *Estado de Derecho*. Varios pueblos en un solo territorio, bajo un mismo derecho. Un ejemplo sería España.
- c) *Integracionismo asociativo Personalización del derecho*. Varios pueblos, en varios territorios asociados, bajo distintos sistemas jurídicos. Un ejemplo es Canadá.

Dentro de la segunda se deben reconocer dos distintos niveles:

El *integracionismo jurídico unitario*. El respeto al que se hace referencia está condicionado —afirma González Galván— al marco que la ley establecerá, es decir, que las concepciones y prácticas jurídicas, lingüísticas, políticas, religiosas, educativas, fiscales, económicas, médicas, sólo podrán desarrollarse integrándolas al sistema jurídico estatal¹⁷. Consideramos que esta etapa es la que prevalece actualmente en nuestro país.

Como tuvimos ocasión de observar del contenido del artículo 2, apartado A, fracción II, el Estado y la Constitución reconocen el derecho de los pueblos y comunidades indígenas autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos, pero siempre sujetos a los principios generales de la Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.

En el integracionismo jurídico plural se pretende un desarrollo diferenciado de los diversos grupos culturales que comparten territorio, pero con una permanente

¹⁷ González Galván, Jorge Alberto; “El Estado pluricultural de Derecho: los principios y los derechos indígenas constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, Año XXX, Número 88, Enero-Abril de 1997, pp. 169-187.

relación comunicativa entre ellos. La integración jurídica cultural se identifica con la interdependencia entre grupos de diversas culturas, con capacidad de confrontar e intercambiar normas, valores, modelos de comportamientos, en postura de igualdad y de participación. Los ejemplos que mejor ilustran esta etapa son los sistemas jurídicos del Estado de Luisiana en los Estados Unidos y el de la provincia de Quebec, en Canadá, en los cuales prevalece el sistema codificado y de carácter románico dentro de un sistema jurídico nacional de carácter anglosajón.

Para alcanzar este estadio ideal al que se debe aspirar, es decir el integracionismo jurídico plural o interculturalidad entre grupos étnicos y culturales que conviven, se requieren unas condiciones mínimas en la sociedad:

- a) Reconocimiento explícito del derecho a la diferencia cultural;
- b) Reconocimiento de las diversas culturas;
- c) Relaciones e intercambios entre individuos, grupos e instituciones de las varias culturas;
- d) Construcción de lenguajes comunes y normas compartidas que permitan intercambiar;
- e) Establecimiento de fronteras entre códigos y normas comunes y específicas, mediante negociación;
- f) Los grupos minoritarios necesitan adquirir los medios técnicos propios de la comunicación y negociación (lengua escrita, medios de difusión, asociación, reivindicaciones ante tribunales, manifestaciones públicas, participación en foros políticos...) para poder afirmarse como grupos culturales y resistir a la asimilación.

Cuando estas condiciones no se dan en la sociedad, una política integracionista que no procure instaurarlas y desarrollarlas es muy similar a una política asimilacionista.

6. Conclusiones

1. La globalización afecta seriamente a países pluriculturales como México, porque impone un único modelo de cultura: la occidental.
2. México reconoce desde su Constitución su carácter de Nación pluricultural, pero la realidad jurídica hasta ahora impide que sus grupos indígenas se desarrollen a través de su propia cultura. Es decir, existe un divorcio entre la realidad jurídica y la realidad social y económica de sus grupos minoritarios.

3. El modelo de gestión estatal mexicano parte de considerar que existe una cultura dominante a la cual deben plegarse el resto de grupos minoritarios y a éstos sólo les provee de políticas asistencialistas aplicadas en forma individual, sin reconocimiento grupal.
4. Jurídicamente, en México se presenta un integracionismo jurídico unitario en el sentido de que las concepciones y prácticas jurídicas de los grupos indígenas, sólo podrán desarrollarse integrándolas al sistema jurídico estatal, esto es, los límites de su sistema jurídico son los límites del sistema jurídico nacional, sin que existan márgenes muy amplios para el ejercicio pleno de propio.

7. Fuentes de información

1. Appadurai, Arjun, *El rechazo de las minorías*, Duke University Press, Barcelona, España, 2007, p. 36.
2. Aragón Andrade, Orlando y Color Vargas, Marycarmen; “Comentarios al artículo 2° constitucional”, IJ-UNAM, SCJN, Fundación Konrad Adeneur, México, 2013, pp. 487-488.
3. Beck, Ulrich, *¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización*, Paidós, España, 2008, p. 56.
4. Bonfil Batalla, Guillermo; “Pluralismo cultura y cultura nacional”; *La Semana de Bellas Artes*; México, núm. 104, 28 de octubre de 1981.
5. Correas, Oscar; *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003, pp. 101-102
6. Giménez, Gilberto, “*Identidades en Globalización*”, Revista Espiral, vol. VII, núm. 19, septiembre-diciembre, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2000, p.18.
7. González Galván, Jorge Alberto; “El Estado pluricultural de Derecho: los principios y los derechos indígenas constitucionales”
8. Lézé, Florence, *La protección jurídica del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO en Macías Vázquez, Ma. Carmen y Anglés Hernández, Marisol (coords.)*, Estudios en homenaje a Don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2016, p. 1.
9. Ortega Maldonado, Juan Manuel y Pérez Ramírez, Nancy Jazmín, “*El Derecho Fiscal Mexicano en la Globalización*” en *Derecho y Globalización*, Campero Villalpando, Héctor Horacio (coord.), Flores, UAEM, Morelos, México, 2015, p. 107.
10. Sassen, Saskia, *Una sociología de la globalización*, Katz, Buenos Aires, Argentina, 2007, p.10.

La falacia de la reforma constitucional mexicana de Derechos Humanos en el ámbito policial

*Alejandro Arturo Legorreta Soto*¹⁸

Resumen: El artículo que se desarrolla, resalta las falacias que ha presentado el Estado Mexicano al defender el tratamiento desigual y discriminatorio que se realiza sobre el policía en México, bajo el argumento de que, por virtud del interés público y bien común, éste es sujeto de una relación administrativa.

Se abordan las características generales de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, así como las consideraciones de la importancia del policía en México.

Se concluye con una exposición y crítica de las falacias de la reforma constitucional, identificadas en el tratamiento diferenciado que se realiza con el policía, con la consecuente privación de acceso a los derechos derivados de una relación laboral.

Palabras clave: Falacias, Derechos Humanos, discriminación, policía y seguridad pública.

Abstract: The developed article, highlights fallacies that the Mexican State has presented to defend de unequal and discriminatory treatment the police received in Mexico, under the argument that by interest from de public and common benefit, is in need of a administrative relationship.

General characteristics are adressed about the constitucional reform, on matter of the human rights of the year 2011, as well as the considerations about the importance of the policeman in México.

Finally it exposes and crítica the fallacies about the constitucional reform, identified on the differentiated treatment which is performed on the police, with its consequent deprivation of access from a laboral relationship.

Key words: multiculturalism, legal assimilationism, legal integrationism, original peoples of Mexico.

¹⁸ Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.

1. Marco Conceptual del Modelo Garantista en la Constitución

La tradición jurídica mexicana del siglo pasado encontraba su fuente ideológica en la corriente liberal que se identifica con un Estado de Derecho, dentro de un contexto *iuspositivista*, en donde su premisa es el cumplimiento de la Ley, considerando el espíritu del legislador en su proceso de creación como el dogma a seguir.

No obstante, el fenómeno globalizador que impera en la transición milenaria, del cual México no está ajeno, decanta una nueva posibilidad de corrientes económicas, jurídicas, axiológicas, filosóficas y sociológicas, cuyas peculiaridades impulsan procesos de reformas estructurales a los diferentes sistemas adoptados por cada país.

En este contexto, 2011 marcó una reforma de fondo al sistema jurídico mexicano; una modificación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde propiamente dicho, se adoptó un modelo garantista para sustentar un Estado Constitucional, privilegiando a la persona como eje rector de la razón de ser y la aplicación de las normas constitucionales y legales, bajo la premisa del reconocimiento de los derechos humanos.

La esencia de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, a *priori*, vanguardista en la región, si bien implica un compromiso internacional para el Estado Mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales, también en la praxis ha permitido visualizar una reticencia estatal de abrir sus fronteras de manera plena a los Convenios y Tratados Internacionales de los cuales es parte, pues como se busca evidenciar en el presente artículo, la letra constitucional ha quedado lejos de una auténtica y efectiva herramienta para su ejercicio pleno, no obstante que son resaltados en el ámbito internacional por elementos supra, tales como valores, principios y los mismos derechos humanos reconocidos universalmente¹⁹.

Con singular énfasis y notoria delicadeza, Luigi Ferrajoli etiqueta a los Estados que pintan “una fachada constitucional, cuando incorporan a su derecho interno, ciertos parámetros de racionalidad, justicia y de legitimidad”, pero que en la práctica son simplemente ignorados o aplicados a medias, dejando a los

¹⁹ *Cfr.* Voto razonado del Juez ad hoc, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010, acceso el 5 de junio de 2016. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf>.

gobernados en total estado de indefensión de sus derechos fundamentales²⁰, verbigracia, el tema nodal que se aborda, concerniente a los derechos fundamentales que tiene el policía, por el simple hecho de ser persona.

La propuesta incorporada a la Constitución implicaba trascender la literalidad del derecho, traducido en el SER, evolucionando a una conjunción de éste con el DEBERSER, lo cual más allá de simples conceptos, conlleva acciones institucionales y de sociabilización a la sociedad mexicana, para dar conocer sus alcances y avanzar en armonía, hacia un estado de respeto de los derechos humanos. La reforma, encuadra en lo que Ferrajoli, dimensiona como transformación del clásico estado de derecho, al estado constitucional de derecho o modelo garantista, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de la persona, considerando que sus normas jurídicas son pensadas y proyectadas, con carga de valores como la igualdad, la no discriminación, la dignidad de las personas y la libertad, entre otras²¹.

Y justamente, en los albores de la nueva forma de vivir en un aparente Estado Constitucional de Derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación inicia una serie de acciones interpretativas del contenido y alcance de las reformas, con acciones propias de la construcción de las restricciones constitucionales a los Derechos Humanos, mismas que han sido calificadas por el Ministro Cossío como un entendimiento discordante incluso entre los integrantes de la Corte, diluyendo así la característica de única o sobresaliente que daba a ésta, en comparación con Estados con estructuras constitucionales similares²².

En estricto sentido, la Corte, autodenominada Tribunal Constitucional en México, lo cual dista de ello, por no ser un Tribunal que conozca exclusivamente de constitucionalidad, como por ejemplo si lo sería el Tribunal Constitucional en España²³; es el órgano facultado por el diverso ordinal 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para conocer *inter alia*, de controversias constitucionales, acciones de constitucionalidad, apelaciones en contra de resoluciones dictadas por Jueces de Distrito en que la Federación sea parte.

²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª. Reimpresión, (Madrid: Trotta, 2016), 851.

²¹ Idem. p. 852.

²² Cossío, José Ramón y os., *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, (México: Porrúa, 2015), IX.

²³ Competencias del Tribunal, consultado el 10 de septiembre de 2017, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/Paginas/default.aspx>

Sobre el particular, cabe señalar la concepción de Tribunal Constitucional que nos proporciona Peter Häberle, en su obra de “Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional”, señalando lo siguiente:

“Es una **institución judicial, autónoma de los otros órganos constitucionales y estatales**, y dotada de determinadas competencias y funciones a través de las que **hace valer en la Constitución**, entendida esta no sólo como una ordenación jurídica para juristas a interpretar por estos según reglas artísticas nuevas y viejas, sino que actúa esencialmente también como guía para profanos en Derecho, para los ciudadanos; no solo se la concibe como un texto jurídico o recopilación normativa de reglas sino también como expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio de autorrepresentación del pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. El Tribunal Constitucional es la coronación del Estado Constitucional contemporáneo, si bien no necesariamente todo Estado constitucional tienen que tener un Tribunal constitucional ni siquiera institutos anexos como el Ombudsman²⁴ (Lo resaltado es propio)

Como puede desentrañarse de la concepción expuesta, el Tribunal Constitucional guarda distancia respecto de los poderes constitucionales, lo cual en México no existe, pues el Poder Judicial se deposita precisamente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación; así mismo, las resoluciones de la Corte en México, no tienen efecto erga omnes, salvo cuando declare la inconstitucionalidad de un precepto; dichas discrepancias, entonces, esclarecen que la Corte en México no es un Tribunal Constitucional propiamente dicho y, retomando la incorrecta postura o “interpretación que asume” tan solo en el nombre, da pauta al título de nuestro trabajo, pues la interpretación que realiza, en muchos de los casos, oficializada mediante la jurisprudencia que emite, puede afirmarse que es en esencia, una *FALACIA*, es decir, una forma incorrecta de interpretar²⁵.

Sin que sea el objetivo realizar un estudio o tratado de las Falacias, en apartado próximo, realizaremos una breve descripción de los tipos existente, en opinión

²⁴ Konrad Hesse y Häberle Peter, *Estudios sobre la jurisdicción Constitucional*, (Porrúa: México, 2005), 45.

²⁵ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, 2ª. reimp. (México: IJ UNAM, 2005) 93.

de Toulmin y enriquecido por la exposición de Atienza, cuyo acercamiento permitirá apreciar de mejor forma el contenido que da título al presente trabajo.

II. El contenido de la reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos

Tal como se mencionó en el apartado que antecede, el 10 de junio de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación²⁶ la reforma constitucional en materia de derechos humanos, cuya esencia es el reconocimiento de estos, la previsión de garantías, también conocidas como mecanismo de protección, el control de convencionalidad (interpretación conforme y el control difuso); todos ellos bajo el principio pro persona, *ídem*, la interpretación y aplicación en lo que más beneficie a la persona.

Dicha innovación constitucional, provocó desde luego cambios en la concepción jurídica nacional, integrando el bloque de reformas señalado en el ordinal 1 de la constitución, párrafos primero, segundo, tercero y quinto; con su consecuente reorientación a los artículos 3, párrafo segundo; 11, párrafos primero y segundo; 15, párrafo primero; 18, párrafo segundo; 29 párrafos del primero al quinto; 33, párrafos primero y segundo; 89, fracción X; 97 párrafo segundo; 102, apartado b, párrafo segundo, tercero, quinto, octavo y décimo primero y, 105, fracción II, inciso g²⁷.

Lo anterior, con independencia en la trascendencia que tiene en la interpretación de diversas disposiciones del sistema de justicia penal, cuya regulación se encuentra en los ordinales 14, 16, 20 y 21 del texto constitucional, cuya reforma se llevó a cabo el 18 de junio de 2008²⁸. Cabe mencionar que esta reforma, ya adelantaba la transición del rígido modelo positivista, a una modelo penal garantista, cuya base y teleología, se encuentra en el Código Vasalli, que es el instrumento jurídico penal italiano, que sirvió de modelo para la mayoría de las leyes penales de América, así como de aquellos sistemas constitucionales garantistas.

²⁶ Diario Oficial de la Federación, acceso el 31 de agosto de 2017, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011.

²⁷ Reformas Constitucionales en materia de Amparo y Derechos Humanos publicadas en junio de 2011, acceso el 2 de junio de 2016. Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html>.

²⁸ Diario Oficial de la Federación, acceso el 2 de septiembre de 2017, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008.

Dicho código penal, es el referente imprescindible del modelo liberal al modelo garantista, cuyo prelativo es el Código Rocco de 1930, el cual retomó durante su vigencia los ideales del estado liberal, antes y después de la segunda guerra mundial, y que manifiesta o esboza, la transición de la Justicia del Código a la Justicia de la Constitución²⁹, considerado entonces, como una ruptura epistémica trascendental.

Ahora bien, retomando el eje central de este apartado, la redacción del artículo 1 Constitucional; en el primer párrafo, se modifica la concepción anterior, que hablaba del goce de garantías y se establece **el reconocimiento los derechos humanos**, tanto en el derecho interno, a rango constitucional, como el **derivado de los diversos instrumentos internacionales de los cuales México sea parte**.

La reforma en cita rebasa un simple reconocimiento de esos derechos, en realidad se constituye en una decisión política en el sistema constitucional mexicano³⁰, según la idea acuñada por Carl Schmitt, con la centrada intención de homologarse en la consecución de mecanismos para garantizar el respeto irrestricto al derecho internacional en aquello que más beneficie a la persona.

En la misma tesitura, el párrafo segundo hace alusión a los dos puntos medulares de la reforma, la *interpretación conforme*, tanto a la constitución como a los tratados internacionales de la materia, así como el favorecimiento de la protección más amplia a las personas en todo momento, denominado *principio pro persona*.

Así, con este paquete de reformas constitucionales, se consolida el fortalecimiento al concepto de derechos humanos, desde el ámbito interno, pero de manera más relevante, se establece la apertura al derecho internacional tomando fuerza vinculante a partir del *pacta sunt servanda*³¹, donde se establecen las obligaciones del estado mexicano frente a los tratados internacionales reconocidos como fuente de derechos humanos constitucionalizados, lo que implica su cumplimiento a cabalidad.

²⁹ Barrios González, Boris, *Manual Práctico de litigación oral y argumentación*, (México: Ubijus Editorial, 2016) 19-20.

³⁰ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. (Madrid: Alianza Editorial, 2009), 47.

³¹ Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

En ese tenor, los derechos humanos se consolidan a través de la voluntad internacional, plasmada en un marco general llamado Declaración Universal de los Derechos Humanos³², cuya esencia radica en definir para los Estados miembros que todas las personas deber ser consideradas libres desde su nacimiento y en igualdad, tanto en su dignidad como en sus derechos, como cualquier otra persona humana, eliminando por ello todo tipo de discriminación; elementos *per se*, que nos permiten establecer y afirmar, *a contrario* sensu de lo que dice el texto constitucional, la existencia de falacias respecto de la reforma constitucional en la materia.

De dicho instrumento internacional, surgen diferentes convenios y tratados bajo los cuales, en el caso que ocupa, México se ha adherido y por tanto obligado en su cumplimiento, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en el cual México se adhirió el 2 de marzo de 1981; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en el cual México se adhirió el 24 de marzo de 1981; por citar solo algunos y de cuyo articulado, más adelante se expondrá lo que concierne y se considera *ad hoc* a la problemática que se desarrolla.

Una vez desarrollada la parte conceptual, corresponde expresar las razones que conllevan a realizar el análisis de la problemática que genera tener una fachada constitucional, respecto de un sector de la sociedad, cuya minoría, no lo hace menos importante, sino de manera relevante, es un sector medular para mantener el orden y la paz pública, un grupo denominado policías, quienes falazmente son obligados a respetar los derechos humanos, mientras que ellos son objeto justamente de lo contrario, la inobservancia de sus derechos fundamentales.

III. La importancia del policía en México

De acuerdo al último censo del Instituto Nacional de Estadística y Geografía³³, publicado en el presente año 2017, aproximadamente 331,000 mexicanos forman parte de los cuerpos de seguridad pública a que hace alusión el artículo 123, fracción XIII párrafo segundo Constitucional. De ellos, cada 231 policías,

³² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y proclamada en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Cfr. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

³³ INEGI, Estadísticas a propósito de Policías y Agentes de Tránsito, acceso el 5 de septiembre de 2017, http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/agentes2017_Nal.pdf.

tienen como misión la seguridad pública de 100,000 habitantes³⁴, es decir, un policía por cada 432 habitantes.

Los policías, como personas que forman parte de las instituciones de seguridad pública, tienen encomendando, en términos de lo preceptuado por el artículo 21 Constitucional, garantizar la seguridad pública a todas las personas en México, actuando en todo momento bajo los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto de los derechos humanos reconocidos en la propia constitución.

Del contenido de dicha norma constitucional, se desprende que el policía, atendiendo al principio universal de servir y proteger, realiza funciones de protección de la vida, de la libertad de las personas, de su patrimonio, su integridad física, así como de ser el encargado de hacer cumplir la Ley, manteniendo el orden público; hoy adicionado además conforme a las reformas al Sistema de Justicia Penal de 2008, como auxiliar en la investigación de los delitos del Ministerio Público, considerando siempre actuar bajo los principios de actuación policial.

Por mandato constitucional, la función de seguridad pública se realiza por la policía en los tres órdenes de gobierno, en el ámbito federal, estatal y municipal, teniendo como marco general de actuación, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública³⁵ y de manera secundaria en el ámbito local, la Ley de Seguridad Pública de la Entidad.

Dichas legislaciones, presentan un sinnúmero de obligaciones vs. escasos derechos del policía, quien a más, tiene la prerrogativa de ingresar al Servicio de Carrera Policial, cuya obligatoriedad establecida en la citada Ley del Sistema Nacional, data de 4 años a partir de su inicio de vigencia, es decir, los Estados tenían la obligación de implementarlo a más tardar el 2013, lo cual no ha ocurrido, según se desprende del requerimiento realizado por el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública³⁶ a los Estados, pidiendo

³⁴ Idem.

³⁵ Diario Oficial de la Federación, acceso el 8 de septiembre de 2017, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5076728&fecha=02/01/2009.

³⁶ Entrega del programa de prioridad nacional “Desarrollo, profesionalización y certificación policial” Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, acceso el 8 de septiembre de 2017, http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/Circular_15_fortaseg.pdf.

apenas la información de su publicación, como parte del cumplimiento de los compromisos de FORTASEG, lo cual denota una ineficacia y, por ende, la imposibilidad de acceso al mismo por parte del personal policial.

De lo antes expuesto apreciarse que la tarea policial resulta una función vital para el Estado como parte de los mecanismos de protección hacia todas las personas; no obstante, de manera por demás incongruente, quizá por error de interpretación, por falta de voluntad o sensibilidad política o simplemente por ignorancia, lo cual no es tema de análisis en este trabajo, en México, al policía se le ha segregado de la protección más amplia de los derechos humanos, verbigracia, del derecho a ser oído y vencido en juicio, del debido proceso, de la presunción de inocencia, de una adecuada defensa, del derecho al trabajo, a la estabilidad en el empleo, a la defensa de su proyecto de vida, a los derechos que se derivan de la relación laboral que lo une con el Estado, entre otros; actuando este último bajo mecanismos poco claros, estigmatizándolos legalmente y bajo interpretaciones de la Corte, como una relación administrativa.

Por tal motivo, es inconcuso que existen elementos *a priori* violatorios de derechos humanos, y que es necesaria su exposición en aras de encontrar respuestas que corresponden a la esencia de un verdadero Estado Constitucional garantista.

IV. Las falacias contenidas en derechos humanos específicos que afectan al policía

Las falacias, son un elemento generalmente asociado a la argumentación; en este caso desde el ámbito jurídico, pueden existir argumentos sin falacias, más no falacias sin argumentos, pues son estos la esencia que da vida a ellas, ya que ellas son la forma incorrecta de argumentar.

En ese contexto, retomando a Toulmin, citado por Atienza en el libro “Las Razones del Derecho³⁷”, se pueden identificar cinco diferentes tipos de falacias, de las cuales explicaremos las concernientes al tema que se desarrolla.

- a) “Las llamadas de falta de razones.- Consisten en efectuar una pretensión y argumentar en su favor avanzando razones, cuyo significado es sencillamente equivalente a la pretensión original”.

³⁷ Atienza, Manuel, *op cit.*, p. 93.

- b) “Las de razones irrelevantes.- Cuando la prueba presentada a su favor, no es directamente relevante para la misma, su finalidad es evadir el problema o la realidad”.
- c) “**Las de razones defectuosas.**- Cuando las razones son correctas, pero inadecuadas para establecer la pretensión específica”.

Este tipo de falacia es el que mayor se ajusta a las pretensiones del presente trabajo, más no por ello limitativamente, como ejemplo, la infiltración de las instituciones gubernamentales, por parte de la delincuencia, es un problema añejo, no exclusivo de las instituciones policiales; sin embargo, en 1999 se generalizó la problemática como una circunstancia propia de las policías, generalizando al policía como CORRUMPTO y que por tanto, era necesaria la depuración de los cuerpos policiales, estableciendo como mecanismo para asegurar su eficacia, la prohibición absoluta de reinstalación, sin importar el mecanismo de defensa, señalando además y sin sustento alguno, que la relación era de carácter administrativo y que por tanto, quedaba fuera del ámbito del entonces “goce” de las garantías en materia laboral.

La reforma en cita, del 8 de marzo de 1999³⁸, señaló:
“**Artículo 123.-**

....

A.

I. a XXXI.

B.

I. a XII.

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del

³⁸ Diario Oficial de la Federación, acceso el 8 de septiembre de 2017, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4997854&fecha=08/03/1999.

Ministerio Público y los miembros de las instituciones policiales, se registrarán por sus propias leyes.

....

Los miembros de las instituciones policiales de los municipios, entidades federativas, del Distrito Federal, así como de la Federación, **podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones, sin que proceda su reinstalación o restitución**, cualquiera que sea el juicio o medio de defensa para combatir la remoción y, en su caso, sólo procederá la indemnización. La remoción de los demás servidores públicos a que se refiere la presente fracción, se registrará por lo que dispongan los preceptos legales aplicables.

XIII. bis y XIV." (Lo resaltado es propio)

Si bien es cierto, como lo señala Héctor Chévez, las corporaciones policiales se encuentran infiltradas por la delincuencia organizada³⁹, también es cierto que la delincuencia organizada ha permeado a todas las instituciones del Estado Mexicano, incluso la *vox populi*, señala que hasta funcionarios de primer nivel como Secretarios de Estado, Gobernadores, Presidentes Municipales, entre otros, lo cual no es motivo suficiente para estigmatizar a los policías y que ello signifique limitarlos en sus derechos laborales.

En este rubro, una falacia más se da, al ubicarlos en el mismo contexto de los militares, marinos y personal del servicio exterior, pero que en la realidad dista mucho a uno de los otros, pues mientras los antes mencionados gozan de salarios, instituciones de seguridad social propias, entre otras, *vgr.* ISSSFAM (Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas), los policías no cuentan con Institutos propios, e incluso gran parte de las policías municipales si acaso, tienen acceso a un médico general contratado por las propias corporaciones, incluso, al revisar su profesionalización, se puede constatar que ésta es solo una utopía, en algunos casos, un producto mediático.

³⁹ González Chévez, Héctor, *Depuración de las corporaciones policiales y exámenes de confianza*, en Cabrera Dircio, Julio (coord.), *Tópicos sobre la reforma penal del 2008*, (México: Fontamara, 2012), 107.

- d) “Las de suposiciones no garantizadas.- En dónde se parte del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte de la comunidad, cuando de hecho la garantía no es comúnmente aceptada”.
- e) **“Las de ambigüedades.**- Cuyo origen se establece en el uso equivocado de una palabra o frase, debido a una falta gramatical, contexto o que se toma por analogía”.
- Ejemplo claro de ello, retomando la reforma antes expresada al artículo 123 Constitucional, apartado b, fracción XIII, incluso en su concepción actual, donde se establece “podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones”.

Dicha parte normativa, en esencia señala dos hipótesis, una relativa a los requisitos de permanencia y otra, relacionada con la responsabilidad administrativa, lo que técnicamente impondría la necesidad de establecer en la Ley Reglamentaria, a decir, Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, dos procedimientos distintos, sin embargo, en la praxis, el procedimiento por cualquier causa, se emplea indistintamente, y si concluye en baja, destitución, remoción, *inter alia*, da lo mismo para concluir en el mismo sentido, está prohibida la reinstalación, lo cual desde luego es violatorio de derechos humanos universalmente reconocidos, vgr. Convención Americana de Derechos Humanos, en su base normativa de derecho duro, relativo a los compromisos internacionales de respetar las garantías judiciales, entre las que se encuentra el debido proceso, así como la protección judicial, previstas en los artículos 1, 8, 25 y demás relativos y aplicables del instrumento internacional.

No obstante, las evidentes violaciones y antinomias en la propia Constitución, lejos de buscar mecanismos de protección y reparación a los derechos vulnerados, se ha hecho mayor énfasis por parte de la Corte, ampliando la interpretación de la norma constitucional en cita, vía jurisprudencia, bajo lo que llaman un régimen de excepción por ser policía, al cobijo del interés común, con el que refuerzan la privación del ejercicio de sus derechos humanos.

De manera importante, se encuentran la contradicción de tesis 293/2011, en cuyo contenido la Corte enaltece la falacia que se considera existe alrededor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, pues las contradicciones desembocan en el criterio de supremacía constitucional, enarbolando el

contenido del artículo 133, en el sentido de que cuando haya conflicto de interpretación, aun en tratándose de convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, bajo ninguna circunstancia se podrá realizar una interpretación que sea contraria a ella, es decir, se obstaculiza cualquier posibilidad de que las normas constitucionales se conviertan en parámetro de validez de la Constitución, a la cual por el contrario se encuentra sujetas⁴⁰.

Ahora bien, las falacias que interesan al presente artículo devienen de lo que dispone el artículo 1 constitucional, del cual se desprende sustancialmente lo siguiente:

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

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

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por 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

⁴⁰ Cossio Barrios, Boris, *op cit.*, 18.

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.

Del contenido antes señalado, en primera se desentraña que los derechos humanos son para todos, incluyendo a los policías; que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán conforme a la Constitución y los tratados internacionales, favoreciendo la protección más amplia a todas las personas, vuelve a incluir a los policías y por último, queda prohibida toda discriminación, principal elemento que estigmatiza al policía, y que falazmente la corte señala que solo ha dado un tratamiento diferenciado, que no es lo mismo que discriminatorio.

Ahora bien, como ha quedado señalado, el principal argumento falaz del Estado mexicano en este momento es la construcción que ha realizado de las restricciones a los derechos humanos, *vgr.*, expresado a través de la contradicción de tesis 293/11, cuyo rubro de transcribe y explica:

Registro Núm. 24985; Décima Época; Pleno; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 96.

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.

Como puede apreciarse, toda controversia la remite al texto constitucional; siendo por tanto falaz el contenido del artículo 1, pues no obstante el control de convencionalidad y difuso, así como el principio pro persona, siempre deberá ajustarse a lo que ésta dispone.

En el tópico, vale la pena reflexionar la postura del Ministro Cossío, en el debate de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al señalar que la salvaguarda de los Derechos Humanos era un mandato Constitucional que seguía a la antropología constitucional que se había adoptado con la reforma a la Constitución de junio de 2011⁴¹, lo cual permite establecer que la esencia de la citada reforma es la

⁴¹ Ramón Cossío, José, *op cit.*, 27.

salvaguarda de los Derechos Humanos, por lo tanto, su restricción con base en la subordinación, constituye una contradicción en sí misma.

Ahora bien, a continuación, se ejemplifica la desigualdad que existe entre las personas, en tratándose de la materia laboral en el ámbito privado, llamados trabajadores; los trabajadores al servicio del Estado, llamados servidores públicos o empleados de confianza y los policías, llamados, sin nombre, solo mencionados como parte de una relación de carácter administrativo. Dicha desigualdad se transforma en una discriminación, pues aún en condiciones iguales, solo a conveniencia del Estado en la praxis, los señala como no trabajadores.

Veamos el comparativo de las leyes reglamentarias del artículo 123, que regulan el tópico:

	Ley Federal del Trabajo	Ley Federal al Servicio de los Trabajadores del Estado	Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública
Horario	8 horas diarias, con 6 días de trabajo por 1 de descanso. (art. 61) *Al mes trabajan 208 horas.	8 horas diarias, 5 días a la semana por dos días de descanso. (art. 22) *Al mes trabajan 192 horas.	Conforme a necesidades de servicio; 24 horas de trabajo por 24 de descanso. (Praxis) *Al mes trabajan 360 horas.
Días de descanso obligatorio	El 1o. de enero; el primer lunes de febrero; el tercer lunes de marzo; el 1o. de mayo; el 16 de septiembre; el tercer lunes de noviembre; el 1o. de diciembre de cada seis años; el 25 de diciembre, y	Serán días de descanso obligatorio los que señale el calendario oficial y el que determinen las Leyes Federales y Locales Electorales, en el caso de elecciones	No aplica, incluso cuando son días importantes como 16 de septiembre y 20 de noviembre, así como elecciones los encuartelan; mientras que el 25 de diciembre y 1 de enero,

	el que determinen las leyes federales y locales electorales, en el caso de elecciones ordinarias, para efectuar la jornada electoral. (art. 74)	ordinarias, para efectuar la jornada electoral. (art. 29)	trabajan 3 turnos seguidos (72 horas) para poder disfrutar alguna de las dos fechas.
Vacaciones	6 días el primer año; 2 días más cada año hasta llegar a 12, luego 2 días cada 5 años (* días hábiles) art.76	Dos periodos de diez días al año (hábiles) art. 30	Dos periodos de 10 días naturales.
Salario ^{42, 43}	La media nacional, señala un salario mensual de 4 salarios mínimos \$9,604.80	La media nacional señala un salario promedio al mes de 4 salarios \$9,604.80	La media nacional señala un salario de 4 salarios mínimos, es decir \$9,604.80
Derechos políticos (votar)	Libertad plena.	Libertad plena.	Ese día se les encuartela y no pueden ejercer su derecho al sufragio.

No obstante la defensa estatal, respecto de las funciones que hace el policía, no consideradas trabajo, ni a él trabajador; lo someten a un régimen propio y de características laborales, un horario, un salario, aguinaldo, vacaciones, faltas injustificadas, entre otras, pero de manera lacerante, basta revisar los artículos 40 y

⁴² http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/agentes2017_Nal.pdf, consultado el 10 de septiembre de 2017. (salario de la media nacional de policías)

⁴³ http://www.sat.gob.mx/informacion_fiscal/tablas_indicadores/paginas/salarios_minimos.aspx, consultado el 10 de septiembre de 2017. (Salario mínimo en México)

41 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, para advertir que existe todo un catálogo de obligaciones y deberes, pero extrañamente, no aparecen cuales son los derechos y tan solo en el ordinal 85 de manera casi inadvertida, señala que los derechos inherentes al Servicio de Carrera, el cual remite a una Ley local, de carácter imperfecta, al menos en lo que demuestra la praxis.

Otros aspectos de la falacia en la reforma constitucional, es la que deriva del contenido del ya citado artículo 123 constitucional, apartado b, fracción XIII, en el cual se les distingue de los trabajadores y de los servidores públicos, pero va más allá de solo eso, pues al señalar que no procede la reinstalación o reincorporación, sin importar el medio de defensa, vulnera flagrantemente el principio de presunción de inocencia, ya que sin importar que se le demuestre o no al policía su responsabilidad, puede ser sujeto de una destitución ilegal y arbitraria, incluso si algún mando de la corporación simplemente lo decide, se ejecuta y no existe forma legal alguna que permita reparar la violación, al menos en los términos de una reparación integral como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias, en relación con la afectación al proyecto de vida que esto genera.

A mayor abundancia de lo que se entiende por proyecto de vida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el concepto, interpretándolo en las resoluciones de los casos Loayza Tamayo vs. Perú⁴⁴; Caso Cantoral Benavides vs. Perú⁴⁵; y Caso de los Niños de la Calle (Guatemala)⁴⁶, lo cual es concordante y se encuentra sustentado dogmáticamente en el pensamiento de John Rawls, quien afirma que el proyecto de vida se encuentra estructurado desde un punto de vista racional⁴⁷, en condiciones más o menos favorables, lo que puede interpretarse a la luz de un *metavalor*, digno de ser respetado y en caso de trasgresión, como bien resuelve la CoIDH, reparado integralmente.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Loayza Tamayo Vs. Perú Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Cantoral Benavides Vs. Perú Sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

⁴⁷ Rawls, John, en Teoría de la Justicia, 11^a. reimpresión, (México: Fondo de cultura económica, 2015), 371.

En ese tenor cabe mencionar, que en lo general, si bien el principio de presunción de inocencia, es una figura jurídica del ámbito penal, también es cierto que la misma es aplicable al derecho administrativo sancionador, en una interpretación armónica y sistemática del artículo 14, 16, 19, 20 y 21 Constitucionales, y deriva directamente de los artículos 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; tal afirmación implica la consideración de estos tres aspectos: 1.- Como regla de trato procesal; 2.- Como regla probatoria; y 3.- Como estándar probatorio, medularmente en el punto en donde quien afirma, en el caso de los policías sujetos a procedimiento administrativo, la autoridad administrativa, dígase visitadurías o unidades de asuntos internos, están obligadas a probar lo que afirman, sin que exista justificación alguna de incumplir el principio general de presunción de inocencia señalado.

Dicha afirmación, ha encontrado sustento, administrativamente hablando en la Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Época: Décima Época; Registro: 2006590; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 7, Junio de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: P./J. 43/2014 (10a.); Página: 41.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON Matices O MODULACIONES.

La razón de ser en la interpretación de la Corte se sustenta en la idea del cumplimiento del principio pro homine, respecto de aquello que más favorezca a la persona, por lo cual se considera inadecuado, que en un matiz discriminatorio o bajo la falacia de un “trato diferenciado”, se prive a los policías del derecho a la presunción de inocencia por mandato constitucional, interpretado a contrario sensu del señalado párrafo segundo del apartado b, fracción XIII del artículo 123 Constitucional.

Tales afirmaciones, sin duda, son como lo señala Toulmin, falacias de las razones defectuosas, pues bajo el contexto de que los policías son el primer contacto con la delincuencia, por la naturaleza de su labor, al hablarse de que existe corrupción y que se han infiltrado las corporaciones, se señaló que bajo la salvaguarda del interés común, la mejor solución, era depurar las corporaciones policiales, instituyendo constitucionalmente la prohibición general de poder ser reinstalados o incorporados al servicio, dejando de lado sus derechos humanos, como el debido

proceso, el ser oído y vencido en juicio, el principio de presunción de inocencia, la estabilidad laboral, entre otras, bajo la concepción de que no son trabajadores, ni servidores públicos, que solo son sujetos de una relación administrativa y que, en suma, la lógica es, la policía es corrupta y no tiene derechos.

V. Conclusiones

Es pues, como ha quedado brevemente expuesto, que se concluye que los policías han quedado en el limbo jurídico, *inter alia*, por cuanto a sus derechos laborales, ya sea para el goce de prerrogativas, como para tener una defensa adecuada, siendo nugatoria la importancia de su trayectoria, la cual puede incluso ser intachable, pero que ante un señalamiento o un inadecuado proceso, incluso sin ser acreditado, puede ser objeto de la actividad punitiva del Estado, y por tanto, quedando a la deriva en el desarrollo personal y de su familia.

Se considera importante, revisar el marco constitucional, en aras de encontrar una congruencia y evitar antinomias entre los principios y derechos que se enmarcan la constitución *versus* las discriminaciones, desde el punto de vista de quien postula, de las que son objeto éstos, como si fueran trabajadores de segunda, **puesto que, su labor es de una alta responsabilidad, también debe ponderarse que para estar en plenitud de cumplir cabalmente su función, debe encontrar el sustento y la protección del Estado para lograrlo**, dígase, un adecuado marco constitucional y legal que les brinde certeza jurídica, un esquema de seguridad social y suficiente que les provea del status de dignidad humana, como un buen salario por encima de la media nacional dado el riesgo de su función, vivienda digna, acceso a créditos, becas para sus hijos, entre otras, sin dejar de mencionar una profesionalización efectiva.

Habrà de mirarse con una perspectiva diferente la trascendental función del policía en la construcción del proyecto nacional, si bien, existen policías que han faltado a su deber de proteger y servir, también es cierto que existen policías que han entregado sus vidas a la protección de los ciudadanos.

Es inconcuso que un adecuado programa de depuración, no significa abolir sus derechos humanos, sino más bien, quizá tomando la esencia de los países como Alemania, Francia, Suiza Italia, Canadá, Colombia, Chile, entre otros, quienes han trabajado en las áreas de oportunidad de los policías en activo, introduciendo marcos normativos y programas sustentables para fortalecer la figura del policía en el contexto social, redignificando su presencia, transformando la idea de que ser policía es la última opción, por la convicción de que es una aspiración que incita a sentirse orgulloso de serlo.

El Poder Judicial un ente acotado

Ladislao Adrián Reyes Barragán⁴⁸

Francisco Xavier García Jiménez⁴⁹

Karla Tathyanna Marin Ospina⁵⁰

Resumen

El trabajo plantea desde la teoría de “pesos y contrapesos” o “*checks and balances*” cualquiera que sea su denominación particular en cada Estado es un postulado auxiliar muy importante de la democracia y la división de poderes. Constituye esta premisa una garantía frente al cumplimiento de los deberes que son atribuibles al Estado y frente al equilibrio de poderes deseable en un gobierno, con fundamento en la cual la indebida interferencia del ejecutivo en el proceso de elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia en México resulta una aberración.

Para atender el problema de la elección de los Ministros de la SCJN, se han generado diversas propuestas desde implementar nuevas formas de elección directa, hasta hacer eficientes y eficaz la justicia. Actualmente, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo son elegidos democráticamente por el voto directo del ciudadano. Mientras en el Poder Judicial la elección de sus ministros son elegidos por otros dos poderes. El Poder Ejecutivo propone una terna y el Poder Legislativo decide quién será el nuevo ministro. Lo que genera que estos servidores públicos adquieran compromisos y sus decisiones respondan a quienes los designaron.

Por tanto, el supuesto o hipótesis que se intenta demostrar es que mientras no se cambien las formas de elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia será un Poder acotado y sin independencia real. Por lo cual se plantea en este trabajo una nueva forma de elección, donde participen los diversos sectores sociales en el proceso de designación de los Ministros de la Suprema Corte de

⁴⁸ Doctor y profesor investigador en derecho penal, Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Estados Unidos Mexicanos. Correo: Ladislao.reyes@uaem.mx

⁴⁹ Doctor y Profesor investigador en derecho penal, Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Estados Unidos Mexicanos. drfxgj@hotmail.com

⁵⁰ Maestría y profesora en derechos humanos, Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Colombia. tathyanna106@hotmail.com

Justicia de la Nación. Y se integre una comisión donde participen los representantes de la comunidad universitaria, la sociedad civil, el sector productivo y los colegios de abogados. A efectos de suplir esas deficiencias técnicas y permitir un dictamen sólido, argumentado y consciente respecto de la idoneidad de los candidatos y la oportunidad de su visión, planteamientos y problemas es menester integrar a este estamento una Comisión Accidental integrada por 10 representantes de las Universidades Publicas y Privadas del país, 2 de los Colegios de Abogados, 5 de las asociaciones civiles y 2 del sector productivo.

Palabras clave: Justicia, elección, ministros, poder, Judicial.

Abstract

In the United Mexican States, the judiciary is questioned, by the problems of nepotism, high salaries, a precarious organization, lack of transparency and accountability, and in particular during the last decade, the election of the Ministers of the Supreme Court of Justice in Mexico, this has been adding in the broadest sense to the various national issues.

To address the problem of the modernization of the administration of justice, and the election of the ministers of the SCJN have generated various proposals from implementing new forms of direct election, to make efficient and effective justice. However, the problem of the judiciary as an organization responds to a diverse logic to justice, its problematic is to create new insaculados mechanisms that allow to elect the ministers of the SCJN so that their decisions are truly Independent. Currently, the executive power and the legislature are democratically elected by the citizen's direct vote. While in the judiciary the election of their ministers is elected by two other powers. The executive power proposes a triplet and the legislature decides who will be the new minister. This generates that these public servants acquire commitments and their decisions respond to those who appointed them.

In the analysis of the problem of the choice of ministers, it should be noted that a forecast should be taken into account in all the work: it is a deep and complex social problem that has strong implications in all areas of national life. Thus, the problem here referred to has a socio-economic, political, cultural, moral and administrative dimension among others. In this sense, the problem of the election of the Ministers of the Supreme Court of Justice of the administrative nation constitutes the center of analysis of this investigation.

Therefore, the assumption or hypothesis that is tried to prove is that as long as the forms of election of the Ministers of the Supreme Court of Justice are not changed it will be a limited power and without real independence. Therefore, a new form of election is proposed where the various social sectors participate in the process of appointing the ministers of the Supreme Court of Justice of the nation. and a commission involving the representatives of the university community, civil society, the productive sector and the bar associations must assume a social leadership at least during the period for which they are elected.

Key words: Justice, election, ministers, power, judiciary.

Introducción

El Poder Judicial del Estado es depositario de grandes responsabilidades, mismas que han ido mutando y revistiéndose de una polémica complejidad a lo largo de la historia nacional. En términos generales, a este nivel del Poder Público en México se le confían las funciones asociadas a la interpretación de las leyes, la resolución de conflictos de orden jurídico entre particulares, la impartición de justicia, la protección de los derechos humanos y constitucionales, la solución de controversias entre poderes públicos, la garantía de equilibrio de los mismos, y la salvaguarda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos, se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo, en el cual ha penetrado un conjunto de factores sociales, económicos y culturales que deben combinarse en una función que puede calificarse de política”⁵¹.

La incursión de los jueces en asuntos trascendentes para la vida social, económica y política de un Estado, permite que las instituciones jurisdiccionales asuman un posicionamiento estatal más allá de su esencia de poder público y adquieran tintes específicos de poder político con lo que resalta la necesidad de fortalecer

⁵¹ Fix Zamudio, Héctor, *Los problemas Contemporáneos del Poder Judicial. Grandes tendencias políticas contemporáneas*, México, UNAM, 1986, p. 3.

la independencia del operador normativo, ya que actualmente, la elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son elegidos políticamente por el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, para ello, el objetivo del trabajo es crear una forma de elección que intente evitar las presuntas desviaciones del poder judicial.

En este punto cabe aclarar que la manifestación de tintes políticos o visos de discrecionalidad en las decisiones judiciales, especialmente en las provenientes de altos estamentos del Poder Judicial como la Suprema Corte de Justicia de la Nación obedece más a la influencia de factores externos al operador normativo, mismos que debemos intentar comprender de manera objetiva, que a las facultades que las legislaciones contemporáneas le han otorgado al juez para que decida con fundamento en su sana crítica sin que ello implique apartarse de la legalidad.

Resulta indiscutible que a pesar de los matices interpretativos de la norma, mismos que buscan su adaptación a efectos de ofrecer soluciones jurídicas acertadas que se compadezcan con las realidades de conflicto, no es admisible que se haga uso del margen de tolerancia para favorecer intereses particulares pues “el derecho trabaja con y para la sociedad y es por ello que la sentencia del juez debe reflejar valores sociales como la verdad y la justicia”⁵².

En virtud de lo anterior, el fallo que se emita dentro de un proceso debe contar con soporte justificativo a nivel racional, lógico, normativo y social, por lo que la indebida actuación del operador jurídico por carencia de objetividad resulta generadora de una alteración del equilibrio en la administración de justicia frente a la cual vale la pena tomar en consideración los factores intrínsecos y extrínsecos que repercuten en la conducta del operador jurídico haciéndola que se desvíe de los estándares éticos y normativos establecidos para la función pública.

En este punto sea válido señalar, que para lograr una comprensión cercana de la motivación de la decisión judicial se requiere una visión amplia que contemple aspectos relacionados con la psicología comportamental de juez, desde la plena consciencia de su humanidad y de los elementos internos o externos que inciden en su accionar. Una reforma judicial acertada enfocada a la transformación del sistema judicial en pro de la garantía de decisiones de mejor calidad en términos

⁵² Ruiz, Lluch et al., *La prueba es libertad pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi- Benthamiana*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010, p. 85.

de objetividad e independencia no puede formularse sin considerar las variables que influyen en la estructura comportamental de sus actores.

Pretender la transformación del sistema judicial para superar la crisis de legitimidad vinculada a los altos niveles de discrecionalidad y corrupción en las decisiones judiciales y garantizar una mejor administración de justicia es un problema ético que implica el reconocimiento sensato de que “los jueces no son ni gigantes morales o intelectuales, ni profetas, oráculos, ni meros portavoces o máquinas calculadoras. Son trabajadores “humanos, demasiado humanos” que reaccionan del mismo modo que lo hacen otros trabajadores ante las condiciones del mercado de trabajo en el que actúan”⁵³.

Corolario de lo anterior, no puede perderse de vista que la lectura del panorama criminal asociado a la corrupción en el Poder Judicial del Estado Mexicano ofrece sin lugar a dudas una extensa gama de posibilidades susceptibles de un análisis, no obstante ello, resulta imperativo señalar que la consideración de los elementos políticos en torno a la elección de los Ministros de la Suprema Corte es un tema digno de abordarse en extenso, razón por la cual la finalidad del presente trabajo se aboca al análisis especializado de este segmento temático a partir de tres preguntas de investigación:

- 1.- ¿Es la democracia un medio de control político que puede conducir al juez a un comportamiento más independiente y objetivo, así como ayudar a superar la crisis que el actual medio de acceso a las altas esferas del poder judicial ha generado en la recta impartición de justicia?
- 2.- ¿Es el mecanismo actual de elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, un factor que está generando fractura en las estructuras estatales basadas en la división tripartita del poder y la teoría de los pesos y contrapesos, propiciando la conversión del gobierno de las leyes al gobierno de los jueces?
- 3.- ¿Es el mecanismo actual a través del cual se eligen los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana un factor determinante que conduce y condiciona al operador jurídico para proferir una decisión judicial politizada?

⁵³ Posner, Richard, *¿Cómo deciden los jueces?*, Argentina, Marcial Pons, 2011, p. 18.

Para responder a los anteriores cuestionamientos, es menester evaluar el sistema jurídico mexicano de elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por ello es menester dar cuenta de la teoría de la división de poderes, los mecanismos actualmente viciados de la elección de los ministros y proponer alternativas de solución con reformas constitucionales, legales y de un concurso de méritos que permitan elegir un ministro con un dictamen sólido, argumentado y consciente respecto de la idoneidad de los candidatos y la oportunidad de su visión y planteamientos, para ello es menester integrar a este estamento una Comisión Accidental integrada por 10 representantes de las Universidades Públicas y Privadas del país, 2 de los Colegios de Abogados, 5 de las asociaciones civiles y 2 del sector productivo.

1. Teoría de los pesos y contrapesos

La teoría de “pesos y contrapesos” o “*checks and balances*” cualquiera que sea su denominación particular en cada Estado es un postulado auxiliar muy importante de la democracia y la división de poderes. Constituye esta premisa una garantía frente al cumplimiento de los deberes que son atribuibles al Estado y frente al equilibrio de poderes deseable en un gobierno, con fundamento en la cual la indebida interferencia del ejecutivo en el proceso de elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia en México resulta una aberración.

“El mecanismo más eficaz para el control del poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes órganos estatales, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad están obligados, en último término a cooperar para que sea posible una voluntad estatal valida”⁵⁴.

Los controles institucionales que se adelantan en nombre de los frenos y contrapesos cobran especial relevancia en tanto tienen como objetivo fundamental evitar la concentración de poder en un solo sector, institución o servidor, minimizando de esta manera los márgenes de arbitrariedad y discrecionalidad en las decisiones de la administración. No obstante, resulta vergonzoso que se aluda a la misma para representar situaciones antagónicas a su fin primigenio y justificar la imposición de un sector del poder público sobre otro que ve menoscabada su independencia.

⁵⁴ Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p.55.

Con la correcta puesta en marcha de los controles al ejercicio del poder se evita caer en un ejercicio abusivo de la autoridad que redunde en absolutismo. Una cosa es la independencia de los tres sectores del poder público, y otra muy distinta la concentración excesiva del mismo en una sola institución u órgano; de nada sirve que se realice una división funcional del Estado si se renuncia a la democracia y a la soberanía con la creación de tres poderes absolutos o se autoriza la indebida y excesiva interferencia de un poder sobre el otro, razón por la cual los pesos y contrapesos deben encontrar en la práctica política contemporánea un punto de equilibrio.

Resulta claro que los frenos y contrapesos actúan en estricta consonancia con el principio de división funcional del poder público, al respecto es menester señalar que para que existan controles efectivos la separación de poderes no obstante definir un catálogo de funciones específicas relacionadas con las actividades de legislar, administrar e impartir justicia y adjudicarlas a un órgano determinado no puede ser restrictiva en el sentido de impedir la colaboración armónica entre los órganos del poder.

Esto es, los tres sectores del poder público deben estar relacionados entre sí de manera que el poder judicial tenga en una mínima proporción funciones administrativas y normativas, el poder legislativo tenga funciones jurisdiccionales y de administración, y el ejecutivo a su vez extraordinarias de carácter legal y judicial, lo dicho no es otra cosa que la materialización de los controles propios de los tan mencionados frenos y contrapesos: control político, control jurisdiccional⁵⁵.

Lo anterior significa que el mejor control frente al poder viene del poder mismo, es decir, el contrapeso debe ser desplegado a través de un sector del poder público que ejerce funciones que de manera tradicional han sido confiadas a otro, de suerte que su intervención disminuya la rigidez de la división de poderes y sirva de control y vigilancia para el cumplimiento de los fines estatales. Sin embargo, no puede perderse de vista que frente a la ineficacia en el ejercicio de estos controles, la ciudadanía juega un papel fundamental en la tarea de control político a través de la práctica fundamental de la participación⁵⁶.

⁵⁵ Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Porrúa, 2006, p. 303.

⁵⁶ Valadés, Diego, *El control del Poder*, 3ª ed., México, Porrúa, 2006.

Ahora bien, las precisiones conceptuales en torno a la división de poderes⁵⁷, la ley y los frenos y contrapesos como elementos constitutivos del ideario del Estado de Derecho, no puede dejarse de lado el tema de los derechos fundamentales como categoría teórica que se suma a la composición de esta noción que encuentra estricta relación con el problema de esta investigación en tanto el menoscabo de la independencia judicial en México a causa de la politización del mecanismo de elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta un atentado contra los derechos de la ciudadanía.

2. Nivel de costo social de los mecanismos de designación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Hacer alusión al nivel de costo social que el actual mecanismo de designación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación representa para el país, hace alusión al reconocimiento de la crisis que tanto el Estado de Derecho como la administración de Justicia atraviesan en México y del impacto que dicho fenómeno genera a nivel social.

Dicho lo anterior, forzoso afirmar que el costo social de las deficiencias en el proceso de designación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, se encuentra estrechamente vinculado al concepto de legitimidad. El quebrantamiento de la independencia judicial como axioma sobre el cual debe reposar el accionar del juzgador es un hecho que demanda la atención de la población bajo la premisa de que el funcionamiento de la judicatura no es un asunto que deba escapar de la órbita del control ciudadano.

La supresión de elementos discrecionales y si se quiere políticos del proceso de elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, es un acto imprescindible en el camino de superación de la crisis de legitimidad de la justicia porque implica la garantía de decisiones judiciales debidamente motivadas, objetivas y con un alto grado de calidad argumentativa dejando de lado las fundadas en motivos espurios como el pago de favores políticos o la protección de los intereses del gobierno de turno y unos pocos particulares por encima del interés general, desestimulando la confianza en la administración de justicia y promoviendo la percepción de corrupción en esta esfera del poder público.

⁵⁷ Reyes Barragán, Ladislao Adrián, *La administración de justicia en perspectiva*, México, Porrúa, 2007, p.23.

El control ciudadano a la judicatura como expresión de democracia, implica el reclamo por el imperio de la legalidad que redundará en el beneficio de la seguridad jurídica. En este punto, válido resaltar que las garantías que en términos de publicidad y acceso a la información se han hecho efectivas en la última década a través de la entrada en vigencia de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública⁵⁸ son sin lugar a dudas un paso adelante en la reingeniería de los organismos estatales, pero en el caso que nos ocupa resultan insuficientes para mitigar los efectos nocivos de orden social derivados de la crisis de legitimidad de la administración de justicia.

Por lo anterior, es imperativo democratizar el mecanismo de acceso al Ministerio de la Suprema Corte de Justicia, es decir, acercar a la ciudadanía⁵⁹ en términos reales la posibilidad de conformarlo siempre que se cumplan las exigencias constitucionales y legales para tal efecto. No resulta pertinente, bajo ninguna premisa la influencia del ejecutivo en el proceso de designación de los Ministros del Máximo Tribunal Jurisdiccional, pues el riesgo de que la independencia judicial se vea menguada es inminente.

La crisis de legitimidad del Estado y la administración de justicia en México reflejan la inconveniencia de un Poder Judicial subordinado a los intereses políticos del gobierno de turno y a los intereses patrimoniales de las elites. Reclama por otra parte, la firmeza de las decisiones judiciales en torno a la protección de los derechos humanos fundamentales y constitucionales de las poblaciones marginadas⁶⁰, indefensas y en riesgo que carecen de los recursos económicos para procurarse litigios de alto nivel en aras de defender sus intereses.

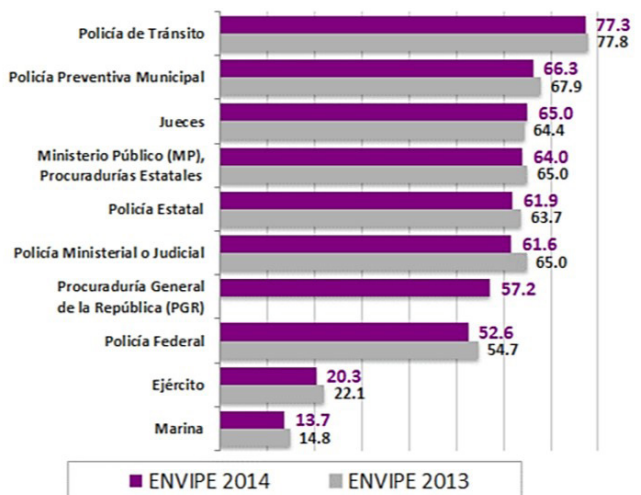
La consecuencia de un poder judicial politizado no es otra que la corrupción, misma que trae consigo altos índices de impunidad que patrocinan el afianzamiento de una imagen desfavorable y oscura de la administración de justicia y coadyuvan al descrédito popular de la actividad del juzgador. Al respecto ténganse en cuenta los siguientes datos respecto del nivel de percepción de la ciudadanía acerca de la corrupción en determinadas autoridades.

⁵⁸ Diario Oficial de la Federación. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ver en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP.pdf> (consultado el 02 de octubre a las 17:41)

⁵⁹ Ferrajoli, Luigi, Por una reforma democrática del ordenamiento judicial, en Justicia y política en el Estado capitalista, Barcelona, Fontanella, 1978, p.p. 180-192.

⁶⁰ Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Dato Param Coomaraswamy. Ver en Centro de Información de las Naciones Unidas

Gráfica 1. Nivel de percepción sobre la corrupción en las autoridades (Porcentajes)



Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía. “Encuesta Nacional de Victimización y percepción sobre Seguridad Pública 2014 (ENVIPE)”, México, 2014⁶¹.

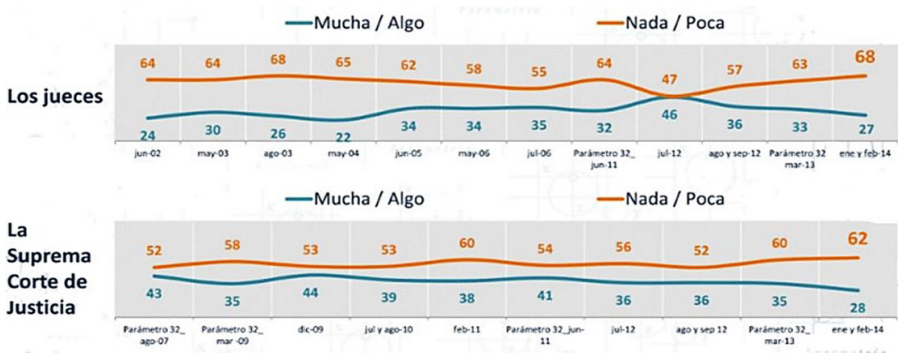
De la lectura de la gráfica 1, se puede inferir que una de las autoridades que ostenta uno de los índices más desfavorables de percepción de corrupción es la judicatura. El 65% de los ciudadanos entrevistados por el INEGI consideran que los jueces en México son corruptos y solo son superados estadísticamente por autoridades como la policía de tránsito y la policía preventiva municipal, panorama que sin lugar a dudas resulta bastante preocupante.

Aunado a ello, obsérvese la siguiente grafica relacionada con el nivel de confianza que inspiran las instituciones en el ciudadano mexicano, misma en la que se encuentra reseñada explícitamente la percepción del poblador respecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<http://www.cinu.org.mx/temas/dh/reldhmex.htm> (consultado el 04 de octubre de 2016 a las 17:30)

⁶¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía. “Encuesta Nacional de Victimización y percepción sobre Seguridad Pública 2014 (ENVIPE)”, México, 2014.

Gráfica 2. Nivel de confianza que inspiran las instituciones en el ciudadano mexicano



Fuente: Parametria, Encuesta Nacional en vivienda, Diciembre de 2013⁶².

La imagen precedente, contiene un análisis comparativo de la confianza que inspiran las instituciones a la ciudadanía, en el caso específico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como entidad cuyo análisis nos ocupa puede observarse que en el periodo comprendido entre los años 2007 y 2014 la percepción de desconfianza se incrementó en diez (10) puntos porcentuales. Sin lugar a dudas resulta digno de reflexión el hecho de que el 62% de los entrevistados manifiesten tener poca o nula confianza en la institución jurisdiccional de mayor trascendencia en el país.

Desde el punto de vista del nivel de costo social de las decisiones emanadas de este Tribunal, el nivel de desconfianza reseñado puede encontrar explicación en el hecho de que la actividad de la Suprema Corte de Justicia ha estado caracterizada en los últimos años por la relevancia otorgada a conflictos de carácter patrimonial asociados principalmente a inconvenientes de grandes contribuyentes con la autoridad fiscal, mismos que versan acerca de la impugnación de lo que consideran una desmedida tasación del impuesto y frente a lo cual se han aplicado una serie de medidas restrictivas al poder tributario.

Por otra parte, el desarrollo jurisprudencial en materia de derechos humanos no se caracteriza por ser prolijo y gran parte de las decisiones emitidas en materia de derechos civiles y políticos sin contenido económico implicaron una serie

⁶² Parametria, *Encuesta Nacional en vivienda*, México, 2013.

de concesiones en favor de las autoridades políticas señaladas como potenciales transgresoras de derechos humanos fundamentales.

Sigue resultando bastante cuestionable el hecho de que decisiones emanadas del Alto Tribunal consideren oportunos los tratamientos crueles e inhumanos que redundan en acciones de tortura como medios de validación en los procesos de investigación de acciones criminales, y acepten como pruebas legítimas en las actuaciones judiciales las obtenidas con violación al debido proceso y los derechos humanos⁶³.

Así mismo, llaman la atención las constantes restricciones impuestas en materia de libertad de expresión en asuntos donde la fiscalización de acciones ejercidas por actores del poder público es cuestionada por la sociedad civil y se hace indispensable la censura del control político⁶⁴. E inclusive las impuestas al mismo derecho en el caso de Sergio Hernán Witz Rodríguez⁶⁵ donde se trasgrede el principio de proporcionalidad y se juzga con vehemencia al autor de un poema por considerar que su acción ultraja los símbolos nacionales, desde una visión carente de racionalidad y fuerza argumentativa y plagada de dogmatismos que no pueden ser de recibo.

En contraste con decisiones como la emitida en el caso Florence Cassez, donde la Corte se aparta de los protocolos y reglas establecidos para la revisión de las sentencias de los tribunales de menor rango, y resuelve el amparo pronunciándose sobre una situación de fondo asociada a la culpabilidad en vez de limitarse al análisis de constitucionalidad de los preceptos, desestimando la totalidad del material probatorio y ordenando de modo inusual la libertad inmediata de Cassez acusada de la participación en un secuestro.

Sin lugar a dudas, decisiones como las aquí reseñadas tienen un impacto en la percepción que se forja el ciudadano sobre la administración de justicia y las entidades encargadas de impartirla; de la misma manera intervienen en la impresión de la legitimidad de la actuación de los juzgadores haciendo que

⁶³ González Chévez Héctor, *Cord. Derechos humanos, reforma constitucional y globalización*, México, Fontamara, 2017, p.1 ss.

⁶⁴ Carbonell, Miguel, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa, 2004, p. 1ss.

⁶⁵ Amparo en Revisión 2676/2003.

la población afirme no encontrarse representada ni sentirse amparada por un sistema judicial que consideran corrupto y cuyas desviaciones de poder se ponen de relieve de una manera peligrosa.

El costo social de esta crisis de legitimidad solo puede reducirse con la existencia de decisiones judiciales públicas, transparentes, argumentativamente sólidas, respetuosas de los derechos humanos, sensatas políticamente y sobre todo resultantes de la independencia del juzgador, atributos que también deben aplicarse al proceso de designación de los Ministros en lo pertinente. La oscuridad y discrecionalidad del procedimiento a través del cual se suplen las vacantes en la Suprema Corte y la inaccesibilidad del cargo para quienes carecen de nexos personales o políticos con el nominador son circunstancias que de persistir, difícilmente contribuirán a que la ciudadanía se forje una imagen más favorable de la administración de justicia.

3. Influencia de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sociedad: El impacto en los temas de interés general

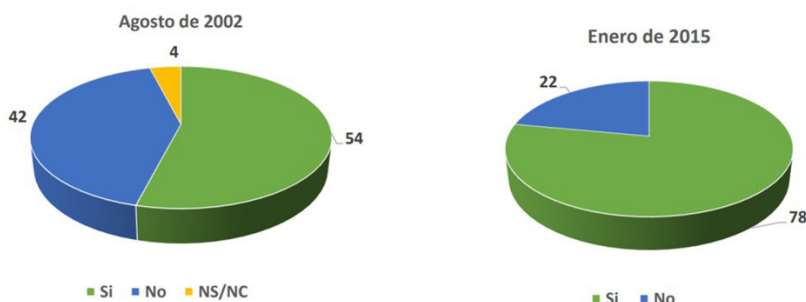
De lo expuesto, forzoso colegir que la incidencia de las decisiones emanadas de la Suprema Corte de Justicia en la sociedad es indiscutible y que la actividad que se desarrolla al interior de la corporación impacta directamente temas de interés general y trascendencia nacional; razón por demás suficiente para que la sociedad civil se interese e involucre tanto como sea posible en los procesos y actuaciones relacionados con la Institución, fomentando el debate público, crítico y razonado de los asuntos que impacten con mayor fuerza la dinámica del país.

Ahora bien, hay que reconocer que la participación ciudadana en escenarios que involucran temas de administración e impartición de justicia ha sido escasa y se encuentra adscrita en términos generales a públicos especializados. Sin embargo, en los últimos años la sociedad civil se ha mostrado más receptiva en cuanto al análisis y debate público de temas relacionados con la administración de justicia cuando su incidencia es de orden global o nacional, al punto que los cuestionamientos a la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en casos específicos pueden escucharse incluso fuera de los espacios estrictamente académicos.

Muestra de ese pequeño cambio en el nivel de percepción y conciencia de la ciudadanía mexicana, es el hecho de que la población manifieste haber oído

hablar de la Suprema Corte de Justicia con más frecuencia en el año 2015 que en el año 2002 tal y como lo muestra la siguiente gráfica:

Gráfica 3. Porcentaje en que la ciudadanía manifiesta haber oído hablar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

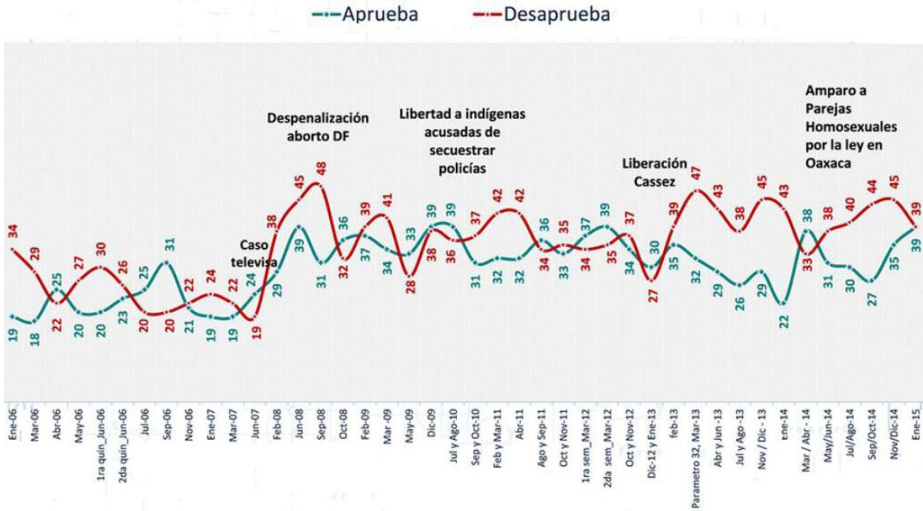


Fuente: Parametria, “La Suprema Corte de Justicia en la opinión pública” Encuesta Nacional en vivienda, México, 2015⁶⁶.

Lo reflejado en el diagrama precedente implica el nivel en el que incide la Suprema Corte de Justicia en la actualidad en la vida y opinión pública de los ciudadanos. El hecho de que en el año 2015 el 78% de los ciudadanos encuestados hayan manifestado haber oído hablar de la Corporación en un espacio de la vida cotidiana contrasta con el bajo nivel de conocimiento que la ciudadanía tenía respecto de la institución en el año y 2002, y sugiere de manera válida la creciente preocupación de la población por temas asociados a la administración de justicia, al punto que existan datos concretos sobre los juicios aprobatorios o desaprobatarios de decisiones concretas de la Corporación emitidos por la sociedad civil como los que se muestran a continuación:

⁶⁶ Parametria, “La Suprema Corte de Justicia en la opinión pública” Encuesta Nacional en vivienda, México, 2015.

Gráfica 4. Porcentaje de aprobación del trabajo de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en casos específicos



Fuente: Parametría, “La Suprema Corte de Justicia en la opinión pública”
Encuesta Nacional en vivienda, México, 2015.

De acuerdo a los datos contenidos en la gráfica, puede apreciarse que se seleccionaron cinco de los casos más polémicos decididos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los últimos años: la despenalización del aborto en el Distrito Federal decisión con la cual cerca del 48% de los encuestados manifiesta estar en desacuerdo, la libertad de los indígenas acusados de secuestrar autoridades de policía fallo censurado por la opinión pública con criterio desaprobatorio cercano al 42%, la liberación en el caso Florence Cassez donde el 47% de la ciudadanía manifestó una opinión desfavorable del impartidor de justicia y el amparo a las parejas homosexuales por la ley de Oaxaca frente al cual el 45% de los encuestados manifestó su inconformidad.

Varias son las reflexiones que surgen de la lectura del gráfico: en primer lugar que los temas de administración de justicia no son ajenos a la opinión pública y que existe un nivel cada vez más elevado de conciencia en la población respecto del impacto de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia a nivel social. Por otra parte, que la administración de justicia debe ser cercana a la ciudadanía y que un marco de referencia obligado para el juez sin desestimar la preponderancia del principio de legalidad es la sociedad destinataria o receptora de sus fallos.

Finalmente, que la creciente preocupación de la sociedad civil por temas relacionados con la impartición de justicia demanda acciones de pedagogía responsables que podrían ser lideradas en primera instancia por las Casas de la Cultura Jurídica. Así mismo, implica una apertura y reformulación de los procesos a través de los cuales se accede a las vacantes en Corporaciones como la Suprema Corte de Justicia, toda vez que ello redundaría en un ejercicio de democratización que dotaría de un mayor grado de legitimidad la integración, actuación y decisiones de la Corporación.

4. Mecanismo de elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Crisis de legalidad por politización de la justicia

Hablar de una crisis de legalidad por politización de la justicia, implica afirmar que la jurisdicción en México no está cumpliendo con el rol de anteponer la legalidad a la criminalidad inmersa en el ejercicio indebido del poder político. Aunado a ello, pone de relieve el fracaso en su rol de contrapoder al evidenciarse que sus actuaciones son antitéticas al postulado que proclama a la judicatura como estamento caracterizado por su exterioridad respecto del sistema político y por su alejamiento de los intereses particulares de los individuos.

El sometimiento de la jurisdicción al poder reviste una disminución notable en la independencia del juzgador, cuando el operador normativo tiene que decidir si en términos de conveniencia resulta más adecuado ajustarse a una agenda política que a la ley como motivación cognitiva de la decisión la justicia está en crisis. Si la labor del juzgador no se encuentra libre de presiones externas como la que actualmente ejerce el ejecutivo sobre los Ministros de la Suprema Corte hay un quebrantamiento del Estado y se pone en entredicho el equilibrio de los poderes públicos, situación que no escapa a la percepción de la ciudadanía.

El hecho de que la administración de justicia afronte en nuestra época problemas propios de un mal manejo político como el clientelismo, el abuso de poder, el pago de favores y la corrupción pone de manifiesto el hecho de que la judicatura necesita una intervención urgente. Los cambios intempestivos en la jurisprudencia, el arrogamiento de funciones legislativas al poder judicial, las reiteradas violaciones a la ley y los altos índices de impunidad están impactando agresivamente la seguridad jurídica, en razón a que el juzgador abandonó su zona de neutralidad para dar paso a posiciones partidarias que pretende camuflar en sus decisiones.

Las funciones electorales que el constituyente adjudicó al Presidente de la República para intervenir en la designación de los Ministros de la Suprema Corte

de Justicia, son funciones de gran trascendencia que representan en la actualidad una acumulación indebida de poder en cabeza del titular del ejecutivo, y de manera indiscutible es éste uno de los factores que más está socavando la legalidad en México y sepultando la independencia judicial de los Ministros de la Corporación.

Adicionalmente, la labor de los Ministros carece de un control efectivo y ello favorece que las decisiones arbitrarias y sesgadas adquieran vigencia en el universo jurídico. Así, la institución que en términos formales se debe erigir como defensora del ordenamiento constitucional resulta ser su mayor transgresora. Cuando la carrera al Ministerio de la Suprema Corte se aleja del mérito y por el contrario privilegia la cercanía ideológica, política o personal del candidato con el Presidente surge una complicidad inconveniente entre dos sectores del poder público que rebasa los límites de la legalidad y da origen a la politización de la justicia y a la judicialización de la política.

El decisionismo judicial fundado en argumentos subjetivos partidistas o políticos que privilegien la conveniencia personal o institucional sobre la legalidad y el bien particular sobre el general, es una acción que pone en riesgo la estabilidad, credibilidad y funcionamiento del sistema judicial. No importa la calidad de los esfuerzos realizados en los últimos años de modo loable para visibilizar la acción de la Suprema Corte a través de la implementación de sesiones públicas y la publicidad de documentos e información en otrora restringida en aras de atender las iniciativas de transparencia si no se ataca lo medular del problema, las deficiencias en el mecanismo de designación de los Ministros.

Como corolario, es oportuno señalar que “la ley en todo caso incorpora, aparte del principio democrático, dos valores sin los cuales no puede vivir la sociedad de un Estado de Derecho, el principio de la seguridad jurídica y el principio de certeza del Derecho y su previsibilidad como ordenador de las conductas, sin los cuales sería difícil hablar de una sociedad libre”⁶⁷. En este sentido, forzoso afirmar que la legalidad se erige como el marco referencial que reduce a la mínima expresión posible la discrecionalidad en las decisiones judiciales.

Finalmente, no puede perderse de vista que el Estado de Derecho encarna en sí mismo la pretensión de hacer efectiva de la mejor manera posible la garantía de los

⁶⁷ García de Enterría, Eduardo, “*La aplicación del Derecho en los sistemas políticos continentales*” en *Los modelos vigentes de aplicación del derecho. ¿Está en crisis la administración de justicia?*, Madrid, Consejo Nacional del Poder Judicial, 1995, p. 34.

derechos humanos y la existencia de la seguridad jurídica en torno a los mismos. La legalidad además de ser uno de los presupuestos fundamentales para la existencia y funcionamiento del Estado de Derecho en todas sus acepciones es un imperativo ético y axiológico que sustenta el dictamen de legitimidad del mismo.

5. Educación permanente del operador judicial en vía de la legitimación institucional y la recta impartición de justicia

En los términos anteriores y dado el hecho de que el conflicto asociado a la falta de legitimidad del poder judicial en nuestra época, tanto desde el punto de vista de las deficiencias en el proceso de designación de los jueces como desde la óptica de la baja calidad en las decisiones judiciales por ausencia de objetividad, es necesario resaltar el papel del mérito, la carrera judicial, y la formación permanente del operador normativo como herramientas para la legitimación institucional y la recta impartición de justicia.

Sin lugar a dudas, nuestra sociedad demanda la existencia de jueces más profesionalizados y menos políticos para que el ejercicio de la judicatura sea legítimo, así mismo para que la administración de justicia deje de estar subordinada a otros sectores del poder público. Resulta claro que cuando el reclutamiento de jueces de alto nivel como los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación está a cargo del poder político representado a través del ejecutivo de turno, se privilegia la existencia de decisiones discrecionales que no reconocen en la legalidad un límite inquebrantable.

En regímenes donde el Presidente de la Republica tiene una gran incidencia el proceso de designación de funcionarios del Poder Judicial es común que los requisitos de acceso a las vacantes se limiten a la exigencia de una edad determinada, la necesidad de ser nacional por nacimiento, el imperativo de contar con un título universitario a nivel de pregrado o licenciatura y de haber ejercido la profesión por un periodo de tiempo determinado, sin que exista una reglamentación más rigurosa al respecto.

Salta a la vista, que en sistemas como el enunciado las exigencias genéricas y poco complejas para acceder a vacantes en la cúpula del Poder Judicial, depositan en manos del ejecutivo un poder discrecional a través del cual puede elegir entre un gran número de profesionales del derecho el que considere más adecuado para la protección de sus intereses de gobierno; por lo que el establecimiento de requisitos más rigurosos que permitan instituir factores diferenciales entre los juristas que pretendan acceder al cargo de Ministro de la Suprema Corte resulta conveniente.

La dificultad a la que se enfrenta un funcionario de alta jerarquía en el Poder Judicial cuando carece de ventajas competitivas asociadas a su formación académica, trayectoria profesional y producción intelectual que lo diferencien de otros aspirantes es un factor que sin temor a equívocos dificulta la legitimación institucional. Por ello, es necesaria que la designación política de jueces sea reemplazada por un proceso que permita el acceso a las vacantes en igualdad de condiciones para quienes demuestren ser poseedores de las calidades técnicas y éticas fundamentales para el ejercicio del cargo en un ambiente de mérito y acreditación de idoneidad.

Así mismo, es de vital importancia el establecimiento de requisitos legales más rigurosos relacionados con las calidades necesarias para el acceso a vacantes en el Ministerio de la Suprema Corte, a efectos de que la idoneidad de los designados sea incuestionable. La profesionalización de los aspirantes llamados a integrar una Corporación cuya importancia es transversal, es un ejercicio que demanda el fortalecimiento del órgano técnico encargado del proceso de selección y evaluación de aspirantes y la creación de estándares técnicos y metodológicos que regulen de manera clara y estricta el transcurso del mismo.

A efectos de lo anterior, es indispensable identificar dos fases aplicables al proceso de designación de Ministros de la Suprema Corte bajo el entendido que es un proceso *sui generis* que permite que juristas de diversas ramas del ejercicio profesional aspiren a ocupar la mayor dignidad en la cúpula del poder judicial del país sin estar vinculados necesariamente a una trayectoria en la judicatura. La primera de ellas, está relacionada con el concurso de méritos o de oposición indispensable en el camino de democratización y despolitización de la justicia por conceder una oportunidad en igualdad de condiciones a los sujetos interesados en suplir una vacante en la Corporación previo el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales fijados para tal efecto, sin miras a la efectividad de sus relaciones personales o políticas.

El concurso de méritos, debe ser un procedimiento transparente que permita evaluar de manera objetiva las hojas de vida de los aspirantes, así como sus competencias a través de pruebas escritas elaboradas y practicadas por un estamento imparcial e idóneo desde el punto de vista técnico como la Universidad Nacional Autónoma de México, máxima casa de estudios del país; hecho este que facilitaría la integración de diversos actores sociales a la actividad estatal. De la misma manera debe contemplar una fase de entrevistas y audiencias públicas que deben agotarse en un término razonable que permita el análisis, debate y discusión adecuada de las propuestas y perspectivas de cada finalista con relación a la administración de justicia.

En segundo lugar, debe tenerse presente que una vez suplidas las vacantes a través de un procedimiento fundado en el mérito no puede desestimarse la importancia de la profesionalización, razón por la cual deben llevarse a cabo acciones formativas de manera permanente a través de las cuales se capacite al personal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación incluidos los Ministros en temas asociados a la justicia constitucional, los derechos humanos, el derecho internacional, la lucha anticorrupción y demás componentes relacionados con el desarrollo de su actividad en el marco del poder judicial.

En conclusión, puede evidenciarse que el mérito y la formación continua del operador normativo son herramientas eficaces en la lucha contra el favoritismo y la influencia política o partidista en temas relacionados con la administración de justicia. Así mismo, son instrumentos idóneos para la garantía de la independencia judicial y la recuperación de la legitimidad institucional en tanto permiten la reconfiguración de la objetividad y autonomía del juzgador.

6. Alternativa de solución

En primer lugar, sea válido señalar que para dar solución al problema de la falta de independencia judicial a nivel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por la existencia de vicios de carácter político en el procedimiento de designación dada la inconveniente intervención del titular del poder ejecutivo en el mismo, es conveniente abordar la propuesta desde distintos frentes: el constitucional, el legal, el reglamentario y el pedagógico social.

7. Perspectiva Constitucional

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se requiere acreditar las siguientes calidades:

Artículo 95 (...)

- I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles.
- II. Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación;
- III. Poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello;
- IV. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo,

fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena.

V. Haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; y

VI. No haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal, ni titular del poder ejecutivo de alguna entidad federativa, durante el año previo al día de su nombramiento. (...) ⁶⁸

Para efectos de blindar el proceso de designación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de interferencias de carácter Político resultaría oportuno impulsar una reforma constitucional que permita incluir dentro del numeral VI del Artículo 95 la prohibición consistente en no haber sido Consejero Superior de la Judicatura Federal durante los dos años previos al día de su nombramiento. Del mismo modo es pertinente ampliar el periodo de inhabilidad contenido en el numeral en comento a dos años para quienes hayan fungido como Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal o titulares del poder ejecutivo de alguna entidad federativa.

En segundo lugar, en lo que atañe a la disposición constitucional que regula proceso de designación propiamente dicho, tenemos que en la actualidad se encuentra enunciada dentro de la Carta Política de la siguiente manera:

“Artículo 96. Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República” ⁶⁹.

⁶⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convencida de que la intervención del ejecutivo en el proceso de designación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituye una interferencia indebida, arbitraria y descontrolada que atenta contra la independencia judicial, el equilibrio y la división de poderes y obstruye la recta impartición de justicia, resulta inconveniente perpetuar el sistema de ternas como mecanismo de acceso a la cúpula del Poder Judicial de la Federación.

Dicho lo anterior, sería oportuno impulsar una reforma constitucional que establezca el concurso de méritos u oposición como vía para llegar al Ministerio de la Suprema Corte y faculte a la Universidad Nacional Autónoma de México, máxima casa de estudios del país para llevar a cabo la primera fase del proceso de selección consistente en la realización de pruebas escritas de conocimientos jurídicos específicos asociados al cargo para acreditar idoneidad técnica y la aplicación de pruebas psicotécnicas que demuestren idoneidad ética.

Eliminando cualquier intervención del Presidente en el Proceso de designación desde el punto de vista constitucional y estableciendo que el concurso de méritos es la herramienta ideal para la provisión de vacantes debe establecerse una segunda fase que se surtirá en el Senado de la Republica, misma que deberá consistir en audiencias públicas a la que comparecerán los diez candidatos que mejores resultados hubieren obtenido en las pruebas y la evaluación de currículos cuya puntuación deberá fijarse a través de disposición legal.

A la fase de audiencias públicas llevada a cabo en el Senado de la Republica se integrara una Comisión Accidental adscrita a la Comisión de Justicia que estará conformada por representantes de las Universidades Privadas y Públicas, del sector productivo, de las organizaciones civiles y del Colegio de Abogados quienes coadyuvaran en las entrevistas, la formulación de preguntas, el debate público y el análisis de los perfiles de los finalistas. Lo anterior a efectos de suplir los vacíos técnico jurídicos evidenciados en el proceso que se encuentra vigente en la actualidad.

La ley deberá determinar el modo de selección y la cantidad de aspirantes de la Comisión Accidental. Del mismo modo y a efectos de que el análisis de los candidatos pueda efectuarse sin presiones, el periodo que debe transcurrir entre la vacante, la convocatoria pública, las pruebas practicadas por la Universidad Nacional Autónoma de México y la publicación de resultados será de 60 días, las audiencias públicas deberán agotarse en un plazo de 30 días en sesiones donde cada candidato contará con dos horas para exponer sus perspectivas, propuestas y visiones con relación a la administración de justicia, al término de los cuales el

Senado deberá elegir el profesional que suplirá la vacante por voto aprobatorio de al menos dos terceras partes de sus integrantes.

En retrospectiva, una reforma constitucional en este sentido redundaría en la existencia de un proceso que garantice la participación democrática por tratarse de convocatoria pública abierta a quienes consideren satisfacer el mínimo constitucional para acceder al cargo sin miras a la calidad de sus relaciones personales o políticas, aunado a ello porque implica la participación de diversos sectores de la sociedad a través de la integración de la Comisión Accidental. Finalmente, marcaría la pauta en la reconstrucción de la independencia judicial y permitiría aspirar a la legitimación de la administración de justicia.

8. Perspectiva Legal

Dicho lo anterior, resulta evidente que una reforma constitucional en este sentido representa grandes retos para el legislador pues debe reglar el concurso de méritos y la integración de la comisión accidental a efectos de lo cual se debe tener en cuenta lo siguiente:

9. Del concurso de méritos

Facultada la Universidad Nacional Autónoma de México para llevar a cabo el concurso de oposición el legislador deberá establecer las siguientes reglas:

Una vez suscitada la vacante en el Ministerio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la Universidad Nacional Autónoma de México contará con el término de 5 días para lanzar la convocatoria pública que tenga por objeto suplirla, en ella se fijará un periodo de inscripciones que no podrá exceder de 10 días y en el que los aspirantes deberán subir a la plataforma virtual diseñada para tal efecto su currículo con los correspondientes documentos probatorios a efectos de que sea analizado.

Para dictaminar de manera objetiva las hojas de vida de los aspirantes la Universidad deberá asignar una puntuación específica a cada nivel de formación académica fijando la más alta para quienes cuenten con estudios a nivel Doctoral y una adicional para aquellos que acrediten haber cursado posgrados relacionados con la impartición de justicia en el ámbito constitucional.

Del mismo modo se asignará un puntaje específico a cada obra publicada en autoría, coautoría, colaboración, coordinación y compilación así como a la

experiencia docente y la pertenencia a la carrera judicial. La convocatoria deberá contener una tabla clara que señale la puntuación para cada una de las categorías reseñadas. Al término de los 10 días de inscripción se realizarán las pruebas mismas que deberán practicarse a más tardar dentro de los 20 días posteriores al cierre de inscripciones. La Universidad contará con un término de 5 días para la publicación de resultados mismos que serán consecuencia de la suma del puntaje obtenido en el dictamen de la hoja de vida, el derivado de la prueba de conocimientos y el de la prueba psicotécnica.

Una vez publicados los resultados los aspirantes contarán con el término de 5 días para interponer los correspondientes recursos, mismos que deberán ser resueltos por la Universidad en el plazo de 10 días. Transcurrido el periodo de resolución de recursos queda en firme la lista de elegibles, misma que estará conformada por los 10 aspirantes con mayor puntuación quienes tendrán derecho a concurrir a audiencia pública que se llevara a cabo ante el Senado de la Republica.

10. De la integración de la Comisión Accidental

El procedimiento de audiencias públicas llevado a cabo al interior de la Comisión de Justicia del Senado de la Republica se ha caracterizado por poner de relieve el desconocimiento de los parlamentarios sobre temas jurídicos y lo que es más sobre problemas relacionados con la administración de justicia. A efectos de suplir esas deficiencias técnicas y permitir un dictamen sólido, argumentado y consciente respecto de la idoneidad de los candidatos y la oportunidad de su visión, planteamientos y problemas es menester integrar a este estamento una Comisión Accidental integrada por 10 representantes de las Universidades Públicas y Privadas del país, 2 de los Colegios de Abogados, 5 de las asociaciones civiles y 2 del sector productivo.

Los 19 representantes que integran la Comisión Accidental serán elegidos para periodos de 6 años. Corresponde a cada subsector establecer las sedes en las que se llevaran a cabo las elecciones y determinar la lista de elegibles de acuerdo a patrones de idoneidad técnico jurídica. El proceso será auditado por representantes del Instituto Nacional Electoral. Los representantes de las Universidades públicas y privadas y de los Colegios de Abogados deberán ser en todo caso expertos en materia de justicia constitucional.

Los representantes de la Comisión Accidental deberán concurrir ante la Comisión de Justicia cuando dentro del periodo para el que fueron elegidos se susciten vacantes al interior del Ministerio de la Suprema Corte de Justicia

de la Nación. Deberán coadyuvar en el diseño y formulación de cuestionarios, el análisis de los debates y las propuestas, visiones y postulados expuestos en audiencia pública por los finalistas.

11. Perspectiva reglamentaria

Desde el punto de vista reglamentario, es oportuno que la Junta Directiva de la Comisión de Justicia diseñe un protocolo estándar para el dictamen de las candidaturas de los aspirantes al cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no puede ser de recibo el hecho de que se planteen protocolos nuevos cada que surge una vacante en la Corporación, pues la flexibilidad en los patrones para dictaminar permite la influencia de factores políticos y deja en entredicho la transparencia de los procesos.

El proceso que se surte ante la Comisión de Justicia debe ser transparente, por tanto deberá incorporarse el tabulador que indica las equivalencias de las categorías objetivas evaluadas en los currículos de los aspirantes, a efectos de que se tenga en cuenta su experiencia docente, su producción intelectual, su nivel de formación académica y de conocimiento del área específica relacionada con la justicia constitucional. Del mismo modo se deben estimar los puntajes obtenidos en las pruebas practicadas por la Universidad Nacional Autónoma de México.

El acuerdo debe contemplar la manera en la que va a interactuar la Comisión de Justicia con la Comisión Accidental para el análisis de las candidaturas. Es indispensable que se contemple la evaluación de cumplimiento de los requisitos constitucionales, los resultados del concurso de oposición. En los casos de los aspirantes que provienen de la carrera judicial resulta fundamental que la Comisión realice un análisis de la trayectoria del aspirante en la judicatura y analice la calidad y orientación de los fallos más trascendentales de su ejercicio profesional con la ayuda de expertos en la materia.

En el caso que los aspirantes no estén vinculados a la carrera judicial, el acuerdo de la Comisión de Justicia debe establecer como requisito inquebrantable el hecho de contar con al menos dos obras publicadas para que la tarea de acercamiento a la postura ideológica del aspirante por ausencia de actividad judicial resulte posible y los elementos de juicio con los que el dictaminador cuente para emitir su decisión, esto es, realizar la designación sean realmente sólidos y no se conviertan en banco de los cuestionamientos de la opinión pública por presunción de politización y falta de transparencia en el proceso.

Adicionalmente el protocolo debe consagrar todas las garantías asociadas a la transparencia y publicidad del proceso. Las entrevistas por su parte deben ser conducidas por expertos en materia de justicia constitucional, a efectos de lo cual deberá designarse un equipo para su práctica integrado por miembros de la Comisión Accidental y la Comisión de Justicia. Las entrevistas deben prepararse con anticipación a la sesión pública y en ningún caso el contenido de las mismas podrá improvisarse.

Las comparecencias a audiencia pública se desahogaran de manera conjunta en sesión a la que deberán presentarse los 10 finalistas del concurso de méritos quienes debatirán sus posturas acerca de temas de justicia; se agotaran por grupo de preguntas o secciones temáticas. Las audiencias se desarrollaran durante un periodo de 20 días en diferentes sesiones; en todo caso la sumatoria de los tiempos de exposición y participación de cada aspirante en la totalidad de sesiones no podrá ser inferior a dos horas.

Los representantes de la Comisión Accidental harán valer su representación trasladando en el desarrollo de las sesiones a los participantes las inquietudes más relevantes de la comunidad académica, jurídica, el sector productivo y la sociedad civil. Aunado a ello, durante el periodo de audiencias públicas se abrirá paso a la recepción de tachas sobre las candidaturas, en el pueden hacerse partícipes los ciudadanos mexicanos a través de las veedurías ciudadanas o los grupos organizados de la sociedad civil.

Durante los 10 días posteriores a la realización de audiencias públicas corresponde a la Comisión analizar y resolver las tachas y debatir el análisis de la calidad y solidez de las respuestas brindadas en audiencia pública para finalmente, proceder a la designación de quien suplirá la vacante en el Ministerio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las sesiones de audiencia pública y deliberación serán transmitidas por el Canal del Congreso.

12. Proceso Pedagógico Social

Bajo la plena consciencia de que un proceso de reforma exitoso no puede abordarse únicamente desde la institucionalidad y que la ciudadanía es pieza fundamental en las iniciativas de reingeniería estatal dada su función de control político, resulta indispensable la capacitación e inclusión de la misma en temas de justicia para que el conocimiento empiece a formar parte de la opinión pública y la cultura jurídica del ciudadano se vea fortalecida permitiéndole actuar de manera verdaderamente crítica.

La articulación de diversos sectores sociales al proceso de designación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la integración de la comisión Accidental es un proceso de responsabilidad social que implica el hecho de que los representantes de la comunidad universitaria, la sociedad civil, el sector productivo y los colegios de abogados deben asumir un liderazgo social por lo menos durante el periodo para el cual son electos; razón por demás suficiente para considerar que el proceso pedagógico que impacte socialmente no puede quedar acéfalo, sino que por el contrario debe ser liderado por estos actores.

Dentro de las responsabilidades de los representantes de la comisión Accidental está el deber de organizar por lo menos cuatro veces al año foros, debates y eventos relacionados con la impartición de justicia en cada uno de sus sectores de impacto. Además corresponde a las Universidades dar apertura a un curso gratuito de acceso público en temas de justicia una vez al año en al menos un establecimiento por Estado.

Finalmente, corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tarea de recuperar la confianza, credibilidad y legitimidad ciudadana fomentar espacios de debate público de las decisiones más relevantes e impactantes en el panorama nacional, a efectos de lo cual debe fortalecer a las Casas de la Cultura Jurídica como espacio de participación ciudadana. Las Casas de la Cultura Jurídica no obstante ser plataformas para el debate especializado deben convertirse en espacios inclusivos en los que por lo menos una vez al mes se realicen eventos que impacten los miembros de la sociedad y promuevan la expresión informada de la opinión pública.

Conclusión

La creciente preocupación de la sociedad civil por temas relacionados con la impartición de justicia demanda acciones para elegir a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de manera insaculada para evitar que el Poder Legislativo y el Poder Judicial intervengan en su designación. Así mismo, se requiere una reformulación de los procesos a través de los cuales se accede a las vacantes en Corporaciones como la Suprema Corte de Justicia, toda vez que ello redundaría en un ejercicio de democratización que dotaría de un mayor grado de legitimidad la integración, actuación y decisiones de la Corporación.

Si se sigue eligiendo a los ministros con el mismo esquema legal el Poder Judicial seguirá sometido y habrá una disminución notable en la independencia del juzgador. Actualmente la labor del juzgador se encuentra con presiones externas

como la que actualmente ejerce el ejecutivo sobre los Ministros de la Suprema Corte por lo cual se pone en entredicho el equilibrio de los poderes públicos, situación que no escapa a la percepción de la ciudadanía.

La sociedad demanda la existencia de jueces más profesionalizados y menos políticos para que el ejercicio de la judicatura sea legítimo, así mismo para que la administración de justicia deje de estar subordinada a otros sectores del poder público. Resulta claro que cuando el reclutamiento de jueces de alto nivel como los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación está a cargo del poder político representado a través del ejecutivo de turno, se privilegia la existencia de decisiones discrecionales que no reconocen en la legalidad un límite inquebrantable.

Bibliografía

Amparo en Revisión 2676/2003.

Carbonell, Miguel, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa, 2004.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario Oficial de la Federación. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ver en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP.pdf> (consultado el 02 de octubre a las 17:41)

Ferrajoli, Luigi, *Por una reforma democrática del ordenamiento judicial*, en Justicia y política en el Estado capitalista, Barcelona, Fontanella, 1978.

Fix Zamudio, Héctor, *Los problemas Contemporáneos del Poder Judicial. Grandes tendencias políticas contemporáneas*, México, UNAM, 1986.

García de Enterría, Eduardo, “*La aplicación del Derecho en los sistemas políticos continentales*” en Los modelos vigentes de aplicación del derecho. ¿Está en crisis la administración de justicia?, Madrid, Consejo Nacional del Poder Judicial, 1995.

González Chévez Héctor, Cord. *Derechos humanos, reforma constitucional y globalización*, México, Fontamara, 2017.

Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Dato Param Coomaraswamy. Ver en Centro de Información de las Naciones Unidas <http://www.cinu.org.mx/temas/dh/reldhmex.htm> (consultado el 04 de octubre de 2016 a las 17:30)

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. “*Encuesta Nacional de Victimización y percepción sobre Seguridad Pública 2014 (ENVIPE)*”, México, 2014.

Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970.

- Parametria, “*La Suprema Corte de Justicia en la opinión pública*” Encuesta Nacional en vivienda, México, 2015.
- Parametria, *Encuesta Nacional en vivienda*, México, 2013.
- Posner, Richard, ¿*Cómo deciden los jueces?*, Argentina, Marcial Pons, 2011.
- Reyes Barragán, Ladislao Adrián, *La administración de justicia en prospectiva*, México, Porrúa, 2007.
- Ruiz, Lluch et al., *La prueba es libertad pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi- Benthamiana*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010.
- Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Porrúa, 2006.
- Valadés, Diego, *El control del Poder*, 3ª ed., México, Porrúa, 2006.

La mutualidad deportiva en México, una utopía en la globalización

Alma Rosa García Cervantes⁷⁰

Resumen

El Deportista en México se encuentra carente de una falta de seguridad social, que logre garantizar ante riesgos de trabajo deportivo; una tutela eficaz de la ley, toda vez que, al ser trabajadores de carácter especial, con lleva una serie de elementos que no hace tan oportuno el aseguramiento en sistemas tradicionales e históricos de seguros.

Buscando sistemas complementarios como la figura de la Mutualidad, de carácter mercantil sea una alternativa para cubrir dichos riesgos, llevando la aplicación de nuestra hipótesis a dos deportistas en específico como es el Futbolista y el Boxeador, cuyas ganancias generadas en nuestro país los convierten en un verdadero negocio con impacto global.

Palabras Clave: Globalización, Mercado, Seguridad Social, Deportista, Mutualidad.

Abstract

The Sportsman in Mexico is lacking of a lack of social security that manages to guarantee before risks of sport work; an effective guardianship of the law, since being workers of special character, it carries a series of elements that does not make as timely the assurance in traditional and historical systems of insurance.

Looking for complementary systems such as the Mutuality figure, mercantile is an alternative to cover such risks, leading the application of our hypothesis to two sportsmen in particular as the Footballer and Boxer, whose profits generated in our country make them a real business with global impact

Keywords: Globalization, Market, Social, Security, Athlete, Mutuality.

⁷⁰ Doctora en Derecho y Globalización de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.

Introducción

La llamada “globalidad” cuestiona principios éticos, jurídicos y políticos; pero se sustenta en principios económicos establecidos desde el siglo XVIII; para hacer precisos desde Adam Smith en adelante; donde se incorporan otros, surgidos de ciencias como la química, la física, la biología y la tecnológica.

Dentro de este lineamiento humano, en cuanto al derecho universal, quiebra todo principio ético, jurídico y político para imponer a cualquier sistema normativo -considerado fenómeno social- la cerrada relación *libre mercado-consumo*; representada o más bien personificada con un matiz de amo-siervo, que es la de empresario-cliente-consumidor, sin la notación significativa marxista de trabajador ni cualquier otra derivación vinculada al valor hombre o humanidad; en sentido, por ejemplo, grecolatino de humanitas como excelencia (ética o política como base y fin del Derecho).

Razón por la cual, ante el poco valor humano y profesional del deportista en nuestro país gracias al negocio en el que se ha vuelto el deporte; hemos tenido a bien realizar el presente estudio y de forma concreta en deportes como el fútbol y del boxeo en México, considerados como aquellos de mejores ganancias en el mundo global; el deportista mexicano se encuentra vulnerable por falta de normatividad jurídica que regule y tutele su protección ante situaciones como asistencia sanitaria, riesgos de trabajo que les garantice y dignifique su reconocimiento como persona, al momento de retirarse; motivo por el cual, el sistema de seguros desde la perspectiva privada, sea una alternativa complementaria de Seguridad Social.

I. Efectos de la globalización en los sistemas de protección social

A finales del siglo XX el mundo se cuestionaba acerca de los cambios inminentes en diversos aspectos, que mucho lograban tener impacto en la sociedad mundial; de acuerdo con Ianni, éste era taquigrafiado como: “Aldea global”, “fábrica global”, “tierra patria”, “nave espacial”, “nueva babel”. Son metáforas razonablemente originales que suscitan significados, implicaciones y llenan textos científicos, filosóficos y artísticos⁷¹.

Trabajos como el de Giddens, describe a la globalización como una serie completa de procesos y no uno solo. Operan de manera contradictoria o antitética. La

⁷¹ IANNI, Octavio, Teorías de la Globalización, Siglo XXI Editores, CEIICH-UNAM México, 1996, p.4.

mayoría de la gente cree que la globalización simplemente “traspasa” poder o influencia de las comunidades locales y países a la arena mundial⁷².

Motivo por el cual el autor antes citado parte de dos corrientes teóricas para comprender a la globalización:

Los escépticos, quienes manifiestan que la globalización es solo esencialmente, un mito, los gobiernos pueden controlar todavía la vida económica y el Estado del bienestar permanecer intacto, todo lleva a una cuestión de propagada por librecambistas que quieren dismantelar los sistemas de bienestar y recortar los gastos estatales⁷³.

Mientras que los radicales afirman que no sólo la globalización es muy real, sino que sus consecuencias pueden verse en todas partes. El mercado global, dicen, está mucho más desarrollado incluso que en los años sesenta y setenta, y es ajeno a las fronteras nacionales⁷⁴.

Sin embargo, a más de dos décadas de discusión, la globalización es un proceso complejo que implica una serie de aristas para su estudio; pudiendo ser la encarnación actual de capitalismo informacional desregulado y competitivo⁷⁵; o bien, la ramificación, densidad y estabilidad de sus recíprocas redes de relaciones regionales-globales empíricamente comprobables y de su autodefinition de los medios de comunicación, así como de los espacios sociales y de las citadas corrientes irónicas en los planos cultural, político, militar y económico⁷⁶.

Por tanto, si hoy entendemos el cambio paradigmático que ha sufrido la sociedad producto de factores diversos de globalización; es bien cierto que, es el factor económico- Financiero es determinante para impactar y redireccionar los cambios de la política social en el Estado.

⁷² GIDDENS, Anthony, *Un mundo Desbocado, los Efectos de la Globalización en Nuestras Vidas*, Taurus, México 2007, p. 7.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibid.*, p.8.

⁷⁵ CASTELL, Manuel, *Globalización, Identidad y Estado en América Latina*, en: <http://desarrollohumano.cl/idh/download/Idyest.pdf> (fecha de Consulta 10 de Mayo de 2017).

⁷⁶ BECK, Ulrich, ¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, Respuestas a la Globalización, PAIDÓS, España, 1993, pp. 25-33.

Pues la globalidad se convierte en una forma extrema de capitalismo⁷⁷, al integrar como un elemento indispensable la aplicación de políticas neoliberales, lo que significa la apertura de un libre mercado, así como la participación de la iniciativa privada en la economía nacional; que logra el adelgazamiento de la protección social a ciertos sectores vulnerables del Estado, como ocurrió en México a finales de la década de los ochenta.

Siendo necesario entonces partir del análisis de la globalización desde una vertiente económica, a raíz del hecho histórico que gestó cambios muy significativos a la economía mundial a finales del siglo XX, conocido como el consenso de Washington en el año de 1989, cuyo texto son 10 propuestas derivadas de una tesis doctoral del economista John Williamson, cuya pretensión era dar recomendaciones a los Estados desarrollados -incluyendo a América Latina- para hacer frente a sus crisis económicas; siendo Chile el primero en aplicar dichas políticas en un gobierno dictatorial como Pinochet en Latinoamérica.

El consenso de Washington tuvo como antecedentes a los Acuerdos Bretton Woods celebrados en el año de 1944, los cuales producto de la segunda guerra mundial se establecieron gracias a la falta de liquidez que amenazaba las economías europeas, integrando estrategias que consistieron en proponer un banco internacional que ofreciese créditos amplios con la única condición de que los eventuales países deudores no se mostraran permanentemente deficitarios y el de restablecer el patrón-oro como base del llamado “sistema monetario internacional”⁷⁸.

Lo anterior trajo como consecuencia que las directrices marcadas por dichos acuerdos originaran la creación del Banco Mundial y de la Organización de las Naciones Unidas desde el ámbito internacional; además se integran en países de América Latina el modelo de sustitución de importaciones durante las décadas de los cincuenta hasta los ochentas, donde el Estado jugaba un papel indispensable en el ámbito económico:

... era necesario que el Estado adoptara medidas tendientes a estimular la inversión y orientar las actividades productivas. Instrumentos centrales para esos fines eran la inversión pública; el sistema impositivo, que incluía

⁷⁷ TOURAINE, Alain, *¿Cómo salir del Liberalismo?*, PAIDOS, México, 1999, p.50.

⁷⁸ CASASSAS, Jordi (coordinador), *La Construcción del Presente: el Mundo de 1848 a nuestros Días*, Barcelona, Ariel, 2005, p. 547.

aranceles a la importación; la política cambiaria; el control de los precios, y diversas medidas de regulación. Estas herramientas debían formar parte de un programa coherente, encaminado a incrementar los factores de producción y la productividad en todas las áreas, particularmente en las de exportación y en la industria manufacturera que producía para el mercado interno. Con ello se perseguía un doble fin: aumentar la capacidad de importar –en particular bienes de capital– y acelerar la generación de empleo⁷⁹.

Sin embargo, aspectos como la depreciación monetaria del dólar, la crisis petrolera en América Latina y el desgaste e inoperancia de modelos de sustitución de importaciones que contribuyeron al desequilibrio macroeconómico de los países de América Latina; fueron algunas de las causas por las cuales se obligó proponer otro modelo económico que estabilizara a estos países en la época de los noventa⁸⁰.

Es así que tanto los países desarrollados en un primer momento, y latinoamericanos posteriormente deciden integrar un paquete de reformas consistentes en: Una nueva política fiscal, disciplina fiscal, reordenación de prioridades del gasto público reforma fiscal, liberación financiera, tipo de cambio competitivo, liberación del comercio, liberación de la inversión extranjera directa y desregulación de los derechos de propiedad.

De lo cual se desprenden puntos importantes, que impactan de forma directa en la responsabilidad del Estado ante la protección de social, como el de la reordenación del gasto público, que consistía en:

...el recorte al gasto público para reducir el déficit presupuestario sin recurrir a los impuestos. Los subsidios de la administración pública, principalmente a empresas paraestatales, serían los primeros perjudicados, debido a que la asignación de esos recursos se consideraba un despilfarro, la eliminación paulatina de las subvenciones permitiría asignar esos recursos en áreas estratégicas de carácter social⁸¹.

⁷⁹ TAMAMES, Ramón, *Estructura Económica Internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pp. 129-130.

⁸⁰ RANGEL Martínez, Rubí y SOTO Reyes, Garmendia Ernesto, *El Consenso de Washington: la Instauración de las Políticas Neoliberales*, en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n37/n37a3.pdf>, (fecha de Consulta 12 de Noviembre de 2018).

⁸¹ *Ibidem*.

Lo que significa que se integren una serie de reformas a las políticas del Estado; en este sentido Stiglitz señala:

...En otros casos las políticas económicas derivadas del Consenso de Washington y aplicadas en las naciones subdesarrolladas no eran las apropiadas para países en los primeros estadios del desarrollo o las primeras fases de la transición...En algunos casos ni siquiera ha generado crecimiento, y cuando lo ha hecho, no ha proporcionado beneficios a todos; el efecto neto de las políticas estipuladas por el Consenso de Washington ha sido favorecer a la minoría a expensas de la mayoría, a los ricos a expensas de los pobres. En muchos casos los valores e intereses comerciales han prevalecido sobre las preocupaciones acerca del medio ambiente, la democracia, los derechos humanos y la justicia social⁸².

Luego entonces que para los años noventa, el Estado intenta jugar un nuevo papel como el modernizador de la globalización, siendo para Castells un papel contradictorio; porque a diferencia del estado desarrollista, la modernización como adaptación a la economía global, consiste sobre todo en traspasar al mercado lo que era del estado⁸³.

Lo que trae como consecuencia, que el reparto de los riesgos en la hoy modernidad desarrollada sea latente al integrarse condiciones que si bien aumenten el nivel alcanzado por las fuerzas productivas humanas y tecnológicas; pero no a su vez por las seguridades y regulaciones del Estado social que se puede reducir objetivamente y excluir socialmente la miseria material auténtica⁸⁴.

Desde la historicidad, Touraine explica que, a pesar de estas resistencias, el nuevo modo de modernización unido en la libre empresa y el papel central del mercado en la asignación de los recursos, se ha instalado con rapidez en todas partes del mundo señalando lo siguiente:

⁸² STIGLITS, Joseph, El malestar en la Globalización, Punto de Lectura, España, 2007, pp. 55-62.

⁸³ CASTELLS, Manuel, Globalización, Identidad y Estado en América Latina, en: <http://desarrollohumano.cl/idh/download/Idyest.pdf>, (fecha de Consulta 12 de Noviembre de 2018).

⁸⁴ BECK, Ulrich, ¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, Respuestas a la Globalización, PAIDOS, España, 1993, p. 25

A lo largo del último cuarto del siglo XX, el Estado intervencionista ha sido reemplazado casi en todas partes (y casi por completo) por un Estado que busca ante todo atraer inversiones extranjeras y facilitar las exportaciones nacionales, y, a la par empresas que se integran cada vez más en conjuntos transnacionales están asociadas a redes financieras que, apoyadas en nuevas técnicas temáticas, pueden sacar beneficios importantes de la circulación de informaciones en tiempo real. Estas rápidas transformaciones son la consecuencia directa de una internacionalización de la producción y de los intercambios que van a desembocar en la globalización de la economía⁸⁵.

Lo que generó, según Castel, que el Estado social constatará los efectos perversos de las regulaciones puramente económicas y de la insuficiencia de las regulaciones morales. Tanto se esforzó por garantizar una concepción de la seguridad (social) cuyas protecciones dependieran menos de la propiedad que del trabajo; que hoy en día están tendiente a desaparecer⁸⁶.

Que trae como consecuencia el surgimiento de nuevas lógicas de expulsión; pues para Sassen las últimas dos décadas han presenciado un fuerte crecimiento del número de personas, empresas y lugares expulsados de los órdenes sociales y económicos centrales de nuestro tiempo estableciendo de forma gráfica lo siguiente:

Un ejemplo familiar en Occidente que es a la vez complejo y extremo es la expulsión de los trabajadores de bajos salarios y los desempleados de los programas gubernamentales de salud y bienestar social, así como de los seguros corporativos y la ayuda por desempleo. Más allá de las negociaciones y la creación de nuevas leyes necesarias para ejecutar esa expulsión, está el hecho extremo de que la línea divisoria entre los que tienen acceso a esos beneficios y los que no lo tienen se ha agudizado y es muy posible que en las condiciones⁸⁷.

Lo que para Castel sean considerados por su posición de supernumerarios, ya que flotan en una especie de tierra de nadie social, no integrados y sin duda inintegrables, por lo menos en el sentido en que Durkheim habla de

⁸⁵ TOURINE, Alain, ¿Cómo salir del Liberalismo?, PAIDOS, México, 1999, p.60.

⁸⁶ CASTEL Robert, La Metamorfosis de la Cuestión Social: Una Crónica de Asalariado, en: <https://catedraoi2.files.wordpress.com/2013/05/castel-robert-la-metamorfosis-de-la-cuestic3b3n-social.pdf>(fecha de Consulta 12 de Noviembre de 2018).

⁸⁷ SASSEN, Saskia, Expulsiones: Brutalidad y Complejidad en la Economía Global, Katz Editores, Madrid, 2014, p. 11.

la integración como pertenencia a una sociedad formada por un todo de elementos interdependientes, tal como lo describe a continuación:

En el período contemporáneo, resulta aún más difícil manejar estas relaciones, pues el Estado social interviene como un personaje omnipresente... Desde esta perspectiva, la mayoría de las protecciones sociales son herencia de una época caduca, en la que los compromisos sociales eran compatibles con los imperativos del mercado... el debilitamiento de los Estados-nación en el marco europeo, frente a una competencia mundial generalizada, hace más difícil el ejercicio de las prerrogativas del poder central en materia de política del empleo y política social. No obstante, la mayor dificultad no altera los datos básicos del problema. Las políticas de los Estados-nación siempre han dependido estrechamente de la coyuntura internacional, y esto incluye sus políticas sociales⁸⁸.

Si bien, es importante puntualizar que dentro de lo que se establece como marco de protección social, no solo se contemplan aspectos que garantizan la paz civil; pues también se incluyen otros de vital importancia como la misma seguridad social; lo que trae como consecuencia que al hablar de *seguros* referentes a pensiones, sistema sanitario y riesgos de trabajo, el Estado se encuentra cada vez más incapaz de cubrir con las necesidades de sectores que demandan esa seguridad social, por las razones anteriormente señaladas.

De acuerdo a datos establecidos por la Organización Internacional del Trabajo se reconoce que sólo el 33,9 por ciento de la fuerza del trabajo global está cubierto por la legislación en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, a través del seguro social obligatorio. Aunque se incluyen la cobertura del seguro social voluntario y las disposiciones relativas a la responsabilidad del empleador, sólo el 39,4 por ciento de la fuerza del trabajo está comprendido en la ley. En la práctica, el acceso real a la protección por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales es aún más bajo, en buena medida debido a la aplicación incompleta de la legislación en muchos países⁸⁹.

Con lo anterior, se nos invita a reflexionar la búsqueda de nuevas alternativas de carácter complementario a la seguridad social que busquen- ante la globalización

⁸⁸ CASTEL Robert, *La Metamorfosis de la Cuestión Social: Una Crónica de Asalariado*, op.cit.

⁸⁹ OIT, *Informe Mundial 2014-2015*, en: http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/documents/publication/wcms_245156.pdf, (fecha de Consulta 12 de Mayo de 2017).

y sus efectos cubrir las demandas de sectores excluidos por la misma, como parte de la protección social que todo Estado debe integrar.

II. La Mutualidad una Utopía

El término de Utopía, cuyo significado etimológico se deriva de u (ou) que significa no y topos referente a lugar; por tanto, lugar que no existe⁹⁰. Nos remite en un primer orden a los textos del Inglés Tomás Moro; que nos hace referencia aquella “sociedad que no se localiza en ninguna parte” o “lugar donde existe el bien”...una realidad imposible hoy día pero posible de ser descubierta o construida⁹¹.

Sin embargo, cuando en ciertos grupos o clases de la sociedad se hallan en pugna producto del orden existente, buscan esa realidad en sus pensamientos y en sus obras; por tanto, no es de sorpresa que aquella parezca distinta, tal como lo señala Mannheim:

Si el problema de la realidad fuera exclusivamente de la imaginación, podríamos fácilmente desentendernos de él...multiplicidad de concepciones y maneras de pensar, en el que cualquier juicio ontológico que emitamos conduce inevitablemente a consecuencias⁹².

Cierto es que la globalización trae consigo un escenario donde los cambios en las relaciones sociales son provocados por la misma; tal como lo establece Sousa, si las globalizaciones son haces de relaciones sociales, ellas son proclives a producir conflictos y, por tanto, ganadores y perdedores. Con frecuencia, el discurso de la globalización es la historia de los ganadores contada por los ganadores. De hecho, la victoria es aparentemente tan absoluta que el derrotado termina desapareciendo totalmente de la escena⁹³.

⁹⁰ Diccionario Etimológico de Chile, en: <http://etimologias.dechile.net/?utopia>, (fecha de Consulta 14 de Noviembre de 2018).

⁹¹ BLANCO Martínez, Rogelio, *La ciudad Ausente*, Akal Ediciones, Madrid, 1999, pp.17-18.

⁹² MANNHEIM, Karl, *Ideología y Utopía*, Introducción a la Sociología del Conocimiento, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p.95.

⁹³ SOUSA Santos, Bonaventura, *Hacia Una Concepción Multicultural de los Derechos Humanos*, en: <https://democraciayterritorio.wordpress.com/2008/08/09/hacia-una-concepcion-multicultural-de-los-derechos-humanos/>, (fecha de Consulta 15 de Noviembre de 2018).

De tal forma ¿Cómo se construye una realidad para aquel que se pierde?; o bien, ¿desaparece de la escena de la globalización? Por tanto; ¿Qué alternativas pueden generarse ante la incapacidad del Estado para brindar la seguridad social, ya desahuciada en escenarios globales?

Si bien, las nuevas reglas de un capitalismo global sin reglas obligan a ver diversos tipos de luchas sociales, desde la lucha por los derechos individuales hasta la lucha por los derechos colectivos; toda vez como refiere Sousa, la falta de humanidad y la indignidad humana no pierden tiempo eligiendo entre luchas para destruir la aspiración humana a la humanidad y la dignidad⁹⁴.

Luego entonces la necesidad de una búsqueda de aprender a pensar de nuevo, porque el hombre es una criatura que necesita adaptarse a los cambios continuamente de la historia⁹⁵; sea entonces, una acción obligada para brindar alternativas ante la desprotección social del Estado, desde una visión local y comunitaria con instituciones cuya naturaleza se encuentran fuera de todo esquema global.

Es así como la mutualidad, una institución con antecedentes desde el medievo, aún no desaparecida en pleno siglo XXI, sea una alternativa para establecer una serie de mecanismos de ayuda mutua a la sociedad; pues algunos ordenamientos jurídicos de países hoy en día le otorgan reconocimiento y validez, como una opción de protección para abatir la pobreza en sectores víctimas de la globalización.

Sus orígenes se remontan, a partir de los siglos XII y XIII, tal como lo establece Castel; gracias a que lo social-asistencial adquirió en el Occidente cristiano una configuración ya compleja, en la que se pueden leer los principales rasgos de una política de asistencia "moderna": clasificación y selección de los beneficiarios del socorro, esfuerzos para organizarlo de una manera racional sobre una base territorial, pluralismo de las instancias responsables, eclesiásticas y laicas, "privadas" y "públicas", centrales y locales⁹⁶.

⁹⁴ Sousa Santos, Bonaventura, Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Colección de Justicia, Bogotá, 2014, pp.103-105.

⁹⁵ MANNHEIM, Karl, Ideología y Utopía, Introducción a la Sociología del Conocimiento, op. cit, p. 95.

⁹⁶ CASTEL Robert, La Metamorfosis de la Cuestión Social: Una Crónica del Asalariado, en: <https://catedracoi2.files.wordpress.com/2013/05/castel-robert-la-metamorfosis-de-la-cuestion3b3n-social.pdf>, (fecha de Consulta 15 de Noviembre de 2018).

El surgimiento es de forma embrionaria, cuando un grupo de personas sujetos a un mismo riesgo, convienen en indemnizar el siniestro que una de ellas puede sufrir, repartiendo entre todos la cantidad necesaria para reparar los daños producidos por dicho siniestro. Si se trata de una mutualidad de vida- agrega- su objetivo consiste en el pago por parte de cada persona que forma la sociedad de una determinada cantidad de dinero al ocurrir la falta de financiamiento de uno de sus miembros⁹⁷.

La mutualidad tiene como fin practicar operaciones mercantiles a través de un fondo económico, que no se integra únicamente con las cuotas de los socios, sino con otros ingresos provenientes de diversas operaciones mercantiles que les permitan constituir e invertir reservas, administrar las sumas obtenidas por concepto de dividendos o depósitos de instituciones o la realización de algunos actos mercantiles, sin ánimo de lucro y solo para allegarse de fondos que ayuden a satisfacer exigencias inmediatas, que por su monto no puedan solventarse en un momento determinado⁹⁸.

Por lo anterior, el aspecto más interesante de señalar acerca de ésta institución, es el carácter del sentido humano que va hacia la dignificación del mismo, el que se ve reflejado en características como su adhesión voluntaria, la forma organizativa democrática la capitalización desde un carácter social y la importancia de la educación y capacitación mutua.

Puede ser de forma indudable un factor de contrapeso ante un proceso profundo de individualización que afecta también a los principales sectores de la existencia social; pero sobre todo, ante el desmoronamiento de la sociedad salarial en la cual descansa los sistemas de seguros públicos⁹⁹.

Coincidente con lo que Müller- Armack plantea como economía social de mercado basada en el fomento de la iniciativa individual, productividad, eficiencia,

⁹⁷ MANTILLA Molina, Roberto Derecho Mercantil, Porrúa, México, 2011, pp. 331,332.

⁹⁸ BARAJAS Montes de Oca, Santiago, Cajas de Ahorro y Sociedades Mutualista, en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/6/dtr/dtr2.pdf>, (Fecha de Consulta 15 de Noviembre de 2018).

⁹⁹ CASTEL Robert, La Metamorfosis de la Cuestión Social: Una Crónica de Asalariado, en: <https://catedracoi2.files.wordpress.com/2013/05/castel-robert-la-metamorfosis-de-la-cuestic3b3n-social.pdf>(fecha de Consulta 15 de Noviembre de 2018).

tendencia a la auto-regulación, con los aportes fundamentales de la tradición social cristiana de solidaridad y cooperación, que se basan necesariamente en la equidad y la justicia en una sociedad dada a través de la libertad de acción individual dentro de un orden de responsabilidad personal y social¹⁰⁰.

A lo que Fraser argumenta que producto de la globalización como del capitalismo neoliberal en agresiva expansión, todas reivindicaciones sociales -tanto de distribución como de reconocimiento- tendrán un amplio contexto para complementar, complicar y enriquecer las luchas por la redistribución que para marginarlas, eclipsarlas y desplazarlas¹⁰¹.

Con lo anterior teoría se presume que las nuevas organizaciones productivas como de organización basadas en una economía solidaria- como es el caso de las mutualidades- puedan ser un ejemplo de mecanismo que sirva para lograr garantizar la seguridad social de quien ha desaparecido de la protección social del Estado.

En el entendido de que todo pensamiento que es la expresión meramente de un deseo que siempre ha existido en asuntos humanos; sea la tarea de los hombres consistente en hacer que ciertas condiciones se vuelvan una realidad de protección social para aquellos que se le es negada¹⁰²; o bien, no solo construcciones mentales para hacer que la gente haga caso; sino cambios que van en contra en el sentido dominante¹⁰³.

Toda vez que se comprueba que el Estado ante la Globalización no desaparece; por el contrario, subsiste aún con los embates producto de sus efectos; sin embargo, debe darse a la tarea éste de plantearse y reorientar su sistema de protección social que le permita ser garante de la tan anhelada seguridad social.

NICCHOLLS, A.J., *Freedom with Responsibility, The social Market Economy in Germany 1918-1963*, Oxford, New York, 1994.

FRASER, Nancy, *La Justicia Social en la Era de la Política de Identidad: Redistribución, Reconocimiento y Participación*, en: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/igualdad/08ago-dic_fraser.pdf, (fecha de Consulta 15 de Noviembre de 2018).

MANNHEIM, Karl, *Ideología y Utopía, Introducción a la Sociología del Conocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp.175-180.

CASTELLS, Manuel, *Globalización, Identidad y Estado en América Latina*, en: <http://desarrollohumano.cl/idh/download/Idyest.pdf> (fecha de Consulta 15 de Noviembre de 2018).

Es por ello oportuno y como objeto del presente estudio se pueda realizar un análisis sobre las diversas condiciones vulnerables que presentan los deportistas y la pertinencia de la mutualidad como un sistema complementario de protección de seguridad social, que ayude lograr una mejor calidad de vida y se tutelen sus derechos no solo como trabajadores sino como seres humanos; hoy utopía.

III. La mutualidad deportiva un sistema complementario de seguridad social

Desde una perspectiva jurídica, se conceptualiza a la mutualidad como el conjunto de personas que actúan voluntariamente para constituir un fondo de ayuda económica, mediante las aportaciones periódicas en efectivo, a título de colaboración espontánea, cuya finalidad es el auxilio a su miembros en caso de enfermedades, accidentes y otros riesgos naturales; auxilio que pueden extenderse a sus familiares cuando estos no sean autosuficientes¹⁰⁴.

Sus orígenes se remontan a partir de los siglos XII y XIII, gracias a que lo social-asistencial adquirió en el Occidente cristiano una configuración ya compleja, en la que se pueden leer los principales rasgos de una política de asistencia "moderna"; sin embargo en la época de desarrollo industrial se dieron esfuerzos por la población obrera para organizarse de una manera racional¹⁰⁵.

En el caso de México, derivado de la influencia española en la colonia las instituciones de ayuda tuvieron un importante papel en la época al ser precursoras de la forma asociativa de apoyo, ya sea con fines de carácter tanto religioso y social¹⁰⁶; por tanto, se dio a la mutualidad una concepción artesanal¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa, Tomo IV, México, 2011, p.981.

¹⁰⁵ CASTEL, Robert, La Metamorfosis de la Cuestión Social: Una Crónica de a salariado, en: <https://catedracoi2.files.wordpress.com/2013/05/social.pdf> (fecha de Consulta 15 de Noviembre de 2018).

¹⁰⁶ GANTE García, Gerardo, Antecedentes Históricos y Análisis Actual de las Sociedades Cooperativas, UNAM, México, 1997, p20.

¹⁰⁷ De acuerdo con García Cantú el primer registro se dio a la sociedad de socorro mutuo del ramo de la sombrerería Mientras que Sordo Cedeño analiza que un ejemplo de organización y funcionamiento en finales de siglo XIX fue la sociedad de Socorro Mutuo de Sastres, este tipo de organizaciones dieron respuestas a un sistema de protección social ante embates provocados por la inseguridad en el trabajo, la excesiva explotación, el desempleo, la miseria y la falta de regulación laboral García Cantú, Gastón, El Socialismo en México, Siglo IX, ERA, México, 2013, p.78.

Su reconocimiento jurídico se puede vislumbrar en la constitución federal del año de 1857 donde se establece en su artículo 9° constitucional: “*A nadie se le puede coartar el derecho de asociarse o de reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República pueden hacerlo para tomar parte de asunto políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar.*”

Por lo anterior al reconocer la garantía de asociación en la mutualidad, legitima principalmente la relación de los sujetos como al mismo tiempo organiza a las entidades respectivas, pues pretende con su *organización*, tender a una defensa contra el lucro¹⁰⁸.

Sin embargo el siglo XX representa para la historia de nuestro país una etapa crucial¹⁰⁹; imperando entonces, en el espíritu del constituyente de 1917 el establecimiento de Cajas de Seguros Populares, las cuales se fundan en tres razonamientos: El primero las dificultades objetivas de obligar al Estado o a los patronos a instaurar un sistema de seguros sociales... Se prefiere dejar al impulso popular la fundación de las instituciones más cercanas al mutualismo... formas más generalizadas de previsión social... no debían ser excluidos del catálogo avanzado de protección de los excluidos¹¹⁰.

Aunque cabe precisar por sucesos como la crisis mundial, el latente avecinamiento de una segunda guerra mundial y modelos europeos de seguridad social¹¹¹; se genera un cambio en el sistema de seguridad social mexicano estableciéndose un andamiaje normativo que logra integrar la nueva estructura de seguridad social basada en un seguro de carácter social¹¹².

¹⁰⁸ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires, Helianto, 1976, t. III, p. 414.

¹⁰⁹ De la Cueva Mario, “El nuevo derecho mexicano del trabajo”, tomo I, Porrúa, México, 2013, Pág. 44.

¹¹⁰ MOCTEZUMA, Barragán, Javier, Artículo 123, en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/127/5.pdf>, (Fecha de Consulta 15 de Noviembre 2018).

¹¹¹ El papel que jugó la seguridad social en el proceso de industrialización alemán, constituye sin duda un factor determinante en la evolución no sólo económica sino social de dicho país, y surge no como una demanda sentida de la sociedad, sino como producto de la voluntad política de unificación de un Estado. Un segundo modelo se constituye a partir del Informe de Sir William Beveridge al Gobierno Británico en 1942 “Sobre seguros sociales y sistemas afines.

¹¹² La fracción XXIX del artículo 123 constitucional en el año de 1929, que a la letra dice: Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

Con lo anterior, se dio un vuelco muy grande a la tendencia tradicional de seguridad social pues se reemplazó a las cajas de seguros populares por una Ley de Seguro Social; dejando pendiente la eficaz aplicación de figuras como la mutualidad; la cual aún vigente carece de una falta de regulación jurídica para su correcta aplicación, producto del rezago jurídico en ordenamientos de seguros privados¹¹³.

Ubicando a la mutualidad, en ordenamientos de carácter mercantil como lo fue la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas, cuya naturaleza era producto de la organización de carácter económico y financiero propia de un estado nacionalista constituido a través de una economía mixta; por tanto no sería del todo erróneo pensar que al reconocer y darle certidumbre jurídica a esta institución se vería vislumbrado un sistema de aseguramiento con tintes sociales para aquellos que no tuvieran la condición de trabajadores aun posteriormente a la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social¹¹⁴.

Se integraron características interesantes con el ordenamiento anteriormente citado por ejemplo: El objeto social se limitó al funcionamiento de seguros, las operaciones de seguro que practicaban no producirían lucro o utilidad para la sociedad ni para sus socios, debiendo cobrar solamente lo indispensable para cubrir los gastos generales que ocasione su gestión y para constituir las reservas necesarias a fin de poder cumplir sus compromisos para con los asegurados¹¹⁵.

Otros de los aspectos de la citada ley permitía que se constituyeran sociedades mutualistas que no estuvieran sujetas al régimen legal de las instituciones de seguros, aunque solo fueran para operar en los ramos de muerte, beneficios en los accidentes enfermedades e indemnización por daños con excepción de las coberturas de naturaleza catastrófica, o de altos riesgos por montos o

¹¹³ Con Lázaro Cárdenas se dio origen en el año de 1835 la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas, la cual remite a la institución a la esfera y competencia del seguro de carácter privado, así como la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas de 2013.

¹¹⁴ Aún reformado en el año de 1929 la fracción XXIX del artículo 123 constitucional con la aparición posteriormente del de la Ley de Instituto Mexicano del Seguro Social, fue tendencia implícita en los programas del gobierno cardenista adecuar el sistema de seguro social en manos de la sociedades mutualistas, quizás pudo haberse gestado como un cúmulo de buenas intenciones como la historia ha demostrado.

¹¹⁵ Fracciones I, II Y III de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas.

acumulaciones con la condición que no se expidieran a sus miembros pólizas o contratos¹¹⁶.

Sin embargo ante el cambio paradigmático que ha sufrido la sociedad producto de cambios diversos con la globalización y el neoliberalismo; ha sido el factor económico- Financiero el determinante para impactar y redireccionar tanto a la política pública como al sistema jurídico mexicano.

Pues trajo como consecuencia reformas importantes a diversos ordenamientos en el Estado Mexicano, como es el caso de la hoy vigente Ley General de Instituciones y fianzas promulgada en el año de 2013; aunque otorga reconocimiento a la sociedad mutualista¹¹⁷, no establece reglas técnicas de aplicación y tampoco una visión financiera con sentido social.

Se deja en el contenido de dicha ley un criterio discrecional para su integración; que desafortunadamente no se tutela en la protección de su constitución, respeto de la voluntad de asociación de quienes pretendan integrarla; toda vez que la autorización para organizarse y operar como Institución o Sociedad Mutualista no surtirá sus efectos, sin que para ello sea necesaria declaración de autoridad alguna, cuando no se cumpla la condición de obtener la aprobación de sus estatutos sociales y el dictamen favorable para iniciar sus operaciones conforme a lo previsto en el artículo 47 de esta Ley¹¹⁸.

Con la ley objeto de comentario la figura de la póliza es un requisito en su constitución dejando atrás la naturaleza para la constitución de este tipo de sociedades por ejemplo para el ramo de automóviles.

¹¹⁶ Aunque la Ley no establece una manera expresa donde se indique su carácter de denominación social, pero no prohíbe en su momento a otras clases de instituciones el empleo de la palabra mutualista, como fue empleado por otros tipos societarios.

¹¹⁷ La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular la organización, operación y funcionamiento de las Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas y Sociedades Mutualistas de Seguros; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, así como las de los agentes de seguros y de fianzas, y demás participantes en las actividades aseguradora y afianzadora previstos en este ordenamiento, en protección de los intereses del público usuario de estos servicios financieros. Las instituciones nacionales de seguros y las instituciones nacionales de fianzas se registrarán por sus leyes especiales y, a falta de éstas o cuando en ellas no esté previsto, por lo que estatuye el presente ordenamiento.

¹¹⁸ Párrafo Segundo del artículo 12 de la Ley de Seguros y de Fianza

Es importante señalar que la sociedad mutualista desde una perspectiva histórica jurídica ha pasado por una serie de etapas: Primera, sus primeras organizaciones fueron constituidas fuera del amparo y certidumbre legal; segunda, que una vez reglamentada la mutualidad no se reconoció por parte del orden legal una serie de bases técnicas claras para su organización y funcionamiento; y tercera, las sociedades mutualistas hoy en día requieren ser vistas como una solución directa al grave problema de seguridad social que no es alcanzada por sectores completos de la sociedad que son afectados por la falta de esta¹¹⁹.

De tal forma sector vulnerable en México por la falta de seguridad social es el deportista profesional que desde muy temprana edad, con la ilusión de cumplir sus sueños es sujeto a una serie de entrenamientos muy intensos, con una rigidez muy estricta en su disciplina para ser consolidado una atleta de alto rendimiento; y cuando al fin es reconocido profesionalmente, su situación se sujeta a ser propenso de sufrir lesiones, depresión, enfermedades, que los inhabilitan y provocan que no pueda seguir y mucho menos continuar con su actividad o si bien va ser transferido muchas veces sin su consentimiento a otro club con las modificaciones a sus condiciones laborales a las que se encontraba sujeto. Considerando que su vida como profesional es muy corta (pues no excede de los 10 años como profesional).

Pues aunque la ley la Ley Federal del Trabajo reconoce en el Título Sexto, Capítulo X a los deportistas profesionales¹²⁰, no logra proteger a este tipo de trabajador, pues lejos de que exista una definición propiamente de deportista y deporte profesional, existe en la práctica de deportes con imposición de jornadas de trabajo excesivas, entrenamientos superiores a los convenidos y en ocasiones el pago del salario no es puntual¹²¹.

¹¹⁹ El problema que impera y no solo por la no claro reconocimiento de la ley, es el resultado que la misma CONDUSEF aplique criterios como el siguiente: Cabe aclarar que, a diferencia de las instituciones de seguros, las sociedades mutualistas solamente pueden operar determinados tipos de seguros (vida, accidentes, enfermedades y daños), y no deben tener fines de lucro para la sociedad ni para sus socios. Lo anterior implica que deben cobrar solamente lo indispensable para cubrir los gastos generales que ocasione su gestión, y para constituir las reservas económicas necesarias a fin de poder cumplir sus compromisos para con sus miembros, en caso de algún siniestro. Así, la diferencia entre las sociedades mutualistas y las mutualidades es que las primeras operan dentro de la formalidad y las segundas no, pues no cuentan con registro ni permiso para operar.

¹²⁰ artículo 292.- Las disposiciones de este capítulo se aplican a los deportistas profesionales, tales como jugadores de fútbol, béisbol, frontón, box, luchadores y otros semejantes.

¹²¹ El concepto de Deportista profesional no lo define la Ley General de Cultura Física y Deporte;

Aunado a ello el tema de la salud y de forma específica, de los riesgos ligados a la misma actividad deportiva, se convierte en una constante ante problemas que enfrentan estos trabajadores; toda vez que considerando que este tipo de trabajadores emerge del deporte desde un aspecto de negocio y lucro; por sus características especiales, se encuentran ajenos a una cotización ante el seguro social¹²². Lo que nos permite entender con el desarrollo del presente análisis integrar los siguientes.

En el caso de futbolistas profesionales observamos que a una corta edad y con óptimas habilidades un joven debuta como jugador profesional en el fútbol. En entrevista realizada al exjugador profesional Arturo Padilla Muñoz describe lo siguiente: “*Bueno profesional, en sí empecé a los 16 años en club Necaxa, ya obviamente con un método de trabajo con una casa club y con un estímulo, pero ya generando gastos para una institución prácticamente a los 17 años*”¹²³.

Similar respuesta fue el caso de Fernando Amador Islas, exjugador profesional de tercera división, llega a debutar en ese mismo rango de edad: “*Bueno yo como deportista profesional comencé a los 17 años debuté en tercera división*”¹²⁴.

Demostrando con ello que de acuerdo a la naturaleza de la actividad deportiva un joven menor de edad puede llegar a ser un profesional, originando la celebración de dobles o hasta triples contratos, pues de acuerdo a lo señalado por Forbes, un club de fútbol en México no bien se atreve a hablar de sus finanzas, por razones siguientes:

“Son datos confidenciales”, argumentan los directivos de los equipos. ¿Por qué? Por una cuestión de opacidad. “Hay dobles y hasta triples contratos. Uno con el jugador, otro ante la Federación y otro más para el fisco”, acusa Roa. Un ejemplo: en julio de 2010, las comisiones del Trabajo, Hacienda y Vigilancia de

pues tan sólo en la fracción VII, del artículo 5°, donde se establece la figura del deporte de rendimiento el cual señala lo siguiente: El deporte que promueve, fomenta y estimula el que todas las personas puedan mejorar su nivel de calidad deportiva de aficionados, pudiendo integrarse al deporte de alto rendimiento, o en su caso, sujetarse adecuadamente a una relación laboral por la práctica del deporte.

¹²² TRILLO García, Andrés Ramón, La Seguridad Social de los Deportistas, LEX NOVA, Pamplona, 2015, p 20.

¹²³ Arturo Padilla Muñoz, entrevista contenida en videograbación de la autora del 8 de Diciembre de 2018.

¹²⁴ Fernando Amador Islas, entrevista contenida en grabación de audio propiedad de la autora del 8 de Diciembre de 2018.

la Auditoría Superior de la Federación de la Cámara Diputados analizaron la presunta elusión y evasión fiscal en la que incurrió Cruz Azul y jugadores con la elaboración de dobles contratos. Además, en los últimos 10 años, equipos como Atlas, Puebla, Querétaro y la extinta franquicia de Indios de Ciudad Juárez han tenido problemas con Hacienda por el tema del origen, destino y evasión de impuestos. Por eso el silencio de directivos y dueños de equipos. En México, entonces, hay al menos 400 futbolistas en la Primera División y todos tienen un contrato diferente. “Cada caso es particular, las cláusulas son distintas y depende de diferentes condiciones”, advierte Mauricio García. En contraste, la MLS en Estados Unidos, la Premier League de Inglaterra, la Liga BBVA de España, la Ligue 1 en Francia, la Bundesliga de Alemania, hacen público los salarios de los jugadores, el valor de las franquicias y hasta los estados financieros de sus clubes¹²⁵.

Desde los años 90, se acostumbró a que los futbolistas tengan solo un contrato registrado ante la Federación Mexicana de Fútbol donde solo se reporta el 10% del total de sus ingresos, mientras que el resto se estipula en un segundo contrato, que a veces lo paga una empresa distinta al club. Existiendo una delgada línea entre la competencia del Derecho laboral, el Derecho Público y las reglamentaciones de carácter internacional—como es la Federación Internacional de Fútbol Asociación—por razones de derivarse contratos de naturaleza laboral, de mercadotecnia o de Derechos de imagen¹²⁶.

Esto trae como consecuencia la complejidad que se le presenta al futbolista para hacer exigibles sus derechos los laborales. Toda vez que existe la competencia de organismos registrados ante la Federación Mexicana de Fútbol Asociación¹²⁷, autoridades del orden jurisdiccional en materia del trabajo y administrativa en el ámbito del deporte nacional¹²⁸, y un Tribunal de Arbitraje Deportivo desde un ámbito internacional (TAS).

¹²⁵ El Redondo Negocio del Fútbol, Forbes, <https://www.forbes.com.mx/el-jugoso-mercado-del-futbol-mexicano/>, (fecha de Consulta 18 de Diciembre de 2018).

¹²⁶ Dobles Contratos no Representan Ilegalidad, El Economista, en: <https://www.economista.com.mx/deportes/Dobles-contratos-no-representan-ilegalidad-20180830-0108.html>, (fecha de Consulta 18 de Diciembre de 2018).

¹²⁷ La Comisión de Conciliación y Resolución de Controversias, quien tiene competencia para resolver conflictos entre futbolistas y dueños de clubs, con la representación en dicha de los dos sectores.

¹²⁸ Referente a la competencia que en materia de jurisdicción laboral detenta la Junta Local de Conciliación y Arbitraje ahora Tribunales del trabajo, y en materia de tutelar derechos como deportistas la Comisión de Apelación y Arbitraje Deportivo.

De lo hasta aquí estudiado entendemos que el futbolista profesional detenta como trabajador condiciones de carácter especial reconocidas en la Ley Federal del trabajo, sin embargo al amparo de un negocio con representativas ganancias, éstas constantemente son afectadas gracias al fenómeno del Draft: *“En el Draft están presentes los dueños de los equipos, algunos entrenadores, representantes de jugadores en busca de colocarlos en algún club e incluso futbolistas que ofrecen sus servicios al encontrarse sin equipo”*¹²⁹.

El aspecto humano en las condiciones que deja el negocio de fútbol queda en segundo término, toda vez que un jugador al ser formado o debutado en un club, se adquiere su propiedad, como parte del mercado. Sin embargo, existen casos de otros deportistas que no permanecen siempre en primera división, o viajan al extranjero a otros clubes de fútbol. Sus condiciones laborales van mermando en cuanto empiezan a descender.

Por otro lado tenemos el caso del boxeo en México; cuyo negocio es muy redituable tanto para las Federaciones de este deporte como para los mismos promotores; así mismo existen deportistas que en este deporte han sido reconocidos internacionalmente. Sin embargo, eso no ha podido reflejarse en una mejor calidad de vida; ya que es en este deporte donde se han generado en gran número de casos con mayor índice de riesgos de trabajo y por tanto la falta de seguridad social; sufriendo incapacidades y en casos más terribles han perdido la vida por falta de una atención médica adecuada, desprotegiendo a su familia.

De acuerdo con la Asociación Médica Británica, 361 boxeadores han muerto en el ring desde 1945. Desde 1985-1993, 6 de las 18 muertes ocurridas han sido boxeadores amateurs. Si reducimos el margen desde 1950-2007, el número es 339, con una media de edad de 25 años. El 64% están asociados con un nocaut y el 15% con nocaut técnico.

Un gran porcentaje de las muertes ocurre en categorías bajas de peso. La muerte se ha dado, en un 61% de las veces en el ring, en un 17% en el cuarto de reposo y en un 22% fuera del área. El descenso de rounds por combate (de 15 a 12) en 1983 se notó en la cifra mortal de los mismos, disminuyendo claramente la cifra de fallecidos. Esto puede significar que menos rounds suponen menos exposición

¹²⁹ Así funciona el Draft del Fútbol Mexicano, en: <https://www.marca.com/claro-mx/futbol/mercado-de-fichajes/2017/06/05/59341658268e3ef2728b457d.html>, (fecha de Consulta 18 de Diciembre de 2018).

a los golpes y menos traumatismos, unido además a que los luchadores ya no realizan tantos combates en su carrera, y éstas mismas duran menos años¹³⁰.

Desafortunadamente la falta de una regulación jurídica adecuada además de una estructura bien organizada desde el aspecto Federado por la existencia de múltiples Comisiones de Box y Lucha Libre, provocan que no existan los controles adecuados para que deportistas profesionales puedan gozar de una verdadera protección laboral y de seguridad social:

Hay muchos jóvenes que aspiran a ser profesionales del box o de la lucha, pero no existen los controles adecuados para otorgarles las licencias correspondientes, incluso a veces les permiten debutar en el deporte de paga sin haber cumplido los requisitos médicos, técnicos y sicométricos correspondientes, colocándose en situación de peligro... Hay entrenadores no certificados que se hacen llamar managers, maestros o entrenadores solo porque ellos mismos consideran que lo son. También se carece de supervisiones médicas constantes sobre los atletas y en ocasiones que se lesionan nadie los ayudan a solventar gastos... “En la mayoría de los gimnasios donde se entrena y practican estos deportes no existe vigilancia médica sobre los alumnos o discípulos, lo que impide detectar a tiempo lesiones o enfermedades que pueden empeorar por una falta de diagnóstico oportuno”. En tanto, las llamadas comisiones de Box y Lucha Libre no suelen funcionar adecuadamente ni cumplir con su trabajo con apego a derecho, ya sea por falta de personal, de recursos financieros o por apoyo de los Municipios. “Un problema para quienes practican estos deportes, es justamente la falta de una regulación clara, adecuada y moderna que permita evitar los problemas...garantizarles el servicio médico, especialmente por lesiones deportivas o durante el entrenamiento, en todo momento, para ellos y sus cónyuges e hijos”¹³¹.

Aunque si se advierte que el control del negocio es monopolístico, su crecimiento monetario implica un extendido abuso de la fuerza de trabajo, según Hauser, aunque la televisión aporta una cantidad enorme de ingresos, muy poco de ese

¹³⁰ La Ergonomía en el Boxeo: Riesgos, Lesiones y Prevención, en: http://kinedeportes.com.ar/publicaciones/LA_ERGONOMIA_EN_EL_BOXEO.pdf, (fecha de Consulta 18 de Diciembre de 2018).

¹³¹ Urge regular la lucha libre y el boxeo en Coahuila, en: http://www.zocalo.com.mx/new_site/articulo/urge-regular-lucha-libre-y-boxeo-en-coahuila, (fecha de Consulta 18 de Diciembre de 2018).

dinero se filtra hacia abajo; el grueso de las ganancias del boxeo "se divide entre quienes no combaten". A los boxeadores les tocan "salarios pobres, cuidado médico inadecuado y sin pensión más allá de un puñado de recuerdos cuando su carrera termina". De modo que hasta los más famosos pueden terminar en la miseria¹³².

Si bien el Deportista Profesional se enfrenta, por su propia naturaleza de la actividad que desarrolla en una serie de desventajas, toda vez que no en todos los casos se puede demostrar una subordinación de la relación de trabajo; y por tanto carecen de una protección pública de la seguridad social.

Aunado a ello también se presentan problemas de acceso al sistema de seguridad social pública, ya que para el deportista profesional no existe una regulación en las cuotas obrero- patronales como se genera para otros trabajadores; es por ello que ante las diversas condiciones vulnerables que presentan estos deportistas profesionales; se busque la alternativa de un sistema complementario de Protección de Seguridad social, como es el caso de la *mutualidad*.

Entender que nuestro país no se encuentra ajeno de dichos sistemas complementarios como es la mutualidad; pues un antecedente de la Previsión Social en México fueron las llamadas cofradías de tradición colonial, y que no fue sino hasta ante de los años cuarenta en las que todavía se regulaban por el artículo 123 constitucional este tipo de esquemas importantes de asistencia social. Además de una Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros que implementó algunos aspectos interesantes sobre la mutualidad.

IV. Conclusiones

Primera. La globalización es un proceso complejo el cual implica una diversidad de aristas; sin perder de vista que el factor económico financiero, trajo como consecuencia cambios a la política social del Estado Benefactor.

Segunda. Después del Consenso de Washington América Latina, caso concreto México, tuvo que replantear sus políticas sociales; toda vez que el Estado dejaba de ser protagonista y rector de la economía, para convertirse en solo gestor y

¹³² El boxeo como tecnología de la Masculinidad, en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362011000100007, (fecha de Consulta 18 de Diciembre de 2018).

observador de la misma dando participación y protagonismo a la iniciativa privada lo que provocó que la Protección Social tendiera a disminuir para algunos sectores de la sociedad, logrando así que la seguridad social, un importante rubro de la misma, no se cubriera para ciertos grupos vulnerables trayendo nuevas lógicas de expulsión de la misma.

Tercera. La Globalidad cuestiona principios éticos, jurídicos y políticos en torno al valor hombre o humanidad; mismo que se refleja de forma concreta, en la figura del deportista profesional, el cual por la naturaleza de su relación laboral muchas de las ocasiones carecen de seguridad social.

Cuarta. El pensar que la mutualidad, forma tradicional asistencial, sea un sistema complementario de la seguridad social viable- llevada a su aplicación en un grupo como el deportista profesional- la convierte en utopía; como expresión que da respuesta a otras realidades no dominantes en una proyección de tiempo y espacio. Por lo que los hombres deberán aprender a replantear su entorno como una criatura que necesita adaptarse continuamente a cambios de la historia.

Quinta. La importancia de un sistema complementario de Seguridad social como es la mutualidad, es una alternativa local y comunitaria que reviste de características humanas, para abatir problemas ante la falta de incapacidad del estado de otorgarla; producto de los cambios ocasionados por la globalización.

Bibliografía

ALCOBA Antonio, Enciclopedia del Deporte, Librerías Deportivas Esteban Sanz S.L, Madrid, 2011.

Así funciona el Draft del Fútbol Mexicano, en: <https://www.marca.com/claro-mx/futbol/mercado-de-fichajes/2017/06/05/59341658268e3ef2728b457d.html>.

BARAJAS Montes de Oca, Santiago, Cajas de Ahorro y Sociedades Mutualista, en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/6/dtr/dtr2.pdf>.

BLANCO Martínez, Rogelio, La ciudad Ausente, Akal Ediciones, Madrid, 1999.

BECK, Ulrich, ¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización, PAIDOS, España, 1993.

CASTEL Robert, La Metamorfosis de la Cuestión Social: Una Crónica de Asalariado, en: <https://catedracoi2.files.wordpress.com/2013/05/castel-robert-la-metamorfosis-de-la-cuestic3b3n-social.pdf>.

- CASTELLS, Manuel, Globalización, Identidad y Estado en América Latina, en: <http://desarrollohumano.cl/idh/download/Idyest.pdf>.
- CASASSAS, Jordi (coordinador), La construcción del Presente: el mundo de 1848 a nuestros días, Barcelona, Ariel, 2005.
- Diccionario Etimológico de Chile, en: <http://etimologias.dechile.net/?utopia>.
- Dobles Contratos no Representan Ilegalidad, El Economista, en: <https://www.economista.com.mx/deportes/Dobles-contratos-no-representan-ilegalidad-20180830-0108.html>.
- El boxeo como tecnología de la Masculinidad, en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362011000100007.
- FRASER, Nancy, La Justicia Social en la Era de la Política de Identidad: Redistribución, Reconocimiento y Participación, en: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/igualdad/08ago-dic_fraser.pdf.
- El Redondo Negocio del Fútbol, Forbes, <https://www.forbes.com.mx/el-jugoso-mercado-del-futbol-mexicano/>.
- GIDDENS, Anthony, Un mundo Desbocado, los Efectos de la Globalización en Nuestras Vidas, Taurus, México 2007.
- IANNI, Octavio, Teorías de la Globalización, Siglo XXI Editores, CEIICH-UNAM México, 1996.
- La Ergonomía en el Boxeo: Riesgos, Lesiones y Prevención, en: http://kinedeportes.com.ar/publicaciones/LA_ERGONOMIA_EN_EL_BOXEO.pdf.
- MANNHEIM, Karl, Ideología y Utopía, Introducción a la Sociología del Conocimiento, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.
- MANTILA Molina, Roberto, Derecho Mercantil, Porrúa, México, 2011.
- NICCHOLLS, A.J., Freedom with Responsibility, The social Market Economy in Germany 1918-1963, Oxford, New York, 1994.
- OIT, Informe Mundial 2014-2015, en: http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_245156.pdf.
- RANGEL Martínez, Rubí y Soto Reyes Garmendia, Ernesto, El Consenso de Washington: La instauración de las Políticas Neoliberales, en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n37/n37a3.pdf>.
- SASSEN, Saskia, Expulsiones: Brutalidad y Complejidad en la Economía Global, Katz Editores, Madrid, 2014.
- SCHILLER, Friedrich, Cartas Sobre la Educación Estética del Hombre, en: <https://clasesparticularesenlima.files.wordpress.com/2015/10/schiller-cartas-sobre-la-educacion3b3n-tc3a9tica-del-hombre-1795.pdf>
- SOUSA Santos, Bonaventura, Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Colección de Justicia, Bogotá, 2014.
- , Hacia Una Concepción Multicultural de los Derechos Humanos, en: <https://democraciayterritorio.wordpress.com/2008/08/09/hacia-una-concepcion-multicultural-de-los-derechos-humanos>.

- STIGLITZ, Joseph, *El malestar en la Globalización*, Punto de Lectura, España, 2007.
- TAMAMES, Ramón, *Estructura Económica Internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- TOURINE, Alain, *¿Cómo salir del Liberalismo?*, PAIDOS, México, 1999.

Segunda Parte

Derecho administrativo

Propuestas hacia la descentralización del modelo de organización y retos pendientes del procedimiento contencioso – administrativo nicaragüense

Juan Bautista Arrién Somarriba¹³³

Resumen

La Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo nicaragüense, se caracteriza por una excesiva centralización orgánica y territorial, al contarse con una única Sala de lo Contencioso – Administrativo en la Corte Suprema de Justicia, lo que podría provocar un trato desigual en el acceso a la jurisdicción, así como una posible retardación de justicia, pero sobre todo una probable transgresión al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, y al acceso a un recurso de alzada en contra de las sentencias de primera instancia ante un juzgador independiente e imparcial al que la emitió, tal y como establecen las garantías mínimas constitucionales, estipuladas en el art. 34 numeral 9 de la Constitución Política de Nicaragua y el art. 8. 2, inciso h, del Pacto de San José.

Además, su integración humana, no se rige bajo los procedimientos de la carrera judicial, sino bajo un sistema de nombramientos directos, sin criterios claros de especialización, con riesgos de politización. Por su parte, en cuanto a los principales retos del procedimiento contencioso – administrativo, sobresalen la emisión de medidas cautelares de índole positivo y la tramitación del juicio oral.

Así, a partir de la reciente reforma constitucional nicaragüense del año 2014, se aprueba la descentralización de la jurisdicción, pero sin regular su estructura, ni plantearse cambios en su organización humana, por lo que estamos, sin lugar a dudas, en el momento oportuno para incidir, al menos mediante propuestas y recomendaciones académicas al desarrollo de este medio de control de la Administración Pública nicaragüense.

¹³³ Doctor en Derecho Público, por la Universidad San Pablo - CEU, Madrid, España. Profesor titular de Derecho Administrativo. Coordinador del programa de Doctorado en Derecho y de la Maestría en Derecho de las Contrataciones, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana (UCA), Managua, Nicaragua. Correos: doctoradoenderecho@uca.edu.ni / arrienso@hotmail.com

Palabras clave: Jurisdicción Contencioso – Administrativa, descentralización de la justicia administrativa, procedimiento contencioso - administrativo, medidas cautelares, juicio oral.

Abstract

The Jurisdiction of the Contentious - Administrative Nicaraguan, is characterized by an excessive organic and territorial centralization, with a single Contentious - Administrative Room in the Supreme Court of Justice, which could lead to unequal treatment in access to jurisdiction , as well as a possible delay of justice, but above all a probable transgression of due process, effective judicial protection, and access to an appeal against the judgments of first instance before an independent and impartial judge to whom the issued, as established by the minimum constitutional guarantees stipulated in art. 34 numeral 9 of the Political Constitution of Nicaragua and art. 8. 2, subsection h, of Pact de San José.

In addition, their human integration is not governed by judicial career procedures, but under a system of direct appointments, without clear criteria of specialization, with risks of politicization. On the other hand, regarding the main challenges of the contentious - administrative procedure, the issuance of precautionary measures of a positive nature and the oral trial process stand out.

Thus, from the recent Nicaraguan constitutional reform of 2014, the decentralization of the jurisdiction was approved, but without regulating its structure, nor considering changes in its human organization, so we are, without a doubt, at the right moment to influence, at least through academic proposals and recommendations for the development of this means of control of the Nicaraguan Public Administration.

Key words: Litigation - Administrative Jurisdiction, decentralization of administrative justice, litigation - administrative procedure, precautionary measures, oral trial.

Sumario:

1. Breves aspectos introductorios, 2. Modelo de organización del contencioso – administrativo nicaragüense, 2.1. Efectos en la estructura orgánica del contencioso – administrativo, producidos por la sentencia de inconstitucionalidad no. 40, en contra de la Ley no. 350, 2.2 Propuestas en pro de la descentralización del modelo organizativo del contencioso – administrativo nicaragüense, 3. Rasgos

generales del procedimiento contencioso – administrativo nicaragüense, 3.1 Las medidas cautelares, el juicio oral y los recursos en contra de las sentencias, tres retos pendientes del procedimiento contencioso – administrativo, 4. A manera de conclusiones y aportes, Referencias bibliográficas.

1. Breves aspectos introductorios

Luciano Parejo Alfonso¹³⁴, ha sostenido que el Estado de Derecho es la cifra misma de la historia, siempre inacabada, de la reducción del ejercicio del poder al Derecho. Fácilmente se comprende, entonces la importancia, no ya solamente de controles internos, es decir dentro de la Administración Pública para controlar su actuación administrativa, como los recursos administrativos, sino también de controles externos de carácter judicial, que en un mayor grado de imparcialidad e independencia pueda someter esa actuación al principio de legalidad¹³⁵, el mantenimiento del orden público¹³⁶, la satisfacción de necesidades colectivas y la consecución del bien común.

El Derecho Administrativo nicaragüense se ha caracterizado por un lento desarrollo tanto desde el punto de vista teórico como práctico, su regulación jurídica - legislativa a lo largo de la historia del país ha tenido altos y bajos, no sólo en cantidad sino también en calidad, posiblemente debido a los graves conflictos políticos, sociales, económicos y jurídicos que ha afrontado Nicaragua.

El control de la actuación administrativa en Nicaragua ha sido tradicionalmente una tarea pendiente, que ha encontrado en el recurso de amparo un eje fundamental, pero que últimamente comienza a tener en el contencioso – administrativo un nuevo escenario digno de analizar.

En ese sistema, la sumisión de la Administración Pública a la ley y al derecho es el marco, en cuyo seno, la decisión debe precisamente producirse y es garantizada por la existencia de la justicia administrativa impartida por la Jurisdicción Contencioso – Administrativa¹³⁷. Hoy en día la justicia administrativa es mucho más que un exclusivo proceso al acto, pues se presenta como un instrumento al servicio del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos.

La actuación de los jueces es, en ese marco, de fundamental importancia en el Derecho Administrativo porque resuelve los conflictos entre los administrados y las diversas entidades que integran la Administración Pública, definiendo el equilibrio entre los derechos de los particulares y las prerrogativas de los poderes públicos.

Entre los antecedentes del contencioso – administrativo nicaragüense, he señalado en otra ocasión¹³⁸, que tenemos el art. 304 de la Constitución Política de 1974, el cual reguló la creación de un Tribunal de la materia y la aprobación de una ley que no ocurrió. Durante los años ochenta, de Gobierno Sandinista, esta temática no tuvo regulación jurídica ni constitucional ni ordinaria. Es a partir de la reforma constitucional de 1995, a la Constitución de 1987, que se aprobó la creación de la Sala de lo Contencioso – Administrativo en la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, aprobándose la ley de la materia hasta el año dos mil, nos referimos a la Ley no. 350, Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo de Nicaragua (Ley No. 350 en adelante)¹³⁹. La misma fue declarada parcialmente inconstitucional por la sentencia no. 40, del pleno de la Corte Suprema de Justicia, emitida a las nueve de la mañana del día diez de junio del año 2002. Ese Poder del Estado presentó en la Secretaría de la Asamblea Nacional una iniciativa de reforma a dicha Ley no. 350 el cuatro de febrero del año 2003, que se dictamina por la Comisión de Justicia el año 2006, pero que nunca pasó al pleno para su aprobación, dejándonos con la vigente Ley No. 350.

Así, en la realidad práctica la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua es la única instancia que conoce y resuelve los conflictos entre los diversos órganos que integran la Administración Pública nicaragüense y los ciudadanos, creándose una jurisprudencia que poco a poco va desarrollando el Derecho Administrativo nicaragüense en general y el contencioso – administrativo en particular.

La centralización orgánica y territorial de la justicia administrativa nicaragüense es evidente, lo que provoca que ciudadanos que habitan departamentos o municipios alejados de la capital, tengan que recorrer grandes distancias para acceder a la misma, mientras que los que habitamos en la capital, enfrentamos ese reto de movilización en menor medida, por lo que podríamos estar frente a un trato desigual y a una posible ruptura del principio de igualdad ante la ley (art. 27 de la Constitución Política de Nicaragua¹⁴⁰). Por otro lado, esa excesiva centralización podría llevar a estancamiento de la Corte Suprema de Justicia, porque conocen y resuelven todo tipo de materia, hasta las de más mínima importancia, lo que podría ocasionar una grave retardación de justicia administrativa.

Cabe señalar que con la reciente reforma constitucional nicaragüense del año 2014, se aprueba la descentralización de la jurisdicción contencioso - administrativa, pero

¹⁴⁰ Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 32 del 18 de febrero de 2014.

sin regular su estructura, ni plantearse cambios en su organización humana, por lo que estamos, sin lugar a dudas, en el momento oportuno para incidir, al menos mediante propuestas y recomendaciones académicas en su desarrollo.

Por otro lado, en el procedimiento contencioso – administrativo, sólo se estipulan en su tramitación la suspensión del acto administrativo, como medida cautelar negativa, pero muchas veces la administración no actúa, y lo que se pretende es que actúe, porque la ley así lo señala y sin embargo no lo hace. Pensemos en el caso de un pago por servicios profesionales y no lo hace, o de una devolución de dinero por un cobro indebido y no lo hace, o tiene que prestar un servicio al cual se tiene derecho y no lo presta. En otras palabras, en todas estas actuaciones no vale de nada suspender el acto administrativo, porque no lo hay, lo que se necesita es motivar la creación de la actuación, mientras se resuelve el conflicto, es decir un sistema de medidas cautelares de índole positivo, el cual permita la efectividad de la sentencia final, en este tipo de casos.

Así mismo, últimamente se ha originado la tendencia jurisprudencial, en la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, de no tramitarse, el juicio oral o vista general del juicio, el cual está estipulado con carácter obligatorio por la ley No. 350, lo cual podría atentar en contra del debido proceso, pero sobre todo provocar la nulidad de las sentencias en esta materia.

Finalmente, hay que señalar que la integración humana de nuestro más alto tribunal, en el cual se tramite y resuelve el contencioso - administrativo, procede de nombramientos directos hechos por los diputados de la Asamblea Nacional, inclusive el Presidente de la República, puede proponer candidatos para ocupar magistraturas en la Corte Suprema de Justicia, es decir puede proponer a sus juzgadores. Como podemos apreciar de una u otra forma los partidos políticos tienen la posibilidad constitucional y legal de incidir en estos nombramientos, todo en base al art. 138, inciso 7 de la Constitución Política.

Podríamos estar frente a una grave politización de la justicia administrativa, lo que podría causar indefensión, desigualdad, retardación de justicia y desbaratar todos los cimientos del Estado Social y Democrático de Derecho que se pretende construir en Nicaragua, inclusive se podría atentar en contra de la inversión económica extranjera y nacional, porque un inversionista quiere reglas del juego claras para invertir y por supuesto un Poder Judicial accesible, ágil, efectivo, despolitizado, en el cual pueda, apegado a la ley resolver sus conflictos con la Administración Pública.

Por lo que se pretende analizar aspectos puntuales del procedimiento contencioso – administrativo, con la finalidad de incidir en una posible reforma de los mismos, así como plantear propuestas de carácter orgánico y de integración humana, en pro de la descentralización de la justicia administrativa en Nicaragua, transitando de ideas generales a conclusiones y aportes concretos.

El estudio ha sido realizado bajo el método de análisis – síntesis a la revisión de doctrina, legislación y jurisprudencia nicaragüense y extranjera, fundamentalmente española y centroamericana, relativa al proceso contencioso – administrativo. Se trata de una investigación de tipo documental, argumentativa, que procura desentrañar si la aplicación del principio del debido proceso como garantía mínima en el control de la actuación de la Administración Pública en Nicaragua permitiría, la implementación de un sistema de doble instancia.

2. Modelo de organización del contencioso – administrativo nicaragüense

El 19 de mayo del año 2000, se aprueba¹⁴¹ la Ley no. 350, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, que en su arto. 19, aprobó la siguiente estructura orgánica: La Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Corte Suprema de Justicia y las Salas de lo Contencioso - Administrativo que se crearían en los Tribunales de Apelaciones y que estarían integradas por tres miembros propietarios y dos suplentes.

En cuanto al funcionamiento de la Jurisdicción según el arto. 49, de la Ley No. 350, sería el siguiente: El proceso se iniciaría cuando recibiese el Tribunal de Apelaciones la demanda remitida por los Juzgados de Distrito correspondientes o con la presentación de un escrito ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal de Apelaciones correspondiente, la cual conocería de las primeras actuaciones y diligencias, de la suspensión del acto, recibiría las pruebas y resolvería sobre la demanda mediante sentencia. Mientras que la Sala de la materia de la Corte, fungiría como Tribunal de Apelaciones en el proceso contencioso – administrativo.

¹⁴¹ Los principales diarios del país emitieron los siguientes jocosos titulares respecto a la aprobación de esta ley (350): “*Aprueban Ley dura solo para futuros Gobiernos*” La Prensa (www.laprensa.com.ni), escrito por: Humberto Meza, 19 de mayo del 2000, p. 1 y 8 A y “*Aprueban de mentira Ley de lo contencioso, vigencia hasta final del Gobierno, así quieren darle atole con el dedo a los organismos internacionales que han presionado su vigencia*” El Nuevo Diario, escrito por: Edgard Barberena, en la misma fecha (www.elnuevodiario.com.ni)

Como se puede apreciar, se aprobó un modelo organizativo, descentralizado, accesible al ciudadano que no habitase la capital, con una doble instancia, pero además, se reguló la integración humana y el número de los integrantes de las Salas de la materia en los Tribunales de Apelaciones, en tres Magistrados propietarios y dos suplentes, cuyo nombramiento debería realizarse según el art. 131 de la ley no. 350, en un plazo no mayor de seis meses contados a partir de la fecha de vigencia, efectuándose según el art. 132 de dicha Ley, de conformidad a los requisitos y procedimientos señalados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, para el nombramiento de los Magistrados del Tribunal de Apelaciones, es decir bajo un sistema de nombramiento directos producidos en el seno de la Corte Suprema de Justicia, lo cual nunca sucedió.

Además, la Ley No. 350, introducía varias novedades:

- La utilización de los Juzgados Locales y de Distrito del país como órganos receptores de las demandas, las cuales remitiría a las Salas de la materia de los respectivos Tribunales de Apelaciones en un plazo de 8 días desde su recepción (arto. 25 y 136), utilizándoseles como una especie de vasos comunicantes, siendo toda una innovación en pro del acercamiento de la justicia administrativa al ciudadano de a pie y sobre todo que no habitase la capital del país.
- Además, establecía la figura del juez ejecutor administrativo para las sentencias, una especie de comisario judicial¹⁴², el cual acompañado de

¹⁴² Eduardo García de Enterría había emitido ya comentarios sobre la posible ejecución de sentencias por medio de comisarios nombrados por el juez. Ver: *Hacia una nueva justicia administrativa*, (España: Editorial Civitas, 1992), 64. Por su parte, Miguel Beltrán de Felipe (en su artículo: Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso – administrativo. *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, (España: Editorial Civitas, 1991), 3105) nos dice que se trata de una técnica habitual en Italia y que se enmarca en el denominado *guidizio di ottemperanza* mediante la cual el juez para suplir la discrecionalidad técnica, nombra a un perito o comisario para que tome las decisiones pertinentes en ejecución de lo mandado. En la práctica italiana se elige en general a los comisarios de entre profesores universitarios, funcionarios (a poder ser no sometidos jerárquicamente al órgano contra el que se ha de ejecutar la sentencia) u otros expertos como puedan ser abogados e incluso fiscales. Como es lógico, se plantean problemas colaterales cuales son los de la impugnación de los actos comisariales, la responsabilidad de su actuación o la extensión de sus poderes, pero parece que la innovación ha sido bien acogida por la doctrina y la jurisprudencia italiana.

Enrique Arnaldo Alcubilla, referente a esta figura sostiene que: “Y puesto que el control de la ejecución corresponde en exclusiva al órgano judicial, éste, para la mayor eficacia de su función puede requerir la colaboración especial de cualquier persona física pública o privada, lo que se conoce como la técnica del comisario o comisionado, a través

los agentes de seguridad pública necesarios se encargaría de la ejecución de las sentencias de la materia (arto. 111)

- Regulaba una especie de consulta automática de las sentencias de primera instancia que no fueran recurridas de apelación ante la Sala de la materia de la Corte Suprema de Justicia, cuyos Magistrados en un plazo de veinte días podrían modificar, rechazar o confirmar las sentencias referidas. En caso de no emitirse resolución en el plazo indicado la sentencia adquiriría firmeza (arto. 96)
- Normaba un procedimiento disciplinario aplicable únicamente a los Magistrados de la Sala de la materia de la Corte¹⁴³ en caso de que no resolvieran en tiempo los recursos de apelación. Este procedimiento sería tramitado por la Asamblea Nacional (arto. 119)

2.1. Efectos en la estructura orgánica del contencioso – administrativo, producidos por la sentencia de inconstitucionalidad no. 40, en contra de la Ley no. 350

Y así pasó el tiempo, hasta que el 10 de junio del año 2002, la Corte plena emitió la sentencia de inconstitucionalidad no. 40, declarando parcialmente inconstitucional la estructura orgánica aprobada por la ley no. 350, su funcionamiento y todas las novedades de la misma que hemos mencionado, porque contradecían el arto. 163 y 164, incisos 10 y 11 de la Constitución Política Nicaragüense y los artos. 35, incisos 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En fin, la sentencia estipulaba una especie de exclusividad en la materia contencioso - administrativa atribuida por dichos artículos a la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, siendo esta el

de quien se llevará a buen término dicha ejecución (la técnica del envío de comisarios podría configurarse como un plus o algo ligeramente distinto, respecto del deber de colaboración de los artos. 118 de la Constitución Española y 17. 1 Ley Orgánica del Poder Judicial Español, porque el órgano judicial podría escoger el comisario de manera absolutamente independiente del sistema competencial y porque tendrá más intensidad. El comisario o mandatario habla y actúa en nombre del juez (por lo que sus actos serán jurisdiccionales y no administrativos) o mandante y por tanto tendrá acceso a las dependencias administrativas incluso valiéndose de la policía judicial. Ver: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*, (España: La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos. 2007), 395 – 396.¹⁴²

¹⁴³ Al parecer este era uno de los pocos preceptos de la ley 350 inconstitucionales por transgredir el principio de igualdad ante la ley (arto. 27 CN) al establecer un procedimiento sancionador sólo para determinados Magistrados.

único órgano competente para resolver los conflictos administrativos, entre los administrados y la Administración Pública y los que se pudieran producir entre los diversos órganos de esta. Por lo tanto, las Salas de la materia que se pretendían constituir en los diferentes Tribunales de Apelaciones eran inconstitucionales. Además, se afirmó en dicha sentencia, que la nueva función de los Juzgados de Distrito y Locales que les atribuía la Ley no. 350 (arto 25) no era propia de ellos, ni estaba regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua.

Finalmente, dicha sentencia afirmó que la Sala de la materia de la Corte, no podía ser un Tribunal de Apelaciones de ninguna materia, que esa nueva competencia era ajena a su naturaleza de órgano supremo del Poder Judicial Nicaragüense, establecida en el art. 159 de la Constitución Política.

Así, todos los artículos que estipulaban la doble instancia en el procedimiento contencioso – administrativo resultaban inconstitucionales, al igual que todo artículo que se refiriera o mencionara la posibilidad de recurrir por medio del recurso de apelación (también declarado inconstitucional) a la Sala de la materia de la Corte Suprema de Justicia y todo el que se refiriese a las Salas contencioso - administrativas de los Tribunales de Apelaciones.

Lógicamente, también, se declararon inconstitucionales el arto. 96 (consulta automática) y el arto. 119, el cual regulaba el procedimiento disciplinario aplicable a los Magistrados de la Sala de la materia de la Corte, este último debido a que la Corte plena, interpretó que la Asamblea Nacional, al conocer dicho procedimiento se convertiría en un Tribunal, al ejercer la función constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado propia de la Corte Suprema de Justicia en base al art. 163 de la misma Constitución Política.

En mi opinión, la ley no. 350, es una ley ordinaria, la cual estableció una estructura que en ningún momento le quitaba o restaba competencias a la Sala de la materia de la Corte Suprema de Justicia, debido a que la misma siempre tendría la atribución, la función, la competencia de resolver el fondo del asunto en el recurso de apelación, tanto en el recurso directo (a través de los alegatos del apelante) como en el, por llamarlo de alguna forma, indirecto que era la consulta o apelación automática que establecía el arto. 96 de la ley no. 350. En otras palabras, siempre la Sala de la Corte sería la encargada de resolver el fondo, siempre sería la que tendría la última palabra, la que decidiría todo, manteniendo intactas sus funciones constitucionales otorgadas por los incisos 10 y 11 del arto. 164 constitucional.

Evidentemente, el modelo organizativo del contencioso – administrativo nicaragüense, con los efectos de esta sentencia, quedaba totalmente centralizado, en la Sala de la materia de la Corte Suprema de Justicia, pero además, con claros problemas de acceso para los habitantes que habitan fuera de la capital (Managua). Se constituyó así, en un sistema de única instancia, con la posibilidad de utilizar, únicamente recursos horizontales en contra de sus sentencias, lo cual podría transgredir en el primer caso el principio de igualdad y en el segundo las garantías constitucionales del debido proceso, al no tener la posibilidad de recurrir ante una instancia superior, independiente e imparcial a la que emitió la sentencia, lo cual podría atentar en contra de los artículos 27 y 34 (numeral 9)¹⁴⁴ de la misma carta fundamental e inclusive lo estipulado, al respecto, en el art. 8 .2, inciso h, del Pacto de San José¹⁴⁵.

2.2 Propuestas en pro de la descentralización del modelo organizativo del contencioso – administrativo nicaragüense

La reforma constitucional nicaragüense del año 2014, en su art. 131 ha sostenido que la legalidad de la actuación de la Administración Pública se regirá por los procedimientos administrativos establecidos por ley y la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo.

Además, en su art. 160 estipula la creación de la Jurisdicción de lo Contencioso – administrativo para examinar la legalidad ordinaria¹⁴⁶ en las demandas de tipo

¹⁴⁴ El cual señala que: Toda persona en un proceso tiene derecho, en igualdad de condiciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, como parte de ellas, a las siguientes garantías mínimas: 9) A recurrir ante un tribunal superior, a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito o falta. Las garantías mínimas establecidas en el debido proceso y en la tutela judicial efectiva en este artículo son aplicables a los procesos administrativos y judiciales

¹⁴⁵ Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Conviene recordar que el precepto citado no sólo es aplicable a la materia penal, sino que rige todo procedimiento jurisdiccional, conforme a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto se puede consultar: Opinión Consultiva OC - 11/ 90, Opinión Consultiva OC - 18/ 03, Caso Mohamed vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie C, No. 255, puntos 99 y 100. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107, numerales 158, 161, 164 y 165. (<http://gonzalezcancino.com/7-recursos/recurso-del-art-8-inciso-h-del-pacto-de-san-jose/>)

¹⁴⁶ Amplía jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia avala y refuerza esta disposición constitucional, así por ejemplo: Sentencias: No. 1 de las 10:00 a.m. del 28 de agosto del 2009, No. 3 de las 8:30 a.m. del 03 de diciembre del año 2009, No. 04 de las 8:30 a.m. del 17 de diciembre del año 2009; No. 1 de las 8:30 a.m. del 18 de febrero del 2010; Sentencia No. 2 de las 10:00 a.m. del 22 de febrero del 2010, No. 3 de las 8:30 a.m. del 04 de marzo del 2010; y Sentencia No. 4 de las 10:30 a.m. del 18

general o de tipo particular que presenten los administrados en contra de todos los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones o simples vías de hecho de la Administración Pública. La Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativa corresponde a las instancias judiciales que determine la ley y en última instancia a la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Esta última parte, se repite, en el art. 164, incisos 9 y 10 de la misma norma fundamental, al regularse las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia.

Como se puede apreciar, la misma Constitución Política crea la Jurisdicción, aunque ya la misma había sido creada con la Ley de No. 350, y se instaura bajo una noción descentralizada, en base a las instancias que determine la ley, suponemos que con una posible reforma a la ley No. 350, dejando a la Sala de la materia de la Corte, como última instancia.

Estaríamos frente a la posibilidad de la instauración de una posible doble instancia¹⁴⁷ jurisdiccional, en respeto a las garantías constitucionales del art. 34 (9), art. 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua y lo estipulado en el Pacto de San José en su art. 8.2 (h), ya señalado, pero sobre todo con la oportunidad de realizar aportes, propuestas de organización con esta visión descentralizadora.

Así, la primera propuesta consiste en plantear dos tipos de órganos judiciales para integrar la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo nicaragüense, *Juzgados y Tribunales*, para conformar una estructura orgánica, de doble instancia,

de marzo de 2010, No. 4 del cinco de febrero del año dos mil quince, entre muchísimas más.

¹⁴⁷ Sobre la doble instancia la jurisprudencia española ha dicho en las STC 42 / 1982 de 5 de julio, la 76 / 1982, de 14 de diciembre y la 6 / 1983, de 11 de julio que: “la existencia o inexistencia de doble instancia queda, con carácter general, confiada al legislador sin que afecte al derecho fundamental del art. 24 de la Constitución española”. Ruiz Risueño, Francisco, *El Proceso Contencioso – Administrativo*, (España: Editorial Aranzadi. 2016), 154. Este autor sostiene que la ausencia de la doble instancia judicial en el proceso contencioso – administrativo, limita a las partes contendientes las posibilidades de defensa reconocidas en otros órdenes jurisdiccionales. Ello justifica la conveniencia de su instauración. Por su parte, la STC 322 / 1993 establece que “el derecho a los recursos es de configuración legal de forma que la Constitución no garantiza una doble instancia, salvo en el orden jurisdiccional penal por lo que no se viola la Constitución cuando no hay previsto otro recurso”. La STC 37 / 1995 de 7 de febrero FJ 5, señala que: El derecho a poder dirigirse a un juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia ley suprema. En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí mismo, es un derecho cuya configuración se defiere a las leyes. Son por tanto cualitativa y cuantitativamente distintos” (En el mismo sentido, STC 55 / 1995, de 6 de marzo, FJ 2 y 172 / 1995, de 21 de noviembre FJ 2) Ver: Juan Ramón Fernández, *Jurisdicción Administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, (España: Monografías Civitas, Editorial Civitas, primera edición), 255.

Por su parte, en Nicaragua, desde mi punto de vista, el art. 34 de la Constitución establece el principio del debido proceso y con él, la doble instancia (la utilización de recursos) con carácter constitucional, es decir

partiendo lógicamente por visualizar al contencioso - administrativo no sólo como un recurso que no agota instancias y que es un acto impugnador o revisor de un acto administrativo, sino como todo un juicio o proceso con dos instancias procesales, permitiéndole la oportunidad al administrado de recurrir en contra de las sentencias emitidas en primera instancia, ante una entidad judicial de carácter superior y sobre todo imparcial e independiente de la que la emitió.

Así el procedimiento contencioso - administrativo podría iniciar con la presentación de una demanda en un Juzgado que resolviese el fondo de la misma, mediante juicio oral, cuya sentencia se elevaría en apelación hacia un órgano colegiado, es decir una Sala de un Tribunal Contencioso - Administrativo, independiente de los actuales Tribunales de Apelaciones que existen en el país, cuya sentencia sería revisada en casación ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Es una propuesta de estructuración orgánica completa, con dos instancias, un recurso de alzada, y lógicamente tres órganos judiciales.

Su principal inconveniente, sería el de carácter presupuestario, porque se trata de crear una nueva infraestructura¹⁴⁸, pero sobre nombrar y mantener a una serie de funcionarios judiciales, lo cual le daría más bien una visión de futuro, que permitiría continuar analizando su posible organización.

La segunda propuesta, consistiría sólo en la opción de crear los *Tribunales Contencioso - Administrativos*, mediante dos alternativas, la primera utilizando los complejos judiciales de los diferentes Tribunales de Apelaciones del país, la segunda es crear sus propios complejos judiciales, constituidos por una o dos Salas dependiendo de la Circunscripción judicial que se trae, con al menos tres Magistrados por Sala y sus respectivos suplentes.

el acceso a un juez superior, imparcial e independiente para la revisión de la sentencia emitida en primera instancia, incluso para el ámbito administrativo y no sólo el penal, pero, además, la misma noción se establece en el art. 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua (Doble instancia: Todas las sentencias de primer grado, dictadas por los jueces, podrán ser impugnadas por las partes mediante el recurso de apelación, sin perjuicio de los demás recursos establecidos por la ley) y finalmente, en el art. 8.2 inciso h, del Pacto de San José, este último con reconocimiento constitucional en el art. 46 de nuestra norma fundamental.

¹⁴⁸ Lo ideal sería que hubiese un Juzgado de Distrito de lo Contencioso - Administrativo en cada Departamento o Región Autónoma del país, con sede en cada cabecera departamental, en cumplimiento del arto. 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua. Estaríamos hablando de al menos 24 Juzgados, un gran número de órganos que implicarían, además: 24 nuevos jueces, 24 nuevos complejos judiciales (me refiero lógicamente al Despacho u oficina judicial), a menos que pudiesen ser abiertos dentro de los complejos judiciales ya existentes lo que significaría un ahorro presupuestario, aunque soy consciente que en la actualidad es presupuestariamente inaguantable para un país como Nicaragua.

Respecto, al Tribunal Contencioso - Administrativo, estaríamos hablando de crear uno por circunscripción

Si se toma en cuenta la primera alternativa, implicaría lisa y llanamente constituir las Salas de lo Contencioso – Administrativo en los Tribunales de Apelaciones tal y como lo disponía el arto. 19 de la Ley No. 350. Por su parte, la segunda opción causaría una grave sobrecarga presupuestaria, que podría atentar en contra de su viabilidad.

Como superiores jerárquicos de esos Tribunales de lo Contencioso – Administrativo siempre estaría la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, mediante un recurso de apelación, respetándose su carácter constitucional de última instancia, ya señalado.

Una tercera y última propuesta consistiría en dejar de lado totalmente, la opción de crear Juzgados o tribunales Contencioso – Administrativos, regresando al modelo de organización estructural aprobado por la Ley No. 350, *con Salas de la materia en los Tribunales de Apelaciones*, ya existentes, funcionando como una primera instancia, emitiendo medidas cautelares, tramitando el juicio oral y emitiendo sentencias, las cuales podrían ser recurridas, a través de un recurso de apelación, ante la Sala de la materia de la Corte Suprema de Justicia.

Estas propuestas tendrían que estar acompañadas por un sistema de distribución de competencias, por ejemplo de índole material u orgánica, o de cuantías, que dejo pendiente para otra ocasión.

Estas propuestas de descentralización, se están convirtiendo en una tendencia seguida en sistemas, tan cercanos a nosotros, como el Costarricense, así Ernesto Jinesta Lobo¹⁴⁹, nos señala que el art. 6 del Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley N° 8508 de 28 de abril de 2006), estipula la organización y funcionamiento de Juzgados, Tribunales, Tribunal de Casación, de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, la legislación hondureña¹⁵⁰, cuya realidad económica, política, social y jurídica no dista mucho de la realidad nicaragüense, contiene en su Ley de la

judicial que según el arto. 33 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua, serían nueve Tribunales, en los cuales se tendría que constituir una Sala, con al menos tres Magistrados propietarios, para un total de veintisiete Magistrados para todo el país, lo cual sería una carga presupuestaria muy pesada, en la actualidad.

¹⁴⁹ Ernesto Jinesta Lobo, “La nueva justicia administrativa en Costa Rica”. *Revista de Administración Pública (RAP)*, mayo-agosto, 2009.

¹⁵⁰ Respecto al desarrollo del contencioso – administrativo en los países centroamericanos recomiendo la lectura del artículo: *Análisis comparativo de lo contencioso – administrativo en Centroamérica*, escrito por el Dr. Cairo Manuel López en el Libro Blanco sobre la Justicia en Centroamérica, (España: Associació catalana de Professionals per la Cooperació, Jueces para la Democracia. 2000), 365 – 388.

Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo¹⁵¹, específicamente en su capítulo II, art. 7, los Juzgados de Letras de lo Contencioso- Administrativo, los cuales actúan como toda una primera o única instancia dentro de su jurisdicción, siendo complementada por las Cortes de Apelaciones de lo Contencioso- Administrativo que actúan como un Tribunal de segunda instancia y la Corte Suprema de Justicia como un Tribunal de casación.

Por su parte, Guatemala, posee según el arto. 221 de su Constitución de 1983 con sus reformas de 1993, un Tribunal Contencioso- Administrativo¹⁵² integrado por tres Magistrados propietarios y tres suplentes, como primera instancia, teniendo a la Corte Suprema de Justicia de dicho país como segunda instancia.

También, se desarrolla, en países más lejanos como España, cuya descentralización de la Jurisdicción, ha sido exhaustivamente estudiada por diversos autores, como Jesús González Pérez¹⁵³, está sirviendo de modelo a seguir, desde que su Ley 29 / 1998, de 13 de julio, regulará en su artículo 6, a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, Juzgados Centrales, Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Sin olvidar, que también existe otra tendencia, más centralizadora, como por ejemplo, la del sistema salvadoreño, entre nosotros, que ha confiado la Jurisdicción desde su Decreto No. 81, Ley de la materia de 1978, a la Sala de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Aunque se menciona¹⁵⁴ la existencia de un proyecto

¹⁵¹ Dicha Ley se aprobó el 20 de noviembre de 1987, entró en vigencia el 1 de Julio de 1988. Decreto número 189-87 (emitido el 20/11/1987) Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (Gaceta no. 25416 del 31/12/1987, http://www.sic.gob.hn/transparencia/documentos/Leyes/Ley_de_Jurisdiccion_Contencioso_Administrativo.pdf)

¹⁵² La Ley de lo Contencioso – Administrativo de Guatemala está en el Decreto 119 – 1996, del 20 de diciembre del 1996, publicado en la Gaceta no. 50 (<http://www.congreso.gob.gt/archivos/decretos/1996/gtdcx119-1996.pdf>).

¹⁵³ Ver por todos, a Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativa*, (España: Editorial Aranzadi, 2016), 650.

¹⁵⁴ Ver: Urge aprobar nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Ver: La Prensa Gráfica, del 3 de abril del 2017, en <https://www.laprensagrafica.com/opinion/Urge-aprobar-nueva-Ley-de-la-Jurisdiccion-Contencioso-Administrativo-20170403-0106.html>. Recomiendo la lectura de las Líneas y criterios jurisprudenciales de la Sala de lo contencioso administrativo de El Salvador (2016) <http://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/webj/CContencioso/Contencioso2013.pdf>, También, se puede consultar a Ventura, Sara Elizabeth “Breve aproximación a la jurisdicción contencioso-administrativa en El Salvador: aspectos esenciales y elementos contrastantes con el modelo español” en Revista Aragonesa de Administración Pública no. 32, 2008.

de ley de reforma, el cual propone crear cuatro juzgados, y una Cámara de lo Contencioso Administrativo. Estos, junto con la actual Sala, conformarían el cuerpo judicial que revisaría la legalidad de los actos administrativos. Con ello se pretende desconcentrar el control judicial, y facilitar el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa.

Por otro lado, tan importante, como las propuestas estructurales y de distribución de competencias, está la visión de una transformación profunda del sistema de integración humana, no sólo de esta Jurisdicción, sino de todo el Poder Judicial nicaragüense, en base a un sistema de concursos u oposiciones, propio de la Ley de Carrera Judicial¹⁵⁵, que permitiese seleccionar a los funcionarios judiciales en base a sus méritos tanto académicos, como profesionales, y no en base a nombramientos directos, provenientes de los mismos Magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia, o de la Asamblea Nacional, en el caso de estos últimos, a propuesta de los Diputados y / o del propio Presidente de la República, conformador de una especie de cadena de nombramientos, la cual podría contaminarse por efectos políticos o incluso por amiguismos u otros factores, que podrían atentar en contra de la especialización, imparcialidad, independencia¹⁵⁶ y descentralización de la justicia administrativa nicaragüense.

¹⁵⁵ La Ley de Carrera Judicial, Ley no. 501, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de Nicaragua No. 9, 10 y 11 del 13, 14 y 17 de enero de 2005. (www.asamblea.gob.ni), estipula que el primer paso del procedimiento de nombramiento como funcionario judicial, es la convocatoria pública que hace el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial (integrado por Magistrados de la Corte Suprema de Justicia) Los aspirantes llenaran sus solicitudes de ingreso, y adjuntarán la documentación que acredita sus méritos. El *segundo paso* es la aprobación por el Consejo de las bases del concurso para designar a los aspirantes a las plazas, sobre la base de una puntuación del 40% de valoración de los méritos y 60% de los exámenes correspondientes. El tribunal examinador evaluará los resultados de los exámenes que se realizarán en un curso teórico – práctico que los aspirantes deben completar. Los aspirantes con los mejores resultados serán puestos en una lista con el correspondiente orden, la cual será remitida al Consejo para que este los clasifique según su categoría (dentro del escalafón, previamente determinado) y luego las remita a la Corte Suprema de Justicia para que la misma proceda a realizar los *nombramientos* según los puestos vacantes que estipula el escalafón de la carrera judicial. Como se puede apreciar, el procedimiento, es bastante sencillo, pero está muy centralizado, tanto en su tramitación, como en la emisión de los nombramientos, en la Corte Suprema de Justicia, lo cual hace que la cadena o eslabones de posible politización, que origina los nombramientos de los Magistrados que la integran, se pudiese esparcir, al resto de órganos judiciales, siendo lo adecuado constituir tribunales examinadores ad – hoc, integrados por profesores universitarios connotados, Decanos de Facultades de Derecho, de las Universidades, integrantes de las Asociaciones de Abogados del país, entre otros, los cuales pudiesen garantizar independencia e imparcialidad tanto en la elección como en los nombramientos u otras alternativas. Sin lugar a dudas, esta es una temática, propia de todo un artículo de investigación.

¹⁵⁶ Jesús González Pérez nos recuerda las palabras de Jorge R. Vanossi: “*Dime que jueces tienes y te diré que Estado de Derecho hay*” en Estudio preliminar a su obra: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso - Administrativa*, (España: Editorial Aranzadi, 2016), 33. Al respecto, Don Jerónimo Arozamena Sierra citando a Loewenstein (Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, p. 294) dice: “La

También, habría que proponer que por medio de una reforma constitucional, al art. 138 incisos 7 y 11, de la Constitución Política de Nicaragua, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que lógicamente son integrantes de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la misma, tengan que pasar por el mismo procedimiento de selección que todo funcionario judicial debería cumplir (un juez o un Magistrado de Apelaciones) en cumplimiento del principio de igualdad ante la ley del art. 27 de la Constitución Política de Nicaragua, lo contrario, es decir que unos funcionarios si deban cumplir ese procedimiento mientras los Magistrados de la Suprema no, podría ser discriminatorio, pero además, podría atender en contra de la especialización de la Jurisdicción.

3. Rasgos generales del procedimiento contencioso – administrativo nicaragüense

El contencioso – administrativo ha sido definido por la doctrina nicaragüense, y también desde el punto de vista jurisprudencial¹⁵⁷, como un proceso o etapas procesales que empiezan con una demanda (o recurso¹⁵⁸) y concluyen con una sentencia, su posterior ejecución y hasta su revisión a través de algunos recursos de carácter judicial (aclaración, reforma, reposición) con el fin primordial de

independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentados del poder constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de Derecho” y es aún más firme al afirmar que: “Los sistemas que no aseguran la independencia de los jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, no responderán a las exigencias del Estado de Derecho, pero garantizada la independencia, son legítimos modelos jurisdiccionales y organizativos propios, según el régimen de cada país, sin quebranto para el Estado de Derecho”. Ver: El artículo: El principio de unidad jurisdiccional, en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo IV, (España: Editorial Civitas, Madrid, España 1991), 3023 – 3024.

¹⁵⁷ En la sentencia no. 1 de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, de las ocho y treinta minutos de la mañana, del dieciocho de febrero de dos mil diez se señala que: “*El litigio contencioso-administrativo es la petición que dirige un sujeto de derecho, privado o público, a un órgano jurisdiccional, con el objeto de anular un acto o disposición administrativa, y si fuere del acto, también obtener reparación de un daño (moral o físico), o que se restablezca una situación jurídica subjetiva, originada en un acción administrativa ilegítima o legítima. Debe sobreentenderse que el petente obtendrá un acto jurisdiccional positivo o negativo, rápido, sin denegación de justicia y en estricta conformidad con el ordenamiento jurídico... El Contencioso Administrativo llena pues una función de protección de los administrados contra la Administración*” (José Enrique Rojas Franco, La Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica, Tomo I, 1995, 75 y 77). Según Eduardo García de Enterría “*Este régimen de lo contencioso – administrativo comienza originándose como un control interno de la Administración sobre su propio aparato. No ya los Tribunales, sino la propia administración, mediante órganos especiales, será quien enjuicie el comportamiento de los administradores. Tiene para ello la Administración un interés directo: la reducción a la legalidad formal de todo el actuar del magno aparato de la Administración, una experiencia inédita en la historia política del hombre, fue posible porque la Ley es de suyo una técnica de racionalizar una organización colectiva...*”.

¹⁵⁸ La STC español 14 / 1997, de 28 de enero establece que: “La Jurisdicción Contenciosa – Administrativa no es una segunda instancia, sino, que por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes (STC

resolver un conflicto jurídico administrativo. No se trata de un simple recurso de impugnación de lo acontecido en la vía administrativa sino de todo un proceso que contiene un procedimiento jurisdiccional con el fin de resolver las pretensiones de las partes.

El procedimiento contencioso administrativo comienza con la interposición de una demanda, la cual debe de cumplir con los requisitos del art. 50 de la ley 350 adjuntándose la documentación que taxativamente pide el art. 51 de la misma norma. Posteriormente, hay un trámite de subsanación de posibles errores o vacíos de la demanda. Antes de continuar el procedimiento, se abre un trámite de mediación, que no es obligatorio para las partes.

Finalizado el término de mediación sin llegar a acuerdo, se procede a la emisión de la medida cautelar solicitada en la demanda, que en realidad consiste únicamente en la suspensión del acto administrativo recurrido, así mismo se emplaza¹⁵⁹ a la Administración Pública (funcionario (s) recurrido (s) y / o Procuraduría General de la República), para que remita el expediente

138 / 1990) Por su parte, la STC 76 / 1996 de 30 de abril, sostiene que: “No debe incurrirse en error sobre la naturaleza jurídica: El denominado recurso contencioso – administrativo no es propiamente un recurso, no genera una segunda instancia o una casación, pues viene a dar vida a un proceso en primera o única instancia, de suerte que no se instala en el terreno del acceso a los recursos sino en el del acceso a la jurisdicción (SSTC 3 / 1983, 37 / 1995 y 55 / 1995)” Ver: Garrido Falla: *Tratado de Derecho Administrativo III*, (Madrid, España: Editorial Tecnos, 2006), 172, Parejo Alfonso, *Manual de Derecho Administrativo*, (España: Editorial Ariel, 1998), 839 y a Manuel Ortells Ramos: *El Proceso Contencioso – Administrativo*, (España: Editorial Comares, 1998), 9.

¹⁵⁹ Recordemos que el emplazamiento es considerado por la doctrina procesalista como un acto de comunicación que tiene como finalidad fijar al destinatario un plazo para realizar una actuación procesal. Pero, más específicamente es la convocatoria para comparecer en el proceso dentro de un plazo. Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Administrativo*, (Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch), 78 - 80. En Nicaragua, el emplazamiento también puede ocurrir, en base al art. 58 de la ley 350, mediante la publicación en extracto de la demanda contencioso – administrativa mediante edictos en la tabla de avisos del Tribunal, o mediante la publicación de los mismos en los medios de comunicación social a costa de recurrente.

¹⁶⁰ En este punto el gran problema práctico en Nicaragua ha sido la remisión del expediente administrativo completo, lo que Garrido Falla (*Tratado de Derecho Administrativo III. Justicia administrativa*, (Madrid, España: Editorial Tecnos, 2006), 198) denomino el mundo indeterminado de conocer cuando el expediente está completo o no. Y es que la idoneidad del expediente administrativo, es decir que este completo, ordenado, foliado y que pueda ser visto por el demandante, es uno de los puntos más importantes del proceso contencioso – administrativo. De su vista depende la perfección e incluso ampliación de las pretensiones del demandante y con esto el respeto al principio de defensa del administrado. La ley no. 350, trata de solventar esta situación en sus art. 61 al señalar que, recibido el expediente administrativo, el Tribunal dará un plazo de diez días al demandante *para que lo examine y pueda pedir que se complete con los informes y documentos que la Administración no hubiere incluido o enviado, según sea el caso*. De este derecho podrá hacerse uso en cualquier momento del proceso mientras no haya concluido el período probatorio. Por otra parte, otro gran problema práctico ha sido la falta de remisión del expediente por parte de la Administración Pública, lo que según el art. 60 de la ley 350, no paralizará el proceso y constituirá presunción de ser ciertos los hechos en que se funda la demanda. Sobre

administrativo¹⁶⁰ a la Sala y para que conteste la demanda, alegando incluso las excepciones¹⁶¹ de previo y especial pronunciamiento regulados en el art. 71 y 72 de la ley 350, que se resuelven en un procedimiento sumario.

Posteriormente, se abre la vista general del juicio, que tiene un carácter público, de inmediación, concentración y sobre todo de oralidad, lo que ha significado toda una innovación, paralela e incluso anterior a la instauración del juicio oral en materia penal en Nicaragua. Una vez concluido el juicio oral, en el que se presentan los alegatos de las partes y las pruebas, se emite la sentencia y se procede a su ejecución.

3.1 Las medidas cautelares, el juicio oral y los recursos en contra de las sentencias, tres retos pendientes del procedimiento contencioso-administrativo

Como se ha podido apreciar con el escrito de demanda se solicita la suspensión del acto, lo que constituye una cláusula cerrada de medidas cautelares, que caracteriza al contencioso – administrativo nicaragüense, medidas que no caben contra la omisión o inactividad administrativa, donde no habría nada que suspender, sino más bien una actuación administrativa que promover, originándose una posible inseguridad jurídica para el administrado que también podría atentar contra la eficiencia de la Administración Pública.

Esta pobre realidad cautelar nos deja muy lejos de los adelantos jurídicos que esta materia ha tenido por ejemplo en España, gracias a la labor científica del maestro Eduardo García de Enterría, de Carmen Chinchilla¹⁶², entre otros, así como de la realidad legislativa española en la que según el art. 129 de la Ley 29 / 1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa española “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

Al respecto, Ezequiel Osorio Acosta¹⁶³ señalaba que el Derecho español, ha fijado un sistema cautelar abierto, al no limitar o tasar las posibles

estos puntos la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua se ha pronunciado por medio de la sentencia no. 2 del año 2010.

¹⁶¹ Las sentencias no. 1 y 4 de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua del año 2010, establecen claramente los momentos en los que caben estas excepciones, así como el tratamiento jurídico para su resolución.

¹⁶² Ver del primer autor, *La batalla por las medidas cautelares*, 1992, y de la segunda, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, 1991.

¹⁶³ Garberi Llobregat, *La Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, Estudio y Aplicación Práctica*, (Editorial Colex, Madrid, España, 1999), 367 – 379.

medidas que se pueden utilizar, permitiendo que el órgano judicial emita medidas positivas.

Nos continúa diciendo el mismo autor, que el sistema español, establece desde el punto de vista doctrinario dos modalidades de medidas cautelares, las ordinarias y las especiales, las primeras permiten la posibilidad de asegurar la sentencia sea cual fuera el objeto procesal utilizando cualquier medida, por lo que están dirigidas a la suspensión del acto administrativo, aunque también caben el embargo preventivo de bienes no afectados al servicio público, la anotación preventiva de la demanda, la intervención judicial, entre otras, mientras que las segundas, sólo se aplican en situaciones de vías de hecho e inactividad administrativa y son motivadas por la urgencia de su adopción. Así en el supuesto de vías de hecho la medida cautelar apropiada será la suspensión de esta actividad, y en el caso de la inactividad de la Administración se podría acudir a la ejecución subsidiaria y anticipada del objeto del recurso.

Como hemos señalado la falta de desarrollo de la materia cautelar en la ley no. 350 es evidente, por lo que este sería un punto que ameritaría una reforma que nos sitúe junto al desarrollo doctrinario y práctico que la misma tiene por ejemplo en el Derecho español o aún más cerca de nosotros el Derecho administrativo costarricense¹⁶⁴,

¹⁶⁴ Ernesto Jinesta Lobo, nos dice que el Código Procesal Contencioso – Administrativo Costarricense que entro en vigencia en enero del año 2008, prevé un amplísimo espectro de medidas cautelares, ya no solo la clásica y negativa de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos sino, también, otras de carácter positivo, anticipatorio o *innovativo*. Incluso dicho Código admite la adopción de medidas cautelares antes de incoarse el proceso (*ante causam*) o durante su tramitación (*lite pendente*). Incluso durante la fase de conciliación, el juez conciliador puede adoptar las medidas que sean necesarias. Cabe destacar que este Código admite las medidas cautelares no solo durante el proceso de cognición plena, sino, también, en el proceso de ejecución. Se establecen así una serie de medidas cautelares posibles, por ejemplo:

- Conservativas (negativas) El órgano jurisdiccional podrá decretar la clásica suspensión de la ejecución cuando se trate de la impugnación de la actividad formal de la Administración Pública. La suspensión de la ejecución opera en un ámbito muy reducido o limitado como, por ejemplo, el de los actos positivos de limitación o de gravamen y ejecutables. La suspensión de la ejecución al ser una medida cautelar, conservativa, (mantiene intacto el *status quo ante*) congela o cristaliza la situación de hecho o derecho, durante el tiempo necesario para que sea dictada la sentencia.
- Anticipatorios o innovativas (positivas) Pueden clasificarse en:
 - Inhibitorias: Se traducen en órdenes de no hacer o imposición de obligaciones de abstención a la Administración Pública, tiene una finalidad de prevenir o impedir la lesión temida más que una reparadora.
 - Ordenatorias: Se concretan en ordenes de hacer algo genérico o específico impuestas a la Administración Pública (condena a pagar una suma proporcional de dinero, por responsabilidad administrativa, al estilo del *refere provision* francés, a extender una certificación cuando es debida por la ley y la dirigida a obtener la prestación positiva de un servicio público.
 - Sustitutivas: El juez sustituye a la Administración Pública al dictar una medida preventiva mientras se conoce el fondo, lógicamente, sin invadir el núcleo duro de la discrecionalidad administrativa. Ver: *Manual del*

ya no digamos francés¹⁶⁵. Es mucho más adecuado y conveniente pensar en partir de un desarrollo normativo moderno (con una cláusula general, que permita medidas cautelares positivas y hasta la emisión de obligaciones de hacer, o de pagos adelantados) que esperar a que el actuar jurisprudencial nos sitúe en ese desarrollo.

También, se ha olvidado el legislador nicaragüense del hecho de que ya puede haber una medida cautelar de suspensión emitida en vía administrativa (art. 51 de la Ley No. 290, de organización, competencias y procedimientos del Poder Ejecutivo¹⁶⁶) *Por lo que sería recomendable el mantenimiento de dicha medida desde la vía administrativa hasta el fin del proceso contencioso – administrativo*, en otras palabras, regular un mecanismo para mantener los efectos de las primeras medidas cautelares sin necesidad de que se tengan que decretar otras al inicio del proceso administrativo. Es evidente que la regulación jurídica de las medidas cautelares¹⁶⁷ de la Ley no. 350 ha quedado muy corta en cuanto a la utilización de otras medidas cautelares de carácter positivo, por lo que consideramos que *la adopción de un sistema amplio de estas medidas con la debida asignación a casos específicos es necesario en Nicaragua, lo que implica una reforma a la ley 350*.

proceso contencioso – administrativo, (Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008), 81 – 88.

¹⁶⁵ La medida cautelar en el Derecho francés de uso más frecuente es el *référé de provision* que faculta al juez para ordenar el pago de una cantidad de dinero a cuenta de una obligación no seriamente cuestionable. Por otra parte la *ordenanza sur requête* prescinde ya del contradictorio, incompatible con la necesidad de tomar medidas muy urgentes (como las que tienen lugar en caso de autorizaciones de constatación, sobre todo en caso de visitas domiciliarias y la designación de agentes judiciales para proceder a la búsqueda de documentos) y en fin *los procesos d'injonction* que son procesos simplificados que permiten obtener del juez – también inaudita parte – bien una condena al pago de una cantidad o bien la ejecución in natura de una obligación contractual. El primero permite al juez dictar un mandamiento de pago sin que su decisión tenga que ser motivada, si bien tendrá que indicar al deudor el plazo para oponerse, pues si no se opone en tiempo y forma no podrá ejercer más recursos y estará obligado a pagar por los medios coercitivos correspondientes. Finalmente, está el *surcis de l'exécution* que a diferencia del *référé* es una medida cautelar accesoria de un proceso pendiente, cuya última novedad va en la línea de la admisión de la suspensión automática en casos especiales sin necesidad de justificar el *periculum rei* (que el daño ocasionado durante el proceso contencioso – administrativo sea difícilmente reparable). Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, (Madrid, España. Ediciones académicas S.A, 2016), 723 – 724. García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, (España: Editorial Thomson – Civitas, 2015), 646 – 656.

¹⁶⁶ Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. No. 35 del 22 de febrero del 2013.

¹⁶⁷ La ampliación de los márgenes de tutela provisional en sede contencioso-administrativa es una necesidad de nuestros días –si bien no novedosa, pues está presente desde décadas anteriores–, que tiene su argumento fundamental, aunque no el único, en la tardanza de los procesos, es decir, en la dificultad de obtener un pronunciamiento que reconozca y restablezca el derecho lesionado antes de que la sentencia carezca de sentido y utilidad, porque el paso del tiempo ha revertido de forma definitiva la situación material que pensaba proteger. Existe cierto consenso doctrinal alrededor de la idea de que la justicia cautelar es el remedio idóneo para salvaguardar la eficiencia de los pronunciamientos judiciales, que es lo mismo que decir, la eficiencia y la propia razón de ser del aparato judicial. Jolene Pereira, “Una llamada de urgencia para tutela cautelar en la justicia administrativa en Cuba”. *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 14, (Universidad externado de Colombia, 2015) 131 - 132. (<http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n14.08>)

El otro punto central del proceso, es la vista general del juicio, en la cual las partes realizan unos alegatos orales¹⁶⁸, presentan, razonan y ponen en práctica las pruebas (por ejemplo las testificales), muchas de las cuales ya han podido presentarse (documentales) con la demanda e incluso ya se han podido constituir de forma previa (peritaje). En la parte final de este juicio oral, las partes rinden sus alegatos conclusivos y pueden o no firmar el acta del mismo, quedando el proceso listo para sentencia.

El problema en este punto, es que últimamente la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ha emitido sentencias, sin llevar a cabo, la vista general del juicio¹⁶⁹, tratando de emular, el sistema español, en el cual las partes pueden solicitar que no se celebre vista ni conclusiones (art. 62. 1 Ley 29 / 1998, Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo Española) o que en determinados casos, no se celebre la vista general del juicio por rolar en el expediente, los hechos y fundamentos jurídicos para emitir sentencia.

¹⁶⁸ Jesús González Pérez, define la alegación procesal como aquel acto por el cual se incorporan al proceso determinados hechos o normas como fundamento de la pretensión o de la oposición a la pretensión. El demandante o recurrente en términos de esta iniciativa podrá fundar la pretensión en cualesquiera hechos o normas jurídicas, hayan sido o no alegados en el procedimiento administrativo. En una palabra, es erróneo estimar que el principio de jurisdicción revisora exige que lo alegado como fundamento de la pretensión haya sido alegado previamente en el procedimiento administrativo. Puede exigir que la pretensión se refiera al acto administrativo. Que lo que se pretenda en el proceso haya sido pedido a la Administración Pública. Pero las alegaciones que fundamentan la pretensión pueden no haber sido formuladas ante la Administración, sin que ello constituya un obstáculo para su admisión. Ver: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (España: Editorial Civitas, 2009), 317 – 321.

¹⁶⁹ Por ejemplo, en el Considerando II de la Sentencia No. 1, del cinco de febrero del año dos mil quince de las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana, los integrantes de la Sala sostuvieron que: "... en auto de las once y treinta y cinco minutos de la mañana, del día treinta y uno de octubre del año dos mil trece, en fiel apego a los principios de economía procesal, dirección del proceso, pronta y eficiente administración de justicia, derecho al proceso y al carácter tuitivo que rigen al Proceso Contencioso Administrativo Nicaragüense, resolvió pasar a estudio y resolución el presente caso por considerar que en el Expediente 0019-0005-11CA rolan suficientes elementos de hecho y derecho, que permiten a ESTA SUPERIORIDAD emitir una Sentencia Motivada, Congruente y apegada a la realidad jurídica de las partes, resolución que para ESTA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resulta completamente acertada y atinada, por cuanto el artículo 4 de la referida Ley No. 350, faculta la dirección completa del Proceso Contencioso Administrativo a esta Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Por lo cual, los Suscritos Magistrados reafirmamos en la presente sentencia la facultad intrínseca de optar pasar a la Sala determinadas Demandas Contencioso Administrativo a estudio y resolución, sin ordenar de previo citar a Trámite de Vista General de Juicio, a aquellos casos en los que rolen en el expediente suficientes elementos de hecho y de derecho, como para que se pueda emitir el fallo correspondiente, todo esto de conformidad a los artículos 3, 11, 13, 14 y 35 numeral 1), de la Ley No. 260, Orgánica del Poder Judicial". En el mismo sentido, el visto resulta II, de la sentencia No. 21, del veintiséis de marzo del año dos mil quince, de las una y treinta y uno minutos de la tarde. La sentencia No. 30, del once de junio del año dos mil quince de las doce y treinta minutos de la tarde, la No. 34, once de junio del año dos mil quince, de las una y treinta y uno minutos de la tarde, entre muchas más.

Este actuar de la Sala, se ha repetido, siempre en pro de los principios (economía procesal, celeridad, entre otros...) que rigen el proceso contencioso – administrativo nicaragüense (artos. 3 al 13 de la Ley No. 350), con cierta interpretación extensiva, pero sobre todo en base al art. 4 de la Ley No. 350, el cual faculta al Poder Judicial, la dirección completa del proceso contencioso administrativo, pero el mismo artículo en su parte final, señala que esa dirección, se realizará según las disposiciones de la misma ley, la cual en su art. 77 estipula que: “La Salaseñalará fecha y hora para la celebración de la vista general del juicio, que deberá ser oral, pública y continua, *so pena de nulidad*”.

Como se puede apreciar, la celebración de la vista general del juicio, con carácter oral, no es de carácter dispositivo, ni existe la posibilidad, como en el derecho español, de en ciertos casos, quedar a opción de las partes o del tribunal, el pedir que no se lleve a cabo. En el sistema nicaragüense, de los términos utilizados en la misma Ley No. 350, resulta ser imperativo, so pena de nulidad, convirtiéndose en un trámite obligatorio del proceso contencioso – administrativo, lo cual haría propugnar, la corrección de este hecho, en el actuar procesal de la Sala, en respeto al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, principios regulados en nuestra Constitución Política.

Finalmente, cabría señalar que en contra de la sentencia caben ante la misma Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de reposición, reforma y aclaración¹⁷⁰ de carácter horizontal, que confirman el carácter de única instancia del proceso contencioso – administrativo nicaragüense, el cual podría traer graves consecuencias, ya que, como se ha señalado, podría atentar contra el debido proceso constitucional y las garantías constitucionales reguladas en el art. 34. 9 de la Constitución Política de Nicaragua, el cual establece la posibilidad de utilizar recursos contra las sentencias de primera instancia, ante una entidad judicial superior e imparcial, lo que también está estipulado en el art. 8. 2, inciso h, del Pacto de San José, con reconocimiento constitucional en el art. 46 de la misma Constitución Política de Nicaragua.

Las propuestas de descentralización orgánica planteadas, deben acompañarse, por la regulación de un recurso de apelación o alzada, que permitiese esta revisión de las sentencias de primera instancia, por la Sala de la Corte Suprema de Justicia

¹⁷⁰ En la sentencia no. 2 de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua del año 2010 se sostiene que mediante recurso de aclaración se puede reformar el fondo de una sentencia en esta materia sólo si en la misma hay algún error.

de la Corte Suprema de Justicia, como entidad de última instancia, tal y como lo establecen los artículos 160 y 164, incisos 9 y 10 de la misma norma fundamental, reforzándose así la hipótesis de que en Nicaragua el sistema orgánico y procesal contencioso – administrativo debe descansar en una noción constitucional de doble instancia.

4. A manera de conclusiones y aportes

- La organización del contencioso – administrativo nicaragüense se caracteriza por un control centralizado de la actuación administrativa, ya que es una única Sala de la Corte Suprema de Justicia, la que resuelve el fondo de los conflictos jurídico – administrativos, en pro del resguardo del principio de legalidad, por lo que es fácil deducir, que podría haber una posible trasgresión del principio de igualdad ante la ley, a la hora de recurrir contra la Administración Pública nicaragüense, en dependencia del lugar que se habita.

Un ciudadano de cualquier municipio del país, tendrá que trasladarse a litigar contra la Administración a la capital, generándole un posible incremento en los gastos legales, de transporte, entre otros, lo que podría ocasionar una apatía popular a la hora de recurrir. Mientras que el de Managua, sufrirá esos gastos, pero en menor medida. El sistema orgánico y de acceso a la justicia administrativa podría ser inconstitucional, al causar un factor de movilidad para ciertos ciudadanos y para otros no.

- Esa centralización orgánica podría producir, otro grave efecto, como lo sería la retardación de justicia, debido a que todos los conflictos administrativos desembocan en un sólo órgano judicial, el cual se podría ver desbordado, siendo esta una predicción con visión de futuro, sujeta a un estudio estadístico.
- Este sistema orgánico del contencioso – administrativo nicaragüense, de única instancia, con la posibilidad de utilizar, únicamente recursos horizontales en contra de sus sentencias, podría transgredir las garantías constitucionales del debido proceso, al no contarse con la posibilidad de recurrir ante una instancia superior, independiente e imparcial a la que emitió la sentencia, lo cual podría atentar en contra de los artículos 34 (numeral 9) de la misma carta fundamental, art. 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua e inclusive lo estipulado, al respecto, en el art. 8. 2, inciso h, del Pacto de San José.

- La reforma constitucional nicaragüense del año 2014, ha abierto la posibilidad de establecer una Jurisdicción contencioso – administrativa de doble instancia, dejando a la Sala de la materia de la Corte Suprema de Justicia, como última instancia, lo cual implica una oportunidad, dándole pertinencia y actualidad a la discusión doctrinaria y técnica, sobre propuestas o alternativas para constituir el modelo orgánico de justicia administrativa nicaragüense, bajo principios de descentralización, cercanía al ciudadano, pero sobre todo permitiendo el acceso a una instancia independiente e imparcial para la apelación de las sentencias, es decir de doble instancia.
- Las propuestas presentadas se basan en la posible organización de la Jurisdicción, mediante un sistema de Juzgados o tribunales de lo contencioso – administrativo, llegando a la conclusión que podrían implicar una fuerte inversión y gasto presupuestario, que posiblemente el país, en la actualidad no puede cubrir, sin olvidar la inversión en la selección, preparación y mantenimiento, no sólo de la estructura, sino también del personal judicial que implicaría.
- Hasta el momento la estructura orgánica y el funcionamiento de la misma, propuesta en la Ley No. 350, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, sigue siendo, la que posee mayor viabilidad tanto desde el punto de vista técnico, como presupuestario, ya que implica descentralizar la Jurisdicción, en entidades judiciales ya existentes, que cuentan con presupuesto propio y se encuentran distribuidas de tal forma, que facilitarían el acceso del administrado a la justicia administrativa.
- Resulta un hallazgo, encontrar que los funcionarios judiciales que integran la Sala contencioso – administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, no son seleccionados bajo los principios y mecanismos de carrera judicial, es decir, mediante concursos u oposiciones, sino que proceden de nombramientos directos hechos por los Diputados de la Asamblea Nacional, a propuesta del Presidente de la República o de ellos mismos, es decir el que dirige la entidad, cuyas actuaciones podrían ser sujetas a control, puede proponer a los funcionarios que ejercerán el mismo.
- Además la selección de los Magistrados de los Tribunales de Apelaciones y de los mismos jueces, si bien, se realiza, mediante procedimientos

regulados en la Ley de carrera judicial nicaragüense, quedan sometidos a la última voluntad de los Magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia, a través de un sistema de nombramiento, por lo que podría haber un peligro de politización tanto en los nombramientos como en el control de la actuación de los funcionarios judiciales, sin olvidar que los mismos tendrían que demostrar su especialización en la materia, lo cual hasta el momento, no se ha realizado, ni por medio de sistemas de selección.

- Al respecto, se ha propuesto reformar el artículo 138 incisos 7 y 11 de la Constitución Política de Nicaragua, con el fin de quitarle a la Asamblea Nacional la posibilidad de nombrar a Magistrados en la Corte Suprema de Justicia, así como la atribución que tiene el Presidente de la República (arto. 150 inc. 4 de la Constitución) de proponer a los mismos. Así podríamos poner en marcha un sistema de carrera judicial por medio de concursos y oposiciones que incluyan a dichos funcionarios. En otras palabras, con esta reforma constitucional, modificaríamos directamente la ley de carrera judicial, para que esos sistemas de selección, cubran a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y así garantizar su especialización como integrantes de la Jurisdicción Contencioso – Administrativo, y a partir de ahí la de todos los funcionarios judiciales.
- El modelo organizacional de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo de Nicaragua, no estaría completo sin un estudio a profundidad sobre el sistema de distribución de competencias, ya sea en base al criterio material, orgánico u de cuantía, el cual debería ser tratado a profundidad, quedando abierto a otro artículo de investigación.
- Es de vital importancia una reforma profunda en el sistema de medidas cautelares. Las que posee la Ley No. 350, en cuanto a la suspensión de actos administrativos, resulta incompleta y no son suficientes para asegurar los efectos de la sentencia en las distintas materias que implica el contencioso – administrativo, como, por ejemplo: en la inactividad administrativa. Debería de optarse por un sistema de cláusula general abierto a diversas medidas cautelares, especialmente las de carácter positivo, entre muchas otras cuyo estudio habría que profundizar aún más, en otra oportunidad.
- Se ha detectado que el juicio oral, constituye un trámite procesal más del procedimiento contencioso – administrativo, regulado con carácter obligatorio, por lo que los integrantes de la Sala de lo Contencioso –

Administrativo de la Corte Suprema de Justicia deberían cumplir con el mismo, permitiendo a las partes presentar sus alegatos y pruebas del caso, por lo que el actuar de la Sala, obviando la tramitación de la vista general del juicio, tal y como se viene practicando, podría estar transgrediendo el debido proceso y ocasionando la nulidad de las sentencias emitidas.

- Es urgente la pronta aprobación de la reforma a la ley de lo contencioso – administrativo, con el fin de contar con un medio de control judicial más amplio de la actuación e inactividad de la Administración Pública nicaragüense.

Al respecto, hay que recordar la célebre frase, de la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa Española de 1956¹⁷¹:

“Las infracciones administrativas se muestran no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como un entorpecimiento de la buena y recta administración, y la regulación que implica lo contencioso - administrativo no menoscaba el prestigio y eficacia de dicha Administración Pública, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de sus funciones al afirmar y cimentar la autoridad pública con una visión de justicia”.

Referencias bibliográficas

- Alcubilla, Enrique Arnaldo. 2007. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid: La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos.
- Arozamena Sierra Jerónimo. 1991. El principio de unidad jurisdiccional, en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo IV, España: Editorial Civitas.
- Arrién Somarriba, Juan Bautista. 2010. *Acto, procedimiento, recursos, contratos y contencioso – administrativo*. Nicaragua: Universidad Centroamericana.
- Beltrán de Felipe, Miguel. 1991. Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso – administrativo. *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, España: Editorial Civitas.
- Comadira, Julio. 2012. *Derecho Administrativo Argentino*, México: Editorial Porrúa.

¹⁷¹ Jesús González Pérez. *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa*, (España: Editorial Reus, 1958), 16.

- Constitución Política de la República de Nicaragua, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 32 del 18 de febrero de 2014.
- Chincilla Marín, Carmen. 1990. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, España: Civitas Ediciones.
- Escorcía, Jorge Flavio. 2010. *Derecho Administrativo*, Nicaragua: Editorial Jurídica.
- Fernández Torres, Juan Ramón. 1998. *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, España: Monografías Civitas, Editorial Civitas, primera edición.
- Garberi Llobregat, J. 1999. *La Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, Estudio y Aplicación Práctica*, España: Editorial Colex.
- García de Enterría, Eduardo. 2015. *Curso de Derecho Administrativo*. 14va edición, Tomo 2. Madrid, España: Editorial Thomson – Civitas.
- García de Enterría, Eduardo. 1992. *Hacia una nueva justicia administrativa*, España: Monografías Civitas, segunda edición ampliada.
- García de Enterría, Eduardo. 1992. *La batalla por las medidas cautelares, derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, España: Editorial Civitas.
- Garrido Falla, Fernando. 2006. *Tratado de Derecho Administrativo III*, España: Editorial Tecnos, 2da edición.
- González Pérez, Jesús. 1958. *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, España: Editorial Reus.
- González Pérez, Jesús. 2009. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. España: Editorial Civitas.
- González Pérez, Jesús. 2016. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativa*, Madrid, España: Editorial Aranzadi.
- González - Varas Ibáñez, Santiago. 2008. *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, España: Editorial Civitas.
- Jinesta Lobo, Ernesto. 2009. *Manual del Proceso Contencioso – Administrativo*, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Jinesta Lobo, Ernesto. 2009. La nueva justicia administrativa en Costa Rica. *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, No. 179, mayo-agosto.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 137 del 23 julio 1998.
- Ley No. 501, Ley de Carrera Judicial, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de Nicaragua No. 9, 10 y 11 del 13, 14 y 17 de enero de 2005.
- Ley No. 350, Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo de Nicaragua, publicada en Las Gacetas, Diario Oficial, No. 140 y 141 del 25 y 26 de julio del año 2000.
- Ley No. 290, de organización, competencias y procedimientos del Poder Ejecutivo de la República de Nicaragua. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. No. 35 del 22 de febrero del 2013.

- López, Cairo Manuel. 2000. Análisis comparativo de lo contencioso – administrativo en Centroamérica, *Libro Blanco sobre la independencia del Poder Judicial y la eficacia de la administración de justicia en Centroamérica*. Associació catalana de Professionals per la Cooperació, Jueces para la Democracia. España.
- Ortells Ramos, Manuel. 1998. *El Proceso Contencioso – Administrativo*, España: Editorial Comares, 2da edición.
- Parejo Alfonso. 1998. *Manual de Derecho Administrativo*, España: Editorial Ariel, 5ta edición.
- Parada Vázquez, Ramón. 2017. *Derecho Administrativo. Tomo I*. España: Ediciones académicas S.A, 26va edición.
- Pereira, Jolene. 2015. Una llamada de urgencia para tutela cautelar en la justicia administrativa en Cuba. *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 14, Universidad Externado de Colombia (<http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n14.08>)
- Ruiz Risueño, Francisco. 2016. *El proceso contencioso – administrativo*, España: Editorial Aranzadi.
- Sendra Gimeno, Vicente. 2004. *Derecho Procesal Administrativo*. 3ra edición. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Sentencia No. 1 de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, de las ocho y treinta minutos de la mañana, del dieciocho de febrero de dos mil diez.
- Sentencias No. 4 de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua del año dos mil diez.
- Sentencia No. 1, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, del cinco de febrero del año dos mil quince, de las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana.
- Sentencia No. 21, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, del veintiséis de marzo del año dos mil quince, de las una y treinta y uno minuto de la tarde.
- Sentencia No. 30, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, del once de junio del año dos mil quince, de las doce y treinta minutos de la tarde.
- Sentencia la No. 34, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, del once de junio del año dos mil quince, de las una y treinta y uno minuto de la tarde.
- Ventura, Sara Elizabeth. 2008. Breve aproximación a la jurisdicción contencioso-administrativa en El Salvador: aspectos esenciales y elementos contrastantes con el modelo español, en *Revista Aragonesa de Administración Pública* No. 32. (<http://portal.aragon.es/portal/page/portal/IAAP/REVISTA>)

Tercera Parte

Derecho Mercantil y Comercio Internacional

El orden público internacional como límite de la autonomía conflictual

*Eduardo Calderón Marengo*¹⁷²

Resumen

No es lo mismo hablar de orden público nacional y orden público internacional, los alcances conceptuales y prácticos son diferentes sobre todo cuando funcionan como límite a la autonomía de la voluntad, tanto en el plano nacional como internacional, específicamente cuando se habla de autonomía conflictual. Los órganos jurisdiccionales estatales no suelen estar asociados con ambos términos, por lo que desconocen la función que ellos desempeñan en los contratos internacionales, por lo que esta investigación develará la diferencia entre ambos, lo que permitirá concretar la relación del orden público internacional con la autonomía conflictual y el Derecho extranjero, como función limitadora que ejerce sobre estos tópicos; el objetivo de esta investigación conducirá a las acotaciones sobre esta temática, las cuales son precisas, si en la contratación internacional las partes escogen un Derecho anacional aplicable al contrato, el orden público internacional limitará su aceptación en los órdenes jurídicos nacionales mediante el órgano jurisdiccional quien tutela los grandes intereses considerados esenciales por el legislador y la sociedad, para este efecto se develará la importancia de conocer la diferencia y funciones entre ambas figuras en el contexto del Derecho de los negocios internacionales.

Palabras Claves: Orden público Internacional/ Autonomía Conflictual/ Lex Mercatoria/ Orden Público Interno/ Estados

Abstract

It is not the same to speak of national public order and international public order, the conceptual and practical scopes are different especially when they function as limit to the autonomy of the will, at both national and international

¹⁷² Doctor en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA) y Universidad Externado de Colombia mediante el programa de co-tutela y maestro en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, eduardo.caldero.marengo@gmail.com.

level, specifically When it comes to conflictual autonomy. The state courts are not usually associated with both terms, so they do not know the role they play in international contracts, so this research reveals the difference between the two, which will enable the Relation of the international public order with the conflictual autonomy and the foreign law, as limiting function that it exerts on these topics; The objective of this investigation will lead to the limits on this subject, which are precise, if in the international contracting the parties choose a anacional right applicable to the contract, the international public order will limit their acceptance in the National legal orders through the judicial body who safeguards the great interests considered essential by the legislator and the society, for this effect will be revealed the importance of knowing the difference and functions enters both figures in the Context of international business law.

Keys Works: International public order/ Conflictual Autonomy/ Lex Mercatoria/ Internal Public Order/ States

Introducción

A lo largo de los años se ha logrado observar que la mayoría de legislaciones del continente americano de corte liberalita recogen a la autonomía de la voluntad como el principio rector de la contratación, sin embargo, debido a la evolución del Derecho debe ser destacado que en la actualidad diversas legislaciones modernas van más allá de esta premisa y consagran a la autonomía conflictual como Derecho regente de los contratos internacionales, de forma que, a esta se le brinda un reconocimiento en normas imperativas nacionales como internacional.

En esta misma línea se puede apreciar que todas las manifestaciones legales tanto leyes como instrumentos internacionales, no otorgan un poder irrestricto a esta facultad de las partes, sino que colocan como límite al orden público nacional, y otros de manera correcta, al orden público internacional. Se puede decir entonces, que este límite impuesto juega un papel fundamental en el desarrollo de la autonomía conflictual, especialmente, porque su interpretación, que queda al arbitrio generalmente del órgano jurisdiccional quien mediante su juicio, según la autorización del Derecho estatal, permite la aplicación de un Derecho extranjero, ya sea Derecho positivo, instrumento internacional, o bien, la *Lex Mercatoria*, mediante la autonomía conflictual de las partes.

Por lo tanto para entender de manera correcta esta temática es necesario estructurar diferentes posturas que permitan examinar el concepto de orden

público internacional frente al orden público nacional, con la finalidad de comprender como este se convierte en un límite de la autonomía conflictual en los negocios internacionales, de modo que se logre observar el reconocimiento que esta figura ha tenido en las contrataciones internacionales, de la misma manera se abordaran en la presente investigación los aspectos conceptuales de autonomía conflictual mediante el análisis de las posiciones doctrinarias más aceptadas; por tanto esta investigación es de corte teórica y analítica siendo que expondrá y analizará las posturas más relevantes y admitidas de la doctrina entorno a la tesis propuesta.

I. Orden público internacional. Aspectos conceptuales

En virtud de lograr una mayor comprensión de la temática que es objeto de estudio deben ser expuestos en principio los conceptos básicos de la misma, para esto debe ser señalado que al igual que la *Lex Mercatoria*, llegar a un concepto univoco de orden público es una tarea compleja, sin embargo, no es objetivo de esta investigación llegar a desentrañar todos los problemas que presenta su conceptualización, lo que se pretende es establecer los lineamientos generales para entenderlo como límite de la autonomía conflictual y luego relacionarlo al plano internacional.

1. Orden público interno

Como primer acercamiento al concepto de orden público interno debe ser traído a colación los establecido por Gerardo José Ravassa Moreno¹⁷³ quien expone que en su origen fue un concepto político ligado al principio de la soberanía del Estado, como un poder de regulación y de ejecución que se proyecta sobre sus ciudadanos, pretendiendo abarcar toda la vida de estos y sometiéndolos a sus instituciones bajo un sistema denominado Derecho público, normalmente, este sistema se puso en práctica, y se sigue poniendo, ignorando las particularidades e idiosincrasias regionales y locales, por un lado y negando la influencia de toda injerencia extranjera o internacional, por el otro. Modernamente, sin embargo, el concepto de orden público ha adquirido un matiz social y económico, menos politizado, que aparte de lo necesario para el mantenimiento del Estado, se centra en el individuo. Hoy, este concepto se ha tomado como límite fundamental para alegarse en materia de contratos frente al interés de los terceros. Si un acto o

¹⁷³ Ravassa Moreno, Gerardo José, *Derecho Mercantil Internacional. Principios y Normas*, Ediciones Doctrina y Ley, 2da Ed, Colombia 2004, pp. 378- 379.

contrato afecta dicho interés ya no puede ser configurado exclusivamente en función de la autonomía de la voluntad de las partes (autonomía conflictual).

José Antonio Moreno Rodríguez¹⁷⁴ y Pasquale Fiore¹⁷⁵ por su parte, caracterizan a los principios de orden público como aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determinado y que refleja los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. La idea general responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo y el orden público traduce la voluntad comunitaria amenazada por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato. Tratase, en suma, de un mecanismo mediante el cual el Estado reprime las convenciones particulares que puede atender contra sus intereses esenciales. Aunque, por otro lado, también debe tomarse en cuenta que en ocasiones se persigue resguardar ciertos intereses monetarios del Estado, como ocurre con las regulaciones de control de cambios o restricciones de transferencias. En otras ocasiones se busca salvaguardar intereses vitales de un Estado y el bienestar de su gente o se anhela proteger el funcionamiento de un mercado efectivo.

Por ejemplo, las regulaciones de libre y leal competencia o del Derecho de los consumidores. Dicha protección puede responder a un fuerte interés político o guardar relación general con las políticas públicas de un país tanto para la consecución de objetivos sociales y económicos, como para el resguardo de partes consideradas débiles y por ende necesitadas de tutela.

Así pues se puede decir que orden público da la idea de un conjunto de relaciones reguladas, según su naturaleza jurídica, por la ley territorial, tal como lo expresa Marco Gerardo Monroy Cabra¹⁷⁶, que además, sugiere un conjunto de normas tendentes a salvaguardar la seguridad, la estabilidad, la paz, la sabiduría y en general, el interés comunitario y el bien común; por ende, debe comprenderse que son leyes de orden público las que conciernen, sobre todo, a la comunidad, que aprovechan igualmente a todos por ser escritas para la búsqueda del interés común, y no en interés particulares, por tanto, dentro de este concepto se pueden encasillar las normas de Derecho imperativo propias de cada país; sin embargo, orden público va más allá de las normas escritas, puede

¹⁷⁴ Moreno Rodríguez, José Antonio, Orden público y arbitraje: algunos pronunciamientos recientes y llamativos en Europa y Mercosur. En J. Oviedo Albán, (Coord.) *Derecho comercial en el siglo XXI*, Editorial Temis Bogotá, Colombia, 2008, pp. 199-242.

¹⁷⁵ Fiore, Pasquale., *Derecho internacional privado o principios para resolver los conflictos entre las leyes civiles, comerciales, judiciales y penales de los diversos estados*, F. Góngora y Cía., Madrid, 1889, pp. 426- 428.

¹⁷⁶ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Tratado de derecho internacional privado*, Temis, Bogotá, 2016, pp. 271-279.

entenderse como el conjunto de principios y valores esenciales sobre los que se articula un determinado ordenamiento jurídico nacional.

A diferencia de lo que ocurre con las normas de orden público o normas imperativas, se trata de principios que no se encuentran positivados, debiendo ser especificados en cada caso concreto por el operador jurídico. Dichos principios y valores resultan directamente vinculables con los recogidos en la Constitución, sin embargo, no se limitan a ellos, y es que, tal como lo menciona Gerhard Kegel¹⁷⁷ es la parte intangible del ordenamiento jurídico nacional.

Ricardo Balestra¹⁷⁸ es enfático al manifestar que el orden público constituye una categoría jerárquica fundamental, una base no escrita, pero subyacente e imperativa, a la que se recurre cuando determinada conducta atenta contra preceptos fundamentales, a veces sin necesidad de violar normas expresas y escritas del derecho. Es claro que la determinación de la violación del orden público viene dado por la valoración que es, lógicamente, materia de interpretación, toda vez que no se trata de transgresiones a normas expresa. Cabe acotar que una pauta importante en los países que apoyan en la Constitución nacional todo su orden jurídico, es el propio ordenamiento constitucional.

Entonces, se entroniza al orden público como poderío único, activo y coactivo del Derecho y la sumisión de los individuos y de sus actividades a los dictados por este, que ya no se reduce a la simple protección negativas de aquéllos, sino que debe ante todo anteponer el imperio de los principios superiores que integran la vida social y de cuya observancia depende su conservación, lo que ha determinado la aparición de una abundante legislación de carácter imperioso que, al limitar el ámbito de las libertades privadas, en general, disminuye las posibilidades que la autonomía de la voluntad de las partes brinda a los particulares para regular separadamente sus relaciones sociales mediante la celebración de actos jurídicos¹⁷⁹.

Debe comprenderse, que en múltiples ocasiones esta temática suena compleja, toda vez que el orden público no siempre actúa como fuerza represiva, inhibitoria, respecto del individuo, sino que también actúa para vitalizar la norma, adecuándola al momento en que se la aplica, o para desecharla como lastre cuando impide el progreso, o para impulsar al órgano, encargado de mantenerla actualizada, a realizar su función.

¹⁷⁷ Kegel, Gerhard, *Derecho internacional privado*, 4ta ed., Ediciones Rosarista, Bogotá, 1982, p. 310

¹⁷⁸ Balestra, Ricardo, *Derecho internacional privado*, 3ra ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 176- 177.

¹⁷⁹ Trochez Rosales, Carlos Alberto & Gamboa Morales, Nicolás, *El arbitraje comercial internacional y los derechos nacionales* (Tesis inédita de Maestría), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 5.

Las diversas posturas antes expresadas llevan a la siguiente reflexión, además de la ley, existen principios, que se incluyen en el concepto de orden público, que rigen el funcionamiento de la comunidad según las convicciones sociales aceptadas, que pueden extraerse de los esenciales contenidos en la norma constitucional básica (en un Estado social y democrático de Derecho), atemperados, desde luego, con la realidad social y económica del momento, circunstancias, todas estas, que no están presentes en igual medida, en los principios generales del Derecho. En sí, de forma puntual, debe entenderse que en el mundo jurídico el orden público, especialmente en su concepción clásica y contemporánea, tiene como misión y objetivo defender la forma de ser de una determinada sociedad, y, por tanto, su organización política, sus instituciones públicas, el sistema económico, la familia, etc., empero, esta función defensiva, por tanto, de carácter negativo, supone claramente un límite a la autonomía de la voluntad.

En conclusión, la presencia de los principios de orden público en el ámbito del Derecho privado tiene como consecuencia una exclusión de la autonomía de la voluntad suponiendo su transgresión por los particulares la nulidad del acto al que afecte en aras de la primacía del interés público. En definitiva, es un concepto negativo, ya que su utilidad está pensada para evitar la validez de aquellos actos que vayan contra él, por tanto supone una aplicación con carácter de excepción, es decir, una limitación legal de la voluntad, excepcional, de interpretación generalmente restrictiva, pero imprecisa, no obstante, esto debe comprenderse desde dos puntos de vista, el primero, al que refiere las líneas anteriores, una autonomía privada de carácter nacional, y otra de carácter internacional que va más allá de una configuración de cláusulas contractuales, sino más bien como un punto de conexión de la norma conflictual que permite la inclusión de un Derecho extranjero basado en esta facultad que se amplía en el ámbito contractual, toda vez que se verán contrapuesto dos ordenamientos jurídicos, por tanto la interpretación de orden público, no deberá ser la misma que representa el plano nacional, en otras palabras, habrá que ampliarse a un orden público internacional, donde el juzgador no deberá utilizar los mismos parámetros establecidos para el orden público interno.

2. Orden público internacional

Como ha sido señalado el orden público tiene diversas finalidades por parte del Estado, sin embargo, para efectos de esta investigación el tema que interesa es su utilización en la contratación internacional como límite a la autonomía de la voluntad, específicamente cuando las partes escogen un Derecho ajeno al del foro para regular sus contratos internacionales.

Sobre esto, debe reflexionarse que la incorporación de un Derecho foráneo al nacional viene dado de diversas maneras, sobre todo en hechos donde concurren elementos de extranjería que permiten ser determinado por las normas de conflicto, o bien, la incorporación mediante la autonomía conflictual en contratos internacional, o mediante el reconocimiento y aplicación de Derechos extranjeros en laudos internacionales que posteriormente deben ejecutarse a través de los órganos judiciales nacionales, en estos casos se presenta la limitante del orden público ampliada al ámbito internacional.

Carlos Esplugues Mota y José Luis Iglesias Buhigues¹⁸⁰, indica que el calificativo internacional atribuido al orden público viene referido a su finalidad y no a su origen. Se trataría, pues, de aquel conjunto de principios y valores esenciales del sistema jurídico que son susceptibles de ser extrapolados al plano internacional. Dichos principios y valores, lógicamente coincidirán en su origen con el orden público interno, aunque como consecuencia de su proyección al tráfico externo podrían diferir de este último, contando generalmente con una menor amplitud. Por su parte, Marco Gerardo Monroy Cabra¹⁸¹ y José Luis Siqueiros¹⁸² agregan que el papel que desempeña es el de un remedio para no aplicar una ley extranjera, cuando esta aplicación perjudica verdaderamente al Estado donde se le quiere emplear. En sí, debe entenderse que el orden público internacional se esgrime como argumento para rechazar al Derecho extranjero, en este caso el juez debe primero examinar ese sistema jurídico invocado, antes de desecharlo, debe ser apreciado en concreto en los casos que en particular se presenten; obviamente salvo que existan supuestos extremos chocantes relacionados con el contenido abstracto de la regla foránea¹⁸³.

Por otra parte Francisco González de Cossío¹⁸⁴, considera que el orden público internacional incluye las siguientes áreas: principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger incluso cuando no esté directamente involucrado, las reglas designadas para servir los intereses

¹⁸⁰ Esplugues Mota, Carlos & Iglesias Buhigues, José Luis, *Derecho internacional privado*, 5ta ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 179- 234.

¹⁸¹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, op. cit., nota 5, p. 214

¹⁸² Siqueiros, José Luis, Los principios de UNIDROIT como normativa aplicable por los árbitros en controversias comerciales internacionales. En, F. Mestre & P. De Seume (Eds.), *Los principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT), Roma, 1998, p. 151.

¹⁸³ Moreno Rodríguez, José Antonio, op. cit., nota 3, p. 250

¹⁸⁴ González de Cossío, Francisco, "Orden público y arbitrabilidad: Dúo-Dinámico del arbitraje", *Revista Auctoritas Prudentium*, num.1, 2008, pp. 1-21.

políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía o reglas de orden público y el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales. Puede traducirse, que los principios de orden público inspiran un ordenamiento jurídico determinado y son reflejo de los valores esenciales de una sociedad. En definitiva, la idea general responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria.

Es, en realidad, un mecanismo mediante el cual el Estado reprime las convenciones particulares que puedan atentar contra sus intereses esenciales y responde a un fuerte interés político o guarda relación con las políticas públicas de un país, tanto para la consecución de objetivos sociales y económicos como para la protección de las partes consideradas débiles y, en consecuencia, necesitadas de tutela, aunque en muchas veces la imprecisión conceptual, trae aplicaciones desproporcionadas y reprimendas desmedidas a la autonomía de la voluntad, evitando las nuevas tendencias del Derecho en materia contractual, con la excusa injustificada y exagerada de proteger el interés general de la sociedad; por estas razones, el concepto de orden público internacional representa un componente cardinal en la disciplina *Iusprivatista* internacional¹⁸⁵.

Por otro lado, Jean-Michel Jacquet¹⁸⁶ hace una construcción útil de las fuentes que alimentan al contenido de orden público, a pesar de ser un concepto impreciso, la idea es acercarse a lineamientos que le permitan al juzgador determinar la presencia de este tipo de orden público. Las fuentes devienen tanto en nacionales como internacionales, las primeras se presentan como una norma de origen estatal que pueden perfectamente duplicar una regla de origen internacional y añadir cualquier sanción susceptible de aplicarse en el orden jurídico al que pertenecen, o bien, ciertas normas de origen estatal pueden también generar normas de orden público internacional. Las fuentes internacionales juegan un papel protagonista, entre las que destacan los principios generales que han sido ampliamente demostrados, al igual que tratados o costumbres (*Lex Mercatoria*).

Con lo cual una regla de origen internacional que se aplica a sujetos privados puede serlo en razón a su pertenencia original a una categoría que el orden jurídico internacional no le conferiría necesariamente, por tanto, el juzgamiento

¹⁸⁵ Zappalá, Francesco, “Auténtico orden público internacional desde la óptica del arbitraje internacional”, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, 2015, pp. 1–26.

¹⁸⁶ Jacquet, Jean-Michel, El orden público transnacional. En E. Loquin & S. Manciaux (Eds.), *El orden público y el arbitraje*, Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, 2015 pp. 103–116.

por parte del judicial, también debe ser amparado en este mosaico de fuentes, como materia prima sobre la cual ejerce su papel, en el sentido que su visión jurídica no debe limitarse únicamente a su entorno nacional, máxime que el negocio jurídico trasciende sus fronteras.

Puede concluirse, que el orden público internacional sería simplemente la expresión utilizada para designar las exigencias contenidas en las normas supraestatales que pretenden hacerse valer en los ordenamientos jurídicos internos, que, a su vez, es utilizado como mecanismos de control al momento de hacer valer un Derecho extranjero, sea cual fuere el método. En el cual debe entenderse que, si bien, el orden público interno representa conceptos fundamentales sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico del Estado, como los denominados principios de moralidad y justicia, de justicia universal y de natural, inspiradores del ordenamiento, en cambio el orden público internacional es aquél aceptado como tal por la comunidad internacional, y que es utilizado como recurso para limitar la aplicación de un Derecho extranjero.

Es menester señalar que en el ámbito internacional, existe un camino directo designado, que permite obtener directamente el Derecho aplicable sin recurrir a las técnicas del conflictualismo, pero esta vía presenta grandes obstáculos, uno de ellos es el término de orden público alimentado de abstracciones dogmáticas que se convierte en la fuente de justificaciones para facilitar el triunfo de vanidosos nacionalismos que agravan el aislamiento de los propios nacionales inmersos en la sociedad universal, en detrimento de la inversión internacional y del progreso ineluctablemente mundializado, porque es innegable que la confusión generada por la falta de precisión y justa consideración del orden público internacional, aplana el terreno para la dificultad del reconocimiento de la autonomía conflictual tanto en contratos como en laudos arbitrales internacionales.

En este sentido, el orden público internacional debe ser apreciado por el judicial de manera menos rigurosa que el orden público interno, tomando en cuenta los principios fundamentales desde la visión de un Estado, que consideren al orden público internacional como el conjunto de preceptos que la comunidad mundial supone necesarios para garantizar los estándares mínimos de justicia. La función principal del orden público internacional es controlar el resultado alcanzado, es decir, constituye el instrumento para corregir el eventual error en la selección del Derecho en cuanto al contenido, en razón a que obliga al juez a evaluar el resultado dado por la *lex causae* que debería resultar aplicable, examinando su compatibilidad con los principios básicos de justicia como resultan entendidos por la *lex fori*. De esta forma, el Estado del foro controla el Derecho aplicable y determina las condiciones, los límites y el alcance de la

autonomía de las partes en los contratos internacionales, lo que resulta ser cierto, pero a la vez una falencia, porque depende de la interpretación, reconocimiento y alcance que otorgue el Estado a los elementos, principios y nuevos saberes del orden público internacional.

De enfatizarse que el orden público internacional no es concebido en interés de un Estado en particular sino de la comunidad internacional y, por tanto, no existe ningún instrumento o normatividad que prohíba, en abstracto, disponer de él. Es obvio que por motivos de seguridad jurídica y control de las relaciones contractuales debe existir un límite a la autonomía contractual, que, no puede provenir engreídamente de un Estado en particular, en este sentido el juzgador podría acudir al auxilio del verdadero orden público internacional dejando de lado su propia ley, en razón de la prioridad que debe darse a la fuente internacional antes que a la nacional, pero debe insistirse, que esto en muchas legislaciones del continente americano viene dado por el reconocimiento que de igual manera se le da en las legislaciones tanto a los nuevos sistemas de fuentes de Derecho mercantil, a las figuras de la autonomía conflictual y la *Lex Mercatoria*, lo que permite achicar, o bien, ampliar, depende desde el punto de vista que se vea, la facultad del juzgador.

II. Relación con la autonomía de la voluntad y el Derecho extranjero

1. Cuestiones intrínsecas de la autonomía conflictual y el Derecho extranjero

Motivada por los cambios tecnológicos, comerciales e industriales y por la misma globalización que se ha producido en una gran parte de las economías del mundo, la autonomía conflictual ha venido a revolucionar los negocios jurídicos de compraventa internacional de mercaderías, dado que habida cuenta el derecho internacional privado y su sistema conflictual hoy en día se revelaba insuficiente para cubrir el amplio elenco de cuestiones que producen los contratos mercantiles, y los sistemas nacionales se alejan en gran medida para otorgar soluciones acordes a las prácticas comerciales dado que muchos de los códigos de comercio o mercantiles, parten de una realidad pre industrial anclada en los tipos contractuales tradicionales que no pudieron prever los cambios tecnológicos, industriales y comerciales hoy imperantes¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Gómez Segade, José Antonio y García Vidal, Ángel, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons, 2010, P. 64.

Para Stefan Leible¹⁸⁸ la autonomía privada debe entenderse como la libertad de las partes de configurar sus relaciones libremente y bajo su responsabilidad o lo que bien llamamos autonomía material que concede a las partes el derecho a decidir por sí mismas si debe concluirse un contrato y con quién debe concluirse (libertad de contratación), y que contenido debe presentar el contrato (libertad de configuración), en cambio la autonomía conflictual concede a las partes de un contrato la libertad de elección del Derecho al que se somete la relación jurídica manifestada en la contratación internacional.

Jorge Oviedo Albán¹⁸⁹ agrega que en el Derecho Internacional Privado moderno se admite como regla general para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales la autonomía de la voluntad, en un doble alcance: material y conflictual, este último término debe entenderse al derecho que las partes pueden escoger la ley o el Derecho que regirá el contrato, bien cabe resaltar a como lo manifiesta el doctrinario la elección de una ley o un Derecho, en cambio Ortiz Vidal expresa que: “La autonomía de la voluntad conflictual es el derecho subjetivo del que disponen los particulares implicados en la celebración de un contrato internacional, que consiste en la facultad de elegir la Ley reguladora del contrato del que forman parte”¹⁹⁰. La reflexión realizada por esta autora, puntualiza únicamente que las partes tienen derecho de elegir la “Ley” aplicable y no así como lo dispone Stefan Leible y Jorge Oviedo Albán, siendo que no solamente puede erigirse una ley sino también un Derecho, pero que además puede elegirse el Juez que resolverá la causa, lo que proporciona una mayor libertad¹⁹¹.

Concatenado con la autonomía conflictual debe señalarse que muchos doctrinarios insisten ver al orden público internacional como una excepción o cláusula de reserva, otra parte de la doctrina lo aborda como un principio, lo que es indiferente para esta investigación, su imprecisión conceptual lo convierte en un límite a la voluntad contractual de las partes, ésta ha sido la definición más aceptada, toda vez que, en cada sistema existen unas consideraciones ideológicas y de oportunidad social, y unas condiciones de técnica legal, conforme a las cuales se realiza el Derecho.

¹⁸⁸ Leible, Stefan, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, Madrid, núm. 1, vol. 3, Marzo 2011, pp. 214-233.

¹⁸⁹ Oviedo Albán, Jorge, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Revista colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, núm. 21, julio - diciembre de 2012, pp.117-157.

¹⁹⁰ Ortiz Vidal, María Dolores, *Contratación Internacional y espacio jurídico europeo: el principio de proximidad en el Reglamento de Roma I (Tesis Inédita de doctorado)*, España, Universidad de Zaragoza, 2012, p. 89.

¹⁹¹ Espinoza Quintero, Leonardo, “Principio de Autonomía de la Voluntad e instrumentos de carácter internacional en el sistema jurídico colombiano”, *Civilizar ciencias sociales y humanas*, Bogotá, núm. 16, vol. 19, enero-junio de 2009, pp. 15-40.

Esas condiciones son de carácter imperativo y eliminan la posibilidad de aplicar el Derecho extranjero o de conceder eficacia a las relaciones jurídicas importadas¹⁹².

Debe observarse que el orden público puede ser entendido como una noción trascendente y exterior a la norma, en la medida que no forma parte de su contenido normativo. En ese sentido, se configura como un estándar jurídico relativo, pues dependerá de la valoración social en un tiempo y espacio determinados mediante el órgano judicial. Según Elisabeth Salmón Gárate¹⁹³ el concepto mismo de orden público internacional surge de un consenso en torno a intereses que la comunidad internacional, así compuesta, considera vitales para su propia supervivencia o, visto a contraluz, cuya violación afecta a la comunidad internacional en su conjunto; abarca tanto las normas imperativas de Derecho Internacional o de *ius cogens*, como el orden legal en su totalidad, incluyendo sus metas espirituales y sociales, además, contiene principios y reglas relativos a la formación y cambio del Derecho internacional, a la estructura organizacional de la comunidad internacional que, en definitiva, sirven intereses importantes de la comunidad internacional, así pues es clara su diferencia del orden público internacional, lo que permite afirmar la existencia de dos órdenes públicos, contrario a lo que considera una parte de la doctrina. Esto permite avanzar en la superación de los obstáculos de los dogmas del pasado y en la creación de un verdadero orden público internacional sobre la base del respeto y observancia de los Derechos internos e internacionales.

En este mismo sentido debe atenderse que el orden público es un elemento fundamental en el Derecho Internacional Privado¹⁹⁴. En síntesis, siempre que, en materia de conflicto de leyes o jurisdicciones, se hable de orden público debe entenderse que se trata de orden público internacional. De lo contrario, resultarían prácticamente inaplicables las leyes o sentencias extranjeras, pues muy rara vez ellas dejan de contener disposiciones que difieren de leyes positivas e imperativas del Derecho interno. Igualmente se cundiera que la noción de orden público debe interpretarse en sentido restringido a aquellos casos que constituyen normas de orden público internacional, con la intención que el juez haga valer los valores básicos de una sociedad, pero a la vez permita la debida

¹⁹² Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 2005, p. 13.

¹⁹³ Salmón Gárate, Elisabeth, “El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, *Themis*, núm. 51, 2005, pp.151–157.

¹⁹⁴ Zappalá, Francesco, “Arbitrato Internazionale e Ordine Pubblico Internazionale. Origine, Problematica e Teoria Conflittualistica”, *Criterio Juridico*, núm. 22, vol. 14, 2014, pp.153–168.

conexión con el resto del mundo, en especial cuando se trata de relaciones comerciales que traspasan las fronteras.

Colombia ha sido uno de los países pioneros en materia jurisprudencial y legislativa, sobre todo en concertar las diferencias entre ambas nociones de orden público, encaminado con la aplicación justa de un Derecho extranjero, incorporado, ya sea, por un laudo arbitral o la autonomía conflictual en contratos internacionales, es así como en la Sentencia de 19 de julio de 1994, la Corte Suprema de Justicia define la naturaleza del orden público internacional, el cual consiste en cualquier principio indispensable para la salvaguarda de la sociedad que aquellos representan, principios referentes como se sabe a los intereses esenciales de los países dadas las ideas particulares en ellos imperantes en la época y que pueden ser intereses políticos, morales, religiosos económicos, además se agrega de manera puntual que los jueces son en últimas a los que les corresponde adelantar esa tarea de comprobación y sus decisiones deben inspirarse en el estado de las costumbres y de la conciencia pública en el momento en que son llamados a pronunciarse, decidiendo con ayuda de apreciaciones muy prudentes si tal o cual ley es o no de orden público internacional, lo que implica empezar por evitar que en gracia de abstracciones dogmáticas se llegue a convertir el “orden público” en un simple subterfugio para facilitar el triunfo de antojadizos nacionalismos.

También evoca que la denominada excepción de orden público de la cual viene, cumple en últimas una función de defensa que preserva a los Estados de las perturbaciones que puedan derivarse de la aplicación directa o indirecta de normas extranjeras, en los supuestos cuidadosamente comprobados en que debido a esa aplicación se introduce en realidad un elemento de intolerable desequilibrio en el seno del ordenamiento jurídico del foro. A estos razonamientos también se le agrega a estas consideraciones lo expuesto en Sentencia del 13 de julio de 1995, donde se ordena que el orden público que ha de apreciarse como relevante al decidir sobre un exequátur, es el existente al momento del otorgamiento de éste y no al momento de proferirse la decisión extranjera, toda vez que como también lo apuntan otros autorizados escritores, lo que se considera núcleo irrenunciable del ordenamiento del foro, evoluciona cada día como cambia asimismo el orden público del derecho policivo común.

Otro aspecto jurisprudencial que debe recalcar es la Sentencia 11001-0203-000-2001-0190-01 de 6 de agosto de 2004, de la Sala de Casación Civil de la misma Corte Suprema de Justicia colombiana donde explica que la cuestión de orden público debe examinarse a la luz de criterios jurídicos actualmente en vigor y no anteponiendo principios generales que traen como resultado el hacer prevalecer

un orden público defensivo y destructivo, no así un orden público dinámico, tolerante y constructivo que reclama la comunidad internacional en el mundo contemporáneo. Por ende, siempre que se ponga en tela de juicio la aplicación de una determinada ley sustancial extranjera o la ejecución y reconocimiento de una sentencia foránea a partir de la excepción de orden público internacional, se debe valorar el posible quebrantamiento de los principios e ideologías esenciales del Estado receptor de manera sumamente cuidadosa y restrictiva; de lo contrario, se estaría abriendo una puerta a que cualquier contravención del orden público interno y principios sin mayor trascendencia puedan ser considerados como una cláusula de escape al Derecho Internacional Privado.

2. Limite a la autonomía conflictual como Derecho aplicable

Habiendo planteado la concepción y el alcance del orden público internacional, es menester abordar la incidencia que este tiene en lo respectivo a la autonomía conflictual como limitante en el ámbito internacional, con la finalidad de encaminar al lector a una comprensión completa de lo que esta figura representa en el Derecho Mercantil Internacional.

El problema de la facultad de las partes en un contrato para elegir el Derecho que regirá su compromiso no existe al interior de los sistemas legales porque nadie se pregunta qué Derecho debe regir el contrato de compraventa, o el arrendamiento, pero, en los contratos internacionales, la discusión es interminable, sobre todo porque que los Estados soberanos poco tienen que ver con dicha solución¹⁹⁵. Sin embargo, para que las partes de un contrato internacional puedan, en virtud de la libertad de contratación, elegir un Derecho rector de dicho contrato es preciso que el sistema jurídico nacional lo consienta.

Una premisa expresada por Ramón Mantilla Rey¹⁹⁶, es que solo será aplicable el Derecho extranjero cuando tengan comunidad jurídica con la ley del país de aplicación, y solo podrá ser eficaz una relación jurídica importada si por su naturaleza o por su expresión técnica se le pueda asimilar íntegramente a una institución de Derecho privado en el sistema jurídico del país de importación, de esto, se deduce que debe existir una posibilidad real de coexistencia entre los dos sistemas jurídicos puestos sobre la mesa. Alrededor de este caso, el concepto

¹⁹⁵ García Castillo, Tonatiuh, *La lex contractus en los contratos internacionales*. En R. Méndez Silva (Ed.), *Contratación y arbitraje internacionales*, UNAM, México:, 2010, pp. 63–89.

¹⁹⁶ Mantilla Rey, Ramón, *Apuntes de derecho internacional privado: parte general*, 2da ed., Temis, Bogotá, 1982, p. 144

de orden público que utiliza el Derecho internacional privado es, conforme al planteamiento que hace, más amplio, que el sostenido en Derecho interno, así lo se ha ilustrado, y en consecuencia el judicial no debe entenderlos como sinónimos, más aún, cuando las circunstancias fácticas y jurídicas determinan la plena diferencia de ambos, por ende su interpretación como límite o principio de defensa hacia la autonomía conflictual debe ser diferente.

Dentro de las distinciones debe ser resaltado que el orden público internacional evoca preceptos que la comunidad internacional considera necesarios para garantizar los estándares mínimos de justicia y evitar los abusos derivados de la libertad de contratación, buscando la protección de los principios mínimos de justicia que permitan la máxima libertad en las relaciones internacionales, se destaca así su carácter general y por lo tanto incluyente¹⁹⁷. En pocas palabras es claro que, si el contenido de la ley elegida por las partes resulta incompatible con el espíritu del Derecho del juez, el Derecho extranjero elegido será desplazado y será aplicable la ley del juez, aunque para Mónica Sofía Rodríguez¹⁹⁸, en rigor de verdad, no resulta un límite propio de la autonomía en materia de contratos, sino que es general a la aplicación local del Derecho extranjero ya que el orden público es una excepción a la aplicación obligatoria de este, pero la elección de un Derecho extranjero forma parte integral de la propia autonomía en su vertiente conflictual.

Sonia Barcia Rodríguez, Verónica Piloso Moreira, José Chávez Castillo, & Patricio Vargas Rodríguez¹⁹⁹ señalan que erróneamente el orden público se ha traducido como un Derecho coactivo en el Derecho Internacional Privado, en razón de verdades, existe un conjunto de principios inalienables de una sociedad que no pueden ser modificados por el acuerdo de voluntades de los particulares pero estos no son una cadena de fuerzas ni se interpretan a lo interno sino a lo externo cuando se está en presencia de una situación de negocios internacionales. Alfonso Luís Calvo Caravaca²⁰⁰, recalca que orden público internacional es un

¹⁹⁷ Rodríguez Meneses, Carolina, ¿El orden público es una limitante a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos internacionales? (Tesis Inédita de Maestría en Derecho Empresarial). Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, 2015, pp. 18-33.

¹⁹⁸ Rodríguez, Mónica Sofía, “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”, *Revista Científica de UCES*, núm. 1, vol. XV, 2011, pp. 112-143.

¹⁹⁹ Barcia Rodríguez, Sonia, Piloso Moreira, Verónica, Chávez Castillo, José & Vargas Rodríguez, Patricio, “Algunas observaciones sobre el Derecho Internacional Privado”, *Dominio de Las Ciencias*, núm. 4, vol. 2, 2016, pp. 97-107.

²⁰⁰ Calvo Caravaca, Alfonso Luís, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2, vol. 1, 2009, pp.52-133.

mecanismo de salvaguarda de principios jurídicos fundamentales del foro que permite descartar, en un caso concreto, la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto o lo autonomía conflictual, este Derecho, sin duda, puede ser una ley, o bien, instrumentos de *Lex Mercatoria*. Las controversias sobre este tema son muchas, pero poco a poco, se ha construido jurisprudencia y legislaciones que han introducido diferencias puntuales que disminuyan el concepto relativo, inestable y variando.

La relación del orden público internacional con la autonomía conflictual, el Derecho extranjero y la *Lex Mercatoria*, radica en la función limitadora que ejerce sobre estos tópicos; las acotaciones sobre esta temática son precisas, si en las contratación internacional las partes escogen un Derecho anacional aplicable al contrato, el orden público internacional limitará su aceptación en los órdenes jurídicos nacionales mediante el órgano jurisdiccional quien tutela los grandes intereses considerados esenciales por el legislador y la sociedad²⁰¹, de cara a las propias relaciones internacionales que se encuentran inmersa los individuos y los Estados como parte de una comunidad internacional, es decir, que debe tenerse presente la existencia de una superestructura de la comunidad internacional formada por un conjunto de reglas mínimas de conducta necesarias para que las relaciones internacionales sean ordenadas y posibles; es un mínimo jurídico que la comunidad internacional considera esencial para su existencia en una época determinada, lo que conlleva al mismo tiempo a una adecuación de Derechos tanto nacionales e internacionales, así como las formas de interpretar las garantías internacionales de una sociedad ante un orden externo Antonio Varón Mejía²⁰², esto permite que este límite creado, por un concepto impreciso que manejan los órganos jurisdiccionales nacionales, sea menor, para evitar coartar la escogencias de Derechos en los contratos internacionales.

Los planteamientos acá realizados, están encaminados a reducir la intervención del orden público internacional como excepción a la aplicación del Derecho extranjero y evitar una limitación arbitraria de la autonomía conflictual, aparejada a la tendencia notable en la doctrina *Iusprivatista* internacional actual en virtud de la cual se gradúa la reacción del orden público internacional según la conexión del caso con el foro. En torno al comercio internacional, este tema es de gran

²⁰¹ Pérez Soltf, Iván, “¿Orden Público Internacional Vs Orden Público Interno y Buenas Costumbres?” *IUS: Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 2012, pp. 1-19.

²⁰³ Varón Mejía, Antonio, “Orden público internacional y normas *ius cogens*: una perspectiva desde la comisión de derecho internacional y la Convención de Viena de 1969”, *Diálogos de Saberes: Investigaciones y Ciencias Sociales*, núm. 32, 2010, pp. 211-229.

envergadura para los operadores del comercio quienes destacan un conjunto de principios superiores a los ordenamientos jurídicos estatales, que se identifican exactamente con los valores de un Estado concreto y que no funcionan como la excepción clásica del orden público en el sentido de descartar la solución de un Derecho extranjero aplicable de conformidad con la norma de conflicto; este tema cobra vigencia a partir de la existencia de un ordenamiento jurídico autónomo creado a partir de los comerciantes y del realce de la *Lex Mercatoria* como su mejor exponente, por tanto para comprender este concepto, se debe concebir un ordenamiento jurídico impuesto por las necesidades del comercio internacional, cuyo contenido aparece desprendido de la comparación de los Derechos estatales y de los principios que subyacen en los tratados internacionales en la materia²⁰³.

3. Límites al laudo arbitral como manifestación de la autonomía conflictual

En el arbitraje, el árbitro advierte y aplica un conjunto de reglas no nacionales consideradas vitales por las partes, en este espacio, la noción de orden público internacional contiene, un conjunto de principios fundamentales para el comercio internacional. El convencimiento de los operadores en cuanto al carácter obligatorio de estos principios, proviene del reconocimiento de su necesidad; sin ellos, el comercio internacional no podría prosperar, mismo que deberían ser comprendidos por el juzgador nacional. El debate sobre este tema no está cerrado, en cuanto que los detractores de un orden público realmente internacional aducen que no significa ningún aporte para el juez estatal, quien o bien lo ignora, o bien integra este orden público a su propio y familiar concepto. Sin embargo, tratándose de un árbitro, que no es guardián de ningún orden público estatal, la presión de estos principios anacionales, que se le imponen como una necesidad del comercio internacional, puede ser tan intensa como para desplazar normas imperativas, incluso de la *lex contractus*, sobre todo por tratarse en gran medida de relaciones apartadas de todo Derecho estatal bajo la lógica que imprimen los comerciantes al querer alejar de este tipo de Derechos.

De la práctica arbitral surge que los valores materiales que reciben esta posición de privilegio en la fundamentación de los laudos, responden a unos pocos principios, esenciales para el desarrollo del comercio internacional. Tocantes a la buena fe, a la seguridad del comercio y a la moralidad de los negocios, que han sido invocados a fin de evitar la violación a la confianza legítima del

²⁰³ De Rosas, Pablo Enrique, "Orden público internacional. Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur", *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 22, 2003, pp.193-220.

contratante, la corrupción por medio de tráfico de influencias y el cobro de comisiones indebidas por intermediación²⁰⁴.

Para lograr una mayor comprensión de la temática debe recordarse que el arbitraje, es un procedimiento voluntario, basado en la autonomía de la voluntad. Las partes eligen una solución arbitral y limitan, por ende, el alcance del arbitraje. Sin embargo, el tema que atañe a esta investigación cobra un papel fundamental al momento de someter los efectos del laudo arbitral a un ordenamiento jurídico nacional. El orden público internacional se enfoca en evitar la aplicación de un Derecho extranjero contenido en el laudo cuando este infringe las convicciones básicas y valores de una comunidad, los principios de moral y buenas costumbres sobre los que se asientan principios de justicia que se consideran sacrosantos o capitales y funcionan como valla de contención para la ejecución de un laudo extranjero. Charles Jarrosson²⁰⁵, Samuel Fulli-Lemaire y Daniel Rojas Tamayo²⁰⁶ consideran que el control por parte del juez debe ser pragmático, con lo cual, toda violación del orden público no debe y no puede ser necesariamente sancionada cuando se trata de un orden internacional, debe existir una afectación plena a la sociedad como tal.

Por ende, el control del orden público es un elemento de equilibrio general del Derecho de arbitraje que permite moderar tanto la voluntad privada como la intervención del judicial. Las convenciones internacionales en relación al arbitraje siempre hacen alusión al orden público como causa para rechazar la ejecución del arbitraje, así como lo expresa Bernardo María Cremades²⁰⁷. Tal es el caso del artículo V (2) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958²⁰⁸, mejor conocida como la Convención de Nueva York de 1958, donde se establece que se negará la ejecución y reconocimiento de la sentencia si contraviene el orden público de dicho Estado, en ese supuesto no se explicita si debe entenderse como orden público interno o internacional pero lo cierto es que, parece dar carta blanca

²⁰⁴ Ídem.

²⁰⁵ Jarrosson, Charles, La intensidad del control del orden público. En E. Loquin & S. Manciaux (Eds.), *El orden público y el arbitraje*, 2da ed., Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, 2016, pp. 165–181.

²⁰⁶ Fulli-Lemaire, Samuel. & Rojas Tamayo, Daniel, “Aplicación de la ley extranjera en el derecho francés. Régimen procesal”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 19, 2010, pp. 179–194.

²⁰⁷ Cremades, Bernardo María., “Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York”, *Revista peruana de arbitraje*, núm. 1, 2005, pp. 179–206.

²⁰⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, 1958, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

al juez nacional para considerar si el laudo arbitral es contrario o no del orden público del que él es garante, por lo que pudiera entenderse como orden público interno. Sin embargo, la evolución del concepto de orden público en el arbitraje comercial internacional confirma un nuevo enfoque en los Estados contratantes. De hecho, la aplicación de la Convención por los jueces nacionales ha resultado en el establecimiento de un orden público internacional y no interno como límite a la visión de orden público configurado por la legislación del foro.

Es claro que, el arbitraje es fiel al reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual ha sido aceptado en diversas leyes nacionales como por instituciones internacionales dedicadas al arbitraje. Esto trae como consecuencia que las partes las partes pueden elegir métodos formales o informales para conducir el arbitraje; procedimientos de tipos adversariales o inquisitorios; formas orales o escritas para presentar las pruebas, etc. Para Alejandro Ogarrío²⁰⁹ ante estas libertades, el orden público, funciona como defensa, frente a sentencias extranjeras y normas procedentes de Derechos anacionales, que pudieran atentar contra los principios rectores de una sociedad, contra su política o su economía, aunque es válido considerar que va más allá de una determinación o conjugación con el ámbito nacional, toda vez que el orden público internacional se presenta como propio de la sociedad internacional y superior a los órdenes públicos nacionales. Aunque es algo más que una mera lucubración teórica a pesar que todavía no está suficientemente reconocido por las leyes nacionales y la jurisprudencia comparada²¹⁰.

El principal carácter del arbitraje internacional es que sus usuarios no pueden ni quieren cometerse a un régimen nacional apremiante, que se trate del procedimiento, del Derecho aplicable al fondo del litigio o hasta del juez competente, por esta razón en virtud de su propia autonomía suscriben un contrato donde el Derecho aplicable y el mecanismo de resolución de conflictos es diferente al del ordenamiento nacional. Plantey²¹¹ al igual que José Carlos Fernández Rozas²¹² opinan que la infracción del orden público internacional no equivale a la infracción de una norma jurídica interna, aunque se trate de normas imperativas, ya que no toda infracción de norma imperativa es cuestión del orden público, y así, el matiz en que se concreta, es que la

²⁰⁹ Ogarrío, Alejandro, El procedimiento arbitral. En L. Pereznierto Castro, L. (Comp.), *Arbitraje comercial internacional*, Fontamara México, 2000, pp. 75-94.

²¹⁰ Roca Aymar, José Luis, El arbitraje en la contratación internacional, ESIC, Madrid, 1994, p. 35.

²¹¹ Plantey, Alain, El arbitraje internacional en un mundo de cambio. En J. F. Bourque (Edt.), *El arbitraje comercial internacional: suplemento especial*, Cámara de Comercio Internacional, París, 1995, pp. 7-24.

²¹² Fernández Rozas, José Carlos, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, p. 52

vulneración solo será procedente cuando el árbitro haya pronunciado a su laudo con evidente infracción de los Derechos fundamentales.

Lo expresado anteriormente posee dos connotaciones, la primera, es cuando la excepción de orden público implica una contradicción manifiesta con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente una mera diferencia de contenido, y en segundo lugar, la relatividad en el tiempo, pues la excepción de orden público está afectada decisivamente por este factor o, si se quiere, la necesidad de imponer el principio de actualidad del orden público en el momento en que el juez deba reconocer y ejecutar un laudo arbitral internacional contrastándolo con los valores fundamentales de su ordenamiento y el ordenamiento internacional en el momento de efectuar esta operación, dado que se ha comprobado que el orden público internacional proviene igualmente de normas que no tienen carácter imperativo sino de principios que se desarrollan en el ámbito nacional e internacional, o según, la materia a tratar como lo es el comercio internacional²¹³.

El árbitro se rige por la delimitación del objeto de la misión fijada por las partes²¹⁴, entre las que se destacan: 1) la escogencia tácita de ley sustancial a partir de los usos y costumbres mercantiles imperantes; 2) la escogencia tácita de ley sustancial a partir de la incorporación en las cláusulas del contrato, de las normas de un sistema jurídico determinado; 3) escogencia tácita de ley sustancial a partir de la interpretación de la relación comercial específica de las partes y 4) la escogencia de la sede del foro o del tribunal de arbitramento, como selección implícita de la ley sustancial de dicho foro o sede²¹⁵. Por lo tanto, al estar en medio de transacciones internacionales, sujetas a posibles litigios, laudos y sentencias extranjeras con eventualidad de surtir efectos jurídicos en varios países, se exige para su reconocimiento y ejecución en determinado territorio que la relación contractual que soporta el contrato no atente contra el orden público internacional. El binomio arbitraje y orden público ha recreado crudas batallas de antaño, en donde el Estado busca como proteger

²¹³ Racine, Jean-Baptiste, Las normas que estructuran el orden público en el arbitraje comercial internacional. En E. Loquin & S. Manciaux (Eds.), *El orden público y el arbitraje*, Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, 2015, pp. 3–35.

²¹⁴ Courdier-Cuisinier, Anne-Sylvie & Grayot-Dirx, Stéphanie, Los Árbitros Enfrentados a La Violación Del Orden Público. En E. Loquin & S. Manciaux (Eds.), *El Orden Público y El Arbitraje*, Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, 2015, pp. 79–99.

²¹⁵ Zuleta Alarcón, Nicolás Andrés, “Un Estudio Normativo y Económico Al Pacto de La Cláusula de Derecho o Ley Aplicable Al Contrato En El Ordenamiento Jurídico Colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 49, 2013, pp. 1–30.

su propio ordenamiento jurídico y sobre todo evitar la cesión de soberanía que ha presentado en los últimos tiempos al verse evidenciado por la falta de capacidad de resolver litigios privados de orden internacional.

Entonces, el Estado se ha servido del concepto de orden público, sin embargo, la sociedad internacional, ha encontrado la solución en el auténtico orden público con un carácter internacional que representa el legítimo freno a la posible extrema autarquía del órgano jurisdiccional y que a la vez limita a la autonomía de la voluntad, siendo garantía de justicia en el arbitraje internacional, esto es el tono positivo que puede rescatarse, a pesar que muchos lo ven como una limitante o un recurso de protección, así lo comparte Zappalá²¹⁶. El auténtico orden público internacional permite disponer de todas las cualidades del arbitraje internacional y limitarlo de sus eventuales abusos²¹⁷, además que, existe consenso internacional en cuanto a que los Estados están obligados a reconocer la validez del acuerdo arbitral y en cuanto a los motivos que pueden fundar la nulidad de un laudo o la denegación de su reconocimiento y ejecución, empero, es tendencia contemporánea una herramienta que ha venido resultando efectiva para fortalecer el apoyo al arbitraje internacional, consiste en que los jueces de un país permitan el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas de su propio Estado²¹⁸, esto es un ejemplo claro de la nueva configuración del orden público internacional, lo que permite la flexibilización de posturas rígidas frente a la práctica del comercio internacional. Debe tomarse en cuenta que el arbitraje comercial internacional se ha venido desarrollando con ímpetu en América Latina, donde aún tiene muchísimo espacio para crecer. A fin de que esto suceda se requiere, de parte de las autoridades nacionales, una actitud aún más abierta hacia el arbitraje, sin por ello dejar de lado la protección de los intereses fundamentales de sus respectivos países, la clave está hallar el punto de equilibrio.

Todo parece indicar que, en la actualidad, las vicisitudes relacionadas con el problema de las distinciones entre lo arbitrable y lo no arbitrable conjuntamente con las complejidades concernientes con el tema de cuál es el Derecho aplicable, pueden posiblemente verse resueltas a partir de una

²¹⁶ Zappalá, Franceso, op. cit., nota 14, p. 23.

²¹⁷ Roldán Pardo, Juan Felipe, "El Estado Del Arte Del Concepto de Orden Público Internacional En El Ámbito Del Derecho Internacional Privado y El Arbitraje Internacional." *Revista de Derecho Privado*, núm. 44, 2010, pp. 1–30.

²¹⁸ Albornoz, María Mercedes, "La Tendencia a Favorecer El Desarrollo Del Arbitraje Comercial Internacional Mediante El Debilitamiento de Las Normas Internacionalmente Imperativas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 139, 2014, pp. 13–38.

definición consensuada del concepto del orden público internacional²¹⁹. Juan Carlos Montalvo Abiol²²⁰, refuerza estas posturas, dado que considera que orden público nunca debe constituir la causa que justifique el límite o restricción de libertades, sino el ejercicio de estas con plenas garantías, por tanto, las limitaciones por razón de orden público se establecerían para favorecer la plena vigencia de los valores básicos que constituyen el ordenamiento jurídico constitucional nacional e internacional.

Para concluir con estas reflexiones es preciso tomar en cuenta que en el ámbito del arbitraje, la excepción del orden público, se enfrentara con la diversidad de Derechos aplicables a partir de la autonomía de la voluntad, por tanto, la apertura que otorguen los Estados a estos dará pauta para una mejor configuración de un concepto y aplicación del orden público internacional, tomando en cuenta que los laudos son una manifestación de la autonomía conflictual, además que hoy en día se ajusta a unos parámetros de calidad, coherencia y seguridad jurídica que en muchas ocasiones no se encuentran en el Derecho estatal.

Aportes y Resultados

Como aporte fundamental de esta investigación debe tenerse que el orden público internacional constituye una institución central dentro del Derecho Internacional Privado y siempre ha despertado ardoroso debate, tanto por su similitud lingüística con la figura del orden público nacional y la ambigüedad en los parámetros para su implementación y definición por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

En este sentido, debe entenderse que orden público internacional difiere de orden público nacional. El primero viene a ser una excepción para la aplicación de una Derecho extranjero, mediante el que se descarta en razón del contenido material de la ley foránea, ya que de aplicarse podría ocasionar perturbaciones en el ordenamiento jurídico del foro. En otras palabras, la diferencia radica en que el orden público interno es el conjunto de reglas de carácter imperativo que no logran ser descartadas o desconocidas por la autonomía de la voluntad de las partes, mientras que el orden público internacional es toda excepción,

²¹⁹ Betancourt, Julio César, "Libertad de Contratación, Orden Público y Sus Repercusiones En El Marco de La Arbitrabilidad", *Indret: Revista Para El Análisis Del Derecho*, núm. 2, 2012, pp. 1–31.

²²⁰ Montalvo Abiol, Juan Carlos, "Concepto de orden público en las democracias contemporáneas", *RJUAM*, núm. 22, 2010, pp. 197–222.

reserva, o autodefensa que tiene todo ordenamiento jurídico positivo para rechazar la aplicación de una norma extranjera competente cuya aplicación en el Derecho interno del foro violaría principios o Derechos fundamentales en su sistema legal. De manera más clara, debe entenderse como una autodefensa en el Derecho Internacional Privado judicial frente a un negocio jurídico el cual emerge casuísticamente, es estrictamente pretoriano, lo detecta el juez, que constata que la aplicación de una ley extranjera o de un tratado actuando o aplicándose como ley extranjera, es violatorio.

Si bien es cierto que el orden público nacional es el núcleo, el aspecto central y más sólido y perdurable, del orden social. Es el conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como no negociables. Sin embargo, en el plano internacional su interpretación y aplicación no debe someterse a tal rigurosidad frente a la facultad de las partes en escoger un Derecho extranjero aplicable a su contrato internacional, a pesar que este funcione como límite al desarrollo de la autonomía de la voluntad; en este sentido la función principal del orden público internacional es controlar el resultado alcanzado sobre el Derecho extranjero, es decir, constituye el instrumento para corregir la eventual incompatibilidad en la selección del Derecho en cuanto al contenido de este Derecho. De esta forma, el Estado del foro controla el Derecho aplicable y determina las condiciones, los límites y el alcance de la autonomía de las partes en los contratos internacionales.

Entonces, la función del orden público nacional e internacional son diferentes, por tanto, el órgano jurisdiccional no debe entenderlo como sinónimos al resolver la aplicación de un Derecho extranjero, en un contrato internacional; en este sentido lo debe consagrar expresamente las legislaciones nacionales, para evitar las interpretaciones arbitrarias del judicial, en sentido que estas deben ser más restrictivas frente a la autonomía conflictual y contratos internacionales, lo que significa despojar al juez de conceptos arraigados en tradicionalismos jurídicos que deprecian los sistemas continentales de Derecho.

Bibliografía

- Albornoz, María Mercedes, “*La Tendencia a Favorecer El Desarrollo Del Arbitraje Comercial Internacional Mediante El Debilitamiento de Las Normas Internacionalmente Imperativas*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 139, 2014.
- Balestra, Ricardo, *Derecho internacional privado*, 3ra ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- Barcia Rodríguez, Sonia, Piloso Moreira, Verónica, Chávez Castillo, José & Vargas Rodríguez, Patricio, “Algunas observaciones sobre el Derecho Internacional Privado”, *Dominio de Las Ciencias*, núm. 4, vol. 2, 2016.
- Betancourt, Julio César, “Libertad de Contratación, Orden Público y Sus Repercusiones En El Marco de La Arbitrabilidad”, *Indret: Revista Para El Análisis Del Derecho*, núm. 2, 2012.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luís, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2, vol. 1, 2009.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, 1958, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>
- Courdier-Cuisinier, Anne-Sylvie & Grayot-Dirx, Stéphanie, *Los Árbitros Enfrentados a La Violación Del Orden Público*. En E. Loquin & S. Manciaux (Eds.), *El Orden Público y El Arbitraje*, Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, 2015.
- Cremades, Bernardo María., “Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York”, *Revista peruana de arbitraje*, núm. 1, 2005.
- De Rosas, Pablo Enrique, “Orden público internacional. Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 22, 2003.
- Espinoza Quintero, Leonardo, “Principio de Autonomía de la Voluntad e instrumentos de carácter internacional en el sistema jurídico colombiano”, *Civilizar ciencias sociales y humanas*, Bogotá, núm. 16, vol. 19, enero-junio de 2009.
- Esplugues Mota, Carlos & Iglesias Buhigues, José Luis, *Derecho internacional privado*, 5ta ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Fernández Rozas, José Carlos, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008.
- Fiore, Pasquale., *Derecho internacional privado o principios para resolver los conflictos entre las leyes civiles, comerciales, judiciales y penales de los diversos estados*, F. Góngora y Cía., Madrid, 1889.
- Fulli-Lemaire, Samuel. & Rojas Tamayo, Daniel, “Aplicación de la ley extranjera en el derecho francés. Régimen procesal”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 19, 2010.

- García Castillo, Tonatiuh, La lex contractus en los contratos internacionales. En R. Méndez Silva (Ed.), *Contratación y arbitraje internacionales*, UNAM, México: 2010.
- Gómez Segade, José Antonio y García Vidal, Ángel, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- González de Cossío, Francisco, “Orden público y arbitrabilidad: Dúo-Dinámico del arbitraje”, *Revista Auctoritas Prudentium*, núm.1, 2008.
- Jacquet, Jean-Michel, El orden público transnacional. En E. Loquin & S. Manciaux (Eds.), *El orden público y el arbitraje*, Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, 2015.
- Jarrosson, Charles, La intensidad del control del orden público. En E. Loquin & S. Manciaux (Eds.), *El orden público y el arbitraje*, 2da ed., Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, 2016.
- Kegel, Gerhard, *Derecho internacional privado*, 4ta ed., Ediciones Rosarista, Bogotá, 1982.
- Leible, Stefan, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, Madrid, núm. 1, vol. 3, Marzo 2011.
- Mantilla Rey, Ramón, *Apuntes de derecho internacional privado: parte general*, 2da ed., Temis, Bogotá, 1982.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Tratado de derecho internacional privado*, Temis, Bogotá, 2016.
- Montalvo Abiol, Juan Carlos, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *RJUAM*, núm. 22, 2010.
- Moreno Rodríguez, José Antonio, Orden público y arbitraje: algunos pronunciamientos recientes y llamativos en Europa y Mercosur. En J. Oviedo Albán, (Coord.) *Derecho comercial en el siglo XXI*, Editorial Temis Bogotá, Colombia, 2008.
- Ogarrío, Alejandro, El procedimiento arbitral. En L. Pereznieto Castro, L. (Comp.), *Arbitraje comercial internacional*, Fontamara México, 2000.
- Ortiz Vidal, María Dolores, *Contratación Internacional y espacio jurídico europeo: el principio de proximidad en el Reglamento de Roma I* (Tesis Inédita de doctorado), España, Universidad de Zaragoza, 2012.
- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 2005.
- Oviedo Albán, Jorge, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Revista colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, núm. 21, julio - diciembre de 2012.
- Pérez Solft, Iván, “¿Orden Público Internacional Vs Orden Público Interno y Buenas Costumbres?” *IUS: Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 2012.
- Plantey, Alain, El arbitraje internacional en un mundo de cambio. En J. F. Bourque (Edt.), *El arbitraje comercial internacional: suplemento especial*, Cámara de Comercio Internacional, París, 1995.

- Racine, Jean-Baptiste, Las normas que estructuran el orden público en el arbitraje comercial internacional. En E. Loquin & S. Manciaux (Eds.), *El orden público y el arbitraje*, Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, 2015.
- Ravassa Moreno, Gerardo José, *Derecho Mercantil Internacional. Principios y Normas*, Ediciones Doctrina y Ley, 2da Ed, Colombia 2004.
- Roca Aymar, José Luis, *El arbitraje en la contratación internacional*, ESIC, Madrid, 1994.
- Rodríguez Meneses, Carolina, *¿El orden público es una limitante a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos internacionales?* (Tesis Inédita de Maestría en Derecho Empresarial). Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, 2015.
- Rodríguez, Mónica Sofía, “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”, *Revista Científica de UCES*, núm. 1, vol. XV, 2011.
- Roldán Pardo, Juan Felipe, “El Estado Del Arte Del Concepto de Orden Público Internacional En El Ámbito Del Derecho Internacional Privado y El Arbitraje Internacional.” *Revista de Derecho Privado*, núm. 44, 2010.
- Salmón Gárate, Elisabeth, “El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, *Themis*, núm. 51, 2005.
- Siqueiros, José Luis, Los principios de UNIDROIT como normativa aplicable por los árbitros en controversias comerciales internacionales. En, F. Mestre & P. De Seume (Eds.), *Los principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT), Roma, 1998.
- Trochez Rosales, Carlos Alberto & Gamboa Morales, Nicolás, *El arbitraje comercial internacional y los derechos nacionales* (Tesis Inédita de Maestría), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- Varón Mejía, Antonio, “Orden público internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la comisión de derecho internacional y la Convención de Viena de 1969”, *Diálogos de Saberes: Investigaciones y Ciencias Sociales*, núm. 32, 2010.
- Zappalá, Francesco, “Arbitrato Internazionale e Ordine Pubblico Internazionale. Origine, Problematica e Teoria Conflittualistica”, *Criterio Jurídico*, núm. 22, vol. 14, 2014.
- Zappalá, Francesco, “Auténtico orden público internacional desde la óptica del arbitraje internacional”, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, 2015.
- Zuleta Alarcón, Nicolás Andrés, “Un Estudio Normativo y Económico Al Pacto de La Cláusula de Derecho o Ley Aplicable Al Contrato En El Ordenamiento Jurídico Colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 49, 2013.

Resumen

La interdependencia, manifestación de la globalización financiera y comercial de las grandes empresas transnacionales ha logrado que los Estados se subsuman a sus intereses, particularmente cuando han aplicado una política económica en sus espacios de soberanía y jurisdicción con nuevas reglas nacionales (derecho interno) y aceptado las nuevas reglas que los organismos internacionales financieros y comerciales vía negociaciones y contratos internacionales han propiciado la avasalladora fuerza de las empresas transnacionales.

Palabras clave: globalización, derecho, empresas transnacionales, interdependencia y sujetos internacionales.

Abstract

The interdependence, the manifestation of the financial and commercial globalization of transnational corporations, has succeeded in ensuring that States subsume their interests, particularly when they have applied economic policy in their sovereignty and jurisdiction spaces with new national rules (domestic law) and accepted the new rules that the international financial and commercial organizations through negotiations and international contracts have propitiated the overwhelming force of transnational corporations.

Key words: globalization, law, transnational companies, interdependence and international subjects.

* Doctor en Relaciones Internacionales. Docente- investigador de tiempo completo, titular "C" en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias.

Introducción

En la participación de los diversos actores, incluyendo desde luego al Estado, hoy el mundo vive una total interdependencia en todos los aspectos, de manera que por el achicamiento y cercanía que provocan las tecnologías de la información y las transportaciones, además de las innovaciones tecnológicas del intercambio. Sin embargo, por parte de las potencias económicas, el realismo político en sus fase de geopolítica no ha desaparecido para guiar y ejercer sus intereses nacionales, con la diferencia que ahora este realismo político, es decir, la geopolítica la ejercen más las grandes empresas transnacionales, de manera, que la teoría de la interdependencia y el realismo político, hoy combinados, es el marco que explicaría un tema relevante de nuestros días: el poder de las empresas transnacionales, la globalización y su incidencia en el derecho internacional. En esta visión de interdependencia combinada con la *realpolitik* (realismo político) que explican la geopolítica, observamos como en nuestros días como causa y efecto de la globalización económica otros actores internacionales se han alzado para competir, para apoyarse o bien para coludirse con el Estado, tales son las empresas transnacionales; en un primer caso, aprovechan su status micro para justificar que la competencia internacional es de las empresas y no de los Estados; en un segundo caso aprovechan el espacio que los Estados les ofrecen a través de espacios territoriales para realizar sus negocios e inversiones, espacios jurídico-políticos, etc. y en un tercer caso en colusión con el Estado subsumen a éste para imponer sus condiciones macro y micro, y es aquí donde se evidencian sus influencias, inducciones y hasta su tecnopoder o poder de la tecnología.

No podemos dejar de lado que las grandes empresas transnacionales, cuya denominación es producto de las diferentes etapas por las que ha atravesado el capitalismo; así por ejemplo a finales del siglo XIX y principio del XX se les denominó Monopolios Extranjeros porque su proceso iba de la mano todavía con los imperios territoriales; en el período entre-guerras del siglo XX y posterior a la Segunda guerra Mundial se les conoció como empresas multinacionales por la relación en la estructura económica internacional Norte-Sur, y por ende la relación matriz –filial o matriz-sucursal. En la crisis del capitalismo de la década de los setenta del siglo XX, debido al proceso innovador de la transnacionalización del capitalismo se les conoció como empresas transnacionales por ser ellas las arietes de la transnacionalización de capitales a través de sus inversiones extranjeras (directas, de crédito y financieras); ya en la década de los noventa y hasta nuestros días se les denomina empresas globales y corporaciones globales porque son el artífice de la globalización de todo tipo, produciendo y conduciendo las cadenas globales de valor agregado, privilegiando desde luego lo económico, además por

las características que adquieren sus estructuras, sus funciones, formas de operar, regulaciones jurídicas internacionales, relaciones de poder y las cadenas de valor agregado. No se puede hablar de una manera pura de las denominaciones porque en el capitalismo internacional al unísono coexisten y conviven las diferentes tipos de empresas extranjeras según sus relaciones que realicen de acuerdo a la estructura del mundo actual: países potencia, nuevas potencias, países emergentes y país subdesarrollados; lo que si es un hecho, y evidencias existen al respecto, es la relación de poder que ejercen estas empresas extranjeras, sobre todo en la fase actual del capitalismo. La relación del Estado-nación contemporáneo no se explica sin tomar en cuenta la relación que lleva cabo con esas empresas extranjeras y éstas no se explican sin el espacio que el Estado les promueve, les propicia y les abre para sus propósitos de producción, innovación, rentabilidad y ganancia y su vinculación en cuanto al poder político. En el terreno político y jurídico estas grandes empresas realizan como forma constante sus operaciones extraterritoriales, lo que aparentemente las desmetropoliza (sin metrópoli o país de origen) o, es decir, carecen, aparentemente, de territorio nacional de origen pero si de destino. En la guerra fría, espacio-tiempo en donde redundó la relación Norte-Sur, las empresas trasnacionales fijaban su postura de poder al unísono con los países del Norte para imponer sus direcciones de comercio, finanzas y ganancias hacia el Sur; pero hoy con las innovaciones tecnológicas su circulación ya no es solamente Norte- Sur, sino Norte-Norte. Sur-Sur y Sur-Norte, para lo cual han inducido al Estado no solamente a la relación tradicional entre Estados, sino han obligado a que las instancias internas del Estado salgan y se incorporen a las negociaciones internacionales de las empresas extranjeras a través no de tratados internacionales sino a través del nuevo paradigma llamada cooperación internacional, donde ellas presumen de lo privado para contratar de múltiples formas sus negocios, inversiones y comercio, es decir los *contratos internacionales*.

El Estado Hoy

Hoy, el Estado en general y en todas partes del mundo está realizando cambios y reformas en sus sistemas económicos, fiscales, hacendarios, laborales, etc. que le permiten mantener la nueva soberanía relativa y compartida, para lo cual establece constantes negociaciones de su status; pero en consonancia, en relación y favorables a las empresas transnacionales. En la realidad existente de mercado en la que se ha subsumido el Estado se han creado, a nivel internacional y nacional, una serie de marcos jurídicos que en todo sentido y en todo lo que significan las normatividades que imponen las empresas transnacionales y afectan la producción, el comercio, el consumo, estableciendo nuevas relaciones sociales y en donde, las empresas trasnacionales conjuntamente con el Estados

resuelven a favor de las primeras para la acumulación de capital, por lo que hoy las leyes de comercio, de hacienda, fiscales, laborales, de educación, etc. son de índole transnacional, donde la jurisdicción nacional se ha ido vulnerando, que en palabras sintetizadas nos habla del Estado transnacional y transnacionalizado, como parte de la globalización.

En tiempos pasados, el principal sujeto de las relaciones internacionales era indiscutiblemente el Estado, con toda la carga que ello significaba, llámese poder o soberanía, elemento constitutivo del mismo que le permite tomar decisiones. Actualmente, y por cuenta de la globalización, han entrado en escena nuevos actores que disputan cuotas de poder a los Estados sin la aplicación de las viejas reglas protocolarias. Así, encontramos las empresas multinacionales, las que con su manejo de grandes capitales mantienen en permanente inseguridad a las economías, especialmente, las emergentes. La brecha entre países desarrollados y los llamados en vías de desarrollo, es cada día mayor y más difícil de recortar. El problema se agrava cuando en la conformación de bloques, generalmente participan los más fuertes económicamente y son ellos los que imponen el orden económico internacional¹²¹.

Los escenarios de la geopolítica han cambiado. La tecnología, la desideologización, consecuente al fin de la llamada Guerra Fría, implican una transformación del fenómeno de la guerra. La tendencia a internacionalizar los conflictos en un mundo globalizado es irreversible y en tal virtud las últimas guerras han contado con la participación de países aliados de los Estados Unidos, que con el pretexto de luchar contra un enemigo común, se han enfrascado en conflictos demasiado costosos desde el punto de vista económico y político. Como si fuera poco, a los nuevos actores de la geopolítica se han sumado en los últimos años, algunos problemas para los que al parecer no estábamos preparados y que ahora pasaron a integrar la lista de los estudios en geopolítica²²². Las guerras que pretendían territorio como objetivo militar solamente han sido desplazadas por el uso apropiado de tecnología a la que tienen acceso las potencias que buscan hegemonía global. *La geopolítica ya no recurre a las armadas invencibles para lograr la expansión territorial, pues los capitales transnacionales no requieren vulnerar los bordes territoriales ni las fronteras políticas para cumplir los grandes objetivos para la*

²²¹ José Luis Cadena Montenegro. "De la geopolítica a la geoconomía: ¿Una forma virtual de colonización?". *Revista CIFE Vol 12 No. 16. Ediciones IUSTA*. Universidad de Santo Tomás, Facultad de economía, Bogotá, Colombia 2000, p. 87 <http://revistas.usta.edu.co/index.php/cife/article/view/781>

²²² José Luis Cadena Montenegro, Ph.D. "De la geopolítica a la geoconomía: ¿Una forma virtual de colonización?". *Op. Cit.* p.12

*consolidación hegemónica y la geoestrategia dejó de ser una especialidad militar para dar paso a la imaginación de los economistas y asesores de las transnacionales dueñas de inmensos capitales que por ahora se interesan más en los recursos naturales que en las áreas propicias para operaciones de ataque o de defensa*²²³.

Globalización y significados

El concepto globalización tiene relación directa con la espacialidad de los procesos y las relaciones sociales, lo que condujo a la utilización de una gran cantidad de metáforas espaciales para intentar describirlo: desterritorialización, flujos espaciales, 'glocalización, compresión espacio-temporal, diáspora, redes territoriales, tiempos reales. A dichas metáforas se suman otra cantidad de prefijos que buscan denotar las localizaciones de los procesos: sub, supra, inter, infra, trans. Sin embargo, en la gran mayoría de interpretaciones, las transformaciones socio-históricas suceden en una espacialidad dada, en donde las relaciones y los procesos socio-históricos se inscriben o ubican, o simplemente se reflejan, impactan en un espacio social; lo espacial aparece como un residuo al final de la cadena de interpretación de los cambios sociales en el devenir histórico²²⁴. Esto explica, la transnacionalidad producto del rompimiento de las fronteras nacionales por parte de las empresas transnacionales, como veremos más adelante en cuanto al contexto de su nominación, lo que significa ir más allá del Estado-nación ya sea hacia afuera: integraciones, bloques y configuración de otros espacios territoriales para sus inversiones; hacia adentro, esto es, internalizarse en los Estados-nación, en los gobiernos locales y en las regiones, etc. “Las prácticas espaciales y los discursos que las agencian se encuentran inmersos en medio de unas relaciones de poder, que hoy más que nunca permean todas las escalas o fronteras geográficas. En este panorama, las metamorfosis de la cuestión espacial en los actuales momentos transitan por la des-territorialización de las fuerzas del capital que busca superar las barreras que limitan su despliegue y movimiento incesante en busca de beneficio, renta o interés (permanente compresión espacio-temporal), que implica un despliegue simultáneo de una novedosa forma re-territorializada dominada y disciplinada desde el Estado y otras formas de regulación (el miedo del colapso nuclear final, la moneda, los medios masivos de comunicación, la

²²³ Lasso, R. (2002). *Dimensiones de la globalización. Algunos avances teóricos generales*. México D.F.: Momento Económico, Universidad Nacional Autónoma de México. Idem p. 12. *Las cursivas son mías*

²²⁴ Edgar Novoa. “Elementos para una geopolítica de la diferencia en tiempos de globalización”, en Novoa, E. Agosto de 2013. Elementos para una geopolítica de la diferencia en tiempos de globalización. Palabra Clave 16 (2), 313-340. Universidad de la Sabana. Palabra Clave <http://palabraclave.unisabana.edu.co/index.php/palabraclave/article/view/3188/316>

amenaza terrorista), para imponer una nueva lógica y racionalidad de la producción y reproducción social, en medio de un contexto de desenvolvimiento social en donde se intenta contener el incesante proceso de desterritorialización/reterritorialización social, que frente a esa doble tenaza impuesta por el capital y todas las formas de reterritorialización del mando busca en su diversidad esencial un espacio 'heterotopo', un 'tercer espacio', un 'espacio empoderado', un nuevo lugar en el no lugar del despliegue capitalista”²²⁵, conducido más que por los Estados por las empresas transnacionales. “Dos trayectorias o dinámicas del actual proceso de reestructuración económica, política y social se entrecruzan en la aceleración espacio-temporal: la introducción de innovaciones tecnocientíficas en el proceso productivo en general y la financiarización de la economía. El desarrollo técnico y científico, la tecnociencia actual, alcanzó un alto grado de refinamiento que contribuyó al desarrollo de nuevas formas de disciplina productiva y social y, de manera directa, hacia la hegemonía del valor de cambio en la sociedad, la constitución de la fábrica difusa. La introducción de innovaciones tecnológicas y de gestión del trabajo en el proceso productivo siempre ha sido una de las principales fuentes de la reestructuración capitalista; las innovaciones tecnológicas sirven simultáneamente para la producción/valorización, para la dominación y el mando del trabajo vivo, el aumento de la productividad del trabajo y el ejercicio de la disciplina y el mando sobre el mismo trabajo”²²⁶.

Empresas transnacionales

Ya desde el siglo XIX las corporaciones que tenían fijo su propósito de apropiarse de lo global encuentran su punto de referencia en el expansionismo de Estados Unidos como lo comprueban las declaraciones de sus socios, como son los voceros del poder político estadounidense. Si bien en la evolución de las llamadas, en su momento, compañías extranjeras se apropiaban de los territorio donde su patrocinadores de las potencias en términos de emperadores le imponían la homologación de leyes, virtudes y defectos, usos y costumbres de las metrópolis, estructuras y funciones institucionales, especialmente las militares para asegurar los activos de los nuevos territorios colonizados Tal es el caso del imperialismo territorial y la colonización); hoy en día esas compañías, permutadas por el capitalismo del cual son su eje central, trascienden a los Estados modernos para abarcar lo transnacional y lo supranacional, lo primero porque rompe con lo clásico de la economía internacional porque ya no sólo es intercambio entre los Estados a nivel internacional, sino va de lo externo a lo interno y de lo interno

²²⁵ Edgar Novoa. “Elementos para una geopolítica de la diferencia en tiempos de globalización” Op. Cit.

²²⁶ Edgar Novoa. “Elementos para una geopolítica de la diferencia en tiempos de globalización” Op. Cit.

a lo externo; y lo segundo, porque se alzan sobre los Estados modernos para subsumir a los mismos u otros actores y e inauguran lo posmoderno que la ET representan.

Por otro lado, las multinacionales difunden las políticas porque, en el fondo, la política va estrechamente ligada a la economía. Los gobiernos de los países se preocupan por la economía, y no hay mayor entidad económica que una gran multinacional. La voluntad de las empresas se ve muchas veces plasmada en las políticas que adoptan los Estados y los organismos internacionales²²⁷.

Un elemento más de las empresas transnacionales es la deslocalización que consiste “en trasladar ciertas actividades o procesos de una empresa a otras zonas, buscando una mayor rentabilidad para dichas tareas. Se pueden deslocalizar actividades que requieren de alta cualificación, como procesos informáticos, ingeniería o servicios avanzados, pero lo más normal es que se deslocalicen las tareas más sencillas y por las que se puede pagar un menor salario”²²⁸. Podemos ver el fenómeno de la deslocalización, y observamos que se ha producido en dos fases diferentes. Primero ha tenido lugar una deslocalización de las multinacionales occidentales desde los espacios centrales (lo que podemos denominar La Tríada económica), hacia los espacios periféricos (el espacio del Sur, con los países subdesarrollados, en desarrollo y emergentes). Después, observamos una “segunda fase de deslocalización”, en la que las empresas más grandes de las regiones emergentes trasladan algunas de sus funciones (las más básicas y que menos valor añadido aportan) a zonas menos desarrolladas²²⁹.

La empresa transnacional, su denominación y evolución en el capitalismo

La empresa transnacional por su nombre, contenido y tendencia ha atravesado por diferentes etapas al unísono con la evolución del capitalismo por varias razones: en la historia del capitalismo las corporaciones han inducido a que el capitalismo de libre competencia divida al mercado mundial en mercados nacionales porque esto responde a la ganancia y la plusvalía creciente; de aquí que el concepto de internacional es un concepto que hace alusión al intercambio de bienes productos y servicios entre los Estados-nación, de manera que a finales del siglo XIX y principios

²²⁷ Juan Pérez Ventura. “Las multinacionales”. <http://elordenmundial.com/economia/empresas-multinacionales/> 5 abr, 2013 · <http://elordenmundial.com/economia/empresas-multinacionales/> . p.7

²²⁸ Ibidem

²²⁹ Juan Pérez Ventura. “Las multinacionales”. Op. Cit.

del XX el nombre de *Monopolios Extranjeros*²³⁰, en donde la teoría fundamental es la de excedentes y exportación de capitales por cuanto estos monopolios requieren de otros mercados –nacionales– para incrementar sus ganancias. Para fundamentar esta etapa, nominación y finalidades de ganancia, autores intérpretes de Marx llamados marxistas sentaron las bases teóricas de análisis de dicha etapa²³¹.

En la etapa inter-guerras y posterior a la segunda guerra mundial (1918- 1970) aparece el nombre de *Empresa Multinacional*, porque estas empresas poseen una relación vertical entre la casa matriz y las llamadas sucursales; las matrices por lo general se localizan en los países centrales o industrializados de aquel entonces y las sucursales por lo general están ubicadas en los países del “tercer mundo”. Esta relación, además que se prolonga en gran parte durante la guerra fría, responde a los nuevos procesos productivos, de un bien o producto diferente para cada mercado nacional por parte de la matriz, además de la organización empresarial en sus estructura y funciones imponen esa misma a las sucursales, y lo más importante, las ganancias obtenidas en las sucursales las llevan a las casas matriz. En la medida que la relación matriz–filial subsiste, la matriz industrializa las materias primas que extrae de los países donde se localizan las filiales o sucursales, de manera que la asimetría de valor entre las materias primas y los bienes o productos industrializados permite crear una relación de dependencia entre países industrializados y los países del llamado tercer mundo²³². Esta relación se amplía en la guerra fría, porque en este período impera la relación Norte-Sur, y que para los marxistas es la relación de Centro-Periferia²³³. En esta relación Norte-Sur, el Norte son los países desarrollados donde se ubican las más importantes empresas multinacionales y en el Sur se localizan las empresas sucursales o filiales²³⁴.

²³⁰ Véase: Bujarin Nicolai, La economía mundial y el imperialismo. Cuadernos de pasado y presente y V. I Lenin, El Imperialismo, fase superior del capitalismo (ensayo popular9. Ediciones en lenguas extranjeras, Pekin 1975, Primera edición 1966 (4ª. Impresión)

²³¹ Ibidem

²³² Mattelart, Armand. *Multinacionales y sistemas de comunicación, Siglo XXI, México 1977*. Ruy Marini, **América Latina, dependencia y globalización, Antología**, ISBN 978-958-665-109-7

Bogotá: Siglo del Hombre - CLACSO, 2008, 292 páginas, y Teotonio do Santos *Economía Mundial, Integração Regional e Desenvolvimento Sustentável*, Ed. Vozes, Brasil - publicado también como *Economía mundial y la integración latinoamericana*, Ed. Plaza y Janés. 2004

²³³ Samir Amín, “Capitalismo, imperialismo, mundialización”, Les défis de la mondialisation. París, L’Harmattan, 1996 Nikos http://www.ehu.es/Jarriola/Docencia/EcoInt/Lecturas/Samir%20Amin_capitalismo%20imperialismo%20mundializacion.pdf

²³⁴ “Etapa de consolidación de las *Empresas Multinacionales* (1914-1945). La Primera Guerra Mundial ocasionó innumerables modificaciones en la estructura y el funcionamiento de la economía internacional que dejaron sentir sus efectos en la evolución de las EM. A pesar de la crisis económica internacional desencadenada en

En la década de los setenta, varios eventos y conflictos internacionales provocan la gran crisis del capitalismo mundial: la crisis petrolera, la guerra de Vietnam, los déficit fiscales de Estados Unidos y la reconstrucción y por ende, la consolidación de los nuevos competidores de Estados Unidos como Europa Occidental y Japón. Esta crisis del capitalismo provocó que la re-estructuración de las empresas multinacionales al iniciar lo siguiente: nuevas estrategias de competencia, acrecentar la relación Norte-Sur, innovaciones tecnológicas y nuevos proceso productivos; pero lo más sobresaliente fue romper las fronteras nacionales para dar cabida a la transnacionalización de capitales, y de aquí las empresas se denominarán *Empresas Transnacionales*, correspondiendo a la transnacionalización del capitalismo, en donde además de los bienes y productos materiales conducidos por la inversiones extranjeras directas se irán imponiendo los capitales indirectos, particularmente los bursátiles, los bancarios y los financieros en general, que indudablemente ayudarán a los países centrales a superar sus crisis²³⁵.

Por la crisis de la deuda de los países latinoamericanos, de los africanos y algunos asiáticos; por la decisión de Estados Unidos en conjunción de su aliado natural Inglaterra crean estrategias empresariales mediante el rescate del liberalismo radical a través del libre mercado, libre empresa y libre competencia; es decir, el mercado se eleva a su máxima potencia, a los países latinoamericanos se les condiciona su crecimiento en la aceptación en la década de los ochenta del ajuste estructural y en la década de los noventa a través del Consenso de Washington, que en términos político-económicos no era más que los grandes dirigentes de las empresas transnacionales conjuntamente con las élites gobernantes logran seguir condicionando las políticas económicas de los países de menor desarrollo. Esta etapa del capitalismo inaugura un capitalismo global que coincide con el colapso de la Unión de Repúblicas Socialistas (URSS) y después de ello, se creará la Unión Europea, los Tratados de Libre Comercio, la renovación de ciertos organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio en lugar del Acuerdo de Aranceles y Tarifas Internacionales y la imperiosa forma de inducción de los créditos y cuotas del Fondo Monetario Internacional; por todo ello la empresa transnacional el nombre lo cambia hacia la *Empresa global* y *Corporación global* por las siguientes razones: 1) establece alianzas inter-empresariales a nivel mundial, 2) acelera las innovaciones tecnológicas en

1929, o tal vez debido a ella, durante el periodo de entreguerras el fenómeno de las EM se consolidó de modo definitivo". Calduch, R." CAPÍTULO 12. Los actores transnacionales (II): las empresas multinacionales". *Relaciones Internacionales*.- Edit. Ediciones Ciencias Sociales. Madrid, 1991. ²³⁴

²³⁵ Paulino Ernesto Arellanes Jiménez. *Crisis capitalista e inversiones extranjeras*. Editores Unidos Mexicanos; México 1996.

los sectores de punta como aeronáutica, fármacos, biotecnología, electrónica, automotriz, servicios en general y financieros en particular, 3) establece la fragmentación de la producción y de mercado a través maquila y ensamblaje y convertir a ciertos países en maquiladores, 4) crear cadenas globales de valor agregado, 5) ampliar sus producciones en múltiples bienes y productos, 6) profundizar la internalización de los mercados, etc, todo esto al unísono con el triunfo del capitalismo para convertirlo en capitalismo mundial al no existir contraparte como en la guerra fría, y en este sentido la empresa transnacional es el ariete de la globalización y de la mundialización del capitalismo²³⁶.

La evolución de la empresa transnacional en comunión con el Estado

Para comprender aún más a la empresa transnacional y ahora empresa global es necesario analizar las relaciones de círculos concéntricos en los cuales se van dando las diferentes relaciones por las que cada actor ha venido activando y evolucionando sus relaciones con el Estado: El Estado se ubica en las relaciones internacionales; las empresas transnacionales en las relaciones transnacionales y multinacionales; en la mundialización del capitalismo son las empresas globales y corporaciones globales.

En un primer círculo se ubica el estado, como como actor y sujeto de económico, político y jurídico central, y por ende, el que crea el Estado de derecho, el derecho nacional y el cual le otorga personalidad jurídica a la empresa transnacional.

²³⁶ Paulino Ernesto Arellanes Jiménez. *La empresa transnacional, Leviatán del Siglo XXI*. Editorial BUAP, México 2009 y Joseph D. Collins. "Las corporaciones globales y la política de los Estados Unidos hacia América Latina", en John Saxe-Fernández. *Ciencia Social y Política Exterior*. Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

"A la luz de estos datos conviene destacar los dos rasgos esenciales que caracterizaron a las multinacionales en esta época:

1° Las empresas multinacionales aceleran su naturaleza universal o intercontinental.

2° Se consagra la hegemonía de las Empresas Multinacionales norteamericanas.

Respecto al primero de ambos rasgos característicos, resulta interesante constatar que las empresas multinacionales que en etapas precedentes habían restringido sus filiales y sus operaciones casi exclusivamente a los continentes europeo y americano, van a acentuar su penetración en países asiáticos y africanos, aunque sigan destinando la mayoría de sus inversiones y desarrollando una parte sustancial de sus actividades productivas a los países de Europa y América. En efecto, según los datos aportados por VERNON, para el año 1970 y un colectivo de 391 empresas multinacionales, distribuidas del siguiente modo: 180 empresas con sede en Estados Unidos; 135 empresas con sede en Europa; 61 empresas con sede en Japón y 15 empresas con sede en otros países; se constata que el mayor número de empresas multinacionales se concentra en el grupo de empresas establecidas en un mínimo de 11 países y un máximo de 20 países, totalizando esta categoría 143 empresas". "La Etapa de universalización de las Empresas Multinacionales (1945-1990)", en: Calduch, R.- *Relaciones Internacionales*.- Edit. Ediciones Ciencias Sociales. Madrid, 1991

En el segundo círculo encontramos al Estado, que en su relación con todos los Estados del mundo establece las *relaciones internacionales* en todos los ámbitos, esto es, en lo económico la economía internacional, en lo político la política internacional y en lo jurídico el derecho internacional, principalmente el público; pero a la vez, ya aparecen las grandes empresas extranjeras, que con denominación de multinacionales van a tener una relación vertical y de Norte a Sur, de matriz a filial; pero lo más importante es cuando empieza a debatirse la subjetividad internacional de esas empresas.

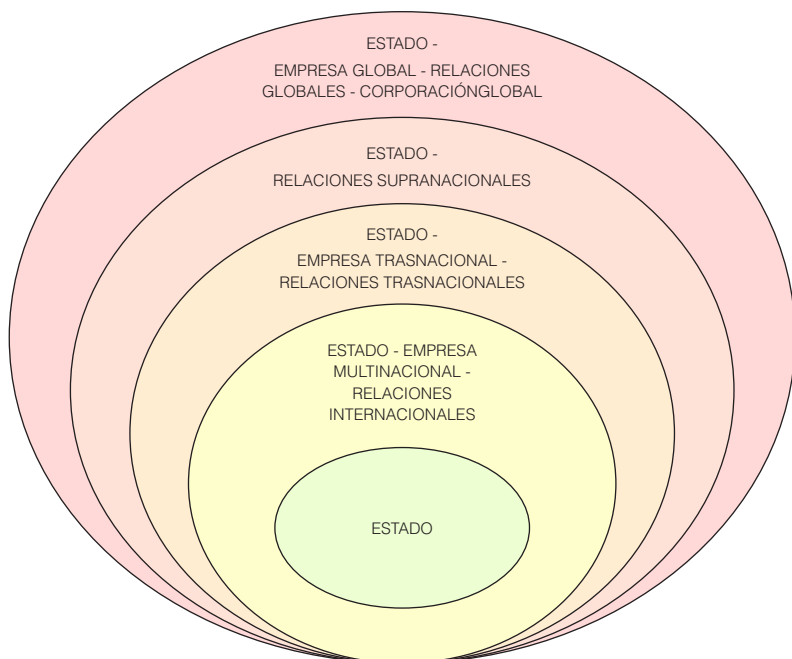
En el tercer círculo, aparece el Estado en relación a la empresas extrajera pero en un nuevo carácter transnacional, porque esta es la que trasciende las fronteras nacionales, es la que *transnacionaliza* los capitales como respuesta a la crisis del capitalismo de la década de los años setenta del siglo XX en adelante y la que busca que las normas y políticas nacionales se con-fundan con lo internacional para formar una ecuación, y donde la economía nacional se *transnacionaliza* a través de las marcas, patentes, franquicias y toda una serie de alianzas estratégicas que la empresa transnacional lleva a cabo en conjunción con el Estado, que le otorga su territorio y plataforma jurisdiccional para los propósitos de los negocios y las ganancias. La empresa transnacional, en este sentido, al tener el apoyo del Estado incide para que las políticas económicas del Estado se vuelquen materialmente en favor del mercado, y éste sea el conductor de las actividades de esas empresas.

En el cuarto círculo, el Estado delega aún más soberanía en las organizaciones internacionales gubernamentales o interestatales para que éstas tomen decisiones en favor de las empresas transnacionales, particularmente en lo que respecta a lo jurídico, a lo comercial y financiero, así podemos constatar las integraciones regionales de nuevo cuño, las nuevas reglas del juego internacional en uniformar las leyes nacionales con las internacionales y viceversa, en la creación de instituciones que favorecen a las empresas transnacionales como la Organización Mundial del Comercio y los nuevos papeles de la Banca Internacional conducidos por el Fondo Monetario Internacional como el trato nacional, la solución de controversias. Este círculo responde al contexto “nuevo” de búsqueda de un nuevo orden económico internacional, posterior a la Guerra Fría, donde el capitalismo se mundializa totalmente y pretende que todo espacio sea ocupado por los grandes monopolios y oligopolios., no referimos al círculo de lo supranacional, es decir las relaciones supranacionales, donde la empresa transnacional supera en varios aspectos al estado mismo.

Finalmente en el círculo quinto, encontramos a la empresa global y/o corporación global, que junto al Estado ya no se discuten su actoría ni su

subjetividad internacional, sino que ya son, el Estado y la empresa global dos actores centrales de la economía mundial y de las políticas mundiales. Para poder asirse a tal magnitud el Estado inducido por los grandes negocios de las empresas globales, induce a la convergencia del derecho internacional público con el derecho internacional privado, de modo que los Estados no sólo abren sus puertas a la inversión de esas empresas, sino que entregan sus activos naturales (agua, minería, recursos naturales en general) sino que les crean marcos políticos y jurídicos para que se privaticen y se apropien de lo territorial de los Estados y conviertan lo público en su propio espacio mediante la conjugación gobierno-empresa, y lo más evidente el mercado se convierte en una simbiosis con el Estado y viceversa. (Ve la figura siguiente).

CÍRCULOS CONCÉNTRICOS



Fuente: Figura creada por el autor

Las empresas trasnacionales y los marcos jurídicos nacionales

Un caso por demás evidente en el que el Estado favorece los intereses de las ET, es el manejo a discreción de los trabajadores como parte de las poblaciones que habitan, residen y/o trabajan en el territorio del propio Estado, los más claros

ejemplos los encontramos en la flexibilidad laboral y las reformas laborales realizadas por el Estado para favorecer las ganancias de las ET²³⁷.

Al respecto de la flexibilidad jurídico-político podemos mencionar lo que expresa en su ensayo Arundhati Roy *Espectros del capitalismo* de lo que sucede en la India: "(...) las grandes empresas están desatando en India una fuerza económica sesgada en insostenible a largo plazo. Roy revela cómo los que disponen del poder del capital se han abierto camino de forma brutal a través de bosques vírgenes, pueblos, tierras de cultivo y la conciencia de la población, dejando a su paso un rastro destructor de caos y desigualdad. para respaldar estas afirmaciones se presenta la ecuación: en un país de 1200 millones de personas, el 1% más rico posee un riqueza equivalente a la cuarta parte del PIB nacional y superior a los ingresos totales de los 800 millones de indios pobres y marginados que viven con menos de medio euro al día, menos los 250, 000 campesinos cargados de deudas que se han suicidado en os últimos 10 años. "En India", la autora sostiene se compran las tierras de millones de personas para entregarlas a empresas privadas por 'interés público'. Entre esos intereses públicos está la construcción de grandes presas hidroeléctricas, explotaciones mineras, zonas económicas especiales y aeropuertos que deberían beneficiar a los habitantes de la zona, pero suelen acabar convirtiéndolos en emigrantes y empujándolos a trabajar en empleos de baja categoría en las ciudades²³⁸. Indudablemente, que aunque la autora no lo dice expresamente, detrás de esta actuar del gran capital en la India están los intereses de las empresas trasnacionales; cuestión

²³⁷ Véase al respecto las reformas laborales llevadas a cabo por varios de los Estados latinoamericanos, en donde se quitaron muchas de las conquistas laborales y de prestaciones sociales que los sindicatos laborales habían conquistado; todo lo cual se legalizó mediante reformas constitucionales y leyes secundarias. Todo lo cual se venía anunciando tiempo atrás mediante la publicitación de la nueva cultura laboral, en donde las ET ya solicitaban la necesidad de los cambios de las leyes laborales, porque las leyes y normas anteriores a las reformas laborales eran muy restrictivas para los negocios de la ET, y por lo cual requerían nuevas normatividades que les permitieran minimizar sus costos de producción.

Un ejemplo lo es: "En 1978, los trabajadores de Pirelli S.A., San Pablo, Brasil, fueron sorpresivamente obligados a duplicar el horario de trabajo y a hacer horas extras para aumentar la producción. Agotados por la intensidad del trabajo e intrigados por el sorpresivo cambio del ritmo productivo, los trabajadores se quejaron ante la dirección de la empresa. La respuesta fue que el aumento d la producción era necesario por "razones de seguridad nacional". Este régimen de trabajo intensivo duró 3 semanas. Más tarde, a través de un representante del Ministerio de Trabajo, los obreros conocieron la verdadera razón de la intensificación de la producción: los trabajadores de la empresa matriz en Milán estaban en huelga; mientras la subsidiaria paulista compensase las pérdidas de la producción en Milán, la gerencia de la matriz podía negarse a negociar con los huelguistas o imponerles términos inflexibles de negociación." *Guía del Mundo*. 2010, p. 23

<http://alejandrorrial.blogspot.mx/2012/10/neoliberalismo-y-empresas.html> domingo, 21 de octubre de 2012

¹³⁸ Cfr. Arundhati Roy. *Espectros del capitalismo*, citado por Varum M. Nayar. "El capitalismo fracasará como el comunismo", *Libro/entrevista El País*, España, 23 de enero de 2016, p. 8

que sucede en América Latina en su conjunto, cuando hablamos de las reformas estructurales de tercera generación, como el caso ejemplar mexicano con respecto a la reforma laboral concretada en las nuevas leyes aprobadas en 2013, que en nombre de la modernización y de la creación de empleo terminó por convertirse en una ley retrógrada, ya que al quitar o disminuir los derechos laborales favorece los intereses de las ET en aras de minimizar sus costos de producción²³⁹; pero, también así la reforma a ley de comunicaciones, la reforma energética, etc.

En estos casos es indudable que el Estado está de por medio para apoyar, aliarse o en el peor de los casos favorecer los intereses del gran capital: “El análisis específico de las relaciones entre la soberanía de los Estados contemporáneos y las empresas transnacionales requiere precisar la crisis de los propios Estados en la nueva era de la globalización. Otra cuestión a tener en cuenta es que el Estado no es la única fuente de poder y de regulación, ya que existen agentes en la esfera internacional que compiten con él.

Quizás convendría, no obstante, acotar de una manera más precisa los tipos de Estados. Esta es la segunda cuestión a tener en cuenta, la jerarquización entre Estados, que la globalización está agudizando.

Podemos clasificarlos en cuatro categorías:

- a. Aquellos que ejercen un papel imperial, especialmente EEUU, reforzando su poder y estableciendo relaciones de dominación sobre otros actores políticos, sociales y económicos. Desde el punto de vista político sus relaciones con las empresas transnacionales y grandes corporaciones económicas son de máxima integración;
- b. *Otros Estados centrales, algunos de ellos europeos, que ceden soberanía y pierden poder, se convierten en facilitadores de los intereses de las grandes multinacionales.*
- c. *Los Estados periféricos o subordinados, pierden competencias y capacidad soberana por las imposiciones normativas de los Estados dominantes, empresas*

²³⁹ Al respecto ver la reforma laboral y la Nueva Ley Federal del Trabajo en México: LEY FEDERAL DEL TRABAJO Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1° de abril de 1970 TEXTO VIGENTE Última reforma publicada DOF 12-06-2015. CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios. Última Reforma DOF 12-06-2015

transnacionales e instituciones económicas y financieras multilaterales, regionales y bilaterales.

- d. *Por último, los Estados fracturados, prácticamente desconectados de las relaciones económicas y políticas internacionales y desarticulados institucionalmente en su soberanía interna, que se encuentra –si disponen de riquezas naturales– sometida a la dictadura de las empresas transnacionales y a regulaciones cuasi-autónomas de los contratos de explotación de las mismas.*

Las empresas transnacionales mantienen vinculaciones diferentes con cada uno de estos grupos de Estados. En función de esta clasificación, se reducen a dos categorías:

La primera responde a la relación Empresas transnacionales-Estados imperiales que establecen básicamente relaciones económicas y políticas, con carácter de reciprocidad.

La segunda implica una relación de imposición-dominación sobre los países periféricos²⁴⁰; ejemplo de esto es el Acuerdo Transpacífico (TPP); Acuerdo que fue negociado en secreto, en donde Estados Unidos fue imponiendo la voz y voluntad, tan es así que presionó para que Estados de menor desarrollo aceptaran condicionamientos para poder pertenecer a dicho Acuerdo²⁴¹; y un ejemplo espectacular lo es México que abrió casi en forma absoluta su mercado de materias primas, especialmente el agrícola si cobro de aranceles al ingreso de los productos de los socios, en el Acuerdo Transpacífico (TPP).

Conclusiones

La tríada, que he presentado: globalización, empresa transnacional y derecho, es una tríada convertible, puesto que lo que es una causa es al mismo tiempo

²⁴⁰ “La pérdida de soberanía y el reinado de las transnacionales”. <http://www.monografias.com/trabajos92/estado-y-globalizacion/estado-y-globalizacion.shtml>

Las cursivas son mías.

²⁴¹ “Del documento The Trans-Pacific Partnership Negotiations and Issues for Congress, fechado el 5 de septiembre de 2012, se desprende que Estados Unidos solicitó de México tanto la apertura de Petróleos Mexicanos (Pemex) como la eliminación de las prohibiciones fitosanitarias para productos agrícolas a cambio de permitirle negociar su inclusión en el TPP. Parte de las presiones a las que cedió la administración federal calderonista mexicana en el caso agrícola también se revelaron en cartas de congresistas y en declaraciones del secretario de agricultura estadounidense”. Flores Nancy (2012) “México entra a Transpacífico a cambio de Pemex y de papa fresca”. Disponible en: <http://www.voltairenet.org/article176640.html>.

efecto, porque en la interdependencia que estamos viviendo producto de la globalización económica conducida por las empresas transnacionales, afecta al derecho de los Estados y por ende el derecho entre los Estados y los demás sujetos de derecho internacional, lo cual se ve reflejado en los marcos jurídicos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los marcos jurídicos de las integraciones comerciales, por ejemplo la renegociación del Tratado de libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la salida de Inglaterra de la Unión Europea (Brexit) y el cártel de las empresas automotrices de Alemania: Audi, Wolswagen, Mercedez Benz, Porche, etc.

En cuanto a la juridicidad internacional de la empresa transnacional se puede afirmar, que aunque para autores varios de derecho internacional no reconocen la subjetividad internacional de dichos actores, ya que es el Estado el cual les presta su marco jurídico para poder realizar sus inversiones y sus negocios en general en la jurisdicción territorial del Estado o los Estados; aun así la realidad nos dice que con frecuencia la empresa transnacional actúa, jurídicamente hablando, con cierta capacidad supranacional ya sea directamente o mediante los organismos internacionales económicos. pero sobre todo, a partir de lo hoy se conoce como regímenes internacionales, donde los actores no estatales a través de convenciones, conferencias, declaraciones, compromisos influyen en el cambio del derecho internacional público y privado, que se conoce como soft law (Ley suave).

En lo político, las empresas transnacionales utilizan mucho el cabildeo con los altos funcionarios del Estado, por lo que inducen, presionan a que el Estado reduzca sus espacios de poder político y ellas puedan obtener mayores posiciones, a veces en contra de los propios inversionistas y empresas nacionales.

En lo económico, que es la naturaleza propia del quehacer internacional de las empresas transnacionales, defienden a contracorriente la ideología del mercado y en este terreno luchan por el mismo para buscar y apoderarse de los mercados de capital, de inversiones y mercancías, y de esta manera mantener y obtener ganancias, para lo cual renuevan sus estrategias mercadológicas para que las nuevas reglas del mercado puedan operar en forma eficiente para sus intereses.

Bibliografía

- Amín Samir, "Capitalismo, imperialismo, mundialización", Les défis de la mondialisation. París, L'Harmattan, 1996 Nikos http://www.ehu.es/Jarriola/Docencia/EcoInt/Lecturas/Samir%20Amin_capitalismo%20imperialismo%20mundializacion.pdf
- Arellanes Jiménez Paulino Ernesto. *Crisis capitalista e inversiones extranjeras*. Editores Unidos Mexicanos; México 1996.
- Arellanes Jiménez Paulino Ernesto. *La empresa transnacional, Leviatán del Siglo XXI*. Editorial BUAP, México 2009
- Arundhati Roy. *Espectros del capitalismo*, citado por Varum M . Nayar. "El capitalismo fracasará como el comunismo", Libro/entrevista El País, España, 23 de enero de 2016.
- Bujarin Nicolai, La economía mundial y el imperialismo. Cuadernos de pasado y presente y V. I Lenin, El Imperialismo, fase superior del capitalismo (ensayo popular). Ediciones en lenguas extranjeras, Pekin 1975, Primera edición 1966 (4ª. Impresión)
- Cadena Montenegro José Luis. "De la geopolítica a la geoeconomía: ¿Una forma virtual de colonización?". *Revista CIFE Vol 12 No. 16. Ediciones IUSTA*. Universidad de Santo Tomás, Facultad de economía, Bogotá, Colombia 2000, p. 87 <http://revistas.usta.edu.co/index.php/cife/article/view/781>
- Calduch, R." CAPÍTULO 12. Los actores transnacionales (II): las empresas multinacionales". *Relaciones Internacionales*.- Edit. Ediciones Ciencias Sociales. Madrid, 1991.
- D. Collins Joseph. "Las corporaciones globales y la política de los Estados Unidos hacia América Latina", en John Saxe-Fernández. *Ciencia Social y Política Exterior*. Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
- do Santos Teotonio. *Economía Mundial, Integração Regional e Desenvolvimento Sustentável*, Ed. Vozes, Brasil - publicado también como *Economía mundial y la integración latinoamericana*, Ed. Plaza y Janés. 2004
- Flores Nancy (2012) "México entra a Transpacífico a cambio de Pemex y de papa fresca". Disponible en: <http://www.voltairenet.org/article176640.html>.
- Guía del Mundo". 2010
<http://alejandreriorial.blogspot.mx/2012/10/neoliberalismo-y-empresas.html>
domingo, 21 de octubre de 2012.
- "La pérdida de soberanía y el reinado de las transnacionales". <http://www.monografias.com/trabajos92/estado-y-globalizacion/estado-y-globalizacion.shtml>
- Lasso, R. (2002). *Dimensiones de la globalización. Algunos avances teóricos generales*. México D.F.: Momento Económico, Universidad Nacional Autónoma de México.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1° de abril de 1970 TEXTO VIGENTE Última reforma publicada DOF 12-06-201. CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios. Última Reforma DOF 12-06-2015

Mattelart, Armand. *Multinacionales y sistemas de comunicación, Siglo XXI, México 1977*. Ruy Marini, América Latina, dependencia y globalización. Antología, ISBN 978-958-665-109-7

Bogotá: Siglo del Hombre - CLACSO, 2008, 292 páginas.

Novoa Edgar. “Elementos para una geopolítica de la diferencia en tiempos de globalización”, en Novoa, E. Agosto de 2013. Elementos para una geopolítica de la diferencia en tiempos de globalización. Palabra Clave 16 (2), 313-340. Universidad de la Sabana. Palabra Clave <http://palabraclave.unisabana.edu.co/index.php/palabraclave/article/view/3188/316>

Pérez Ventura Juan. “Las multinacionales”. <http://elordenmundial.com/economia/empresas-multinacionales/> 5 abr, 2013 · <http://elordenmundial.com/economia/empresas-multinacionales/>

Legitimación e iniciativa para convocar a junta general de accionistas en el Derecho nicaragüense

*Cristian Alberto Robleto Arana*²⁴²

Resumen

La convocatoria es la forma de comunicación que emplea el órgano de administración de la sociedad anónima para llamar a los socios a participar en la celebración de la junta general. Constituye una facultad indelegable que ha de cumplirse en el tiempo previsto en la ley o en el contrato social. Esa investigación viene a responder las situaciones complejas que se presentan en la convocatoria, como es el caso de la acefalía funcional del consejo de administración, cuando la función de éstos se encuentra suspendida temporal o definitivamente, así como en el caso de socios con derechos limitados para solicitar la convocatoria a la junta.

Palabras clave: legitimación, accionistas, junta general, convocatoria, consejo de administración, voto.

Abstract

The call is the form of communication used by the administrative body of the corporation to call partners to participate in the holding of the general meeting. It constitutes a non-delegable faculty that must be fulfilled in the time established in the law or in the social agreement. This investigation responds to the complex situations that arise in the call, just as in the case of functional absence of the board of directors, when the function of these is suspended temporarily or permanently, as well in the case of members with limited rights to request the call to the meeting.

Key words: legitimation, shareholders, general meeting, call, board of directors, vote.

²⁴² Profesor Catedrático de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad centroamericana de Nicaragua
Teléfono: (505) 82577949, Email: robleto@uca.edu.ni, Managua, Nicaragua. Rotonda Rubén Darío 150 metros al oeste, UCA, Edificio B, Facultad de Ciencias Jurídicas

Sumario:

Introducción. 1. Concepto y función jurídica de la convocatoria. 2. Legitimación para convocar la junta general de accionistas. 2.1. Sujetos y órganos legitimados. 2.2. Supuesto especial de los administradores con cargo caducado. 3. Iniciativa para convocar a junta general de accionistas. 3.1. Accionistas minoritarios. 3.2. Situaciones complejas que se presentan ante la iniciativa de la minoría de convocar la junta general. 3.1.1. Cuando se pide la convocatoria a un consejo delegado. 3.1.2. Teoría de la convocatoria de la junta general ordinaria con plazo vencido. 3.1.3. Solicitud de la convocatoria de la junta general por los accionistas morosos. 3.1.4. Solicitud de convocatoria de los copropietarios de acciones. 3.1.5. Solicitud en caso de usufructo y prenda de acciones. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo exponer los aspectos claves en la etapa inicial para la realización de la junta general de accionista, a través del estudio sobre la legitimación e iniciativa para convocar. El artículo de investigación comprende un enfoque doctrinal y comparativo con el Derecho español, argentino, chileno, uruguayo y peruano, destacándose las diferencias normativas con el sistema nicaragüense, contenidas en el actual Código de Comercio vigente.

Metodológicamente se realizará un análisis documental y normativo que parte de lo general a lo particular, sobre la legitimación e iniciativa para convocar a la junta general de accionista en el Derecho nicaragüense, según sea el caso y de acuerdo las diferentes modalidades de la junta. En este análisis se enfatiza en los vacíos legales existentes en el Derecho nicaragüense que permitirán visualizar soluciones prácticas en los estatutos sociales, que la doctrina y legislación extranjera abordan. Asimismo, se exponen algunas disposiciones del Anteproyecto del Código Mercantil nicaragüense, a manera de comentarios y citas a pie de página para una mayor ilustración del lector de las tendencias modernas y posibles reformas.

Los contenidos en el artículo de investigación comprenden tres ejes temáticos de particular relevancia para el presente estudio, inicia con la definición jurídica de la convocatoria de la junta general de accionistas y la función jurídica que este medio tiene como instrumento de protección de los derechos políticos de los socios, señalando claramente las características de acuerdo a la doctrina y Código de Comercio vigente; el segundo tema desarrolla a los sujetos legitimados para

convocar a junta, destacando el papel de los sujetos y órganos legitimadores, se analiza las modalidades en que se encuentra organizada la administración, así como los supuestos especiales de los administradores con cargo caducado y la solución para evitar la paralización de la sociedad por dicha circunstancia; finalmente se presentan los casos concretos de sujetos que tienen derecho de iniciativa para convocar, destacándose el papel de los accionistas minoritarios y las situaciones complejas que se presentan ante la iniciativa de la minoría para convocar a junta, tal es el caso de la convocatoria a junta ordinaria con plazo vencido, la convocatoria por accionistas morosos y por los copropietarios de acciones.

1. Concepto y función jurídica de la convocatoria

El sistema jurídico nicaragüense no define la convocatoria de la junta general de accionistas, pero se pueden identificar algunas características por las siguientes notas que se describen a continuación:

- a) Es un medio de comunicación entre la sociedad y los accionistas. Este sistema no se utiliza en la junta universal y en la convocatoria judicial, por sus características particulares. El artículo 253 del Código de Comercio de Nicaragua (Publicado en La Gaceta Diario Oficial de la República de Nicaragua, No. 248, del 30 de octubre de 1916, en lo sucesivo, CC de Nicaragua), dispone que la misma se hará por avisos en el periódico oficial del Gobierno.
- b) Es un instrumento de protección de los accionistas. Permite a éstos ejercer el derecho de asistencia, el derecho de representación y cuando corresponda, el derecho de voto. Si no se cumple con el requisito de convocatoria, los acuerdos de la junta general pueden ser impugnados de conformidad con el artículo 261 del CC de Nicaragua.
- c) Es un instrumento sujeto a revocación. La convocatoria, no se trata de un contrato como lo regula el artículo 2435 del Código Civil de Nicaragua, (Publicado en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua, No. 2148 de 5 de febrero de 1904, en lo sucesivo, C de Nicaragua), sino de una comunicación del acto formal que se realizará en el futuro. No se perfecciona con la aceptación del accionista, porque el derecho de asistencia nace en el contrato de constitución de la sociedad y en los estatutos, faculta al socio a comparecer en la fecha convocada. Es un acto revocable, por quienes autorizaron enviar el aviso a los socios, informando de la sesión (artículo 253 CC de Nicaragua). No obstante,

el consejo de administración puede caer en una situación riesgosa al revocar la convocatoria, que derive en una violación a los estatutos y preceptos legales²⁴³ y que pone en peligro los intereses sociales de la sociedad anónima (artículo 245 CC de Nicaragua).

- d) Es un acto regulado, que ha de cumplir el procedimiento de convocatoria establecido en la ley y en los estatutos (artículos 124, 203 y 253 CC de Nicaragua). El consejo de administración como órgano que se encarga de la convocatoria debe vigilar por la correcta aplicación de los preceptos legales establecidos para este requisito.

La doctrina mayoritaria define la convocatoria como el medio de comunicación para hacer de conocimiento a los accionistas de la futura realización de la junta general (salvo en la junta universal, que no precisa convocatoria). Se reconoce que la convocatoria de la junta constituye un instrumento de protección de los derechos políticos de participación de los accionistas en la formación de la voluntad social. El procedimiento para convocar se encuentra previsto en la ley y en los estatutos de la sociedad. Si la convocatoria no se efectúa, la constitución de la junta será ineficaz y por lo tanto, las decisiones adoptadas no tendrán carácter obligatorio ni vinculante, por lo que constituye una garantía para el ejercicio de los derechos de los socios, el cumplimiento de los requisitos contenidos, tanto en la ley, como en los estatutos es imperativo cuyo incumplimiento viciará de nulidad la junta celebrada. Se considera que la convocatoria tiene un carácter imperativo o de *ius cogens*, otorgando a las normas que lo regula un criterio necesario, a fin de evitar conflictos de intereses. Las exigencias formales exigidas en la ley, para la convocatoria se consideran como mínimas, sin perjuicio de que se puedan añadir nuevos requisitos a fin de garantizar el conocimiento efectivo de la convocatoria por los accionistas²⁴⁴ (Aliaga Huaripata, 2009, pp. 3057-3070; Bercovitz Rodríguez-Cano, 2010, p. 188; Fernández de la Gándara, 2010, pp. 591-594; Fernández Ruiz y Martín Reyes, 2004, pp.3-4; Ferrando Villalba, 2013, p. 213; Iglesias Prada y García de Enterría, 2015, p. 473; Llaveró Rodríguez-Porrero, 1994, p. 795; Lojendio Osborne, 2010, p. 219; Martínez Martínez, 2011, p. 175; Otero Lastres, 1991,

²⁴³ Sobre este particular el artículo 245 CC de Nicaragua no establece diferencia entre la acción individual y la acción social en contra de los administradores, pues en el primer caso lo ejerce la sociedad contra los administradores y en el segundo, el accionista contra los administradores, en este particular, corresponde al segundo caso (Llaveró Rodríguez-Porrero, 1994, p. 795).

²⁴⁴ En SSTs de España: 4-11-1961, 27-10-1964, 3-2-1966, 3-10-1971 que reiteran ese carácter necesario e imperatividad.

p. 17; Peña Nossa, 2011, p. 309; Puelma Accorsi, 2011, p. 664; Rodríguez Rodríguez, 1977, p. 25; Valpuesta Gastaminza, 2013, p. 429).

Los formalismos de la convocatoria tienden a resultar complejos y a veces inoperables, puede inclusive desincentivar la participación de los accionistas en la junta. Lo cierto es, que las legislaciones recientes como el caso español, en el artículo 173²⁴⁵ (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Publicado en BOE No.161, de 03 de julio de 2010, en lo sucesivo, LSC de España²⁴⁶) permite incorporar otros medios simplificados y la tecnología en la comunicación a distancia, facilitando el trámite de la convocatoria entre los accionistas y la sociedad. Es más, la electrificación del Boletín Oficial del Registro Mercantil (en lo sucesivo, BORME de España) contribuyó al proceso de simplificación, en relación con la difusión de la información y las convocatorias. Puede decirse que existe cierta libertad estatutaria para establecer que la convocatoria se podrá hacer mediante cualquier medio de comunicación individual y escrita que asegure la recepción por todos los socios (Ferrando Villalba, 2013, p. 213; Pérez Carrillo, 2010, p. 383).

Se puede concluir, que la convocatoria es un instrumento de comunicación que tiene la sociedad anónima, para reunir a los accionistas y debatir los asuntos sociales, que requiere el cumplimiento de una serie de formalismo previsto en la ley y en los estatutos. En Nicaragua, la convocatoria se hace a través del sistema tradicional de comunicación; es decir, por medio de La Gaceta, Diario Oficial y en los medios de comunicación escritos, pero resulta inoperante, lenta y costosa, en especial para las pequeñas empresas. De acuerdo con lo expuesto, conviene incorporar los medios tecnológicos para que la comunicación de la convocatoria se realice de una manera económica, ágil y segura, pero sin descartar el cumplimiento

²⁴⁵ Otras legislaciones comentadas por Embid Irujo, (2010, 1-10); Pérez Carrillo (2010, pp. 349-428) y Vega Vega, (2013, p. 140-192; 2014, pp. 132) han regulado la convocatoria utilizando medios tecnológicos, entre las cuales se encuentra Alemania (Ley alemana sobre la sociedad anónima pequeña y desregulación del Derecho de sociedades anónimas “*Gesetz für Kleine Aktiengesellschaft und Deregulierung des Aktienrechts*”, de 2 de agosto de 1994, publicada en Bundesgesetzblatt de 9 de agosto de 1994), introduce la posibilidad de convocar a junta general por medio de carta certificada a los accionistas, simplificando los requisitos de convocatoria al permitir evitar la publicación en un diario de gran tirada. En año el 2006, la reforma al Reino Unido intensificó el recurso a las comunicaciones electrónicas y página web para efectos de operatividad de las juntas de accionistas.

²⁴⁶ Artículo 173 redactado por el apartado tres del artículo primero de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. Publicado en BOE núm. 150 de 23 de junio de 2012

de los requisitos legales. A pesar de no existir una norma legal en el CC de Nicaragua que simplifique el trámite, es admisible que dicho procedimiento de comunicación se incorpore en los estatutos sociales, aceptando expresamente los medios telemáticos existente en el tiempo que se estipulen.

2. Legitimación para convocar la junta general de accionistas

2.1. Sujetos y órganos legitimados

Corresponde al consejo de administración o junta directiva convocar a la junta general de accionistas, conforme lo disponen los artículos 124.6 y 251 del CC de Nicaragua²⁴⁷. El consejo de administración asume este deber desde el mismo momento de su nombramiento (artículo 156.16 de la Ley General de los Registros Públicos de Nicaragua²⁴⁸, aprobada el 27 de agosto del 2009, Publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua, No. 239 del 17 de diciembre del 2009, en lo sucesivo, LGRP de Nicaragua).

En la práctica societaria nicaragüense esta función es delegada en los estatutos al presidente de la junta directiva y se hace por medio del secretario, según lo pactado. Las disposiciones citadas no señalan plazo específico para convocar a junta general ordinaria ni extraordinaria, pero en general, la convocatoria a junta ordinaria²⁴⁹ se programa antes de aprobar los estados de los resultados que se

²⁴⁷ En Nicaragua la administración de la sociedad anónima no puede ser ejercida por un solo administrador, como sucede en las sociedades unipersonales. Así, encontramos que el artículo 124.4 CC de Nicaragua, dispone que en la escritura social se estipulará el modo y forma en que deberá ejercerse la administración, o sea, el consejo o junta directiva de gobierno, cerrando así las posibilidades de un administrador único. Razón por la cual, quienes deben convocar la junta general de accionistas, siempre será el consejo de administración de la sociedad y depende de lo que se estipule en los estatutos de la sociedad, respecto a la forma de hacerlo, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 253 CC. En la práctica nicaragüense, lo hace el presidente a través del secretario de la junta directiva; sin embargo, si la convocatoria es realizada por un miembro del consejo de administración que no esté facultado para hacerlo, la junta resultará viciada, lo que puede ocasionar nulidad de los acuerdos sociales, por no haber sido realizada la convocatoria, por el órgano debidamente facultado.

²⁴⁸ El Anteproyecto del Código de Mercantil de Nicaragua propone en los artículos 2120-8 núm. 1, 2167-7, 2167-9 que el modo y forma de la convocatoria será regulado en los estatutos, sin embargo también deja claro que le corresponde convocar al órgano de administración.

²⁴⁹ Aclara Cruz Rivero (2012, p. 66) que hoy en día se ha uniformado el régimen legal de las sociedades de capital, como en el caso de la LSC de España, suprimiéndose la clasificación de juntas entre ordinaria y extraordinaria. Ha existido un debate en la doctrina sobre el concepto de juntas ordinarias y su delimitación con la extraordinaria, pues la diferencia es sobre la competencia de ambas, siendo un criterio temporal. Entendiéndose, que el criterio delimitador es la periodicidad y necesidad de celebrar de las juntas ordinarias, frente al carácter facultativo de las extraordinarias. Tal como aparece en el texto legal, los conceptos son meramente instrumentales. No existe una diferencia sustancial entre ellas, respecto a la forma de convocatoria, régimen del quórum y mayorías o desarrollo de las juntas.

preparan con suficiente antelación, por la junta directiva. Se pacta por ley, en el contrato social una sesión por año, previo a la declaración fiscal, pero puede convocarse a la junta extraordinaria siempre que lo crea conveniente, de acuerdo con el interés social²⁵⁰ de la sociedad²⁵¹.

No existe discusión alguna respecto a qué órgano de la sociedad le corresponde convocar a junta general de accionistas, función que le compete a la junta directiva de la sociedad. Las legislaciones estudiadas en este trabajo, tales como España (artículo 167 LSC), Chile (artículo 58, de la Ley de Sociedades Anónimas de Chile, No. 18046, publicada y promulgada el 22 de octubre de 1981, en lo sucesivo, LSA de Chile), Perú (artículo 113, de la Ley General de Sociedades del Perú, No. 266787 del 19 de noviembre de 1997, promulgado el 5 de diciembre de 1997, en lo sucesivo, LGS del Perú), Argentina (artículo 236, de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, No. 19.550, Decreto N° 841/84 B.O. 30/03/1984, en lo sucesivo, LSC de Argentina) y Uruguay (artículo 344, de la Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay, No. 16.060, publicada en el Diario Oficial el 1 de noviembre de 1989, No. 22977, en lo sucesivo, LSC de Uruguay), confirman que corresponde a los administradores convocar siempre que lo considere conveniente para los intereses sociales, en asuntos de su competencia y en los casos ordenado por la ley y los estatutos de la sociedad.

Según la opinión de Ferrando Villalba, (2013, p. 211), Fradejas Rueda (2011, p. 188-189), Moralejo Menéndez (2011, pp. 1228-2119), Ocaña Rodríguez (2013, p 15) y Valpuesta Gastaminza (2013, p. 429) la convocatoria de la junta general de accionistas es un deber legal de los administradores, sin perjuicio de los supuestos de junta universal y convocatoria judicial, quienes tienen la obligación de observar las formalidades prescritas en los estatutos. Se reserva esta competencia a los administradores de la sociedad, pues no puede ser convocada

Cabanas Trejo (2014, p. 73) y Pulgar Ezquerria (2015, pp. 70-106) aclaran que en la Ley 31/2014 de España (Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, publicado en BOE No. 293, de 04 de diciembre de 2014, en lo sucesivo, Ley 31/2014 de España) que reformó la LSC de España, aquí se incluye como una novedad el concepto de interés social, enfocada en el interés común del socio. Sobre esta base, los Tribunales suelen entender que los intereses lesionados no han de ser los de los socios en particular, sino los de la sociedad, por más que resulten de la suma de todos aquellos. A partir de ahora el interés social también se entiende producido cuando el acuerdo, aún no ha causado daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva la mayoría y sucede, cuando sin responder a una necesidad razonable la sociedad, se adoptan por mayoría e interés propio en detrimento injustificado de los demás socios.

El artículo 2161 del Anteproyecto del Código de Mercantil de Nicaragua propone que la convocatoria a la junta se realice dentro de tres meses pasada la fecha de cierre fiscal, si el contrato establece varias fechas de juntas ordinarias deberán convocarse en el plazo establecido.

por los socios, ni por la junta universal, tampoco tiene esta facultad, la junta general de accionistas o personas ajenas al órgano por vía de apoderamiento²⁵².

La forma en que se haya organizado la administración comportará la competencia a todos, alguno o un administrador, encontramos los siguientes supuestos, señalados por los citados autores:

- a) Si la administración estuviere encomendada a varios administradores solidarios, entonces cualquiera de ellos estará facultado para convocar la junta. Puede darse la situación de que la falta de acuerdo entre los administradores diera lugar a que uno de ellos desconvocase la junta convocada por otro. De presentarse esta hipótesis pudiera dar lugar a la paralización del funcionamiento de la sociedad, porque todos estarían en el mismo plano con facultad de convocar y desconvocar. En estos casos no se admite la desconvocatoria.
- b) Cuando la administración se confiere a varios administradores que actúan en forma mancomunada, se requiere la decisión conjunta, pero si se produce el cese de uno de ellos, cualquiera de los administradores restantes que permanezca en ejercicio de su cargo, puede convocar a la junta general, si bien a los efectos de proceder a los nombramientos que sean precisos.
- c) Si el órgano de administración reviste la forma de consejo de administración le corresponde a éste convocar la junta general y para ello se requiere del acuerdo adoptado en sesión legalmente constituida²⁵³. Esta función del consejo es una facultad propia que no puede delegarse ni a una comisión ejecutiva ni a un consejero delegado²⁵⁴.

²⁵² El artículo L.225-103 del Código de Comercio francés dispone que la junta general de accionista podrá ser convocada por los administradores o directorio.

²⁵³ Puga Vial (2011, p. 349) define el consejo de administración como un órgano colegiado que adopta decisiones por mayoría. Este órgano se encarga de las políticas legales, económicas y financieras de la sociedad, involucra la ejecución de determinados actos y contratos que celebra la sociedad. La naturaleza orgánica del consejo o directorio le da las siguientes características: a) Cada director no tiene facultades de administración ni representación de la sociedad. Dicha función la tiene el consejo. b) No es relevante la voluntad de cada director para los efectos de la voluntad social, sino la voluntad del órgano que se manifiesta por los medios previstos en los estatutos. c) Cada director no es un mandatario de los accionistas, pues el director obra por el interés social. En cuanto a la naturaleza de la representación existen dos teorías, por un lado, la teoría del mandato que entiende a los miembros del órgano como mandatarios sujetos a los términos y plazos y por otro lado, la teoría del órgano que asume al directorio como órgano permanente y necesario. Siendo ésta última la predominante en las legislaciones modernas (Aliaga Huaripata, 2006, pp. 2395-2418).

²⁵⁴ Existen tres sistemas o modelos de administración llamados doctrinalmente dualista, monista y tradicional:1) En el sistema tradicional, la administración se confía a un órgano unipersonal o pluripersonal que actúa como órgano colegiado formado inclusive hasta con dos miembros. Los estatutos pueden determinar si dejarlo como

En la doctrina del Tribunal Supremo español reitera que corresponde al consejo de administración la convocatoria y que solo puede delegarse en el consejero delegado el anuncio de la convocatoria pero no ésta²⁵⁵. En el caso de que se produzca el cese de la mayoría de los administradores del consejo de administración sin que exista suplente, cualquiera de los administradores que permanezca en el cargo puede convocar con el único objeto de nombrar a los administradores.

De los tres supuestos anteriores el sistema aplicable en el caso de Nicaragua es el inciso c), es decir, el consejo de administración o junta directiva admitida en los artículos 124.4, 243 y 251 CC. El Código de Comercio de Nicaragua

administrador único o consejo. Corresponde a la junta general la elección de sus miembros. Este órgano existe junto a otro denominado colegio sindical. El consejo de administración puede nombrar un comité ejecutivo, aunque normalmente los consejeros delegados actúan solidariamente, pero no se excluye que la administración se haga mancomunadamente. Si corresponde a un administrador único, entonces le compete la representación de la sociedad y si es consejo de administración, la representación le corresponde a los administradores que tienen esa facultad otorgada en los estatutos; 2) En el sistema dualista, existe un órgano de gestión y administración, en forma de consejo con facultades para realizar toda la gestión social del objeto (no cabe el administrador único) y un órgano de control o vigilancia. El régimen de representación es el mismo que el señalado en el sistema tradicional; 3) En el sistema monista, no tiene un órgano de control separado del órgano de gestión, sino que se constituye dentro del mismo. Es un modelo simplificado y flexible. Corresponde al consejo de administración las competencias sobre la gestión de la sociedad, impide la existencia de una administración única, impone la existe de un comité compuesto al menos con dos sus miembros (García Collantes, 2012, pp. 135-151; García Riestra, 2002, pp. 41-42). El órgano de administración se distingue por referencia a la gran empresa, existiendo al respecto dos grandes bloques de ordenamiento. En el primer bloque encontramos el régimen monista del órgano de administración, propio en Estados Unidos, Reino Unido, Irlanda, Bélgica o España, donde el órgano de administración es único, sea personal, multipersonal o colegiado, los que cuentan con un sistema dualista propio de los países germánicos. Existen ordenamientos, como Francia, Portugal y recientemente Italia que permiten a los accionistas optar entre uno y otro sistema. Este sistema de opción es el que sigue la unión europea (Pérez Carrillo, 2010, pp. 394-406 y Sáez-Santurtún Prieto, 2007, p. 185). En lo particular, en el caso de Italia la reforma introducida al Decreto Legislativo 17 de enero de 2003, pasa a ofrecer la estructura dual de administración como una de las tres alternativas de organización de la administración, junto al sistema tradicional y el monista. El sistema de gestión y administración de sociedades anónimas francesas es tradicionalmente monista. Pero en la actualidad este modelo convive con el modelo dualista que goza de menor difusión práctica, por lo que es calificado como la excepción (Cazorla González-Serrano, 2011, pp. 781-794; Muñoz Pérez, 2011, p. 747-778; Saintourens, 2011, p- 129). Para el sistema nicaragüense corresponde, la teoría del órgano que asume el directorio, según lo dispuesto en el artículo 124.4 CC. El régimen de administración en el Derecho patrio responde al llamado sistema dualista, siendo la característica de este sistema la existencia de un órgano de control y uno de gestión. De acuerdo al artículo 246 CC de Nicaragua, la junta general de accionista elegirá a uno o varios vigilantes que pueden ser o no accionistas y tiene como función principal la vigilancia de la administración social y como apunta Esteban Velasco (2001, p. 65-105) que en este sistema dual debemos de tener en cuenta que junto al órgano de administración existe un órgano de vigilancia con sus propias funciones y la junta general cuyas funciones varían de acuerdo a la legislación de cada país. Este órgano controlará la gestión encomendada al órgano de dirección y no tiene poder en sí mismo de ejercer funciones de gestión.

²⁵⁵ En SSTS de España: 4-12-2002, 24-12-2000, 14-3-2005 y 30.10.2009, se precisa el acuerdo del consejo con las mayorías precisas. No es válido la convocatoria decidida por el presidente del consejo, sin acuerdo previo de éste. Un socio con un cinco por ciento de capital social no puede instar la convocatoria, considerando el tribunal que si el consejo no convoca, no puede ser suplida por el consejero delegado, ni por el presidente del mismo, ni por uno o alguno de sus miembros, sino que ha de interesarse la convocatoria judicial (SSTS de España: 8-3-1984 y 08-10-2001).

no reconoce la administración mancomunada, la administración solidaria y la administración unipersonal²⁵⁶.

El consejo de administración constituye una *collegium* que adopta acuerdos bajo el régimen mayoritario en sesiones convocadas, aunque cabe la adopción de acuerdos sin sesión y mediante voto escrito imputable al propio órgano y no a las personas que lo integran. Esto obedece a una estrategia técnica del consejo de administración, es decir, que sea constituido de tres como mínimo a fin de que funcione de forma colegiada. En ese sentido, el Derecho español al igual que en el resto de sistemas monistas, atribuye al consejo todas las funciones del proceso decisorio empresarial, en relación con las materias que integran la administración. Le corresponde, en suma, gestionar la sociedad con vista a la realización del objeto social y vigilar la gestión de los consejeros delegados y ejecutivos (Fernández de la Gándara, 2010, p. 787; García Lapuente, 2009, pp. 323-340 y Valpuesta Gastaminza, 2013, p. 42).

En Nicaragua este órgano social funciona de forma colegiada como lo señala la doctrina, tomando las decisiones por mayoría de sus miembros. Para convocar a una junta general requiere previamente el acuerdo de la junta directiva y los artículos 243 y siguientes del CC de Nicaragua, no establecen prohibición para que una comisión ejecutiva o consejero delegado cumpla dicha función, pero el artículo 251 CC de Nicaragua dispone que la junta directiva convocará cuando crea conveniente a junta general extraordinaria. En consecuencia, dicho artículo 243 CC permite establecer con libertad las atribuciones de la junta directiva y la posibilidad de crear sub órganos como la comisión ejecutiva o consejeros delgados con atribuciones específicas.

El artículo 124.4 del CC de Nicaragua no indica el número y la composición del consejo o junta directiva, si bien en otras disposiciones, como el artículo 243 CC inciden sobre la composición cualitativa del consejo, al señalar que estará conformada, según lo regule la escritura social, y los miembros deberán ostentar la condición de accionista, conforme el artículo 244 CC. Igualmente no se determina el número mínimo o el máximo, siendo la junta general quien lo define.

En este sentido, en el Derecho nicaragüense para constituir una sociedad anónima se requiere como mínimo dos personas; la cual, significa que al constituirse con

²⁵⁶ Al respecto, el Anteproyecto de Código Mercantil de Nicaragua introduce en el artículo 2162 como novedad que la administración podrá ser ejercida por uno o varios administradores y que no necesariamente deberán ser socios.

ese mínimo permitido, de acuerdo al artículo 202 CC, no se cumpliría la fórmula del consejo de administración compuesta por tres miembros. Sin embargo, encontramos en otro precepto, que establece limitaciones para las sociedades anónimas cerradas, como el artículo 270 CC, éste dispone que la sociedad se disolverá cuando por más de seis meses hubieren existido con un número de accionistas inferior a tres, si cualquiera de los socios exige su disolución. En la práctica societaria, cuando se mantienen dos accionistas y ninguno de ellos pide la disolución de la sociedad, ésta continúa y la administración como tal, estará a cargo de los dos accionistas, no será necesario que el consejo de administración sea impar, al no contar con una disposición legal que así lo exija. Es válido el pacto estatutario que confiere al presidente el voto dirimente del consejo.

No cabe redactar en los estatutos una modalidad de administración diferente que la autorizada para el funcionamiento de la sociedad, pues los artículos citados se caracterizan por ser de orden público y no se pueden aplicar disposiciones analógicas de las contenidas en la sociedad colectiva por su naturaleza distinta.

2.2. Supuesto especial de los administradores con cargo caducado

El artículo 244 CC de Nicaragua se refiere a la vigencia del mandato de los administradores que no exceda de diez años²⁵⁷ y la posibilidad de reelección al final del mandato, pero no regula los efectos de una junta de directores con cargos vencidos o caducados. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo citado, establece que en los estatutos se regulará sobre la reelección, y en el caso de no determinarlo podrán reelegirse si se acordará por unanimidad de voto. Solórzano (1974, p. 163) es de la opinión que la ley no dice si la unanimidad de votos es de los miembros de la sociedad o de la asamblea que se reúna conforme la ley (artículo 253 CC de Nicaragua). Es a la junta general a quién le corresponde decidir al respecto y podrá ser convocada por uno de los directivos con cargo caducado, para llevar a cabo la elección de la nueva junta directiva o consejo de administración.

El artículo 199 del Reglamento de la Ley General de Registros Públicos de Nicaragua²⁵⁸ (Decreto Ejecutivo, Ley 13-2013, del Reglamento Ley No. 698, Ley General de los Registros Públicos, aprobado el 22 de febrero de 2013,

²⁵⁷ El artículo 2162-5 del Anteproyecto del Código Mercantil de Nicaragua no establece plazo para el cargo de los administradores, tiene un carácter indefinido, aunque puede pactarse lo contrario.

²⁵⁸ Este decreto tiene por objeto la creación, regulación, organización, régimen administrativo, funcionamiento y procedimiento de los Registros Públicos integrados en el Sistema Nacional de Registros de Nicaragua.

publicado en la Gaceta Diario Oficial de Nicaragua, Número. 44 del 7 de marzo del 2013, en lo sucesivo, RLGRP de Nicaragua) dispone que el nombramiento del administrador caducará, cuando vencido el plazo se haya celebrado la junta general de accionistas siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la junta general de accionistas que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio. De lo anterior, se deduce que en el Derecho societario nicaragüense se admite que aún con el cargo vencido, los administradores estarán legitimados para realizar la convocatoria²⁵⁹.

En la misma lógica de los legitimados para convocar a junta general de accionistas los autores, Fernández de la Gándara (2010, pp. 591-596), Fernández Ruiz y Martín Reyes (2004, pp. 326-327), Fradejas Rueda (2011, p. 189), Sánchez Calero (2007a, pp. 317-326) y Sánchez-Calero Guilarte (2007, pp. 341-361) coinciden en que pueden convocarla los administradores, aun cuando tengan su mandato caducado²⁶⁰ y mientras figuren inscritos en el Registro Mercantil, en correspondencia con lo señalado por los Tribunales Españoles [SSTS de España: 22-10-1974, 3-3-1977, 1-4-1986 y 27-10-1997 (928, 1997)].

De acuerdo con el criterio de los autores citados, el administrador con cargo caducado conserva la facultad de continuar la gestión hasta su efectivo cese por la junta general para que el órgano soberano decida acerca de su renovación o de la designación de nuevos administradores. El resto de facultades de orden formal y organizativo quedarán suspendidas (Hernando Cebriá, 2012, pp. 211-247)

Por otra parte, como ha quedado apuntado que en el sistema nicaragüense no existe otra forma de administración que la denominada junta directiva o consejo

²⁵⁹ La caducidad del cargo del administrador, según los artículos 2162-5 y 2162-6 de la propuesta del Anteproyecto del Código Mercantil de Nicaragua, no tendrá razón porque los administradores podrán ser nombrados por tiempo indefinido, pero si se pacta lo contrario y vence el período por el cual fueron elegidos seguirán ejerciendo el cargo hasta el nombramiento del nuevo administrador o administradores.

²⁶⁰ El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la junta general. El cargo del administrador tiene una vigencia limitada en el tiempo. Sin perjuicio de ser reelecto. El plazo de duración del cargo de administrador se computa a partir del día de su nombramiento, no de la aceptación, y caduca cuando, vencido el plazo se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior. No debe confundirse el cese, por el transcurso del tiempo, previsto en la ley o estatutos, con la caducidad del nombramiento por las circunstancias previstas en la ley. El agotamiento del plazo es una causa de cese del administrador, por imperativo legal. Si tras la expiración del plazo no se produce el nuevo nombramiento el cargo no caduca de forma inmediata, sino que se prórroga hasta que se celebre la nueva junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas anuales. La junta puede ser ordinaria o extraordinaria. La finalidad es facilitar el nuevo nombramiento, lo que se permite convocando la junta con el único propósito de sustituir o reelegir los administradores (Gallego Sánchez, 2012, pp.- 1582; González García, 2001, pp. 1687-1695; Hernando Cebriá, 2011, pp. 211-247)

de administración de la sociedad anónima, como lo disponen los artículos 124.4 y 243 del CC de Nicaragua. Dicho órgano colegiado le corresponde tomar la decisión de convocar y también, compartimos la opinión de los autores citados que mientras no se haya inscrito una nueva junta directiva en el Registro Mercantil, según el artículo 156.16 LGRP y 199 RLGRP de Nicaragua, entonces los administradores conservan sus facultades, por vía de hecho, hasta ser sustituido por otros en la junta general convocada por ellos, de acuerdo a los procedimientos legales y estatutarios que se acuerden.

La paralización de los órganos sociales se da en la mayoría de los casos en la junta general de accionistas, si los administradores incumplen con su deber de convocar, entonces se podrá hacer por vía judicial conforme lo dispone el artículo 252 CC de Nicaragua; sin embargo, el artículo 334 del CC de Nicaragua propone vía para encontrar una solución al conflicto a través del proceso de arbitraje como la vía alterna, dicha disposición señala que toda cuestión social que se suscite entre los socios durante la existencia de la sociedad, serán decididas por árbitros.

3. Iniciativa para convocar a junta general de accionistas

3.1. Accionistas minoritarios

El artículo 251 CC de Nicaragua establece que podrán solicitar la convocatoria a junta general aquellos accionistas que cumplan con los requisitos siguientes:

- a) Solicitud dirigida a la junta directiva elaborada por escrito con expresión del objeto y motivos;
- b) Podrán solicitarla los accionistas que representen al menos la vigésima²⁶¹ parte del capital social²⁶². Si los estatutos establecen otro porcentaje se observará lo pactado²⁶³.

²⁶¹ En el Derecho comparado se presenta la misma situación respecto aquellos accionistas que representen un porcentaje determinado de capital social (5%, 10%, 20%) puedan pedir la convocatoria a junta directiva y en caso de que ésta no atienda la solicitud por la vía judicial. En España (artículos 168 y 169 LSC), Francia (L225-103 del Código de Comercio) y Argentina (artículo 236 LSC) requieren del 5% del capital social. En Chile (artículo 58 LSA) requiere el 10% de capital social. Perú (artículo 113 LGS) y Uruguay (artículo 344 LSC) por acciones que representen el 20% del capital social.

²⁶² Solórzano (1974, p. 167) es de la opinión que la vigésima parte del capital social referido en el artículo 251 CC representa el 2% del capital suscrito del artículo 206 CC, que dispone que ninguna compañía anónima podrá comenzar sus operaciones, mientras no tuviere suscrita la mitad del capital social, y en dinero efectivo, el 10% del capital que consiste en numerario.

²⁶³ Una de las novedades del anteproyecto del Código Mercantil de Nicaragua es que presenta una protección especial al derecho de los socios minoritarios, según se puede observar en los artículos 2120-8, núm. 8, 2161-12, 2161-13, 2161-34, 2330-3, 2353-16.

Según Duque Domínguez (2007, p.375-408), Garrigues (1976, p. 640), Martínez Martínez (2011, p. 128), Pierre-Henri Conac (2009, p. 103) y Vicent Chuliá (2003, p. 364) consideran que la solicitud de convocatoria por la minoría debe indicar los asuntos que desean tratar, lo que no limita a los administradores incluir otros asuntos que consideren convenientes para el interés de la sociedad. Por otro lado, si los accionistas no incluyen en la solicitud de convocar los asuntos a tratar, entonces los administradores quedan exentos de la obligación de convocar a junta general de accionistas. También puede suceder como una posibilidad muy remota, que los puntos de agenda propuestos por los socios lesionen los intereses sociales y su aprobación en junta derive en la impugnación de los acuerdos sociales.

El segundo párrafo del artículo 251 CC de Nicaragua, no dispone la alternativa de que los miembros de la junta directiva propongan nuevos temas, pero sobre este punto, ante silencio de la ley, dicho planteamiento es posible, presentándose como señala la doctrina citada anteriormente, y no será causal de impugnación, por parte de cualquier socio que busque la nulidad de los acuerdos por esa vía²⁶⁴.

Respecto a la forma en que será requerida la junta directiva por la minoría para convocar a junta general, el artículo 251 CC de Nicaragua se limita a señalar que será por escrito. No exige otra formalidad para su cumplimiento, por lo tanto es posible hacer la petición en documento privado dirigida al consejo de administración de la sociedad anónima, quien deberá actuar diligentemente convocando según el mandato legal y estatutario, previsto en el artículo 245 CC de Nicaragua.

Martínez Martínez (2011, p. 128) y Moralejo Menéndez (2011, p. 1234) expresan que en la convocatoria solicitada por la minoría en los términos legales es un mandato para los administradores de la sociedad, por lo que el requerimiento referido en el artículo 168 de la LSC de España²⁶⁵ es otra forma legal que deben realizar los socios y que no puede ser sustituida por ningún otro tipo de comunicación.

²⁶⁴ El artículo 2161-13 del anteproyecto del Código Mercantil de Nicaragua, presenta una propuesta similar a lo ya establecido en el artículo 251 CC vigente, al señalar que los estatutos dispondrán la minoría societaria o si no corresponderá el cinco por ciento del capital pagado. Al respecto, nos parece que el término utilizado de «capital pagado» limita el ejercicio de este derecho a los socios que disponen de acciones suscritas y no pagadas para ejercer el derecho de minoría, excluyéndolos de solicitar la convocatoria.

²⁶⁵ El artículo 168 de la LSC de España dispone: “Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud.”

En el Derecho nicaragüense el requerimiento notarial no es el único medio eficaz para comprobar que se hizo la solicitud ante la junta directiva, pues la ley no exige que se realice por vía notarial para elevarlo a documento público y surtan los efectos legales. Sus efectos se desprenden de la misma disposición al exponer como mandato la petición; es decir, la junta directiva tiene una obligación de hacer, a través de la solicitud que hace la vigésima parte del capital social. Por otra parte, nada impide elevarlo a documento público, ya sea a través del notario o por vía judicial, según lo dispone el artículo 2385 del C de Nicaragua. Al respecto, el artículo dispone que si el documento en que consta la solicitud de convocatoria consiste en un documento privado puede ser reconocido judicialmente, hacer fe entre las partes y tiene el valor de escritura pública de acuerdo a lo expresado en el C de Nicaragua, salvo prueba en contrario.

De manera que la solicitud es un mandato no una simple petición que puede quedar engavetada por la administración de la sociedad, lo cierto es que para dar mayor certeza al acto del requerimiento, será oportuno realizarlo vía notarial; pues, el Notario público tiene fe pública de los actos que realiza (artículo 2 y 3, La Ley del Notario en Nicaragua, promulgada en 1905, como apéndice del Código de Procedimiento Civil, aprobado el primero de enero del año mil novecientos seis, en lo sucesivo, LN de Nicaragua) y servirá como medio que comprueba que se hizo la petición formal y para que en su caso se acuda a la convocatoria judicial.

3.2. Situaciones complejas que se presentan ante la iniciativa de la minoría de convocar la junta general

Como quedó apuntado anteriormente, la facultad de convocar corresponde a los administradores por mandato legal, pero la iniciativa no es exclusiva a ellos, sino de los accionistas que tengan al menos la vigésima parte del capital social, quienes pueden solicitar a los administradores la convocatoria a junta general extraordinaria, siempre y cuando concurren determinados presupuestos, conforme a lo dispuesto en el artículo 251 CC de Nicaragua. Si los administradores no responden a la solicitud de la minoría, como corresponde a su deber (artículos 245, 251 y 252 del CC de Nicaragua), entonces podrán acudir al juez competente del domicilio social para que proceda a convocar la junta general de accionistas de acuerdo a lo previsto en el artículo 252 CC.

Entre las variadas situaciones complejas que se presentan al convocar por iniciativa de los accionistas encontramos las siguientes:

3.1.1. Cuando se pide la convocatoria a un consejo delegado

El artículo 243 CC de Nicaragua, señala que la administración de la sociedad estará confiada a la junta directiva nombrada por la junta general de accionistas o conforme lo disponga la escritura social. Según lo dispuesto en la norma, abre las puertas a la libertad contractual, la cual se podrá constituir la modalidad de un consejo delegado del órgano de administración. Las facultades de éste sub-órgano no comprometerán los deberes de la junta directiva como el de la convocatoria a junta general (artículo 251 CC de Nicaragua), aunque la disposición guarde silencio al respecto e indique la posibilidad de regularlo en el contrato social.

Para Ferrando Villalba (2013, p.212), Hernández Martín (2009, p. 339), Moralejo Menéndez (2011, pp. 1234-1235), Ortiz del Valle (2005, p. 87), Sánchez-Calero Guilarte (2011, pp. 715-745) y Valpuesta Gastaminza (2013, p. 431) si existe un consejero delegado²⁶⁶ nombrado por el consejo de administración, surge la duda sí a través de éste se puede solicitar la convocatoria a junta general. En derecho, la convocatoria no corresponde al consejero delegado, pero podrán dirigir la solicitud al consejo de administración. Comenta Fernández de la Gándara (2010, p. 593) que en STS de España: 14-3-2005 (2230, 2005) declaró nula la convocatoria de la junta general realizada por un consejero delegado y no mediante acuerdo del órgano competente. Sin embargo, el consejo acordará válidamente la convocatoria de la junta, aunque podrá encomendar al consejo delegado el anuncio de la convocatoria. Cuando cesan la mayor parte de los miembros del consejo, sin que exista suplente, entonces se permite a cualquier administrador que continúe en ejercicio del cargo pueda proceder a la convocatoria (Ferrando Villalba, 2013, p. 212). El Tribunal supremo de

²⁶⁶ El órgano de administración tiene facultades que determinan su competencia, pero es muy frecuente que delegue parte de sus facultades de gestión y representación en alguno o varios de sus miembros. Dicha delegación puede ser, en uno o varios consejeros delegados con facultades mancomunadas o solidarias o de una comisión ejecutiva que ejecutará a su vez de forma colegiada. En consecuencia, el consejo se desprende de una parte de sus facultades para asumir una función de dirección y control, con relación a la actividad desplegada por los cargos delegados. El alcance de la delegación queda remitida a la decisión del propio consejo de administración. Al margen de las delegaciones de facultades en sus propios miembros, el consejo de administración puede otorgar apoderamiento general o singulares a personas extrañas (Iglesias y García de Enterría, 2012, pp. 477). De acuerdo con Abramovich Ackerman (2014, pp. 243-253), Puga Vial, (2011, p. 376), Rodríguez Artigas (1971, pp. 41-42) y Vicent Chuliá (2003, p. 364) señalan que podemos distinguir los siguientes supuestos, en relación con las facultades del consejero delegado: a) que las facultades vengan o no en los estatutos; b) que se trate de delegaciones especiales o parciales, no pueden delegarse las facultades del consejo sobre rendición de cuentas, presentación del balance general; c) que el consejo delegue facultades concedida por la junta general.

España, también ha considerado que la facultad no puede delegarse, sino que debe ser realizada por el consejo, y si se faculta a un miembro para realizarla, esta facultad o delegación sería solo y exclusivamente para la firma del anuncio de convocatoria, pero sin que él personalmente pueda convocarla (SSTS de España: 24-2-1995, 4-12-2002 y 14-3-2005). Sobre este mismo asunto, el Tribunal Español (TS Español: 4-12-2002) había mantenido el criterio de que en un consejo de administración deficitario, integrado por dos socios, el fallecimiento de uno de ellos, permite al sobreviviente, investido de la condición de consejero delegado, convocar la junta general de accionista asumiendo, los poderes propios de los administradores de la sociedad. Los artículos 249 y 249 bis²⁶⁷ de la LSC de España regulan las facultades delegables e indelegables que Navarro Lérica, citado en la sentencia, mantiene la necesidad de distinguir entre gestión societaria de tipo interno y gestión propiamente empresarial, así como de excluir la facultad de convocar de las materias susceptibles de delegación. De ahí que el administrador mancomunado, apoderado recíprocamente de manera general, que pretenda convocar a junta general de accionista, carezca de tal facultad. En ese sentido, en RDGRN de España: 13-3-1997, se reafirma que la facultad de convocar es exclusiva de los administradores, sin que sea susceptible de atribución a personas ajenas al órgano social por vía de apoderamiento, en caso contrario, revela a los accionistas un vicio de la convocatoria que podría determinar el que se desatienda del llamamiento efectuado²⁶⁸.

²⁶⁷ Artículo redactado por el apartado veinticuatro del artículo único de la Ley 31/2014 de España. Señala las siguientes facultades indelegables del consejo de administración: «a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado; b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad; c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230; d) Su propia organización y funcionamiento; e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general; f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada; g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato; h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución; i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general; j) La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos; k) La política relativa a las acciones o participaciones propias; l) Las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas».

²⁶⁸ Montero García-Noblejas (2010, pp. 361-377) comentando STS de España: 13-5-2009 (3172, 2009), señala que la convocatoria de la junta realizada por una persona u órgano distinto al de administración estará viciada de nulidad, tal como quedará también en la propia junta, si se celebra. Resulta determinante la consideración que se adopte en relación con la delegabilidad o no de la competencia para convocar la junta general del consejo de administración en un administrador delegado. De conformidad con las sentencias recordadas, se aprecia que la circunstancia de que la junta general haya sido convocada por un consejero delegado, sin previo acuerdo del consejo, comporta la declaración de nulidad de la junta, así de todos los acuerdos adoptados.

Consideramos que lo señalado por Fernández de la Gándara y la referida sentencia confirma que el consejo de administración puede delegar facultades a los consejeros y designar, en su seno a una comisión ejecutiva con uno o más consejeros delegados con sus respectivas competencias y que el artículo 249 bis, j) de la LSC de España trata de una facultad indelegable, que consiste en que la convocatoria, la hace exclusivamente el consejo de administración y no el delegado.

Por el lado, el artículo 243 CC de Nicaragua, permite que en el contrato social se crean otras instancias sociales nombradas por la junta general. Por ello, con el objeto de agilizar la gestión externa y con el fin de evitar rígidas exigencias de funcionamiento del órgano colegiado es frecuente en la práctica nicaragüense, que el consejo de administración delegue las actividades normales a la gestión social, en algunos o varios de sus miembros, presentándose como una manifestación de la libertad organizativa del propio consejo. Lo anterior justifica que se permita nombrar por vía contrato social, una comisión ejecutiva con determinadas facultades²⁶⁹.

Con respecto a la Facultad de convocar la junta general, en STS de España: 29-7-1999 (713, 1999), citada por Fernández de la Gándara (2010, pp. 591-593), señala que una junta general de accionistas puede ordenar que se convoque para una determinada junta general extraordinaria, pero la concreta convocatoria obedeciendo el acuerdo, la ha de hacer el órgano de administración correspondiente.

En la práctica nicaragüense dicha situación es posible, simplemente es una instrucción de obligado cumplimiento para la administración; es decir, que una junta general ordinaria acuerde convocar a junta general extraordinaria, pero deberá hacerlo a través de los procedimientos legales correspondientes, según lo disponen los artículos 251 y 253 CC de Nicaragua.

3.1.2. Teoría de la convocatoria de la junta general ordinaria con plazo vencido

En Nicaragua el artículo 251 del CC expresamente reconoce que la junta ordinaria se reunirá al menos una vez al año, dejando a la libertad de los socios el señalamiento del plazo para ser convocada la junta general, según lo dispuesto

²⁶⁹ Los artículos 2120-8, 2120-7, 2163-1, 2162-8, 2161-2 del Anteproyecto del Código Mercantil de Nicaragua, proponen la posibilidad, que en los estatutos se organice la administración. Asimismo, sugieren la existencia de un comité ejecutivo con facultades delegadas por el órgano de administración de la sociedad. No encontramos contradicción respecto al mandato de convocar que le corresponde a los administradores, según los artículos 2161-7 y 2161-9, sometiéndose en función del mandato estatutario.

en el artículo 124.6 del CC. Una vez regulada la convocatoria de la junta ordinaria en los estatutos (artículo 203 CC) la junta directiva quedará obligada a convocarla en los términos señalados, en los artículos 251 y 253 CC. Aunque la ley no disponga otra cosa, debe entenderse que los socios que representen la vigésima parte del capital social podrán ejercer el derecho de minoría, previsto en los artículos 251 y 52 del CC, con el fin de convocar a la junta por el órgano de administración o, en su caso, por medio de la autoridad judicial competente²⁷⁰.

Moralejo Menéndez (2011, pp. 1252-1259) expone que cuando se trata de una junta general ordinaria, la convocatoria constituye una verdadera obligación que pesa sobre el órgano de administración. Este tipo de junta necesaria tiene un plazo determinado, contenida, tanto en la ley, como en los estatutos. Si no es convocada en la fecha establecida, entonces de forma automática se incumple el mandato que pesa sobre el órgano convocante y cualquier socio tiene facultades para pedir la convocatoria judicial de la junta. Constituye una previsión, en la que se articula la protección de todos los socios asegurándole el acceso a la información, la gestión de la sociedad, la aprobación de cuentas y la aplicación de los resultados.

En conclusión, vencido el plazo para convocar podrán los socios que representen la vigésima parte pedir que se convoque a junta general, cumpliendo lo regulado en el contrato social y la ley. No existe prohibición ni limitaciones al respecto de las facultades que la ley otorga al grupo minoritarios para ejercer este derecho político, que se encuentra implícito en el artículo 251CC de Nicaragua.

3.1.3. Solicitud de la convocatoria de la junta general por los accionistas morosos

En el caso de que la convocatoria de la junta general resulte de la iniciativa de la minoría, debe resolverse si en la participación de tal minoría ha de computarse el capital suscrito o solo el desembolsado. El artículo 235 del CC de Nicaragua, dispone que el accionista que no satisfaga oportunamente sus aportes pagará intereses desde el día que debió hacerse el entero y responderá además de los daños y perjuicios. Se fija en este artículo un plazo de dos meses, dentro de la cual, debe hacer el entero, y si no se verifica en el término señalado perderá sus derechos sociales y el capital aportado en beneficio de la sociedad, salvo fuerza mayor o caso fortuito, en el plazo señalado o estipulación contraria en la escritura social.

²⁷⁰ El artículo 2161-13 del anteproyecto del Código Mercantil de Nicaragua propone que la minoría de los accionistas pueden solicitar la convocatoria a la junta, dejando claro, respecto a este derecho, cuyo contenido se encuentra implícitamente regulado en el artículo 251 CC vigente.

A juzgar por el planteamiento anterior, el accionista moroso que representa la vigésima parte del capital social o uniéndose a otros socios podrán pedir la convocatoria a junta general de accionista, según lo dispuesto en el artículo 251 CC, siempre y cuando se encuentre en el plazo de los dos meses fijados para hacer el entero, de lo contrario perderá todos los derechos políticos, y entre ellos el que le faculta para integrar la minoría e instar la convocatoria²⁷¹.

En el artículo 83 de la LSC de España, sólo se le niega el derecho de voto, en razón de la cual, debe resolverse positivamente, entendiéndose que está legitimado para instar la convocatoria. Este derecho está relacionado con el derecho de asistencia, conforme el artículo 93 inciso c) de la misma Ley. En ese mismo sentido, se refiere el artículo 79 de la LGS del Perú, que también señala que el accionista moroso no podrá formar quórum, dejando la duda al respecto, a qué tipo de quórum se refiere, porque bien, puede ser el quórum de asistencia o el de votación. En ese mismo orden, lo expresado en el artículo 17 de LSA de Chile, se refiere al accionista moroso, pero no establece prohibición sobre el derecho al voto, por lo tanto, puede regularse sus derechos en los estatutos. El artículo 70 de la LSC de Uruguay, sobre el socio moroso, sanciona por daños y perjuicios que le pueda ocasionar a la sociedad. El artículo 193 LSC de Argentina, dispone que podrá establecerse la caducidad de los derechos de socios morosos, la cual, significa que puede establecerse en los estatutos limitaciones, como las de instar a convocatoria de la junta.

En virtud de lo señalado, los derechos de los socios morosos quedan suspendidos, cuando no cumplan en el plazo con sus obligaciones respecto al capital suscrito. Y tanto en Nicaragua, como en España, podrán solicitar la convocatoria de junta general de accionistas. Éste es un derecho legal mínimo de los accionistas, a pesar de que el artículo 235 CC de Nicaragua, en la parte final reconoce, salvo estipulación contraria a la escritura social y no debe confundirse con el derecho al voto.

Moralejo Menéndez (2011, p. 1236-1237) expone que sobre el socio moroso se trata de revisar si el accionista con desembolsos pendientes podrá ejercitar este derecho de convocatoria, porque tiene limitado sus derechos, en lo que respecta

²⁷¹ En ese sentido, los artículos 2110-9 y 2110-14 del Anteproyecto del Código Mercantil de Nicaragua, señala la responsabilidad del socio moroso por no cumplir con el entero, además le otorga al accionista seis meses para realizarlo, excediendo el término de dos meses que contiene el actual artículo 235 CC vigente. La posición del Anteproyecto permite que accionista moroso pueda ejercer los derechos políticos, por lo cual, es posible solicitar la convocatoria, siempre que reúna los requisitos de capital mínimo.

al derecho al voto, pero no afecta el resto de derechos políticos y por lo tanto, podrá pedir la convocatoria al consejo de administración.

A nuestro parecer, la solución que expone el artículo 235 del CC de Nicaragua, es la correcta, aunque con cierto grado de flexibilidad, por cuanto permite estipular en el contrato social el derecho de éste frente a la situación de insolvencia y por otro lado, de rigidez, por cuanto, si no se pacta, prevalece lo regulado en dicho artículo, perdiendo los derechos sociales, a no ser que compruebe la situación de fuerza mayor o caso fortuito. Es preferible que frente a una situación comprendida en el caso del socio moroso se regule ampliamente en los estatutos y se delimite los derechos de los mismos²⁷² a fin de que la sociedad pueda cumplir con el objeto social y no le cause perjuicios económicos a la sociedad. Este tema está mejor regulado en los artículos 81 al 83 de la LSC²⁷³ de España sobre los desembolsos pendientes.

3.1.4. Solicitud de convocatoria de los copropietarios de acciones

La copropiedad de acciones está regulada en el artículo 231 del Código de Comercio de Nicaragua, dispone que cuando dos más personas fueren propietarias de una acción o título al portador, la sociedad no está obligada a registrar ni reconocer la transmisión, mientras no elijan una que las representen ante la sociedad en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, lo relacionado con la convocatoria deberá hacerlo el representante de las acciones en copropiedad, siempre que el mandato esté registrado en el libro de acciones que lleva la sociedad (artículo 28 del CC de Nicaragua).

²⁷² El accionista debe pagar a la sociedad la porción del capital social que no ha desembolsado, según la forma y plazo previsto en el pacto social. No será necesario que una vez efectuado el pago por el accionista se modifique el pacto social, porque la previsión estatutaria sobre si el capital está totalmente desembolsado no es un dato provisional. Si el accionista no desembolsa, incurre en mora y no podrá ejercer el derecho de voto ni el derecho de suscripción preferente, ni cobrar los dividendos. Cuando el accionista se encuentra en esta situación, la sociedad puede optar entre: a) reclamar el incumplimiento de los daños y perjuicios causados por la morosidad; b) enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso. Si la venta no se hace se amortizará la acción con la consiguiente reducción de capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya desembolsadas (Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, 2013, pp. 434).

²⁷³ Se transcribe a continuación los artículos 81 al 84 de la LSC de España sobre los desembolsos pendientes: «Artículo 81 Los desembolsos pendientes. 1. En las sociedades anónimas, el accionista deberá aportar a la sociedad la porción de capital que hubiera quedado pendiente de desembolso en la forma y dentro del plazo previsto por los estatutos sociales. 2. La exigencia del pago de los desembolsos pendientes se notificará a los afectados o se anunciará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Entre la fecha del envío de la comunicación o la del anuncio y la fecha del pago deberá mediar, al menos, el plazo de un mes. Artículo. 82. Mora del accionista. Se encuentra en mora el accionista una vez vencido el plazo fijado por los estatutos sociales para el pago de la porción de capital no desembolsada o el acordado o decidido por los administradores de la sociedad, conforme a lo establecido en el artículo anterior. Artículo 8.3 Efectos de la mora. 1. El accionista que se hallare en mora en el pago de los desembolsos pendientes no podrá ejercitar el derecho de voto. El importe de sus acciones será deducido del capital social para el cómputo del quórum. 2. Tampoco tendrá derecho el socio moroso a percibir dividendos ni a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de

Ruiz de Velasco y del Valle (2007, pp. 305-306) y Sánchez Calero (2015, p. 246) expresan que si las acciones están en manos de uno o varios accionistas y se está en un caso de copropiedad sobre las participaciones o acciones, el ejercicio de los derechos de minoría tendrán lugar, a través de la persona designada para el ejercicio del derecho de convocatoria.

Los citados autores aclaran que sobre la copropiedad cabe distinguir entre la cotitularidad, la designación de un representante común y las reglas de la responsabilidad solidaria de los copropietarios de las acciones, por las deudas contraídas de las obligaciones que deriven la condición de socio. Pues, en cada supuesto se dan situaciones diferentes que merecen ser analizadas a continuación:

a) Cotitularidad sobre la acción

Respecto a la cotitularidad con relación al concepto la copropiedad regulada en el artículo 231 CC Comercio, se refiere al representante común para ejercer los derechos de los socios. Está es una especialidad de la comunidad de bienes que se encuentra regulada en el C de Nicaragua, según los artículos los 1692 al 1699, define por comunidad como las porciones correspondientes a los partícipes, tanto en los beneficios, como en las cargas, siendo proporcional a sus partes respectivas. Cada partícipe puede servirse de la cosa común, siempre que se emplee conforme a su destino usual. Un partícipe puede obligar a otro a contribuir con los gastos para la conservación de la cosa común y la administración de los bienes en comunidad, se deciden por acuerdos de mayoría, salvo que se someta a la autoridad judicial.

Cabe señalar que Dávila Millán (1992, p. 1074) y Ruiz de Velasco y del Valle (2007, p. 306) son de la opinión que la copropiedad de acciones exige que para ejercitar los derechos del socio frente a la sociedad, se realice la designación de una persona. Se denomina a esta exigencia “*unificación subjetiva del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio*”. Esta regla es un requerimiento práctico de simplicidad y claridad de los derechos de los socios, para que su

obligaciones convertibles. Una vez abonado el importe de los desembolsos pendientes junto con los intereses adeudados podrá el accionista reclamar el pago de los dividendos no prescritos, pero no podrá reclamar la suscripción preferente, si el plazo para su ejercicio ya hubiere transcurrido. Artículo. 84. Reintegración de la sociedad. 1. Cuando el accionista se halle en mora, la sociedad podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso. 2. Cuando haya de procederse a la venta de las acciones, la enajenación se verificará por medio de un miembro del mercado secundario oficial en el que estuvieran admitidas a negociación, o por medio de fedatario público en otro caso, y llevará consigo, si procede, la sustitución del título originario por un duplicado. Si la venta no pudiese efectuarse, la acción será amortizada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya desembolsadas

ejercicio no entorpezca las relaciones con la sociedad. Pese al ejercicio único del derecho, habrá en este caso una concurrencia homogénea de socios titulares, cada cotitular tendrá la condición de socio. No se puede decir que consista en una cotitularidad de varias personas en comunidad, porque tal afirmación obliga aplicar cambios dentro de la comunidad, en especial las reglas de la transmisión de acciones. Por otra parte, los acuerdos entre comuneros pueden derivar en pactos parasociales²⁷⁴. Es dudoso que pueda renunciarse a la unificación subjetiva del ejercicio del derecho que discipline de modo distinto la copropiedad, porque el tenor de lo regulado es imperativo.

La copropiedad de acciones se regula por medio del representante nombrado por los titulares de la acción o acciones. Para ejercitar los derechos derivados del título valor se requiere del otorgamiento de un mandato inscrito en el libro de acciones de la sociedad (artículos 28 y 37 CC de Nicaragua).

La cotitularidad desde el punto de vista de la naturaleza jurídica le serán aplicables las normas sobre la comunidad de bienes (artículos los 1,692 al 1,699 C de Nicaragua). Por cuanto, el cotitular se sirve de la cosa común y se decide por mayoría. La titularidad de acciones se puede compartir con dos o más personas, situación que puede regularse mediante un acuerdo, pues la indivisibilidad de la acción que expresa el artículo 231 CC de Nicaragua, supone que es una consecuencia del principio de igualdad de las acciones dentro de la misma serie, de manera que la acción cuando pertenece en copropiedad a varias personas ninguna de ellas ostenta la mitad, sino que todas en común tienen la condición de accionista. En la esfera interna, los copropietarios son titulares de la acción en la medida que corresponde a su cuota o parte ideal de la propiedad y en ese sentido, puede disponer de su parte.

²⁷⁴ Los contratos parasocietarios son contratos privados entre socios o entre socios y terceros, que no han de oponerse a la ley, al contrato social y estatutos que rigen a la sociedad anónima. Éstos han sido reconocidos en diversas legislaciones latinoamericanas: En España, el artículo 29 LSC reconoce este tipo de pactos, válido conforme el artículo 28 LSC, siempre que se mantengan reservado entre los socios y no sean oponibles a la sociedad. En Perú se reconoce el sindicato de acciones en la LGS, estableciendo como condición de validez de estos contratos la comunicación a la sociedad. Argentina no ha reconocido legítimamente los sindicatos de acciones, pero la jurisprudencia sí lo ha hecho, mientras tanto, no exista situaciones patológicas que atenten contra el interés social. Es un contrato plurilateral, atípico, origina una obligación de hacer o no hacer, es secreto y lícito, no requiere aporte de capital, es informal, temporal y accesorio al contrato social y estatuto (Álvarez López, 2009, p.1; Berges Angós, 2009, p. 3; Echaiz Moreno, 2006, pp. 109-121; Gutiérrez Camacho, 1999, pp. 10-20; Luceño Oliva, 2010, pp. 11-12; Matta y Trejo, 1980, p. 1001; Megías López, 2012, p. 425; Molina Sandoval, 2005; pp. 1-6; Mosquera Alcocer, 2009, p. 90; Paz-Ares, 2003, pp. 19-42; Quesnay Casusol, 2009, p. 20; Sáez Lacave, 2008, pp. 10-11; Sáez Lacave, 2009, p. 5; Sánchez González, 1991, p. 222; Simois Lapeyre, 2001, pp 1-12; Uría, Menéndez 1999).

b) El representante común

La representación contenida en el artículo 231 del Código de Comercio no deja claro si se trata de un mandatario con facultades generales de administración, mandatario generalísimo o mandatario con poder especial, para cada caso concreto. Puede ser cualquiera de los tres casos, y estará en dependencia de qué circunstancias amerita uno u otro mandato. Los accionistas deberán valorar el tipo de mandato a otorgar. Para la convocatoria a la junta general de accionistas y ejercer los derechos sociales y económicos, será suficiente un poder general de administración (artículo 3296 C de Nicaragua) que le permita a los titulares de las acciones ejercer los derechos sociales, a través de su representante con ciertos límites de sus facultades, como lo es, la transmisión de acciones. No debe confundirse esta representación, según el artículo 231 del CC de Nicaragua, con la representación para comparecer a la junta general de accionistas y ejercer los derechos de los socios.

La diferencia radica, en que en este tipo de representación se acostumbra otorgar poderes especiales para la sesión de una junta específica, señalando los puntos del orden del día de la convocatoria y la forma en que se ejercerá el voto. Puede representarse a uno o más accionistas, cada uno titulares de diferentes acciones con derechos independientes. En cambio, en la representación de copropiedad de acciones se diferencia, por el tipo de mandato que faculta al representante para ejercitar los derechos políticos y económicos, una vez que se encuentre inscrito en el libro de acciones de la sociedad.

Para Moralejo Menéndez (2011, pp. 1011,1012); Ruiz de Velasco y del Valle (2007, pp. 247) el nombramiento del representante es una obligación para los cotitulares, si no se da puede causarles perjuicios a los socios. Aunque tienen la cotitularidad no pueden ejercer el derecho frente a la sociedad, pues requiere que la designación sea comunicada a la sociedad y revestir de documento público²⁷⁵. Se hace el nombramiento de una persona, no cabe la representación plural. Cuando se nombra a una persona jurídica, entonces debe designar a su vez una

²⁷⁵ Aunque el artículo 231 del CC de Nicaragua no exige que la representación conste en documento público, ésta puede adquirir cualquier modalidad establecida en el pacto social. En el caso de no haberse regulado en dicho pacto, serán aplicables las disposiciones sobre el mandato regulado en los artículos 3293 y siguiente del C de Nicaragua. Si el mandato que suministran los socios a su representante es general o generalísimo deberán constar en escritura pública. Respecto a los documentos públicos, son los autorizados por un notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley, pueden ser auténticos y escrituras públicas, éstas últimas deben ser autorizadas por el cartulario en el correspondiente protocolo (artículos 2,364 y 2,365 del C de Nicaragua).

persona física. La designación queda sujeta a las limitaciones para desempeñar el cargo como representante y serán válidas las cláusulas estatutarias que delimiten las cualidades del representante. La sociedad debe tratar al representante como socio, excepto ciertas limitaciones por razón de su encargo. Basta que los derechos se ejerciten sin hacer distinción alguna entre los derechos del socio y la sociedad, salvo que se recurra a normas sobre el alcance del mandato.

En conclusión, el poder que se otorga al representante es para todos los negocios relacionado con los derechos políticos y económicos de los accionistas cuyos derechos se ejercitan en la junta general y podrán contener limitaciones debidamente pactada en el mandato, así como el poder ampliar dichas facultades hasta el punto de ejercer no solamente los derechos, sino que poder representar a un grupo de accionistas minoritarios o mayoritarios, siempre que todos hayan manifestado su voluntad en ese sentido.

c) La responsabilidad solidaria

Aunque el artículo 231 del CC de Nicaragua no aporta luces, respecto a la responsabilidad del representante de los copropietarios de las acciones, sus obligaciones se deducen de lo previsto en el mandato y regulado en los artículos 3310 y siguiente del C de Nicaragua.

Por otro lado, las reglas de la solidaridad se sujetan al régimen común. Siendo una responsabilidad frente a la sociedad, de manera que en las relaciones internas, como son: obligación del pago de los desembolsos pendientes, responsabilidad de acciones no liberadas, cumplimiento de las obligaciones accesorias y restitución de los dividendos ilegalmente percibidos son objeto de discusión (Moralejo Menéndez, 2011, pp. 1013, 1014 y Ruiz Velasco y del Valle, 2007, p. 306).

En conclusión la acción como bien jurídico puede ser objeto de un derecho de propiedad a favor de varias personas. Se reconoce que la cotitularidad puede recaer en un paquete de acciones. El artículo 231 del CC de Nicaragua reconoce la copropiedad, destacando como características que rigen esta forma las siguientes:

- La indivisibilidad de la acción. Sobre todo los derechos políticos, como son el de voto, no cabe una división del mismo al momento de ejercerlo en la junta general de accionistas (artículo 254 del CC).
- Las relaciones internas entre los copropietarios se rigen por las normas propias de la comunidad de bienes (artículos los 1,692 al 1,699 C de Nicaragua), pudiendo establecer acuerdos privados.

- Las relaciones externas entre los socios y la sociedad se rigen por el artículo 231 del CC de Nicaragua, sobre el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones.

El representante de los socios nombrado en esta calidad responde solidariamente frente a la sociedad. Es necesario, cuando lo requiera la inscripción de su designación como representante en el libro de acciones que lleva la persona jurídica (artículo 37 CC). Asimismo, el artículo 3333 del C de Nicaragua, reconoce que el mandatario responde de sus actos frente a terceros cuando ha excedido de su mandato y cuando se obliga personalmente.

Los intereses entre los copropietarios y el representante se establecen a través de acuerdos, pactos parasocietarios. Además de lo regulado en el mandato, de acuerdo con los artículos 3293 y siguiente del C de Nicaragua, esta relación no se encuentra regulada en el artículo 231 del CC de Nicaragua; por lo tanto, también serán aplicables los artículos 2435 y siguientes del C de Nicaragua sobre los contratos.

En conclusión de lo dicho anteriormente, según las facultades derivadas del mandato, el representante de los accionistas copropietarios de las acciones en el ejercicio de los derechos políticos de su mandante tienen facultades para solicitar la convocatoria a la junta directiva, constituyendo un derecho mínimo legalmente reconocido, al señalar que éste ejerce los derechos y obligaciones del accionista, según lo dispuesto en el artículo 231 CC de Nicaragua.

3.1.5. Solicitud en caso de usufructo y prenda de acciones

En Nicaragua las normas reguladoras del usufructo son las contenidas en los artículos 1473 del C y siguientes, y para la prenda de acciones, Ley de garantías mobiliarias, Ley No. 936, Aprobada el 6 de Octubre de 2016, Publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua, No. 200 del 25 de Octubre de 2016. En ese sentido, la facultad de iniciativa para convocar puede recaer en personas que careciendo de la cualidad de socio, tienen atribuidos por los estatutos el derecho de asistir y votar en la junta general de accionistas; pero la ley reserva este derecho al nudo propietario y al propietario de acciones pignoras y es permitido estipular en el contrato social esta atribución a todos o solamente algunos de los derechos del socios, tanto al usufructuario y acreedor pignoraticio²⁷⁶.

²⁷⁶ El Derecho comparado que se cita en este trabajo tiene correspondencia con lo señalado en España (artículos 127 y 132 LSC); en Chile (artículos 23 y 65 LSA); Perú (artículos 107 y 109 LGS); Argentina (artículos Arts. 218, 219 LSC) y Uruguay (artículos 308 y 309 LSC).

Como se ha mencionado, salvo pacto en contrario, corresponde al nudo propietario de las acciones usufructuadas el ejercicio del derecho. El nudo propietario puede instar, en ese caso, la convocatoria de la junta general. La misma situación se aplicará para la prenda de acciones que corresponde al propietario de los valores pignorados el ejercicio del derecho, excepto la concurrencia de distintas previsiones estatutarias (Sánchez Calero, 2015, p. 247-248).

El usufructo y prenda se prestan a ser regulado en los contratos particulares celebrados por las partes interesadas. En cualquier caso, en el usufructo la cualidad de socio recae en el nudo propietario, que es el titular de la acción, correspondiéndole a éste el ejercicio del derecho social, salvo disposición contraria en los estatutos, atribuyéndole al usufructuario el ejercicio de los derechos sociales y la legitimación para asistir a la junta. En el caso de la prenda, corresponde al propietario de la acción, salvo disposición contraria en los estatutos²⁷⁷.

Podemos señalar que la posición que reconoce el sistema legal mercantil sobre el usufructo y la prenda son las siguientes:

- a) Entre el usufructuario y nudo propietario frente a la sociedad para efectos de la convocatoria corresponde a lo siguiente: la cualidad del socio reside en el nudo propietario, el usufructuario tendrá derecho a los dividendos acordados. Salvo disposición contraria en el contrato y en los estatutos de la sociedad. El usufructuario estará obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de los derechos políticos. Según el artículo 1474 C de Nicaragua dispone *«Los derechos del usufructo se regulan por el título de que se derivan; la ley no sufre más que a lo que no provee el título, a no ser que éste disponga lo contrario»*.
- b) Entre el propietario de las acciones y el acreedor prendario. La prenda de acciones corresponde a su propietario, salvo disposición contraria, el acreedor pignorativo quedará obligado a permitirle el ejercicio del derecho. Al respecto el artículo 505.2 CC de Nicaragua, dispone *«La prenda de acción, de obligaciones o de otros títulos nominativos de sociedades comerciales o civiles, puede ser constituida mediante anotación o traspaso de los títulos en los libros de la sociedad por causa de garantía»*.

²⁷⁷ Los artículos 2214-4, 2322-4, 2322-5, 2322-6 del Anteproyecto del Código Mercantil de Nicaragua, proponen la condición que el nudo propietario y el deudor prendario, mantienen la condición del titular con sus derechos y dispone que podrán ser regulados en el contrato. Nos parece que no modifica nada de lo señalado por el Código Civil, respecto a las dos instituciones jurídicas.

Conclusiones

La convocatoria es la forma de comunicación que emplea el órgano de administración de la sociedad anónima para llamar a los socios a participar en la celebración de la junta general. Se facilita con ello el ejercicio de los derechos políticos de los accionistas en la junta general, en particular el derecho de información, el derecho de asistencia, el derecho a voz y el derecho de voto. Si bien, el artículo 253 del CC de Nicaragua, no define la convocatoria, su contenido es de naturaleza imperativa, respecto al quórum mínimo legal para la constitución de la junta y al procedimiento que regula para reunir a los accionistas y validar los acuerdos alcanzados.

La convocatoria a la junta general de accionistas es una facultad indelegable que tiene el órgano de administración de la sociedad y ha de cumplir en el tiempo previsto en la ley o en el contrato social. Si no se celebra la junta se pueden causar daños y perjuicios a la sociedad, siendo responsables los administradores por la inejecución del mandato, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 124.6, 245, 251, 252 y 253 CC de Nicaragua. Dichas normas son imperativas con relación al deber legal que se le atribuye al órgano de administración.

Los administradores con cargo caducado no podrán convocar a la junta general de accionistas porque sus facultades se encuentran suspendidas temporal o definitivamente y dependerá de lo pactado, en el contrato social y estatutos de la sociedad, según lo dispuesto en los artículos 124.4, 203, 243 y 244 CC de Nicaragua. La regla general es que se requiere de administradores con cargos vigentes al momento de convocar a la junta. Una sociedad que se encuentre en este estado, sin poder funcionar se encuentra en acefalía funcional, es decir, bloqueada por falta funcionamiento del órgano de administración. Mientras la sociedad se encuentre en esta situación y no se haya establecido en el contrato social y estatutos la manera de proceder, entonces cualquiera de los accionistas administradores con cargo vigente y por el interés social de acuerdo a los principios configuradores de la sociedad anónima (artículo 201 CC de Nicaragua) tendrán facultades para convocar a junta general de accionistas, solamente con el fin de nombrar a los administradores con cargo vencido. En ese sentido, el artículo 199 del RLGRP de Nicaragua, permite que la convocatoria de la junta general sea para los fines de aprobar las cuentas del ejercicio anterior, pero desde nuestro punto de vista, esta norma consiente convocar con cargo vencido al administrador o administradores para resolver tanto el nombramiento de la nueva junta directiva como la aprobación de cuentas. Otro argumento que nos permite convocar con cargo vencido sin problemas legales de eficacia de lo acordado es el artículo

156.16 LGRP de Nicaragua que regula la obligación legal de inscribir en el Registro Mercantil el nombramiento de la junta directiva, mientras no se inscriba la nueva junta directiva los administradores con cargo caducado podrán convocar únicamente para la elección a otros accionistas o su reelección respectivamente.

Cuando la convocatoria es realizada por la minoría, ésta podrá ser solicitada por la vigésima parte de los accionistas que representan el capital social o si los estatutos disponen de un menor porcentaje se aplicará lo regulado. Este derecho político es considerado como un derecho de minoría que ejercitan los socios conforme las reglas del artículo 251 CC de Nicaragua. Para ello establecen se requiere que la petición se dirija al órgano de administración; que se exprese de forma escrita; en caso de su convocar los socios podrán acudir al órgano judicial.

Cuando la petición va dirigida a un consejero delegado por el órgano de administración, la facultad y el deber de convocar le corresponde al órgano de administración, obligación que se encuentra implícita en las disposiciones contenidas en los artículos 243, 251, 253 CC de Nicaragua. Si bien, el contrato social y los estatutos pueden disponer la creación de consejeros delegados, pues el artículo 243 CC de Nicaragua permite, por libre disponibilidad de los socios (artículos 2435, 2437, 2473 C de Nicaragua) que en la escritura social se crean otros órganos derivados del órgano de administración como lo sería esta institución atípica para el sistema nicaragüense del «consejero delegado». A pesar de ser regulado, no podrá pactarse en la escritura social conceder dicha facultad al consejero, pues es una de las obligaciones ejecutivas que corresponden al órgano de administración y según el artículo 245 CC de Nicaragua, éstos deberán actuar en cumplimiento de los estatutos y preceptos legales. Sin embargo, la doctrina reconoce que se pueden presentar situaciones en las que la administración quede en manos de un único administrador por fallecimiento de los otros administradores asumiendo éste todas facultades de la administración de la sociedad, pudiendo convocar en esa calidad. Dado el silencio de nuestro sistema, dicha circunstancia es posible y admitida por las circunstancias previstas y se puede aplicar el principio del interés social que es el que prevalece ante éstas circunstancias, de acuerdo con los artículos 201 y 245 CC de Nicaragua.

Cuando se solicita la convocatoria de la junta ordinaria con plazo vencido, el artículo 251.2 CC de Nicaragua señala: «...*la junta general ordinaria se reunirá, por lo menos, una vez al año...*», es necesario que en los estatutos quede regulado el plazo para realizarla, de lo contrario puede causar perjuicios para la sociedad, por cuanto debe aprobarse las cuentas, el balance y los dividendos en su caso (*artículos 257 y 259 CC de Nicaragua*), entre otros. Este artículo 251 constituye

un mandato legal para el órgano de administración, la cual no debe incumplirlo, pues, de lo contrario, los administradores, serán responsables de acuerdo a lo previsto en el artículo 245 CC de Nicaragua.

Cuando se trata de accionistas morosos que solicitan la convocatoria de junta general de accionistas, debe valorarse lo establecido en el contrato social y en los estatutos en relación con los derechos políticos de este tipo de accionistas en mora. Asimismo se observará lo regulado en artículo 235 CC de Nicaragua, que al disponer que tales socios pierden los derechos políticos y el capital aportado al ser declarados en mora, por no haber hecho el entero en la fecha prevista. Si en el contrato social y en los estatutos se pacta otorgarles el derecho de convocatoria de la junta, siempre que representen la vigésima parte del capital social, entonces podrán pedirla. Por otra parte, debe separarse el derecho de convocatoria con el derecho de voto a la hora de redactarse en el contrato social y los estatutos, pues su alcance no es lo mismo a los efectos del ejercicio de los derechos políticos para este tipo de accionistas.

Cuando nos encontramos en el caso de copropiedad de acciones, el artículo 231 CC de Nicaragua, en correspondencia con la denominada unificación subjetiva del ejercicio de los derechos inherentes a la condición socio, dispone que el representante común nombrado de previo por los copropietarios e inscrito como tal en el libro de la sociedad tiene facultades para convocar a la junta siempre que cuente con las acciones que representan la vigésima parte del capital, según lo dispone el artículo 251 CC. Asimismo, la copropiedad referida en el artículo 231 CC que es compartida por dos o más personas, de manera tal que la acción cuando pertenece en copropiedad, ninguna de ellas ostentan la mitad, sino que todas en común ostentan la condición de accionistas; por lo tanto, en la esfera interna los copropietarios son titulares de las acciones en la medida que corresponde a su cuota o parte ideal de la propiedad, y en ese sentido, puede disponer de su parte. En otras palabras son aplicables las normas sobre comunidad de bienes reguladas en los artículos los 1,692 al 1,699 del C de Nicaragua. El relación con el poder otorgado al copropietario, la norma no dice que tipo de poder se otorga, siendo válida para la actuación que requiera un poder general de administración o un poder generalísimo (*artículos 3295 y 3296 C de Nicaragua*), porque el representante deberá ejercer los derechos políticos y económicos que corresponden a la acción. Se diferencia del poder que se otorga a un representante que actúa en una junta general y lo hace con una pluralidad de accionistas que no necesariamente deben ser dueños de las mismas acciones, sino de acciones diferentes pertenecientes a distintos accionistas. El socio que actúa en calidad de representante de la copropiedad de

acciones responde solidariamente frente a la sociedad sujetándose a las reglas generales del Derecho civil, que corresponden a los artículos 3310 y siguientes del C de Nicaragua, sobre obligaciones que debe cumplir el mandatario.

Cuando se trata de usufructo y prenda de acciones, el derecho de pedir la convocatoria corresponde al nudo propietario y al propietario de acciones pignoradas, excepto que en el contrato particular se disponga otra cosa diferente. Serán aplicables lo dispuesto en dicho contrato conforme el principio de libertad de contracción (según los artículos 1474, 2435, 2437 y 2473 C de Nicaragua).

Referencias bibliográficas

- Abramovich Ackerman, D. A (2014). *La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la ley general de sociedades*. Themis, (47) (pp. 243-253). Recuperado el 2 de agosto de 2015, en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110432.pdf
- Aliaga Huaripata, L. A (2009). *La junta general de accionistas y la conformación de la voluntad social*. Madrid: Revista crítica de derecho inmobiliario. No. 85. (pp. 3057-3070). Recuperado el 2 de agosto de 2015, en <http://app.vlex.com/#/vid/junta-accionistas-conformacion-voluntad-72839030>
- Aliaga Huaripata, L.A (2006). *El Derecho societario peruano a través de la jurisprudencia actual*. Madrid: Revista crítica de derecho inmobiliario, No. 698. (pp. 2395-2418). Recuperado el 29 de mayo de 2015, en <http://app.vlex.com/#WW/sources/1419/issues/8157>
- Álvarez López, J. C (2009). *Pactos societarios en las sociedades de responsabilidad limitada*. Recuperado el 2 de noviembre de 2014, en <http://www.legaltoday.com/practicajuridica/>
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A (Dir.) (2010). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Undécima edición. Navarra: Aranzadi
- Berges Angós, I. (2009). *Pactos parasociales*. Diario La Ley, (7184), (p.3). Recuperado el 28 de agosto de 2011, en http://www.bmpabogados.com/pdf/Pactos_parasociales.pdf
- Cabanas Trejo, R (2014). *Cambios en el régimen de la junta general de las sociedades de capital en la reforma del gobierno corporativo (Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*. Diario La Ley, Nº 8442, Sección Doctrina, 16 de Diciembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-421. Madrid: Editorial LA LEY
- Cazorla González-Serrano, L (2011). Una aproximación al modelo de administración de la sociedad anónima francesa. En Alonso Ledesma, C, Alonso Ureba, A, Esteban Velasco, G (Dir). *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de reforma*. Tomo I. Navarra. (pp.781-794). Editorial Aranzadi.
- Cruz Rivero, D (2012). *La junta general de las sociedades de capital no cotizadas. Modificaciones introducidas por la ley de sociedades de capital y sus*

- reformas posteriores. En Rodríguez Artigas, F, Fernández de la Gándara, L, Quijano González, J, Alonso Ureba, A, Velasco San pedro, L, Esteban Velasco, G (Dir). *Revista de Derecho de Sociedades*. Año, 2012, Número 39. (pp. 51-105). Pamplona. Aranzadi.
- Dávila Millán, E (1992). *Efectos de los acuerdos sociales respecto a los de accionistas con limitación de asistencia y voto a la Junta general*. (pp. 1074-1089). Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 4
- Duque Domínguez, J (2007). *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal*. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde. Tomo I. (pp. 375-408). Madrid: Marcial Pons.
- Echaiz Moreno, D (2006). *La juntas de socios contemporánea*. Lima, Perú: Revista del Foro.
- Embid Irujo, J. M (2010). *Ley alemana de sociedades anónimas. De 6 de septiembre de 1965 (BGBl., I, p. 1089), en su versión última llevada a cabo por el artículo 1 de la ley de 31 de julio de 2009 (BGBl., I, p. 2509)*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires; Marcial Pons.
- Esteban Velasco, G. (2001). *Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea*. (65-102). Revista de Estudios Europeos.
- Fernández de la Gándara, L (2010). *Derecho de sociedades*. T. II .Valencia: Tirano lo Blanch
- Fernández Ruiz, J.F y Martín Reyes, M. A (2004). *Fundamentos del Derecho mercantil*. Madrid. Tomo I: *Concepto y fuentes, empresa y empresarios individuales y sociales* (4ª ed.). Edersa. Recuperado el 16 de julio de 2015, en http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:ES/funciones+del+presidente+de+la+Junta+general+de+accionista/p3/vid/228437
- Ferrando Villalba, M, (2013). *Introducción al derecho de sociedades de capital*. En Embid Irujo, J. M (Dir). Estudio de la ley de sociedades de capital y legislación complementaria. (pp. 199-228). Madrid: Marcial Pons.
- Fradejas Rueda, O. M (2011). *Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias*. Una revisión. Texto de la ponencia presentada en el IX Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, celebrado los días 7, 8, 9 y 10 de noviembre de 2011 en la Harvard LawSchool. Recuperado el 1 de octubre de 2014, en http://eprints.ucm.es/14689/1/Fradejas,_Olga.pdf
- Gallego Sánchez, E (2012). *Derecho mercantil*. Primera parte. Valencia: Tirano lo Blanch.
- García Collantes, J. M (2012). *Órganos de administración y representación de las sociedades*. Italia. Cuaderno de derecho y comercio. Núm. Extraordinario, Diciembre 2012. Recuperado el 31 de mayo de 2015, en http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:ES/sistema+monista+del+%C3%B3rgano+de+administraci%C3%B3n/WW/vid/415977522
- García Lapuente, A (2009). Convocatoria judicial de consejo de administración. En especial, la aplicación de los medios electrónicos de comunicación. En Rodríguez Artigas, F, Fernández de la Gándara, L, Quijano González, J, Alonso Ureba, A, Velasco San pedro, L, Esteban Velasco, G (Dir). Revista

- de Derecho de Sociedades. Año, 2009-1, Número 32. (pp. 323-340). Pamplona: Aranzadi
- García Riestra, M (2002). *La sociedad anónima europea*. Universidad San Pablo-CEU, Instituto de Estudios Europeos. Recuperado el 2 de octubre de 2015, en <http://www.ideo.ceu.es/Portals/0/La-sociedad-anonima-europea.pdf>
- Garrigues, J. (1976). *Curso de Derecho mercantil*. 7ma. Ed. Madrid. Imprenta Aguirre, 575-655.
- González García, J (2001). *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1999*. Registro Mercantil. Revista crítica de Derecho inmobiliario. Núm. 666, Julio - Agosto 2001. Recuperado el 7 de junio de 2015, en http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/administradores+con+cargo+caducado/WW/vid/328209
- Gutiérrez Camacho, W (1999). *Contratos parasocietarios* en: Diario Gestión, Lima, 9 de Septiembre. Recuperado el 28 de agosto de 2013, en <http://www.teleley.com/1gutierrez-52.pdf>
- Hernández Martín, T (2009). *La convocatoria de junta general de accionistas por un consejo delegado*. En Rodríguez Artigas, F, Fernández de la Gándara, L, Quijano González, J, Alonso Ureba, A, Velasco San pedro, L, Esteban Velasco, G (Dir). Revista de Derecho de Sociedades. Año, 2009-1, Número 32. (pp. 333-356). Pamplona: Aranzadi
- Hernando Cebriá, L (2011). *El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital*. Cuadernos de derecho y comercio. Núm. 56, Diciembre 2011. Pp. 87-133 Recuperado el 27 de junio de 2015, en http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:ES/el+voto+dirimente+de+presidente+de+junta+general/WW/vid/379522102
- Iglesias Prada, J y García de Enterría, J, (2015). *Los órganos sociales de las sociedades de capital*. En Menéndez y Rojo (Dir). *Lecciones de derecho mercantil. Tratados y manuales*. Volumen I. 13.ª edición. (pp. 469-493). Thomson Reuters.
- Iglesias, J. L y García de Enterría, J (2012). *Las sociedades de capital*. En Menéndez, A y Rojo, A (Dir). *Lecciones de Derecho mercantil*. Pamplona: Vol. I. 12 edición. Civitas.
- Llavero Rodríguez-Porrero, M (1994). *Aspectos conflictivos en la responsabilidad personal de los administradores de una sociedad anónima*. Diario La Ley, 1994, pág. 795, tomo 3, Editorial LA LEY
- Lojendio Osborne, I. M (2010). *Lecciones de Derecho Mercantil*. En Jiménez Sánchez, G. 14 edición. Madrid: Tecnos.
- Luceño Oliva, J. L (2010). Los pactos parasociales como instrumento de protección del socio minoritario. Una propuesta de contenido mínimo. Noticias jurídicas. Recuperado el 23 de octubre 2013, en <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/201004-54987321456.html>
- Martínez Martínez, M, T (2011). *La reforma parcial de la ley de sociedades de capital y la incorporación de la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas*. En Rodríguez Artigas, F, Fernández de la Gándara, L, Quijano González, J, Alonso Ureba, A, Velasco San pedro, L, Esteban Martínez Nadal, 2010, p. 175;

- Matta y Trejo, G. E (1980). *Otra vez en torno a los pactos de sindicación entre accionistas*. (p. 1001). LA LEY1980-C
- Megías López, J (2012). *El abuso a la minoría y el interés social*. Comentario a la STS873/2011. En Rodríguez Artigas, F, Fernández de la Gándara, L, Quijano González, J, Alonso Ureba, A, Velasco San pedro, L, Esteban Velasco, G (Dir). *Revista de Derecho de Sociedades*. Año 2012, Número 39. (pp. 425-446). Pamplona: Aranzadi.
- Molina Sandoval, C. A (2005). *Fideicomiso Societario*. Bases para una mejor Utilización de la figura fiduciaria. El Derecho. Recuperado el 1 de octubre de 2011, en http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/10
- Montero García-Noblejas, P (2010). *Posibilidad de delegar la competencia para convocar la junta general (Estudio de la doctrina jurisprudencial a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2009 R2009, 3172)*. En Rodríguez Artigas, F, Fernández de la Gándara, L, Quijano González, J, Alonso Ureba, A, Velasco San pedro, L, Esteban Velasco, G (Dir). *Revista de Derecho de Sociedades*. Año, 2010-1, Número 34. (pp. 361-377). Pamplona. Aranzadi
- Moralejo Menéndez, I, E (2011). *Comentarios de la ley de sociedades de capital*. En Rojo, A y Beltrán Tomo I, Navarra. Thomson Reuters.
- Mosquera Alcocer, S.J (2009). *La Sindicación de acciones en el Derecho comparado*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Muñoz Pérez, A. F (2011). *Posición jurídica y régimen de responsabilidad de los administradores en el sistema dual italiano*. En Alonso Ledesma, C, Alonso Ureba, A, Esteban Velasco, G (Dir). *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de reforma*. Tomo I. Navarra. (pp. 747-778). Editorial Aranzadi.
- Ocaña Rodríguez, A (2013). *Responsabilidad penal y civil de los administradores societarios*. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013. Recuperado el 15 de junio de 2015. en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I10664d30613f11e2907a01000000000&srguid=i0ad818160000014df96dc531f7f33950&src=withinResuts&spos=16&epos=16&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#>
- Ortiz del Valle, M (2005). *La administración delegada de las sociedades anónimas. Estudio del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas*. Tesis Doctoral, dirigida por el Dr. D. Juan Antonio Roca Fernández-Castans. Universidad de Granada.
- Otero Lastres, J. M (1991). *Notas sobre la Junta general de accionista de la sociedad anónima*. Conferencia pronunciada en la academia Matritense del Notariado el día 17 de octubre de 1991. Universidad de Alcalá de Henares. Recuperado 26 de julio 2013, en <http://vlex.com/vid/junta-accionistas-anonima-pronunciada-238438>.
- Paz-Ares, C (2003). *El enforcement de los pactos parasociales*. Actualidad jurídica Uría y Menéndez, (5).pp. 19-42
- Peña Nossa, L (2011). *De las sociedades comerciales*. Colombia, Bogotá Universidad Santo Tomás. Sexta edición. Editorial Temis.
- Pérez Carrillo, E (2010). *Simplificación en la organización y funcionamiento de los órganos sociales. Junta general de socios y consejo de administración*. En Hierro

- Anibarro, S. Simplificación del Derecho de sociedades. (pp. 349-428). Madrid: Marcial Pons.
- Pierre-Henri Conac, (2009). *La junta general de las sociedades anónimas en el derecho de sociedades francés. Últimas novedades y principales cuestiones*. En Rodríguez Artigas, F, Farrando Miguel, I, González Castilla, F y Tena Aguirre, R (Dir). *La junta general de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*. Academia matritense del notariado. (pp. 99-106). Colegio de notarios de Madrid.
- Puelma Accorsi, A (2011). *Sociedades. De la junta de accionistas*. Tomo II. Recuperado el 16 de diciembre de 2013, en http://app.vlex.com/#vid/321667063/graphical_version. Editorial Jurídica de Chile
- Puga Vial, J. E (2011). *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado*. Chile. Editorial Jurídica de Chile. Recuperado el 29 de mayo de 2015, en <http://app.vlex.com/#sources/6178>.
- Pulgar Ezquerro, J (2015). *Impugnación de los acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada*. En Rodríguez Artigas, F, Fernández de la Gándara, L, Quijano González, J, Alonso Ureba, A, Velasco San Pedro, L, Esteban Velasco, G (Dir) (2015). *Revista de Derecho de Sociedades*. Enero-Junio, 2015, Número 44. (pp. 70-106). Pamplona: Aranzadi.
- Quesnay Casusol, J. M (2009). *Los Convenios Parasocietarios*. Disponible en internet. Recuperado el 23 de octubre de 2014, en <http://jquesnay.wordpress.com/los-contratos-parasocietarios/>
- Rodríguez Artigas (1971). *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de Administración*, Editorial Montecorvo, 1971, p. 76; F. SÁNCHEZ CALERO, «Administradores», en AAVV (Coor. F. SÁNCHEZ CALERO), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Edersa, Madrid, 1994, p. 19 y, del mismo autor, *Los administradores en las sociedades de capital*, (pp. 41 y 42). Navarra: Civitas
- Rodríguez Rodríguez, J (1977) *Tratado de las sociedades mercantiles*. Tomo I y Tomo II. 5ta edición, México: Editorial Porrúa.
- Ruiz de Velasco y del Valle, A (2007). *Manual de Derecho Mercantil*. Universidad Pontificia Comillas. Ed. 3. Madrid: Alcobendas
- Sáez Lacave, M. I (2008). *Las bases económicas del derecho de la junta de socios*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, No. 2. Recuperado el 2 de agosto de 2015m en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2592871>
- Sáez Lacave, M. I (2009). *Los socios en Derecho Español. Una materia en manos de los jueces*. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid
- Sáez-Santurtún Prieto, J (2007). *La Junta general de la sociedad anónima europea*. Cuadernos de derecho y comercio. Recuperado el 2 de junio de 2014, en <http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=b83e60a0-8b61-479f-bae7-1b2ad71fb7e7%40sessionmgr110&vid=11&hid=128>

- Saintourens, B (2011). *Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles regulations économiques*. Re. Soc.
- Sánchez Calero, F (2007a). *La junta general en las sociedades de capital*. Pamplona. Editorial Aranzadi.
- Sánchez Calero, F (2015). *Principios de Derecho mercantil*. Revisado por Sánchez-Calero Guilarte. 20ª ed. Pamplona: Aranzadi
- Sánchez Calero, F y Sánchez-Calero Guilarte (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil*. 36 edición. Navarra. Aranzadi
- Sánchez González, J (1991). *Los convenios y sindicato de votos*, Madrid: Civitas.
- Sánchez-Calero Guilarte (2007). *La convocatoria a junta general ante la suspensión de los administradores sociales*. Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense. Anuario de Derecho Concursal nº 12 (2007), pp. 341-361. Recuperado el 2 de junio de 2015 en http://eprints.ucm.es/7876/1/Convocatoria_Junta_General.pdf
- Sánchez-Calero Guilarte, J (2011). *La modernización del derecho de sociedades de capital en España*. En Fuentes Naharro, M y Navarro Lérida, M. *Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo I. Thomson Reuters. Editorial Aranzadi.
- Simois Lapeyre, D (2001). *Convenios de Sindicación de Acciones*. KPMG, Uruguay, Recuperado el 12 de octubre de 2013, en www.kpgm.com.uy
- Solórzano, A (1974) *Glosas al Código de Comercio de Nicaragua*, (p. 256). Ministerio de Justicia de Nicaragua.
- Uría, R, Menéndez, A y García de Enterría (1999). *La sociedad anónima: órganos sociales. La junta general de accionistas*. En Uria, R y Menéndez, A. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I, Madrid. Civitas.
- Valpuesta Gastaminza, E (2013). *Comentarios a la ley de sociedades de capital. Estudio legal y jurisprudencial*. Barcelona. Bosch
- Vega Vega, J. A. (2013). *El documento jurídico. Problemas de la electrificación*. Revista de Estudios Económicos y Empresariales.
- Vicent Chuliá, F (2003). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia. Tirant lo Blanch
- Legislación nacional*
- Asamblea Nacional (1916) Código de Comercio de Nicaragua (publicado en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua, No. 248, del 30 de octubre de 1916.
- Asamblea Nacional (1904). Código Civil de Nicaragua, Publicado en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua, No. 2148 de 5 de febrero de 1904.
- Asamblea Nacional (2009). Ley General de los Registros Públicos de Nicaragua, aprobada el 27 de Agosto del 2009, Publicada en la Gaceta Diario Oficial de Nicaragua, No. 239 del 17 de Diciembre del 2009.
- Asamblea Nacional (2013). Decreto Ejecutivo, Ley 13-2013, del Reglamento Ley No. 698. Ley General de los Registros Públicos, aprobado el 22 de

febrero de 2013, publicado en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua, Número. 44 del 7 de marzo del 2013.

Asamblea Nacional (1905). Ley del Notario en Nicaragua, promulgada en 1905, como apéndice del Código de Procedimiento Civil, aprobado el primero de enero del año mil novecientos seis.

Asamblea Nacional (2016). Ley de garantías mobiliarias, Ley No. 936, Aprobada el 6 de Octubre de 2016, Publicada en La Gaceta No. 200 del 25 de Octubre de 2016

Legislación extranjera

Código de Comercio francés. Aprobado el 20 de marzo de 2006

Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. Publicado en BOE núm. 150 de 23 de Junio de 2012.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, publicado en BOE No. 293, de 04 de Diciembre de 2014.

Ley alemana sobre la sociedad anónima pequeña y desregulación del Derecho de sociedades anónimas "*Gesetz für Kleine Aktiengesellschaft und Deregulierung des Aktienrechts*", de 2 de agosto de 1994, publicada en *Bundesgesetzblatt* de 9 de agosto de 1994).

Ley de Sociedades Anónimas de Chile, Ley No. 18.046, publica el 22 de octubre del año 1981, modificada con la Ley 20954 del 29 de octubre del año 2016.

Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, Ley No. 19.550, Decreto ordenado por Decreto No. 841/84, del 20 de marzo del año 1984, Boletín Oficial del 20 de marzo del año 1984.

Ley General de Sociedades del Perú, No. 266787 del 19 de noviembre de 1997, promulgado el 5 de diciembre de 1997.

Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay, No. 16.060, publicada en el Diario Oficial el 1 de noviembre de 1989, No. 22977

En busca de la regulación de las “holdings” en la ley general de sociedades mercantiles en México

Jorge Romero

Resumen

Las holdings son una forma de organización o agrupación de empresas en la que una compañía adquiere todas o la mayor parte de las acciones de otra empresa con el único fin de poseer el control total sobre la otra empresa. Holding es una palabra inglesa pero tan aceptada en nuestro idioma que ya se incluye en la Real Academia Española.

La presente investigación se realizó en La Universidad Autónoma del Estado de Morelos, en el año 2017 y tiene por objeto constituir una semblanza de la regulación de las “holdings” en la Ley General de Sociedades Mercantiles en México, para obtener beneficios fiscales sin caer en la evasión o elusión fiscal, así como estar reguladas desde una ley o reglamento, esta alternativa permite controlar desde la cúspide a las demás empresas subsidiarias que han sido creadas. Los resultados muestran que existen en México 4,862 empresas familiares que consolidan para efectos fiscales, las cuales se encuentran integradas en 422 grupos. En este régimen de fiscalización grupal llamado consolidación fiscal permite a las demás empresas llamadas controladas poder acceder a algunos beneficios fiscales, como son las pérdidas registradas en una empresa entre las utilidades de otra empresa que se encuentre integrada en el grupo de consolidación fiscal, es decir: con la idea de contar con un resultado fiscal consolidado y poder en una declaración fiscal una base única los resultados obtenidos de todas las empresas que integran el grupo corporativo misma que a su vez se encuentren reguladas desde una definida ley. Una vez obtenido el resultado fiscal y determinado el impuesto anual a cargo se podrá diferir en cinco ejercicios siguiente, así se puede utilizar los flujos de efectivo de los impuestos no utilizados, solamente en este régimen de consolidación fiscal, en México el fisco permite el diferimiento de cinco años, esto a medida que se encuentren reguladas desde una ley o reglamento que permita que se tenga el control sobre dichas “holdings”.

Palabras clave: Holding, *regulación de las “holdings” en la Ley General de Sociedades Mercantiles en México.*

Abstract

Holding companies are a form of organization or group of companies in which a company acquires all or most of the shares of another company for the sole purpose of having full control over the other company.

Holding is an English word but so accepted in our language that is already included in the Royal Spanish Academy.

The present investigation was carried out in the Autonomous University of the State of Morelos, in the year 2017 and it has for object to constitute a resemblance of the treatment of possible regulation of holdings in Mexico, to obtain fiscal benefits without falling in the evasion or fiscal evasion, this alternative allows control from the top to the other subsidiary companies that have been created. The results show that there are 4,862 family businesses in Mexico that are consolidated for tax purposes, which are integrated into 422 groups. In this group control regime called fiscal consolidation, it allows other controlled call companies to have access to certain tax benefits, such as the losses registered in a company between the profits of another company that is integrated in the fiscal consolidation group, ie : with the idea of having a consolidated fiscal result and power in a tax return a single base the results obtained from all the companies that make up the corporate group. Once the fiscal result has been obtained and the annual tax with charge determined, it can be deferred in five following years, thus the cash flows of the unused taxes can be used, only in this fiscal consolidation regime, in Mexico the treasury allows the deferral of five years.

Key words: Holding, tax benefits and regulation in the general law of commercial companies.

I. Introducción

La labor del legislador mexicano, tratándose del área mercantil, ha sido bastante limitada hasta cierto punto desordenada. En efecto, el establecimiento de empresas y sociedades de avanzada que están ampliamente implementadas en otros países del continente, así como en legislaciones europeas, parece un ideal utópico para la realidad del derecho mercantil mexicano. Concretamente, las sociedades controladoras o llamadas “ *Holding* ”, así como las sociedades controladas por estas, aun cuando se encuentran reguladas en la Ley de Concursos Mercantiles, no están claramente determinadas en términos operativos, sustantivos y prácticos. Adicionalmente, no se ha evidenciado un interés del legislador de turno por ajustar la forma en que dichas sociedades ejercen su control desde el punto de vista del panorama social, económico y jurídico del país.

Aunado a lo anterior, pese a las ventajas y beneficios del establecimiento de este tipo societario en la realidad mexicana, en especial, si se percibe en términos de proyección internacional, hay también desventajas como el hecho de que una sociedad controladora pueda precisamente controlar un sector del mercado y con ello fomentar prácticas monopólicas, emprendidas tras el cobijo de esta figura societaria; por consiguiente esto hace aún más indispensable la labor pendiente de una regulación jurídica exhaustiva en el contexto mexicano o en cualquier contexto que aun adolezca de tal consagración normativa.

De ahí que sea necesario la aprehensión de la organización y funcionamiento de estas sociedades en términos legales; asimismo, como se verá en su oportunidad, se requiere de un amplio tratamiento del tema desde el punto de vista jurisprudencial, puesto que las decisiones y fallos jurídicos en la materia en México, son escasos.

Para el tratamiento y abordaje de esta fenomenología resulta indispensable una aproximación a sendas categorías conceptuales a ella asociada. Efectuado este ejercicio, se pretende un acercamiento al tratamiento legal de la temática en mención en México, para que, en la parte final de este se llegue a las conclusiones que se estimen pertinentes, pero que, a manera hipótesis, se traducen en la necesaria atención de los poderes de la unión en la regulación amplia y clara de las sociedades controladoras en términos mercantiles; puede impactar procurando a la vez una seguridad jurídica en otras parcelas como materia de consumidores y competencia.

II. Precisiones conceptuales y doctrinales de las “*holdings*” o sociedades controladoras

Inicialmente debe precisarse que el tratamiento investigativo que se le ha dado a las *Holdings* en la doctrina, así como en la praxis ha sido bastante limitado, razón que justifica y dota de fuerza al estudio y análisis que siguen.

Para los fines de este escrito resulta necesario precisar qué se entiende por *Holding*. Al respecto manifiesta Dubois²⁷⁸ que las sociedades *holding* son aquellas tenedoras de participaciones, genéricamente de acciones, respecto a otras sociedades y que le permite ejercer un control y dominio sobre las mismas.

Por su parte, ha expuesto Fernández Rodríguez²⁷⁹ que por este habrá de entenderse a una entidad constituida por el Estado, con el objeto de fundar directamente empresas públicas o agrupar las existentes mediante la adquisición de sus acciones, para que, en estos términos, se pueda ejercer el control de sus medios financieros, así como el de carácter operacional y de gestión. Ha sido entendido además como un ente de derecho público, provisto de personalidad jurídica (por lo que ha sido comparado con los entes descentralizados) que goza de alguna autonomía en virtud de la ejecución de fines estatales que tiene bajo su potestad.

Resulta pertinente manifestar además que como lo manifiesta Certad²⁸⁰, el elemento que caracteriza esencialmente al *holding* es el control que la sociedad participante se asegura a través de las acciones adquiridas en las sociedades en que participe, esto es, a aquel sector del mundo económico que se sintetiza en el fenómeno de grupos de sociedades: es la sociedad que está al vértice del grupo, dirigiéndolo a través del poder proveniente de la posesión de la mayoría de acciones necesarias para gobernar las asambleas generales de las distintas sociedades participadas.

Ahora bien, no debe perderse de vista que esta “*holding*” es claramente diferenciable de la sociedad meramente inversora, en atención a que esta última, aunque tiene acciones frente a otras sociedades, no ejerce control alguno, son sino que está limitada a la percepción de dividendos.

²⁷⁸ Citado por Dubois, Eduardo M y otro, *La sociedad “holding” y la sociedad “filial” en el derecho argentino*, Errepar, DSE, No. 276, Tomo XXII, Noviembre 2010, p. 1189.

²⁷⁹ Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *El holding como instrumento de control y coordinación de las empresas públicas; su eventual aplicabilidad a la realidad jurídico económica de México*, p.5

²⁸⁰ Certad Maroto, Gastón. *La influencia de la Sociedad Anónima en la Evolución del Derecho de Propiedad*, La Propiedad: Ensayos, Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 1983, p. 506

En igual sentido, resulta pertinente y conducente aclarar que la “*holding*” ejerce el control sobre la sociedad filial o también llamada subsidiaria. Sin embargo, es del resorte de este análisis evidenciar que subsiste una problemática entre estas dos sociedades, directamente vinculada a sendos temas de derecho comercial y societario, verbigracia, las empresas multinacionales, grupos societarios, empresas unipersonales; lo anterior sin perjuicio de que como se enunció en el introito de este escrito, la regulación en la materia es bastante precaria.

Dicho lo anterior, es válido precisar que son diversas las razones que conllevan a la constitución de una sociedad *holding* que no ejerza actividades propias, sino que lleve a otras sociedades a que lo hagan, como lo refiere acertadamente Manóvil²⁸¹. En efecto, se tiene que en ocasiones existen algunas exigencias de orden legal que asignan el objeto exclusivo para actividades de seguros, bancarias, de servicios públicos, entre otros. En algunas oportunidades, sin embargo, pueden constituirse para la limitación de la responsabilidad de carácter patrimonial, el alistamiento de nuevos socios o necesidades relacionadas con la descentralización.

De lo anterior también podemos decir que, algunas se crean por razones de orden fiscal en atención a que en varios países se impulsa a la constitución de este tipo de sociedades a través del uso y reconocimiento de incentivos de orden fiscal relacionados con tributación consolidada, reducciones, deducciones, diferimientos, entre otros.

Hechas las precisiones que anteceden, debe hacerse especial hincapié en que, por regla general, la sociedad *holding* es considerada como la cabeza visible dentro de un grupo de sociedades. Pero ¿qué habrá de entenderse por este grupo? Sobre el particular recuerda la doctrina que este tiene, cuanto menos, las siguientes notas características: a) la existencia de una pluralidad de sujetos que tienen una personalidad jurídica propia; b) sometimiento de los mismos a una dirección única; c) la explotación, por parte del grupo, de empresas mercantiles que podrán estar o no integradas entre sí²⁸².

Sin embargo, también han sido definidos como un conjunto de personas jurídicas que conforman una unidad de orden económico y en las que una de ellas tiene el control respecto a las otras. Se tienen además como sus principales características, de conformidad con lo expuesto en la doctrina, las siguientes:

²⁸¹ Manóvil, Rafale, Mariano. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, editorial Abeledo Perrot, Bs.As. 1998, p. 851.

²⁸² *Ibidem*, p. 163.

- a) Resultado de la economía de producción en serie
- b) Se especializan en áreas específicas para que, con posterioridad, puedan complementarse
- c) Su unificación permite el suministro de bienes y servicios mutuo
- d) Cada sociedad mantiene su personalidad jurídica e independencia operativa
- e) El fin del grupo difiere del objeto social que se persigue, entre otros.

Resulta necesario precisar que, dentro de las ventajas de los grupos de sociedades se encuentran:

- a) Que se complementan entre sí y se proporcionan bienes y servicios
- b) Hacen posible la simplificación de la gestión social y la reducción de costos operativos y administrativos
- c) Se mantiene una operación eficaz.

Con respecto a la identidad económica de grupo (o teoría de la unidad de la empresa) que caracteriza a esta sociedad y que se logró en gran parte por la tesis sostenida por Berle²⁸³, habrá que enunciar que en el grupo y en la relación sociedad matriz-sociedad filial, no obstante existir existan varias personas jurídicas, hay una sola empresa y la realidad económica debe imponerse a las diferencias aparentes derivadas de la pluralidad de personas jurídicas, razón por la cual las responsabilidades de la matriz deben ser tratadas de acuerdo con tal realidad y no con la realidad legal²⁸⁴.

III. Ventajas y desventajas de las sociedades controladoras

Procede en este punto el análisis de las funciones de las empresas controladoras. En efecto, la empresa controladora, para el ejercicio de sus funciones, debe contar con un equipo de orientadores y ejecutivos altamente capacitados que permita planear sus operaciones de manera anticipada.

²⁸³ Citado por Berle Arias Córdoba, Fabio Alberto. *La Concentración de empresas en Grupos de Sociedades y la Unidad de la empresa*, San José, Costa Rica, Revista IVSTITIA N.º 59., p. 16.

²⁸⁴ *Ibíd.*, N.º 59., p. 16.

Igualmente se destaca su necesaria planeación fiscal, así como la capacitación de su personal en la toma de decisiones labor que deberá ser distribuida, de manera uniforme, entre la sociedad controladora y controlada.

Debe manifestarse además que se ha enunciado que la constitución de una “ *Holding* ” genera beneficios ostensibles, toda vez que permite un control de diversos sectores del mercado, asegurándose así que las empresas que la conforman accedan a materias primas, logística, financiación, transporte, entre otros. Aunado a lo anterior, es posible que mediante una *Holding* se logre controlar sendos elementos y factores que integran el proceso de producción, esto es, que esta pueda controlar la extracción de la materia prima, su mutación, así como la disposición del producto en las manos de quien lo consume.

Pese a estas ventajas, se han destacado doctrinalmente varias desventajas de las Holdings. En efecto, se destacan, entre otras, las siguientes²⁸⁵:

- a) Abusos del orden bolsístico: en la medida en que se valorizan los capitales de las sociedades que integran la *Holding* , de manera que, al momento de proceder con la venta al público, las acciones superan los precios reales;
- b) De orden tributario: puesto que existen ostensibles posibilidades de que, en virtud de sus operaciones extensas, se salte el conducto regular para el pago de impuestos; ello también es posible cuando se fijan valores excesivos a servicios que son prestados por las sociedades controladas;
- c) De carácter económico político: lo anterior, en virtud de que la elevación de precios descrita afecta a los consumidores. Esta afirmación es confirmada por Gide, quien sugiere que muchas veces la “ *Holding* ” se constituye como una forma de monopolio dirigida a la dominación del mercado y fijación abusiva de los precios;
- d) De orden moral – comercial: en la medida en que se ha demostrado, en la praxis, el empleo de medios de competencia desleal.

Se considera, sin embargo, que estos inconvenientes no tienen origen estrictamente en las “ *Holdings* ”, sino que surgen de la competencia mercantil contemporánea;

²⁸⁵ Véase Pardo de Alcazar, Enrique. *Las holdings o compañías tenedoras*, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, N°. 5, 1946, pp. 23-42

sin embargo, se considera que pueden ser suprimidas a través de la expedición de normas adecuadas, así como con la constitución de organismos de orden técnico de control y que cuenten con personas eficientes y honestas.

Téngase en cuenta además, que Richard Robinson, John Pearce y Amita Mital, citados por Gilani²⁸⁶, sugieren que la estructura de división de una sociedad de “*holding*” impulsa la competencia entre diversas filiales para obtención de recursos a nivel corporativo y que la alta dirección no siempre está definida respecto al poder y control que le deben dar a los directores de división. Hay una falta de coherencia de las políticas entre las divisiones y el potencial aumento de los costos debido a las funciones de duplicación; aunado a lo anterior, otra desventaja importante de la estructura divisional es que la empresa en general tiene dificultades para mantener una imagen corporativa general.

IV. Antecedentes históricos de las “Holdings”

Al respecto, es necesario precisar que el fenómeno en cita se ha expandido a toda la sociedad en virtud del fenómeno de la globalización; sin embargo, los criterios frente a las causas que le dieron origen no son unánimes, en la medida en que estas fueron distintas en América Latina y Europa.

No obstante lo anterior, como lo refiere Espinoza, estas sociedades surgieron principalmente en Norteamérica y Alemania durante el siglo XIX como consecuencia de la aparición inconmensurable de productores que estaban abocados a vender productos por debajo de precios específicos o fabricarlos en cantidades medidas. En efecto, la situación expuesta los llevó a la firma de convenios de carácter industrial a través de los cuales se procuró la prevalencia en el mercado de una sola voluntad, verbigracia, la concentración en una empresa de diversas gestiones de orden comercial.

A la par, la legislación universal tuvo que atender a esta fenomenología y proceder con la expedición de normas que dieran tratamiento a estos convenios; de hecho, fueron nominados de diversas formas: trust, “*holdings*”, sociedad de sociedades, sociedades matriz, sociedades filiales, empresa madre, cártel, sociedad dominatriz y conglomerados, entre otros²⁸⁷.

²⁸⁶ Gilani, Natasha. *Estructura de división de una sociedad holding*, La voz de Houston, ver en: <http://pyme.lavoztx.com/estructura-de-divisin-de-una-sociedad-holding-8862.html>

²⁸⁷ Espinoza Priego, Eva Luz y otra. *La agrupación de empresas y la globalización económica y cultural*, ver en: <https://www.uv.mx/iiesca/files/2013/01/agrupacion2004-1.pdf>

Dicho esto, considero debe exponerse que en América Latina este fenómeno surgió en el siglo XX, como consecuencia del patrón de obligatoriedad impuesto por las empresas norteamericanas a empresarios latinos para que estos recurrieran a la conformación de sociedades controladoras, con el fin de no ser desplazadas por estas y para facilitar que las legislaciones de orden mercantil pudieran ampliar las dimensiones de las organizaciones comerciales.

No obstante ello, debe analizarse que el tratamiento y regulación de la materia en México es aún muy precario justamente porque germinó a mediados de la década de los sesentas con el surgimiento de sociedades y unidades de fomento, así como con grupos de orden financiero. Se considera que un aspecto altamente destacable de estas sociedades es justamente la capacidad de incrementar los potenciales financieros, ingresar en sendos mercados, propiciar la creación de productos, la reducción de costos que de ellas se deriva y la facilidad que tienen para sobrevivir a un escenario mundial tan fluctuante como el contemporáneo.

V. Regulación jurídica de las “holdings” o sociedades controladoras en México

Teniendo en cuenta el carácter novísimo que caracteriza a estas sociedades en la realidad latinoamericana y que fue precisada con antelación, debe decirse que la sociedad controladora en México ha sido entendida como una tenedora de acciones de varias sociedades sobre las que ejerce control y que administra y dirige.

En estas condiciones válido es afirmar que su objeto social es la detentación o tenencia de títulos o partes sociales que representen la participación que tienen en el capital social de otras sociedades; aunado a lo anterior, debe señalarse que la sociedad controladora no lleva a cabo actividades de orden operativo o productivas, puesto que estas son encomendadas a las sociedades controladas. No obstante, se considera que la actividad de la sociedad controladora es eminentemente económica, por los fines mismos del grupo.

En igual sentido, debe tenerse presente que conforme al Artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles, se considerarán sociedades controladas aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad controladora. Para ello, la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquélla que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora²⁸⁸.

²⁸⁸ Ley de Concursos Mercantiles, ver en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/29.pdf>

Adicionalmente, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras dispone, en su Artículo 27 B, que las Sociedades Controladoras Filiales se registrarán por lo previsto en los tratados o acuerdos internacionales correspondientes, así como por las disposiciones de esta Ley aplicables a las Sociedades Controladoras y grupos financieros, y las reglas para el establecimiento de filiales que expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de las Comisiones Nacionales Bancaria, de Valores y de Seguros y Fianzas; en igual sentido el Artículo 27 C de la misma, establece que las entidades financieras en cuyo capital participe una Sociedad Controladora Filial se registrarán por las disposiciones aplicables a las Filiales de Instituciones Financieras del Exterior²⁸⁹.

No obstante lo anterior, el Artículo 27 D de la Ley en comento, establece que para constituir una Sociedad Controladora Filial y operar como grupo financiero, la Institución Financiera del Exterior requiere autorización del Gobierno Federal, que debe otorgarse a discrecionalidad por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, escuchando previamente la opinión del Banco de México y, según corresponda en virtud de los integrantes del grupo financiero, de las Comisiones Nacionales Bancaria, de Valores y de Seguros y Fianzas. Adicionalmente, las autorizaciones en cita así como sus modificaciones, serán publicadas en el Diario Oficial de la Federación y en dos periódicos de amplia circulación del domicilio social de la Sociedad Controladora Filial²⁹⁰ de que se trate.

Del mismo modo, el Artículo 27 de la Ley en cita, consagra que el capital social de las Sociedades Controladoras Filiales estará integrado por acciones de la serie F, que representan el cincuenta y uno por ciento de dicho capital; lo anterior, sin perjuicio de que el cuarenta y nueve por ciento restante del capital social, podrá integrarse indistinta o conjuntamente por acciones series F y B.

Debe considerarse además que las acciones de la serie F solamente pueden ser adquiridas, directa o indirectamente, por una Institución Financiera del Exterior. Asimismo, no debe perderse de vista que conforme al Artículo 27 I de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras dice que: las acciones de la serie F representativas del capital social de una Sociedad Controladora

²⁸⁹ Guía para la solicitud de autorización para la organización y operación de instituciones de banca múltiple filiales, Comisión Nacional Bancaria y de Valores – Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ver en: http://www.cnbv.gob.mx/SECTORES-SUPERVISADOS/BANCA-MULTIPLE/Documents/Guia%20para%20solicitud%20de%20autorizaci%C3%B3n%20Bancos%20Filiales_V1_0_ACTPLD.pdf

²⁹⁰ Diario Oficial de la Federación, Reglas para el establecimiento de filiales de instituciones financieras de extensión, ver en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5377897&fecha=31/12/2014

Filial o de una Filial solamente podrán ser enajenadas con autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Para tal efecto y salvo el caso en que el adquirente sea una Institución Financiera del Exterior o una Sociedad Controladora Filial, para surtir esta enajenación debe procederse con la modificación de los estatutos sociales de la Sociedad Controladora Filial cuyas acciones sean objeto de la operación.

Ahora bien, es necesario que se modifiquen los estatutos sociales de la sociedad controladora o entidad financiera mexicana (según corresponda), cuyas acciones deban ser enajenadas. En igual sentido, cuando el adquirente sea una Institución Financiera del Exterior²⁹¹ o una Sociedad Controladora Filial que sea propietaria de acciones representativas del capital social de una Sociedad Controladora Filial o entidad financiera Filial, deberán mezclarse ambas sociedades o entidades, según corresponda, a efecto de controlar solamente una entidad financiera Filial del mismo tipo, o una sola Sociedad Controladora Filial.

En tratándose de la integración se tiene, conforme al Artículo 27 L, de la misma Ley, que el consejo de administración de las sociedades controladoras filiales está integrado por mínimo cinco y máximo de quince consejeros propietarios, de los cuales cuando menos el veinticinco por ciento deberán ser independientes. Adicionalmente, por cada consejero propietario se designará a su respectivo suplente. No debe perderse de vista que el nombramiento de los consejeros deberá hacerse a través de una asamblea especial por cada serie de acciones y que las asambleas que se reúnan con este fin, así como las que tengan el propósito de designar comisarios por cada serie de acciones, les resultan aplicables las disposiciones de las asambleas generales ordinarias consagradas en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Precítese además que en el caso de las sociedades controladoras filiales en las cuales cuando menos el noventa y nueve por ciento de los títulos representativos del capital social²⁹² sean propiedad, directa o indirectamente, de una Institución Financiera del Exterior o una Sociedad Controladora Filial, podrá determinarse de manera libre el número de consejeros, que no podrá ser inferior a cinco.

²⁹¹ Ley de Sociedades de Inversión, ver en: <http://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-de-sociedades-de-inversion/capitulo-octavo/>

²⁹² Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Condiciones para considerar a los títulos representativos del capital social de las instituciones y a los instrumentos de capital como parte complementaria, Anexo 1 – S, ver en: <http://www.cnbv.gob.mx/Anexos/Anexo%201-S%20CUB.pdf>

En México se ha considerado que para que esta sociedad ejerza un efectivo dominio sobre las sociedades que controla, debe ostentar más del 50 por ciento de las acciones con derecho a voto o de la cuota equivalente, en tratándose de partes sociales. En efecto, la Ley de Impuesto sobre la Renta mexicana²⁹³ consagra puntualmente que la manera en la que la sociedad controladora puede ejercer el control correspondiente, así:

- a) La sociedad residente en el país lleva a cabo sus actividades de forma preponderante con las sociedades controladas.
- b) ostenta una titularidad del más del 50% de las acciones, con un coetáneo derecho a voto o cuota parte.
- c) goza de una inversión que le ayuda a ejercer una influencia considerable con relación a las operaciones de las demás sociedades.

Se destaca además que en México es perfectamente viable que cualquier sociedad de orden mercantil, exceptuándose a la cooperativa, actúe como una sociedad controladora. En efecto, su característica más destacada es que mediante el voto establece la forma en la que se direccionará y administrará la sociedad controlada. Asimismo, se precisa que la sociedad controladora está obligada a responder subsidiariamente por los actos ilícitos que le sean imputables a las sociedades sobre las cuales ejerce un control.

Adicionalmente, debe decirse que las sociedades controladoras también han sido conocidas como matriz; por su parte, las sociedades controladas son mayormente concebidas como filiales²⁹⁴.

Ahora bien, resulta oportuno recordar que, en términos de consolidación fiscal, las sociedades controlada y controladora aportan sus soluciones fiscales, esto es, las pérdidas y utilidades fiscales en términos de la base de impuesto consolidado; asimismo, las bases fiscales de carácter individual están determinadas de conformidad con el título II de la Ley de Impuesto sobre Renta a la que ya se hizo alusión, así como sus reglas y principios.

²⁹³ Ley de Impuesto Sobre la Renta, ver en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR_301116.pdf

²⁹⁴ Instituto Internacional de Investigación de Tecnología Educativa, *Transformación, extinción, concentración, escisión y fusión de sociedades*, Red Universitaria de Aprendizaje, Universidad Nacional Autónoma de México, ver en: <http://www.ruu.unam.mx/objeto/6677/transformacion-extincion-concentracion-escision-y-fusion-de-sociedades>

A las “Holdings” por otro lado, encontramos alusiones en los párrafos anteriores donde se manifiesta de que existen sendas consideraciones que deben ser valuadas para proceder con la adopción de un régimen de consolidación fiscal. En efecto, en el boletín de derecho mexicano se hace puntual mención a que el régimen de consolidación fiscal implica la existencia de unidades económicas que estén desprovistas de personalidad jurídica y que cuenten entonces con dos o más entes jurídicos encargados del desarrollo de actividades de orden económico y que ejercen sus derechos y atienden a sus obligaciones de manera individual; no obstante, es viable que las mismas integren un resultado fiscal respecto del que se calcula el tiempo del impuesto sobre la renta a cargo del grupo consolidado.

Resulta preciso tener en cuenta además que con el surgimiento y desarrollo de grupos corporativos, fue indispensable crear varios mecanismos para avisar a los inversionistas respecto al rendimiento y desempeño que tenían las inversiones por ellos hechas y que serían oportunamente canalizadas a través de las sociedades de carácter mercantil; de ahí que se normalizó el hecho mismo de que las estructuras de orden corporativo tuvieran en la cima a las nominadas *Holdings* de las que se desprendían sendas sociedades de segundo, tercer, cuarto y demás niveles, pero ubicadas dentro de la misma jurisdicción de ésta o de otras²⁹⁵.

Ahora bien, de conformidad con las reglas generales que resultan aplicables a los grupos financieros, se tiene que la Sociedad deberá constituir una reserva por un monto equivalente al importe preliminar o, en su caso, definitivo de las pérdidas que el Instituto le haya notificado, en un plazo máximo de quince días contados a partir de la fecha de la notificación de dicho importe. La enunciada reserva debe constituirse con cargo al capital de la Sociedad Controladora que se encuentre debidamente suscrito y pagado al momento de esta constitución y está obligada a informar, mediante escrito, a la Comisión Supervisora, a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y al Instituto que ha constituido la reserva, e incluir esta situación en sus estados financieros.

En igual medida, conforme a las reglas precitadas, la Sociedad Controladora responde ilimitadamente por las pérdidas que registren las Entidades Financieras no bancarias integrantes de su Grupo Financiero, en razón a que: a) la Entidad Financiera informe a la Supervisora de la Entidad Financiera de que se trate y a la Sociedad Controladora de su Grupo Financiero, con relación a las pérdidas eventuales por la que esta última deba responder conforme a las

²⁹⁵ Hernández Sandoval, Rosa Hilda y otros. *La holding estrategia fiscal para las empresas familiares*, Revista global de negocios, volumen 1, número 1, 2013.

presentes reglas; b) la Supervisora de la Entidad Financiera, en virtud de la supervisión que le asiste, haya detectado la existencia de pérdidas. En efecto, la Sociedad Controladora está abocada a responder por las pérdidas que la Entidad Financiera no bancaria integrante del Grupo Financiero evidencie con posterioridad a la determinación del importe definitivo.

No obstante lo anterior, se entiende que una Entidad Financiera no bancaria tiene pérdidas en los supuestos que se citarán:

- a) Cuando su capital contable sea inferior al capital mínimo pagado con que deba contar el tipo de Entidad Financiera de que se trate, de conformidad con las disposiciones que lo regulan
- b) Cuando su capital o reservas sean inferiores a los exigidos por las disposiciones que le sean aplicables
- c) Cuando a juicio de la Comisión encargada de supervisar a la Entidad Financiera, se prevea que ésta sea insolvente para cumplir con sus obligaciones²⁹⁶.

VI. Algunos pronunciamientos judiciales respecto de las sociedades controladoras en México

Hechas estas precisiones con relación a la definición de las “ *Holding* ” habrá que enunciar que el tratamiento dado a la materia en México no se ha limitado estrictamente al plano doctrinal; en efecto, ha sido abordado en términos jurisprudenciales. Un precedente importante a considerar es la del Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito en la que se hizo alusión a la unidad de dirección económica como característica central de los grupos societarios, integrados por una sociedad madre y varias filiales controladas por ella, asimilándose a la figura de “ *holding* ”, anglicismo que denota su calidad de controladora.

Asimismo, se tiene que en la Resolución Miscelánea Fiscal para 2016, publicada el 23 de diciembre de 2015²⁹⁷, se hizo mención expresa de la desincorporación de sociedades controladas. Puntualmente se aludió a que las sociedades

²⁹⁶ Reglas generales de grupos financieros, Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 2014, ver en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5377899&fecha=31/12/2014

²⁹⁷ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Resolución Miscelánea Fiscal para 2016, publicada el 23 de diciembre de 2015, ver en: <http://imcp.org.mx/wp-content/uploads/2016/01/ANEXO-NOTICIAS-FISCALES-9.pdf>

controladas que optan por considerar su resultado fiscal consolidado deben determinarlo atendiendo a lo dispuesto para tal efecto jurídico en el artículo 68 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a fecha 31 de diciembre de 2013: adicionalmente se enfatizó en que ello implicaba que se tuviera que determinar, indispensablemente, la utilidad o pérdida fiscal que se había consolidado y, en caso de tener una utilidad fiscal que si se había logrado, era posible disminuir de ella las pérdidas de carácter fiscal que estuvieran consolidadas.

En igual sentido, se hizo especial énfasis en que de conformidad con el Artículo 71, párrafo 2° de la Ley de Impuesto sobre Renta, se tenía que cuando una sociedad controlada fuera desincorporada de la consolidación, la sociedad controladora estaba obligada a sumar o restar la utilidad fiscal que se hubiera consolidado, las pérdidas fiscales derivada de ejercicios anteriores, considerándose entonces solo los ejercicios en los que se restó las pérdidas de la sociedad que fue desincorporada, con el fin de determinarse, su utilidad o pérdida fiscal.

Así las cosas, era posible concluir que se realizaba una práctica fiscal indebida cuando se interpretara el Artículo 71, párrafo segundo, de la Ley de Impuesto Sobre la Renta a fecha 31 de diciembre, desde la óptica de que en la desincorporación de una sociedad controlada solo debía procederse con la suma o resta a la utilidad fiscal que se hubiera consolidado o a la pérdida fiscal (en los mismos términos), del ejercicio anterior.

Por otra parte, en tratándose de la empresa controladora en el derecho aduanero, debe precisarse que de conformidad con los Artículos 64 y 67 de la Ley aduanera, resulta indispensable que no exista vínculo entre quien importa y quien vende. Sin embargo, este supuesto no se cumple en el caso concreto, en atención a que es tangible el vínculo entre la empresa controladora y la empresa controlada.

Asimismo, la Ley de mercado de valores, concretamente, en el título tercero, hace referencia a la sociedad controladora en términos de la regulación de control de asambleas de accionistas y la administración de grupos de carácter financiero, sin que sea posible la celebración de operaciones propias de entidades financieras del referido grupo. En este orden de ideas, se considera indispensable la producción, en el derecho financiero, de una legislación que atienda a las necesidades tanto de sociedades controladoras, como de las controladas, como acertadamente lo expone Rodríguez Mejía²⁹⁸.

²⁹⁸ Rodríguez Mejía, Gregorio. *Empresas controladoras y empresas controladas*, Revista de derecho privado, México, Universidad Nacional Autónoma de México, número 27, p. 200.

VII. Conclusiones

Puede aseverarse, sin temor a equívocos, que se está ante la existencia de la sociedad *holding* cuando el objeto de la sociedad sea justamente la posesión de la titularidad de acciones una o varias sociedades llamadas, a su vez, controladas o filiales, sobre las que además ejerce control y gestión. No obstante, lo anterior, se precisa que el uso de las sociedades *holdings* así como de las sociedades por ellas controladas, se ha configurado como una práctica que ha ido creciendo en los países del continente, teniendo además, un precedente importante en los modelos europeos y norteamericanos.

En efecto, este modelo societario ha modificado la vida económica y mercantil en la contemporaneidad, de los países que lo han implementado, especialmente, porque ha impactado de manera ostensible la realidad de las empresas multinacionales.

El control integral ejercido por la sociedad controladora respecto de la sociedad controlada ha generado que la misma sea percibida como un agente individual, *so pena* de su operatividad como grupo societario.

Ante el crecimiento ostensible de las empresas y la imposibilidad de ejercer un control objetivo respecto de las mismas, se recomienda la creación de sociedades controladoras, a fin de que se puedan definir políticas y normas con miras a la idea de control de producción, funcionamiento y distribución de las sociedades controladas y para que además se logren alcanzar índices de productividad mucho mayores.

Tratándose del derecho mexicano, se ha pretendido su implementación desde el punto de vista legal, específicamente, desde el punto de vista de su definición, características, responsabilidad, composición y, parcialmente, su operatividad en la práctica.

No obstante lo anterior, se precisa que no se ha logrado explotar potencialmente todas las ventajas que podrían derivarse de este tipo de sociedades, justamente porque en la práctica mercantil del país han sido más evidentes sus desventajas, esto es, abusos del orden bolsístico; de orden tributario; de carácter económico político y de orden moral – comercial, entre otros.

Es necesario que desde la Academia y, con miras a una proyección legislativa, se procure un adecuado y efectivo acercamiento a la forma en la que las sociedades controladoras y coetáneas sociedades controladas están operando en el país, en

especial, ante los procesos de mundialización que se vienen surtiendo a nivel mundial y que han acentuado, en los últimos años, el crecimiento empresarial.

Debe reconocerse además que ante el precario pronunciamiento judicial que se le ha dado a la materia y teniendo en cuenta que muchas de las veces los precedentes expedidos por los legisladores gozan de carácter vinculante, resulta indispensable que los jueces se adentren en el estudio de géneros societarios como el que aquí se estudia, en especial, por las implicaciones que en la práctica tiene su creación y constitución. De hecho, son evidentes los aspectos desfavorables que se generan como consecuencia de la agrupación de empresas en el ámbito local, nacional e internacional, entendiéndose como desfavorables la práctica monopólica de carácter desleal, la potencial elevación de los precios en términos de productos puestos al mercado por las “*holdings*” así como la evasión fiscal.

Sin ánimo de desconocer los avances de México en la materia, se sugiere una atención más puntual al fenómeno descrito, en especial, por el impacto que esta figura ha tenido en el derecho mercantil mexicano y, en general, el latinoamericano. De hecho, solo así podrá lograrse un avance del derecho privado, con miras a su fortalecimiento, su adecuada estructura y su correspondencia a lo que, en términos de bloque de constitucionalidad, resulta vinculante para México, esto es, tratados y convenios internacionales que eventualmente se encargan del estudio y abordaje de las sociedades controladoras “*Holdings*” y de las sociedades controladas; ahora bien violentar el derecho del consumidor es un derecho humano consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como agruparse en “*Holdings*” es una cortina de humo para prácticas monopólicas en relación con el derecho que tienen los consumidores visto como derecho humano y no olvidemos el control de convencionalidad que hoy prevalece en México derivado de la reforma en junio del año 2011 del artículo 1° de la Constitución antes citada.

El juicio ejecutivo mercantil en el Derecho mexicano y su proyección a la oralidad

*Tatiana Vanessa González Rivera*²⁹⁹

Resumen

El presente artículo se ocupa del estudio del procedimiento ejecutivo mercantil, el cual, por siglos se ha significado, no sólo un juicio tendiente a la recuperación de créditos documentados con títulos ejecutivos, sino que ha posibilitado el desarrollo del comercio, al haberse erigido como el instrumento más idóneo y diríamos perfecto, que ha otorgado seguridad a las operaciones comerciales con pagos postergados en el tiempo, porque resalta en él la posibilidad de que se conceda el secuestro de bienes para garantizar el eventual éxito del proceso, con plazos muy cortos y fases procesales muy acotadas, en las que el deudor tiene una defensa sumamente limitada. Y esas características. En el contexto mexicano, el nuevo procedimiento llamado; juicio ejecutivo mercantil oral, es inadecuado e impropio, además de que, a la luz de la doctrina, su contenido no coincide con la calificación de oral. No obstante, es reforma legal, y ello obliga a su estudio y conocimiento.

Palabras clave: juicio, ejecutivo, mercantil, procedimiento, oralidad.

Abstract

This article contains the study of the commercial executive procedure, which, for centuries has meant, not only a judgment tending to the recovery of credits documented with executive titles, it also has meant the development of commerce, having emerged as the most ideal mechanism and, in our opinion, the most perfect one, that has granted security to commercial operations with the possibility of deferred payments over time, because it emphasizes the possibility of granting the seizing of assets to guarantee the success of the eventual process, with very short deadlines and very limited procedural phases, in which the debtor has a very limited defense. Therefore, these characteristics have made it stand out, so the reform that incorporates, in the Mexican context, the new procedure called;

²⁹⁹ Investigadora Asociada C de Tiempo Completo del Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Doctora en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Licenciada en Derecho por la Universidad Centroamericana.

oral commercial executive judgment, is inadequate and improper; besides that, according to the doctrine, its content does not coincide with the characteristic of the orality. However, it is legal reform, and this requires their study and knowledge.

Keywords: judgment, executive, mercantile, procedure, orality.

Sumario. I. Introducción. II. Premisas históricas III. Concepto, IV. Los títulos ejecutivos, V. Las fases procesales. 1. La admisión de la demanda y el auto de ejecución. 2. La contestación a la demanda y la dilación probatoria. 3. La sentencia y la ejecución. VI. El nuevo juicio ejecutivo mercantil oral, y su análisis a la luz del derecho comparado. Conclusiones.

I. Introducción

El juicio ejecutivo mercantil, que encuentra sus orígenes en el Derecho romano, siempre ha sido concebido como un instrumento muy eficaz para otorgar seguridad jurídica a las operaciones de comercio que deben ser cumplidas en tiempo posterior, ya que al ser documentadas en los títulos llamados “ejecutivos”, permite la recuperación de los créditos de manera expedita, y que además autoriza, mediante el secuestro de bienes propiedad del deudor, el resultado exitoso del procedimiento, al asegurar su ejecución ante el incumplimiento de la resolución judicial que condene al pago de las prestaciones reclamadas.

Con fecha 25 de enero de 2017 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de reformas y adiciones al Código de Comercio, para incorporar el nuevo procedimiento denominado; “juicio ejecutivo mercantil oral”, cuyas características, son objeto de análisis en la presente disertación.

Mediante una metodología analítica y aunada a un método exegético analizamos las disposiciones jurídicas que en la morada normativa del Código de Comercio vigente regulan las etapas de este procedimiento, sobre todo para conocerlo en su nuevo cariz impregnado de la vulgarizada oralidad que hoy, cual búsqueda quijotesca, se ha convertido en el santo grial de la parte adjetiva del Derecho en sus diferentes parcelas.

Asimismo, el razonamiento analógico es propio del acápite VI; toda vez que nos permitimos trazar las similitudes y diferencias de la regulación del juicio ejecutivo mercantil en otros contextos extranjeros, poniendo de manifiesto así, el tratamiento aún imperfecto que posee la oralidad de este procedimiento en el contexto mexicano.

II. Premisas históricas

Siguiendo a Caravantes³⁰⁰, el juicio ejecutivo encuentra sus orígenes en el derecho romano antiguo, y de manera especial en la Ley de las Doce Tablas; incluso en el Digesto se observa la existencia de algunos procedimientos sumarios para asegurar a los acreedores el cobro de sus créditos, los cuales también aparecen en la legislación española, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación y el Fuero Real.

En la Ley de las Doce Tablas se recurrió para la ejecución a la figura de la *manus injectio*, que permitía someter al deudor como esclavo e inclusive privarlo de la vida, lo cual cambia a partir de la aparición de la *lex poeetelia*, en donde la exigencia del cumplimiento del adeudo se canaliza hacia sus bienes, y no ya hacia su persona³⁰¹.

A decir de Ovalle Favela³⁰², sus orígenes se remontan a la época de formación del proceso romano canónico, en la alta Edad Media derivado de la intensificación del comercio en las ciudades italianas, en donde surgen los “*instrumenta quarentigiata*” o “*confessionata*” (instrumentos garantizados o confesados) a los que los estatutos municipales les reconocieron la “*executio parata*” (ejecución inmediata).

Eugene Petit³⁰³ se refiere a las vías de ejecución de las acciones romanas, en donde se concedía al deudor un plazo limitado para el cumplimiento de su deuda, y concluido el mismo, de autorizaba al acreedor, su ejecución ante el magistrado de la *judicati*.

En el mismo tenor, Cipriano Gómez Lara³⁰⁴ refiere sus orígenes al procedimiento medioeval italiano, como un rechazo al procedimiento extraordinario, y la lentitud que le caracterizaba.

Piero Calamandrei³⁰⁵ alude al procedimiento monitorio, en donde el título ejecutivo era considerado como la llave indispensable para abrir la puerta de la ejecución y así, atravesar el umbral del proceso.

³⁰⁰ Citado por Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 3a, ed., Ed. Porrúa, México, 1968, p. 486.

³⁰¹ Castrillon y Luna, Víctor M., *Derecho Procesal Mercantil*, 9ª, ed., Ed. Porrúa, México, 2015, p. 366.

³⁰² Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, 9ª ed., Ed. Oxford, México, 2003., pp. 358-361.

³⁰³ Petit Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 18ª, ed., Ed. Porrúa, México, 2002, pp. 646 y 647.

³⁰⁴ Gómez Lara, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, 6ª, ed., Ed. Oxford, México, 1988, p. 245.

³⁰⁵ Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, Distribuidor Episa, México, 1966, p. 420.

Así, el antecedente directo del proceso ejecutivo aparece en el proceso monitorio o de apremio, que se reguló en Italia en el Código de 1852; en el Código de Sardo de 1854, y en el Real Decreto de 1922³⁰⁶.

III. Concepto

El concepto relativo a este procedimiento se encuentra referido a la característica que lo califica, como un esquema procesal ligado siempre a su carácter ejecutivo, lo que se traduce en la posibilidad de la ejecución cuando, en presencia de un título que posee esas características, el juez autoriza el secuestro de bienes para asegurar el éxito del procedimiento, con el pago al acreedor de las prestaciones reclamadas, en el supuesto de que el deudor no cumpla espontáneamente con la resolución que de condena, y ello se logra mediante el remate de los bienes asegurados.

Así, dice Carlos Arellano³⁰⁷, que el carácter del procedimiento supone, en su acepción forense, que se cuente con un título que, teniendo los requisitos legales, sustente el mandamiento del embargo de bienes sin audiencia previa por parte del deudor.

Eduardo Pallares³⁰⁸ lo refiere como un procedimiento de cognición limitada, en el sentido de que no se autoriza al demandado oponer todo género de excepciones, sino únicamente, las que de manera concreta autoriza la ley, lo cual provoca que la sentencia que se pronuncie se funde siempre en un conocimiento limitado de los derechos de las partes.

De Pina y Castillo Larrañaga³⁰⁹ los conciben como procedimientos singulares y universales, de naturaleza sumaria, cuyo presupuesto esencial se basa en la necesidad de contar con un título ejecutivo.

Para Manresa³¹⁰, se trata de un juicio singular que se emplea a instancia de un acreedor contra su deudor moroso, para exigirle breve y sumariamente el pago de la cantidad líquida que se le adeuda y que es de plazo vencido, sustentada en un documento indubitable.

³⁰⁶ Chioventa, Giuseppe, *Instituciones de derecho Procesal Civil*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989, pp. 300 y 301.

³⁰⁷ Arellano García, Carlos, *Segundo curso de derecho procesal civil*, 8ª, ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p. 16.

³⁰⁸ Pallares, Eduardo, *op.cit.*, p. 491.

³⁰⁹ De Pina, Rafael, y Castillo Larrañaga, José, *Derecho procesal civil*, 8ª, ed., Ed. Porrúa, México, 1969, pp. 427 y 428.

³¹⁰ Citado por de Pina y Castillo Larrañaga, *op.cit.*, p. 427.

IV. Los títulos ejecutivos

Para que el juicio ejecutivo mercantil sea procedente, el acreedor debe contar con un título calificado de “ejecutivo” que, como refiere el Código, “traiga aparejada ejecución”, lo cual hará posible que, una vez presentada por el actor su demanda, el juez autorice, mediante la emisión de un mandato llamado de “*exequendo*” (ejecución), el aseguramiento de bienes con el fin de asegurar el pago de las prestaciones exigidas en la demanda, en el supuesto de una sentencia favorable.

Así, dice Moreno Cora³¹¹ que el documento presentado como fundamento de la demanda, es una prueba y de ordinario una prueba preconstituida que debe producir tales efectos, pero agrega que la intención de la ley al exigir su presentación no es otra que la de impedir que el demandado sea víctima de una perfidia, por ignorar qué armas serán empleadas en su contra y es por ello basta la exhibición del documento para que ese objetivo sea satisfecho.

En el diccionario de Escriche³¹² se señala que el título ejecutivo es el instrumento que trae aparejada ejecución contra el obligado, de modo que, en su virtud, se puede proceder sumariamente al embargo y venta de los bienes del deudor moroso para satisfacer al acreedor.

Eduardo J. Couture³¹³ por su parte dice que la acción ejecutiva es aquella en la cual se pide la efectividad coactiva de un derecho reconocido en una sentencia o en un título de ejecución.

Francesco Carnelutti³¹⁴ opina que mientras basta la pretensión para que opere el proceso de cognición, para el proceso de ejecución, es necesario tener la pretensión conforme a derecho, y agrega que el derecho es cierto cuando el título no deja duda acerca de su existencia; que es líquido cuando el título no deja duda acerca de su objeto, y que es exigible cuando se tiene certeza de su actualidad.

³¹¹ Moreno Cora, S., *Tratado de pruebas judiciales en materia civil y penal*, México, Herrero Hermanos Editores, México, 1904, p.167.

³¹² Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1998, p. 688.

³¹³ Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997, p. 81.

³¹⁴ Carnelutti, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, pp. 265 y 271.

El jurista hispano Niceto Alcalá-Zamora y Castillo³¹⁵ dice que en el juicio ejecutivo existe una inversión del orden normal de las etapas del proceso³¹⁶, que obliga a que primero se agoten las fases del conocimiento y después se dé la fase de ejecución, y posteriormente la del conocimiento, y agrega que el título ejecutivo produce un desplazamiento de la carga de la prueba, en donde ésta se dirige hacia el deudor, quien debe probar su excepción para inutilizar o disminuir la fuerza del título ejecutivo.

Para la procedencia de la vía ejecutiva, es necesario que el título base de la acción contenga una deuda que, además de cierta, sea líquida y exigible y que del documento se desprenda la exigencia de pago, esto es, que se trate de un título vencido o no sujeto a condición suspensiva irrealizada.

El catálogo de los títulos que gozan de la naturaleza de ejecutivos y que por tal motivo permiten su ejecución, se contiene en el artículo 1391 del Código de Comercio, el cual contiene el catálogo de los títulos que traen aparejada ejecución:

Artículo 1391. El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución:

- I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;
- II. Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos, en los que conste alguna obligación exigible y líquida;
- III. La confesión judicial del deudor, según el art. 1288;
- IV. Los títulos de crédito;
- VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;
- VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor;

³¹⁵ Citado por Zamora Pierce, Jesús, *Derecho procesal mercantil*, 4ª, ed., México, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986, p. 164.

³¹⁶ En opinión nuestra, esa afirmación es parcialmente cierta, solo en lo relativo al aseguramiento de bienes, en tanto que el remate y con su producto, el pago al acreedor deberá esperar a la conclusión del proceso de cognición, que incorpora, por supuesto la oportunidad para el demandado de oponerse a la ejecución mediante la contestación de la demanda y la presentación de pruebas para acreditar su derecho.

- VIII. Los convenios celebrados en los procedimientos conciliatorios tramitados ante la Procuraduría Federal del Consumidor o ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, así como los laudos arbitrales que éstas emitan, y
- IX. Los demás documentos que por disposición de la Ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución

Así, como observamos, el título ejecutivo es aquel instrumento público o privado que, para su cobro ante el órgano jurisdiccional, concede al actor un tratamiento especial que facilita la recuperación del crédito concedido, y que es eminentemente distinto de aquellos documentos que, derivados de los usos y actos mercantiles, no proporcionan al acreedor un tratamiento especial privilegiado, respecto de los que sí tienen tal naturaleza.

V. Las fases procesales

1. La admisión de la demanda y el auto de ejecución

El procedimiento inicia con la demanda, a la cual deberá acompañarse no solo el título ejecutivo, sino también de las restantes pruebas con que cuente el actor.

Ante la demanda del actor, el juez revisará el documento que se exhiba como base de la acción, y si se trata, en efecto, de un título comprendido dentro de los que se contienen en el artículo 1391, del Código de Comercio y si el mismo es además líquido y de plazo cumplido, procederá a la admisión de la demanda, emitiendo al efecto un auto de *ejecución*, ordenando se requiera de pago al deudor y no haciéndolo, se aseguren al mismo bienes suficientes para garantizar el pago de la deuda y accesorios, y tales bienes se colocarán en depósito.

La diligencia iniciará con el requerimiento de pago al demandado o su representante, y si este no se comprueba o verifica se le requerirá para que señale bienes suficientes para garantizar el cumplimiento de las prestaciones reclamadas y si tampoco lo hace, será el actor quien señale bienes para tal efecto. Posteriormente, se emplazará a juicio al demandado.

El ejecutor entregará también al ejecutante copia del acta que se levante o constancia firmada por él, en la que se hagan constar los bienes que hayan sido embargados, así como los datos del depositario designado, para el efecto de que, si se trata de bienes inmuebles, la misma se presente al Registro Público de la Propiedad, o del Comercio, dentro de los tres días siguientes, para su

inscripción preventiva, misma que tendrá los mismos efectos de los avisos preventivos de los notarios.

Realizado el emplazamiento, se dejará al demandado cédula que contenga la orden de embargo decretada en su contra, así como copia de la demanda y documentos base de la acción y de la diligencia que al efecto se levante.

Tratándose del secuestro de bienes muebles, su inscripción deberá realizarse en la Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio.

2. La contestación a la demanda y la dilación probatoria

Una vez ejecutado el embargo, en la propia diligencia se notificará al deudor o bien a la persona con quien la misma se hubiere practicado, que contará con un término de ocho días para comparecer ante el juzgado a realizar el pago de la cantidad reclamada y las costas del juicio, o bien para contestar la demanda, oponiendo las defensas y excepciones que tuviere.

En materia de excepciones y defensas, son procedentes sólo las que el Código de Comercio autoriza en su artículo 1403, pero, debe observarse que, si el título base de la acción es de crédito, de conformidad con la fracción IV, del artículo 1391 del Código de Comercio, las únicas defensas y que puede oponer el demandado son las señaladas en el artículo 8 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Con las defensas y excepciones del demandado, el juez dará vista a la parte actora para que en tres días manifieste lo que a su derecho convenga en relación con las mismas.

Una vez desahogada la vista o transcurrido el plazo para ello, el juez resolverá sobre la admisión de las pruebas ofrecidas, las cuales deberán desahogarse dentro del plazo de quince días.

Si el demandado se constituye en rebeldía, el juez deberá ordenar la apertura del término probatorio y transcurrido el plazo de dos días para los alegatos, citará a las partes para oír sentencia, la cual deberá dictarse dentro de los ocho días siguientes.

3. La sentencia y la ejecución

Si en la sentencia se declara procedente la acción intentada, se procederá al remate de los bienes secuestrados al demandado, previo su avalúo, y el mismo se pondrá a la vista de las partes, anunciándose en forma legal su venta por tres veces dentro de tres días si fuesen muebles y nueve si fuesen raíces, procediéndose a su remate en pública almoneda, y el acreedor puede solicitar la adjudicación en pago de los bienes, en el precio fijado en la última almoneda.

Es de considerarse también que cuando el monto líquido de la condena fuere superior al valor de los bienes, previamente valuados, y si del certificado de gravámenes no aparecieren otros acreedores, el ejecutante podrá solicitar la adjudicación directa de los bienes que haya en su favor al valor fijado en el avalúo.

Además, una vez rematados y adjudicados los bienes siendo inmuebles, el juez otorgará la escritura pública correspondiente ante fedatario público.

Se señala también que las partes durante el proceso pueden convenir que los bienes se valúen o vendan en la forma y términos que acuerden, denunciándolo así al juez.

En lo tocante a la ejecución, de conformidad con las reformas realizadas al Código de Comercio con fecha 10 de enero de 2014, se establece el procedimiento de remate de conformidad con los artículos 1408 al 1412bis.

VI. El nuevo juicio ejecutivo mercantil oral, y su análisis a la luz del derecho comparado

Cabe señalar que, en México, con fecha 25 de enero de 2017 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto de reformas y adiciones a diversos artículos del Código de Comercio en materia procesal, con la incorporación de un nuevo procedimiento denominado; Juicio Ejecutivo Mercantil Oral, en el que se destacan los aspectos siguientes:

- Que el procedimiento tiene lugar cuando la demanda se funde en un título ejecutivo.
- Que el procedimiento está previsto para asuntos en los que el valor de la suerte principal sea igual o superior a la cantidad a la que establece el artículo 1339 para que un juicio sea apelable y hasta cuatro millones de pesos 00/100 moneda nacional, sin que sean de tomarse en consideración los intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de interposición

de la demanda, debiendo actualizarse dichas cantidades anualmente, así como que Corresponderá a la Secretaría de Economía actualizar cada año los montos expresados en pesos en el párrafo anterior y publicarlos en el *Diario Oficial de la Federación*, a más tardar el 30 de diciembre de cada año.

- Que en el procedimiento no procede recurso alguno.
- Que admitida la demanda, el juez emitirá un auto de *exequendo* con efectos de mandamiento en forma para que el demandado sea requerido de pago, y no haciéndolo se proceda al embargo de sus bienes para garantizar el cumplimiento de la sentencia de condena.
- Que dentro de los ocho días siguientes al requerimiento de pago, al embargo, en su caso, y al emplazamiento, el demandado deberá contestar la demanda, refiriéndose concretamente a cada hecho, oponiendo las excepciones y defensas que tuviere.
- Que en el procedimiento se contemplan dos audiencias; la preliminar para la posible conciliación y depuración y la del juicio para la recepción de las pruebas y la emisión de la sentencia.
- Que si el demandado se allana a la demanda y solicita término de gracia para el pago y cumplimiento de lo reclamado, el juez dará vista a la actora a fin de que, dentro de tres días manifieste lo que a su derecho convenga, debiendo el juez resolver de acuerdo a las proposiciones de las partes en la audiencia de juicio que tendrá verificativo en un plazo no mayor de diez días en la que se dictará la sentencia respectiva.

Consideraciones en torno de la oralidad del procedimiento

El nuevo procedimiento ejecutivo mercantil denominado “oral”, a nuestro modo de ver, no tiene tal característica, y para demostrar lo anterior, a continuación, hacemos referencia a la doctrina más relevante que en materia de oralidad han concebido distintos procesalistas, como referimos a continuación.

La discusión en torno de la oralidad se contiene en el estudio de los principios procesales, cuando se confronta con la formalidad clásica de los procesos escritos.

Así, señala Héctor Fix Zamudio³¹⁷ que existen dos conceptos sobre los principios procesales; el primero de carácter amplio, que comprende los lineamientos

³¹⁷ Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Serie E, varios, No. 93, México, 1998, pp. 3028 y 3029.

esenciales que deben canalizar tanto el ejercicio de la acción (dispositivo o inquisitivo, de contradicción y el de igualdad de las partes) como aquellos que orientan la función jurisdiccional (los relativos al impulso oficial o de parte, la dirección del proceso por el juez y la intermediación del juzgador) y también los que dirigen el procedimiento (oralidad y escritura publicidad o secreto, concentración o dispersión, economía y sencillez).

Así, debemos reconocer, que, por las razones antes expresadas, el sistema procesal mexicano es por tradición escrito, en tanto que las actuaciones se contienen en las constancias de los autos, que incluyen sus partes fundamentales como la demanda, la contestación, las pruebas;

De manera elocuente, Silvestre Moreno Cora³¹⁸ señala que el escrito es la forma de manifestación que físicamente puede separarse del sujeto, y presentarse por lo mismo ante el juez sin que comparezca el que lo escribió, pero agrega que siempre mantiene su carácter de prueba personal ya que su autor está siempre moralmente unido a lo que ha escrito y que detrás del documento se ve siempre a su autor y que en su presencia ideológica está la originalidad del documento que el juez examina.

Respecto del proceso oral, Mauro Cappelletti³¹⁹ sostiene que presenta diversas ventajas respecto del escrito, (lo cual no significa que esté ausente de formalidades), ya que opina que éstas se establecen de manera diversa, y así señala; “la experiencia sacada de la historia nos permite agregar, sin titubeos, que el proceso oral es, con mucho, el mejor, y que de mejor manera conviene a la naturaleza y exigencias de la vida moderna ya que sin comprometer en nada, y garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporciona ésta con mayor economía, sencillez y celeridad”.

Seguidor del proceso oral, Giuseppe Chiovenda³²⁰ cita a Sócrates *en sus Consideraciones sobre el Proceso Penal*, cuando dice; “la escritura, es cosa muerta, y no nos habla más que de un sólo lado, por medio de aquellas ideas que con los signos nos despierta el espíritu”.

Dicho autor establece como principios del proceso oral:

³¹⁸ Moreno Cora, *op.cit.*, p. 554.

³¹⁹ Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Colección Ciencia del Proceso, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 85 y 86.

³²⁰ Chiovenda, Giuseppe, *op.cit.*, tomo III, pp. 168-170.

- a) El predominio de la palabra hablada, como medio de expresión, atenuado por el uso de escritos de preparación y de documentación;
- b) La Inmediación de la relación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene aquél que valorar.
- c) La identidad de las personas físicas que acuden al tribunal, que exige la presencia de las mismas personas, pues la impresión que recibe el juez que asiste a los actos no puede trasladarse a otro que dicte sentencia;
- d) La concentración de la sustanciación de la causa en un período único, que se desenvuelve en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas, y;
- e) La imposibilidad de que se separen las interlocutorias, porque para realizar la oralidad y concentración, se requiere que la decisión del incidente no pueda impugnarse por separado de la cuestión de fondo.

Con la claridad y destreza en el manejo de los conceptos, el tratadista español Niceto Alcalá-Zamora³²¹ escribió que el principio de la oralidad no es más que uno de los que rigen la actividad procesal, o sea, el relativo al medio de expresión en los juicios, en contraste con el de escritura, y que cuando se habla de oralidad se propende a dar al concepto un sentido más amplio, a solamente identificarlo con un tipo determinado de proceso, en el que además convergen otros principios como la inmediatez, la concentración, la publicidad, la instancia única, la libre convicción en cuanto a apreciación de pruebas e identidad física del juez, y que cuando el proceso oral se identifica como denominador común de esos principios, se atribuye un valor convencional a una expresión notoriamente elíptica e insuficiente.

Concluye estableciendo que, en cuanto al medio de expresión, para que los actos procesales se reputen admisibles, válidos y eficaces, el principio de la oralidad se contrapone a la escritura (*quod non est in actis, non est in mundo*), pero el principio de oralidad, distinto del que se denomina proceso o juicio oral, se circunscribe al medio de expresión.

Si confrontamos la opinión generalizada de la doctrina más relevante respecto del tema de la oralidad en los procesos contra las adiciones que nos traen como novedoso el procedimiento llamado “ejecutivo mercantil oral” concluimos en

³²¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945- 1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, no. 8, tomos I (1-11) y II (12-30), UNAM, México, 1992, pp. 10-19 y 108.

que la oralidad no se patentiza en él, porque lo único real, es la existencia de mayor flexibilidad y la eliminación de formalismos,

Del estudio que hemos realizado del contenido del llamado juicio oral podemos concluir en que de oral lo único que tiene es el nombre, ya que la demanda se presenta por escrito lo mismo que la contestación, la reconvencción y su contestación, las vistas relativas, las pruebas documentales que por naturaleza son escritas (sobre todo porque para la procedencia de la acción se requiere de la existencia de un título ejecutivo, que es siempre, por naturaleza escrito, de tal manera que se trata de una tramitación diferenciada por la cuantía, no obstante, sí debemos reconocer que el nuevo procedimiento es más ágil, más simple y menos rígido aun cuando incompleto, porque no se contemplan todos los medios de prueba; no se establecen criterios de valoración, y se siguen las reglas de los restantes procedimientos, pero la naturaleza de la llamada oralidad aparece solamente en el desahogo de las pruebas de manera parcial.

La oralidad del juicio ejecutivo en el derecho comparado

Confrontar las semejanzas y diferencias de los diversos sistemas legislativos operantes en cada país respecto de una determinada figura jurídica obedece a una técnica de estudio ampliamente eficaz y una realidad de la doctrina para cumplir con la finalidad de perfeccionamiento del Derecho nacional.

Es por ello que un estudio jurídico comparativo de naturaleza descriptiva respecto del Juicio Ejecutivo Mercantil se hace indispensable, sobre todo en la nueva faceta oral que el legislador mexicano le ha impregnado, ello nos permitirá bosquejar una admitida y razonable crítica al término de este estudio respecto del procedimiento oral ejecutivo mercantil mexicano.

En ese tenor, hemos considerado oportuno trazar en las siguientes líneas una breve alusión al multideterminado “juicio ejecutivo mercantil”, “ejecución forzosa” o “proceso ejecutivo”, nombramientos con los que suele rotularse a este procedimiento en los diferentes países a partir de cuyas legislaciones se ha pretendido realizar dicho estudio comparado, tomando como referencia naciones que tengan una cercanía territorial y cultura jurídica en común con México como el caso de los países Centroamericanos o el caso de España que ha influenciado el Derecho mexicano en buena medida.

a. Centroamérica

Respecto de los países del Istmo Centroamericano nos hemos decantado por precisar el proceso ejecutivo de naturaleza mercantil en las legislaciones de Nicaragua, El Salvador y Honduras que hoy en día se hallan impregnados también de oralidad en sus respectivos procedimientos. En ese sentido, es menester destacar el hecho de que los países de la región centroamericana regulan la parte adjetiva de la materia mercantil en los diferentes cuerpos normativos dedicados al procedimiento civil, evidenciando la no autonomía legislativa procesal para el área del Derecho Mercantil. Por supuesto, los autores de la presente disertación escrita sostienen la necesidad de un Código de Procedimientos Mercantiles, propuesta que si bien se ha bosquejado para el caso mexicano, sin duda, como estudiosos de esta parcela del Derecho, estimamos es un supuesto viable en otros escenarios legislativos nacionales.

Asimismo, dado que la legislación mercantil mexicana es de carácter federal la analogía resulta precisa tratándose de países de América Central que cuentan con un sistema nacional propio del centralismo contrario al federalismo que caracteriza la organización política mexicana.

i. Nicaragua

En abril del año 2017 entró en vigencia el nuevo Código Procesal Civil “Ley 902”³²² para la República de Nicaragua, destacándose la oralidad como principal beneficio para la celeridad de las causas procesales. De esa manera el Libro Sexto del aludido Código Procesal Civil regula la denominada ejecución forzosa.

La ejecución forzosa se hace en base a “títulos ejecutivos” que son documentos que poseen la calidad suficiente para exigir el cumplimiento de una obligación, y la legislación nicaragüense los clasifica de manera explícita en judiciales y no judiciales; en esa lógica estipula en el Título II del Libro Sexto el procedimiento para “la ejecución de títulos judiciales” y la “ejecución de títulos no judiciales” en su Título III.

“Los títulos ejecutivos judiciales son ejecutores de sentencia y firme condena, (es decir) tienen que prestar méritos ejecutivos, las ejecutorias de las sentencias de homologación y de las transacciones. En cambio, los títulos ejecutivos no judiciales solo con el hecho que existan, pueden ser ejecutables y pueden ser en

³²² Disponible en <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/ley-902-codigo-procesal-civil.pdf>, consultado el 14 de agosto de 2017.

base a escrituras públicas, títulos valores, documentos mercantiles, documentos autenticados, laudos arbitrales nacionales e internacionales, entre otros”³²³.

Así, el artículo 600 del Código Procesal Civil nicaragüense en consonancia con el 1391 del Código de Comercio mexicano refiere que son títulos de ejecución los siguientes:

Son títulos judiciales de ejecución:

- 1) Las ejecutorias de sentencias de condena firmes;
- 2) Las ejecutorias de los autos que conforme este Código u otras leyes, lleven aparejada ejecución;
- 3) Las ejecutorias de las sentencias de homologación de transacciones y acuerdos durante el proceso, conforme lo dispuesto en este Código;

Son títulos no judiciales de ejecución:

- 1) La escritura pública con tal que sea el primer testimonio, y las segundas y terceras copias del testimonio emitido con autorización judicial conforme la Ley del Notariado y con conocimiento de las personas a quienes perjudique;
- 2) El documento auténtico emitido por funcionaría, funcionarios o empleada o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley;
- 3) Los títulos valores y demás documentos mercantiles que habiendo llenado los requisitos establecidos por la ley, se les confiera fuerza ejecutiva;
- 4) Los laudos arbitrales, transacciones y acuerdos suscritos entre los partes originados por cualquiera de las formas alternas de resolución de conflictos; y
- 5) En general, los documentos que por disposición de la ley tengan reconocida fuerza ejecutiva.

Ahora bien, como lo hemos señalado, este cuerpo normativo dispone dos procedimientos según la naturaleza del documento que trae aparejada ejecución. A continuación, sintetizamos los aspectos más importantes de cada

³²³ Información disponible en: <http://www.elnuevodiario.com.ni/politica/358925-aprueban-ejecucion-forzosa/>, consultado el 13 de agosto de 2017.

uno de estos, poniendo de manifiesto que, siendo fieles al epígrafe de esta investigación, solo pretendemos resaltar aspectos que pueden encontrar una diferencia y/o semejanza relevante con el proceso ejecutivo oral mexicano:

Ejecución de Títulos Judiciales

Por supuesto la ejecución se inicia a instancia de la parte ejecutante, por medio de un escrito denominado solicitud pero que se redactará en forma de demanda. De manera similar a la de cualquier proceso ejecutivo, a la solicitud se deberá acompañar el original de la ejecutoria cuya ejecución se pretenda, así como el documento que acredite la representación y cuantos documentos exija la ley, y los que la parte solicitante considere necesarios para el adecuado desarrollo de la ejecución.

Seguidamente, la autoridad judicial dictará auto despachando ejecución y libraré el correspondiente mandamiento, si estima que concurren los presupuestos procesales, si el título no presenta ninguna irregularidad y las actuaciones que se solicitan son conformes con el título. En caso contrario, mediante auto rechazará la solicitud de ejecución.

Despachada dicha ejecución, se notificará a la parte ejecutada y entregará copia de la solicitud y de los documentos, advirtiéndole en el acto de manera expresa, el derecho que tiene a oponerse sobre el contenido del auto en que se despacha ejecución ante la autoridad judicial que está conociendo del proceso de ejecución, y procederá a realizar las actuaciones ejecutivas ordenadas.

La oposición a la ejecución podrá formularse mediante escrito, presentándose durante los tres días siguientes a la notificación del auto de ejecución, sustanciándose sin suspenderse las actuaciones de ejecución. Interesante es que el artículo 621 del código en comento dispone la posibilidad de convocar a audiencia, ello implica una etapa de oralidad en el proceso³²⁴ de la oposición, la cual se llevará a cabo compareciendo únicamente la parte deudora o ambas

³²⁴ Artículo 169. Audiencias. - Las audiencias en el proceso constituyen una fase de oralidad, que se desarrollará públicamente, bajo la dirección de la autoridad judicial de manera indelegable, bajo sanción de nulidad absoluta, comprometiendo su responsabilidad funcional. En ellas las partes harán sus alegaciones, práctica de pruebas y la sustanciación en general.

Artículo 170 Fijación de las audiencias. - Deberá el juez o jueza o la presidencia de Sala de los tribunales, fijar mediante providencia las audiencias, a medida que los procedimientos lleguen al estado en que deban celebrarse y por el orden respectivo

partes; no tramitándose oposición en caso de que no comparezca la parte deudora. Ciertamente, en caso de no haber oposición la autoridad dictará auto en el que mande a seguir con la ejecución.

Ejecución de Títulos no judiciales

Procede la ejecución forzosa cuando se promueve en virtud de alguno de los títulos ejecutivos no judiciales que hemos señalado con anterioridad, siempre que la obligación esté vencida y sea exigible. La demanda de ejecución de títulos no judiciales se presentará ante el juzgado competente y contendrá los requisitos generales de toda demanda en lo que sea pertinente y demás requisitos que el mismo Código determina.

La autoridad judicial dará trámite a la demanda sin citación contraria, despachando ejecución mediante auto, si estima que concurren los presupuestos procesales, que el título no presenta ninguna irregularidad. Con el auto de despacho de ejecución se entregará copia de la demanda y sus anexos, y se requerirá de pago a la persona deudora por la cantidad reclamada en concepto de principal e intereses devengados si los hubiera, hasta la fecha de la demanda, advirtiéndole que de no pagar en el acto, se practicará el embargo de sus bienes en la medida suficiente para responder de la cantidad reclamada y las costas.

En el mismo auto deberá comunicársele que tiene el plazo de tres días para oponerse ante la autoridad judicial que está conociendo del proceso de ejecución, formulada dicha oposición por escrito, a diferencia de lo que sucede con los títulos judiciales, en este caso sí se suspenden las actuaciones de ejecución hasta la resolución de la misma; por supuesto dicho cuerpo normativo se da a la tarea de aclarar que para el caso de ejecución de títulos valores o pretensiones mercantiles se debe tomar en cuenta las excepciones previstas en el Código de Comercio y Ley General de Títulos Valores.

Al igual que en el procedimiento previsto para los títulos judiciales es posible que se convoque a audiencia oral y pública en el caso de la oposición, sin embargo, un dato sin duda relevante es el que dispone el artículo 657 de este Código Procesal Civil, toda vez que enfatiza: *“en los cinco días posteriores a la finalización de la audiencia o a la providencia por la que se decida la conclusión del proceso sin dicha audiencia por haberse aportado únicamente documentales, se pronunciará auto, resolviendo la oposición”*.

Es evidente que el anterior artículo desentraña la lógica del legislador nicaragüense en el sentido de precisar una audiencia solo en el caso de que el sujeto deudor

presentara cualquier otro medio de prueba distinto de la documental, en cambio si se aportasen únicamente documentales, no tendría sentido convocar audiencia cuando éstas son pruebas escritas que se desahogan por su propia y especial naturaleza.

Sobre todo, la anterior precisión marca una importante diferencia con el nuevo sistema oral mexicano en lo tocante a los juicios ejecutivos mercantiles.

Finalmente, destacamos que en el resto de los capítulos del Libro Sexto del código nicaragüense se regula de forma individualizada la ejecución por cantidad de dinero (título IV) – en este título igual se norma lo referido al embargo de los bienes, procedimiento que no encuentra mayor diferencia con la legislación mexicana –, ejecución de dar, hacer, no hacer (Título V), ejecuciones prendarias e hipotecarias (Título VI),

ii. El Salvador

El Título Primero “Del Proceso Ejecutivo” del Libro Tercero “Procesos Especiales” del denominado Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, vigente desde el año 2008 y en el cual se unificó las reglas y procedimientos para la tutela de las relaciones civiles y mercantiles³²⁵, regula lo referido al procedimiento objeto de estudio. Enfatizamos, asimismo, que más claro e interesante es el aporte del proceso ejecutivo mercantil salvadoreño, pasando a ser una excelente pauta de comparación con el proceso mexicano.

En ese orden de ideas, de conformidad a este cuerpo normativo son títulos ejecutivos:

- 1°. Los instrumentos públicos;
- 2°. Los instrumentos privados fehacientes;
- 3°. Los títulos valores; y sus cupones, en su caso
- 4°. Las constancias, libretas o recibos extendidos por las instituciones legalmente autorizadas, cuando reciban depósitos de ahorro o de cualquier otra clase;
- 5°. Las acciones que tengan derecho a ser amortizadas, total o parcialmente, por las sumas que hayan de amortizarse a cuenta del capital que incorporen;
- 6°. Las pólizas de seguro y de reaseguro, siempre que se acompañe la documentación que demuestre que el reclamante está al día en sus

³²⁵ Anteriormente en dicho país centroamericano tenía vigencia un Código de Procedimientos Civiles de 1881 y una Ley de Procedimientos mercantiles de junio de 1973.

pagos y que el evento asegurado se ha realizado, así como la cuantía de los daños. Las pólizas de fianza y reafianzamiento, siempre que se acompañe de la documentación que demuestre que la obligación principal se ha vuelto exigible;

- 7°. Los instrumentos públicos emanados de país extranjero, cuando se hubiere llenado las formalidades requeridas para hacer fe en El Salvador; y
- 8°. Los demás documentos que, por disposición de ley, tengan reconocido este carácter.

En la demanda del proceso ejecutivo se solicitará el decreto de embargo por la cantidad debida y no pagada, debiéndose acompañar en todo caso el título en que se funde la demanda y los documentos que permitan determinar con precisión la cantidad que se reclama; asimismo, se podrán señalar bienes del deudor en cantidad suficiente para hacer frente al principal e intereses de lo que se deba y a las costas de la ejecución.

Reconocida la legitimidad del demandante y la fuerza ejecutiva del título, el juez dará trámite a la demanda, sin citación de la parte contraria, decretará el embargo e inmediatamente expedirá el mandamiento que corresponda, en el que determinará la persona o personas contra las que se procede, y establecerá la cantidad que debe embargarse para el pago de la deuda, intereses y gastos demandados.

La notificación del decreto de embargo equivale al emplazamiento para que el deudor comparezca a estar a derecho y pueda contestar la demanda en el plazo de diez días, al hacerlo, podrá formular su oposición.

He aquí entonces la parte llamativa que si bien parece imprimirse de la misma lógica que la legislación nicaragüense es mucho más clara en la técnica lingüística legislativa utilizada por el creador normativo salvadoreño; pone de manifiesto así que *“en caso de que la oposición no pudiera resolverse con los documentos aportados, el juez, a petición de al menos una de las partes, citará a audiencia de prueba, que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes y a la que deberán acudir las partes con los medios probatorios de que intenten valerse”*.

Así, cuando no se hubiera solicitado la celebración de la audiencia, o el juez no la hubiera considerado procedente, se resolverá sin más trámite sobre la oposición.

Una vez desestimada totalmente la oposición, se dictará sentencia estimativa con condena en costas para el demandado, ordenándose seguir adelante de acuerdo

con las normas que rigen la ejecución de sentencia. En caso de estimación parcial de la oposición, se seguirá adelante con las actuaciones, solamente para obtener la cantidad debida, sin condena en costas. Si se estimara la oposición, el juez declarará sin lugar la pretensión ejecutiva y mandará levantar los embargos y las medidas de garantía que se hubieran adoptado, haciendo volver al deudor a la situación anterior al inicio del proceso ejecutivo y condenando en costas al demandante.

iii. Honduras

El Código Procesal de Honduras en su Libro Sexto regula la “Ejecución Forzosa” dividiendo el procedimiento tanto para los títulos judiciales como extrajudiciales; cabe destacar que ambos procedimientos son muy semejantes a lo dispuesto por la legislación nicaragüense, así como el catálogo de documentos que por su naturaleza se consideran susceptibles de ser base de una acción en vía ejecutiva mercantil, de hecho podríamos afirmar que el nuevo Código Procesal Civil nicaragüense tuvo como significativa inspiración a la legislación hondureña, dado que varias de sus disposiciones – en lo tocante al proceso ejecutivo al menos – son una copia exacta; de modo que para evitar reiteraciones en ese tenor; sólo nos interesa resaltar que el artículo 796 textualmente reza: *“En los cinco (5) días posteriores a la finalización de la audiencia o a la providencia por la que se decida la conclusión del proceso sin audiencia de prueba, se pronunciará sentencia, resolviendo la oposición”*. A diferencia del caso nicaragüense omite la parte expresa en la que señala que la audiencia no tendría lugar por haberse aportado únicamente documentales, no obstante, intrínsecamente es lógico pensar que el juez en cuestión no convocaría a tal audiencia en caso de que los medios de pruebas aportados sean estrictamente documentales por las razones ya expresadas con anterioridad.

b. España

El Libro III “De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares” de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil regula el proceso ejecutivo, en el mismo sentido que todas las legislaciones comentadas presenta un catálogo general de los títulos que traen aparejada ejecución destacando tanto los judiciales como los no judiciales:

1. La sentencia de condena firme.
2. Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

3. Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.
4. Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.
5. Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos.
6. Los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios.
7. Los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente.
8. El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en los supuestos previstos por la ley en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.
9. Las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución.

Ahora bien, es menester recalcar el Capítulo IV denominado “De la oposición a la ejecución y de la impugnación de actos de ejecución contrarios a la ley y al título ejecutivo”, dispone lo siguiente:

Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente, mismo procedimiento que se seguirá en

caso de oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales, solo que para el primer caso no se suspenderá el curso de la ejecución; suspendiéndose entonces, sólo cuando se trate de oposición en contra de títulos no judiciales.

Así el artículo 560 dispone: “Cuando se haya resuelto sobre la oposición a la ejecución por motivos procesales o éstos no se hayan alegado, el ejecutante podrá impugnar la oposición basada en motivos de fondo en el plazo de cinco días, contados desde que se le notifique la resolución sobre aquellos motivos o desde el traslado del escrito de oposición.

Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de ésta, podrán solicitar la celebración de vista, que el Tribunal acordará mediante providencia si la controversia sobre la oposición no pudiese resolverse con los documentos aportados, señalándose por el secretario judicial día y hora para su celebración dentro de los diez siguientes a la conclusión del trámite de impugnación”.

Cuando se acuerde la celebración de vista, si no compareciere a ella el ejecutado, el tribunal le tendrá por desistido de la oposición y adoptará las resoluciones previstas. Si no compareciere el ejecutante, el tribunal resolverá sin oírle sobre la oposición a la ejecución. Compareciendo ambas partes, se desarrollará la vista con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, dictándose a continuación la resolución que proceda.

Observemos entonces como los tres Códigos centroamericanos y la Ley española que hemos traído a colación, incorporaron un manejo más pertinente de la audiencia de pruebas, la cual solo tendrá lugar en los casos de oposición por parte del demandado y atendiendo a la naturaleza de las pruebas aportadas, dotando incluso al aplicador del Derecho de una cierta discrecionalidad para ponderar en lo tocante a la convocatoria o no de una audiencia en el proceso ejecutivo mercantil.

Conclusiones

Derivado del análisis plasmado en líneas anteriores, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. El procedimiento ejecutivo mercantil es procedente cuando se sustenta en un título ejecutivo, y tales títulos son así reconocidos por la norma jurídica procesal.

2. Presenta como ventajas respecto del procedimiento ordinario, que, cumpliendo con los requisitos de liquidez y exigibilidad, teniendo tal carácter permiten el aseguramiento de bienes para garantizar el cumplimiento de las prestaciones demandadas, así como también que es de tramitación sumaria con reducción de plazos respecto del ordinario.
3. En el Derecho comparado de países como Nicaragua, El Salvador, Honduras y España, se destacan como elementos más relevantes, que son concomitantes a sus relativos procedimientos ejecutivos; que regulan la parte adjetiva de la materia mercantil en los diferentes cuerpos normativos dedicados al procedimiento civil, evidenciando la no autonomía legislativa procesal para el área del Derecho Mercantil, al concentrarse el procedimiento en un solo cuerpo procesal; asimismo se contempla la existencia de títulos judiciales y otros que no tienen tal carácter, pero que permiten la tramitación ejecutiva, que al igual que en el procedimiento previsto para los títulos judiciales es posible que se convoque a audiencia oral y pública, el aseguramiento de bienes y la ejecución sumaria para el pago al acreedor.
4. La oralidad en el proceso se presenta como una concepción técnico-jurídica, ya que no es posible concebir un proceso solamente oral o bien exclusivamente escrito, por lo que podemos afirmar que, en la medida en que todos los procesos contienen elementos tanto de la oralidad, como de la escritura, toda controversia es por fuerza de carácter mixto
5. Así, el juicio ejecutivo mercantil oral trata de una tramitación diferenciada por la cuantía, que es más ágil y más simple, en el cual, la llamada oralidad aparece solamente en el desahogo de las pruebas de manera parcial y lo que sí apreciamos es que la formalidad es menos rígida aun cuando incompleta porque no se contemplan todos los medios de prueba; no se establecen criterios de valoración, aun cuando se abre una sección para las pruebas supervenientes y se siguen las reglas de los restantes procedimientos, de tal manera que a nuestro juicio, el nuevo procedimiento ejecutivo mercantil oral, a nuestro modo de ver, no es en realidad oral, si atendemos a las características que para la oralidad ha concebido la doctrina más relevante en este tema.

2. Fuentes Consultadas

Textos jurídicos:

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso* (1945- 1972), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, no. 8, tomos I (1-11) y II (12-30), UNAM, México, 1992.
- Alsina, Hugo, *Tratado Teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, vol. I., 2ª ed., Editorial Soc. Antón Editores, Buenos Aires, 1963.
- Arellano García, Carlos, *Práctica Forense Mercantil*, 13ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2000.
- Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, Distribuidor Episa, México, 1966.
- Carnelutti, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997.
- Cappelletti, Mauro, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Colección Ciencia del Proceso, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.
- Castrillon y Luna, Víctor M., *Derecho Procesal Mercantil*, 9ª, ed., Ed. Porrúa, México, 2015.
- Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho Procesal Civil*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989.
- Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997.
- De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, 8ª, ed., Ed Porrúa, México, 1969.
- Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1998.
- Gómez Lara, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, 6ª, ed., Ed. Oxford, México, 1988.
- Moreno Cora, S., *Tratado de pruebas judiciales en materia civil y penal*, Herrero Hermanos Editores, México, 1904.
- Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, 9ª ed., Ed. Oxford, México, 2003.
- Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 3a, ed., Ed. Porrúa, México, 1968.
- Petit Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 18ª, ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
- Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Serie E, varios, No. 93, México, 1998.
- Zamora Pierce, Jesús, *Derecho Procesal Mercantil*, 4ª, ed., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986.

Fuentes de Internet:

*<http://www.poderjudicial.gob.ni/ppjupload/leyes/ley-902-codigo-procesal-civil.pdf>,
consultado el 14 de agosto de 2017.*

*<http://www.elnuevodiario.com.ni/politica/358925-aprueban-ejecucion-forzosa/>,
consultado el 13 de agosto de 2017.*

Cuarta Parte

Derecho civil y familiar

El contrato de hipoteca inversa

*Eduardo Oliva Gómez*³²⁶
*Víctor M., Castellón y Luna*³²⁷

Resumen

El presente artículo se ocupa del estudio de la hipoteca, que, como contrato accesorio, que, por ende, requiere de la existencia de un contrato principal, y sigue siempre su suerte, surge en el derecho greco- romano, y ha permanecido en los textos normativos de las legislaciones con orientación al sistema neo romanista o si se quiere, del *civil law*. Y ha sido de gran utilidad para soportar el otorgamiento de créditos en la dinámica del comercio. Se trata de un instrumento que con la solidez que otorga la afectación de los inmuebles, que, mediante la instrumentación de procedimientos sumarios y ejecutivos contemplados en los códigos procesales, ha sido sumamente eficaz para la concreción de operaciones que comúnmente han sido operada por las instituciones de crédito, a la que se ha sumado la actividad de las sociedades de objeto múltiple. Si bien nuestro estudio parte del conocimiento tradicional del contrato, y su evolución, se ocupa asimismo de la denominada “hipoteca inversa” que aparece reglamentado por primera vez en la legislación mexicana, producto de las reformas que se realizaron al Código Civil de la Ciudad de México, publicadas en la Gaceta Oficial el día 27 de marzo del año 2017, la cual constituye, además de una novedad legislativa en materia de hipoteca, un contrato que se visualiza a favor del adulto mayor, procurando con su implementación, una figura incluyente, de protección a un grupo vulnerable y en un entorno de derechos humanos.

Palabras clave: hipoteca, gravamen real, hipoteca inversa

Abstract

The following paper deals with the study of mortgage which, given the fact that it is an ancillary contract, the path it follows always depends on that of the main contract. Mortgage appeared in the Greco-Roman law and has remained

³²⁶ Doctor en derecho. Profesor investigador de tiempo completo. Facultad de derecho y Ciencias Sociales Universidad Autónoma del estado de Morelos

³²⁷ Doctor en derecho. Profesor investigador de tiempo completo. Facultad de derecho y Ciencias Sociales Universidad Autónoma del estado de Morelos

within the regulatory texts of those legislations with a neoroman orientation or the civil law, and it has been of great use to support credit granting among commerce dynamics. We are talking about an instrument that, with the solidity granted by estate affectation and through the implementation of docketed and executive procedures foreseen by the procedures codes, has been extremely effective for the concretion of operations which usually take place under credit institutions and to which the activity of the multiple objective societies has been added. While our study proceeds on the traditional knowledge of the contract and its evolution, it also deals with the so called “inverse mortgage”, which was first regulated among the Mexican law as a result of the reforms made to the Civil Code of Mexico City published in the Official Gazette on March 27 of 2017, constituting not only a legislative newness on the mortgage subject, but also a contract in pro of the elderly, procuring with its implementation an inclusive figure which protects a vulnerable group and that takes place in a humans rights environment.

Key words: mortgage, inverse mortgage, actual levy

1. Introducción

La hipoteca es un contrato accesorio, surgido en el inicialmente en el derecho griego y adoptado por el romano, que ha permanecido por más de 2000 en los textos normativos, transitando a las legislaciones de occidente. Se trata de un contrato monopolizado por las instituciones de crédito, y en tiempos recientes, operado también por las sociedades crediticias de objeto múltiple, sumamente utilizado tanto en el plano doméstico, como en la dinámica del comercio, que, con la implementación de procedimientos ejecutivos contemplados en los textos procesales, y mediante el soporte financiero que se representa por el valor de los bienes, las recientes reformas que se realizaron al Código Civil de la Ciudad de México, publicadas en la Gaceta Oficial con fecha 27 de marzo de 2017 que nos trae la regulación de una nueva forma de constitución del gravamen real, conocido por la doctrina como hipoteca inversa o reversible, que se reglamenta a favor del adulto mayor y por el cual, puede obtener de la institución financiera de manera periódica, una cantidad de dinero que le permitirá gozar de ella para cubrir sus necesidades hasta el momento de su muerte, quedando su propiedad como garantía, la cual sólo podrá ser cobrada por la institución financiera hasta después de su muerte.

2. Metodología de investigación

Cabe señalar que la presente disertación, en cuanto a la metodología aplicada, se desarrolla empleando desde luego el método de investigación jurídico, puesto que todos los instrumentos revisados, como son leyes, doctrina y demás, se analizan bajo una óptica jurídica; se emplea además, el método descriptivo, el analítico y en torno a un estudio dogmático, se revisa el contrato a la luz de la doctrina clásica, se recurre además a la técnica de investigación documental, realizando la revisión, análisis y reflexión de las normas jurídicas recientemente adicionadas con la nueva figura que nos ocupa; el estudio se ha delimitado al contenido reglamentario del Código Civil para la Ciudad de México, asimismo, se aplica la metodología experimental, derivada del análisis práctico de la figura objeto de la investigación.

3. Antecedentes

Como señala Rafael Rojina Villegas³²⁸, la hipoteca es una institución jurídica que tiene sus orígenes en el derecho griego, del cual toma su nombre. En tal sistema legal, la hipoteca representaba la prenda de un bien inmueble para garantizar el

³²⁸ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo 4, Ed. Porrúa, 4ª, ed., México, 1970, p. 355.

cumplimiento de una obligación y como tenía la desventaja de que desposeía al deudor de la finca, los romanos la perfeccionaron al darle el carácter de derecho real constituido sobre bienes tanto muebles como inmuebles que no se entregaban al acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, manifestándose así la naturaleza accesoria del gravamen. En el derecho griego la hipoteca tenía características semejantes a la anticresis, en la que, con la entrega del bien se facultaba al acreedor para disfrutar la finca por cuenta de los intereses debidos y del capital, o sólo del capital y la evolución que se operó en el derecho romano, respecto a la hipoteca, no trajo consigo la desaparición de la anticresis, que se mantuvo para los casos en los que el acreedor, por estar destinada la finca a la agricultura, deseaba retener la garantía en su poder, explotar la cosa, y amortizar réditos y capital con sus frutos, y agrega que es por eso que la anticresis se conservó como una institución diversa de la hipoteca.

Dice Margadant³²⁹ que tanto la hipoteca como la prenda eran consideradas en el derecho romano como formas de garantías reales y superiores a las personales *plus cautionis in rent est quam in personam*, porque protegían de mejor manera al acreedor que en el caso de la fianza personal. En el derecho bizantino tal regla admite sus restricciones, porque el sistema hipotecario era considerado como clandestino y porque en el caso de las hipotecas legales, generales y preferentes, el acreedor hipotecario no tenía una posición tan segura, no obstante, la hipoteca se utilizó frecuentemente en la práctica jurídica antigua. Se trata entonces de un derecho real de garantía y dice así que en el derecho romano prejustiniano la prenda *pignus*, y la hipoteca son dos términos que se utilizaban para lo mismo, *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*, que es en los tiempos bizantinos cuando se introduce la terminología moderna y que por obra de los compiladores, Ulpiano reconoce que el *pignus* es propio cuando se entrega el objeto al acreedor y que se trata de hipoteca, cuando el acreedor no recibe la posesión.

El *pignus* podía recaer sobre todo tipo de bienes y no exponía al deudor de los posibles abusos del acreedor, porque no le era transmitida la propiedad sino la sola posesión de la cosa, no obstante, presentaba el inconveniente de que se privaba con ella al deudor del uso y los productos del bien. En la hipoteca, originalmente el acreedor compraba el bien al deudor por el valor equivalente a la cantidad que éste pedía como préstamo y se obligaba a revenderle el objeto relativo en cierto plazo, de tal manera que el objeto de tal promesa de retroventa se introducía por un *pactum fiduciae* que facultaba al deudor a exigir la retroventa

³²⁹ Margadant, Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano*, 3ª, ed., Ed. Porrúa, México, 1968, pp. 281 a 288.

mediante la *actio fiduciae*. El acreedor por su parte contaba con la *fiducia cum creditore*, que le ofrecía plena garantía de recuperación, porque podía vender el bien, o bien obtener su propiedad.

Posteriormente, evoluciona el sistema hipotecario con la prenda posesoria, en la que si bien, el acreedor no tenía la propiedad sino la posesión del bien podía, sin embargo, venderlo y cobrar su crédito debiendo devolver el excedente al deudor, o bien convertirse en propietario de los bienes en el caso de incumplimiento.

Podían ser objeto de hipoteca:

- Todo bien que estuviera en el comercio;
- Los derechos de crédito;
- El derecho de usufructo;
- La servidumbre real;
- El derecho de prenda o hipoteca *subpignus*, y;
- El patrimonio presente y el futuro.

Como modalidades de la hipoteca encontramos:

- El pacto anticrético, que autorizaba al acreedor a utilizar el objeto dado en prenda;
- El pacto comisorio, por el cual, en caso de incumplimiento del deudor, se autorizaba al acreedor a convertirse en dueño del bien, y;
- El pacto de revendo, por el que se autorizaba al acreedor a vender el bien.

La hipoteca, al igual que la prenda se constituían:

1. Por convenio;
2. Por testamento;
3. Por ley (derechos hipotecarios a favor del pupilo, la esposa o el legatario);
4. Por sentencia judicial, y;
5. Por la *legis actio de la pignoris*, que autorizaba al acreedor para, en presencia de testigos, tomar posesión de los bienes del deudor.

La hipoteca se extinguía:

1. Por pago de la deuda;
2. Por renuncia;

3. Por pérdida del bien;
4. Por venta del bien hipotecado, y;
5. Por confusión, cuando el deudor llegaba a ser heredero del titular de la hipoteca.

Magallón Ibarra³³⁰ se refiere por su parte al *pactum reservate hypothecae* y señala que se trataba de un pacto de reserva de hipoteca, que era una convención que concedía al vendedor el derecho de reservarse una hipoteca sobre la cosa vendida como garantía por el pago del precio o del saldo que pudiere quedar y que tal pacto se constituía para facilitar los negocios de venta a crédito, pero que no modificaba la situación jurídica del comprador desde que la cosa era adquirida por él entrando bajo su dominio, aunque gravada con un derecho real de hipoteca a favor del vendedor, y por ese medio, el pacto garantizaba al vendedor por su crédito, acordándole una preferencia con respecto a otras hipotecas que pudieran otorgarse o que ya se hubieran establecido y como una variante, el vendedor podía reservarse el dominio de la cosa que enajenaba, hasta el pago del precio; *convenido pactunt reservad dominii*, y en tal caso el comprador sólo recibía una posesión.

En cuanto a las acciones persecutorias, el acreedor contaba con la *actio serviana* y *quasi serviana*, para el caso de incumplimiento del deudor, y se dirigía contra cualquier poseedor, detentador o propietario de algún bien hipotecado, en la cual procedía el *pactum de revendendo* o *pactum commissorium*.

Agrega que cuando la *actio serviana* se generalizó a todas las relaciones de carácter obligacional, donde se conviniera la garantía de determinadas cosas, sin desplazar, como en el *pignus* la posesión de estas al acreedor, éste quedaba suficientemente garantizado por la que en la época de Justiniano se denominó; *actio quasi serviana* o *hypotecaria*, que permitía perseguir las cosas a poder del deudor o de un tercero³³¹.

Dice Alfredo di Pietro³³² que ello se confirma con la verificación de las Institutas de Justiniano, en cuyo Libro Cuarto, Título Sexto, se expone la normatividad relativa a las acciones. Y agrega; la *Actio Serviana* y la *quasi Serviana*, procedía igualmente de la jurisdicción del Pretor. La *Serviana* se ejercía sobre bienes del colono afectos a título de prenda, al pago de los arrendamientos. La *cuasi Serviana*, era aquella por la cual los acreedores perseguían sus prendas o sus hipotecas, y en cuanto a

³³⁰ Cfr., Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil. El régimen de los contratos*, Tomo VIII, Vol. I, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 28.

³³¹ *Ibidem*, p. 1202.

³³² *Ibidem*.

la acción hipotecaria, no hay diferencia entre una prenda y una hipoteca, aunque una y otra denominación se aplicaban igualmente a las cosas que un acreedor y su deudor se habían convenido en hipotecar para el pago de la deuda. El nombre de prenda se ha aplicado especialmente al objeto afecto a la deuda que ha sido entregada al acreedor, sobre todo si es mueble. Si, por el contrario, la aplicación se ha hecho sin tradición, por el solo consentimiento, se llama hipoteca.

En el Código napoleónico de 1804 se regula a la hipoteca, de la que destacamos los artículos que se transcriben a continuación;

Art. 2114. — La hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles afectos al pago de una obligación. Es por naturaleza indivisible y subsiste por completo sobre todos los inmuebles afectados, sobre cada uno de ellos y sobre cada porción de los mismos. Les persigue, aunque pasen a otras manos.

Art. 2115. — La hipoteca no tiene lugar sino en los casos y de conformidad con las formas autorizadas en la ley.

Art. 2116. — Es legal, judicial o convencional.

Art. 2117. — La hipoteca legal es aquella que resulta de la ley. La hipoteca judicial es aquella que resulta de las sentencias. La hipoteca convencional es aquella que resulta de las convenciones.

Marcel Planiol y Georges Ripert³³³ definen a la hipoteca que regula el Código francés, señalando; “una garantía real que, sin desposeer actualmente al propietario del bien hipotecado, permite al acreedor ampararse de él a su vencimiento, para rematarlo, cualquiera que sea la persona en cuyo poder se encuentre, y obtener el pago de su crédito con el precio, con preferencia a los demás acreedores”.

Dicen también en cuanto a sus caracteres que la hipoteca es un derecho real, ordinariamente inmueble, siempre accesorio y generalmente indivisible³³⁴.

Mario Magallón³³⁵ señala por su parte; “resulta evidente que en la legislación francesa los elementos que acompañan a la hipoteca, son características

³³³ Planiol, Marcel y Ripert Georges, *Derecho civil*, Distribuidora Episa, Colección Clásicos del Derecho, México, 1996, p. 1172

³³⁴ *Ibidem*

³³⁵ *Cfr.*, Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, p. 1250.

esenciales que la conforman; pues si se trata de un contrato que garantiza otras obligaciones, por consecuencia debe constituirse como un gravamen sobre un inmueble, que es el bien que constituye parte del activo del patrimonio del deudor, y por tanto se manifiesta como un acuerdo de voluntades accesorio al que le precede, y que se limita a constituir una carga específica sobre el mismo, otorgándole al acreedor un derecho preferente sobre la cosa”.

Por lo que a la legislación mexicana del siglo XIX se refiere, en el Código Civil de 1870 se reguló al contrato de hipoteca, respecto de bienes determinados y enajenables y fue hasta el Código Civil de 1884 que la hipoteca podía recaer sobre el patrimonio inmobiliario de una persona; se trataba de una hipoteca general, que comprendía no solamente a los bienes gravados, debido a que éstos no se determinaban, sino también al crédito garantizado, porque la determinación del monto de la obligación garantizada no se exigía.

Así, en el Código Civil de 1884, se establece con precisión el carácter inmobiliario de los bienes que podían ser objeto de la garantía, y así, el artículo 1825 señalaba;

Art. 1825. — La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos.

A continuación, transcribimos los artículos siguientes del vigente Código Civil, que se refieren a la hipoteca en general; la voluntaria y la necesaria;

Art. 1940. — La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Art. 1981. — Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes, o impuestas por imposición del dueño de los bienes sobre los que se constituye.

Art. 1993. — Llamase necesaria la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligados a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran.

4. Concepto

La hipoteca es un contrato accesorio, por el cual, una persona denominada deudor hipotecario, se constituye en garante a favor de un acreedor, afectando

en garantía real un bien inmueble, que no se entrega al acreedor, con preferencia en el pago.

Para Marcel Planiol³³⁶ la hipoteca es una seguridad real que, sin desposeer al propietario de un bien hipotecado, permite al acreedor apoderarse de él al vencimiento de la obligación, para venderlo sin importar en poder de quien se encuentre y mediante el precio, hacerse pagar con preferencia a otros acreedores.

En el derecho español, Clemente de Diego³³⁷ define al contrato de hipoteca como; “aquél, por virtud del cual se asegura el cumplimiento de una obligación principal afectando especialmente bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, de tal modo que el acreedor pueda enajenarlos en el caso de que aquélla sea vencida y no satisfecha oportunamente”.

Ignacio Caso³³⁸ complementa el aspecto registral de la definición, y así señala que es un derecho real, registral de garantía concreta cuya posesión conserva el hipotecante y que faculta al titular para exigir la venta pública de aquélla, resarcándose con su precio, y agrega que es registral porque no nace perfecto, eficaz, sino desde su inscripción en el registro.

El artículo 1874 del Código Civil español, se refiere a la hipoteca, y al efecto establece:

Art. 1874. — Sólo podrán ser objeto de hipoteca:

1. Los bienes inmuebles;
2. Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes.

En el derecho italiano el artículo 2808 del Codice Civile se refiere a la hipoteca en general señalando;

Art. 2808.— *L'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione. L'ipoteca*

³³⁶ Citado por Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 362.

³³⁷ Citado por De Pina, Rafael, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, 2ª, ed., Ed. Porrúa, México, 1966, p. 279

³³⁸ *Ibidem.*

*può avere per oggetto beni del debitore o di un terzo e si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari*³³⁹.

En el derecho alemán, el artículo 1113 del Código Civil la define señalando; Art. 1113. — La hipoteca es el gravamen impuesto sobre una finca por virtud del cual, aquel en cuyo beneficio se establece, puede obtener de ella determinada suma de dinero para cobrarse de un crédito reconocido a su favor.

En el derecho mexicano, el artículo 2893 del Código Civil Federal, establece;

Art. 2,893. — La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.

Como observamos, es característico del derecho real de hipoteca el que recae sobre bienes que no se entregan al acreedor, y en ello se hace consistir su más importante distinción en relación con la prenda, y es por eso que estamos ante una garantía sin desposesión inmediata.

El acreedor tiene sin embargo un derecho de posesión diferido, porque ante el incumplimiento del deudor y en el procedimiento de ejecución correspondiente, habrá de tener el *cuius possidendi* del bien hipotecado, iniciando con el embargo del bien, por vía de la inscripción preventiva de la demanda, y su posterior remate en caso de sentencia condenatoria incumplida en contra del deudor.

Rafael de Pina³⁴⁰ define al contrato de hipoteca señalando que es aquel por virtud del cual determinados bienes quedan constituidos en garantía del cumplimiento de una obligación para que, en el caso de que éste no se realice, sean destinados a satisfacer, con su importe, el monto de la deuda a cuyo pago se encuentran afectos por voluntad de su titular”.

³³⁹ La hipoteca atribuye al acreedor el derecho de expropiar, incluso en confronto con el tercer adquirente, los bienes vinculados en garantía de su crédito, y de ser satisfecho con preferencia con el precio obtenido por la expropiación. La hipoteca puede tener por objeto bienes del deudor o de un tercero y se constituye mediante inscripción en el registro inmobiliario. Traducción de los autores.

³⁴⁰ De, Pina, Rafael, *op. cit.*, p. 280.

Para Borja Soriano³⁴¹ el contrato de hipoteca es aquel por virtud del cual, nace un derecho real que afecta a un inmueble generalmente, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago.

Como elementos del contrato real de garantía, Rojina Villegas³⁴², distingue:

- Su naturaleza accesoria;
- Su carácter indivisible en cuanto al crédito y divisible respecto a los bienes gravados;
- Su naturaleza inseparable del bien gravado;
- El carácter inmueble y excepcionalmente mueble de los bienes hipotecados;
- Su aspecto especial y expreso, y;
- Su constitución pública en cuanto a su inscripción en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos respecto de terceros.

Como el fin que se persigue con la constitución de la garantía es el de exigir el pago, mediante la venta de los bienes gravados, para el caso de incumplimiento por parte del deudor, tal objetivo no se podría cumplir si se tratara de bienes inalienables, y es por eso que para la afectación de los bienes se exige que se trate de cosas que estén en el comercio, ya que de lo contrario estaríamos frente a un objeto imposible desde el punto de vista jurídico, pero se debe también de tratar de bienes que además sean enajenables.

Los principales casos de hipotecas sobre derechos reales que pueden presentarse son, de acuerdo con Rojina Villegas³⁴³,

- La hipoteca del derecho real de propiedad;
- La hipoteca de usufructo
- La hipoteca de la nuda propiedad
- La hipoteca de la hipoteca
- La hipoteca de las servidumbres
- La hipoteca de la posesión, y;
- La hipoteca de la herencia.

³⁴¹ Cfr., Borja Soriano, *Manuel, Teoría general de las obligaciones*, Tomo II; 7ª, ed., Ed. Porrúa, México, 1974, p. 138

³⁴² Cfr., Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 380.

³⁴³ *Ibidem.*

Lo cierto es que, en el Código Civil vigente, aun y cuando en su regulación se refiere a la hipoteca sobre derechos reales, la misma no comprende los casos enumerados por el maestro, por lo que podemos decir que ésta se restringe a los derechos reales sobre inmuebles, y el carácter inmobiliario de la hipoteca se deriva más que del dispositivo legal, de la práctica y de sus antecedentes normativos, porque el artículo 2893 del Código Civil vigente antes transcrito, no establece, como sus antecesores, que la hipoteca solamente pueda ser constituida respecto de bienes inmuebles, contentándose con referirse solamente a bienes en general.

Por otro lado, la hipoteca debe constituirse sobre bienes especialmente determinados y no puede ser ni tácita ni general;

Artículo 2,895. — La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados.

Así, dice Rojina Villegas³⁴⁴; “como se ve, en nuestra hipoteca moderna domina el principio de la especialidad en cuanto a los créditos

En efecto, en los Códigos Civiles del siglo XIX, con evidente influencia de su remoto antecedente del derecho romano y del antiguo derecho español, la hipoteca era concebida como un derecho real de carácter inmobiliario y accesorio, para la garantía de un crédito. garantizados y en cuanto a los bienes gravados”, y citando a Planiol³⁴⁵, complementa; una hipoteca puede garantizar varios créditos o gravar varios inmuebles, sin cesar por eso de ser especial, si cada uno de estos créditos o cada uno de estos bienes, es objeto de su designación particular.

Además, pueden también ser materia de hipoteca los bienes litigiosos, pero, para que la sentencia que se emita en el procedimiento respectivo surta efectos en perjuicio del acreedor hipotecario, será necesario que se haya inscrito de manera preventiva ante el Registro Público de la Propiedad, y con anterioridad a la constitución del gravamen, o bien, que en la escritura en que se haga constar la hipoteca, se declare la existencia del litigio pendiente, de conformidad con los artículos 2898, fracción VI, y 3043, fracción I, del Código Civil, que establecen:

Artículo 2898. — No se podrán hipotecar:

³⁴⁴ *Cfr.*, Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 390.

³⁴⁵ *Ibidem.*

VI. Los bienes litigiosos a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado preventivamente, o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

Artículo 3043. —Se anotarán preventivamente en el Registro Público:

I. Las demandas relativas a la propiedad de bienes inmuebles o a la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre aquellos.

Además encontramos la llamada hipoteca de seguridad, que se refiere a la constitución que se hace para garantía de obligaciones futuras, de la que solamente se precisa la fuente o el hecho concreto del que podrá nacer, sin especificar la cuantía máxima por la que la garantía es otorgada, pero se lleva a cabo mediante una inscripción de carácter preliminar ante el Registro Público de la Propiedad y, cuando con posterioridad, nace la obligación relativa, se realiza una segunda anotación registral complementariamente, con el objeto de hacer constar la existencia y el monto de la obligación garantizada.

5. Clasificación del contrato

El contrato de hipoteca es típico, formal, accesorio, de tracto sucesivo, bilateral, oneroso o gratuito, conmutativo, aleatorio y real.

Es típico porque se encuentra regulado por el Código Civil.

Es formal porque para la constitución del gravamen real se deberán observar las disposiciones contenidas en los artículos 2317 y 2320 del Código Civil Federal a las que remite el artículo 2917 del propio instrumento, y conforme a ellas, debe ser otorgado por escrito y ante Notario Público, cuando el valor de avalúo para la enajenación del inmueble exceda el equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal, debiendo considerarse las modalidades contenidas en dichos preceptos.

El artículo 2917 del Código Civil, establece que para la constitución de créditos con garantía hipotecaria se observarán las formalidades establecidas en los artículos 2317 y 2320.

Los contratos en los que se consigne garantía hipotecaria otorgada con motivo de la enajenación de terrenos o casas por el Departamento del Distrito Federal

para la constitución del patrimonio familiar o para personas de escasos recursos, cuando el valor del inmueble hipotecado no exceda del valor máximo establecido en el artículo 730, se observarán las formalidades establecidas en el párrafo segundo del artículo 2317.

Además, para que la hipoteca constituida surta efectos frente a terceros, y que con ello se cumpla el requisito de la publicidad, deberá estar debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad, lo cual también determinará los aspectos relacionados con la prelación para el pago del crédito garantizado, ya que la hipoteca privilegia un derecho de preferencia que como todos los que son de su clase, supone la existencia de un conflicto entre titulares diversos que pueden afirmar que les asiste un derecho de cierta categoría, y en el supuesto de los posibles gravámenes hipotecarios, deberá establecerse el derecho y grado de preferencia que asiste a los distintos acreedores, que desde luego son prioritarios a los de carácter quirografario y a los comunes.

En lo relativo a la necesidad de la inscripción del derecho real de hipoteca ante el Registro Público, en la exposición de motivos del Código Civil de 1928, se señala en la parte relativa; “la falta de registro de los actos o contratos por los cuales se adquiere, trasmite o modifica, grava o extingue el dominio de los derechos reales sobre inmuebles, hace que no produzcan ningún efecto jurídico. Tratándose de otros actos o contratos, la falta de registro hace que no produzcan efecto jurídico contra terceros”.

Así, el artículo 2919 del Código Civil, establece;

Artículo 2,919. — La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria; en el segundo, necesaria.

Rojina Villegas³⁴⁶ observa que el régimen de publicidad indispensable también de la hipoteca moderna descansa a su vez, en el principio de determinación y especialidad del gravamen de tal manera que todo el sistema observado en cuanto al registro o inscripción de la hipoteca, así como en cuanto a los efectos para terceros no podría llevarse a cabo si no existiese una determinación y especialidad de la hipoteca.

³⁴⁶ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 392.

En relación con los efectos de la inscripción, el registro tiene por objeto poner en conocimiento de la colectividad los gravámenes o derechos reales que afecten a los bienes inmuebles, así como todos los actos jurídicos que impliquen enajenación o transferencia de esos derechos, y aun cuando los actos o derechos existen independientemente del registro, de tal manera que éste no es un elemento esencial para que surtan efectos entre las partes, sí lo es para que perjudiquen a terceros sin que la inscripción convalide los actos o contratos afectados de nulidad.

Así, el artículo 3007 del Código Civil establece;

Artículo 3007. — Los documentos que conforme a este Código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de tercero.

Y el artículo 3011 de la propia ley civil señala;

Artículo 3011. — Los derechos reales y en general cualquier gravamen y limitación de los mismos o del dominio, para que surtan efectos contra tercero, deberán constar en el folio de la finca sobre la que recaigan en la forma que determine el reglamento.

Es accesorio porque requiere de la existencia de una obligación principal a la cual garantizar. El carácter accesorio de la hipoteca constituye una de sus características fundamentales de las que se derivan importantes consecuencias partiendo del principio de que lo accesorio sigue la suerte de la obligación principal.

Dice así Rojina Villegas³⁴⁷ que, aplicando rigurosamente este principio, la hipoteca debe seguir todas las vicisitudes y modalidades de la obligación principal, en cuanto a su existencia, validez, nulidad, transmisión, duración y extinción, y que, asimismo, los términos y condiciones que afecten la obligación principal afectarán a la hipoteca.

Agrega que aplicando el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, se puede decir que cuando la obligación principal es inexistente o nula, la hipoteca también debe serlo y que asimismo, la relación accesorio debe seguir en todas sus modalidades a la principal durante su vida o funcionamiento, así como cuando

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 358.

esta última se extinga, lo que motivará la extinción de la hipoteca; en síntesis, que ésta debe seguir a la obligación desde su nacimiento hasta su extinción³⁴⁸.

En la regulación que, de la hipoteca, realiza el Código Civil vigente, modificando el sistema de sus antecesores de 1870 y 1884, autoriza su divisibilidad de manera mucho más equitativa, exigiendo que se precise en tal caso cuál es la porción del crédito por la que responde cada finca, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2912 y 2913;

Artículo 2,912. — Cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándose la parte de crédito que garantiza.

Artículo 2,913. — Cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente se divida, se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones. Al efecto, se pondrán de acuerdo el dueño de la finca y el acreedor hipotecario; y si no se consiguieren ese acuerdo, la distribución del gravamen se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos.

De ese modo, desde la constitución del gravamen deberá establecerse la división del crédito respecto de los bienes gravados, de modo que la divisibilidad de la hipoteca se ha elevado, como señala Rojina Villegas³⁴⁹ a la categoría de interés público, pues la misma no depende ya de la voluntad de las partes sino que se impone como una restricción al principio de autonomía de la voluntad y agrega que el interés público está relacionado con el problema referente a fomentar el crédito inmobiliario como requisito en un buen sistema hipotecario.

En lo tocante al supuesto relativo a la hipoteca de varias fincas para la garantía de un crédito, resulta también de interés que tal división se realice. Se trata de un contrato real en oposición a consensual, porque el acreedor hipotecario puede perseguir la cosa sin importar quien la detente.

En efecto, recordemos que tanto en el Código Civil de 1870 como en el de 1884, por la indivisibilidad de la hipoteca, en el supuesto de que se llegasen a hipotecar varias fincas, todas y cada una de ellas respondían del gravamen en su

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 381.

³⁴⁹ *Cfr.*, Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 385.

totalidad de tal manera que el acreedor podía hacer efectivo su crédito respecto de cualquiera de ellas o de todas en su conjunto.

Así, el artículo 2894 del Código Civil vigente, establece;

Artículo 2,894. — Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero. Su carácter de derecho real lo convierte en un gravamen inseparable del bien y, como consecuencia del carácter persecutorio de la acción real y de la naturaleza oponible del gravamen respecto a terceros.

Como señala Rojina Villegas³⁵⁰, la hipoteca gravitará siempre sobre el inmueble, a pesar de las sucesivas enajenaciones que hubiere respecto del mismo.

Agrega que la hipoteca también constituye una obligación real, que metafóricamente se ha dicho que sigue a la cosa, para ser oponible a todo adquirente o poseedor *animus domini* y tal obligación real o *propter rem*, se impone exclusivamente en relación con la cosa, depende de ésta en cuanto a su duración o extinción y recae sobre un sujeto pasivo funcionario o mostrenco, en tanto que sea propietario o poseedor de la cosa, y no por su individualidad misma.

Es real, porque si bien el inmueble gravado no se entrega al acreedor hipotecario, éste puede perseguirlo en contra de cualquier detentador del mismo, en tanto que el cumplimiento de la obligación sigue a la cosa misma.

Es de tracto sucesivo porque las obligaciones del deudor hipotecario se extienden durante un período determinado de tiempo, coincidente con el mismo en el que deben cumplirse las obligaciones del contrato principal que con la hipoteca se garantizan.

Es bilateral porque las partes tienen obligaciones y derechos recíprocos.

Es oneroso para ambas partes cuando el deudor hipotecario es el obligado del crédito, préstamo o mutuo que con la hipoteca se garantiza, pero será gratuito para el acreedor hipotecario y oneroso para quien constituye el gravamen real, cuando quien afecta algún bien en hipoteca es un tercero ajeno a la obligación principal.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 386.

Es conmutativo porque las prestaciones, provechos y gravámenes que derivan del contrato son plenamente conocidas por las partes desde su celebración, no obstante, será aleatorio en relación con el posible incumplimiento de la obligación principal, cuando el gravamen no es constituido por el deudor de esta, sino por un tercer garante.

6. Clases de hipoteca

La hipoteca puede constituirse por contrato, testamento, acto unilateral o por disposición de la ley.

6.1 Hipoteca voluntaria

La hipoteca voluntaria es la que se constituye por declaración unilateral de voluntad o por acuerdo de las partes. En las hipotecas voluntarias son elementos esenciales, como en todo contrato, el consentimiento y que el objeto sea posible desde el punto de vista físico y jurídico; que sea determinado y que esté en el comercio.

Para Sánchez Meda³⁵¹ son voluntarias las hipotecas que se constituyen por voluntad espontánea del deudor o para cumplir una obligación impuesta por el dueño de los bienes que se hipotecan, sea mediante declaración unilateral de voluntad o mediante un contrato.

Dice Rafael de Pina³⁵² que las hipotecas voluntarias se presentan bajo dos formas; la convenida por las partes y la impuesta por la voluntad unilateral del dueño de los bienes sobre los cuales se constituye, y la define señalando que es el acto jurídico unilateral o contrato, según el caso, mediante los cuales se está en la posibilidad legal de constituir una garantía real sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, frente al incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de dichos bienes en el grado de preferencia legalmente establecido.

En relación con la hipoteca voluntaria, a continuación, se transcriben los artículos relativos al Capítulo II del Código Civil que la regulan del modo siguiente;

CAPÍTULO II De la hipoteca voluntaria

³⁵¹ Cfr., Sánchez Meda, Ramón, *De los contratos civiles*, 21ª, ed., Ed. Porrúa, México, 2005, p. 492.

³⁵² Cfr., De Pina, Rafael, *op. cit.*, p. 293.

Artículo 2,920. — Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen.

Artículo 2,921. — La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse.

Artículo 2,922. — Si la obligación asegurada estuviese sujeta a condición resolutoria inscrita, la hipoteca no dejará de surtir su efecto respecto de tercero, sino desde que se haga constar en el registro el cumplimiento de la condición.

Artículo 2,923. — Cuando se contraiga la obligación futura o se cumplan las condiciones de que tratan los dos artículos anteriores, deberán los interesados pedir que se haga constar así, por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria, sin cuyo requisito no podrá aprovechar ni perjudicar a tercero la hipoteca constituida.

Artículo 2,924. — Para hacer constar en el registro el cumplimiento de las condiciones a que se refieren los artículos que preceden, o la existencia de las obligaciones futuras, presentará cualquiera de los interesados al registrador la copia del documento público que así lo acredite y, en su defecto, una solicitud formulada por ambas partes, pidiendo que se extienda la nota marginal y expresando claramente los hechos que deben dar lugar a ella. Si alguno de los interesados se niega a firmar dicha solicitud, acudirá el otro a la autoridad judicial para que, previo el procedimiento correspondiente, dicte la resolución que proceda.

Artículo 2,925. — Todo hecho o convenio entre las partes, que puede modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, no surtirá efecto contra tercero si no se hace constar en el registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos.

6.2 Hipoteca necesaria

La hipoteca necesaria es aquella que se constituye por imperio de la ley para el cumplimiento de una obligación legalmente establecida, y debe ser otorgada por aquellos que administren bienes ajenos, con la finalidad de garantizar su adecuada administración y son también idóneas para la garantía del cumplimiento de alguna deuda.

Dice Rafael de Pina³⁵³ que necesidad de la hipoteca quiere decir que, frente a la situación prevista por la ley, el obligado a otorgarla nada puede hacer para impedirlo, pues su voluntad resulta ineficaz para ello en atención a la naturaleza de los intereses que, con esta modalidad de la garantía real, se trata de tutelar.

Los supuestos que requieren de la necesaria constitución de la hipoteca son los siguientes:

- La otorgada por tutores para garantizar la administración de los bienes de los pupilos;
- La hipoteca que deben otorgar quienes ejercen la patria potestad para garantía del cuidado de los bienes de sus descendientes;
- La hipoteca otorgada para garantía en el cumplimiento de los legados, en relación con los bienes de la herencia;
- La hipoteca que debe otorgar el copartícipe de una sucesión, para garantía por el exceso recibido o para el saneamiento en caso de evicción, y;
- La hipoteca que deben otorgar los servidores públicos administradores de bienes estatales o municipales, para garantía de su gestión.

La hipoteca necesaria es regulada por el Capítulo III del Código Civil, de conformidad con las disposiciones siguientes,

CAPÍTULO III De la hipoteca necesaria

Artículo 2,931. — Llamase necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran, o para garantizar los créditos de determinados acreedores.

Artículo 2,932. — La constitución de la hipoteca necesaria podrá exigirse en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado.

Artículo 2,933. — Si para la constitución de alguna hipoteca necesaria se ofrecieren diferentes bienes y no convinieren los interesados en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno, conforme a lo dispuesto en el

³⁵³ *Cfr.*, De Pina, Rafael, *op. cit.*, p. 295.

Artículo 2,912, decidirá la autoridad judicial, previo dictamen de peritos. Del mismo modo decidirá el Juez las cuestiones que se susciten entre los interesados, sobre la calificación de suficiencia de los bienes ofrecidos para la constitución de cualquiera hipoteca necesaria.

Artículo 2,934. — La hipoteca necesaria durará el mismo tiempo que la obligación que con ella se garantiza.

Artículo 2,935. — Tienen derecho de pedir la hipoteca necesaria para seguridad de sus créditos:

- I. El coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido;
- II. Los descendientes de cuyos bienes fueren meros administradores los ascendientes, sobre los bienes de éstos, para garantizar la conservación y devolución de aquellos; teniendo en cuenta lo que dispone la fracción III del artículo 520;
- III. Los menores y demás incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren;
- IV. Los legatarios, por el importe de sus legados, si no hubiere hipoteca especial designada por el mismo testador;
- V. El Estado, los pueblos y los establecimientos públicos, sobre los bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar las rentas de sus respectivos cargos.

Artículo 2,936. — La constitución de la hipoteca en los casos a que se refieren las fracciones II y III del artículo anterior, puede ser pedida:

- I. En el caso de bienes de que fueren meros administradores los padres, por los herederos legítimos del menor;
- II. En el caso de bienes que administren los tutores, por los herederos legítimos y por el curador del incapacitado, así como por el Consejo Local de Tutelas; III. Por el Ministerio Público, si no la pidieren las personas enumeradas en las fracciones anteriores.

Artículo 2,937. — La constitución de la hipoteca por los bienes de hijos de familia, de los menores y de los demás incapacitados, se regirá por las disposiciones contenidas en el título VIII, capítulo II; título IX, capítulo IX y título XI, capítulos I y III del libro primero.

Artículo 2,938. — Los que tienen derecho de exigir la constitución de hipoteca necesaria, tienen también el de objetar la suficiencia de la que se ofrezca, y el de pedir su ampliación cuando los bienes hipotecados se hagan por cualquier motivo insuficientes para garantizar el crédito; en ambos casos resolverá el Juez.

Artículo 2,939. — Si el responsable de la hipoteca designada en las fracciones II, III y IV del artículo 2,935 no tuviere inmuebles, no gozará el acreedor más que del privilegio mencionado en el artículo 2,995, fracción I, salvo lo dispuesto en el capítulo IX, del título IX, del libro primero.

7. Elementos personales

Son el acreedor hipotecario que tiene derecho a ser pagado de manera preferente y puede perseguir el bien gravado sin importar quien lo detente; y el deudor hipotecario, que debe cumplir con la obligación principal que se garantiza con la hipoteca.

Para poder hipotecar, se requiere ser propietario de la cosa materia de la hipoteca o bien ser titular del derecho real sobre el inmueble y contar con capacidad plena, o bien, el poder con facultades para llevar a cabo actos de dominio, en el caso del representante, y debe además considerarse que para poder establecer el derecho real de garantía, se debe poder disponer del mismo, ya que el acreedor hipotecario adquiere del derecho del *jus distrabendi*, que se hace consistir en la facultad de llevar a cabo la venta del bien para hacerse pagar, y que solamente corresponde al titular del derecho de disposición del bien; *remo dat quod non habet*.

Así, el artículo 2906 del Código Civil establece;

Artículo 2,906. — Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados.

Además, el artículo 2914 del Código Civil señala;

Artículo 2,914. — Sin consentimiento del acreedor, el propietario del predio hipotecado no puede darlo en arrendamiento, ni pactar pago anticipado de rentas, por un término que exceda a la duración de la hipoteca; bajo la pena de nulidad del contrato en la parte que exceda de la expresada duración.

Si la hipoteca no tiene plazo cierto, no podrá estipularse anticipo de rentas, ni arrendamiento, por más de un año, si se trata de finca rústica, ni por más de dos meses, si se trata de finca urbana.

8. La transmisión de la hipoteca.

La transmisión de la hipoteca implica una cesión de crédito, de modo que para efectuarla, se deberán cumplir las reglas de toda cesión, a saber; la inscripción en el Registro Público del contrato de cesión para que la misma surta efectos ante terceros, la notificación al deudor, y que en la celebración del contrato de cesión se cumplan los mismos formalismos que se siguieron para la constitución del contrato original, es decir, el otorgamiento ante Notario Público, con las excepciones previstas para el caso de hipotecas sobre la unidad industrial en el supuesto de créditos bancarios.

Pero la transmisión del crédito también puede ocurrir por subrogación, cuando un acreedor paga a otro acreedor preferente, que tenga carácter hipotecario o bien, cuando se adquiere un inmueble hipotecado, y se cubre el crédito por parte del adquirente, supuestos en los cuales, por ministerio de ley, se adquiere el crédito hipotecario con todos sus accesorios legales por subrogación.

Así, el artículo 2058 del Código Civil establece en sus fracciones I y IV;

Artículo 2058. — La subrogación se verifica por ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

- I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente, y;
- IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

Además, en relación con la cesión del crédito en hipoteca voluntaria, el artículo 2926 del Código Civil, establece;

Artículo 2,926. — El crédito puede cederse, en todo o en parte, siempre que la cesión se haga en la forma que para la constitución de la hipoteca previene el artículo 2,917, se dé conocimiento al deudor y sea inscrita en el Registro. Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro.

La hipoteca constituida para garantizar obligaciones al portador se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito. Las instituciones del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, y los institutos de seguridad social, podrán ceder

sus créditos con garantía hipotecaria, sin necesidad de notificación al deudor, de escritura pública, ni de inscripción en el Registro, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos.

En caso de que el cedente deje de llevar la administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor. En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, la inscripción de la hipoteca a favor del acreedor original se considerará hecha a favor de él o los cesionarios referidos en tales párrafos, quienes tendrán todos los derechos y acciones derivados de ésta.

9. La hipoteca inversa

La denominada “hipoteca inversa” que también es identificada en la doctrina por algunos autores como hipoteca revertida, reversible o invertida, aparece por primera vez en el sistema jurídico mexicano, mediante las reformas hechas al Código Civil para la Ciudad de México, publicadas en la Gaceta Oficial el día 27 de marzo del año 2017, por efecto de las cuales se adiciona un Capítulo III Bis, De la Hipoteca Inversa, que comprende del artículo 2939 BIS, al artículo 2939 UNDECIES.

La hipoteca inversa es, además de innovadora en materia del contrato hipotecario, una figura jurídica que se implementa en el entorno de la procuración, respeto y protección de los derechos humanos de la persona adulta mayor³⁵⁴, para permitirle contar con recursos económicos que le posibiliten una calidad de vida hasta el momento de su fallecimiento.

Concha Mauricio y Lladó Jorge señalan que “La hipoteca revertida (en adelante, HR) es un producto hipotecario que permite a las personas obtener

³⁵⁴ Kemelmajer de Carlucci refiere sobre “las personas ancianas” y sobre el “derecho de la ancianidad” indicando que: “En biología, la senectud consiste en el conjunto de procesos biológicos que condicionan el deterioro de células, tejidos, órganos. ¿A qué edad se produce este fenómeno? ¿A los sesenta, los setenta, los setenta y cinco? No basta responder esa pregunta; el problema es más complejo porque la ancianidad no constituye sólo un proceso biológico; es también un concepto histórico y cultural.[...] A los efectos estadísticos, en algunos casos se toma la vejez a partir de los 65 años, edad que se hace coincidir con el inicio de la jubilación para la población económicamente activa; la Organización Mundial de la Salud, en cambio, ha establecido la línea en los 75 años. En realidad, el límite se irá extendiendo a medida que aumente la longevidad de la persona humana merced, en gran parte, a los progresos de la ciencia” Para mayor información, véase: Kemelmajer de Carlucci, Aída. *El Nuevo Derecho de Familia*. Visión doctrinal y jurisprudencial. Colección Internacional N° 21, Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, Colombia, 2010, p. 199.

liquidez sobre la base de propiedades inmobiliarias. A diferencia de una hipoteca convencional, una HR proporciona una suma global o pagos periódicos al propietario, usualmente personas en edad de retiro. Por ello, en algunos países se ha considerado a la HR como una herramienta para aliviar la carga fiscal de los sistemas de pensiones estatales”³⁵⁵.

María Ortiz, citada por Vallarroel Araya, define la hipoteca revertida como “aquella que se constituye en garantía de un crédito o préstamo exigible al fallecimiento del deudor”³⁵⁶.

Hernán Corral señala que la hipoteca inversa “es aquella por la cual un propietario de un inmueble que sirve de residencia, que está ya en la tercera edad, puede obtener de una institución financiera una cantidad de dinero periódica durante lo que reste de su vida, constituyendo una garantía sobre la vivienda, para que al morir, la institución se pague de la totalidad de los recursos adelantados mediante la ejecución del inmueble, salvo que el o los herederos quieran retener la propiedad y se avengan a pagar el monto del crédito”³⁵⁷.

En el derecho Español, aparece la hipoteca inversa por efecto de la ley 41/2007 (del 7 de diciembre de 2007) definiéndose de manera clara en el preámbulo de la referida ley en los siguientes “como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito”³⁵⁸.

En el Código Civil de la Ciudad de México, en el artículo 2939 BIS, (adicionado por decreto publicado en la Gaceta Oficial el 27 de marzo de 2017) la hipoteca inversa es definida de la siguiente forma:

³⁵⁵ Concha, Mauricio y Lladó, Jorge. *La hipoteca revertida: una propuesta para mejorar*. Revista Moneda. p. 25. Disponible en: www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-154/moneda-154-05.pdf

³⁵⁶ Vallarroel Araya, José Luis D. *La Hipoteca Revertida. ¿Es factible y conveniente su aplicación para mejorar las pensiones en Chile?* Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2017. p. 19. Disponible en: repositorio.uchile.cl

³⁵⁷ <https://corraltalciani.wordpress.com/2015/07/12/hipoteca-inversa/>

³⁵⁸ Véase. Preámbulo de la Ley 41/2007 de España. Publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 7 de diciembre de 2007. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-21086>

“ARTICULO 2,939 BIS.- Es inversa la hipoteca que se constituye sobre un inmueble, que es la vivienda habitual y propia de la persona adulta mayor, para garantizar la deuda que le concede la entidad financiera para cubrir sus necesidades económicas de vida, en los términos de este Capítulo. También se puede constituir sobre diverso inmueble, a condición de que sea propiedad de la persona adulta mayor.

Para efectos de ejercer la hipoteca inversa el adulto mayor podrá requerir la constitución de un fideicomiso a su favor en el cual actuará como fideicomitente la entidad financiera acreditante, como fiduciario una institución financiera diferente del acreditante y como fideicomisario la Secretaría de Desarrollo Social de la Ciudad de México.”

Además, en el artículo 2939 TER se define el Contrato de Hipoteca Inversa de la siguiente forma:

“ARTICULO 2,939 TER.- Contrato de Hipoteca Inversa es aquel por el cuál la entidad financiera se obliga a pagar una cantidad de dinero predeterminada a la persona adulta mayor o a su beneficiario que deberá ser su cónyuge, concubina o concubinario de edad igual o superior a los 60 años; ya sea en una sola exhibición o de forma periódica hasta agotar el monto del crédito otorgado, directamente o a través del fideicomiso al que se refiere el artículo anterior, y la persona adulta mayor se obliga a garantizar hipotecando un inmueble de su propiedad en los términos de este capítulo.

El capital prestado puede ser dispuesto por el adulto mayor de dos formas diferentes: en una sola exhibición o mediante pagos periódicos hasta agotar el monto del crédito otorgado.”

De acuerdo al contenido de los artículos 2939 BIS y 2939 TER, puede inferirse que la hipoteca es inversa en razón de que, mientras en la hipoteca tradicional se obtiene el préstamo de una suma de dinero para la adquisición de un bien inmueble, en la hipoteca inversa se parte de la existencia de un bien inmueble del que se detenta la propiedad (sin gravámen alguno) que permite recibir de manera periódica una cantidad de dinero que será cuantificado en su monto global, hasta el momento del fallecimiento del deudor, además de ello, es una figura jurídica que se ha reglamentado a favor del adulto mayor y que se constituye con la intención de procurarle en lo posible, recursos económicos tendientes a satisfacer sus necesidades hasta su fallecimiento.

De acuerdo al artículo 2939 QUATER, las instituciones privadas del sistema bancario, así como las demás entidades financieras e instituciones sociales o públicas, son quienes están autorizadas para otorgar la hipoteca inversa.

En el artículo 2939 QUINQUIES se dispone que los términos en que deba llevarse a cabo la contratación de la hipoteca inversa, serán establecidos previo avalúo expedido por institución facultada para dichos fines, que deberá considerar el valor comercial de mercado del inmueble materia de hipoteca, valor que debe ser actualizado cada 2 años para ser coincidente con la plusvalía en tiempo real; avalúo que correrá a costa de la entidad financiera.

En el mismo artículo se dispone que el contrato de hipoteca inversa, además de lo pactado, estará sujeto a lo siguiente:

- I. La cantidad pactada entre la entidad financiera y el adulto mayor debe ser suficiente para que éste último cumpla sus necesidades básicas; no podrá ser inferior al 70% de valor comercial del inmueble establecido en el avalúo;
- II. El solicitante o los beneficiarios que él designe deben ser personas de 60 años o más;
- III. El tutor, siempre que se encuentre en los supuestos señalados en el presente Capítulo, podrá, con autorización judicial, constituir hipoteca inversa para garantizar un crédito otorgado a favor de su pupilo o incapaz;
- IV. La persona adulta mayor dispondrá del importe del préstamo conforme a los plazos que correspondan a las disposiciones periódicas mediante las cuales podrá acceder al importe objeto de la hipoteca inversa;
- V. La persona adulta mayor o su cónyuge, concubina o concubinario de edad igual o superior a los 60 años, serán los únicos beneficiarios de los pagos periódicos a que hace referencia el Artículo 2939 Ter;
- VI. En su caso, cumplir las condiciones que se establezcan, para atender lo dispuesto en el Artículo 2939 Sexies;
- VII. La entidad financiera solo podrá exigir la deuda y la garantía ejecutable cuando fallezca la persona adulta mayor y el beneficiario si lo hubiere, respetando las condiciones que le concede la fracción II del Artículo 2939 Sexies, respecto a la amortización de la deuda;
- VIII. La persona adulta mayor podrá realizar un pago total o parcial anticipado, sin penalización alguna;
- IX. La persona adulta mayor habitará vitaliciamente el inmueble hipotecado, no obstante, la persona adulta mayor podrá arrendar de manera

- parcial o total el inmueble hipotecado, siempre y cuando, cuente con la autorización expresa de la entidad financiera y los términos y condiciones del arrendamiento se establezcan en el contrato correspondiente, sin afectar la naturaleza propia de la hipoteca inversa;
- X. Los intereses que se generen por el capital no podrán ser mayores al promedio resultante de la tasa de interés interbancario de equilibrio y las tasas de interés de los instrumentos hipotecarios tradicionales, y serán solamente sobre las cantidades efectivamente entregadas a la persona adulta mayor;
 - XI. El contrato deberá incluir las especificaciones del incremento anual que tendrá la pensión otorgada a la persona adulta mayor;
 - XII. La hipoteca inversa se sujetará a lo previsto en los artículos 2921, 2922, y 2923 de éste Código.

En el artículo 2939 SEXIES, se establece las bases sobre las que se encontrará sujeta la amortización del capital, disponiendo los siguientes supuestos:

- I. Cuando fallezca la persona adulta mayor y su beneficiario, en caso de haberlo, sus herederos podrán abonar a la entidad financiera la totalidad del adeudo existente y vencido, quienes tendrán preferencia sobre cualquier cesión que se pretenda de dicho crédito hasta en tanto no se decidan en la forma de pago;
- II. Cualquier cesión en contra de lo establecido en la fracción anterior será nula, sin compensación por la cancelación del gravamen y pago del adeudo;
- III. Los herederos de la persona adulta mayor podrán optar también por reestructurar el crédito, ya sea conservando la garantía o incluyendo una adicional o a través de diverso financiamiento otorgado por institución pública o privada, con el consentimiento y autorización de la entidad financiera;
- IV. Transcurridos 30 días hábiles después del fallecimiento de la persona adulta mayor sin que los herederos hayan efectuado el pago o manifestado la intención de reestructurar el crédito, se entenderá su intención de no pagar el adeudo, por lo que la entidad financiera estará en condiciones de ceder el cobro del crédito sin restricción alguna o solicitar su adjudicación o venta legal para efectuar el cobro hasta donde alcance el valor del bien inmueble hipotecado si el valor del inmueble fuera mayor que el adeudo se devolverá el remanente a los herederos.

El inmueble hipotecado, no puede ser transmitido a terceros, en actos en vida del deudor (adulto mayor), esto así se dispone el artículo 2939, estableciéndose

que para el caso de ser tal la intención, se deberá contar con el consentimiento y autorización de la entidad financiera. El incumplimiento a este supuesto, hace que el contrato se declare vencido y otorga el derecho para reclamar anticipadamente el total del adeudo y exigible a la fecha.

En el artículo 2939 OCTIES se dispone sobre la extinción de la hipoteca en los siguientes términos: “La extinción de la hipoteca inversa tiene lugar cuando fallezca la persona adulta mayor beneficiada, así como su cónyuge, concubina o concubinario nombrado como beneficiario, se extinga el capital pactado y los herederos de la persona adulta mayor decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, en este supuesto la entidad financiera podrá obtener el recobro hasta donde alcance el bien inmueble hipotecado, pudiendo solicitar su adjudicación o su venta”

En el artículo 2939 NONIES, considerando la naturaleza jurídica de la hipoteca inversa, esto es, un contrato contemplado en la ley en protección del adulto mayor, se establece que, para el caso de incumplimiento de la entidad financiera en las ministraciones pactadas, la persona adulta mayor o el fideicomiso a favor de la persona adulta mayor estarán en condiciones de solicitar la rescisión del contrato y exigir el pago de los daños y perjuicios, o en su caso, el pago de la pena pactada. Además, se tendrá la deuda como liquidada y no generará más interés; debiendo la entidad financiera liberar a su costa el gravamen correspondiente. Para el caso de que se constituya una nueva hipoteca inversa sobre el mismo inmueble, ésta tendrá prelación respecto de la anterior.

Por último, en los artículos 2939 DECIES y UNDECIES se establecen las reglas supletorias que aplican ante lo no previsto en el Código Civil, así como las normas contenidas en el propio Código no aplicables a la hipoteca inversa.

10. La extinción de la hipoteca

Por lo que a la extinción del crédito hipotecario se refiere, cabe señalar que normalmente el gravamen se mantiene durante todo el tiempo de duración del crédito, de tal modo que siendo un contrato accesorio, se extingue por causa directa, cuando concluye la obligación principal que con ella se garantiza, salvo que se hubiese convenido por las partes una duración menor, porque la mayor se encuentra prohibida, y de conformidad con los artículos del Código Civil que se transcriben a continuación;

Artículo 2,927. — La hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice y cuando ésta no tuviere término para su

vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de diez años. Los contratantes pueden señalar a la hipoteca una duración menor que la de la obligación principal.

Artículo 2,928. — Cuando se prorrogue el plazo de la obligación garantizada con la hipoteca, ésta se entenderá prorrogada por el mismo término, a no ser que expresamente se asigne menor tiempo a la prórroga de la hipoteca.

Artículo 2,929. — Si antes de que expire el plazo se prorrogare por primera vez, durante la prórroga y el término señalado para la prescripción, la hipoteca conservará la prelación que le corresponda desde su origen.

Artículo 2,930. — La hipoteca prorrogada segunda o más veces sólo conservará la preferencia derivada del registro de su constitución por el tiempo a que se refiere el artículo anterior; por el demás tiempo, o sea el de la segunda o ulterior prórroga, sólo tendrá la prelación que le corresponda por la fecha del último registro. Lo mismo se observará en el caso de que el acreedor conceda un nuevo plazo para que se le pague su crédito. Además, respecto a la extinción de la hipoteca, a continuación, se transcriben los artículos relativos del Código Civil, contenidos en el Capítulo Cuarto;

Artículo 2,941. — Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la extinción de la hipoteca:

- I. Cuando se extinga el bien hipotecado;
- II. Cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía;
- III. Cuando se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado;
- IV. Cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado, observándose lo dispuesto en el artículo 2,910;
- V. Cuando se remate judicialmente la finca hipotecada, teniendo aplicación lo prevenido en el artículo 2,325;
- VI. Por la remisión expresa del acreedor;
- VII. Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

Artículo 2,942. — La hipoteca extinguida por dación en pago, revivirá si el pago queda sin efecto, ya sea porque la cosa dada en pago se pierda por culpa del deudor y estando todavía en su poder, ya sea porque el acreedor la pierda en virtud de la evicción.

Artículo 2,943. — En los casos del artículo anterior, si el registro hubiere sido ya cancelado, revivirá solamente desde la fecha de la nueva inscripción; quedando

siempre a salvo al acreedor el derecho para ser indemnizado por el deudor, de los daños y perjuicios que se le hayan seguido. Además, debemos distinguir los supuestos de extinción de la hipoteca por vía de consecuencia, en los casos de pago, remisión, compensación, novación, nulidad, rescisión y prescripción. Asimismo, debemos apreciar el supuesto de la consolidación, que constituye una causa directa de extinción de la hipoteca, y se presenta cuando el adquirente del predio hipotecado es a la vez el adquirente de la hipoteca, o bien cuando el titular del gravamen hipotecario adquiere el bien hipotecado, casos en los cuales se provoca por confusión su necesaria extinción, al reunirse en una sola persona tanto la propiedad como el derecho real de hipoteca.

11. Conclusiones

Primera. - La hipoteca es un contrato accesorio, surgido en el derecho greco-romano, que ha permanecido por más de 2000 en los textos normativos, transitando a las legislaciones de occidente.

Segunda. - Es un contrato que ha sido monopolizado por las instituciones de crédito, y en tiempos recientes, operado también por las sociedades crediticias de objeto múltiple, sumamente utilizado tanto en el plano doméstico, como en la dinámica del comercio.

Tercera. - Mediante la implementación de procedimientos ejecutivos contemplados en los textos procesales con fácil recuperación de los créditos, y con el soporte que representa el valor de los bienes inmuebles, con tendencia siempre al alza, ha sido de gran utilidad, particularmente para el otorgamiento de créditos.

Cuarta. - Se puede conceptualizar como un contrato accesorio, por el cual, una persona denominada deudor hipotecario, se constituye en garante a favor de un acreedor, afectando en garantía real un bien inmueble, que no se entrega al acreedor, con preferencia en el pago.

Quinta. - Se trata entonces de una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, por su naturaleza indivisible, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.

Sexta. - Es también un contrato accesorio, que siempre sigue la suerte del principal, es decir, del crédito que garantiza, y tiene la peculiaridad que

puede ser perseguido en contra de cualquier persona que detente el bien afecto al gravamen.

Séptima. - La hipoteca puede constituirse por contrato, testamento, acto unilateral o por disposición de la ley, y entre sus especies tenemos; la voluntaria, que es la que se constituye por declaración unilateral de voluntad o por acuerdo de las partes; y, la necesaria, que es la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran, o para garantizar los créditos de determinados acreedores.

Octava. - La transmisión de la hipoteca implica una cesión de crédito, de modo que, para efectuarla, se deberán cumplir las reglas de toda cesión, a saber; la inscripción en el Registro Público del contrato de cesión para que la misma surta efectos ante terceros, la notificación al deudor, y que en la celebración del contrato de cesión se cumplan los mismos formalismos que se siguieron para la constitución del contrato original, es decir, el otorgamiento ante Notario Público.

Novena. - La hipoteca inversa resulta una figura novedosa en el sistema jurídico mexicano y se ha constituido bajo una visión progresista y en protección de los derechos humanos de la persona adulta mayor. Sus fines y naturaleza permiten otorgarle una vida de calidad, en lo tocante a la suficiencia de recursos que requiere para los últimos años de vida, mediante el otorgamiento de una cantidad de dinero que se le entrega de manera periódica, la cual queda garantizada con el inmueble de su propiedad, crédito que sólo podrá ser exigido hasta después de su fallecimiento. Con la hipoteca inversa, el bien inmueble en el que se constituye su vivienda habitual de la persona adulta mayor, le permite de manera cierta, disfrutarlo para proveerse una vida de calidad.

Décima. - En lo tocante a la extinción del crédito hipotecario, normalmente el gravamen se mantiene durante todo el tiempo de duración del crédito, de tal modo que, siendo un contrato accesorio, se extingue por causa directa, cuando concluye la obligación principal que con ella se garantiza.

12. Fuentes de investigación.

- Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Tomo II; 7ª, ed., Ed. Porrúa, México, 1974.
- Concha, Mauricio y Lladó, Jorge. *La hipoteca revertida: una propuesta para mejorar*. Revista Moneda. www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-154/moneda-154-05.pdf
- De Pina, Rafael, *Elementos de derecho civil*, Tomo IV, 2ª, ed., Ed. Porrúa, México, 1966.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El Nuevo Derecho de Familia*. Visión doctrinal y jurisprudencial, Colección Internacional N° 21, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2010.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil. El régimen de los contratos*, Tomo VIII, Vol. I, Ed. Porrúa, México, 1998.
- Margadant, Guillermo Floris, *El derecho privado romano*, 3ª, ed., Ed. Porrúa, México, 1968.
- Planiol, Marcel y Ripert Georges, *Derecho civil*, Distribuidora Episa, Colección Clásicos del Derecho, México, 1996.
- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, Tomo 4, Ed. Porrúa, 4ª ed. México, 1970.
- Sánchez Meda, Ramón, *De los contratos civiles*, 21ª, ed., Ed. Porrúa, México, 2005.
- Villarroel Araya, José Luis D. *La Hipoteca Revertida. ¿Es factible y conveniente su aplicación para mejorar las pensiones en Chile?* Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2017. En: repositorio.uchile.cl
- <https://corraltalciani.wordpress.com/2015/07/12/hipoteca-inversa/>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-21086> Preámbulo de la Ley 41/2007 de España.

Modificación de los contratos. su eco en algunas legislaciones de Centroamérica

Jairo José Guzmán García³⁵⁹

Resumen

Este trabajo analiza las formas que histórica y actualmente han sido utilizadas por el Derecho para llevar a cabo la modificación de los contratos, se presenta en primer término la descripción general de las tesis adoptadas en el Derecho inglés, italiano, francés y alemán, reservando para el último punto, una aproximación a la cláusula *rebus sic stantibus* y su posible aplicabilidad en los ordenamientos jurídico-civiles de algunos países de Centroamérica incorporando en el análisis la experiencia jurisprudencial española respecto de dicha institución. Palabras clave: hipoteca, gravamen real, hipoteca inversa

Palabras Clave: Contratos, incumplimiento, contratos de cumplimiento sucesivo, equilibrio de las prestaciones, *rebus sic stantibus*, legislaciones centroamericanas.

Abstract

This paper analyzes the different ways that have been historically and currently admitted by Law to modify contracts. The first part of the study describes the theses adopted by English, Italian, French and German Law, while the last part makes an approximation to the *rebus sic stantibus* clause and its applicability to some Central American countries' legal system, taking into account the Spanish case-law experience regarding that institution.

Key words: contracts, modify contracts, *rebus sic stantibus* clause;

³⁵⁹ Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Centroamericana (UCA), Managua.

1. Introducción

Revisibilidad de los contratos

Como fuente de las obligaciones, el contrato es un concepto que incorpora la certeza de la realización del objeto a través del derecho que corresponde a la parte activa de la relación para exigirlo, incluso compulsivamente. Idea que ha cuajado en el aforismo latino *pacta sunt servanda* y que traduce la seguridad de que el cumplimiento se produzca, constituyendo la piedra angular de la validez y eficacia contractual, es decir del principio de intangibilidad contractual.

Empero, dicho sistema de aseguramiento que cumple el contrato se verifica dentro de un marco referencial establecido por la norma jurídica a partir de la libertad de contratación –autonomía privada–, que en su conjunto es resultado de las bases constitucionales de la materia patrimonial. Esto significa que lo contractual se mueve dentro de unas exigencias de “justicia” que presenta a las partes como sujetos formalmente iguales y en cuya relación ha de estar patente la correlación de los comportamientos de prestación proyectados por el contrato³⁶⁰.

En tal sentido, el contrato como principal fuente de las obligaciones es un fenómeno que incorpora la seguridad en el cumplimiento de las prestaciones comprometidas a través de su ubicación dentro de parámetros considerados desde un punto de vista de política legislativa, como esenciales para su ejercicio, como ha sido dicho por el profesor GIOVANNI BATTISTA FERRI, a propósito del negocio jurídico: es algo cuya existencia se mueve entre “la voluntad y la norma”, pudiendo agregar que como negocio jurídico patrimonial, el contrato debe tener una dinámica que se mueve entre los intereses individuales y los sociales.

Necesidad de redimensionar algunos aspectos de la teoría tradicional del contrato

En los tiempos que corren, caracterizados por una economía libre y globalizada, sometida en todos los países a los vaivenes políticos, sociales y económicos, el contrato muestra tener vigencia en cuanto sirve a la finalidad de procurar seguridad en los desplazamientos patrimoniales.

³⁶⁰ Por eso ha dicho ARECHEDERRA ARANZADI, que en la relación “ordenamiento- contrato”, se produce una mínima intervención del primero en el segundo, siendo destacables de dicha intervención: a. El ordenamiento tutela una igualdad formal de posiciones b. El ordenamiento exige la concurrencia de unos requisitos para la validez del contrato. c. El ordenamiento monta un sistema de efectos sobre una distinción –onerosidad, gratuidad–, que mira al sustrato o sustancia económica del mismo: La equivalencia de las prestaciones; 1978; 20.

Dichos desplazamientos patrimoniales a cuya seguridad sirve el contrato, se deben entender hoy circunscritos y permeados por las grandes directrices que el Derecho presenta como rectoras de la dinámica social -orden público económico-, especialmente el reconocimiento de la persona humana como principio y fin del Derecho, persona dotada modernamente de facultades y poderes que en los tiempos en que se configuró la doctrina contractual plasmada en los códigos no le eran reconocidos. La premisa anterior impone como necesario que algunos aspectos propios de la tradicional teoría general del contrato sean matizados.

En tal sentido, Conviene considerar que la noción de un contrato como simple acuerdo de voluntades nacido en ejercicio de la “autonomía privada”, enderezado a generar obligaciones planteadas a la manera de un rígido programa de cumplimiento, esto es como petrificación de la voluntad y como algo que únicamente interesa a las partes, necesita ser revisada para incorporar en su análisis estructural y práctico, una dimensión social -pues el contrato en realidad es un comportamiento social- que permita conjugar dentro de la práctica negocial contractual la perspectiva tradicionalmente llamada individual con una social que corresponda a los ordenamientos democráticos y sociales de Derecho, lo cual constituiría una adopción de los principios jurídicos que iluminan los ordenamientos jurídicos modernos³⁶¹.

Lo anteriormente dicho significa dejar de lado la noción que del contrato impuso -misma que en buena medida continúa vigente en el ámbito académico- el voluntarismo liberal que reafirma y mantiene las ideas de que: el contrato ha de servir a la seguridad jurídica y la previsibilidad en detrimento de la justicia contractual -concretado ello en la santidad de lo acordado-, en la expurgación legislativa y práctica de la lesión como causa de ineficacia, de la posibilidad de revisión del contrato en circunstancia de situaciones sobrevenidas

³⁶¹ La visión reduccionista del fenómeno contractual, propio de los códigos civiles y del classical contract law, se produce como consecuencia de un desenfoque que, sobrevalorando el acuerdo de voluntades, minusvalora el intercambio. Tratando de evidenciar el carácter parcial e inadecuado de esa visión del Derecho contractual han surgido las propuestas contextualistas o relacionistas, orientadas a la defensa del modelo relacional del contrato. Estas teorías sugieren como nuevo paradigma la justicia relacional. La misma traslada al Derecho el enfoque relacional de la sociología e incorpora el análisis de la reciprocidad plural económica. La justicia relacional se formula así como una teoría de la justicia (en la relación), cuyos tres elementos (reciprocidad, institucionalidad y socialidad) ofrecen un nuevo marco teórico donde pueden ser contextualizados los equilibrios y desequilibrios que ha venido presentando la realidad jurídica contractual a lo largo de la historia.: CARO GÁNDARA, Rocío; Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional; en, *Recerca, Revista De Pensament i anàlisi*, no. 14. 2014; pág. 94.

que hacen oneroso el cumplimiento in natura, o cuando se producen situaciones de evidente abuso de posición dominante en el mercado; además de mostrarse reacio a la intervención estatal -judicial- en casos que excedan el simple control del consentimiento de las partes³⁶²; para dirigir la mirada a un horizonte más amplio de consideraciones en torno a la socialidad de la relación contractual a fin de procurar la práctica de una “justicia contractual”, fundamentada en el ejercicio equilibrado de las prestaciones conforme a la cual el contrato sea tenido no como simple acuerdo de partes, sino como “instrumento de intercambio económico”, con toda la gama de significaciones y consecuencias que ello acarrea en la actualidad³⁶³.

En este trabajo debemos partir de que, en dependencia de la forma en que se realiza el objeto del contrato, y por las circunstancias variantes de la economía globalizada, su exigibilidad podría llegar a representar la imposición de un comportamiento que excede la capacidad económica -actual- de una de las partes como consecuencia de la supervinencia de circunstancias imprevisibles para la partes en el momento de la conclusión del negocio, representando un “desequilibrio” lesivo de sus intereses.

Ante esta panorámica, se pueden adoptar dos soluciones antagónicas entre sí: exigir a toda costa el cumplimiento del contrato en la forma originalmente planteada, en aplicación estricta de lo legislado o, permitir la revisión y adecuación a las nuevas circunstancias patrimoniales de las partes. En caso de adoptar la primera solución, surge una afectación de esa “justicia” antes mencionada, y se provoca un desequilibrio patrimonial, homenaje al principio *pacta sunt servanda*. Por el contrario, permitir que una tal “modificación” del contrato sea adoptada como principio decisivo, daña profundamente la función económica que esta figura ha venido cumpliendo a lo largo de la historia, pudiéndose sostener que de esta forma el contrato se hace imperfecto, inútil e inseguro.

El supuesto de que podría, más fácilmente, surgir esta fenomenología, salvo los casos de contratos cuya prestación debida por una de las partes se realiza antes

³⁶² Géraud-Llorca, citado por CARO GÁNDARA, Rocío; Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional; en, *Recerca, Revista De Pensament i anàlisi*, no. 14. 2014; pág. 95.

³⁶³ CARO GÁNDARA, Rocío; Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional; en, *Recerca, Revista De Pensament i anàlisi*, no. 14. 2014; pág. 95. *Ibidem*, la citada autora completa la idea expuesta expresando que se debe procurar la autorización legislativa de la intervención judicial en cuestiones atinentes al cumplimiento de nuevos deberes contractuales: información, transparencia, seguridad, lealtad, cooperación, renegociación, que están «enriqueciendo» el contenido obligatorio del contrato y tienden a preservar el equilibrio contractual.

que la que ha de cumplir la otra parte –caso cuyo ejemplo de libro es el de la coronación³⁶⁴–, es en los contratos de ejecución sometida a un período largo de tiempo, como en los préstamos garantizados con hipoteca o en el arrendamiento, o en alguno mercantil, como el de suministro.

Nos dice ARECHEDERRA ARANZADI, que la experiencia indica que los particulares plantean ante los Tribunales como petición de justicia, el desequilibrio patrimonial que eventualmente puede presentarse en el intercambio de prestaciones propio de la relación jurídica que les liga. Y para resolver este problema “la jurisprudencia” exhuma un viejo brocardo medieval: “*contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”³⁶⁵. Esta denominada cláusula sobreentendida o tácita que en su propuesta doctrinal antigua, al parecer existe en todos los contratos de tracto sucesivo (“*rebus sic stantibus*”), permite que al alterarse las circunstancias pueda revisarse o resolverse el contrato.

Sin embargo, no es el único mecanismo jurídico utilizado en la experiencia del derecho comparado para dar respuesta al problema de la modificación de los contratos por haberse producido un cambio de circunstancias que tornan, para alguna de las partes, el cumplimiento de la prestación excesivamente oneroso en contratos de cumplimiento tractual o diferido. Veamos brevemente cuáles son.

2. Teorías relativas a la modificación de los contratos

Sin pretender realizar una exposición extensa y acabada de las teorías que se han acuñado en torno al tema en cuestión podemos proponer los rasgos fundamentales de las mismas, pues trazan los esquemas de solución que

³⁶⁴ En ese sentido expresa DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, vol. II: las relaciones obligatorias, 6ª. edición; Aranzadi; Pamplona; 2008; pág. 1060 s: “...los llamados casos de la coronación. El más conocido de ellos es el siguiente: el demandante había alquilado al demandado unas habitaciones en un edificio que se encontraba en la ruta que había de seguir la parada militar que debía celebrarse con motivo de la coronación de Eduardo VII el día 26 de julio de 1902. El desfile fue suspendido a causa de la enfermedad del Rey. El actor que había pagado cien libras a cuenta, demandaba la restitución de esta suma, por haberse frustrado el fin perseguido por el negocio. 2º En la jurisprudencia francesa es clásico el supuesto de la diligencia París-Rouen. Poco tiempo después de celebrarse un contrato sobre el transporte en diligencia entre las dos ciudades citadas, en el cual se había convenido una reducción del tiempo del viaje y unas especiales condiciones económicas, se tendió una línea de ferrocarril, que alteraba decisivamente las condiciones de aquel contrato...”

³⁶⁵ *Los contratos de tracto sucesivo y que dependan de circunstancias futuras, se celebran bajo el entendido que se mantengan las circunstancias iniciales.*

se plantean en la práctica de nuestro entorno cultural. Aunque de previo debemos señalar que parece totalmente lógica la idea de que en verdad todas tienen su raíz en el principio *rebus sic stantibus*³⁶⁶.

2.1 Teoría de la frustración del contrato

Esta noción tiene su origen en el Derecho inglés, y se entiende como una forma de extinción de la obligación contractual que exime al deudor del incumplimiento cuando después de celebrado el negocio contractual sobreviene un evento imprevisto e imprevisible el cual altera de forma esencial la economía del contrato, convirtiendo la prestación en algo que resulta inexigible. En dicho contexto el juez ha de indagar a qué acuerdo habrían llegado las partes si al momento de conclusión del contrato hubieran calculado el evento imprevisto. La convicción de que el contrato se ha frustrado, tiene efecto extintivo del contrato *ex nunc* desde que acaece el evento que es origen de la imposibilidad, ilicitud o inutilidad de la ejecución de la prestación, liberando al deudor de responsabilidad³⁶⁷.

2.2 Teoría de la imprevisión

En el Derecho francés, tan directamente ligado a la ideología liberal burguesa nacida de la ilustración, se plantea como excepción a la regla de la intangibilidad del contrato, la llamada teoría de la imprevisión, aunque en la práctica, aplicada de forma muy residual.

Así pues, el motivo para exonerar al deudor del cumplimiento de obligaciones contractuales o de adaptar el contrato a circunstancias sobrevenidas de forma excepcional se denomina teoría de la imprevisión, esto es la posibilidad racional de que las partes conociesen algún hecho o supuesto que podría incidir en el futuro a efectos del cumplimiento del programa de cumplimiento.

³⁶⁶ GARCÍA CARACUEL, Manuel; La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; Dykinson; Madrid; 2014; pág. 270. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación; Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación; en, AFD. No. XXXIII, 2017; pág. 67: “La doctrina relativa a la denominada cláusula *rebus sic stantibus* es la más antigua y el germen de todas las demás que pueden ser consideradas como «equivalentes» o análogas a la doctrina rebus en el sentido de que tratan de dar respuesta al mismo problema, aunque desde puntos de vista distinto...”

³⁶⁷ GARCÍA CARACUEL, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; 2014, 64, 94. RIVERA RESTREPO, José Maximiliano/BARCIA LEHMANN, Rodrigo; “Aspectos generales en torno a la cláusula *rebus sic stantibus* (Teoría de la imprevisión), en España; en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2º semestre 2016; pág. 129 s.

De lo anterior se deduce que dicha teoría de la imprevisión pone el acento en la previsión o imprevisión que los contratantes pudieron haber tenido en el momento de conclusión del contrato respecto a circunstancias sobrevenidas que alteran la economía del contrato, y de ello hacen depender la aplicación de la teoría de imprevisión. Lo cual se justifica en el hecho de que como resultado de las ideas ilustradas que se plasmaron en la codificación francesa, la obligación contractual sólo puede nacer del acuerdo de voluntades y en consecuencia resulta esencial la determinación de si el evento sobrevenido estaba o no incluido en el consentimiento inicial de las partes³⁶⁸. Razonamiento que se aproxima bastante a la teoría alemana de la presuposición y a la teoría inglesa de la frustración pues en fin, se trata de decidir si el consentimiento de las partes alcanza en su extensión a los nuevas circunstancias sobrevenidas³⁶⁹.

Esta tesis fue acuñada dentro del Derecho administrativo plasmado en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a propósito de la decisión del caso de la Compañía de Gas de Burdeos, en la cual se consideró como fundamental el hecho de que el evento sobrevenido de alza del precio del carbón constituía un hecho que las partes no podían haber previsto y que dicho evento provocaba el quebrantamiento de la sinalagmaticidad de la relación contractual. “Los contratantes se han decidido a contratar en contemplación de las circunstancias económicas existentes o de aquellas que eran normalmente probables para el futuro. Cuando advienen circunstancias imprevisibles lo que les obliga no es ya el contrato que ellos estipularon, sino una regla jurídica distinta”³⁷⁰.

No obstante, la aplicación de esta teoría no constituye la regla general en la jurisprudencia civil francesa, más bien, a partir de la sentencia del canal Craponne, de 6 de marzo de 1876 se reafirmó la regla *pacta sunt servanda* en la que se entrevera la noción de que modificar un contrato equivale a revocarlo parcialmente y que ello se aparta de la voluntad de las partes al momento de conclusión del contrato -fuente de legitimidad del compromiso obligacional-, y que tampoco existe regla legislativa alguna que ampare o dé justificación de dicha revisión³⁷¹.

³⁶⁸ GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*; 2014, 179. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, 2008, 1060 s.

³⁶⁹ GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*; 2014, 180.

³⁷⁰ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, 2008, 1061.

³⁷¹ GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*; 2014, 180

Ante esa panorámica, luego de haberse presentado varios proyectos³⁷² de reforma del Código Civil francés, el 1 de octubre de 2016, entró en vigor la ley por la cual se reformó el Derecho de obligaciones y contratos contenido en el antiguo texto napoleónico. Así, en el artículo 1195, se consagra la imprevisibilidad y excesiva onerosidad como causa de renegociación en los supuestos en los que no se ha podido asumir el riesgo.

2.3 Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación

Onerosidad excesiva sobrevenida es una propuesta de la doctrina jurídica italiana, la cual siempre ha prestado atención en el desequilibrio entre las prestaciones proyectadas en un contrato, que al momento de traspasar una línea roja constituye una expresión de injusticia tornándose por ello un exceso en la carga económica que debería soportar alguna de las partes del contrato.

Como es de notar, el fenómeno al que se endereza esta tesis es a la equivalencia de las prestaciones y su análisis se realiza a través de la operación hermenéutica -haciendo patente la influencia del Derecho canónico en el Derecho Civil italiano-³⁷³.

Efectivamente, consiste en una propuesta que hunde sus raíces en la antigua fórmula *rebus sic stantibus*³⁷⁴, teniendo por función permitir a alguna de las partes de un contrato bilateral, de tracto sucesivo, obtener la declaración de su resolución. Dicha declaración debe estar motivada en el hecho acreditado de que la prestación se ha vuelto excesivamente gravosa a consecuencia de algún evento o circunstancia sobrevenidos extraordinarios e imprevisibles³⁷⁵.

Esta tesis fue positivada en los artículos 1467 y 1469 del Código Civil italiano de 1942 y de sus disposiciones se pueden extraer como presupuestos para

³⁷² Entre los proyectos presentados para la reforma se pueden destacar, el proyecto denominado Catalá, dirigido por el prof. Pierre Catalá, quien dirigió un grupo de trabajo conformado por académicos; su proyecto fue presentado en septiembre de 2005. En julio de 2008 el Ministerio de Justicia presentó un proyecto para la reforma de la sección correspondiente en el Código Civil, a los contratos. El tercer proyecto de reforma fue presentado por la Academia de Ciencias Morales y Políticas en el mes de diciembre de 2008, bajo dirección de Francois Terré, proyecto que acoge la teoría de la imprevisión.

³⁷³ GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*; 2014, 205.

³⁷⁴ Se trata de la teoría que en el Derecho italiano se ha denominado como “subjetiva”, que junto con la “objetiva”, constituye un intento de explicación del fundamento de la excesiva onerosidad. Así, dicha tesis subjetiva pone el acento en la voluntad contractual basando la situación sobrevenida con la cláusula implícita “*rebus sic stantibus*”: GABRIELLI, Enrico; “*Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*”, en *Revista di Diritto privato* 1, 2013, pág. 58.

³⁷⁵ GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*; 2014, 207. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II*, 2008, 1061.

declarar judicialmente su procedencia: a. que se trate de un contrato bilateral de cumplimiento sucesivo. b. Acaecimiento de eventos extraordinarios e imprevisibles. c. Alteración del equilibrio de las prestaciones³⁷⁶.

La consecuencia ordinaria de la aplicación de estas disposiciones es la declaración de resolución del contrato y la consecuente liberación del deudor; no obstante, cuando se trata de un contrato en el cual sólo una de las partes ha asumido obligaciones, esta parte puede exigir una reducción de la prestación a su cargo o una modificación de las modalidades de ejecución de la misma, que sean suficientes para reconducirlo a la equidad³⁷⁷.

2.4 Teoría de la base del negocio

Es una tesis propuesta por la doctrina civilista alemana que no contaba con formalización legislativa, por lo cual se aplicaba por vía jurisprudencial, no obstante, en la reforma del Derecho de obligaciones de 2002 quedó consagrada en el texto del BGB – párrafo 313-.

Su formulación primera fue propuesta por Oertman y mejorada por Karl Larenz, aunque definitivamente la teoría de la base del negocio tiene su antecedente en la de la presuposición que ya había sido planteada por Windscheid -aunque no exenta de sendas críticas³⁷⁸.

Dicho autor expuso que la presuposición constituye una “limitación de la voluntad” establecida en el supuesto de hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que hace que la declaración de voluntad negocial sólo tenga validez para el caso, que el declarante consideró como cierto y que, por tanto, no puso como condición en sentido técnico, de que exista o persista una determinada circunstancia. En la concepción de WINDSCHEID la presuposición es una condición no desenvuelta (por ejemplo, una enajenación se realiza en cumplimiento de un mandato testamentario, que se presupone válido)³⁷⁹.

³⁷⁶ GARCÍA CARACUEL, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; 2014, 210-213. RIVERA RESTREPO/BARCIA LEHMANN; Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016, 132.

³⁷⁷ DÍEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, 2008, 1061 s.

³⁷⁸ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación, AFD. 2017, 70. RIVERA RESTREPO/BARCIA LEHMANN; Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016, 132. GARCÍA CARACUEL, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; 2014, 219. DÍEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, 2008, 1063.

³⁷⁹ DÍEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, 2008, 1063.

De lo anterior se puede aceptar la idea de GARCÍA CARACUEL³⁸⁰, en el sentido de que la presuposición constituye un elemento psicológico que se ubica entre los meros motivos internos no causalizados y la condición como acción, delimitador de los efectos de la declaración de voluntad, en consecuencia, centra su atención en lo que puede denominarse “marco mental” en el cual el declarante concibe y expresa su voluntad negocial, por lo cual la condiciona aunque sea de forma inconsciente.

Sin restar mérito o valor a las discusiones posteriores, abreviemos; fue Oertmann quien revisa la idea de presuposición y propone por primera vez la teoría de la base del negocio, la cual luego de varias modificaciones por parte de la doctrina, es formulada por Larenz, proponiendo distinguir entre base subjetiva y base objetiva del negocio a efectos de admitir la revisión de los contratos por desaparición de la base del negocio.

En tal sentido se ha de entender como base del negocio subjetiva una representación mental o una expectativa común a ambos contratantes, sin que sea suficiente la individual de uno cualquiera de ellos, aunque la otra parte la hubiese conocido y no rechazado expresamente. En cambio, se entiende como base del negocio objetiva el conjunto de circunstancias y un estado general de cosas, cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda continuar teniendo vida. La base del negocio objetiva desaparece: 1) cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación, establecida en el contrato, se ha destruido de tal manera que ya no puede razonablemente hablarse de contraprestación (destrucción de la relación de equivalencia). 2) Cuando la común finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible (frustración de la finalidad)³⁸¹.

3. Doctrina rebus sic stantibus

3.1 *Concepto y fundamento*

Históricamente, la teoría que concibe que ante una imprevista y extraordinaria alteración de las circunstancias desencadenante de excesiva onerosidad³⁸², y por

³⁸⁰ GARCÍA CARACUEL, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; 2014, 220.

³⁸¹ DÍEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, 2008, 1063 s.

³⁸² Como dice DE LA CUESTA SÁENZ: ...la toma en consideración de los cambios imprevistos de circunstancias, en la posible modificación de los contratos, porque no se trata ya de convertir lo injusto en justo,

tanto de desequilibrio patrimonial de las prestaciones a propósito del cumplimiento de las obligaciones planteadas en un contrato de cumplimiento diferido o tractual, se pueda revisar, excepcionando la intangibilidad del mismo, a través de la cláusula *rebus sic stantibus*. Abreviación de la frase que la doctrina³⁸³ atribuye a Baldo de Ubaldis: *contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*³⁸⁴.

El planteamiento de esta institución consiste en la posibilidad de revisión de los contratos y constituye el mecanismo de interpretación por el cual es posible modificar las condiciones contractuales, incluyendo la declaración de resolución del negocio jurídico contractual en casos en que durante la ejecución de las prestaciones planteadas en un contrato tractual o de cumplimiento único de consumación posterior a la conclusión del negocio, se produce una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de la celebración que origina un desequilibrio exorbitante, imprevisible e inimputable a las partes del negocio jurídico³⁸⁵. Es en consecuencia, como lo expresa GARCÍA CARACUEL³⁸⁶, la regla *rebus sic stantibus* significa que los negocios jurídicos

sino de cuantificar el equilibrio de las prestaciones en los contratos conmutativos, lo cual en aquellos tiempos era simplemente extraer las consecuencias de la noción de justicia conmutativa que debía presidir los contratos de esa naturaleza. Pero el fundamento último es el mismo. Es la propia naturaleza falible del hombre, que quiere vanamente prolongar en el tiempo los efectos de sus deliberaciones y acuerdos, sin percatarse de la mutabilidad de las circunstancias, que en los períodos en que se producen crisis económicas, es tan aguda, que afecta a todos los mercados induciéndoles una volatilidad que da al traste con todas las previsiones contractuales por muy prudentes y expertas que éstas hubiesen sido.: DE LA CUESTA SÁENZ, José María; “La modificación del contrato por alteración de las circunstancias”, en, Esther Muñoz Espada; Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García; Wolter Kluwer; Madrid; 2016; pág. 397.

³⁸³ ARNAU GUASCH, Sol; “Soluciones ante la alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato en un contexto de crisis económica”, en, ABEL LUCH, Xavier (coord.); Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables; J.M Bosch; Barcelona; 2014; pág. 798. GARCÍA CARACUEL, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; 2014, 270. DÍEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, 2008, 1063

³⁸⁴ Con los glosadores y postglosadores se llega a la consagración de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyo punto de partida parecería surgir de un pasaje del Digesto. La difusión de la misma se acrecentó por intermedio de las orientaciones canónicas, pues los tribunales eclesiásticos medievales la utilizaron a menudo, basándose en que era contrario a la moral cristiana la ejecución de un contrato que entrañase una notoria injusticia para una de las partes.: GOLDENBERG H., Isidoro; “Cláusula “Rebus Sic Stantibus”, en, Enciclopedia jurídica Omeba, T. III: clau-cons; Driskill; Buenos Aires; 1998; pág. 50. Institución que, salvo casos de la primera etapa de codificación en los países de influencia germánica, no fue acogida en el modélico Código Napoleón, en sacrificio a la exacerbada función dada a la autonomía de la voluntad y al principio *pacta sunt servanda*.: GARCÍA CARACUEL, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; 2014, 271. En el mismo sentido: DÍEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, 2008, 1057.

³⁸⁵ MARÍN NARROS, Héctor Daniel; “La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos bancarios y su interpretación por la STS de 29 de octubre de 2013 y la jurisprudencia menor”, en, RCritDI N.º 747, enero 2015.

³⁸⁶ GARCÍA CARACUEL, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; 2014, 272.

contractuales cuya ejecución es continuada solo deben desplegar su eficacia en tanto se mantengan de forma estable las circunstancias existentes al tiempo de celebrar el contrato, así se entiende que en la original formulación de la regla para el citado tipo de negocio contractual, se entiende que existe una cláusula implícita según la cual, las partes habrían querido obligarse y mantenerse obligados estando así las cosas, esto es, siempre que no cambien las circunstancias, porque si cambian, se debe sobreentender que su voluntad de vincularse habría perdido su base, habría perdido su razón de ser, y que se sobreentendía, era el contexto necesario para dicha vinculación.

Este instrumento que había sido expurgado de las previsiones contractuales contenidas en los códigos, aparece nuevamente en su práctica, como una exigencia de justicia a propósito de casos suscitados como consecuencia de las distorsiones económicas que provocaron las guerras del siglo XX en Europa. Mostrando vocación de paliativo para evitar el injusto apremio al cumplimiento literal de los contratos cuando las condiciones varían de forma imprevista y extraordinaria, provocando un desequilibrio patrimonial para alguna de las partes del contrato.

3.2 *Fundamento*

En la doctrina antigua, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* se fundamentaba en el hecho de que existe en todo contrato una cláusula que aunque no expresa, sino implícita, el contrato con prestación tractual o diferida, sólo podía ser válido en tanto no se alterasen las condiciones o contexto existente en el momento de su conclusión³⁸⁷.

Evidentemente que la fundamentación antes expresada no puede ser sostenida en cuanto que el contrato plantea un programa de compromiso de cumplimiento que debe ser observado puntualmente, en razón de la seguridad del tráfico económico al que históricamente ha servido. Recurrir a una explicación de una ficción semejante borra el sentido de seguridad contractual y de seguridad jurídica en general, pues si las partes son iguales entre sí y por ello pueden y deben asumir los riesgos propios de la vinculación contractual, debería cumplirse tal y como se ha dejado confeccionado. Es como ha dicho la doctrina³⁸⁸ "es una ficción propia del Derecho primitivo".

³⁸⁷ GARCÍA CARACUEL, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; 2014, 274.

³⁸⁸ GARCÍA CARACUEL, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; 2014, 275.

A partir de lo dicho se evidencia la necesidad, de construir una fundamentación que deje de lado el recurso a la subjetividad cifrada en la ficción de la cláusula implícita, especialmente en estos tiempos en los que la propuesta del Derecho como argumentación ha adquirido carta de naturaleza y constituye una forma de apreciar los fenómenos jurídicos de una forma justificativa, especialmente en cuanto a la aplicación del ordenamiento jurídico a las controversias nacidas con ocasión de las relaciones jurídicas.

Ante la inanidad del recurso a la ficción, la aplicación de la teoría *rebus sic stantibus* requiere de una objetivación justificada por los recursos o medios que aporta el ordenamiento jurídico de cada Estado.

En esta parte del trabajo, procuraremos presentar una fórmula por la cual el objetivo antes expuesto pueda ser realizado a propósito de las legislaciones civiles de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, acudiendo para ello a la experiencia jurídica española, cuyo Código Civil contiene tantas similitudes con los nuestros. Teniendo en cuenta que todos los Códigos civiles citados son herederos de la tradición codificadora decimonónica y por tanto consagran la regla de intangibilidad determinando como regla general de la eficacia contractual que los contratos válidamente celebrados son una ley entre las partes y deben cumplirse al tenor literal de los mismos, y salvo el Código guatemalteco que admite la revisión del contrato -art. 1330-, dejan por fuera cualquier alusión textual a la revisibilidad contractual³⁸⁹.

Se procura entonces acercarnos a una propuesta de aplicabilidad fundamentada de la regla *rebus sic stantibus* que desafiando la santidad de la regla *pacta sunt servanda*, en circunstancias que alteran el contexto económico y tornan el cumplimiento de las prestaciones en causa de desequilibrio patrimonial en detrimento de los intereses de alguna de las partes del contrato.

³⁸⁹ Guatemala: Art. 1519. Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes. El Salvador: Art. 1416. Todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para los contratantes sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales. Honduras: Artículo 1546 Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Nicaragua: art. 1836. Las obligaciones que nacen de los contratos, tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. Art. 2479. El contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Costa Rica: Art. 1022.- Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

3.2.1 Buena fe, equidad, desaparición sobrevenida de la causa del contrato

El redimensionamiento necesario de la teoría del contrato anunciado en la primera parte de este trabajo, plantea pasar de una visión tradicional a una de tipo más social, en la cual el contrato no centre su atención en la voluntad generadora de una vinculación inexorable por virtud de la regla *pacta sunt servanda*, a una centrada en el carácter relacional y social de la relación económica como un instrumento de intercambio económico que se mueve entre la autorización legislativa y los intereses que deben corresponder al interés social de su dinámica. Y por ende se debe admitir la revisibilidad de los contratos en los supuestos económicos imprevisibles para las partes, procurando así la consecución de la llamada “justicia contractual”.

Si de conformidad con las tendencias modernas del Derecho toda respuesta judicial a los planteamientos de los justiciables han de ser debidamente motivadas³⁹⁰ o justificadas se requiere que para poder aplicar la regla *rebus sic stantibus*, la sentencia que la declare en el caso concreto debe estar dotada de la justificación técnica que aleje la suma subjetividad de ser una simple cláusula implícita.

³⁹⁰ Guatemala: art. 147 de la Ley del Organismo Judicial. Las sentencias se redactarán expresando... d) Las consideraciones de derecho que harán mérito del valor de las pruebas rendidas y de cuales de los hechos sujetos a discusión se estiman probados; se expondrán, asimismo, las doctrinas fundamentales de derecho y principios que sean aplicables al caso y se analizarán las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descansa la sentencia. El Salvador: art. Motivación Art. 216. Código procesal civil y mercantil. Salvo los decretos, todas las resoluciones serán debidamente motivadas y contendrán en apartados separados los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la fijación de los hechos y, en su caso, a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho, especialmente cuando el juez se aparte del criterio sostenido en supuesto semejante. La motivación será completa y debe tener en cuenta todos y cada uno de los elementos fácticos y jurídicos del proceso, considerados individualmente y en conjunto, con apego a las reglas de la sana crítica. Honduras: Artículo 207. Código procesal civil. Motivación. 1. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. 2. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. Nicaragua: Artículo 198 Requisitos formales de las sentencias Las sentencias se dictarán en nombre de la República de Nicaragua, serán siempre motivadas y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la parte dispositiva o fallo. Costa Rica: Artículo 155 Código Procesal Civil.- Requisitos de las sentencias. Las sentencias deberán resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del debate, con la debida separación del pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos, cuando hubiere varios. 2) En párrafos separados y debidamente numerados que comenzarán con la palabra "resultando", se consignará con claridad un resumen de las pretensiones y de la respuesta del demandado...3) También en párrafos separados y debidamente numerados que comenzarán con la palabra "considerando", se hará: ch) Una declaración concreta de los hechos que el tribunal tiene por probados, con cita de los elementos de prueba que los demuestren y de los folios respectivos del expediente. d) Cuando los hubiere, una indicación de los hechos alegados por las partes, de influencia en la decisión del proceso, que el tribunal considere no probados, con expresión de las razones que tenga para estimarlos faltos de prueba.

3.2.1.1 Elementos objetivos de justificación

A) La buena fe

El primer elemento que podría ser utilizado para la objetivación de la regla *rebus sic stantibus* es la buena fe³⁹¹, entendida como principio general del Derecho que una suerte de comportamiento leal de las partes, la diligencia en su sentido más ordinario, cuando las partes no ocultan los datos que servirán para formar la voluntad de cada una de las partes a los efectos del nacimiento del consentimiento. Expresa por tanto una dimensión axiológica de la relación jurídica contractual en directa conexión con la socialidad del mismo y su función económica como instrumento de intercambio.

Por ello, adquiere trascendencia lo que expresa DÍEZ PICAZO³⁹², describe a la buena fe como un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante, y extrae de esa premisa tres consecuencias en torno a los contratos: a. Los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u obscuridades. B. La buena fe, además de un punto de partida, ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya, sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas. C. la buena fe impone también la aplicación de las ideas de confianza y de autorresponsabilidad en la interpretación. Si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso. Las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido más conforme con la confianza que hayan podido suscitar de acuerdo con la buena fe.

Por ello ha dicho la doctrina que la cláusula *rebus sic stantibus* hunde sus raíces en el principio de buena fe como parte del orden público económico³⁹³, específicamente

³⁹¹ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, "Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación"; en, AFD, 2017; pág. 77

³⁹² DÍEZ PICAZO, Luis; Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, t. I; Civitas; Madrid; 1996; pág. 398.

³⁹³ Apelando al llamado orden público económico, esto es a la vigencia en el ámbito del Derecho de la contratación de ciertas exigencias materiales, objetivas o al menos objetivables, que son principalmente los

en el supuesto en que la exigencia intransigente del cumplimiento de la obligación contractual se torna injusta. Además, dentro de la justificación de la regla rebus, actuaría como fórmula jurídica de integración del contrato, es decir como mecanismo útil para “llenar las lagunas del contrato” en el supuesto que de la dinámica y cumplimiento del mismo surja alguna controversia³⁹⁴.

Dicho principio acogido generalmente en los textos codificados de los países centroamericanos incluidos en este estudio³⁹⁵.

En Guatemala el artículo 1519 dispone que la ejecución del contrato debe ser acorde a la buena fe. De igual forma lo dispone el Código salvadoreño -art. 1417.; hondureño -art.1546-. En el caso nicaragüense y costarricense, sus códigos no determinan textualmente la ejecución de buena fe, no obstante, perfectamente cabría admitirlo a partir del texto del artículo 2480 del Código nicaragüense y 1023 del Código de Costa Rica; este hecho legislativo se fundamenta en que el texto del artículo 1023 de Costa Rica, sirvió de modelo del correspondiente artículo citado del Código de Nicaragua.

El recurso a la buena fe, admisible en los ordenamientos civiles de que se ha hecho mérito, admitirían como primer elemento de justificación de la revisión de los contratos, como se ha dejado explicado.

B) La equidad

Los códigos centroamericanos utilizados en este trabajo son disímiles en la determinación de la equidad como regla positivada. En tal sentido, los códigos de Nicaragua -art. 2480- y Costa Rica -art. 1023- admiten que los contratos obligan no sólo a lo en ellos expresado, sino también a las consecuencias que la equidad hace nacer de la obligación según la naturaleza de la misma. No obstante, siendo una derivación de justicia a que sirve el Derecho en general, no parece difícil invocar la equidad como fundamento de la revisión contractual en los casos de Guatemala, Honduras y El Salvador.

principios de la conmutatividad de las prestaciones y de la buena fe. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, “Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación”, AFD 2017; pág. 65.

³⁹⁴ GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*; 2014, 275 s.

³⁹⁵ En Guatemala el artículo 1519 dispone que la ejecución del contrato debe ser acorde a la buena fe. De igual forma lo dispone el Código salvadoreño -art. 1417.; hondureño -art.1546-. En el caso nicaragüense y costarricense, sus códigos no determinan textualmente la ejecución de buena fe, no obstante, perfectamente cabría admitirlo a partir del texto del artículo 2480 del Código nicaragüense y 1022 del Código de Costa Rica; este hecho legislativo se fundamenta en que el texto del artículo 1022 de Costa Rica, sirvió de modelo del correspondiente artículo citado del Código de Nicaragua.

En la experiencia del Derecho español³⁹⁶, que venimos siguiendo en esta exposición, la equidad, consagrada como manera de aplicación de las normas -art.3.2 CC-, se entiende como la adecuación movida por la benignidad, de la norma general a las particularidades del caso concreto al que ha de aplicarse³⁹⁷. Precisamente, la equidad es punto de partida de las argumentaciones que apelan a criterios objetivos de justicia, entendiendo por equidad, la justicia del caso concreto, señalando que en determinadas circunstancias el cumplimiento estricto de lo estipulado puede resultar injusto, por lo cual se entiende que el trasfondo que subyace a la doctrina *rebus sic stantibus* no es otra que la búsqueda de soluciones de justicia material para los casos concretos³⁹⁸.

Por ello no parece ser un recurso que deba excluirse como fundamento argumental de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, incluso en los países arriba reseñados como carentes de una norma específica que la incluya dentro de las reglas rectoras de los contratos.

C) La desaparición sobrevinida de la causa del negocio

Esta tercera idea que podría ser utilizada como recurso argumental para fundamentar la permisión de la revisibilidad de los contratos conforme a la regla *rebus sic stantibus* alude a la aplicación de una de las funciones que la doctrina ha asignado a la causa de los contratos.

Iniciamos este punto adoptando la teoría ecléctica de la causa³⁹⁹, pues aunque existen otras como la objetiva, la neocausalista, no parecen satisfacer en cuanto a la determinación del concepto “causa”. Por ello resulta como algo sumamente

³⁹⁶ Disentimos en este punto respecto de la opinión que expone GARCÍA CARACUEL, en el sentido de que considera la equidad como fundamento de la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*, por ser poco ortodoxa en razón de que no existe norma positiva que expresamente permita su recurso a ella. No obstante, el citado autor, deja de lado que específicamente, el art. 3.2 CC español, dispone la equidad como instrumento de aplicación de las normas, permitiendo que se contextualice las circunstancias del caso concreto con la aplicación de las normas, por ello no parece muy exacta la afirmación escasez de ortodoxia de la equidad en la discusión que nos ocupa.

³⁹⁷ OCALLAGHAN MUÑOZ, Xavier; Código Civil, comentado y con jurisprudencia, 2ª. edic.; La ley; 2001; pág. 18.

³⁹⁸ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, “*Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico versus especulación”, AFD 2017; pág. 72

³⁹⁹ Un completo desarrollo de la causa puede verse dentro de la literatura jurídica centroamericana, en: HERRERA ESPINOZA, Jesús/GUZMÁN GARCÍA, Jairo José; Contratos Civiles y mercantiles, 3ª. edic.; Facultad de Ciencias Jurídicas UCA; Managua; 1014; pág. 71-87.

necesario, e impostergable, el superarlas a través de un criterio que abarque lo que de acertado puedan tener una y otra⁴⁰⁰.

Así pues, debe tenerse como correcto el afirmar que, dentro de una noción de causa exenta de errores, junto al fin abstracto que el negocio persigue, debe ubicarse también el propósito inductor que conllevó al sujeto a acordar el contrat⁴⁰¹.

La causa para esta posición doctrinal puede apreciarse en primer lugar como una exigencia normativa y elemento constitutivo del contrato, a la par del consentimiento y el objeto, y en segundo término, como la finalidad de las partes al contratar⁴⁰², es decir que en ella se distinguen caracteres de tipo objetivo y subjetivo a la vez.

Como elemento normativo - Artículos 1569, 1570 Código civil de Honduras: En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor. 1570 Los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. Arts. 2436, 1832 y 1872 Código Civil de Nicaragua. ARTÍCULO 627 Código Civil de Costa Rica.: Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1.- Capacidad de parte de quien se obliga. 2.- Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación. 3.- Causa justa. Artículo 1316 Código Civil salvadoreño: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: ...4. Que tenga una causa lícita. El Código guatemalteco no contiene la causa como requisito del contrato- la causa tiene como utilidad la tipificación del contrato a los efectos de determinar si cae o no dentro de la órbita de los negocios tutelables por el ordenamiento jurídico, además de permitir su calificación de oneroso o gratuito, o bien de típico o atípico. Ahora bien, en su segundo aspecto -de finalidad- la causa reviste una actividad de tipo axiológica o valorativa de la contratación, misma que se puede presentar en un doble aspecto,

⁴⁰⁰ Esta idea se repite en alguna parte de la doctrina española, cuyos textos dejan muy a menudo un sabor de reproche a las posiciones que se mueven antagónicamente dentro de un acusado objetivismo o subjetivismo. Por ello podemos decir con García Padrón, que esta corriente ecléctica es la más aceptada en el seno de la dogmática iuscivilista hispánica. V. este sentido: DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 235s; CLAVERÍA, La causa, 1998, 110-114; JORDANO, EDCH- LACRUZ I, 468ss; LASARTE ÁLVAREZ, Principios, III, 1995, 39; ARJONA, La causa, 1999, 214; GARCÍA PADRÓN, La causa, 1979, 35, 47ss.

⁴⁰¹ ALBALADEJO, RDPRIV, XXXII, abril 1958, 316.

⁴⁰² GARCÍA PADRÓN, La causa, 1979, 35

ya sea como moralizadora, ya como socializadora. Por este segundo aspecto funcional de la causa, perfectamente cabe argüirla como razonamiento en apoyo de la revisibilidad de los contratos en los ordenamientos civiles analizados.

Como consecuencia de lo dicho, se afirma que la causa posee –para esta tesis– una triple función: caracterizadora, moralizadora y socializadora⁴⁰³. Se colige del conjunto de lo expresado que, la causa –al igual que en la precedentemente expuesta tesis– alcanza el rango de elemento que contribuye a la realización de un control social de la autonomía privada a partir de la norma jurídica⁴⁰⁴. Y en tal sentido, concluimos este punto haciendo nuestra la opinión del profesor ALPA⁴⁰⁵: “El rol más importante de la causa es ahora uno de carácter disdáclico-sistemático; la causa, en cuanto razón justificativa de la operación económica, es un elemento lógico-estructural de la “veste” jurídica en la cual dicha operación está inserta”.

Parece, pues, acertado aceptar que la causa no sólo es un elemento del contrato por que sea así mandado por el ordenamiento jurídico, sino que la causa justifica su importancia para el mundo del derecho civil, a través de su función de “control social de la autonomía privada”⁴⁰⁶, calificando como digna de tutela, cuando tal valoración sea necesaria, toda manifestación de voluntad y, en consecuencia, dotando de sentido y justificación, de manera general, a todo negocio jurídico.

La doctrina civilista española ha señalado que una anomalía funcional de la causa por ruptura del mecanismo causal, constituiría un razonamiento objetivo para la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, específicamente, la causa del contrato, entendida como la función concreta que este cumple, desaparece total o parcialmente cuando queda roto el equilibrio entre las prestaciones sinalagmáticas en cuanto resulta imposible alcanzar ya ese fin. Todo negocio justifica en quienes lo ha celebrado un determinado interés que quieren ver satisfecho⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Idem. 47ss.

⁴⁰⁴ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 235.

⁴⁰⁵ ALPA, Guido; “Causa e contratto: Profili attuali”, en Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, II congreso internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca; G. Giappichelli editore; Torino; 1997; pág. 281.

⁴⁰⁶ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 235, y agrega, 236: que las partes al obligarse o vincularse jurídicamente a través de un negocio jurídico, lo hacen encauzando su voluntad dentro de los parámetros que el ordenamiento jurídico considera como justos, a los efectos de obtener un resultado que también debe tener esta categoría.

⁴⁰⁷ GARCÍA CARACUEL, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales; 2014, 279 s.

Señalando además, que la correlación entre prestación y contraprestación -causa- ha de mantenerse durante la ejecución de la prestación -sinalagma funcional-, de tal manera que cuando la desigualdad llega a tal magnitud que desaparece la idea básica de correspondencia, se hace imperativo que la doctrina rebus entre en juego⁴⁰⁸,

Ciertamente, a la luz de las exposiciones antes hechas se pueden destacar algunas ideas aplicables al análisis de las legislaciones de Guatemala⁴⁰⁹, Nicaragua, El Salvador, Honduras y Costa Rica:

1. Por la tradición a que se adscriben los textos de los Códigos Civiles en los países centroamericanos, salvo el de Guatemala, no acogen literalmente una tal revisibilidad de los contratos.
2. La configuración del sistema de seguridad de las obligaciones que nacen de los contratos se centra como en todos los ordenamientos similares, en la antigua regla *pacta sunt servanda*.
3. La alteración del principio antes enunciado en el desenvolvimiento de la dinámica contractual podría representar una pérdida de valor o de aprecio hacia dicha figura.
4. Desde una perspectiva constitucional y desde el orden público económico, la regla de la equivalencia de prestaciones junto a la buena fe se presentan innegablemente como fundamentos y medio vital de toda obligación, y por ende de todo contrato.
5. El valor de una justicia legalmente consagrada en los textos normativos no indica la pertinencia de concebir los contratos sometidos a revisibilidad en todo supuesto.
6. Pero esa misma justicia implica que en determinadas circunstancias fácticas, cuando a partir de un análisis profundo de las cláusulas se revele una afectación ilegítima del patrimonio de una de las partes, nacida de una alteración de las bases que sirvieron de motivo para la vinculación jurídica contractual, que se proceda, muy prudentemente, a revisar el contrato a fin de que el equilibrio de las prestaciones sea restablecido. Cuestión que ha de hacerse sin pretender una declaración de invalidez, sino de recomposición y adecuación del contrato a las nuevas situaciones patrimoniales de las partes.

⁴⁰⁸ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, “*Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación*”, AFD 2017, 75 s

⁴⁰⁹ En la práctica jurídica guatemalteca, la revisibilidad del contrato se encuentra plasmada en el Código civil, no obstante los puntos justificativos de la revisibilidad presentada en este trabajo, podría, acaso, constituir un abundamiento argumentativo para su aplicación.

En este mismo sentido, para una aplicación prudente de dicha revisibilidad de los contratos en los ordenamientos analizados, parece acertado proponer en esta sede la experiencia vivida en la jurisprudencia española, en torno a los requisitos que deben exigirse para permitir la revisión contractual⁴¹⁰:

- a) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.
- b) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que aniquilen el equilibrio de las prestaciones y
- c) Que todo acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.

Conclusiones

En el contexto que el siglo XXI impone en los campos sociales y económicos, la importancia y utilidad del contrato debe redimensionarse para superar la noción puramente individualista e incorporar en su análisis la socialidad a la que en realidad sirve, a efectos de procurar la realización de la llamada “justicia contractual”.

Históricamente en el Derecho se han propuesto algunas fórmulas para solucionar el desequilibrio patrimonial que se produce como consecuencia de la sobrevenida de circunstancias que tornan injusta la exigibilidad del cumplimiento de prestaciones en casos de contratos con prestación tractual o diferida.

Por la carencia de previsión legislativa de fórmulas de revisibilidad en los Códigos Civiles de Nicaragua, Honduras, El Salvador y Costa Rica, se puede retomar como argumentos en que aquella se puede fundar son: el principio de buena fe, la equidad y la desaparición sobrevenida de la causa.

⁴¹⁰ Como abundamiento a esta línea jurisprudencial, se pueden citar : sentencias de 27 de enero de 1981 (RJ 1981, 114), 27 de junio de 1984 (RJ 1984, 3438), 13 de marzo (RJ 1987, 1480) y 6 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6720), 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9927), 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9226), 4 de febrero (RJ 1994, 910) y 15 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1784), 4 de febrero de 1995 (RJ 1995, 739), 29 de enero (RJ 1996, 737), 29 de mayo (RJ 1996, 3862) y 19 de junio de 1996 (RJ 1996, 5102), 10 de febrero (RJ 1997, 665) y 23 de junio de 1997 (RJ 1997, 5201) y de entre las más recientes STS 309/2013, de 26 de abril de 2013. 644/2012 de 8 de noviembre de 2012, 820/2013 de 17 de enero de 2013, 822/2012 de 18 de enero y 309/2013 de 26 de abril de 2013

Bibliografía

- ALPA, Guido; “*Causa e contratto: Profili attuali*”, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II congreso internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca; G. Giappichelli editore; Torino; 1997.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio; *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho Contractual*; Montecorvo; Madrid; 1978.
- ARNAU GUASCH, Sol; “Soluciones ante la alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato en un contexto de crisis económica”, en, ABEL LUCH, Xavier (coord.); *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*; J.M Bosch; Barcelona; 2014.
- CARO GÁNDARA, Rocío; *Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional*; en, *Recerca, Revista De Pensament i anàlisi*, no. 14. 2014.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II: las relaciones obligatorias, 6ª. edición; Aranzadi; Pamplona; 2008.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación; *Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación*; en, *AFD. No. XXXIII*, 2017.
- GABRIELLI, Enrico; “*Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*”, en *Rivista di Diritto privato* 1, 2013.
- GARCÍA CARACUEL, Manuel; *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*; Dykinson; Madrid; 2014.
- GOLDENBERG H., Isidoro; “Cláusula “*Rebus Sic Stantibus*”, en, *Enciclopedia jurídica Omeba*, T. III: clau-cons; Driskill; Buenos Aires; 1998
- HERRERA ESPINOZA, Jesús/GUZMÁN GARCÍA, Jairo José; *Contratos Civiles y mercantiles*, 3ª. edic.; Facultad de Ciencias Jurídicas UCA; Managua; 1014
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel; “La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos bancarios y su interpretación por la STS de 29 de octubre de 2013 y la jurisprudencia menor”, en, *RCritDI N.º 747*, enero 2015
- OCALLAGHAN MUÑOZ, Xavier; *Código Civil, comentado y con jurisprudencia*, 2ª. edic.; La ley; 2001.
- PÉREZ GURREA, Rosana; “Caracterización y régimen jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus*: el giro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *RCritDI N.º 747*, N.º 751; 2015.
- RIVERA RESTREPO, José Maximiliano/BARCIA LEHMANN, Rodrigo; “Aspectos generales en torno a la cláusula *rebus sic stantibus* (Teoría de la imprevisión), en España; en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2º semestre 2016

El derecho del adoptado a conocer sus orígenes desde una perspectiva internacional

*Tenemos con los menores una deuda toda la sociedad, pero específicamente el Estado, un Estado ausente, un Estado omiso*⁴¹¹.

*Aurea Guadalupe Arroyo Guzmán*⁴¹²

Resumen

En México como en otros países existe una gran preocupación hacia los niños que están en estado de abandono, por lo tanto han implementado mecanismos pertinentes entre los cuales se encuentra la adopción para brindarles la protección de una familia, así las niñas, niños, adolescentes logren un sano desarrollo de su persona; sin embargo en nuestro país tal institución legal ha sido rebasada en cuanto a los alcances jurídicos contemporáneos demandados actualmente, ya que hoy en día es un derecho fundamental que el adoptado conozca sus orígenes, situación poco observada en México puesto que no se prevé dentro de la normativa los dispositivos judiciales pertinentes para tal contexto. El derecho de conocer sus orígenes del adoptado es un tópico que no se debe minimizar, pues bajo el supuesto del interés superior del niño todo ordenamiento jurídico tiene la obligación de garantizar la protección de sus derechos fundamentales, es por eso que en el presente trabajo se hará un breve esbozo de la importancia jurídica, de los factores psicosociales, los estimas que se tienen hacia el derecho del adoptado a conocer sus orígenes así como los trabajos que hacen falta por realizar para que el mencionado derecho sea una realidad jurídica y social para toda niña, niño, adolescente que se encuentre en el Estado Mexicano; así mismo se hará una comparación con los países de Argentina y España para visualizar los avances que han tenido en cuanto a este tópico y poder llegar a una conclusión fructífera que trascienda en la sociedad mexicana, tanto en sus legislaciones y políticas públicas para la implementación de mecanismos que acerquen al adoptado hacia su derecho de conocer sus orígenes. Palabras Clave: Contratos, incumplimiento, contratos de cumplimiento sucesivo, equilibrio de las prestaciones, rebus sic stantibus, legislaciones centroamericanas.

⁴¹¹ MUÑOZ ROCHA, Carlos I., Derecho familiar, Ed. Oxford, México, D.F., 2ed., 2014, p. 326.

⁴¹² Maestra en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM) perteneciente al padrón nacional de programas de calidad (PNPC-CONACYT) y becaria del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Correo electrónico: aureagag90@gmail.com

Palabras Clave: Adopción, Adopción Internacional, Derechos, Orígenes, Identidad

Abstract

In Mexico as in other countries there is a great concern for children who are in a state of abandonment, therefore they have implemented pertinent mechanisms among which is the adoption to provide the protection of a family, thus the minors achieve a healthy development of His person; nevertheless, in our country, such legal institution has been exceeded in terms of the contemporary legal scope currently demanded, since today it is a fundamental right of the adoptee to know its origin, a situation not observed in Mexico since it is not foreseen within the legal provisions relevant to such context. The right to know its origin of the adopted is a topic that should not be minimized, since under the assumption of the best interests of the child every legal system has an obligation to ensure the protection of their fundamental rights, which is why in the present work a brief outline of the juridical and psychosocial importance of the adoptee to know their origin, the estimates they had and the work that is needed to be done to make it a legal and social reality in the Mexican State. Key words: contracts, modify contracts, rebus sic stantibus clause;

Key words: Adoption, International Adoption, Rights, Origins, Identity

INTRODUCCIÓN

Inicialmente ya identificamos que la adopción es una institución que ha sido creada para la protección de niñas, niños y adolescentes que se encuentran en estado de abandono o desprotección de sus familias biológicas⁴¹³ y les garantiza su derecho fundamental a vivir en un núcleo familiar sano, es decir, es el derecho de la niña, niño, adolescente a estar integrado en una familia, no así el de cumplir la pretensión de las personas a ser madres o padres.

No obstante; la institución de la adopción ha pasado por diversos cambios a través del tiempo por lo que se admite debe de evolucionar progresivamente; sin embargo aún siguen existiendo estigmas sociales alrededor de la adopción como lo es no revelar al adoptado su condición de tal, pues se teme a perjudicarlo, lo que conlleva a negarle el derecho que por naturaleza le corresponde como ser humano, que es el de conocer sus orígenes, su raíz, su esencia, siendo esto el andamiaje a la construcción de su identidad y formación como persona. Tan es así que en nuestro derecho mexicano como en nuestra sociedad tal situación es una verdad que debe ser ocultada, escenario que deciden los principales actores del proceso de la adopción con excepción de las niñas, niños, adolescentes como si éstos no tuvieran ni voz, ni voto.

Al analizar los Convenios Internacionales que ha firmado y ratificado México como lo es la Convención de los Derechos del Niño de 1989, sus legislaciones mexicanas entre las que se encuentra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la actual Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, además del Código Civil Federal, por mencionar algunas, se aprecia que el derecho de niñas, niños y adolescentes a conocer sus orígenes así como su derecho a la identidad están promulgados en las mencionadas legislaciones, no obstante en nuestro derecho mexicano se encuentran algunas antinomias que analizaremos más adelante, pues por un lado prevén el derecho del niño y por otro limitan al adoptado a tal derecho simplemente por tener dicha condición; como si el derecho del niño que es reconocido legítimamente por su familia biológica gozara de derechos privilegiados a diferencia del niño que ha sido adoptado.

Sin embargo; el derecho del adoptado a conocer sus orígenes en países como Canadá, Argentina, Alemania, Nueva Zelanda, España, Australia, entre otros,

⁴¹³ Cfr. MOLINER NAVARRO, Rosa, Adopción, Familia y Derecho, Revista Científica Scielo Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho, versión impresa ISSN 2070-8157, p. 6 en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572012000200007 fecha de consulta 28 de julio 2017

aparte de estar regulado en sus legislaciones lo llevan realmente a la aplicación en sus sociedades ya que tienen los mecanismos contundentes para la asistencia de los niños adoptados y el de las familias adoptantes, estableciendo canales de comunicación en donde los adoptados conozcan a sus progenitores sin perjuicio tanto de las familias adoptivas como el de las familias biológicas; además que este derecho del adoptado a conocer sus orígenes se puede sintetizar con el simple conocimiento de saber quiénes son sus padres biológicos o familiares hasta traspalarlo en el contacto esporádico o la convivencia frecuente entre éstos, situación que decide la niña, niño, adolescente adoptado.

Se ha justificado brevemente el por qué es necesario indagar y puntualizar en el derecho del adoptado a conocer sus orígenes además de allegarlo al mundo socio-jurídico; asimismo se hace la aclaración que para la presente ponencia se utilizará el termino niño de manera general haciendo referencia al conglomerado de términos niña, niño, adolescente, es decir se utilizará para agrupar el mencionado vocablo que se expresará durante el presente análisis.

De la misma forma se confrontarán los siguientes tópicos: El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en México en su ámbito nacional e internacional, el derecho del adoptado a conocer sus orígenes en Argentina en su ámbito nacional e internacional y el derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España en su ámbito nacional e internacional. Por lo tanto es necesario precisar que el método utilizado es el exegético ya que es el método de interpretación por el cual se estudia las normas jurídicas, yuxtapuesto con el método comparativo pues como ya se hizo mención se analizará la normativa de otros dos países en confrontación con México.

1.1. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en México en su ámbito nacional e internacional

Es preciso indicar de forma general el concepto de adopción, por lo que tomaremos en cuenta la noción de dos autoras importantes en este tema, para María de Montserrat Pérez Contreras la adopción es: *“El estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial. La adopción es el vínculo filial creado por el derecho”*⁴¹⁴.

⁴¹⁴ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Derecho de Familia y Sucesiones, en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/13.pdf>, p.1, fecha de consulta 22 de abril de 2017.

Pérez Contreras hace un énfasis importante en el concepto de adopción para el tópico que precisamos identificar, puesto que puntualiza que la adopción es un vínculo creado por el derecho, es decir que a pesar de esta protección legal que se le garantiza al niño, no deja de ser una creación del derecho (una ficción jurídica) pues el vínculo biológico es inquebrantable así existan diversas leyes de adopción; verbigracia, con seguridad tenemos la certeza que el adoptado no podría ser heredero de sus progenitores porque legalmente así se determinó, sin embargo una enfermedad hereditaria o una transfusión sanguínea necesaria entre familiares biológicos es una cuestión que el derecho no puede normar, por lo tanto sería elocuente que el adoptado este enterado de su situación legal para tener al alcance su historial médico en situaciones como la que se plantea.

Por otra parte Nuria González Martín establece que la adopción es una “*figura jurídica mediante la cual se terminan los vínculos paterno-filiales o de parentesco de un menor con su familia de origen para trasladarlos a una familia adoptiva, con la finalidad de velar por el interés superior del menor*”⁴¹⁵.

Como podemos observar la definición que nos agrega Nuria González, es de igual manera trascendente ya que adiciona el término interés superior y éste va referido a velar por el bienestar del niño así como protegerle y garantizarle sus derechos, siendo parte de estos derechos según la Convención de los Derechos del Niño⁴¹⁶ el conocer a sus padres en la medida de lo posible.

Ahora bien a pesar de que existen diversos doctrinarios que clasifican distintos tipos de adopción, en la legislación mexicana por el momento solamente se contempla la adopción plena y ésta según los códigos civiles y familiares de los Estados de la República Mexicana el adoptado por adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes⁴¹⁷.

En cuanto a la adopción internacional en nuestro país se rige por los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, entre los que se encuentra los más importantes como lo es la Convención de la Haya sobre la

⁴¹⁵ GONZÁLEZ MARTIN, Nuria. La Adopción en México, Ed. Nostra, México, 2012 p.11 y 12

⁴¹⁶ Cfr. Artículo 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niños de 1989 en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> fecha de consulta 05 de agosto de 2017

⁴¹⁷ Cfr. PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. *Derecho de Familia y Sucesiones*, Op. Cit. p. 7

protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional⁴¹⁸ y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁴¹⁹, cabe destacar que la adopción internacional tiene los mismos efectos jurídicos que la adopción plena, no obstante es tramitada por personas extranjeras que radican en otro país distinto al nuestro, por lo que el artículo 410 E del Código Civil Federal establece que⁴²⁰:

Artículo 410 E.- La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se registrará por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código. Las adopciones internacionales siempre serán plenas.

Una vez que indicamos y analizamos lo estipulado por la normativa mexicana y algunas doctrinarias acerca de la adopción, entraremos al debate principal de esta investigación que es el derecho del adoptado a conocer sus orígenes, por lo que es importante identificar como primer punto el derecho a la identidad del adoptado ya que este análisis estribará en la esencia del derecho del adoptado a conocer sus orígenes.

A) Derecho a la identidad del adoptado

Es importante indicar que el derecho a la identidad tiene ciertas diferencias y similitudes con el derecho del adoptado a conocer sus orígenes.

El derecho a la identidad es un derecho que se enfoca no solamente al conocimiento de la familia biológica sino también que te identifica desde los ámbitos: familiar, social así como cultural; por lo que tal protección y garantía de éste conlleva a su amparo de cualquier ser humano no importando su condición jurídica, es decir que no se debe apartar de la adopción por ser vista ésta como un secreto que jamás se debe contar, de lo contrario se les estaría discriminado a los niños que se encuentren bajo este supuesto.

⁴¹⁸ Convención de la Haya sobre la protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, en: https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_la_Haya_sobre_la_Proteccion_de_Menores_Cooperacion_Materia_de_Adopcion.pdf fecha de consulta 06 de junio de 2017

⁴¹⁹ Cfr. Convención de los Derechos del Niños de 1989, Op. Cit. p.1

⁴²⁰ Artículo 410, *Código Civil* Federal, en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf fecha de consulta 28 de julio de 2017.

Por lo que Marisa Herrera nos dice que⁴²¹:

La identidad del ser humano, en tanto este constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos vinculantes entres sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras otros son de diversa índole, ya sea cultural, religiosa o política. Este conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, que perfilan el ser uno mismo, el ser diferente a los otros, constituye entonces, la identidad de la persona.

Por lo que este derecho a la identidad se le debe de garantizar al adoptado, no por el simple hecho de que se constituya en un instrumento legal, sino porque velar por éste es potencializar su desarrollo personal dentro de la sociedad; cabe aclarar que el derecho a la identidad no se contraponen con la esencia de la adopción en la integración a una familia del menor de edad que no la tiene, sino todo lo contrario es garantizarle a la niña, niño, adolescente adoptado su derecho a identificarse con su familia biológica y su familia adoptiva pues sin lugar a dudas serán cuestiones que lo caractericen como autentica persona que es y la amigable aceptación de la adopción forjan la personalidad y sismicidad como individuo. *Este conjunto de intereses aquí comprometido se sintetiza bajo el concepto de "triada adoptiva"*⁴²², es decir los tres protagonistas que presenta toda historia de adopción: el niño, la familia de origen (por lo general la madre) y la familia adoptiva (por lo general la conformada con la normativa vigente)⁴²³

El derecho a la identidad como lo mencionamos anteriormente lo encontramos en los ordenamientos de la Convención sobre los derechos del niño, en las disposiciones 7 y 8 que a la letra indican⁴²⁴:

Artículo 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

⁴²¹ HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Tomo I, Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 39

⁴²² *Ibidem.* p. 40

⁴²³ *Ídem.*

⁴²⁴ Convención de los Derechos del Niño, Op. Cti.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Entendamos como "medida de lo posible" buscar los medios que estén al alcance jurídico para dar tal información, es por eso que el Estado mexicano debe de estar preparado administrativa y judicialmente para optimizar el interés superior de la niñez y la adolescencia del adoptado acercándolo a su realidad jurídica del derecho que tiene a conocer sus orígenes.

Tal artículo de la convención no es para que dé pauta a un estancamiento jurídico sino todo lo contrario buscar los medios idóneos, las bases, la información y todo lo que esté al alcance siempre y cuando no perjudique sino beneficie al adoptado, para brindarles esa protección y conocimiento de su familia progenitora.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

De igual manera podemos observar como la Convención en estos artículos, nos exhorta a garantizar el derecho a la identidad de los niños, en este caso dentro de la adopción.

Por otra parte la Ley General de los Derechos de niñas, niños, adolescentes en su artículo 13 fracción III, indica⁴²⁵:

Para efectos de la presente Ley son derechos de niñas, niños y adolescentes, de manera enunciativa más no limitativa, los siguientes:

⁴²⁵ Artículo 13 fracción III, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en: http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/lib_LeyGralCuidadoInfantil.pdf

- I. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;
- II. Derecho de prioridad;
- III. Derecho a la identidad;

Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán las medidas necesarias para garantizar estos derechos a todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación de ningún tipo o condición.

La misma Ley tiene en su capítulo tercero el derecho a la identidad en que consta de cuatro fracciones, estipulando en su fracción III que⁴²⁶: *Las niñas, niños y adolescentes, en términos de la legislación civil aplicable, desde su nacimiento, tienen derecho conocer su filiación y su origen, en la medida de lo posible y siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez.*

Se analiza entonces que en nuestro derecho existen una serie de antinomias normativas, ya que por un lado la convención de la Haya establece ocultar la identidad y por otro algunos ordenamientos normativos de nuestro país exhortan a proteger el derecho de la identidad y garantizar el derecho a conocer los orígenes; otra contradicción que encontramos está en los códigos civiles y familiares que indican en cuanto al levantamiento del acta de nacimiento del adoptado *se harán las anotaciones en el acta de nacimiento originaria, la cual quedará reservada. No se publicará ni se expedirá constancia alguna que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, salvo providencia dictada en juicio*⁴²⁷. De igual manera el mismo Código Civil Federal indica lo siguiente⁴²⁸:

Artículo 410 C.- Tratándose de la adopción plena, el Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto en los casos siguientes y contando con autorización judicial: I. Para efectos de impedimento para contraer matrimonio, y II. Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes

⁴²⁶ Ídem.

⁴²⁷ Artículo 87, Código Civil Federal, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf fecha de consulta 17 de junio de 2017.

⁴²⁸ Artículo 410 C, ídem

No hay ningún ordenamiento que garantice y lleve a cabo un control acerca del derecho a la identidad del adoptado, por el contrario se han encontrado diversas antinomias que confunden la protección de este derecho.

Asimismo se hace el análisis en el Artículo 410 C, del Código Civil Federal en donde reconocemos que actualmente existen muchas parejas que no se casan; luego entonces si al adoptado no se le hace mención acerca de sus orígenes y de su identidad puede caer en el supuesto de la fracción I del artículo en comento, de igual manera no hay ninguna norma que obligue a la familia adoptiva a revelar su identidad y origen al adoptado; por lo tanto no existe seguridad jurídica hacia éste de la protección así como garantías de tales derechos.

B) Derecho del adoptado a conocer sus orígenes

El derecho a conocer los orígenes puede ser el simple hecho de saber quiénes son sus familiares biológicos con o sin tener un contacto o convivencia con ellos, este derecho es parte del derecho a la identidad.

Precedentemente el secreto, la mentira, el ocultamiento sobre los orígenes de los adoptados primaba en el campo de la adopción. Se creía que al omitirle al niño su condición de adoptivo se lo protegía del dolor y la marginación que traería consigo revelar tal situación⁴²⁹, es decir que desde tiempos remotos esto ha sido un estigma.

Anteriormente era bien visto que la sociedad le negara al adoptado saber de su familia de origen, por lo que fue una de las principales cuestiones por las que se privilegia la adopción plena. Así el niño adoptado se introduce a la familia como un miembro más teniendo los mismos derechos y obligaciones que como si fuera un hijo biológico por parte de los adoptantes, cuestión que parece muy asertiva tratar al adoptado como hijo biológico; con lo que no se está a favor es que se le niegue su derecho a saber acerca de sus orígenes, cuestión totalmente delicada y difícil de tratar no obstante es necesaria así como fundamental para el desarrollo de su crecimiento personal.

Cabe hacer un paréntesis y reflexionar acerca de la importancia de concientizar a los padres adoptivos de lo imprescindible de hacerle saber a los niños adoptados acerca de sus orígenes y de los beneficios que conllevarían en el desarrollo de su

⁴²⁹ Cfr. HERRERA, Marisa Op. Cit., tomo II, p.123

personalidad e identidad desde luego los adoptantes obtendrían más que una obligación un compromiso axiológico para que sus hijos adoptivos logren un óptimo desarrollo.

Con la evolución de las ciencias sociales, el desarrollo de las teorías de la comunicación en los vínculos afectivos y el surgimiento de nuevos conocimientos sobre el desarrollo infantil produjeron que aquellas conceptualizaciones arcaicas dieran un giro de 180. Desde entonces se considera que el secreto y la mentira tienen efectos patógenos en la psique del adoptado⁴³⁰.

Una aportación realizada por Eva Gilberti, que se preguntó: "*¿Por qué es conveniente informar al niño acerca de su adopción?*". De manera clara, esbozó los siguientes cuatro argumentos⁴³¹:

- 1) Porque aunque no se lo digan, él lo sabe
- 2) Porque todo ser humano tiene derecho a conocer sus raíces;
- 3) Porque alguien puede informarlo de mala manera, o sin la anuencia de los padres,
- 4) Porque cuando alguien guarda un secreto asume una serie de conductas artificiales, carentes de espontaneidad frente al hijo y frente a los demás.

Como se puede observar este interesante aporte alude y prevé la importancia de informar al adoptado acerca de su origen, ya que si es enterado por otras personas podría tener consecuencias psicológicas que afecten en su persona así como en su entorno social; otro punto a destacar es el número cuatro en donde ciertamente se conduciría a un ambiente total de mentiras y ficción social no sólo para el adoptado sino también para los adoptantes así como su círculo social que a larga afectará las cuestiones emocionales de la propia familia.

Por lo que se puede observar que el tema no solamente se enfoca en cuestiones estrechas del derecho positivo, sino que se valora el derecho a la verdad que el adoptado tiene en cuanto a la identidad genética. Además a la autonomía progresiva del niño optimizando una adopción que posibilite al infante el conocer sus orígenes, evitando prácticas arraigadas como son esconder su registro y borrar todo historial relacionado a su familia biológica, ya que si

⁴³⁰ Cfr. Ídem.

⁴³¹ GIBERTI, Eva, *La adopción*, Sudamericana, 3a ed., Buenos Aires, 1998, pp.229 y ss. Citado por: *Ibíd*em p.124

bien es cierto que la adopción actual configurada en nuestro sistema jurídico mexicano elimina el vínculo filial con su familia de origen esto es en cuanto a los efectos jurídicos, lo que no significa que infiera en sus genes pues la familia biológica será un cuestionamiento que naturalmente no se podrá eliminar.

1.2. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en Argentina en su ámbito nacional e internacional

Como se analizará en este apartado Argentina es uno de los países vanguardistas en materia familiar, ya que velan por el interés de la familia pero sobre todo preponderan el interés superior de la niñez y la adolescencia en todo lo referente a esta materia. Asimismo en el tópico que nos concierne (el derecho del adoptado a conocer su origen) está regulado en su Código Civil y Mercantil de la Nación y los mecanismos que se obtienen para que el niño pueda acceder a su expediente historial con el fin de garantizarle su derecho a la identidad.

El país en comento tiene claro que los criterios sociales y en consecuencia las leyes han ido cambiando, por tal motivo modificaron totalmente su anterior Código Civil por el ahora nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.N.) aprobado por ley 26.994 y promulgado mediante el dictado del Decreto 1795/2014 del 7 de Octubre de 2014 que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015. Dicho cuerpo legal trae un gran cambio de paradigma en las instituciones relativas al derecho de familia, especialmente en la adopción⁴³².

Empero para identificar qué tipos de adopción contempla el derecho argentino es necesario referirnos a los artículos 619 y 620 del C.C.C.N. que enumera y conceptualiza las siguientes⁴³³:

Artículo 619. Este Código reconoce tres tipos de adopción:

- a) plena;
- b) simple;
- c) de integración

⁴³² MERLOS, Leandro, El Derecho Alimentario en el Código Civil y Comercial de la Nación, Publicado en: Cuadernos de Cijuso, N° 2, Año I; Diciembre de 2014. Pág. 21, en: <http://www.libroscijuso.org.ar/rcc2.pdf> fecha de consulta 05 de septiembre de 2017.

⁴³³ Artículos 619 y 620, Código Civil y Comercial de la Nación, en: http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf, fecha de consulta 05 de septiembre de 2017

Artículo 620. Concepto

La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código.

La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo

Como se puede observar Argentina no contempla la adopción internacional en su Código, ya que una de las razones que motivan esta posición es evitar el tráfico y explotación internacional de niños así como el desarraigo del niño de su territorio, su cultura nacional de origen y pérdida de su identidad. Otra objeción, entre las principales, reside en la desconfianza o la falta de control posterior que sobre los adoptantes y sobre el niño pueda hacerse en el extranjero⁴³⁴.

No obstante contempla en su artículo 2637 un reconocimiento a la adopción constituida en el extranjero, reconociéndola en su República Argentina⁴³⁵.

Ahora bien, adentrándonos al tema que nos concierne es momento de puntualizar en el derecho del adoptado a conocer su origen y el avance vanguardístico que propone la legislación de la República Argentina.

A) Derecho del adoptado a conocer sus orígenes en la legislación de Argentina

Es importante mencionar que no solamente los legisladores del país en comento han realizado lo propio en función del adoptado, sino también los Tribunales Argentinos a través de sus sentencias, en favor de reconocer cada vez el derecho

⁴³⁴ B. SCOTTI, Luciana, *La adopción internacional a la luz de las normas y de las jurisprudencias argentinas*, en: <https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/la-adopcio3b3n-internacional-a-la-luz-de-las-normas-y-de-la-jurisprudencia-argentinas-scotti.pdf>, fecha de consulta 05 de septiembre de 2017

⁴³⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, *op.cit.*

del adoptado a saber todo lo que sea posible sobre su calidad de adoptado, el proceso de adopción y su familia de origen⁴³⁶.

Luego entonces a partir de diversos cambios históricos y sociales se regula en el artículo 596 del nuevo Código Civil y Comercial Argentino el derecho del adoptado a conocer sus orígenes que a la letra dice⁴³⁷:

Artículo. 596. Derecho a conocer los orígenes.

El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

Como se puede apreciar en el primer y segundo párrafo de tal artículo le da la capacidad al adoptado de saber acerca de su origen, sin poner un límite de edad ya que inclusive un menor de edad puede recurrir ante el poder judicial para solicitar el acceso a su expediente de adopción o en su caso demandar el derecho a conocer sus orígenes.

⁴³⁶ Cfr. B. SCOTTI, Luciana, Op. Cit.

⁴³⁷ Código Civil y Comercial de la Nación, Op. Cit.

El juez solamente tiene que valorar la capacidad de madurez y solicitar la intervención del equipo técnico para coadyuvar en la protección y garantizarle su derecho; que también se encuentra fundamentado en el artículo 25 del Código Civil y Comercial de la Nación, al referirse a las personas menores de edad, expresa: "*No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada*"⁴³⁸.

Esto es un gran avance que ha tenido la sociedad argentina ya que por primera vez se visualiza al niño como sujeto de derechos y no como un objeto del cual otros deciden sobre él, fomentando su autonomía progresiva de decisión para que éste haga valer sus derechos contemplados tanto en Convenciones Internacionales como en legislaciones nacionales.

Otro punto importante a analizar es que en su tercer párrafo indica que el expediente judicial y administrativo de la adopción debe contener la mayor cantidad de datos posibles, por lo que debe tener todos los antecedentes de su familia de origen inclusive los relativos a cuestiones médicas, situación que engloba una colaboración multidisciplinaria con la medicina, puesto que si existe una enfermedad congénita en el niño adoptado no habrá otra forma de ayudarlo más que revisando su historial médico e inclusive la posible localización de sus familiares biológicos si en dado caso se necesite una donación o transfusión para mejora de la salud.

Finalmente los dos últimos párrafos comprometen a los adoptantes a revelarle al niño su condición de adoptado (es de suponerse que debe de ser de una manera amigable) que quizás le afecte circunstancialmente; sin embargo como ya se explicó anteriormente el adoptado se puede enterar por otros medios y el choque emocional puede ser contraproducente.

Diferente es que se trate a la adopción y el derecho de conocer sus orígenes de manera progresiva según la capacidad de la niña, niño y/o adolescente sin estigmas que creen una idea negativa hacia la adopción; ya que no siempre existe esta institución por que el niño fue abandonado, sino en ocasiones las familias biológicas no tienen la posibilidad de darles condiciones de vida dignas o no vive ningún familiar biológico.

⁴³⁸ Ídem.

Luego entonces la innovación del código hace una escucha activa y dinámica hacia el niño, a través de diversos principios así como acompañamientos de expertos para que se lleven a cabo los procedimientos necesarios en beneficio de la niñez.

Podemos concluir que Argentina es un país que lleva la delantera en el derecho de familias, inclusive más avanzado que en los países europeos puesto que es de los pioneros en otorgarle a los niños el uso de su autonomía progresiva para exigir el cumplimiento de sus derechos, aunado a esto es indispensable puntualizar cómo el país argentino trabaja desde sus códigos, para que el niño que es dado en adopción sea su familia adoptiva quien tenga a bien informarle acerca de su familia biológica en un marco de amor y confianza, rompiendo con los paradigmas y estigmas sociales de la adopción, garantizándole al niño adoptado su derecho de saber o conocer acerca de su parientes biológicos.

1.3. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España en su ámbito nacional e internacional

En España el derecho del adoptado a conocer sus orígenes va acompañado de la mediación familiar, para aquellos que no solamente buscan saber acerca de su familia biológica sino también tener contacto simultáneo o frecuente. La legislación española en cuanto la adopción puede variar su regulación según la Comunidad Autónoma del país, sin embargo como regla general en el Código Civil Español establece el tipo de adopción plena, aunque específicamente así no lo indique, ya que esta crea vínculos paterno filiales entre el niño y la familia adoptiva así como la adquisición de derecho y obligaciones como si fuera hijo biológico, empero también estipula el mismo la posibilidad de que mantenga algunos vínculos con su familia de origen.

A) Derecho del adoptado a conocer sus orígenes en la legislación Española

El derecho del adoptado a conocer su origen se puede encontrar en el Código Civil Español, estipulando lo siguiente en su Artículo 178⁴³⁹:

1. La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen.

⁴³⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en: <http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>, fecha de consulta 06 de septiembre de 2017

2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:
 - a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.
 - b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.
3. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.
4. Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

Como podemos observar prevé la protección hacia el niño, prevaleciendo el interés superior de la niñez en cuanto al derecho del adoptado a seguir teniendo contacto con su familia de origen o sus hermanos biológicos; pero aquí el punto en cuestión sería qué sucedería si el adoptado no tiene el contacto de su familia biológica y sin embargo quiere saber de ellos; esta cuestión también está regulada en el artículo 180 en sus puntos número 5 y 6 del Código Civil Español que mencionan⁴⁴⁰:

5. Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente.

⁴⁴⁰ Ídem.

6. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.

A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen.

Se analiza como el país Español ha garantizado que el adoptado pueda gozar del derecho a saber o conocer sus orígenes y además también exige que todos los datos del adoptado se mantengan a salvo durante 50 años en caso de que éste quiera obtener información acerca de su familia biológica; de igual forma el conocimiento de su historial médico, equivalente con lo que Argentina tiene en un expediente relacionado con todos los informes de salud y demás acerca de su familia de origen.

Además, es imprescindible puntualizar que el país en comento también cuenta con una Ley de Adopción Internacional, en donde regula todo el procedimiento de adopción y prevé el seguimiento de los niños adoptados en diversos países así como los niños extranjeros adoptados por familias españolas, al mismo tiempo que en su artículo 12 regula el Derecho a conocer los orígenes biológicos, estableciendo lo siguiente⁴⁴¹:

Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin.

Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en

⁴⁴¹ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22438>, fecha de consulta 06 de septiembre de 2017

particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño y de su familia.

Los organismos acreditados que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor.

Se observa que esta legislación también se ocupa por garantizar el derecho del adoptado a conocer sus orígenes, más aún en el ámbito internacional, ya que no pretende disminuir en su identidad, cultura y no afectar en su libre desarrollo de la personalidad; de esta manera prevé que el niño logre convivir en una ambiente sano además de proveerle de una familia, indaga como lograr este contacto o conocimiento del adoptado con su familia de origen cuando es mediante adopción internacional.

Sin embargo, uno de los mecanismos más amigables para la búsqueda de los orígenes que estipula la legislación española es la mediación, ello se encuentra en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por eso muchas comunidades autónomas tienen como servicio post-adoptivo la mediación de búsqueda de los orígenes, y su equipo profesional lo forman trabajadores sociales, psicólogos y juristas⁴⁴².

Existiendo un mecanismo de vanguardia que se ejecuta en conjunto con autoridades y asociaciones civiles, esencialmente porque es la misma sociedad quien exige que se cumpla tal derecho y son las asociaciones civiles quienes se organizan para trascender el derecho que tiene cualquier adoptado de conocer su origen, por lo que la autoridad al percibir esta necesidad social ha legislado al respecto, asimismo ha creado figuras jurídicas en pro de la protección del derecho humano a conocer su origen.

Como se puede observar España no concibe otra manera de que el adoptado pueda tener acceso a conocer sus orígenes sino es mediante la mediación lo que en buena medida protege, prevé y prepara a las personas adoptadas para ese evento trascendental en su vidas y que no se convierta en un hecho traumático; sino todo lo contrario que mediante el mediador (persona preparada académica

⁴⁴² ARROYO VÁZQUEZ, Pilar, Pilar, *Trabajo de fin de grado de trabajo social: La búsqueda de los orígenes, el papel del trabajador social*, en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/22413/1/TFG-G%202323.pdf> p. 7, fecha de consulta 08 de septiembre de 2017.

y laboralmente) se logre que tal encuentro sea de los más óptimos y beneficiosos para el adoptado.

Otro instrumento legal importante para garantizar el derecho de la búsqueda de los orígenes está conformado por el servicio post-adoptivo que tiene como fin dar un ejercicio práctico al derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes biológicos⁴⁴³, es decir que mediante este servicio se les brinda la asesoría y seguimiento al adoptado para que pueda conocer acerca de su origen, además de que trata todos los puntos relacionados con el adoptado como lo son su familia biológica y su familia adoptiva, enfocando una mediación integral para que el adoptado no sienta ningún tipo de sentimiento de deslealtad hacia su familia adoptiva.

Conclusiones

El derecho a conocer sus orígenes, es un derecho humano que no se le puede negar a un niño por su simple condición de adopción; como se pudo observar en la presente investigación nuestro Estado Mexicano ha sido negligente en su legislación y en los mecanismos pertinentes para garantizarle a niñas, niños y adolescentes el derecho que tiene a conocer sus orígenes, restringiendo a su vez el interés superior de la niñez y la adolescencia.

Por tanto se necesita que se le comience a dar recomiendo y valor a la autonomía progresiva del niño optimizando una adopción que posibilite al infante el conocer sus orígenes, evitando prácticas arraigadas como son esconder su registro y borrar todo cuestionamiento relacionado a su familia biológica, ya que si bien es cierto que la adopción actual configurada en nuestro sistema jurídico mexicano elimina todo vínculo filial con su familia de origen esto es en cuanto a los efectos jurídicos, lo que no significa que infiera en sus genes pues la familia biológica será un cuestionamiento que naturalmente no se podrá eliminar. Luego entonces se tiene que hacer una revisión exhaustiva en la legislación mexicana e identificar los vacíos legales que existen en tal reglamentación en cuanto a la adopción.

En suma, el derecho a conocer los orígenes es un derecho humano que más allá de su expresa recepción, deriva de otros derechos intrínsecamente emparentados, en especial, del derecho a la identidad, así como también del derecho a la dignidad, el derecho a una calidad de vida digna y el derecho al desarrollo de la personalidad⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Ídem.

⁴⁴⁴ *Cfr.* Ibídem p. 135

Es importante mencionar que en la mediación para la búsqueda de los orígenes, quien regularmente la solicita es el adoptado y éste puede conformarse únicamente con la información de la existencia de su familia biológica (por lo regular la madre) sin necesidad que ésta se entere, a menos que el adoptado quiera tener contacto con su familia de origen por lo que tendría que haber voluntariedad y acuerdo entre las partes para llevar este procedimiento no contencioso.

Existe la posibilidad que el adoptado solamente quiere saber información más no contacto y es válido ya que este tipo de justicia alternativa es unipersonal que ayudaría a reconfortar el “yo” interno del solicitante, es decir no tendría que haber voluntariedad entre ambas partes dado que sólo es un interesado y en este caso el mediador fungiría para ayudar al adoptado a reconstruir su identidad sin rencores hacia su familia biológica y sin el sentimiento de deslealtad a su familia adoptiva.

Referencias

Bibliográficas

- GONZÁLEZ MARTIN, Nuria. *La Adopción en México*, Ed. Nostra, México, 2012
- HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Tomo I, Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Derecho familiar*, Editorial Oxford, ed. 2ª. México, D.F., 2014.

Informáticas

- ARROYO VÁZQUEZ, Pilar, Pilar, *Trabajo de fin de grado de trabajo social: La búsqueda de los orígenes, el papel del trabajador social*, en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/22413/1/TFG-G%202323.pdf>
- B. SCOTTI, Luciana, *La adopción internacional a la luz de las normas y de las jurisprudencias argentinas*, en: <https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/la-adopcic3b3n-internacional-a-la-luz-de-las-normas-y-de-la-jurisprudencia-argentinas-scotti.pdf>
- MERLOS, Leandro, *El Derecho Alimentario en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Publicado en: Cuadernos de Cijuso, No 2, Año I; Diciembre de 2014, en: <http://www.libroscijuso.org.ar/rcc2.pdf>
- MOLINER NAVARRO, Rosa, *Adopción, Familia y Derecho*, Revista Científica Scielo Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho, versión impresa ISSN 2070-8157, p. 6 en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572012000200007
- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. *Derecho de Familia y Sucesiones*, en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/13.pdf>

Normativa consultada en fuentes electrónicas

Código Civil Federal, en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en:
http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/lib_LeyGralCuidadoInfantil.pdf

Normativa Internacional consultada en fuentes electrónicas

Convención de los Derechos del Niño de 1989 en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Convención de la Haya sobre la protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, en: https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_la_Haya_sobre_la_Proteccion_de_Menores_Cooperacion_Materia_de_Adopcion.pdf

Normativa comparada con otros países consultados en fuentes electrónicas

Código Civil y Comercial de la Nación en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf (Código Argentino),

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22438> (Legislación Española)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en: <http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> (Legislación Española)

Resumen

El presente estudio es un bosquejo de una de las formas alternativas para la solución de conflictos, en particular la mediación, que, en el estado actual de la cuestión es imprescindible analizarla con las repercusiones que tiene el uso de los medios electrónicos al momento de aplicarla, siendo bases insoslayables para facilitar la impartición de justicia. Se incoa con las precisiones terminológicas, aunado al impacto sociológico que tienen las tecnologías de la información y la comunicación.

Abstract

The present study is an outline of one of the alternative ways to resolve conflicts, in particular mediation, which, in the current state of the matter, is essential to analyze it with the repercussions that the use of electronic means has at the moment of applying it, being unavoidable bases to facilitate the delivery of justice. It begins with the terminological details, together with the sociological impact of information and communication technologies.

En la mayoría de las investigaciones, resulta propicio exponer las precisiones terminológicas de las figuras a analizar en el desarrollo de la misma, por ello, en este artículo partimos definiendo la figura de la mediación de manera general, para arribar a la definición de la mediación en línea y con ello, tener un panorama respecto del impacto que tiene la implementación de dicha figura en la celebración de actos de forma electrónica. Pretendiendo que el lector tenga al alcance algunas precisiones para conocer los beneficios y alcances que tiene actualmente la mediación en línea a través del uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

En la actualidad, con el reconocimiento de los medios electrónicos y mensajes de datos para la manifestar la voluntad al realizar actos jurídicos, se plantean

⁴⁴⁵ Doctora en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

innumerables posibilidades de que al realizarse transacciones en un contexto internacional traiga como consecuencias la búsqueda de alternativas eficaces en la impartición de justicia para el caso en que, en dichas transacciones no se cumplan los arreglos convenidos entre las partes y, con ello, se dejen en estado de indefensión a los ciudadanos. Por lo cual, deben analizarse las hipótesis normativas que facilitarían la aplicación de la mediación a través del uso de medios electrónicos para una mayor rapidez y eficacia en la solución de las problemáticas que surjan.

1. ¿Qué es la mediación?

La figura de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, no es una forma reciente ni moderna, sino por lo contrario, es de las formas más antiguas de buscar arreglar las problemáticas que surgían entre las personas. La convivencia entre los seres humanos siempre ha sido de manera dinámica, cada uno pensamos y sentimos de maneras diversas, por lo cual, al momento de relacionarnos surgen de forma natural diferencias y en las cuales siempre se buscara solucionarlas de la mejor forma posible para las personas que se encuentren en dicha situación.

La mediación es el proceso de deliberación voluntario que es estructurado y facilitado por una tercera persona. Ayuda a las partes a lograr un mayor entendimiento de cómo se perciben los conflictos, las causas subyacentes y entender la visión del otro mientras se desarrolla una perspectiva colaborativa sobre la manera de cómo resolverlos⁴⁴⁶. Al estar asistidos por el mediador, las partes tienen el beneficio de poder recuperar la comunicación que en muchas de las veces la han perdido siendo de las principales causas por la que no pueden acordar llegar a un arreglo a sus propios intereses.

Refiere González Martín, Nuria⁴⁴⁷, la mediación es una negociación asistida por un tercero imparcial que auxilia a las partes para que estas logren una comunicación constructiva que les permita negociar sus intereses y necesidades de manera satisfactoria y dentro de los límites de la legalidad. Concatenado a ello, la negociación buscara que sean las propias partes intervinientes quienes de

⁴⁴⁶ Pérez Jiménez, Minerva R., (coord.), *La mediación como herramienta de resolución de conflictos en el sistema educativo dominicano. Manual de entrenamiento para facilitadores*, disponible en: https://www.unicef.org/publicadominicana/Medicacion_Resolucion_Conflictos_WEB.pdf consultado el 10/octubre/2018.

⁴⁴⁷ González Martín, Nuria, *El ABC de la mediación en México*, disponible en: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/NURIA-El-ABC-de-la-mediacion-en-Mexico.pdf> consultado el 10/octubre/2018.

común acuerdo logren buscar las alternativas que tiene cada una para que alcancen un acuerdo en el menor tiempo y sin costes tan elevados para ellos mismos.

La figura de la mediación se caracteriza por ser un procedimiento mediante el cual las partes intervinientes buscan un arreglo, por ellas mismas, con la ayuda de un tercero ajeno para solucionar su conflictiva. Este tercero ajeno se denomina “mediador”, la función del mediador, dentro de este procedimiento, consiste en exhortar a las partes para entablar un dialogo, que en muchas ocasiones se ha perdido y así, dichos actores logren alcanzar una solución a su conflicto.

Por otro lado, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal⁴⁴⁸ en la fracción X, establece lo que se debe entender por mediación: “es un procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador”.

La precisión terminológica de la mediación, no es unívoco, no es dable definirla con una sola idea, palabra o especificación, existen múltiples definiciones que facilitan el entendimiento de lo que debemos conocer como mediación, consideramos que una adecuada es, la forma alternativa de brindar solución a un conflicto, siendo un procedimiento en el cual las partes que intervinieren buscan arreglar sus diferencias con la ayuda de una tercera persona, denominada mediador, tercero neutral o facilitador imparcial y así alcanzar acuerdos mutuamente aceptados por ambas partes.

2. Mediación en línea y/o electrónica

Para Vázquez de Castro, Eduardo⁴⁴⁹, la mediación electrónica debe concebirse como un servicio completo y planificado que, al desarrollarse por medios electrónicos a través de internet, debe considerarse uno de los denominados servicios de la sociedad de la información y someterse a la normativa que los regula. Concatenado al ser un servicio completo debe garantizarse la identidad

⁴⁴⁸ Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, disponible en: http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/wp-content/uploads/Ley_Justicia_Alternativa_TSJDF-Todas-las-Rfmas_Lic-AnaHdzCJA.pdf consultado el 10/octubre/2018

⁴⁴⁹ Alzate Sáez de Heredia, Ramón y Vázquez de Castro, Eduardo, *Resolución de disputas en línea (RDL), las claves de la mediación electrónica, Colección de Mediación y Resolución de conflictos*, Editorial Reus, España, 2013, p. 176

de los intervinientes en la misma, asimismo contar con la ayuda especializada del mediador como tercer involucrado de forma neutral en pro de facilitar a las partes alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas.

Refiere Franco Conforti, Oscar Daniel⁴⁵⁰, que atendiendo al contenido de la regulación legal existente en España, se puede definir a la mediación electrónica como: un proceso que se realiza total o parcialmente por medios electrónicos, de forma más o menos simplificada, con la intervención de un tercero que ayuda a las partes que intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo, en el que siempre se ha de garantizar la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en la Ley. En este sentido, es el proceso por el cual las partes tienen la libertad volitiva de decidir respecto si consideran viable que su conflicto pueda solucionarse a través del uso de estos medios electrónicos y con la ayuda de una figura neutral denominado mediador.

La mediación en línea es una figura que destaca la utilización de medios electrónicos como base primordial para que se llevan a cabo una serie de pasos, facilitando principalmente a los ciudadanos solucionar sus problemas de una forma alternativa, segura y eficaz. Por su parte, el mediador o tercero neutral tendrá la obligación de contar con los conocimientos necesarios en medios electrónicos, esto, con la finalidad de garantizar a las personas que recurran a la mediación en línea cuenten con la ayuda del personal capacitado en el área.

En el ámbito civil en España⁴⁵¹, ODR Solomediacion, una iniciativa conjunta de Miquel Tort, Franco Conforti y Alberto Elisavetsky, crea en octubre de 2009 la web *mediaronline* que ofrecía el software de *webconf* para realizar mediaciones online, si bien el proyecto no tuvo continuidad. Posteriormente, Mediar On Line, dirigida por el profesor Franco Conforti, de la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM), se convierte en la primera plataforma que ofrece servicios de mediación sincrónica, con el soporte de un software desarrollado en la Argentina, para el que el profesor Elisavetsky sirve de puente. Y más recientemente, el sistema de gestión + ODR Mediare (SGMARC), de la compañía eJusTIC, ofrece un software de negociación / mediación simplificada, automático on-line, que también sirve de soporte al proyecto *arymedia*. También, la plataforma *Amicuo* ofrece un proceso

⁴⁵⁰ Franco Conforti, Oscar Daniel, *Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/1182_es.pdf consultado 25/octubre/2018.

⁴⁵¹ Vázquez, Andrés, *Euromediación on-line: La mediación por medios electrónicos*, disponible en: https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/11/20130516euromediacion3b3n_online_iv.pdf (consultado 25/octubre/2018).

de mediación electrónica, donde todas las comunicaciones entre el mediador y las partes se realizan por vídeo (a través de Amicuo.com), teléfono o correo electrónico. En ambos casos, las partes se ayudan de la plataforma online de mediación para gestionar los trámites y documentos.

Para Corti Rossi⁴⁵², la llamada Mediación “On Line”, es el proceso de Mediación llevado a cabo a distancia, en forma virtual, en el que el mediador y las partes utilizan medios electrónicos para comunicarse. El vertiginoso aumento de usuarios de Internet y de las interacciones que este medio permite así como las poderosas herramientas de comunicación que proporciona, han llevado al surgimiento de mediaciones virtuales u “On Line”, es decir, aquellas que se desarrollan vía Internet en lugar del tradicional ambiente físico en el cual el procedimiento se lleva a cabo “cara a cara”.

Un proceso de mediación en línea es relativamente simple; se lleva a cabo a través de formularios en línea y espacios de encuentro. El proceso de WebMediate⁴⁵³, por ejemplo, consta de cinco pasos, siendo los siguientes:

1. Primer paso: formulario asunto nuevo. Un conflicto llega WebMediate informado por las partes (llamada parte iniciadora) al completar un formulario en línea llamado Formulario Asunto Nuevo, y seleccionar el proceso WebMediation. La parte iniciadora también puede seleccionar WebArbitration como refuerzo por si no hay éxito con WebMediate.
2. Segundo paso: notificación a la otra parte. WebMediate notifica a la otra parte (llamada parte respondiente) que el conflicto ha sido remitido a WebMediation y que está listo para su resolución en línea.
3. Tercer paso: Arrancando la WebMediation. WebMediate nombra una persona mediadora de su círculo de neutrales (personas acreditadas por WebMediate para mediar en línea) para asistir a las partes en la discusión sobre el problema, en el intercambio de información y en la exploración de opciones para el acuerdo, WebMediate crea tres salas de conferencia virtuales seguras para la mediación: un espacio común de

⁴⁵² Corti Graciela y Rossi Mónica, *Mediación “On Line”*, disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/834/corti-med-online.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado 25/octubre/2018)

⁴⁵³ Alzate Sáez de Heredia, Ramón y Vázquez de Castro, Eduardo, *Resolución de disputas en línea (RDL), las claves de la mediación electrónica, Colección de Mediación y Resolución de conflictos*, op. cit., pp. 51-52

resolución, en el que las partes y el mediador pueden discutir juntos el problema, y dos espacios privados de resolución, uno para cada una de las partes, en la que se pueden comunicar privadamente con el mediador.

4. Cuarto paso: la mediación en línea. En el proceso de WebMediation, las partes presentan sus respectivos puntos de vista, los hechos y los argumentos a la persona mediadora. Se anima a las partes a que se impliquen en comunicaciones privadas confidenciales con el mediador, con que la otra parte conozca el contenido. El rol del mediador en línea es asistir a las partes para que comuniquen sus puntos de vista, identifiquen sus respectivos intereses y generen opciones, para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. Aunque, por lo general, el proceso de WebMediate puede llevarse a cabo como venga bien a las partes, hay una serie de reglas que se aplican a todos los procesos.
5. Quinto paso: acuerdo. Si las partes pueden llegar a una resolución satisfactoria del conflicto, el mediador puede ayudarles, si ellos lo desean, a crear un registro escrito del acuerdo.

WebMediate⁴⁵⁴, como casi todos los servicios de mediación en línea, ofrece otros recursos de resolución de disputas, como la negociación automática, previa a la mediación, y el arbitraje, cuando la mediación se ha llevado sin éxito.

La mediación en línea es, un procedimiento que permite a las personas que tengan algún tipo de conflicto al interactuar con otros seres humanos, a encontrar un acuerdo favorable a su problema y tener la alternativa de buscar solucionarlo con ayuda del mediador, asimismo con la ayuda y facilitación que permite el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, para lo cual existen legislaciones que buscan la regulación integral del uso de medios electrónicos para facilitar tanto la administración como la impartición de la justicia a los ciudadanos que presenten este tipo de situación.

La característica principal de la mediación en línea, es el uso de medios electrónicos que puede presentarse desde el momento de la celebración del acto como en el transcurso o al finalizar la transacción entre ambas partes.

⁴⁵⁴ Webmediate, disponible en: <http://www.webmediate.com/> (consultado el 6/noviembre/2018).

3. Breve bosquejo sociológico de las Tecnologías de la Información y la Comunicación

Los impactos que se han y se siguen generando con el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, son considerados una revolución que ha impactado los pilares en las economías mundiales, en virtud de que, al momento de interactuar entre ciudadanos de diferentes espacios geográficos, se sustituyen las formas tradicionales de comunicación que se utilizaban hasta hace unas décadas, siendo reemplazadas por redes electrónicas a través del uso del Internet principalmente, tal cual actualmente lo podemos observar. En un mundo globalizado es ineludible conocer las repercusiones del proceso globalizador.

En la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible⁴⁵⁵, establece 17 objetivos para el Desarrollo Sostenible. Resaltamos que dichos objetivos de desarrollo sostenible promueven las sociedades pacíficas, la creación de instituciones responsables, el crecimiento sostenible, asimismo garantizan el acceso a la información y el acceso a una justicia viable para todos los ciudadanos del mundo.

Refiere Antonio Lucas, Marín⁴⁵⁶, que, la aparición de la Sociología de la Comunicación (una sociología especial centrada en la comunicación) es algo muy reciente, se hace patente ya avanzado el siglo XX y que su elaboración sistemática está ocurriendo en la actualidad. En efecto, aun siendo la comunicación una de las claves de la vida en sociedad y de la existencia humana, su estudio con pretensiones científicas es algo moderno. Sin embargo, no han faltado en las ciencias sociales desde sus inicios autores -como Cooley o Mead- centrados en la investigación de algunos de los problemas de la comunicación humana, incluso dando lugar a escuelas específicas como el interaccionismo simbólico.

Las tecnologías de la información y comunicación facilitan de una manera eficaz la comunicación en tiempo real y virtual casi en cualquier parte del mundo. Las formas de comunicación entre los seres humanos son diversas, siendo la clave de las convivencias en el entorno social en la que nos desenvolvemos, aunado al hecho que, cada ser humano es diferente en su forma de ser, pensar y actuar,

⁴⁵⁵ Cumbre Mundial sobre Desarrollo sostenible, disponible en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/summit/>, consultado 15/noviembre/2018.

⁴⁵⁶ Marín, Antonio Lucas, *Las tecnologías de la información y la comunicación: cambios en el modelo de comunicación* disponible en: https://www.researchgate.net/publication/47341528_Las_tecnologias_de_la_informacion_y_la_comunicacion_cambios_en_el_modelo_de_comunicacion consultado 15/noviembre/2018.

lo que trae consigo múltiples consecuencias al momento de interactuar, que en algunas de las veces pueden generar desavenencias.

Refiere Castrillón y Rivera⁴⁵⁷, la globalización ha sido capaz de generar todo un movimiento revolucionario contemporáneo remodelando sistemas, concepciones y planteando nuevos paradigmas y retos; comparándola con las revoluciones previas que han transformado significativamente el modo de vida del hombre, su desenvolvimiento ha sido mucho más vertiginoso gracias al empleo de las innovadoras tecnologías de la información y comunicación.

El acceso a las tecnologías de la información y comunicación en diferentes partes del mundo, tienen innumerables ventajas tales como: facilitar compras, ventas, transacciones o simplemente el poder saludar a cualquier persona alrededor del mundo, sin la necesidad de trasladarse para tales efectos; beneficios que ponen de manifiesto que al ser utilizadas de una forma adecuada en las diversas sociedades pueden obtenerse resultados favorables en pro de los ciudadanos.

Por ello, en la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI)⁴⁵⁸, se ha establecido como uno de los objetivos el desarrollar un entendimiento y una visión comunes de la Sociedad de la Información y elaborar un plan de acción estratégico que permitan llevar a la práctica dicha visión a partir de un desarrollo concertado, constituyendo el único y más importante acontecimiento político. Por otro lado, en la Declaración de los Objetivos del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas, se pactó, en cooperación con el sector privado, hacer más accesible los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de información y comunicaciones, como un impulso al desarrollo y apoyo para erradicar la pobreza, puesto que es uno de los obstáculos que no permiten el acceso a todos los ciudadanos del mundo.

Concatenado, la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial Sobre la Sociedad de la Información (CMSI)⁴⁵⁹, considera imprescindible la construcción de una sociedad de la información como un desafío global, cuyo objetivo primordial es colmar la brecha digital y garantizar un desarrollo armonioso, justo, y equitativo

⁴⁵⁷ González Rivera, Tatiana Vanessa y Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *La codificación del derecho mercantil internacional*, México, Porrúa, 2015, p. 272

⁴⁵⁸ Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI) disponible en: <http://www.itu.int/net/wsis/index-es.html>, consultado el 15/noviembre/2018.

⁴⁵⁹ Declaración de Principios de la Cumbre Mundial Sobre la Sociedad de la Información (CMSI), disponible en: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html> consultado 5/diciembre/2018.

para todos, que exige un compromiso de todas las partes interesadas, llamando a la solidaridad digital, tanto nacional como internacional. El proceso globalizador trae consigo el eliminar las desigualdades y brechas que existen en el entorno global para lograr el mayor acceso posible en la utilización de las TIC's.

Manuel Castells⁴⁶⁰, señala que el nuevo campo de comunicación de nuestra época está surgiendo a través de un proceso de cambio multidimensional configurado por los conflictos enraizados en la estructura contradictoria de intereses y valores que constituyen la sociedad.

Para Bauman Zygmunt⁴⁶¹, lejos de homogeneizar la condición humana, la anulación tecnológica de las distancias de tiempo y espacio tiende a polarizarla. Continúa señalando que, la información flota libremente de sus transportadores. Las elites viajan por el espacio y a la mayor velocidad que nunca, teniendo múltiples consecuencias en la identidad de ciertos humanos dependiendo en el contexto que se desarrollen.

Consecuencias que repercuten en las convivencias y relaciones de las personas entre sí. Las asimetrías que existen en los países de desarrollo y los que se encuentran en vías de desarrollo se pueden vislumbrar con el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, puesto que es una realidad la brecha digital que existe en el uso de las mismas.

Refiere Ulrich Beck⁴⁶², las tecnologías de la información y la comunicación, particularmente con la integración de la televisión al horizonte perceptivo, influyen en la imagen que el ser humano tiene de sí en todo el mundo.

Aunado a ello, el ser humano es un ente que posiblemente no se encuentre preparado con las repercusiones que se le están presentando con la utilización de estas nuevas tecnologías, efectos con los cuales no sea capaz de lidiar o tenga sentimientos de incapacidad de adaptarse a un mundo virtual.

Dice Zygmunt Bauman⁴⁶³, el mundo posmoderno ésta todo menos inmóvil, en este mundo, todo está en movimiento; pero los movimientos parecen azarosos,

⁴⁶⁰ Castells Manuel, *Comunicación y poder*, Editorial siglo veintiuno, México 2012, p.91

⁴⁶¹ Zygmunt Bauman, *La globalización, consecuencias humanas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2013, pp. 28 y 29.

⁴⁶² Ulrich Beck, *Un nuevo mundo feliz, la precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Editorial Paidós, España 2007, p. 216

⁴⁶³ Bauman Zygmunt, *La posmodernidad y sus descontentos*, Editorial Akal, España 2010, pp. 121 y 122

dispersos y desprovistos de una clara dirección (ante todo, de una dirección acumulativa). Resulta difícil, quizá imposible, juzgar su naturaleza “avanzada” o “retrógrada”, puesto que la pasada coordinación entre las dimensiones espacial y temporal se ha roto casi por completo y, simultáneamente, el propio espacio y el propio tiempo manifiestan una y otra vez la ausencia de una estructura ordenada e intrínsecamente diferenciada.

Puntualiza Manuel Castells⁴⁶⁴, la comunicación mediatiza y difunde la cultura, las mismas culturas, esto es, nuestros sistemas de creencias y códigos producidos a lo largo de la historia, son profundamente transformadas, y lo serán más con el tiempo, por el nuevo sistema tecnológico. Cambios que poco a poco son palpables dependiendo del lugar en que se resida, puesto que no será el mismo impacto en países denominados de primer mundo que, en los países en vías de desarrollo, con lo cual las consecuencias se diversificarán dependiendo el entorno.

Son un hecho las repercusiones sociológicas que tiene el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación en la vida de los seres humanos, son herramientas que, con el uso adecuado vienen a facilitar las relaciones y comunicaciones entre sociedades de diversa cultura. Pero que, si se hace un uso indebido también tiene consecuencias negativas entre los seres humanos. Por ello es imprescindible estudiar, analizar y difundir las formas adecuadas para su utilización en pro de las convivencias en las relaciones humanas para obtener mayores ventajas en su utilización.

Conclusiones

El tema de la mediación en línea, existen múltiples acepciones, algunas de las cuales hemos mencionado en el contenido del presente trabajo y apuntan la gran mayoría a la importancia que tiene el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación al momento de celebrar una transacción entre personas que se encuentran geográficamente en distintas partes del mundo, la comunicación suscitada se gesta de manera real y virtual no siendo un obstáculo el espacio geográfico, por lo que, podemos constatar que la raza humana está cada vez más conectada por redes electrónicas que nos facilitan llevar a cabo la mayoría de actividades.

⁴⁶⁴ Castells Manuel, *La era de la información, Economía, Sociedad y cultura, la sociedad red Vol. I*, Editorial Siglo veintiuno editores, México 2005, p. 360

Las tecnologías de la información y comunicación, nos plantean un infinito de posibilidades, pero también ventajas y desventajas, en donde es primordial encontrar una forma en que, el conocimiento humano, la información y el acceso a internet puedan ser encaminados para el bien común; una forma en que se ejerza de manera efectiva la información que los usuarios de la Red hemos facilitado, hacer una Red inclusiva en la que los usuarios estemos conscientes del poder que ésta nos confiere.

Asimismo, en la actualidad todos somos partícipes del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, la Red, actualmente la mayoría vivimos globalizados, interconectados en tiempo real y virtual, por lo que en la búsqueda del bienestar común, se puede encontrar en promover el acceso abierto y significativo a Internet, de modo que nuestro actuar diario, mediante el uso de dispositivos electrónicos se reconozca el verdadero valor y repercusión que tiene nuestra información, ya que la misma se ve inmersa en reglas de oferta y demanda, valor que debemos ser conscientes al momento de transmitirlos en cualquier uso al momento de estar conectados o enlazados electrónicamente.

Consideramos que los seres humanos seguimos teniendo problemáticas que no se han erradicado, es por ello, lo que se busca con las nuevas tecnologías es la inclusión de la mayoría de los sectores que aún no están integrados, fomentando en primer lugar la educación en el empleo y uso de estas redes de comunicación, que permitan a todos los ciudadanos tener a la mano y acceder al conocimiento de manera real y electrónicamente en cualquier parte del mundo.

Bibliografía

- Alzate Sáez de Heredia, Ramón y Vázquez de Castro, Eduardo, *Resolución de disputas en línea (RDL), las claves de la mediación electrónica, Colección de Mediación y Resolución de conflictos*, Editorial Reus, España, 2013.
- Bauman Zygmunt, *La globalización, consecuencias humanas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2013
- _____, *La posmodernidad y sus descontentos*, Editorial Akal, España 2010.
- Castells Manuel, *Comunicación y poder*, Editorial siglo veintiuno, México 2012.
- _____, *La era de la información, economía, sociedad y cultura, la sociedad red Vol. I*, Editorial Siglo veintiuno editores, México 2005.
- Corti Graciela y Rossi Mónica, *Mediación "On Line"*, disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/834/corti-med-online.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, disponible en: <http://www.itu.int/net/wsis/index-es.html>,
- Cumbre Mundial sobre Desarrollo sostenible, disponible en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/summit/>,
- Declaración de Principios de la Cumbre Mundial Sobre la Sociedad de la Información (CMSI), disponible en: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>
- Franco Conforti, Oscar Daniel, *Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/1182_es.pdf
- González Martín, Nuria, *El ABC de la mediación en México*, disponible en: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/NURIA-El-ABC-de-la-mediacion-en-Mexico.pdf>
- Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, disponible en: http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/wp-content/uploads/Ley_Justicia_Alternativa_TSJDF-Todas-las-Rfmas_Lic-AnaHdzCJA.pdf
- Marín, Antonio Lucas, *Las tecnologías de la información y la comunicación: cambios en el modelo de comunicación* disponible en: https://www.researchgate.net/publication/47341528_Las_tecnologias_de_la_informacion_y_la_comunicacion_cambios_en_el_modelo_de_comunicacion
- Pérez Jiménez, Minerva R., (coord.), *La mediación como herramienta de resolución de conflictos en el sistema educativo dominicano. Manual de entrenamiento para facilitadores*, disponible en: https://www.unicef.org/republicadominicana/Medicacion_Resolucion_Conflictos_WEB.pdf

Ulrich Beck, *Un nuevo mundo feliz, la precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Editorial Paidós, España 2007.

Vázquez, Andrés, *Euromediación on-line: La mediación por medios electrónicos*, disponible en: https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/11/20130516euromediatic3b3n_online_lv.pdf

Quinta Parte

Derechos de autor

Protección de los derechos de autor de obras científicas en internet: ¿Posible colisión con los derechos fundamentales de los usuarios?

*Miriela Sosa González*⁴⁶⁵

Resumen

Desde el surgimiento de Internet hace más de tres décadas y su posterior auge universal, mucho se ha debatido acerca de la coexistencia del derecho de autor de los contenidos protegidos que se publican y los derechos que les asisten a los usuarios en la red, que pretenden acceder a tales contenidos. Debido a las posibilidades ilimitadas de la tecnología digital que han propiciado el uso y abuso de los contenidos protegidos o no por la propiedad intelectual en el ciberespacio por una parte, y a la excesiva onerosidad que frecuentemente implica el acceso a tales contenidos en línea por la otra, se han alzado voces de alarma y protesta, tanto por parte de los autores y titulares de derechos de autor en defensa de sus intereses, como por parte de los usuarios en Internet que ven afectados sus derechos fundamentales a la educación, información, investigación y cultura. Así se está en presencia de una colisión entre los derechos de autor y los derechos fundamentales, que en esta investigación sólo se circunscribe a las obras científicas. Por lo que resulta necesario analizar y proponer soluciones que propendan a una coexistencia pacífica y en armonía a través del diseño de un adecuado sistema de restricciones a los derechos patrimoniales de los autores y titulares sobre las obras científicas que favorezca el ejercicio de los derechos fundamentales de los usuarios.

Palabras clave: Derechos de autor, derechos fundamentales, Internet, obras científicas, sistema de restricciones.

Abstract

Since the beginning of Internet more than three decades ago and his global boom back, there has been a lot of debate about the coexistence of the copyright of

⁴⁶⁵ Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México; Profesora de Asignatura en la Escuela de Derecho, Posgrado y Práctica Jurídica, Cuernavaca, Morelos; y Profesora de Asignatura en la Universidad Politécnica del Estado de Morelos. zoemiriela@gmail.com

the protected contents that are published and the rights that assist them to the users in the Internet, who pretend to accede to such contents. Due to the digital technology's unlimited possibilities that facilitated the use and abuse of protected content protected by intellectual property in cyberspace on the one hand, and to the excessive onerousness that frequently implies access to such content online on the other, there have been voices of alarm and protest, both by copyright's authors and right-holders in defense of their interests, and by Internet users who are affected their fundamental rights to education, information, research and culture. Then is in the presence of a collision between copyright and fundamental rights, which in this investigation is confined to scientific literature. It is therefore necessary to analyze and propose solutions that lead to peaceful and harmonious coexistence through the design of an adequate restrictions system on the author's property rights of authors and right-holders of scientific literature that favors the exercise of fundamental rights of the users.

Keywords: Copyright, fundamental rights, Internet, scientific literature, restrictions system.

1. Introducción

A partir de la aparición de la *World Wide Web* (WWW) a inicios de la década de los años 90⁴⁶⁶ y su posterior auge universal, mucho se ha debatido acerca de la coexistencia del derecho de autor de los contenidos protegidos que se publican y los derechos que les asisten a los usuarios en la red, que pretenden acceder a tales contenidos.

Las facilidades en el acceso a la información de todo tipo que se divulga en Internet, así como las múltiples y siempre cambiantes y renovadas opciones de la tecnología digital, han abierto posibilidades prácticamente ilimitadas para el uso y abuso de los contenidos publicados, ya sean protegidos o no por el derecho de autor, lo que también ha propiciado la piratería y otras acciones infractoras de los derechos de autor. Por ello, tanto autores como titulares afectados por tales prácticas, claman por la reivindicación de sus derechos. Sin embargo, del lado de los usuarios de Internet también se han alzado voces para defender sus derechos fundamentales a la educación, la información, la investigación y la cultura, frente a la excesiva onerosidad por el acceso a los contenidos publicados.

Así, en esta suerte de cruzada legal, política y social, se han esgrimido por ambas partes toda clase de argumentos en cuanto a las condiciones en la publicación y acceso de los contenidos en Internet, desde posturas radicales que demandan la renuncia de los derechos autorales en obras que sean difundidas en la red, hasta el extremo del acceso oneroso de todos los contenidos sin tener en cuenta las limitaciones y excepciones al derecho de autor. Por otra parte, derivado también de este conflicto, se ha puesto a discusión si los derechos de autor deben ser considerados derechos fundamentales o no, argumento que también ha aumentado las fricciones de la colisión entre los derechos de los autores y los

⁴⁶⁶ A inicios de la década de los años 90 se da a conocer al mundo el nacimiento de la *World Wide Web*, creada por el ingeniero británico Tim Berners-Lee en el CERN (Consejo Europeo para la Investigación Nuclear), utilizando tres nuevos recursos: HTML (*Hypertext Markup Language*), HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*) y un programa cliente, llamado Web Browser. Cfr. Alonso-Arévalo, Julio et. al., *La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto*, "El copyright en cuestión: Diálogos sobre propiedad intelectual", Ed. Deusto, España, 2011, p. 145. No obstante, el nacimiento de la red de Internet tiene su origen en el proyecto ARPANET (*Advanced Research Project Agency Net*) por parte del Gobierno estadounidense en 1969, como una red en la que los ordenadores conectados a ella disponían de diversas rutas por las que alternar las comunicaciones, con el fin de continuar funcionando, aunque alguno de ellos fuese destruido como consecuencia de algún ataque. Y que posteriormente, ya a inicios de la década de 1980 evolucionó, lográndose que diversas redes pudieran conectarse a una única. Cfr. Rubio Moraga, Ángel L., *Historia e Internet: aproximación al futuro de la labor investigadora*, en COMPANY, A., PONS, J., SERRA, S.: *La Comunicación Audiovisual en la Historia* (Vol. I), España, 2001.

derechos de los usuarios, alegando éstos últimos una supremacía de sus derechos al no considerar los derechos autorales dentro de la categoría de derechos fundamentales.

Consecuentemente todos los tipos de obras intelectuales susceptibles de divulgarse a través de Internet son objeto de esta encarnizada polémica entre autores y titulares, por una parte, y los internautas de la otra. Y entre ellas, también las obras científicas, que mayormente se publican como artículos a través de revistas científicas digitales disponibles en línea en la red, y como libros de contenido científico publicados por editoriales científicas comerciales y por otras compañías proveedoras de servicios en Internet.

Advertidas estas cuestiones, pudiera pensarse que esta polémica se reduce a un enfrentamiento entre autores y usuarios de los contenidos protegidos, en cuanto a los derechos que les asisten en razón a ambas partes, pero la lente para analizar esta problemática debe ampliarse a la posición que juegan los titulares de los derechos de autor de las obras divulgadas. Puesto que la publicación y divulgación de cualquier creación intelectual pasa por el tamiz de los titulares como intermediarios con infraestructura y recursos materiales suficientes para la comercialización, y quienes aumentan considerablemente los precios por su acceso. Y en el caso específico de las obras de contenido científico, su divulgación y comercialización en Internet está en manos de las grandes compañías editoriales científicas, quienes controlan el mercado editorial científico a nivel mundial.

Por tanto, cualquier análisis que se emprenda sobre la colisión entre los derechos de los autores y los derechos fundamentales de los usuarios en el entorno digital de Internet con relación a las obras científicas, no debe soslayar la figura del titular, representada actualmente por las grandes compañías de la industria editorial científica; considerando además que mayormente se trata del principal motivo de la polémica que aquí se aborda.

Así pues, en esta investigación se pretende realizar un análisis de la problemática del enfrentamiento entre los derechos de autor de los contenidos protegidos que se difunden en Internet y los derechos fundamentales de los internautas, pero únicamente circunscrito a las obras científicas. Para acometer tal pretensión, será necesario un rápido acercamiento teórico al sistema de derechos humanos como derechos fundamentales, así como a los derechos de autor de las obras científicas, examinando en cada caso su manifestación y particularidades en el ámbito de Internet. Igualmente, resulta enriquecedor el análisis de ciertas interrogantes que están directamente en el centro del debate, como en lo tocante a considerar

el acceso a Internet como un derecho humano efectivamente positivizado, y por su parte, si el derecho de autor es un derecho fundamental. Arribando posteriormente a la exposición de una propuesta de solución normativa para una coexistencia pacífica entre ambos sistemas de derechos con relación al acceso a las obras científicas en Internet. Proponiendo finalmente algunas reflexiones que tributen al debate en cuestión.

2. Ejercicio de derechos fundamentales en el ámbito de Internet. Razón asistida a los usuarios

En sentido general se entiende que los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todas las personas tienen los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna, y éstos están interrelacionados, son interdependientes e indivisibles⁴⁶⁷.

En cuanto a una definición de los derechos fundamentales concretamente, refiere Ferrajoli⁴⁶⁸ que en el plano teórico-jurídico se identifican con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables.

Una cuestión que no debe pasarse por alto recae sobre los términos de “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, entre otros que también se emplean de forma indistinta como si de sinónimos se tratase sin serlo en realidad. Al respecto, considera Miguel Carbonell⁴⁶⁹ que los conceptos de “derechos fundamentales”, “garantías individuales” y “derechos humanos” no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente. Los derechos fundamentales son los derechos previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, mientras que los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la de derechos fundamentales. Por ello en esta

⁴⁶⁷ Definición tomada del sitio oficial de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, consultada el 20 de julio de 2017.

⁴⁶⁸ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, Sobre los derechos fundamentales, Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional, num. 15, julio-diciembre 2006, trad. Miguel Carbonell, pp. 116, 117, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7599>, consultado el 20 de agosto de 2017.

⁴⁶⁹ *Cfr.* Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Estudios Jurídicos, num. 185, México, 2004, pp. 6 y 8.

investigación se utiliza el término de derechos fundamentales como los derechos efectivamente positivizados que pueden ser reclamados en caso de violación.

Sobre la tipología y clasificación de los derechos fundamentales, existen diversas posturas basadas en disímiles criterios. No obstante, la clasificación más extendida y socorrida parte de dos elementos esenciales: la aparición en el tiempo y el régimen de tutela, de ahí que se refiera a la secuencia de generaciones de derechos fundamentales como parte de su evolución histórica. Si bien, quizás no se trate de la forma de clasificación más acertada y que ha sido objeto de duras críticas doctrinales⁴⁷⁰, resulta de franco interés hacer referencia a la misma en la presente investigación, debido a su utilidad en el análisis de la introducción de nuevas formas de ver los derechos fundamentales, y cómo han impactado las nuevas tecnologías.

Así pues, en este contexto generacional, se habla en principio de los derechos fundamentales de primera y segunda generación, recayendo la primera sobre los derechos políticos y civiles, los cuales inciden sobre la expresión de libertad de los individuos, y entre ellos el derecho a la dignidad de la persona, y a su autonomía y libertad frente al estado, su integridad física, las garantías procesales⁴⁷¹. Mientras que la segunda generación incluye fundamentalmente los derechos económicos, sociales y culturales: derecho a la educación, al trabajo, a la salud; los que en suma inciden sobre la expresión de igualdad de los individuos.

Pero ya se habla doctrinalmente de una tercera e incluso una cuarta generación de derechos fundamentales. En la tercera generación, refiere Bustamante Donas⁴⁷² que se ubican los llamados derechos de solidaridad: el respeto y la conservación de la diversidad cultural, la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio cultural de la humanidad, entre otros. Se trata de nuevos derechos que garanticen el acceso universal a formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad, de libertad y de calidad de vida.

⁴⁷⁰ Una de las críticas más fuertes proviene de Miguel Carbonell, quien considera que la teoría de las “generaciones” de derechos debe ser hoy en día abandonada, pues causa más confusión que otra cosa. Es particularmente negativa para el estudio en clave normativa de los derechos sociales y además simplifica una serie de acontecimientos históricos que no se corresponden en nada con la visión lineal, uniforme e históricamente pacífica que pretende transmitir la teoría de las generaciones. Cfr. Carbonell, Miguel, op. cit., nota 5, p. 45.

⁴⁷¹ Cfr. Bustamante Donas, Javier, Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica, Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación, num. 1, septiembre-diciembre 2001, p. 2, disponible en: <http://www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm>, consultado el 15 de agosto de 2017.

⁴⁷² *Ibidem.* p. 3.

En cuanto a una cuarta generación, se trata de una respuesta al impacto conjugado entre las nuevas tecnologías y la globalización sobre la vida y por ende los derechos fundamentales de los seres humanos. Por lo que se habla justamente de las nuevas formas que cobran los derechos de primera, segunda y tercera generación en el entorno del ciberespacio⁴⁷³, o sea las múltiples facetas y situaciones diversas que genera el ejercicio de los derechos fundamentales en el entorno virtual digital.

Y ya en el fértil terreno de Internet son muchas y siempre en diversificación las formas en que se ven involucrados los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya sea de manera activa o pasiva, puesto que se puede tratar de derechos ejercidos por los propios cibernautas como personas naturales, así como de derechos que puedan resultar infringidos tanto por otras personas naturales como por personas jurídicas o incluso por el propio Estado. Por lo general y con mayor frecuencia se trata de derechos fundamentales que se incluyen en la primera y segunda generación, dado que las más de las veces están en directa relación con la propia persona. Por lo tanto, en las disímiles situaciones que se dan en el ámbito del ciberespacio se manifiestan derechos fundamentales que van desde los derechos a la libertad de expresión y opinión, a la dignidad, a la intimidad, entre otros muchos, hasta los derechos a la educación, cultura, información, y otros dentro de los contextos económico, social y cultural. Incluso el abanico de conflictos presentes en Internet llega hasta el reconocimiento de un nuevo conjunto de derechos, los denominados “derechos ARCO”⁴⁷⁴, y el también muy pregonado “derecho al olvido”⁴⁷⁵, los cuales se derivan del derecho a la intimidad y en estrecha relación con el fenómeno de las redes sociales.

Ahora bien, entre las múltiples problemáticas relacionadas con el ejercicio de los derechos fundamentales en el ciberespacio, destacan aquellas donde los usuarios

⁴⁷³ *Ibidem.* p. 4.

⁴⁷⁴ Los derechos ARCO se refiere a un conjunto de derechos que garantizan al ciudadano el poder de control de sus datos personales, y que son los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y están relacionados directamente con el derecho de protección de datos personales y el derecho de autodeterminación informativa. Nota de la autora.

⁴⁷⁵ El mal llamado “derecho al olvido” es en realidad el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición que pueden llevar a cabo los usuarios frente a las compañías gestoras de los motores de búsqueda para poner término a la difusión universal y permanente de las informaciones personales en Internet, siempre que se trate de informaciones que por su naturaleza no tuvieran interés o relevancia pública, ya fuera por su propio contenido o por las personas afectadas. Para más información puede consultarse: Rodríguez Álvarez, José Luis (ex Director de la Agencia Española de Protección de Datos Personales), “La protección de datos personales en las redes sociales”, conferencia magistral impartida en ocasión del evento Infodf por el día internacional de la protección de datos personales, efectuado en enero de 2016, México, disponible en: <http://infodf.org.mx/seminariodatos2016/presentaciones/dia29/Conferencia%20Magistral%20202.pdf>, consultada el 22 de agosto de 2017.

esgrimen sus derechos a la información, educación e investigación frente al acceso y uso de contenidos protegidos por propiedad intelectual en general y en particular por el derecho de autor. Conflictos donde ha existido una colisión entre ambos grupos de derechos. Como asevera C. Geiger⁴⁷⁶, los derechos fundamentales se aplican cada vez más a los conflictos entre particulares con el fin de limitar el derecho de propiedad intelectual. Se puede preconizar un análisis de la propiedad intelectual a través del prisma de los derechos fundamentales lo que permitirá recordar que, frente al derecho de propiedad del titular del derecho, existen igualmente los derechos también fundamentales de los usuarios tales como la libertad de expresión o el derecho de información, que son de igual valor. Justificados en gran parte por el interés general, los derechos de propiedad intelectual son cada vez más frecuentemente considerados por la opinión pública como armas ilegítimas en manos de industriales sin vergüenza, dando lugar a unos excesos “proteccionistas” de la propiedad intelectual.

Se aprecia pues, que las posturas de protección jurídica de uno u otro grupo de derechos basan sus argumentos en la defensa de intereses por demás legítimos pero que precisan de ciertas condiciones de equilibrio que garanticen armonía y coexistencia pacífica, teniendo en cuenta la situación concreta donde se pueda manifestar la colisión, lo que será analizado posteriormente en el desarrollo de esta concisa investigación.

Ahora bien, precisamente en el centro del debate que han suscitado las nuevas formas de manifestación de los derechos fundamentales en el ciberespacio, emerge una cuestión interesante que merece unas pocas líneas de reflexión, considerando el hecho de que ha sido la tecnología la que ha propiciado este novedoso entorno de actuación de los seres humanos. Y se refiere a considerar o no el acceso a Internet como un derecho fundamental.

Al hablar del acceso a Internet como un derecho fundamental podría pensarse que se trata de un nuevo derecho, pero en puridad el acceso al ciberespacio significa la posibilidad de ejercer otros derechos fundamentales como el derecho de libertad de expresión, derecho a la información, educación, cultura, trabajo, entre otros, que actualmente se manifiestan en ese ámbito como ya se ha visto. Por lo tanto, el acceso a Internet hoy en día representa, en buena medida y sobre todo en los países desarrollados y en vías de desarrollo⁴⁷⁷, la incorporación de las

⁴⁷⁶ Cfr. Geiger, Christophe, “*Propriété intellectuelle. Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle?*”, *La Semaine Juridique*, num. 29, 2004, pp.1313-1317.

personas a la sociedad local y también a la global, sin lo cual en muchos casos pueden comenzar a quedar marginados de la sociedad a la que pertenecen.

Aun cuando este derecho no aparece reconocido como tal en ninguno de los instrumentos jurídicos fundamentales en materia de derechos fundamentales, ya desde el año 2011 los relatores para la Libertad de Expresión de la ONU, de la Comisión Africana de los derechos humanos y de los pueblos, y de la Organización de Seguridad y Cooperación Europea, emitieron un comunicado de prensa conjunto donde establecieron que el acceso a Internet es un derecho humano, pues es puerta de entrada y garantía para el ejercicio de otros derechos, como los de expresión, educación y trabajo⁴⁷⁸. También en los 20º y 32º periodos de sesiones⁴⁷⁹ del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, de los años 2012 y 2016, respectivamente, se reconoce que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión; se exhorta a todos los Estados a fomentar la alfabetización digital y a facilitar el acceso a la información en Internet; se condena inequívocamente las medidas para impedir u obstaculizar el acceso o la divulgación de información en línea, vulnerando el derecho internacional de los derechos humanos, entre otras declaraciones.

Así pues, existe una comprensión a nivel internacional de la dimensión que a día de hoy representa el acceso a Internet, precisamente a partir de la importancia que ha cobrado la tecnología en la vida actual de las personas, en la sociedad y en el desarrollo de los derechos fundamentales. Como refiere Bustamante Donas⁴⁸⁰, hablar de derechos humanos supone hablar de calidad de vida y de acceso a mejores condiciones para diseñar y realizar nuestras propias vidas, reconociendo en ellas algo mucho más digno que la simple existencia biológica.

⁴⁷⁷ No debe pasar desapercibido el hecho de que la conectividad a Internet dista mucho de ser masiva a escala planetaria, pues en realidad según informe del Banco Mundial aproximadamente 4000 millones de personas no tienen acceso a Internet, lo que representa casi el 60% de la población mundial. Informe sobre el desarrollo mundial 2016: Dividendos digitales, Banco Mundial, EUA, 2016, pp. 2-4, disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/658821468186546535/pdf/102724-WDR-WDR2016Overview-SPANISH-WebResBox-394840B-OUO-9.pdf>, consultada el 22 de agosto de 2017.

⁴⁷⁸ Este comunicado de prensa fue emitido a partir del Reporte del Relator Especial para la promoción y protección del derecho de libertad de expresión y opinión del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, de 16 de mayo de 2011, disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf, consultado el 30 de agosto de 2017.

⁴⁷⁹ Disponibles en: http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.pdf, y http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf, consultadas el 30 de agosto de 2017.

⁴⁸⁰ *Cfr.* Bustamante Donas, Javier, *op. cit.*, nota 7, p. 19.

Hablar de calidad de vida y no mencionar a la tecnología es como hablar del desierto sin mencionar la arena. Si la información es poder, la tecnología puede ser una poderosísima infraestructura de liberación para el hombre.

3. Los derechos de autor de las obras científicas: de la teoría a la práctica de su aplicación en Internet

Las obras científicas son objeto de protección por el derecho de autor, en tanto son consideradas como obras literarias y así han sido establecidas en los principales instrumentos jurídicos internacionales. Y, como tal han sido consideradas en el Convenio para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, más conocido como Convenio de Berna, específicamente en su Artículo 2. Precisamente, como un tipo de obra específica cuenta con características propias, por ello resulta pertinente un breve análisis de sus particularidades como objeto de protección, y de su autor como sujeto de derechos autorales sobre la obra creada.

Existen varios elementos necesarios para considerar una obra intelectual como protegible por el derecho de autor. En primer lugar, debe ser reproducible, o sea que debe expresarse en un formato susceptible de reproducirse, puesto que el derecho de autor protege la forma de expresión de la obra y no el contenido en sí mismo de la creación intelectual. Otro elemento crucial se refiere a la originalidad de la obra, que subjetivamente debe ser garantía de la singularidad de la obra, en la medida en que ésta recoja algún aspecto del espíritu o de la personalidad del autor. La originalidad de la obra derivaría de que sería singular por revelar la personalidad de su autor⁴⁸¹.

Específicamente en cuanto a la obra científica, hay dos aspectos que la doctrina considera esenciales a la hora de delimitar sus particularidades.

En primer término, se considera que en la obra científica se cumple con más énfasis la máxima de la protección por el derecho de autor únicamente de la forma de expresión de la obra y no de su contenido, ya que no se están protegiendo los resultados científicos de las investigaciones realizadas sino sólo el formato en que éstos se expresan. Por ello señala Rodrigo Bercovitz⁴⁸², que constituye un principio

⁴⁸¹ *Cfr.* Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Comentario del Artículo 2.1, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), "Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas", Ed. Tecnos, España, 2013, p. 107.

⁴⁸² *Cfr.* Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, La protección de la investigación, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, num. 20, 2005, en [http://www.aranzadi.es/soporte/servicios-de-suscripcion/buscador-de-articulos-de- revista?search_api_views_fulltext=Revista%20Doctrinal%20Aranzadi%20Civil-Mercantil%20no.%2020/2005&f\[0\]=field_revista%3A149](http://www.aranzadi.es/soporte/servicios-de-suscripcion/buscador-de-articulos-de- revista?search_api_views_fulltext=Revista%20Doctrinal%20Aranzadi%20Civil-Mercantil%20no.%2020/2005&f[0]=field_revista%3A149), consultada el 20 de agosto de 2017.

indiscutible en la doctrina, y expresamente reconocido en normas internacionales, así como en las leyes de algunos países, que el derecho de autor no protege las ideas, ni la información, sino únicamente su expresión formal cuando la misma constituye una creación original.

Por tanto, lo que se protege no son los descubrimientos científicos en sí mismos sino su forma de divulgación a través de la expresión literaria, ya sea en el formato de artículos publicados en revistas científicas, en libros, monografías u otras formas de producción literaria. Se dice literaria en el sentido amplio del lenguaje literario que incluye cualquier trabajo escrito, de ahí que se considere a la obra científica como una obra literaria del campo científico. Es decir, que en primer término se define como una obra literaria más pero cuyo contenido es científico, y así lo establece el Convenio para la protección de las obras literarias de 1886 (Convenio de Berna) en su Artículo 2º. Incluso partiendo de esta premisa de su carácter literario, muchas legislaciones nacionales en materia de derecho de autor protegen a las obras científicas como parte del genérico de “obra literaria”, sin hacer ningún tipo de distinción. Esto también obedece a la lógica de que la protección se dispensa para todas las obras literarias con independencia de la naturaleza o carácter de su contenido.

El otro aspecto se refiere a la originalidad como ya se apuntaba, de lo cual se ha afirmado que, en el caso de las obras científicas, resulta dudosa y discutible. En este sentido autores como Ureña Salcedo⁴⁸³, refieren que la originalidad pura de las obras científicas es siempre discutible. El avance científico y social se produce a partir de los trabajos anteriores. Existe una deuda cultural o científica que provoca que la originalidad nunca sea absoluta.

Si bien es cierto que el proceso de investigación científica conlleva la revisión de las obras científicas anteriores que versen sobre el tema de investigación, las cuales además deben tenerse en cuenta en la redacción del artículo con la inclusión de las citas correspondientes, ello no es óbice para que no posea cierta originalidad en la disposición de los resultados de la investigación, así como en el enfoque adoptado y en las conclusiones presentadas. Por otra parte, no debe olvidarse que tanto las normas internacionales como las nacionales -al menos del sistema de tradición latina o continental del derecho de autor- establecen la protección de una obra intelectual por el sólo hecho de su creación, aunque

⁴⁸³ *Cfr.* Ureña Salcedo, Juan A., *Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos*, en Altés Tárrega, Juan Antonio (coord.), “Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual”, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2015, p. 40.

no hayan sido incorporadas a un soporte material, y sin necesidad de un acto probatorio de su originalidad, con independencia de que debe tratarse de una creación original no existente ni atribuida a otro autor con anterioridad. Por lo que en principio dicha originalidad debe presumirse, como en efecto expresa Satanowsky⁴⁸⁴, la originalidad se presume y quien la niega debe probarla.

En cuanto a la clasificación de las obras de acuerdo al autor, en el caso de las obras científicas, los supuestos más comunes son la obra individual, o sea de un único autor, y la obra en colaboración. En principio, en el ámbito académico y de investigación científica, los investigadores trabajan normalmente agrupados en equipos⁴⁸⁵ que a su vez están insertados en proyectos de investigación que funcionan con fondos públicos o privados, según sea el caso si pertenecen a universidades y centros de investigación estatales o de empresas privadas. Por tanto, la obra en colaboración será la más común en la comunidad científica, puesto que en la mayoría de las ocasiones los investigadores de un mismo equipo de trabajo y proyecto, publicarán sus artículos en sistema de coautoría.

Las obras en colaboración son aquellas que resultan de las aportaciones o contribuciones creativas de varios autores. En la medida que tal clase de obras supone la existencia de una obra y de varios autores cabe hablar de una coautoría⁴⁸⁶. Y en efecto, de esta forma se desarrollan las obras científicas publicadas en revistas científicas digitales, puesto que en un artículo elaborado por varios investigadores que figuran como coautores, las aportaciones de cada uno resultan prácticamente indivisibles en la mayoría de los casos. Es decir, que la obra, tal y como aparece publicada por la revista, no es posible dividirla en partes que puedan ser consideradas obras a su vez, puesto que carecerían de sentido y coherencia. Lo que sí resulta posible en el caso de las obras colectivas, igualmente de contenido científico, o sea en aquellas donde también existe una pluralidad de aportaciones o contribuciones correspondientes a diversos autores que dan lugar a una obra común, pero además concurre un sujeto especial, quien

⁴⁸⁴ *Cfr.* Satanowsky, Isidro, *Derecho Intelectual*, Tomo I, Ed. TEA, Argentina, 1954, p. 470.

⁴⁸⁵ Según plantea Del Castillo: “El avance en el conocimiento científico puro requiere cada vez con mayor énfasis la existencia de doctores formados en equipos de trabajo. A estos equipos los define el art. 40.2 LOU (Ley Orgánica de Universidades, No. 6/2000, de 21 de diciembre) como unidades básicas para la realización de la investigación, sin perjuicio de la libre investigación individual. Y la Carta Europea del Investigador estima que la coautoría demuestra un planteamiento constructivo de la práctica en la investigación, por lo que recomienda a las instituciones su valoración positiva.”, Del Castillo, Isabel Cecilia, *Propiedad intelectual, investigación y tesis doctorales*, Ed. Marcial Pons, España, 2013, p. 64.

⁴⁸⁶ *Cfr.* Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant lo Blanch, 6ta edición, España, 2015, p. 75.

toma la iniciativa de la creación, coordina la participación de todos y cada uno de los autores que contribuyen a aquélla y quien finalmente la edita y divulga bajo su nombre⁴⁸⁷.

En el ámbito académico el caso de la obra colectiva hace referencia a los libros preparados -y editados en muchos casos también- por un sujeto, casi siempre persona natural, que funge como coordinador de la obra, gestionando las aportaciones de cada uno de los autores seleccionados o invitados a participar en la obra común, que por lo general versa sobre una temática determinada.

Dado que las obras científicas constituyen objeto de tutela por el derecho de autor, es acertado entonces considerar como autor al investigador que publica sus artículos en revistas científicas, y por ende como sujeto de los derechos autorales (morales y patrimoniales⁴⁸⁸) en razón de las obras creadas. En principio y como norma general, se les considera como poseedores de todas las prerrogativas autorales, al igual que los autores del resto de los tipos de obras protegidas. Sin embargo, es necesario tener en cuenta una característica común en la gran mayoría de los autores de obras científicas –salvo los casos de investigadores que laboran a título individual- enmarcada en el hecho de la realización de investigaciones como empleados de entidades públicas o privadas, y por tanto las obras científicas normalmente son creadas y publicadas dentro de la actividad laboral.

En este sentido, el estatus que ocupe el autor científico con relación a sus obras publicadas depende en buena medida de lo que esté regulado en las legislaciones nacionales –en los casos donde exista pronunciamiento específico-, puesto que las normas internacionales son omisas al respecto.

Específicamente en el caso de las obras científicas publicadas en revistas científicas, el mecanismo habitual se basa en la transmisión de los derechos patrimoniales por parte del autor al editor de la revista, sin lo cual no se podrá

⁴⁸⁸ Debe considerarse que el derecho de autor es un sistema de estructura compleja que tutela dos conjuntos de derechos o facultades del autor, y que son diferentes entre sí, por un lado están los derechos de carácter moral que protegen el vínculo indisoluble entre la personalidad del autor y su creación; y en el otro extremo están los derechos patrimoniales o también llamados “de explotación”, los cuales reconocen al creador la facultad exclusiva de autorizar el uso de su obra por cualquier medio o procedimiento y obtener por ello un beneficio económico. Dentro de las prerrogativas o facultades de carácter moral se incluyen, con posturas diversas en el derecho convencional en la materia y en las legislaciones nacionales, los derechos de divulgación, paternidad, integridad y de retracto. En tanto, que dentro de las facultades de carácter patrimonial se incluyen los derechos de reproducción, transformación, distribución y comunicación pública. Nota de la autora.

publicar efectivamente la obra. Para lo cual será necesario que el autor ostente la titularidad de los derechos de explotación sobre su obra, o haya sido autorizado en caso de ser trabajador asalariado de una universidad o centro de investigación, premisa sin la cual no podría producirse dicha transmisión.

Como otras obras creativas susceptibles de publicarse y difundirse a través de Internet, las obras científicas también, y principalmente, se divulgan y están disponibles en el ciberespacio, siendo su presencia más fuerte en las revistas científicas digitales en el formato de artículos como se mencionó anteriormente.

En cuanto a la protección en el ámbito virtual de las obras creativas, incluyendo las científicas, se garantiza normativamente a nivel internacional a través del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), adoptado en 1996, que regula varios aspectos relacionados con los derechos de autor en el ámbito digital y de comunicación a través de Internet, y que en su Artículo 8 establece el derecho de comunicación al público como el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que elijan. Derecho que, sin duda, posibilita la puesta a disposición del público en Internet de los contenidos protegidos.

Así pues, los avances tecnológicos digitales han permitido el desarrollo masivo y acelerado de las revistas científicas en formato digital, rebasando ampliamente al formato impreso, aunque ello no signifique la total desaparición de este último. Esto ha sido altamente positivo, reduciendo de forma considerable los costos de edición y distribución, permitiendo una mayor velocidad de publicación y accesibilidad a los contenidos publicados, gracias a la red global de Internet.

Dado lo anterior, es acertado considerar entonces, que estos elementos fusionados deberían representar una mayor divulgación de la ciencia a nivel mundial, y por tanto un mayor y más fácil acceso de los usuarios a las obras científicas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la divulgación de la ciencia ha funcionado durante siglos a través de un sistema, cuyo sostén fundamental es el editor de revistas científicas como intermediario prácticamente imprescindible para la publicación final de las obras científicas. Figura en la cual confía la comunidad científica, puesto que –y hay que reconocer con justeza su responsabilidad en esta relación– es el encargado de velar por la calidad y el prestigio de las publicaciones científicas, para lo cual cuenta con herramientas de elevada efectividad para la medición de los parámetros de calidad e impacto de las revistas científicas. Y justamente por ello, la publicación de las obras científicas en general pasa por el tamiz de las editoriales de revistas

científicas, que mientras más prestigiosas sean, mejores serán las revistas que publica, puesto que están insertadas en las bases de datos indexadas⁴⁸⁹ que reúnen las revistas de más calidad en la comunidad científica internacional.

Así pues, el mercado editorial científico está liderado por un reducido grupo de editoriales comerciales. Concretamente los cinco mayores consorcios editoriales a nivel mundial son las compañías Elsevier, Wiley, Springer, Taylor & Francis, y SAGE, que concentran más de la mitad de las revistas científicas en sus catálogos editoriales (52%), según la publicación de 2016 de *Periodical Price Survey*⁴⁹⁰.

En el ámbito de Internet los usuarios que pretendan acceder a los libros y artículos de revistas publicadas por estos grandes consorcios editoriales deberán pagar altos precios, ya sea por la descarga (*pay for subscription*)⁴⁹¹ o acceso para lectura (*pay per view*)⁴⁹² del artículo o libro en cuestión.

Ahora bien, frente a este sistema tradicional de divulgación de las obras científicas se ha alzado como respuesta y solución de su acceso restringido y excesivamente oneroso, el *Open Access* o sistema de acceso abierto que elimina las barreras de precios (suscripciones, aranceles por licencias, aranceles de pago-por-ver) y las barreras de permisos (la mayoría de las restricciones de derechos de autor y licencias)⁴⁹³. Como

⁴⁸⁹ Se refieren a las bases de datos indexadas establecidas en las plataformas de evaluación de calidad de las publicaciones científicas de más prestigio y peso dentro de la comunidad científica internacional, que son la base de datos *Journal Citation Report*, que publica anualmente la empresa de información Thomson Reuters, originaria de EUA, y la base de datos Scopus editada por el consorcio editorial Elsevier. Por lo general, la evaluación de la calidad de las publicaciones se basa en el conocido “factor de impacto” que se refiere a una revista, y para un año determinado es el cociente entre las citas obtenidas en ese año, procedentes de los artículos publicados en los dos años anteriores, y el número de artículos publicados en los dos años anteriores. Cfr. Rojas Sola, José Ignacio, y De San Antonio Gómez, Carlos, Análisis bibliométrico de las publicaciones científicas colombianas en la categoría *engineering, multidisciplinary* de la base de datos *web of science* (1997-2009), *Dyna*, año 77, num. 164, Colombia, diciembre 2012, p. 10, en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=49620414001>, consultada el 25 de agosto de 2017. Para más información véase: Quirós, Fernando, Prisioneros de la Bibliometría. Contra lo cuantitativo como sistema de evaluación de la actividad investigadora, *Ámbitos Revista Andaluza de Comunicación*, núm. 25, España, julio-diciembre, 2014, pp. 4, 5, en: <http://www.redalyc.org/pdf/168/16832256001.pdf>, consultada el 25 de agosto de 2017; Pérez Reyes, Guillermo A., Martínez Rodríguez, Ailín, La ciencia como empresa social: su evaluación desde la bibliometría, *Biblios*, num. 55, 2014, p. 32, en: <http://biblios.pitt.edu/ojs/index.php/biblios/article/view/157/202>, consultada el 24 de agosto de 2017.

⁴⁹⁰ Bosch, Stephen, Henderson, Kittie, *Fracking the Ecosystem. Periodical Price Survey, 2016 de Library Journal*, disponible en: http://lj.libraryjournal.com/2016/04/publishing/fracking-the-ecosystem-periodicals-price-survey-2016/#_, consultada el 30 de agosto de 2017.

⁴⁹¹ Pago por ver o acceder a un artículo determinado de la revista

⁴⁹² Pago por suscripción para acceder a todo el contenido de la revista

⁴⁹³ Cfr. Suber, Peter, Una introducción al acceso abierto, en publicación: Babini, Dominique; Fraga, Jorge CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Argentina, 2006, Trad. Florencia Enghel, p.

parte de este sistema se han desarrollado diferentes modelos de licencias que pueden otorgar los autores o titulares, donde pueden transferir los derechos de explotación con determinadas reservas y condiciones, donde resaltan las licencias abiertas, de las cuales las más utilizadas son las licencias *copyleft*, creadas por la *Free Software Foundation* (Richard Stallman), que se caracterizan porque además de permitir la copia, modificación, reproducción y distribución del trabajo u obra, garantizan que se mantenga el mismo tipo de licencia para los receptores de la copia o de las obras derivadas; y las licencias *Creative Commons*, donde el autor puede ceder algunos derechos sobre su creación en unas condiciones determinadas ("Algunos derechos reservados" vs. "Todos los derechos reservados"). Estas últimas son ampliamente utilizadas en el ámbito científico con múltiples variantes derivadas de estas condiciones iniciales⁴⁹⁴.

A pesar de los pasos de avance que ha dado el movimiento de acceso abierto y de los logros que sin duda ha tenido, en cuanto a revistas científicas se refiere, éstas continúan siendo minoría frente a los gigantes que dominan el mercado editorial científico⁴⁹⁵, ostentando más prestigio y calidad que las publicadas en acceso abierto y por ello los autores científicos continúan prefiriendo publicar en este tipo de revistas.

3.1. ¿Es el derecho de autor un derecho fundamental?

En las últimas décadas, e insertado también en la ola envolvente de los debates en torno a los derechos inherentes al ser humano, se han desarrollado ciertas posiciones doctrinales alrededor de considerar o no a los derechos de autor como derechos fundamentales. En su mayoría, los autores coinciden en afirmar la pertenencia del derecho de la propiedad intelectual a la familia de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, basándose en

16, en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/babini/Peter%20Suber.pdf>, consultada el 20 de agosto de 2017.

⁴⁹⁴ Cfr. Abadal, Ernest, Acceso abierto a la ciencia, "Colección El profesional de la información", Ed. UOC, España, 2012 (versión del autor), pp. 31, 32, en: <http://eprints.rclis.org/16863/1/2012-acceso-abierto-epi-uoc-vfinal-autor.pdf>, consultada el 20 de mayo de 2016.

⁴⁹⁵ De acuerdo a los datos aportados por la Revista para Bibliotecas (*Library Journal*) en el estudio anual *Periodical Price Survey* del 2015, el porcentaje de revistas en acceso abierto se mantuvo casi en el mismo nivel que años anteriores, al 3% en el 2015 según índices combinados. Cfr. Bosch, Stephen, Henderson, Kittie, *Whole Lotta Shakin' Goin' On. Periodicals Price Survey 2015*, publicación de *Library Journal*, 23 de abril de 2015, en: <http://lj.libraryjournal.com/2015/04/publishing/whole-lotta-shakin-goin-on-periodicals-price-survey-2015/>, consultada el 15 de abril de 2016.

lo establecido por los principales instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos⁴⁹⁶.

Partiendo de lo regulado en instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁴⁹⁷ de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁴⁹⁸ de 1966, y también el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)⁴⁹⁹ de 1988, en efecto se reconoce a toda persona el derecho a la libre participación en la vida cultural, en el progreso científico, y a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. Y en el caso específico del PIDESC y el Protocolo de San Salvador, establecen además

⁴⁹⁶ Para ahondar más en estas posturas doctrinales pueden consultarse los siguientes autores: Lipszyc, Delia, Derecho de autor y derechos conexos, 2ª Edición, Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA, Argentina, 2006, pp. 38, 39; Delgado Porras, Antonio, Propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos (afines) al de autor: nociones generales en Delgado Porras, Antonio, "Derecho de autor y derechos afines al de autor", Instituto de Derecho de Autor, t. I, 2007, p. 286; Wilder, Richard, Los derechos de los inventores y creadores como derechos humanos fundamentales. La propiedad intelectual y los derechos humanos, en el Foro sobre creatividad e invenciones. Un mejor futuro para la humanidad en el siglo XXI, OMPI, Finlandia, octubre 2000, pp. 5, 8; Chapman, Audrey, La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en La propiedad intelectual como derecho humano, Boletín de derecho de autor, Ed. UNESCO, vol. XXXV, num. 3, julio-septiembre, 2001, p. 15, disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf>, consultada el 30 de agosto de 2017.

⁴⁹⁷ Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

⁴⁹⁸ Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el Presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

⁴⁹⁹ Artículo 14

Derecho a los beneficios de la cultura

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:
 - a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;

una serie de medidas que deberán adoptar los Estados partes para asegurar el pleno ejercicio de ese derecho como la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura; el respeto de la libertad para la investigación científica y para la actividad creadora; y el reconocimiento de los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Sin embargo, tal derecho no se refiere directamente a la propiedad que detentan los creadores —en el caso que interesa a este estudio, al derecho de autor— sobre sus obras intelectuales, sino en primera instancia al derecho que comprende la libertad de toda persona para llevar a cabo una actividad creadora en el campo literario, científico o artístico, según sea su elección y cuando decida hacerlo, y al derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las obras intelectuales de que sea autora. En otras palabras, el derecho fundamental consagrado en los principales instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos, se refiere al derecho de toda persona a la protección correspondiente en caso de que cree una obra intelectual, puesto que todos los seres humanos podrían ser potenciales creadores en algún momento de su existencia, o como lo denomina De la Parra⁵⁰⁰, “derecho a la protección jurídico-autoral”, y que considera acertado contemplarlo como tal en los instrumentos internacionales en la materia y en diversas constituciones, debido a la noción de dignidad humana, en tanto las obras son un reflejo del ser de sus creadores, además, si los autores dedican tiempo y esfuerzo (trabajo) a crear obras, es justo que el autor obtenga una retribución o beneficio material por esa labor. La dignidad humana implica que no se le trate al autor como cosa o instrumento, sino como un fin.

b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;

c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

⁵⁰⁰ *Cfr.* De la Parra Trujillo, Eduardo V., *Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Estudios Jurídicos, num. 721, 2ª Edición, México, 2015, pp. 282, 286.

De manera que, analizados los argumentos anteriores, se considera que en realidad el derecho de autor sí es un derecho fundamental y en principio por estar incluido y reconocido en los principales instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos fundamentales como ya se mencionó. Pero el derecho reconocido a las personas como potenciales autores de una obra intelectual en algún momento de su vida y al beneficio de la protección de los intereses morales y materiales correspondientes, no se refiere al derecho de propiedad sobre sus creaciones y mucho menos a los beneficios económicos que perciben por la explotación de sus derechos patrimoniales, tanto los autores como los titulares.

4. Acceso a las obras científicas frente a la acción de derechos fundamentales de los usuarios en Internet

Como se explicó anteriormente, las obras científicas se divulgan principalmente a través de los grandes consorcios editoriales que publican las mejores revistas científicas incluidas en bases de datos indexadas y también como libros que igualmente publican estas editoriales. Para acceder a tales obras en Internet los usuarios interesados podrán utilizar fundamentalmente dos vías: de forma individual, a título personal en el sitio de la editorial que publica la revista o el libro en cuestión, donde deberán pagar precios excesivamente onerosos⁵⁰¹; o a través de la biblioteca de la universidad o institución de investigación a la que pertenezcan, la que a su vez también deberá destinar grandes recursos económicos por el acceso electrónico a todas las revistas de una editorial comercial por un precio basado en los pagos actuales a la editorial junto con incrementos anuales⁵⁰². En ambos casos, el acceso se encuentra fuertemente restringido por los pagos excesivos, tanto si es a título individual como para las bibliotecas de las universidades y centros de investigación, que mayormente funcionan con fondos públicos y cuyos presupuestos ya son insuficientes para afrontar los gastos que supone mantener los paquetes de publicaciones y libros en línea.

Por otra parte, otro aspecto a tener en cuenta en este análisis se refiere a que los usuarios o cibernautas mayormente interesados en el acceso a este tipo de obras

⁵⁰¹ Los precios de las publicaciones científicas comenzaron a subir dramáticamente desde mediados de la década de los años 80, con lo que se conoce como la “crisis de las revistas” (serial crisis). Según la Revista para bibliotecas (*Library Journal*) de EUA, que publica estudios anuales sobre la situación de los precios de las revistas científicas en todo el mundo (*Periodical Price Survey*), en el año 2016 el costo promedio de las revistas de editoriales científicas comerciales fue de \$1,486 USD, con un incremento del 5% con relación al costo promedio en el 2015, de \$1,413 USD. Bosch, Stephen, Henderson, Kittie, *op. cit.*, nota 26.

⁵⁰² *Cfr.* Frazier, Kenneth, *The Librarians' Dilemma: contemplating the costs of the "Big Deal, D-Lib Mag.*, vol. 7, issue 3, Marzo 2001, disponible en: <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/5965/the%20librarians%20dilemma.pdf?sequence=1>, consultada el 20 de agosto de 2017.

constituyen la masa de estudiantes, investigadores y académicos pertenecientes a la propia comunidad científica, en otras palabras, dígase los propios autores o posibles autores de estos contenidos protegidos por el derecho de autor. Personas afectadas que han alzado sus voces para protestar, en principio contra la protección de los derechos de autor de tales obras que les impide acceder a las mismas debido a los excesivos precios que imponen las grandes editoriales científicas comerciales como consecuencia de la explotación de estos derechos, pero que al final se traduce en el inmenso poderío de estos titulares de derechos que les permite incrementar los precios de las publicaciones⁵⁰³.

Consecuentemente, se comprende que las voces de protesta de los usuarios aleguen que están resultando afectados sus derechos fundamentales al acceso a la información, educación e investigación como consecuencia de darle predominio a la protección de los derechos de autor sobre las obras científicas. Sucediendo esto incluso sin tener en cuenta las restricciones a los derechos patrimoniales establecidas en los principales instrumentos jurídicos internacionales de derecho de autor, que en la mayoría de las legislaciones supranacionales y nacionales no recaen sobre los editores comerciales⁵⁰⁴.

Tales restricciones a los derechos patrimoniales de los titulares de los derechos de autor hacen referencia al sistema de restricciones al derecho de reproducción establecido, en primer lugar, en el artículo 9, apartado 2 del Convenio de

⁵⁰³ Contra el creciente y amenazador monopolio editorial ya se ha manifestado abiertamente la comunidad científica en varias ocasiones como por ejemplo la Universidad de Harvard en el 2012, al emitir un comunicado anunciando que no podían seguir pagando por las suscripciones anuales, declarando como insostenible la situación. Artículo *Harvard University says it can't afford journal publishers' prices*, publicado en el periódico *The Guardian*, 24 de abril de 2012, en: <https://www.theguardian.com/science/2012/apr/24/harvard-university-journal-publishers-prices>, consultada el 25 de agosto de 2017. Otro ejemplo fue el profesor Timothy Gowers de la Universidad de Cambridge, quien llevó a cabo un boicot contra Elsevier con el movimiento conocido como "El Costo del Conocimiento" (*The Cost of Knowledge*), igualmente en el 2012. Artículo *As Journal Boycott Grows, Elsevier Defends Its Practices*, publicado en *The chronicle of higher education*, por Josh Fischman, 31 de enero de 2012, en: http://chronicle.com/article/As-Journal-Boycott-Grows/130600/?sid=at&utm_source=at&utm_medium=en, consultado el 24 de agosto de 2017.

⁵⁰⁴ Al respecto y sólo a modo de ejemplo, resalta lo establecido en el artículo 5, apartado 3, inciso n) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, con relación a la limitación o excepción a los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación al público, y puesta a disposición al público en cuanto a la posibilidad de comunicación o puesta a disposición del público de obras en línea para fines de investigación o educación, y cuyo acceso sea a través de terminales especializadas de las bibliotecas, centros de enseñanza o museos, pero excluye las obras que sean objeto del ámbito comercial, por lo tanto con ello las editoriales comerciales no están obligadas permitir el acceso a las obras científicas que publican en razón de excepciones en interés de los usuarios.

Berna, también conocido como regla de los tres pasos, consistente en un sistema de prueba o examen integrado por tres criterios o pasos que son tomados en consideración para proceder a establecer o no las restricciones y en qué medida. Estos criterios se refieren a que se trate de determinados casos especiales; que no se atente contra la explotación normal de la obra; y por último que no cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. A su vez, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio de 1994 (Acuerdo de los ADPIC) y el TODA, retomaron este sistema de restricciones, aunque ampliándolo a todos los derechos patrimoniales, artículos 13 y 10, respectivamente.

Por lo que, de inicio, se considera que, en efecto, sí resultan afectados determinados derechos fundamentales de los usuarios en cuanto al acceso restringido a las obras científicas en Internet, debido a la preponderancia de la protección de los derechos de autor, por lo que se puede hablar de una colisión entre ambos derechos. Pero en realidad el choque se produce entre los derechos fundamentales afectados de los cibernautas y la explotación desmedida de los derechos patrimoniales sobre las obras por parte de las editoriales comerciales como titulares de tales derechos, al no estar ya en manos de los autores, quienes los han transferido, por lo general de forma gratuita, a los editores de las revistas científicas, como condición imprescindible para la publicación de la obra. Y a su vez, debe entenderse que los altos precios de acceso a las publicaciones científicas se deben al fuerte poderío de los consorcios editoriales científicos que concentran el mayor número de publicaciones científicas a nivel mundial, como ya se mencionó.

Como se aprecia, la causa fundamental de la colisión reside en los titulares de derecho de autor, quienes explotan ilimitadamente los derechos patrimoniales que detentan sobre las obras científicas y cuentan con la protección jurídica establecida por la mayoría de las legislaciones nacionales para los derechos de autor, sin ser además objeto de limitaciones y excepciones a los derechos de explotación establecidas en las legislaciones especiales nacionales.

Ahora bien, la solución para tal problemática no debería ser la renuncia a ambos grupos de derechos puesto que no se trata de derechos antagónicos, sino que resulta necesaria una armónica y pacífica coexistencia, lo que podría provenir precisamente del establecimiento de un adecuado sistema de restricciones de los derechos patrimoniales sobre las obras científicas.

La gran mayoría de las legislaciones nacionales en sus normas especiales en materia de derecho de autor, regulan algún sistema de restricciones a los derechos

de explotación con aplicación de la citada regla de los tres pasos. Así, existen dos grandes tendencias o sistemas de regulación de las restricciones a los derechos de explotación: los sistemas cerrados y los sistemas abiertos. En los países de tradición jurídica continental, las restricciones a los derechos de explotación se fijan en listados cerrados y se definen en forma estricta, al grado que deben interpretarse restrictivamente y no se pueden aplicar mediante analogía. En tanto que el sistema abierto se encuentra presente en los países del common law, principalmente en los EUA, donde el sistema del copyright los derechos se definen de manera limitada y están sujetos a defensas abiertas como el *fair use*⁵⁰⁵, el *fair dealing*⁵⁰⁶, que dejan a los jueces cierto espacio para resolver sobre si, algunos usos inconscientes de obras, resultan o no violatorios de derechos⁵⁰⁷.

No obstante, los sistemas de restricciones regulados por los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, por lo general resultan, las más de las veces, insuficientes para las disímiles y nuevas situaciones que se presentan en la realidad y más en el actual ámbito de Internet, y en las que se precisa ponderar los intereses de los autores y titulares de los derechos de autor frente a los derechos fundamentales de los usuarios que puedan ser vulnerados. Además, de aquellas normas especiales nacionales que de por sí establecen sistemas de restricciones que favorecen abiertamente los intereses del sector comercial.

Por ello se considera que más que la utopía de que los legisladores nacionales establezcan sistemas de restricciones acordes con la situación actual en el entorno digital, lo cual acaso podría lograrse para las obras intelectuales en general, lo más acertado sería abogar por un nuevo instrumento jurídico internacional⁵⁰⁸ dirigido a las restricciones a los derechos de explotación que hiciera énfasis en las excepciones a favor de la educación, investigación e información y por consiguiente en respeto de los derechos fundamentales respectivos de los usuarios en Internet, frente a los derechos de explotación de las editoriales científicas comerciales.

⁵⁰⁵ El *fair use* se refiere a la utilización gratuita de una obra por parte de los usuarios, siempre que no perjudique los intereses económicos del autor, y para fines como la crítica, comentarios, investigación, educación (incluyendo una cantidad de copias de la obra para distribuir en clase), entre otros fines similares. Nota de la autora.

⁵⁰⁶ El *fair dealing* es similar al fair use estadounidense pero menos flexible, dado que sólo es aplicable a las categorías expresamente establecidas. Nota de la autora.

⁵⁰⁷ Cfr. De la Parra Trujillo, Eduardo V., *op. cit.*, nota 36, pp. 321, 322.

⁵⁰⁸ Precisamente, en el año 2008, dentro del Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, la delegación chilena propuso la creación de un tratado en restricciones al derecho de explotación, moción que recibió un apoyo considerable (aunque fue vista con recelo por algunos países desarrollados). Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., “*Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid*”, <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/opinion-EIPR.html>, septiembre de 2009, consultada el 2 de septiembre de 2017.

5. Conclusiones

Para poner punto final a esta breve investigación sobre la problemática resultante de la colisión entre los derechos de autor de las obras científicas y los derechos fundamentales de los usuarios en el ámbito de Internet, se exponen algunas reflexiones que pueden aportar al debate en torno a este tema.

En primer lugar, está claro que en las condiciones actuales que vive la humanidad en cuanto al impacto de la tecnología digital, cada vez con más frecuencia los derechos fundamentales civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los ciudadanos y todas las personas en general se están manifestando en el ámbito en Internet, por tanto como asevera Pérez Luño⁵⁰⁹, se siente hoy con mayor intensidad que en cualquier etapa histórica precedente, la exigencia de que los derechos y las libertades no se vean comprometidos por el tránsito de las fronteras estatales; lo que implica tomar en serio el compromiso en pro de la ciudadanía cosmopolita. Y, por tanto, con ello se considera crucial que, en efecto, el acceso a Internet se constituya también como un derecho fundamental que en puridad representa la posibilidad de ejercer otros derechos fundamentales como el derecho de libertad de expresión, derecho a la información, educación, cultura, trabajo, entre otros.

En segundo lugar, se considera que el derecho de autor es también un derecho fundamental pero entendido como el reconocimiento de las personas como potenciales autores de una obra intelectual en algún momento de su vida y al beneficio de la protección de los intereses morales y materiales correspondientes, y no en el sentido del derecho de propiedad del autor sobre sus creaciones y mucho menos a los beneficios económicos que perciben por la explotación de sus derechos patrimoniales, tanto los autores como los titulares.

En tercer lugar, es evidente el hecho de las problemáticas que suscita la colisión entre los derechos fundamentales de los usuarios en Internet y los derechos de explotación sobre las obras científicas de las editoriales científicas comerciales, las cuales pueden solucionarse a partir de una armónica y pacífica coexistencia que podría provenir precisamente del establecimiento de un adecuado sistema de restricciones de los derechos patrimoniales sobre las obras científicas.

⁵⁰⁹ *Cfr.* Pérez Luño, Antonio E., *La tercera generación de derechos humanos*, Ed. Aranzadi, España, 2006, p. 89.

Por lo tanto, se propone abogar por un nuevo instrumento jurídico internacional dirigido a las restricciones a los derechos de explotación que hiciera énfasis en las excepciones a favor de la educación, investigación e información y por consiguiente en respeto de los derechos fundamentales respectivos de los usuarios en Internet, frente a los derechos de explotación de las editoriales científicas comerciales.

Referencias

Bibliográficas

- Alonso-Arévalo, Julio *et. al.*, La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto, “El copyright en cuestión: Diálogos sobre propiedad intelectual”, Ed. Deusto, España, 2011
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Comentario del Artículo 2.1, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), “Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas”, Ed. Tecnos, España, 2013
- (coord.), Manual de Propiedad Intelectual, Ed. Tirant lo Blanch, 6ta edición, España, 2015
- Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Estudios Jurídicos, num. 185, México, 2004
- De la Parra Trujillo, Eduardo V., Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Estudios Jurídicos, num. 721, 2ª Edición, México, 2015
- Del Castillo, Isabel Cecilia, Propiedad intelectual, investigación y tesis doctorales, Ed. Marcial Pons, España, 2013
- Delgado Porras, Antonio, Propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos (afines) al de autor: nociones generales en Delgado Porras, Antonio, “Derecho de autor y derechos afines al de autor”, Instituto de Derecho de Autor, t. I, 2007
- Lipszyc, Delia, Derecho de autor y derechos conexos, 2ª Edición, Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, Argentina, 2006
- Pérez Luño, Antonio E., La tercera generación de derechos humanos, Ed. Aranzadi, España, 2006
- Rubio Moraga, Ángel L., Historia e Internet: aproximación al futuro de la labor investigadora, en COMPANY, A., PONS, J., SERRA, S.: La Comunicación Audiovisual en la Historia (Vol. I), España, 2001.
- Satanowsky, Isidro, Derecho Intelectual, Tomo I, Ed. TEA, Argentina, 1954
- Ureña Salcedo, Juan A., Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos, en Altés Tárrega, Juan Antonio (coord.), “Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual”, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2015

Wilder, Richard, Los derechos de los inventores y creadores como derechos humanos fundamentales. La propiedad intelectual y los derechos humanos, en el Foro sobre creatividad e invenciones. Un mejor futuro para la humanidad en el siglo XXI, OMPI, Finlandia, octubre 2000

Hemerográficas

Geiger, Christophe, “*Propriété intellectuelle. Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle?*”, La Semaine Juridique, num. 29, 2004

Electrónicas

Abadal, Ernest, Acceso abierto a la ciencia, “Colección El profesional de la información”, Ed. UOC, España, 2012 (versión del autor), en: <http://eprints.rclis.org/16863/1/2012-acceso-abierto-epi-uoc-vfinal-autor.pdf>, consultada el 20 de mayo de 2016.

Artículo *As Journal Boycott Grows, Elsevier Defends Its Practices*, publicado en *The chronicle of higher education*, por Josh Fischman, 31 de enero de 2012, en: http://chronicle.com/article/As-Journal-Boycott-Grows/130600/?sid=at&utm_source=at&utm_medium=en, consultado el 24 de agosto de 2017.

Artículo *Harvard University says it can't afford journal publishers' prices*, publicado en el periódico *The Guardian*, 24 de abril de 2012, en: <https://www.theguardian.com/science/2012/apr/24/harvard-university-journal-publishers-prices>, consultada el 25 de agosto de 2017

Banco Mundial, EUA, 2016, pp. 2-4, disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/658821468186546535/pdf/102724-WDR-WDR2016Overview-SPANISH-WebResBox-394840B-OUO-9.pdf>, consultada el 22 de agosto de 2017.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, La protección de la investigación, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 20, 2005, en [http://www.aranzadi.es/soporte/servicios-de-suscripcion/buscador-de-articulos-de-revista?search_api_views_fulltext=Revista%20Doctrinal%20Aranzadi%20Civil-Mercantil%20no.%2020/2005&f\[0\]=field_revista%3A149](http://www.aranzadi.es/soporte/servicios-de-suscripcion/buscador-de-articulos-de-revista?search_api_views_fulltext=Revista%20Doctrinal%20Aranzadi%20Civil-Mercantil%20no.%2020/2005&f[0]=field_revista%3A149), consultada el 20 de agosto de 2017.

Bosch, Stephen, Henderson, Kittie, *Whole Lotta Shakin' Goin' On. Periodicals Price Survey 2015*, publicación de *Library Journal*, 23 de abril de 2015, en: <http://lj.libraryjournal.com/2015/04/publishing/whole-lotta-shakin-goin-on-periodicals-price-survey-2015/>, consultada el 15 de abril de 2016.

-----, *Fracking the Ecosystem. Periodical Price Survey, 2016* de *Library Journal*, disponible en: http://lj.libraryjournal.com/2016/04/publishing/fracking-the-ecosystem-periodicals-price-survey-2016/#_, consultada el 30 de agosto de 2017.

Bustamante Donas, Javier, Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, num. 1,

- septiembre-diciembre 2001, p. 2, disponible en: <http://www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm>, consultado el 15 de agosto de 2017.
- Chapman, Audrey, La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en *La propiedad intelectual como derecho humano*, Boletín de derecho de autor, Ed. UNESCO, vol. XXXV, num. 3, julio-septiembre, 2001, disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf>, consultada el 30 de agosto de 2017.
- Ferrajoli, Luigi, Sobre los derechos fundamentales, *Cuestiones constitucionales*, Revista mexicana de derecho constitucional, num. 15, julio-diciembre 2006, trad. Miguel Carbonell, pp. 116, 117, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7599>, consultado el 20 de agosto de 2017
- Frazier, Kenneth, *The Librarians' Dilemma: contemplating the costs of the "Big Deal, D-Lib Mag.*, vol. 7, issue 3, Marzo 2001, disponible en: <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/5965/the%20librarians%20dilemma.pdf?sequence=1>, consultada el 20 de agosto de 2017
- Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., "*Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid*", <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/opinion-EIPR.html>, septiembre de 2009, consultada el 2 de septiembre de 2017.
- Pérez Reyes, Guillermo A. y Martínez Rodríguez, Ailín, La ciencia como empresa social: su evaluación desde la bibliometría, *Biblios*, num. 55, 2014, en: <http://biblios.pitt.edu/ojs/index.php/biblios/article/view/157/202>, consultada el 24 de agosto de 2017.
- Quirós, Fernando, Prisioneros de la Bibliometría. Contra lo cuantitativo como sistema de evaluación de la actividad investigadora, *Ámbitos Revista Andaluza de Comunicación*, núm. 25, España, julio-diciembre, 2014, en: <http://www.redalyc.org/pdf/168/16832256001.pdf>, consultada el 25 de agosto de 2017
- Rojas Sola, José Ignacio, y De San Antonio Gómez, Carlos, Análisis bibliométrico de las publicaciones científicas colombianas en la categoría engineering, multidisciplinary de la base de datos web of science (1997-2009), *Dyna*, año 77, num. 164, Colombia, diciembre 2012
- Reporte del Relator Especial para la promoción y protección del derecho de libertad de expresión y opinión del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, de 16 de mayo de 2011, disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf, consultado el 30 de agosto de 2017.
- Rodríguez Álvarez, José Luis (ex Director de la Agencia Española de Protección de Datos Personales), "La protección de datos personales en las redes sociales", conferencia magistral impartida en ocasión del evento Infodf por el día internacional de la protección de datos personales, efectuado en enero de 2016, México, disponible en: <http://infodf.org.mx/seminariodatos2016/presentaciones/dia29/Conferencia%20Magistral%202.pdf>, consultada el 22 de agosto de 2017

Sitio oficial de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, consultada el 20 de julio de 2017.

Suber, Peter, Una introducción al acceso abierto, en publicación: Babini, Dominique; Fraga, Jorge CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Argentina, 2006, Trad. Florencia Enghel, en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/babini/Peter%20Suber.pdf>, consultada el 20 de agosto de 2017.

Legislativas

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Tratados

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech de 15 de abril 1994.

Convenio de Berna para la protección de las obras de literatura y artísticas, 1886 (texto Acta de Paris, 1971).

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC)

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, Ginebra, 1996 (TODA).

Sexta Parte

Derecho público

Neoliberalización de la educación superior pública en Colombia

Lizeth Juliana García Atra⁵¹⁰

Resumen

Actualmente, bajo las exigencias del modelo económico neoliberal, el derecho a la educación superior ha venido siendo progresivamente reducido a la categoría de servicio, con lo cual se limitan cada vez más las posibilidades de acceso a ella para los sectores poblacionales más vulnerables de la sociedad, teniendo en cuenta, además, el paulatino fenómeno de privatización de las instituciones universitarias. Si bien el Estado colombiano cuenta con una amplia regulación de este derecho, que va desde los mandatos constitucionales hasta su posterior desarrollo legal, la marcada influencia sobre dichas normas, de instrumentos jurídicos y políticos internacionales amparados en las leyes de mercado, ha logrado que el gobierno tenga cada vez menor control sobre el sistema educativo nacional, y que este a su vez, se encuentre más lejos de lograr satisfacer las demandas y necesidades verdaderas de la sociedad, convirtiéndose así en un instrumento más al servicio de tales lógicas mercantiles. Palabras Clave: Contratos, incumplimiento, contratos de cumplimiento sucesivo, equilibrio de las prestaciones, rebus sic stantibus, legislaciones centroamericanas.

Abstract

Currently, under the demands of the neoliberal economic model, the right to higher education has been progressively reduced to the category of service, which limits the possibilities of access to it for the most vulnerable population groups of society. , taking into account, in addition, the gradual phenomenon of privatization of university institutions. Although the Colombian State has a broad regulation of this right, which ranges from constitutional mandates to its subsequent legal development, the marked influence on these norms, of international legal and political instruments protected by market laws,

⁵¹⁰ Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos - México, Especialista en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá - Colombia), lizethjuliana_523@hotmail.com.

has meant that the Government has less and less control over the national educational system, and that this, in turn, is further from meeting the demands and real needs of society, thus becoming an instrument more at the service of such business logics.

Keywords

Educación superior, privatización, instrumentos jurídicos, servicio, Estado colombiano.

Introducción

En los países latinoamericanos, se han venido presentando una serie de reformas (en lo político, lo económico y social) durante las últimas décadas, cuyo propósito ha sido lograr el fortalecimiento de las economías internas, para que estas puedan incorporarse de modo más eficaz a las nuevas dinámicas mundiales. El caso colombiano viene siendo fiel muestra de ello, pues, dichas reformas, que fueron en un principio realizadas por los gobiernos de turno durante los periodos presidenciales comprendidos entre los años 1986-1990 y 1994-1998, son continuadas hoy en día por los mandatarios sucesivos, y se encuentran caracterizadas por inclinarse fuertemente hacia la privatización tanto de bienes, servicios e instituciones de carácter público, así como por la implementación de metodologías y políticas más acordes con las lógicas comerciales, en lo que se conoce como el ascenso del modelo neoliberal.

Bien sostiene Martínez-Álvarez que entre los objetivos principales del neoliberalismo “se encuentran el crecimiento económico a través del libre mercado, con el fin de hacer más prósperas las regiones y los países y lograr bajar los índices de desempleo, pobreza y desigualdad”, motivos que serían por demás suficientes para avalar y justificar dicho modelo, aun cuando se ha visto que presenta serias inconsistencias y notables contradicciones, a través de las cuales es posible concluir “que no permite demostrar un crecimiento igualitario en lo económico y lo social”⁵¹¹.

Dicho de otro modo, este proceso se corresponde con la idea de la globalización capitalista, según la cual existe en palabras de Cortés Rodas una “necesidad

⁵¹¹ Martínez-Álvarez, John Jairo. *Ob. Cit.* Pg. 80.

de que la lógica y la dinámica de las instituciones del mercado penetren y determinen todos los ámbitos de la vida moderna, es decir, fundamenta el hecho de que las reglas de funcionamiento del mercado, definidas por las categorías de productividad, crecimiento, competencia y utilidad, se conviertan en el eje determinante de la organización de toda la sociedad”⁵¹²

Este panorama ha traído consigo toda una serie de reestructuraciones, en aspectos clave no solo de la economía nacional, sino para el desarrollo apropiado de la vida social, como en el campo laboral (recorte de garantías a los trabajadores, flexibilización, reducción de la oferta de empleos, tecnificación desmedida de los cargos), reducción de los aranceles aplicables a las importaciones; introducción de capitales extranjeros que permitió trascendentales cambios en los modelos administrativos de las principales empresas de medios de transporte, trayendo consigo su progresiva modernización (por ejemplo el fluvial) y, procesos de privatización en la prestación de los principales servicios públicos (entre ellos la salud y por supuesto, la educación en todos sus niveles y grados formativos).

Vista la problemática de tal manera, si se tiene en cuenta que la educación –tema central de esta investigación– resulta ser condición indispensable para el desarrollo de las personas y de las comunidades, su finalidad debería corresponderse con las necesidades y demandas de quien se educa, pues de esta manera se logra la adquisición de las herramientas que posibilitan la existencia humana bajo unos parámetros mínimos de dignidad y calidad, así como la apropiada relación de la persona con su entorno, siendo estas razones por demás suficientes para que el investigador, el científico, el pedagogo y el estudiante, vean avocado su quehacer al imperativo replanteamiento de las formas y prácticas que han sido propias de los procesos educativos en la actualidad –en el caso que se estudia los de la educación superior–, ya que estos no se han mostrado acordes con las particularidades de los contextos en que se desenvuelven ni mucho menos con los requerimientos de las sociedades dentro de las cuales se presentan, supuestos que pretenderán evidenciarse en este escrito.

Metodología de investigación empleada

Esta propuesta de investigación empleó un modelo teórico, teniendo en cuenta que para el desarrollo de la misma se hizo necesaria la exploración e interpretación

⁵¹² Cortés Rodas, Francisco. *Neoliberalismo, globalización y pobreza*. En: Revista Estudios Políticos, Núm. 22, 2003, Universidad de Antioquia, Medellín – Colombia. ISSN 2462-8433. PG. 161.

del fenómeno social mediante la lectura de textos que abordaban el problema. Igualmente, se recurrió al modelo hermenéutico de investigación toda vez que se pretendía la comprensión de la génesis del problema social, conciencia de la realidad construida por los miembros de la sociedad, el ofrecimiento de datos confiables y detallados y la exploración e interpretación del fenómeno social después de una apropiación teórica, desde el punto de vista lógico.

No obstante lo anterior, para construir esta investigación se empleó el método cualitativo, entendiendo que la investigación cualitativa tiene diversos significados entre los cuales pueden mencionarse que se trata de un trabajo multimetódico en el enfoque interpretativo, naturalista hacia su objeto de estudio. Visto lo anterior se afirma que la investigación aquí pretendida es cualitativa en el entendido de que se enfocó en la realidad social del individuo a propósito del establecimiento de unas leyes específicas que regulan la educación superior pública y que propiciaron la privatización a pesar del reconocimiento de unos principios normativos establecidos en el marco de la Constitución Política de Colombia.

Análisis jurídico del concepto de Educación Superior e ineficacia de los organismos que ejercen el control sobre las universidades

El problema de la gratuidad en la educación superior ha estado enmarcado dentro de la ideología política y económica que impera en las políticas públicas y educativas del Estado y que, como lo expresa Pulido⁵¹³ la ha convertido en un mercado, un servicio al cual a solo acceden los sujetos que tengan capacidad de compra. Tal situación pone de presente una flagrante violación al derecho a la educación, en especial, el de los grupos poblacionales de menos recursos y de los sectores más vulnerables en su interrelación con el mercado, produciéndose una desigualdad social, no solo desde el punto de vista económico, sino en cuanto la expectativa de calidad de vida de estos, por cuanto se limita la opción de mejora ostensible de esta y la de realización personal del individuo.

Lo puesto de presente, evidencia una situación que entra en directa contradicción con el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia⁵¹⁴, precisamente porque se restringe el nivel de acceso a la educación de la población más vulnerable, de forma que la obligación del Estado se va reduciendo constantemente, de forma gradual, y como consecuencia de ello, cuanta más edad tenga el estudiante y avance en su

⁵¹³ Pulido, Orlando, *La gratuidad de la educación en Bogotá*, Buenos Aires, Argentina: Serie Ensayos e investigaciones, Agosto de 2010.

⁵¹⁴ Constitución Política de Colombia, Bogotá, Legis, 2017.

nivel de formación educativa, no posea ningún tipo de discapacidad, o manifieste alguna posibilidad económica que le permita ser consumidor del servicio público educativo ofertado, menor será la intervención del Estado en lo que a garantizar la educación como derecho se refiere. Este aspecto pone en tela de juicio el efectivo cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵¹⁵ -aprobado en la República de Colombia mediante la Ley 74 de 1968- que en su Artículo 13 establece: “La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita” y que ha sido integrado a la Constitución en virtud del nominado Bloque de Constitucionalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, analizando el caso colombiano, aunque ha existido una política educativa nacional, que aparentemente tiene la intención de favorecer a los más pobres (en cuanto a la cobertura y posibilidades de acceso para ellos), esta ha quedado relegada por la aparición de fenómenos como la privatización de instituciones educativas, haciéndose cada vez más materializable la idea de que una educación fragmentada reproduce una sociedad fragmentada. Es paradójico en todo caso, que dicha situación se presente en la capital de Colombia, teniendo en cuenta que ella concentra la mayoría de los recursos y ganancias generados por la industria y el comercio; es decir, que, al ser la ciudad más importante del país y sede administrativa nacional, tendría que poseer el presupuesto suficiente para complementar los recursos girados por parte de la Nación para la administración de la educación. Sin embargo, esa materialización de la gratuidad solo se ha logrado a nivel de la educación básica, mientras que, para la educación superior, aún está lejos de evidenciarse.

Hechas estas consideraciones, resulta oportuno traer a colación que la Reforma Constitucional de 1991 ordenó la descentralización del Estado y consagró la educación como Derecho fundamental, de forma que su regulación legal estuvo enmarcada en la Ley 30 de 1992, junto con la Ley 60 de 1993⁵¹⁶ (actualmente derogada por la Ley 715 de 2001⁵¹⁷), que definía en sus Artículos 356 y 357

⁵¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de Diciembre de 1966.

⁵¹⁶ Congreso de la República, Ley 60 de agosto 12 de 1993, "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

⁵¹⁷ Congreso de la República, Ley 715 de 2001, "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

las competencias y recursos destinados por la nación en sus diversos niveles (nacional, departamental y municipal), así como la descentralización, administración y prestación de los servicios educativos y la Ley 115 de 1994⁵¹⁸, conocida como la Ley General de Educación, que como manifiesta el Ministerio de Educación Nacional⁵¹⁹ contempla “los conceptos adoptados nacionalmente sobre educación y formación del educando, explicita los fines de la educación, los objetivos generales y específicos para los niveles y ciclos, las áreas y temas que por ser fundamentales se establecen como obligatorias, constituye la estructura común del currículo en el país, su conocimiento y análisis permite tener una panorámica de los logros y sus respectivos niveles de competencia esperados y que por tratarse de una Ley esta decisión fue tomada por el Congreso de la República y sancionada por el Presidente del país, fue producto de una consulta nacional preparatoria durante dos años sobre sus contenidos y su texto”.

Sin embargo, si fue previamente consultada con el conglomerado social no se explica por qué razón aún respecto de aquel no se han logrado la totalidad de los objetivos propuestos en estas normas.

Después de todo, a través del nuevo marco jurídico – normativo que se planteó en la década de los noventa en Colombia, se formularon y propiciaron cambios significativos y radicales en las instituciones de educación superior, sus relaciones con el Estado y la sociedad, específicamente desde el punto de vista de la desregulación de la educación superior pública y la definición de funciones y competencias por parte de los organismos estatales, así como nuevos criterios de financiación y la formulación de políticas a través del Decreto 1211 de 1993⁵²⁰.

No obstante, como lo explica Saldarriaga⁵²¹ la escasa claridad en la definición del Derecho a la educación en la Constitución de 1991 también tiene incidencia en los instrumentos legales de financiación de la educación en el ámbito nacional. Si bien, por un lado, la Constitución Política de 1991 deja a disposición de las entidades territoriales la garantía del Derecho a la Educación, por otro, el Acto Legislativo 001 de 2001: “(...) restringe de manera precisa sus atribuciones en

⁵¹⁸ Congreso de la República, Ley 115 de 1994, “Por la cual se expide la ley general de educación”.

⁵¹⁹ Ministerio de Educación Nacional, Conferencia Internacional de Educación (CIE) Bogotá, Colombia, Nro. 46°, Septiembre de 2001.

⁵²⁰ Ministerio de Educación Nacional, “por el cual se reestructura el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES y se expide su estatuto básico”.

⁵²¹ Saldarriaga, Jaime, *La gratuidad de la educación*, Bogotá, Proyecto educación compromiso de todos, UNICEF, julio de 2009, p. 22.

cuanto a la toma de decisiones sobre los recursos que le son asignados dando como resultado no sólo la interpretación particularizada de gratuidad, sino su implementación desigual en toda la nación, dependiendo esto de la capacidad de inversión en recursos propios y/o la voluntad política de los gobernantes de las entidades territoriales”.

De igual modo, se desarrolló un nuevo concepto de financiación de la demanda educativa en el cual aparecía la tendencia a la privatización como mandato legal, en pretensión de mejorar (aparentemente), la cobertura y calidad de educación en Colombia; sin embargo, los diseños neoliberales y neoconstitucionales de la política educativa que permitieron la percepción de esta idea no la proyectaron exclusivamente dentro de las políticas de un gobierno en concreto, como lo sería el de Pastrana, sino que a partir de la década de los noventa como lo explica Estrada⁵²², en “(...) las lecturas hechas por organismos de regulación supranacional como el Banco Mundial sobre el papel de la educación en el proceso de globalización capitalista se habían formulado las bases y lineamientos de la política educativa tanto en sus funciones como en el esquema de financiación (...)” y esto se reflejó en la construcción de políticas y de instituciones relacionadas con la educación superior.

De esta forma, los conceptos de política educativa del Estado colombiano, han sido diseñados y amoldados bajo la influencia de las políticas en el Consenso de Washington⁵²³, buscándose su afianzamiento en el terreno de la desregulación de las economías y paralelamente, el fortalecimiento de los mercados. Para la época referida se creó la actualmente derogada Ley 60 de 1993 que definía las competencias y mantenía una noción de responsabilidad estatal en manos del gobierno para la distribución de recursos a nivel de educación incluyendo, claro está, la educación superior pública, pero en este terreno se defendió esa tendencia a la privatización en el proceso de apertura de los mercados y la modernización.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico e institucional evidenció un desbarajuste político y de relaciones de poder que se entremezcló infortunadamente con la educación y los beneficios que aparecían tanto en la normatividad precitada como en la Ley 115 de 1994, sucumbieron con las arremetidas neoliberales de esa época, gracias al precitado Consenso de Washington y al proyecto neoliberal

⁵²² Estrada, Jaime, *Organización mercantil y privatización de la educación. La mano dura de la Ley*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002, p. 2.

⁵²³ CEPAL, Consenso de Washington, disponible en: <https://www.cepal.org/Mujer/proyectos/gobernabilidad/manual/mod01/13.pdf>

que venía tejiéndose desde finales de la administración política de Virgilio Barco y que adquirió vida con el “plan de modernización de la economía colombiana” e igualmente con la apertura económica y modernización de Colombia, bajo la administración de Cesar Gaviria Trujillo.

De esta forma se acentuó y profundizó la neoliberalización de la educación porque se concentró la autoridad y decisiones de la política educativa en el Gobierno y se limitó consecuentemente la autonomía de los entes territoriales con un traslado de competencia y disminución de recursos financieros. De la misma manera, se estimuló la idea de empresa educativa y se propició el “concepto de distribución de recursos de acuerdo con las reglas del mercado y erige la competencia por los recursos en principio rector de la actividad educativa”⁵²⁴

Ahora bien, en la actualidad y por mandato legal al Ministerio de Educación Nacional le concierne la dirección del sector educativo, orientado por el Presidente de la República, de manera que “esta entidad formula en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación las políticas, planes y programas del sector; cuantifica y asigna los recursos financieros y humanos, define las pautas de evaluación y control de la calidad del servicio y determina la normatividad que requiere el sector para su marcha”⁵²⁵.

Manifiesta además la entidad en mención que bajo el marco Constitucional y los desarrollos legales posteriores, especialmente con la Ley General de Educación, el país ha ido avanzando en la consolidación de procesos en los campos administrativos y pedagógicos desde el ámbito institucional hasta el nivel nacional, de tal modo que son notables los cambios conceptuales y procedimentales que se reflejan en las nuevas actitudes adoptadas por los actores participantes en el desarrollo educativo. Sin embargo, cabe preguntarse qué tan cierta resulta ser ésta afirmación si queda mucho terreno por abonar en términos de cobertura e igualdad de acceso para todos los potenciales educandos. Por consiguiente, esta premisa carece de una estructura sólida en el escenario educativo colombiano, de ahí que se deba buscar y propender por hacer pertinentes los planes, programas y proyectos planteados en el escenario de la educación superior, atendiendo a la complejidad del sistema, a los desafíos nacionales, a las necesidades de la comunidad y a la transformación de las culturas latinoamericanas como consecuencia de los procesos de globalización

⁵²⁴ Estrada, Jaime, *Ob. Cit.*, p.7.

⁵²⁵ Ministerio de Educación Nacional, *Ob. Cit.*

y los cambios tecnológicos derivados de este, y, en ese escenario no solo deben participar activamente los estudiantes, sino los organismos del orden estatal, incluyendo por obvias razones al Ministerio de Educación Nacional.

Sin embargo, el Ministerio de Educación Nacional no ha ejercido de forma responsable la gestión, evaluación y funciones de inspección y vigilancia que le han sido asignadas específicamente en materia de educación superior pública, porque como manifiesta Rodríguez⁵²⁶ ha sido la entidad responsable de “implementar un modelo educativo de mercado” en vez de preocuparse por el idóneo y cabal funcionamiento de las normas que expide y cuya facultad es otorgada previo concepto de la Comisión Nacional Intersectorial de Aseguramiento de la Calidad de la Educación CONACES. Igualmente, y como expresa el citado autor, “la enorme burocratización del Ministerio se expresa en sus órganos asesores en materia de Educación Superior: el Consejo Nacional de Educación Superior, CESU y el Consejo Nacional de Acreditación, CNA”⁵²⁷.

Paralelamente a esta situación, resultan manifiestas las limitaciones presupuestales de la educación superior, el condicionamiento de las transferencias de los entes descentralizados y se promueve la desconcentración de órganos como los Centros Regionales de Educación Superior (CERES) como alternativa a la descentralización de la educación (pretendida en contravía de la centralización educativa), lo que en últimas degenera nuevamente en la privatización, porque busca “ampliar” la cobertura con políticas privatizadoras y de subsidio a la demanda que propician la educación como un negocio rentable desde el esquema político – jurídico de las entidades del Estado propiamente dichas.

A la par, la imposición de una perspectiva neoliberal de lo que en apariencia sería un buen gobierno ejercido sobre las autoridades universitarias aprueba una acción complementaria del Ministerio de Educación Nacional, específicamente en tratándose del comportamiento del Consejo Superior Universitario y del Rector de las instituciones de educación superior públicas, determinando la composición del primero, estableciendo las funciones de la universidad en pro de las necesidades que demanda la sociedad mercantilizada, dirigiendo el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior y haciendo más intangible el concepto de autonomía universitaria y académica, en la medida en que se ve sometida al mandato hegemónico del Ministerio de Educación Nacional.

⁵²⁶ Rodríguez, Adolfo, *La educación superior: Negocio Rentable de mercado - Formación de capital humano productivo*, Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, 2011, p.5.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 7

También, se permite la privatización de la educación superior con la creación de Sociedades de Economía Mixta como la FOMINVEST (Fomento a la inversión privada en Educación Superior) y que además se constituye como una sociedad anónima, cuyo objetivo básico es actuar como órgano estructural de proyectos que permitan la vinculación del capital privado en la *prestación del servicio público* de educación y con el surgimiento del FOSEDEP (Fondo Nacional para el Desarrollo de la Educación Superior), que se constituye como una fuente de financiación de la educación superior y cuyo fin específico es facilitar el otorgamiento de créditos internos y externos y la cooperación técnica.

Hechas estas precisiones sería pertinente cuestionar ¿No resulta aún más evidente la privatización si en el orden nacional existen diversas entidades que otorgan créditos? Ello es, en efecto, así. Incluso, podría plantearse en este escenario que es precisamente la imposición de leyes que responden directamente a las nuevas dinámicas del mercado las que permiten la introducción del fenómeno de la privatización.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que los recursos de crédito anteriormente referidos, así como la cooperación técnica también están financiados por Banca Nacional o Internacional o por organismos gubernamentales y no gubernamentales que apoyan trabajos de inversión y de investigación en el desarrollo de los programas de educación superior y esta situación permite vislumbrar las razones por las cuales se “justifica” la intervención de agentes externos al Estado y de entidades de carácter particular.

Por otra parte, se recuerda aquí que aunque las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales (que regulan la educación en su jurisdicción) y las Secretarías de educación, deberían conectarse con las autoridades nacionales para garantizar la cobertura y la calidad de la educación, así como establecer las políticas y los planes que fomenten el servicio educativo a nivel del Estado, mediante mecanismos como la investigación, la innovación y el desarrollo de los currículos, métodos y medios pedagógicos, no ocurre este ideal en la realidad, en especial, cuando pese a los intentos reiterados de estas organizaciones del orden nacional para ampliar la cobertura, especialmente en los primeros niveles de educación, no ha sido posible un mejoramiento ostensible en términos de calidad.

Concepción jurídica de la autonomía institucional e investigativa en la Universidad Pública colombiana, vaguedad en su aplicación y materialización.

Hechas las críticas anteriores, procede el análisis de la autonomía institucional y educativa de la Universidad Pública en Colombia. Inicialmente, resulta oportuno enunciar de acuerdo con Leopoldo Múnera⁵²⁸, que la autonomía universitaria ha sido entendida como el proceso permanente de construcción simbólica y social de una comunidad de conocimiento que se regula a sí misma y como la facultad reglada de autodeterminación académica, administrativa y presupuestal de las universidades, es un principio necesario para su existencia. Además, en América Latina tiene una historia propia, pues a partir de la Reforma de Córdoba de 1918 se estructura como una conquista de la comunidad universitaria, promovida particularmente por los estudiantes, frente a la injerencia indebida de los centros de poder político, económico y cultural en la producción, reproducción y transformación del conocimiento científico, artístico y técnico.

Debe recordarse que para el caso colombiano, la excesiva centralización y burocratización del Ministerio de Educación, específicamente en la adopción y ajuste de las políticas globales y sistemas normativos privados ha propiciado la pérdida de la autonomía universitaria, sin perjuicio de que éste organismo ha asumido en reiteradas oportunidades un control competitivo, académico y fiscal irresponsable, situación que ha transformado indebidamente el concepto de educación superior pública, precisamente porque de acuerdo con Rodríguez⁵²⁹, la educación se convierte entonces en un negocio rentable, el Estado aligera su responsabilidad educativa y permite la privatización, la acción educativa se destina a un cliente potencial que tenga la capacidad de consumo para asumir los costos educativos, se desfinancia lo público y se asume el ejercicio de la educación desde el punto de vista de los resultados de rentabilidad que pueda generar.

A la par, surge un cuestionamiento respecto al alcance jurídico de la concepción de autonomía universitaria, en especial, cuando la Corte Constitucional en Sentencia C-337/96 señala que: “El concepto de autonomía universitaria implica la consagración de una regla general que consiste en la libertad de acción de los centros educativos superiores, de tal modo que las restricciones son excepcionales y deben estar previstas en la Ley”⁵³⁰.

⁵²⁸ Múnera, Leopoldo, *Gobierno y Autonomía Universitarios: Meritocracia y Democracia Académicas*, Dactilografiado, 2009.

⁵²⁹ Rodríguez, Adolfo, *Ob. Cit.*

⁵³⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 337 de 1996, Referencia: Expediente D-1130, Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 28 y 29 (parciales) de la Ley No. 30 de 1992 "por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior", Actor: Álvaro Sanjuan Sanclemente, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

Asimismo, en Sentencia de constitucionalidad C - 589 de 1997, M.P Carlos Gaviria Díaz manifestó sobre el particular lo que se cita:

“(…) El elemento fundamental en la distinción de los establecimientos públicos y las universidades es precisamente el grado de su autonomía. Mientras que los primeros hacen parte de la administración y, por tanto, gozan de menor autonomía; las segundas no están supeditadas al poder ejecutivo y tienen un poder mayor de autorregulación. No obstante, la autonomía que se predica de las universidades está también limitada por la Constitución y la ley. En particular las universidades públicas están sujetas a las limitaciones que se derivan de su naturaleza de entes estatales, que les impone la necesidad de integrarse al Estado, con el fin de que no se constituyan "ruedas sueltas" dentro del sistema. No obstante su carácter de entes autónomos, las universidades no pueden marginarse del Estado y, por ello, es necesaria la implementación de mecanismos de articulación”⁵³¹.

No obstante lo anterior, la Honorable Corte Constitucional hizo hincapié en éste asunto en la Sentencia C- 188 de 1996, M.P Fabio Morón Díaz, en la que se estableció de manera taxativa que:

“(…) El Constituyente, al consagrar la autonomía universitaria reconoció la capacidad de autodeterminación de las universidades; ello, no obstante, no significa que haya despojado al legislador del ejercicio de regulación que le corresponde, consignado en el mismo artículo 69 de la Carta, el cual no debe entenderse como restrictivo de la autonomía, pues es precisamente a través de él que se legitima la libertad de acción que la Carta Política atribuyó a las instituciones de educación superior, otorgándole, paralelamente a la sociedad la facultad de acreditar, a través de diferentes mecanismos, la actividad que ellas desarrollan”.

Sobre el particular también se manifestó el precitado organismo al consignar lo siguiente en Sentencia C- 547 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz:

“(…) para las universidades del Estado, lo que significa que estas instituciones se regularán por normas especiales que pueden ser

⁵³¹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 589 de 1997, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64 de la ley 30 de 1992 y 11 del decreto 1210 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

iguales o distintas a las aplicables a otras entidades de educación superior, públicas y privadas, o a las demás entidades estatales, siempre y cuando con ellas no se vulnere su autonomía. En consecuencia, bien podía la ley, sin infringir la Constitución, establecer un régimen contractual diferente para tales entes universitarios, como lo hizo en las normas acusadas, al determinar en el inciso tercero del artículo 57, que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende el régimen contractual; y consagrar en el artículo 93 que los contratos que celebren dichas instituciones se regirán por las normas del derecho privado, y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos, exceptuando los de empréstito, que deben someterse a las reglas del "decreto 222 de 1983, o a las normas que lo modifiquen o deroguen". Y como este ordenamiento fue derogado por la ley 80 de 1993, ha de entenderse que la normatividad a la cual se remite el precepto demandado, es la citada ley (...)”⁵³²

De la misma manera, en Sentencia C - 220 de 1997⁵³³ se hizo expresa alusión, por parte de la Honorable Corte Constitucional a que:

“(...) El ejercicio de la autonomía implica para las universidades el cumplimiento de su misión a través de acciones en las que subyazca una ética que Weber denominaría "ética de la responsabilidad", lo que significa que esa autonomía encuentre legitimación y respaldo no sólo en sus propios actores, sino en la sociedad en la que la universidad materializa sus objetivos, en el Estado que la provee de recursos y en la sociedad civil que espera fortalecerse a través de ella”.

Así las cosas, se trata de que quienes conforman la universidad trasciendan su propia e individual convicción de que lo que hacen es lo conveniente, lo razonable, sometiéndolo a consideración no solo de sus pares, sino de esos otros actores de la sociedad, que evaluarán si la autonomía ejercida por sus universidades prevé, como le corresponde, incluso lo no previsible, teniendo en cuenta las consecuencias e impacto de sus acciones en la sociedad, e identificando en quien educa no a

⁵³² República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. C-547 de 1994, Ref.: Expediente No. D-601, Normas acusadas: artículos 43 literal d), 57 parcial, 84, 87, 90, 92, 93, 94, 113 y 117 de la ley 30 de 1992, demandante: Juan Manuel Charry Urueña, Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁵³³ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 220 de 1997, Referencia: Expediente D-1470, Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto 111 de enero 15 de 1996, "Por el cual se compilan la ley 38 de 1989, la ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto", Actor: Augusto Hernández Becerra, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

un mero instrumento para sus propios objetivos, sino, a un universo individual, único y diferenciable. La universidad, surge como una organización marginal. Esta universidad, para "ser", tiene que ser autónoma, pues cualquier obstrucción a esa condición la desvirtúa, esa autonomía tiene como objetivo principal protegerla de la interferencia del poder político central; sin embargo eso no implica, como lo ha dicho la Corte, que sea ajena e independiente del mismo Estado.

La Constitución Política proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho, esto es, un Estado Democrático regulado por la ley, en el que priman los principios de igualdad, participación y pluralidad, y en el que el individuo se erige como epicentro de las acciones del Estado, las cuales serán legítimas en cuanto propendan por su bienestar y evolución, permitiéndole un desarrollo autónomo, singular e integral, el cual logra en la medida en que pueda, efectivamente, materializar sus derechos fundamentales.

El Constituyente consagró en la Carta Política el principio de autonomía universitaria, que en las sociedades modernas y post-modernas se considera como uno de los pilares del Estado democrático, pues solo a través de ella las universidades pueden cumplir la misión y objetivos que les son propios y contribuir al avance y apropiación del conocimiento, el cual se consolida como un bien esencial para el desarrollo de los individuos y de la sociedad; dicho principio se traduce en el reconocimiento que el Constituyente hizo de la libertad jurídica que tienen las instituciones de educación superior reconocidas como universidades, para autogobernarse y autodeterminarse, en el marco de las limitaciones que el mismo ordenamiento superior y la ley les señalen. La regla general aplicable con fundamento en la Constitución Política de Colombia es la de reconocer y respetar la libertad de acción de las mismas; no obstante, esa libertad de acción de las universidades no puede extenderse al punto de propiciar una universidad ajena y aislada de la sociedad de la que hace parte y, en el caso de las públicas, emancipada por completo del Estado que las provee de recursos y patrimonio.

Se recuerda además que en este marco, según el cual, en Colombia se proclamó la existencia de un Estado Social de Derecho, el Artículo 69 de la Constitución estableció que: "Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la Ley"⁵³⁴. Además, el mismo enunciado determina que el Estado fortalecerá

⁵³⁴ Constitución Política de Colombia, Bogotá, Legis, 2017.

la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

Asimismo, como lo expresa Aristizábal⁵³⁵, la autonomía es la condición en la cual la universidad conserva, con entera libertad e independencia, aquello que constituye su manera de ser esencial, característica y propia. La autonomía universitaria es un ente colectivo social con fines eminentemente científicos y sobre él recae el concepto de autonomía. La Universidad nunca será cien por ciento autónoma en tanto siempre dependerá del presupuesto nacional para su subsistencia y de los demás órganos estatales para su control y orden.

Como se observa en primer lugar, la autonomía y democracia van de la mano. Históricamente la autonomía se le ha asignado a las universidades y no a todas las instituciones de educación superior.

Sin embargo, valdría la pena señalar que las universidades públicas colombianas, según la legislación vigente, son poco o nada autónomas: su organismo máximo de gobierno, el Consejo Superior Universitario, definido por la Ley 30 de 1992⁵³⁶, no es nombrado por la comunidad universitaria sino por el gobierno central (Representantes del Presidente y del Ministro de Educación), regional (Gobernador y Representante del sector productivo), y local (Representante de las directivas académicas y de los egresados), los profesores y estudiantes apenas designan a un miembro cada uno. Hay tres miembros fijos y seis que deben ser designados por elección democrática, pero en la práctica solo se nombran así los representantes de los profesores y estudiantes. A los reclamos de mayor autonomía y democracia, el gobierno mantiene la misma estructura y composición.

En estas condiciones, no resulta apresurado cuestionar en qué queda la autonomía universitaria que está consagrada de manera taxativa en la Carta Magna, y que le da a los entes universitarios la potestad de darse y modificar sus estatutos, así como de designar sus autoridades académicas y administrativas, crear y desarrollar programas de carácter académico, precisar y ordenar sus labores formativas, académicas, científicas y culturales, admitir a los alumnos, adoptar sus regímenes y cumplir su función social e institucional cuando se permite la introducción de modelos hegemónicos de educación superior en las Universidades Públicas de Colombia.

⁵³⁵ Aristizábal, Jorge, *Las verdaderas intenciones del gobierno Santos en la reforma a la educación Superior*, Antioquia, 2011.

⁵³⁶ Congreso de Colombia, Ley 30 de 1992 “*por la cual se organiza el servicio público de la educación superior*”.

Y es posible evidenciar la relación directa de este asunto con el aspecto legal propiamente dicho ya que el concepto de autonomía universitaria, como se señaló en líneas anteriores, tiene una consagración legal específica, precisamente porque está inmersa en la noción de libertad académica en pro del desarrollo científico y tecnológico, y teniendo en cuenta que en este núcleo las gestiones administrativa, académica y fiscal, debería entonces dirigirse a darle solidez al concepto de libertad, lo que de alguna manera justifica el rechazo de la incorporación de la educación como un servicio comercial a favor de intereses concretos.

Adicionalmente, debe decirse que la autonomía investigativa también se ha visto gravemente afectada por el fenómeno de la privatización de la educación superior pública, en esencia, porque esta expresión de la lógica y razonabilidad humana que permite la generación de nuevos conocimientos y en la cual, como se expresa en la sentencia T - 172 de 1993⁵³⁷, “atendidos los fines que persigue la investigación y la utilidad que a la comunidad reportan los avances que en las más variadas esferas se obtienen merced a sus resultados y proyecciones, tiene una indudable función social” se deslegitima cuando el Consejo Superior Universitario no tiene funciones con relación a la investigación y el Sistema Nacional de Información, el Sistema de Calidad de Educación, el Sistema de Aseguramiento de la Calidad del Consejo Nacional de Acreditación y el Consejo Nacional de Acreditación no cumplen a cabalidad con su función sino que son creados a partir de los presupuestos implementados en materia de educación por la internacionalización de la educación, sin perjuicio de que “variados procesos aparecen ajenos a la investigación: no se consideran ingresos universitarios por investigación, asesorías y consultorías; no se asignan recursos financieros a la investigación; los Comités Departamentales de Educación Superior no tienen funciones investigativas”⁵³⁸. En esas condiciones la investigación se burocratiza y se desarrolla específicamente bajo los parámetros establecidos por órganos concretos como el Ministerio de Educación Nacional y COLCIENCIAS.

Por tal razón, los esfuerzos emprendidos para mejorar el modelo educativo colombiano y disminuir proporcionalmente la intervención de la privatización deben construirse tanto desde la academia como en el Ministerio de Educación Nacional, puesto que a este se le otorgó la potestad de propiciar la transformación de las metodologías de enseñanza, el fortalecimiento de los planes de estudio, la

⁵³⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T 172 de 1993, Ref.: Expediente T-6961, Acción de tutela instaurada por Primavera Grigoriu de Buendía contra Hugo Felipe Hoenigsberg, Director del Instituto de Genética de la Universidad de los Andes, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

⁵³⁸ Rodríguez, Alfonso, *Ob. Cit.*, p. 9.

identificación y difusión de los modelos pedagógicos existentes y la implantación de la evaluación en el aula, pero de una enfocada al mejoramiento progresivo del análisis y crítica de los fenómenos sociales.

Como procedimiento, se requiere y es indispensable para los pueblos latinoamericanos que: se fortalezca la autonomía universitaria por medio de la identidad pública de las universidades, la legitimidad de la autonomía universitaria, y la configuración y consolidación de un sistema autónomo, sin perjuicio de que, como lo manifiesta Pablo Gentili “ (...) se hace necesaria la crítica a la estructura muchas veces piramidal, jerárquica y poco democrática de las instituciones de educación superior; las veladas formas que asumen los mecanismos de discriminación y segregación tendientes a consolidar la naturaleza elitista del campo universitario”⁵³⁹; el impacto que han tenido y tendrán, en la educación superior, los acuerdos de libre comercio actualmente en curso o en proceso de implementación en América Latina; la poca permeabilidad de la universidad hacia la extraordinaria riqueza y diversidad cultural, étnica y racial que posee América Latina; las nuevas y no tan nuevas formas de discriminación sexual que se consolidan en el campo universitario a pesar del aumento de la matrícula femenina en los claustros académicos; las diversas formas mediante las cuales operan la colonialidad del saber y la reproducción de modalidades de pensamiento que, estructuralmente, nos alejan de la posibilidad de hacer de los problemas y demandas populares los pilares que deben nortear el trabajo científico en países marcados por la exclusión, la pobreza y la injusticia social.

Los sistemas de acreditación: permisión y justificación de la privatización de lo público.

Inicialmente, es necesario mencionar el concepto de sistema de acreditación, comprendido en el Artículo 53 de la Ley 30 de 1992 como un “conjunto de políticas, estrategias, procesos y organismos cuyo objetivo fundamental es garantizar a la sociedad que las instituciones de educación superior que hacen parte del sistema cumplen con los más altos requisitos de calidad y que realizan sus propósitos y objetivos”.

Ahora, es necesario destacar que en Colombia, el sistema de acreditación surgió necesariamente del mandato constitucional desarrollado por la Ley 30 de 1992.

⁵³⁹ Gentili, Pablo, *Introducción*, Sao Paulo, OLPED, 2001, p. 24.

Del mismo modo, los sistemas de acreditación aparecen como sistemas amplios, diversificados, en los cuales el sector privado juega un papel indispensable, sin olvidar que el control que se ejerce en materia de educación por parte del gobierno tiende a ser bastante débil por la expansión y diversificación del sistema educativo, y entre otros aspectos, por la creación de nuevas instituciones universitarias a nivel técnico y tecnológico.

Precisamente en Colombia el sistema de acreditación se constituye, como mencionaría Martín⁵⁴⁰, en una amalgama de diversos mecanismos, aunque resulte complementario a procedimientos nacionales de gestión de calidad, que sustentan los presupuestos privatizadores de la educación; a propósito, el Consejo Nacional de Acreditación (CNA), organismo adscrito al Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES), tiene la función esencial de evaluar los programas de alta calidad en el esquema de la educación superior, en búsqueda del mejoramiento de la calidad de los programas que superen los requisitos mínimos establecidos por el Ministerio de Educación Nacional.

Así pues, el Ministerio asume un papel importante en cuanto participa en la evaluación de la etapa de apertura de las instituciones de educación superior. En estas condiciones, la acreditación de los altos niveles de los programas de educación superior se convierte tan solo en una etapa de este sistema complejo, como se dijo, en búsqueda del mejoramiento y certificación de calidad de alto nivel; sin embargo, dentro de esta evaluación también se ven inmiscuidos intereses concretos que permiten la intervención de agentes externos a las políticas propias de cada ente universitario, aunque está visto que uno o varios organismos externos están a cargo de la gestión relacionada con los sistemas de acreditación, de manera que la iniciativa de establecer la acreditación puede surgir o bien del gobierno, o bien de los organismos reguladores existentes, que además tienen un enfoque dirigido a la mano de obra y la mercantilización de la educación superior.

Particularmente en Colombia el órgano decisorio de la acreditación se compone por siete académicos que son nombrados por el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU). Este, a su vez, cumple la función de órgano supervisor respecto del Consejo Nacional de Acreditación y participa en las visitas a las

⁵⁴⁰ Martín, Michaela, *Estudios de caso sobre acreditación en Colombia: Hungría, India, Filipinas y EE.UU: tan similares pero tan diferentes*. París, Instituto Internacional de Planificación Educativa - UNESCO, 2005.

instituciones de educación superior y en la capacitación de expertos externos, precisamente porque los sistemas de acreditación involucran decisiones sobre lo que constituye o no una calidad “aconsejable” y sus estándares de calificación varían en proporción a la acreditación institucional y de los programas dependiendo de cada institución de educación superior. De cualquier modo, en Colombia se evalúan inicialmente doce condiciones antes de tomar las decisiones que en derecho correspondan por parte del Consejo Nacional de Acreditación, condiciones que tienen en cuenta el material presentado por la institución de educación superior y su visión en conjunto.

Específicamente para el área de Derecho el enfoque de calidad ofrece una escasa flexibilidad al igual que para programas como medicina, precisamente porque los lineamientos para la acreditación y guía para la autoevaluación de los programas de pregrado debe tener en cuenta los parámetros mínimos de acreditación; de esta forma, varias facultades tanto públicas como privadas a nivel nacional crean un propio modelo de autoevaluación que les permita ponderar sus fortalezas y debilidades, preparan un informe y lo remiten al organismo de acreditación.

Como conclusión primaria de este asunto es evidente que en materia legal en Colombia, la acreditación se centra en las ventajas y fortalezas que ofrecen los programas académicos y se incluyen con regularidad pares académicos con un enfoque de mercado laboral en la medida en que se pretende una medición de competencias y capacidades profesionales a propósito de las tendencias globalizadoras.

No obstante lo anterior, y como esgrime Martín⁵⁴¹:

“tanto en Colombia como en Hungría los órganos ejecutivos de los organismos hacen una recomendación para otorgar o no la acreditación. A continuación el informe se remite al Ministerio, que está encargado de tomar la decisión final. Si la evaluación no es satisfactoria, se hacen recomendaciones a la institución en forma confidencial. Dos años después, siempre y cuando los cambios recomendados se hayan introducido, la institución puede volver a presentar su programa a la acreditación”.

Como segunda conclusión se puede observar que los procesos de acreditación siempre tienen en cuenta tres etapas: una fase de comprobación de idoneidad de

⁵⁴¹ Martín Michaela, *Ob. Cit.*, p. 27.

la institución de educación superior, una autoevaluación por parte de esta y la evaluación de pares académicos; sin embargo estas formas de evaluar no resultan siempre aplicables a todos los contextos y realidades educativas latinoamericanas, precisamente por el carácter plural y cultural de estos pueblos, sin olvidar que lo que es legítimo para un sistema educativo puede no serlo para otro, de ahí que los sistemas de acreditación deben responder a cada escenario específico. Por eso, la definición de estándares y guías de evaluación, teniendo en cuenta los factores anteriormente expuestos es indispensable para una acreditación idónea, eficiente y transparente. Por otro lado, debe verificarse la funcionalidad de esta clase de sistemas, porque pueden existir cortinas de humo que impidan la observación del panorama educativo y de su transparencia o generarse conflictos de intereses derivados de la aplicación de instrumentos de acreditación precarios.

Ahora bien, en tratándose de los sistemas de evaluación empleados al interior de las instituciones de educación superior colombianas es evidente que estos se constituyen como una herramienta que permite medir competencias, y es por esta razón fundamental que se expiden normas concretas que aseguren la calidad de la educación, verbigracia “el Sistema de Acreditación, Registro Calificado, Exámenes de Estado; y de Inspección y Vigilancia de la Educación Superior”.

Igualmente se puede citar de manera específica el Decreto 2904 de 1994⁵⁴² del CESU que define la acreditación, indica quiénes forman parte del Sistema Nacional de Acreditación y señala las etapas y proceso de acreditación, el Acuerdo 001 de 2000 que complementó la precitada reglamentación, el Acuerdo 006 de 1995, el Acuerdo 002 de 2006 mediante el cual el CNES redefine los rangos de temporalidad para la acreditación y renovación de la acreditación de programas e instituciones.

Sin embargo, estos mecanismos de acreditación y evaluación han sido absolutamente criticados por los académicos, ya que, como se ha intentado exponer aquí, permiten la introducción de modelos de educación que no responden integralmente al momento jurídico y social que atraviesa Colombia. Inclusive, como acertadamente lo asevera Rodríguez, el Registro Calificado introduce en un laberinto académico a las evaluaciones que intentan el aseguramiento de la calidad de la educación, además la acreditación de alta calidad de programas e instituciones de educación superior debe ser otorgada por el CNA previo

⁵⁴² Ministerio de Educación Nacional, Decreto 2904 de 1994 “por el cual se reglamentan los Artículos 53 y 54 de la Ley 30 de 1992”.

informe otorgado por un organismo de evaluación, al igual que los resultados derivados de los exámenes de Estado aplicados a nivel ICFES que también se constituyen como un eje fundamental en la acreditación, por regulación legal. Sin embargo, es notorio que estos procesos no cumplen de forma adecuada su función precisamente porque el proceso de acreditación sustituye la calidad de los programas en búsqueda de responder a las necesidades del mercado y a la imposición de otros modelos jurídicos, sin perjuicio de que es ajeno a la investigación.

Paralelamente a esta situación y como explica Gómez⁵⁴³, la Comisión Nacional de Acreditación ha presentado fallas en sus metodologías, conceptualización y elección de algunos pares académicos que no son expertos en el tema curricular.

Igualmente, es necesario recordar que el Ministerio de Educación Nacional es quien en la actualidad está definiendo la calidad de los programas y no los pares académicos, situación que pone de presente la sustitución concreta de la definición de la comunidad universitaria, “vulnerando el principio de autonomía universitaria indispensable al cumplimiento de su función social, limitando los procesos investigativos y tecnológicos; mientras la autoridad central educativa controla a la comunidad académica y universitaria desde arriba, convirtiendo al Ministerio no solo en Oficina de control y trámite de procesos académicos formales sino en juez y parte de los asuntos educativos del país”⁵⁴⁴.

Asimismo, el Ministerio de Educación Nacional ha transformado (infortunadamente) las funciones de los pares académicos y los ha convertido sistemáticamente en verificadores e inspectores de calidad, cumpliendo un “requisito” que obedece estrictamente a la internacionalización de la educación y que justifica el ejercicio de privatización de lo público, puesto que evaluaciones de esta naturaleza son las que se sustentan en estereotipos educativos como el que establece el Tratado de Bologna, y que obedecen de forma específica a la cultura europea, que aún dista de parecerse a la de los países latinoamericanos, en esencia, por el nivel de desarrollo que ostentan los miembros de la Unión Europea, su realidad política, social y jurídica y que por lo tanto están lejos de ser plenamente aplicables en una Latinoamérica transcultural.

También debe tenerse en cuenta que la desregulación propuesta por el Estado para lograr la acreditación y consecuente calidad y pertinencia de la educación

⁵⁴³ Gómez, Víctor Manuel, *Cuatro temas críticos de la educación superior en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000.

⁵⁴⁴ Rodríguez, Alfonso, *Ob. Cit.*, p.11.

superior no fue efectiva, sino que, contrario sensu, generó un vacío normativo y de propósitos. Del mismo modo, dentro del concepto de autoevaluación en el que se pretendía la pertinencia de cada institución, en la que además la educación no podía ser concebida como un bien privado, fue reducida a una pertinencia mono- institucional auto referida que fue establecida de forma expresa por la Ley 30, y que demostró la debilidad institucional del MEN y el ICFES ya que éstos organismos no prestaron importancia política alguna respecto al sector educativo, aspecto que además desencadenó en el debilitamiento de las Instituciones de Educación Superior.

A manera de reflexión, es inconcebible continuar con un Estado burocratizado, intelectual e institucionalmente débil, desarticulado, sin propuestas sólidas y contextualizadas en culturas como la colombiana. De esta forma, el Estado no puede reducir la representación de los intereses de los estudiantes en cabeza de un solo individuo, del ministro de turno, o con los integrantes del CESU, que a su vez también ha imposibilitado la consolidación de la formulación de una política de educación a largo plazo y que se centre en los intereses del conglomerado social. Esto además podría generar un “Alto riesgo de atomización, particularismo, dispersión e improvisación en los planes municipales y departamentales de educación”⁵⁴⁵.

En últimas, lo que se busca es que la educación superior pública en Colombia tenga un alto grado de pertinencia y contribución social, que permita superar la ostensible insuficiencia que actualmente presentan las políticas públicas e instrumentos regulatorios de esta, nacida tanto en la carencia propósitos colectivos, así como en el debilitamiento de la función orientadora, proactiva y propositiva por parte del Estado.

Conclusiones

En la actualidad, bajo el influjo de diferentes políticas públicas gubernamentales, tratados y acuerdos internacionales, y en general, por las exigencias del modelo económico neoliberal, el derecho a la educación ha venido siendo progresivamente reducido a la categoría de servicio, restringiendo cada vez más la posibilidad de que los sectores poblacionales más vulnerables de la sociedad puedan tener acceso a esta, limitándose así sus opciones de vida, realización personal y colectiva; esto, a pesar de que por mandato constitucional

⁵⁴⁵ Gómez, Alfonso, *Ob. Cit.*, p. 47.

le corresponde al Estado asegurar el acceso igualitario de todos los habitantes del territorio nacional a las diferentes ofertas educativas existentes, más aún cuando existe la opción de la educación pública.

Aunque en teoría, el Estado colombiano asegura la cobertura y las posibilidades de acceso de los sectores sociales menos favorecidos a la educación superior a través de las instituciones educativas públicas, el fenómeno paulatino de la privatización de universidades en el país, ha impedido que quienes cuentan con una mínima o nula capacidad adquisitiva puedan llegar a realizar sus diferentes procesos formativos; pese a que en ciudades capitales como por ejemplo Bogotá, se cuenta con un nivel significativo de ingresos producto de las actividades económicas que allí se desarrollan; lo anterior sin perjuicio de que se constituyen en importantes sedes administrativas nacionales y debería existir la cantidad presupuestal suficiente para ampliar los recursos asignados a la educación superior pública.

Pese al avance existente en materia de legislación para la educación superior, desde la Constitución Política de 1991 y con las diferentes regulaciones que han desarrollado sus mandatos -que además han sido producto de diferentes procesos de participación ciudadana-, estas normas no han sido suficientes para lograr el total cumplimiento de los objetivos que las mismas se han propuesto. La asignación de funciones a los organismos estatales competentes y la formulación de políticas públicas educativas, han estado ligadas -casi que condicionadas- a nuevos criterios de financiación, surgidos con el aparente propósito de mejorar las condiciones de cobertura y calidad, pero, que atienden a diseños de corte neoliberal y neoconstitucional en un mundo globalizado -con la marcada ingerencia de organismos internacionales como el Banco Mundial-, los cuales han tenido efectos en distintos puntos del orbe.

Así, la elaboración de políticas públicas de educación en Colombia, se ha encontrado delimitada por la influencia de instrumentos jurídicos como el Conceso de Washington, centradas en la desregulación de las economías (bajo los pretextos de apertura y modernización) y paralelamente el fortalecimiento de los mercados, liberando poco a poco al Estado de su responsabilidad como principal garante del derecho a la educación, quitándole por tanto aplicabilidad a las regulaciones internas preexistentes en la materia. Lo acontecido en este punto, posibilitó la neoliberalización de la educación al presentarse las siguientes situaciones: a) concentración de la autoridad y decisiones en cuanto a política educativa por parte del Gobierno Nacional; b) consecuente limitación en la autonomía de los entes territoriales por ese traslado de competencias, lo cual

conllevó a una disminución de recursos financieros; c) estimulación de la idea de empresa educativa, favoreciendo el concepto de distribución de recursos con base en las reglas del mercado; d) fomento a la competencia por acceso a los recursos, convertida en principio rector de la actividad educativa.

La participación directa del Ministerio de Educación Nacional, organismo investido de competencia constitucional y legal para ejercer la dirección del sector educativo en el país ha sido inocua frente a la gestión, evaluación y vigilancia del sistema de educación superior pública, ya que su labor se ha centrado verdaderamente en la implementación de un modelo educativo de mercado, caracterizado por su constante intervención sobre la autonomía de los establecimientos educativos superiores de carácter público (al determinar por ejemplo la composición del Consejo Superior Universitario, las funciones de la Universidad de acuerdo a leyes de oferta y demanda, e influyendo en general sobre todo tipo de aspectos de gestión); además por las fuertes limitaciones presupuestales que impone a los entes descentralizados, promoviendo la desconcentración de órganos que favorece la privatización de instituciones prestadoras del servicio, con la excusa de favorecer la cobertura, propiciando elevados niveles de rentabilidad para estas.

Que la autonomía universitaria (mandato constitucional del artículo 69) consistente en la libertad de acción de los centros educativos superiores frente a la injerencia del poder político central y otros actores tanto públicos como privados intervinientes en la prestación del servicio educativo, sea una condición sine qua non para el correcto funcionamiento del sistema de educación superior pública, no quiere decir ello tampoco que las Universidades puedan marginarse del Estado, sino que es necesaria la creación de mecanismos idóneos para efectuar la articulación entre establecimientos universitarios y gobiernos nacionales, departamentales, municipales y distritales.

La regulación (constitucional y legal) por parte del Estado de la actividad de las instituciones educativas de carácter superior, legitima su función, atribuyendo igualmente a la sociedad la facultad de acreditar por diferentes medios la actividad desarrollada por ellas, en cumplimiento de la misión y los objetivos para la que fueron creadas; la autonomía universitaria es un ente colectivo social con fines eminentemente científicos, pilar fundamental del Estado democrático y la sociedad misma. No obstante, dada la marcada influencia de los entes gubernamentales en la formulación de políticas guía para la impartición de la enseñanza, el manejo de los procesos de investigación, la administración y financiación de las universidades, es imposible concluir que en Colombia

exista dicha autonomía. En ese orden de ideas, correspondería al Ministerio de Educación Nacional tomar el liderazgo de los procesos para el mejoramiento del modelo educativo, asumiendo en paralelo los esfuerzos necesarios para reducir la privatización de las universidades.

El fortalecimiento de la autonomía universitaria a través de la identidad pública de las universidades, la legitimidad de dicha autonomía y la consolidación de un sistema autónomo, son condiciones indispensables para que la educación superior pueda hacerse realmente equitativa, democrática e incluyente, en contraposición a lo desigual y discriminatoria que históricamente ha sido en toda Latinoamérica. Sin embargo, para que esa “desprivatización” se haga realidad, aún existen fuertes barreras, como la masificación, multiplicación y tecnificación de los sistemas de acreditación, que, mostrándose necesarios para optimizar los procesos de aprendizaje, someten a las instituciones universitarias al cumplimiento de exigentes estándares nacionales e internacionales de calidad compatibles en todo caso con las reglas de juego que impone el mercado, y, a la aplicación de metodologías de evaluación que desconocen tanto los contextos como las realidades políticas, jurídicas y educativas de los pueblos latinoamericanos, al ser estos pluriculturales.

Lo cierto en este punto es que, la excesiva burocratización intelectual e institucional del Estado, que paradójicamente ha conllevado a una desarticulación total del sistema educativo, viene impidiendo el surgimiento de propuestas contextualizadas para reformular sus horizontes y perspectivas, las cuales deberían centrarse en los intereses de los estudiantes, también de la comunidad; es decir, se hace necesario que la educación superior pública sea pertinente y contribuya al desarrollo de la sociedad, en la medida que el Estado decida de manera definitiva asumir la labor de orientarla, promoverla y mejorarla.

Fuentes consultadas

Bibliográficas

- Aristizábal, Jorge, *Las verdaderas intenciones del gobierno Santos en la reforma a la educación Superior*, Antioquia, 2011.
- Estrada, Jaime, *Organización mercantil y privatización de la educación. La mano dura de la Ley*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.
- Gentili, Pablo, Introducción, Sao Paulo, OLPED, 2001.
- Gómez, Víctor Manuel, *Cuatro temas críticos de la educación superior en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000.
- Martín, Michaela, *Estudios de caso sobre acreditación en Colombia: Hungría, India, Filipinas y EE.UU: tan similares pero tan diferentes*. París, Instituto Internacional de Planificación Educativa - UNESCO, 2005.
- Ministerio de Educación Nacional, *Conferencia Internacional de Educación (CIE)*, Bogotá, Colombia, Nro. 46°, Septiembre de 2001.
- Múnera, Leopoldo, *Gobierno y Autonomía Universitarios: Meritocracia y Democracia Académicas*, Dactilografiado, 2009.
- Pulido, Orlando, *La gratuidad de la educación en Bogotá*, Buenos Aires, Argentina: Serie Ensayos e investigaciones, Agosto de 2010.
- Rodríguez, Adolfo, *La educación superior: Negocio Rentable de mercado - Formación de capital humano productivo*, Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, 2011.
- Saldarriaga, Jaime, *La gratuidad de la educación*, Bogotá, Proyecto educación compromiso de todos, UNICEF, julio de 2009.

Virtuales

- CEPAL, Consenso de Washington, disponible en: <https://www.cepal.org/Mujer/proyectos/gobernabilidad/manual/mod01/13.pdf>

Legales

- Congreso de Colombia, Ley 30 de 1992 “por la cual se organiza el servicio público de la educación superior”.
- Congreso de la República, Ley 60 de agosto 12 de 1993, "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".
- Congreso de la República, Ley 715 de 2001, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la

Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

Congreso de la República, Ley 115 de 1994, “Por la cual se expide la ley general de educación”.

Constitución Política de Colombia, Bogotá, Legis, 2017.

Ministerio de Educación Nacional, “por el cual se reestructura el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES y se expide su estatuto básico”.

Ministerio de Educación Nacional, Decreto 2904 de 1994 “por el cual se reglamentan los Artículos 53 y 54 de la Ley 30 de 1992”.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de Diciembre de 1966.

Jurisprudenciales

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 220 de 1997, Referencia: Expediente D-1470, Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto 111 de enero 15 de 1996, "Por el cual se compilan la ley 38 de 1989, la ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto", Actor: Augusto Hernández Becerra, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 337 de 1996, Referencia: Expediente D-1130, Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 28 y 29 (parciales) de la Ley No. 30 de 1992 "por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior", Actor: Álvaro Sanjuan Sanclemente, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 589 de 1997, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64 de la ley 30 de 1992 y 11 del decreto 1210 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. C-547 de 1994, Ref.: Expediente No. D-601, Normas acusadas: artículos 43 literal d), 57 parcial, 84, 87, 90, 92, 93, 94, 113 y 117 de la ley 30 de 1992, demandante: Juan Manuel Charry Urueña, Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T 172 de 1993, Ref.: Expediente T-6961, Acción de tutela instaurada por Primavera Grigoriu de Buendía contra Hugo Felipe Hoenigsberg, Director del Instituto de Genética de la Universidad de los Andes, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Séptima Parte

Derecho del trabajo

La reforma radical de las juntas de conciliación y arbitraje en la constitución federal mexicana por la influencia de la globalización

*Víctor Manuel González Cianci*⁵⁴⁶

Resumen

En el presente trabajo se abordará la influencia de la internacionalización de la economía, el fenómeno de la globalización y otros factores sociopolíticos de la evolución de la sociedad mexicana que han influido para el cambio de un nuevo paradigma en la administración de la justicia en materia del trabajo, requiriendo una reforma constitucional de gran calado sobre los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo que consideramos de vital importancia abordar el estudio y difusión de esta reforma constitucional para los estudiosos del derecho, ya que las juntas de conciliación y arbitraje como autoridades impartidoras de justicia laboral, después de más de cien años de existencia y operación han quedado extinguidas por el legislador, a partir del próximo año 2018; en consecuencia, y bajo un esquema novedoso que busca ser eficaz en la solución de los conflictos obrero-patronales mediante la conciliación obligatoria, o en su caso, en sede judicial, ya sea federal o estatal. Asimismo, se examinan las nuevas disposiciones del registro de los sindicatos y de sus contratos colectivos de trabajo, los que han sido asignados al conocimiento y competencia de la federación, para garantizar el voto personal, libre y secreto de los trabajadores integrantes de estas organizaciones, así como de sus instrumentos colectivos de trabajo o en los conflictos intergremiales. Palabras clave: Derechos de autor, derechos fundamentales, Internet, obras científicas, sistema de restricciones.

Palabras clave: Autoridades laborales, tribunales laborales, globalización, internacionalización, constitución federal, reforma.

Abstract

In this paper we will discuss the influence of the internationalization of the economy, the phenomenon of globalization and other sociopolitical factors of

⁵⁴⁶ Doctor en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del estado de México.

the evolution of Mexican society that have influenced the change of a new paradigm in the administration of justice in the field of work, requiring a constitutional reform of great depth on the articles 107 and 123 of the Political Constitution of the United Mexican States; so we consider it vital to address the study and dissemination of this constitutional reform for law students, since the conciliation and arbitration boards as authorities for labor justice, after more than one hundred years of existence and operation have been extinguished by the legislator, from next year 2018; as a result, and under a novel scheme that seeks to be effective in the resolution of labor-management conflicts through compulsory conciliation, or where appropriate, in judicial, whether federal or state. It also examines the new provisions of the register of trade unions and their collective bargaining agreements, which have been assigned to the knowledge and competence of the federation, to guarantee the personal, free and secret vote of workers who are members of these organizations, as well as their collective instruments of work or intergenerational conflicts.

Keywords: Labor authorities, labor courts, globalization, internationalization, federal constitution, reform.

Introducción

En el derecho del trabajo mexicano, la aplicación de las leyes y normas del trabajo compete a las autoridades que se encuentran señaladas en el artículo 523 de la ley federal del trabajo y que son las siguientes: I. Secretaría de trabajo y previsión Social. II. Secretaría de hacienda y crédito público. III. Secretaría de educación pública. IV. Autoridades de las entidades federativas y sus direcciones o departamentos de trabajo. V. Procuraduría de la defensa del trabajo. VI. Servicio nacional del empleo. VII. Inspección del trabajo. VIII. Comisión nacional de los salarios mínimos. IX. Comisión nacional para la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas. X. Junta federal de conciliación y arbitraje. XI. Juntas locales de conciliación y arbitraje. XII. Jurado de responsabilidades⁵⁴⁷. Las autoridades del trabajo, son aquellas que se encargan de la aplicación de las normas laborales y tienen diversas categorías que son: autoridades administrativas, las mencionadas en las fracciones I al VI; las Comisiones crean un derecho objetivo fijando salarios mínimos y porcentaje de utilidades; las Juntas son autoridades jurisdiccionales y el Jurado de responsabilidad ejerce jurisdicción administrativa al imponer sanciones a representantes del capital y trabajo⁵⁴⁸.

También se define a las autoridades del trabajo, como aquellas que bajo cualquier concepto tienen injerencia autoritaria en la aplicación en las normas de trabajo, las que tienen carácter administrativo y por lo tanto no resuelven conflictos entre partes, tal es el caso de la Secretaría del trabajo y previsión social; otras dirimen o resuelven conflictos entre partes y por lo tanto son órganos jurisdiccionales en toda la extensión jurídica que les corresponde. Las Juntas de conciliación y arbitraje tienen esta característica, sin embargo, como una excepción, el inspector del trabajo decidirá cualquier controversia sobre reparto de utilidades si los representantes de los trabajadores y del patrón no se ponen de acuerdo⁵⁴⁹. Por otra parte, los tribunales del trabajo, se les denomina Juntas de conciliación y arbitraje son cuerpos colegiados que están constituidos en forma tripartita, es decir, por un representante de los trabajadores, uno de los patrones y uno del gobierno que será siempre el presidente y sus suplentes, los que son auxiliados por secretarios y auxiliares y dictaminadores, así como por actuarios y escribientes que se requieran y lo permita el presupuesto. Las Juntas para el mejor desempeño de sus funciones se apoyan en juntas especiales, que también son órganos y se encargan

⁵⁴⁷ Ley Federal del Trabajo, Ed, Lito Offset Alfaro Hermano, Mexico, 2013, pp. 190, 191.

⁵⁴⁸ TRUEBA Urbina, Alberto, Ley Federal del Trabajo, citado por González Cianci, Víctor Manuel, en Taller de Relaciones Laborales, Ed, Porrúa, México, 2ª Ed, 2014, p. 191.

⁵⁴⁹ RAMIREZ Fonseca, Francisco, Ley Federal del Trabajo Comentada, Ibidem, 191.

de conocer y tramitar los asuntos, que le señala la ley federal del trabajo⁵⁵⁰. Las autoridades del trabajo y concretamente las autoridades jurisdiccionales a las que se les ha denominado impropiaamente Juntas de conciliación y arbitraje, han evolucionado desde su concepción hasta la actualidad, ya que en un principio dichas autoridades ni siquiera fueron consideradas como tribunales al carecer de imperio para imponer coactivamente sus decisiones. Antes del año de 1910, todos los conflictos obrero-patronales tanto en el aspecto material como procesal se dirimían ante los tribunales del derecho común y de acuerdo con las leyes civilistas. En la medida que el derecho del trabajo fue cobrando autonomía y específicamente en el aspecto procesal, era también indispensable que independientemente de las características de celeridad, prontitud y sencillez que se le imprimiera a los nuevos procedimientos acorde a las necesidades de la relación obrero-patronal, se encargase el conocimiento y decisión de tales conflictos a autoridades específicas con requisitos propios que garantizan una mejor actuación en su misión de juzgadores y que con ello se pudiese satisfacer más cabalmente las necesidades jurisdiccionales tanto para trabajadores como patronos⁵⁵¹. Conforme a lo anterior debemos precisar que la secretaría del trabajo y previsión social y los departamentos y direcciones del trabajo, tendrán las atribuciones que les asignen sus leyes orgánicas y las normas del trabajo; asimismo que la primera organizará un instituto del trabajo para la preparación y elevación del nivel cultural de su personal técnico y administrativo⁵⁵². Respecto a la junta federal de conciliación y arbitraje, le corresponde el conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo que se susciten entre trabajadores y patronos, solo entre aquellos o solo entre estos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos íntimamente relacionados con ellas⁵⁵³. Esta junta solo tiene competencia en los asuntos que señalan la fracción XXXI, apartado A, del artículo 123 constitucional que refiere que son de la competencia exclusiva de las autoridades federales, los asuntos relativos a: ramas industriales y servicios: textil, eléctrica, cinematográfica, hulera, azucarera, minera, metalúrgica y siderúrgica, hidrocarburos, petroquímica, cementera, calera, automotriz, química, celulosa y papel, aceites y grasas vegetales, alimentos empacados o enlatados, bebidas envasadas o enlatadas, ferrocarrilera, maderera básica, vidriera, tabacalera, servicios de banca y crédito y empresas administradas por el gobierno federal, o concesión federal, industrias conexas⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ BORRELL Navarro, Miguel, *Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo*, Ibidem, 191.

⁵⁵¹ ROSS, Gamez, Francisco, Ibidem, p, 192.

⁵⁵² TRUEBA Urbina, Alberto, Ibidem, p, 192.

⁵⁵³ Ibidem, 193.

⁵⁵⁴ Ibidem, p, 193.

En relación a las juntas locales de conciliación y arbitraje, estas funcionarán en cada una de las entidades federativas, les corresponde el conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo que no sean de la competencia de la junta federal de conciliación y arbitraje⁵⁵⁵.

Por otra parte es necesario mencionar el tema de la competencia constitucional de las juntas de conciliación y arbitraje, tanto federal como las locales, ya referidas, afín de entender con claridad, que la competencia federal se refiere al conocimiento que tienen las autoridades del trabajo en asuntos relacionados con las ramas y servicios antes mencionados y que la competencia local o común consiste en el conocimiento que le corresponde a las autoridades del trabajo de las entidades federativas para los asuntos de todos aquellos patrones, empresas, negociaciones o establecimientos, que no se encuentran comprendidas en las actividades de la competencia federal, tales como: agricultura, ganadería, forestales, agentes de comercio, de seguros, deportistas profesionales, teatros, cines, centros nocturnos, salas de grabación, hoteles, restaurantes, bares, hospitales privados, universidades, instituciones de educación, colegios particulares, comercios, prestadores de servicios, industria de la construcción, de la cerámica, de confección y maquila de ropa, de muebles, expendios de gasolina, industria de medios de comunicación escrita, industria del calzado, y demás actividades similares o semejantes⁵⁵⁶.

De acuerdo con la legislación laboral vigente para la solución de los conflictos de trabajo si las partes no logran conciliar sus diferencias, los órganos del Estado, tienen el deber de provocar la conciliación, como un procedimiento obligatorio en todos los conflictos de trabajo ya sean jurídicos o económicos, individuales o colectivos. por tal razón debemos señalar que la Constitución Federal en nuestro país, vigente desde el cinco de febrero de 1917 en su artículo 123, Apartado A, fracción XX dispone textualmente: Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo se sujetarán a la decisión de una junta de conciliación y arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patrones y uno del gobierno⁵⁵⁷.

Corresponde a las juntas mencionadas, encargarse de la administración de la justicia laboral por disposición constitucional, señalándose en forma categórica su jurisdicción en el sentido de encargarse de los conflictos de trabajo; igualmente el concepto de conflicto de trabajo, para referirse a las diferencias que surjan

⁵⁵⁵ Ibidem, p.193.

⁵⁵⁶ GONZALEZ Cianci, Víctor Manuel, op, cit., p, 194.

⁵⁵⁷ Ibidem, p,286.

entre el capital y el trabajo, es decir, entre patrones y trabajadores, desechándose el concepto de juicio que aportaba el derecho civil, que se encargaba hasta antes de la vigencia de la constitución actual de la administración de justicia entre patrones y empleados. Por las mismas razones, las juntas de conciliación y arbitraje son organismo autónomos frente a los poderes legislativo y judicial, en la organización del estado mexicano, es decir, no pertenecen a ninguno de los dos poderes mencionados, sino que pertenecen actualmente a la estructura del poder ejecutivo, por la integración diferente que tienen a base de representantes del trabajo, del capital y del gobierno, lo que es una característica única dentro de las autoridades jurisdiccionales mexicanas, y por tal razón el representante del gobierno, es designado por el titular del poder ejecutivo sea federal o local según el caso. Estas autoridades tienen como origen la lucha de clases y deben seguir el espíritu del artículo 123 constitucional mencionado, en el sentido de tutelar los derechos de los trabajadores aplicando el principio de la desigualdad de las partes, es decir, que el trabajador no es igual al patrono y por ello el primero es tutelado por la autoridad del trabajo; toda vez que por orden histórico el surgimiento del artículo 123 constitucional fue para combatir la explotación de la clase trabajadora y reivindicar sus derechos por medio de la libre asociación obrera y a través del derecho de huelga, a fin de suprimir los regímenes de explotación que existían en esa época⁵⁵⁸.

Expuestos los conceptos, denominaciones y referencias de las autoridades del trabajo que les corresponde administrar los conflictos de trabajo entre patrones y trabajadores, así como su competencia, podemos entender el efecto que el fenómeno de la globalización sobre estas autoridades y su funcionamiento a 100 años ya de su existencia, prevista constitucionalmente.

2. El fenómeno de la globalización y su influencia en el tema

La inversión económica mundial se ha multiplicado en todos los ámbitos de la producción de bienes y servicios, traspasando fronteras en forma inusitada debido a la tecnología moderna que permite realizar operaciones financieras y económicas en forma rápida, segura y eficiente permitiendo promover nuevas empresas transnacionales, sociedades o la apertura de nuevos mercados que ya no requieren trabajadores o solo de un mínimo de ellos o a través de subcontrataciones o mediaciones de servicios. De esta manera en los últimos años hemos constatado en nuestro país, en América Latina e incluso en los

⁵⁵⁸ *Ibidem*, pp, 286,287.

países europeos, que la inversión económica mundial se encuentra en notable crecimiento provocando cambios sustanciales en las relaciones laborales y nuevas formas de contratación y prestación de servicios entre trabajadores y empleadores, debido a la introducción de la ciencia y la tecnología de nueva generación que incluso suprime la mano de obra, la abarata o la reduce significativamente. Estamos pues en el umbral de nuevos mercados laborales.

El fenómeno de la globalización ha traído aspectos positivos y negativos para el desarrollo de nuestros pueblos, basando su efectividad en el comercio internacional, por ello vemos como las contrataciones laborales se vienen transformando, bajo el supuesto de la flexibilización del trabajo que ha introducido la globalización, como concepto renovador y paradigmático que aparejado de la corriente mercantilista internacional, están provocando cambios profundos en las legislaciones del trabajo. Resulta importante citar algunas definiciones y conceptos de distinguidos expertos, para una mejor comprensión como sigue:

“El fenómeno de la **“globalización**, entendida como el proceso, fenómeno o modelo que, desde luego, impacta no solamente las cuestiones de la economía, sino que, en la realidad se extiende con una poderosa influencia a diversos ámbitos, como son los políticos, los sociales, los culturales y desde luego, en el caso que nos ocupa, los jurídicos. Respecto a la incuestionable influencia que ejerce la globalización en la ciencia jurídica, es oportuno señalar que si bien es cierto que la globalización nace como un concepto “técnico-económico” es más cierto que éste fenómeno se extiende a los más diversos campos de las relaciones internacionales como lo menciona Silvio Baró Herrera, y otros rumbos como son, entre ellos, el jurídico, que impacta de una forma tan determinante que ha ocasionado un proceso de transformación a efecto de adecuarse a estos procesos globalizadores”⁵⁵⁹.

“ La **globalización** es un fenómeno de naturaleza económica y neocapitalista, que ha provocado la ruptura de las barreras geopolíticas en el mundo, así como la necesaria adecuación de los diferentes sistemas jurídicos, de manera especial en el campo del derecho comercial, para facilitar la realización de prácticas comerciales en todo el orbe rompiendo los esquemas formales tradicionalmente incorporados en los sistemas jurídicos estatales, porque los reacomodos económicos, sociales y tecnológicos que se presentan a partir de la

⁵⁵⁹ Cfr. OLIVA, Gómez, Eduardo, comp. “*Los Nuevos Retos del Derecho de Familia en el Sistema Jurídico Mexicano en el siglo XXI*”, en *Los Impactos de la Globalización en los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, UAEM, 1ª Ed, 2013, pp, 34, 35

última década del siglo pasado por la acción de las empresas transnacionales, y en el orden jurídico merced a la permanente participación de los organismos internacionales que elaboran esquemas jurídicos eminentemente flexibles para otorgar un marco de seguridad jurídica a la dinámica de tales prácticas”⁵⁶⁰.

“La Globalización es entonces el resultado de un proceso histórico que ha surgido por la innovación y el progreso en el campo de la tecnología e involucra la creciente integración de las economías en el mundo, por medio de las actividades comerciales y financieras. Los mercados han promovido la eficiencia por medio de la competencia y merced al fenómeno global los grandes centros de aprovisionamiento que concentran a las economías más poderosas del mundo se han beneficiado por la existencia de mercados más vastos, lo que se ha facilitado por el mayor acceso a los flujos de capital y los avances tecnológicos. La Globalización se ha desarrollado en un proceso que contempla varias etapas y niveles, a partir de los acuerdos de preferencia arancelaria, incluyendo las uniones aduaneras o arancelarias, las zonas del libre comercio, hasta el mercado común y la comunidad regional que se ha globalizado en sus aspectos económicos, sociales y jurídicos”⁵⁶¹.

“Podemos definir la **globalización** como el dominio del capital financiero en el mundo, con la etapa anterior del dominio de la fábrica conforme la Revolución industrial inglesa del último tercio del siglo XVIII, con el consumismo de marca como uno de sus efectos negativos, el incremento de la inequidad mundial, la contaminación por el calentamiento que producen fábricas y automóviles principalmente, el poder de dominio universal, los medios masivos de comunicación, la concentración de la riqueza en pocas manos y la constante extensión de la pobreza y miseria de la población terráquea, la amenaza nuclear por conflictos regionales y las centrales nucleares, generadores de energía eléctrica, el fracaso de la ecología y la necesidad de pasar a la ecosofía como posible respuesta a la autodestrucción humana”⁵⁶².

“El fenómeno de la **globalización** tiene sus efectos en todos los sectores de la vida de los Estados Unidos Mexicanos, los avances tecnológicos, de comunicación, comercio y finanzas han hecho que todos los países se constituyan como aldea donde se conocen con gran rapidez todos los acontecimientos, sociales, políticos

⁵⁶⁰ Cfr. CASTRILLÓN y Luna, Víctor Manuel, “*La Regulación Internacional del Comercio Exterior*”, op. cit. nota 96, p.51

⁵⁶¹ *Ibidem*, pp.52,53.

⁵⁶² GONZÁLEZ, Ibarra, Juan de Dios, “*Hermenéutica Juspolítica*”, 1ª Ed, México, Fontamara, 2014, pp. 52, 53.

y culturales. Las tecnologías de la información y la comunicación, como el fax, el internet, la televisión, la radio, los teléfonos, los satélites, son instrumentos que han logrado, de cierta manera, uniformado, las formas de vestir, la cultura, el derecho, la educación, incluso el pensamiento. En el ámbito económico y financiero se han construido bloques económicos como el de Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y los Estados Unidos Mexicanos. En Asia y Europa se han creado también bloques económicos exitosos, donde las mercancías circulan sin aranceles, incluso se ha uniformado la moneda como en Europa. Los tratados o acuerdos de libre comercio ya son comunes entre los países. En todo el mundo la oferta y la demanda de mercancías y servicios son el parámetro fundamental para trasladar los capitales de un país a otro. En este sentido, las leyes que regulan estos rubros rompen con los conceptos de soberanía nacional y establecen nuevos sistemas para regular las confrontaciones por medio de arbitrajes. Por otra parte, la **globalización** como un sistema de vida permite que el sistema financiero sea más libre que la gente”⁵⁶³.

Consecuentemente dicho fenómeno globalizador con todos sus alcances y efectos ha trascendido, sin lugar a dudas, en la justicia laboral de nuestro país, de acuerdo a lo antes expuesto.

3. Dictamen de las Comisiones unidas de puntos constitucionales de justicia, de trabajo y previsión social y de estudios legislativos del Senado de la República, de fecha 21 de septiembre de 2016, sobre la Iniciativa y Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la CPEUM en materia de justicia laboral

El 28 de abril del año pasado, el Presidente de la República, presentó a la LXIII Legislatura del Senado, la iniciativa con proyecto de Decreto, relativa a la modernización de las instancias impartidoras de justicia laboral, derivada de los resultados del diagnóstico elaborado por instituciones públicas, universidades, centros de educación superior, especialistas y representantes de organizaciones de la sociedad civil, en el denominado proyecto “Diálogos por la justicia cotidiana”, que sirvieron de base para la formulación de la iniciativa que se menciona. Las Comisiones unidas de puntos constitucionales; de justicia; de trabajo y previsión social y de estudios legislativos, del Senado de la República, con fecha 21 de septiembre de 2016, emitió el dictamen correspondiente, por el que se reforman

⁵⁶³ Cfr. REYES, Barragán, Ladislao Adrián, *El Impacto de la Globalización, en la Administración de Justicia y los Derechos Humanos*, op. cit. nota 96, pp. 107, 108, 109.

y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral; fundándose en los siguientes antecedentes, objeto y descripción de la iniciativa propuesta.

Antecedentes. El conocimiento y resolución de los conflictos laborales, que estableció el Congreso Constituyente de 1916-1917, así como su evolución, las reflexiones sobre la eficacia del procedimiento laboral para la resolución de los conflictos individuales de trabajo, el registro de organizaciones sindicales y contratos colectivos de trabajo, plantea esencialmente la necesidad de modificaciones en la Norma Suprema, como las siguientes: a). Otorgamiento de competencia para conocer y resolver las controversias en materia laboral al poder judicial de la federación y a los poderes judiciales de las entidades federativas asumiendo las tareas que a la fecha han realizado la junta federal de conciliación y arbitraje y las juntas locales de conciliación y arbitraje.-b). Fortalecimiento de la función conciliatoria en los asuntos del trabajo mediante la atención de un organismo público descentralizado para los asuntos federales y a través de los centros de conciliación, en las entidades federativas.-c). Reconformación de las funciones de registro de las organizaciones sindicales y de los contratos colectivos de trabajo como una competencia federal a cargo del organismo público descentralizado antes referido.-d). Adopción de medidas para garantizar la libertad de negociación colectiva y la expresión personal, libre y secreta de la voluntad de los trabajadores para la elección de sus dirigentes; registro de contratos colectivos de trabajo y resolución de conflictos entre sindicatos⁵⁶⁴.

Exposición de motivos. La Iniciativa presidencial menciona que el orden constitucional aprobado en la ciudad de Querétaro, hace casi un siglo, constituyó la expresión de las reivindicaciones políticas, económicas y sociales de la revolución mexicana, dándose cabida a los derechos fundamentales de carácter social que se plasmaron en los artículos 3º, 27º y 123. Se destaca que en el ámbito laboral, este pacto social constituye la génesis del tripartidismo integrada por los trabajadores, los empresarios y el gobierno. Con base en esa visión tripartita surgieron importantes instituciones laborales y de seguridad social en nuestro país, como el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores, el Instituto del Fondo

⁵⁶⁴ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Trabajo y Previsión Social y de Estudios Legislativos, Segunda, sobre la Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2016-10-06-1/assets/documentos/Dictamen_Justicia_Laboral_06102016.pdf. Consultado el 10 de agosto de 2017.

Nacional para el Consumo de los Trabajadores y el Comité Nacional de Productividad. Se trata de espacios de encuentro y actuación entre los trabajadores y los empresarios, en el que el Gobierno ha actuado como impulsor de equilibrios con justicia. Explica el ejecutivo federal que gracias a la capacidad de dialogo para arribar a acuerdos y pactos entre los más amplios sectores políticos, económicos y sociales, nuestro país ha podido disfrutar de importantes y largos periodos de estabilidad política, lo que resulta relevante en la realidad contemporánea de la internacionalización de la economía. Al efecto, reconoce que se trata de logros que no han sido fáciles y que no se explican, sin la solidaridad, entereza y muchas veces sacrificio de los trabajadores. Al apreciarse por el presidente de la república, que la Constitución de 1917 adoptó un proyecto de nación acorde a la voluntad del pueblo de México, formula la reflexión de que los cambios políticos, económicos, sociales y culturales ocurridos en el mundo y en nuestro país, desde su aprobación, han obligado a sucesivas generaciones a proponer las adecuaciones necesarias al orden constitucional que rige y da cauce a la convivencia nacional. Expresa que a casi 100 años de promulgada la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la sociedad mexicana no es la misma que la de hace un siglo. Las grandes transiciones por las que ha discurrido nuestro devenir histórico: la demográfica, la de salud, la de urbanización y los asentamientos humanos en las ciudades han dado distinto perfil al país. El mundo ha cambiado vertiginosamente. Nuestro país también. Con relación a las situaciones del exterior se da cuenta de que al menos en dos ocasiones del siglo xx se produjeron modificaciones geopolíticas dramáticas y los mercados se internacionalizaron. Si el mundo y nuestro país han cambiado, el ejecutivo federal, plantea la necesidad de revisar el orden jurídico y adaptarlo a nuevas realidades y los tiempos que vislumbra el futuro. En este orden de ideas el presidente de la república hace memoria de la reforma laboral aprobada a finales del 2012 y expone que a menos de tres años de promulgadas las reformas y adiciones a la ley federal del trabajo, a pesar del corto tiempo de vigencia, la reforma laboral ha dado buenos resultados, en particular destaca los beneficios de las nuevas modalidades de contratación flexibles, las adecuaciones para potenciar la capacitación, el adiestramiento y la productividad; las medidas adoptadas en favor del empleo de personas que forman parte de grupos vulnerables, como los discapacitados y los menores de edad. Al reconocer lo anterior, el ejecutivo federal, expone que los cambios introducidos en la justicia laboral se sustentaron fundamentalmente en el establecimiento de mecanismos para eficientar los procedimientos, acortando tiempos para que la justicia sea una realidad y en la profesionalización del personal encargado de impartirla. No obstante, después de tres años y como resultado de las evaluaciones y análisis presentados en diversos foros, se arriba a la conclusión que se requieren

transformaciones cualitativas para que la justicia laboral cumpla su propósito. El ejecutivo federal, también reconoce que aunque las condiciones para la impartición de la justicia del trabajo han tenido cambios profundos, hoy los problemas que la afectan se deben a factores y mecanismos anacrónicos frente a la realidad de México, señala que la justicia laboral presenta problemas en su funcionamiento porque sus instituciones y procesos fueron creados en una condición histórica que contrasta visualmente con la que actualmente se vive. Asimismo, apunta que el incremento de la rotación laboral frente a la mayor volatilidad de los empleos y la flexibilización de formas de contratación y despido han provocado a partir de la década de los 80, el aumento significativo de los conflictos individuales. En dos décadas de 1995 a 2015, se incorporaron a la población económicamente activa del país, más de 18 millones de mexicanos, período en el cual los conflictos individuales aumentaron en 132%, al pasar de 125,510 en diciembre de 1994 a 291,548 en diciembre de 2015. Se trata a su juicio de transformaciones en los mercados laborales como consecuencia de la reestructuración productiva y la internacionalización de la economía, así como de la evolución del pensamiento y las ideas democráticas en todas las instituciones. Qué si bien se han realizado cambios y transformaciones en nuestro país a través de importantes tareas para adecuar las instituciones de impartición de justicia laboral, fundamentalmente a partir de la promoción del diálogo y el equilibrio entre los factores de la producción y haciendo uso de la conciliación y las estructuras a cargo de conocer y resolver los asuntos laborales, así como los procesos para realizarlo, prácticamente no han tenido modificaciones y son obsoletas para nuestro tiempo. Por ello estima que el ritmo en la modernización de las instancias impartidoras de justicia laboral ha quedado desfasado frente a las necesidades y expectativas de la sociedad. Por tanto, el siguiente paso es avanzar hacia una justicia laboral del siglo XXI. En este orden de ideas, expone su convicción de impulsar y llevar a cabo una transformación de fondo al sistema de justicia laboral, que se debe de eliminar todo elemento que convierta la justicia laboral en lenta, costosa, de difícil acceso y cuestionable, así como combatir la parcialidad, simulación, discrecionalidad y opacidad. Es indispensable actualizar nuestras leyes y hacerlas acordes a la realidad laboral nacional e internacional, así como transformar instituciones y construir nuevas políticas públicas integrales y censadas, con base en los principios de legalidad, imparcialidad, equidad, transparencia, eficacia, certeza, independencia, objetividad, profesionalismo, publicidad, confiabilidad y autonomía. Esta modernización contribuye a asegurar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente en escenarios de crisis. Al retomar los resultados obtenidos en los foros de la consulta sobre justicia cotidiana que el titular del ejecutivo federal encomendó al Centro de investigación y docencia económicas (CIDE, refiere que en los mismos se arribó

a la conclusión de que las modificaciones del orden jurídico en materia laboral no han generado una percepción de cambio significativo. A su vez, tratándose de la estructura de los órganos que conocen y resuelven los conflictos en materia del trabajo, la citada consulta reveló la necesidad de valorar la situación actual de las juntas de conciliación y arbitraje. A decir de los expertos, la revisión de este tipo de impartidores de justicia debe incluir entre otros, los aspectos relevantes, analizar la autonomía y sus formas de integración tripartita, que también debe destacarse el análisis y diálogo que se desarrolló entre los representantes del gobierno, los tribunales laborales, la academia y la sociedad civil que participaron en la mesa de justicia laboral cotidiana. La culminación de sus tareas permitió identificar propuestas de solución a diversas situaciones comunes y apremiantes que aquejan la justicia laboral. De manera específica apunta el ejecutivo federal que quienes formaron parte de la mesa se pronunciaron por continuar con el análisis y discusión de los mecanismos que permitan fortalecer y garantizar la autonomía de los tribunales laborales y analizar el sistema de distribución de competencias en materia laboral entre los ámbitos federal y local. En aras de atender los planteamientos recibidos para fortalecer la autonomía y eficacia de la función estatal de impartir justicia en materia del trabajo, el presidente de la república plantea modificaciones profundas a las normas rectoras del derecho procesal del trabajo en nuestro país, con base en lo siguiente:

- a) Conferir a los órganos del poder judicial de la federación y de los poderes judiciales locales la competencia para impartir justicia laboral.

- b) Revisar el papel de la conciliación en la atención y solución de los conflictos laborales, de manera que constituya una instancia prejudicial a la cual los trabajadores y patrones deberán acudir. Se propone que la función de la conciliación recaiga en los centros de conciliación especializados e imparciales, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. con rango de organismos descentralizados de la federación o de las entidades federativas.

- c) Qué el organismo público descentralizado que se plantea para llevar a cabo las tareas de conciliación en el ámbito federal, tenga también a su cargo la responsabilidad del registro de las organizaciones sindicales y los contratos colectivos de trabajo. Se propone que la designación de su titular ocurra mediante un procedimiento de corresponsabilidad entre el ejecutivo federal y el Senado de la república, pues aquel presentaría una terna y este elegirá a quien deberá desempeñar el cargo mediante una votación de las dos terceras partes de los miembros presentes de la cámara de senadores en la sesión de que se trate.

d) Revisar el sistema de distribución de competencias entre la federación y las entidades federativas, de tal suerte que la primera en el ámbito de la administración pública federal corresponda llevar a cabo el registro de todos los contratos colectivos y de todas las organizaciones sindicales, con la consecuente atención de los procesos administrativos derivados de esas materias⁵⁶⁵.

Es de destacarse que las transformaciones estructurales y de reasignación de funciones que se plantean en la presente iniciativa, se complementan con una serie de disposiciones transitorias relevantes que, a partir de la entrada en vigor del decreto de reformas al día siguiente de su publicación en el diario oficial de la federación, comprenden el periodo de un año para que en los ámbitos legislativos federal y local se realicen las reformas necesarias a las leyes correspondientes; y las medidas indispensables para que los órganos judiciales federales y locales, así como el referido órgano descentralizado y los centros de conciliación locales inicien el conocimiento de los asuntos que serán de su competencia, sobre la base de que las juntas de conciliación y arbitraje, la secretaria del trabajo y previsión social y las autoridades locales competentes continuarán conociendo y atendiendo esos asuntos hasta que se instituyan e inicien su funcionamiento los órganos judiciales y administrativos mencionados; la resolución de los asuntos en trámite al iniciar sus funciones los órganos judiciales y administrativos que asumirán competencias con motivo de esta reforma, conforme a las disposiciones legales aplicables al momento de su inicio; y el respeto a los derechos de los trabajadores de los órganos y unidades administrativas que conocen y resuelven los conflictos y las diferencias en materia laboral y para el registro de organizaciones sindicales y contratos colectivos de trabajo. La suma de estas modificaciones contribuirá a consolidar el estado democrático de derecho que todos queremos en México. Todas estas reformas están encaminadas a lograr que la justicia cotidiana laboral se acerque, cada vez más y de mejor manera a los trabajadores y empleadores para brindarles asegurar plena certidumbre jurídica⁵⁶⁶.

Estimamos prudente recapitular, en atención a la iniciativa que se dictamina, los principales elementos de los citados diálogos por la justicia cotidiana en la mesa relativa a la justicia laboral. En el diagnóstico conjunto de esta mesa de trabajo, se arribó a la conclusión general de que los problemas en la impartición de la justicia laboral comprenden el funcionamiento de los tribunales de trabajo (junta federal, juntas locales y tribunal federal) así como la práctica del litigio inadecuado dentro de los mismos. En ese diagnóstico se identificaron varios problemas específicos:

⁵⁶⁵ Idem..

⁵⁶⁶ Idem.

1. Uso inadecuado de la conciliación, toda vez que a partir de esta figura, en vez de arribar a una solución de autocomposición entre las partes con el apoyo de la autoridad, aquellas acuden al procedimiento laboral para buscar por la vía del acuerdo disminuir las obligaciones que deben cumplir por ley, se confunde la conciliación con la posibilidad de quita o descuento en las obligaciones irrenunciables de los trabajadores.
2. La recurrencia de casos en que el trabajador abandona el empleo o renuncia al mismo sin que quede constancia por escrito, simulándose un despido injustificado, dado que la sistemática de la ley establece en el patrón la carga probatoria de que no ha habido una rescisión laboral sin causa justificada.
3. La presencia recurrente de casos de despido injustificado en los que el patrón simula la renuncia del trabajador aprovechándose de que el orden legal no establece requisitos formales o algún elemento específico para acreditar la autenticidad de la renuncia voluntaria.
4. La frecuente situación de que ante una demanda laboral por despido injustificado, el patrón ofrece la reinstalación del trabajador, se concreta ésta y bajo cualquier circunstancia se genera una nueva rescisión de la relación laboral sin justificación, iniciándose de nuevo el ciclo de la demanda y oferta de reinstalación sin ánimos reales de cumplir esta última.
5. El alto número de comportamientos en los procedimientos laborales que carecen de sustento en la realidad, declaraciones falsas, ofrecimiento de pruebas falsas y fraude procesal, sin que los medios existentes disminuyan o siquiera atemperen esas conductas de las partes en litigio.
6. El establecimiento de patrones de comportamiento detonados por el incentivo perverso de simular los hechos para interponer una demanda laboral y prolongar el procedimiento hasta la máxima temporalidad que la ley permite para el pago de salarios caídos (un año posterior al presunto despido según la reforma de finales de 2012) con el objetivo de lograr condenas con un interés meramente económico o convenios que atiendan a ese fin, donde muchas veces el representante legal del trabajador ya le cubrió un monto para que el litigio continúe y se prolongue a conveniencia de dicho representante. Es lo que en el ambiente de litigio laboral se ha identificado como la industria del laudo. En este escenario, el hecho de que no existan límites o controles para fijar los honorarios y emolumentos de los representantes legales o para inhibir la prolongación injustificada del juicio ni el pago de gastos y costes, propicia el abuso del

procedimiento laboral que presiona a las empresas, particularmente las micro, pequeñas y medianas empresas que carecen de estructuras profesionalizadas para el litigio laboral y que se ven angustiadas por el impacto que en sus ingresos tiene el desembolso de montos de indemnizaciones y salarios caídos que excedan por mucho su capacidad económica.

7. El uso excesivo del principio de oralidad en el litigio laboral, pues esa modalidad de actuación se ha utilizado para generar diligencias largas, ajenas al propósito de integrar los elementos que se requieren para valorar las pruebas y emitir un laudo, propiciándose la frecuente suspensión y reprogramación de las audiencias. Hoy el orden legal aplicable no establece límites para la transcripción de audiencias y diferimiento de las mismas.

8. El abuso del ofrecimiento de la prueba pericial al percatarse los litigantes que se trata de una forma muy segura de prolongar el litigio. No obstante que las pruebas periciales podrían parecer innecesarias, se ofrecen por una parte, a fin de que la otra haga lo propio y la autoridad de impartición de justicia del trabajo llegue al nombramiento del perito tercero en discordia. También esto ha generado fenómenos de corrupción.

9. La frecuencia con que el litigio iniciado ante las juntas de conciliación y arbitraje se prolonga en el ámbito de la justicia federal mediante la interposición del juicio de amparo. Actualmente no existen elementos suficientes para limitar el abuso de ese medio de control de la constitucionalidad.

10. La existencia de casos de simulación de emplazamientos de huelga para obtener la firma de un contrato colectivo de trabajo, derivando en situaciones de extorsión a las empresas. La ausencia de regulación suficiente ha impedido que pueda prevenirse y evitarse este tipo de conductas.

11. El retraso en la entrega de notificaciones y exhortos por parte de los actuarios de los órganos de impartición de justicia del trabajo. La práctica de estas comunicaciones es tardada y se identifica como un elemento que afecta la diligencia con que debe realizarse el procedimiento laboral, al tiempo de que es un espacio para la corrupción.

12. La falta de una fase de conciliación en los asuntos laborales que implican a las entidades públicas, toda vez que la ley federal de los trabajadores al servicio del estado reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional, no contempla esa posibilidad en los asuntos de las relaciones

individuales de trabajo, so pena de responsabilidad administrativa para los servidores públicos.

13. La asignación de funciones de naturaleza administrativa a los órganos de impartición de justicia del trabajo, toda vez que en las leyes se les ha responsabilizado de algunos procedimientos ajenos al conocimiento y resolución de conflictos de trabajo, como son las cuestiones administrativas relacionadas con los regímenes de seguridad social o de ahorro para el retiro.

14. La asimetría de los representantes obreros y patronales en las juntas de conciliación y arbitraje, con relación al presidente de la misma, lo que genera el desinterés de aquellos por llevar a cabo el cumplimiento puntual de sus funciones para la elaboración, revisión y suscripción de un laudo. Tienen una situación distinta en términos de acceso y disposición de recursos humanos, materiales y tecnológicos así como ingresos salariales distintos a las del tercer integrante de esos órganos colegiados.

15. Las dificultades que se presentan para la ejecución de los laudos, ante la falta de herramientas legales y administrativas para su efectivo cumplimiento y ejecución inmediata, cuando han alcanzado la calidad de definitivos e inatacables.

16. Las insuficiencias administrativas que se presentan en un número importante de órganos de impartición de justicia del trabajo. Cargas excesivas de trabajo y falta de incentivos a la productividad de los trabajadores de las juntas de conciliación y arbitraje.

17. La presencia de vicios en los conflictos de titularidad de un contrato colectivo de trabajo, en virtud de la ausencia de normatividad estricta para llevar a cabo las diligencias de recuento de la voluntad de los trabajadores.

18. La existencia de los llamados contratos de protección, en detrimento de los derechos de los trabajadores al registrarse contratos colectivos de trabajo sin conocimiento de éstos, incluso en casos que anteceden a la existencia del centro de trabajo.

19. La exención de criterios dispares entre las distintas autoridades de impartición de justicia del trabajo ante hipótesis similares.

20. La pervivencia de normas jurídicas que establecen distinciones discriminatorias para las mujeres. Incorporar la figura de la violencia laboral a nuestra legislación,

establecer normas para la sanción de quienes incurran en conductas de hostigamiento laboral o acoso laboral e incorporar procedimientos administrativos eficaces y oportunos para sancionar estas últimas dos conductas y la violencia laboral.

21. La pervivencia de normas jurídicas obsoletas, ineficaces y que atentan contra los derechos de los trabajadores en la ley federal de los trabajadores al servicio del estado, reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional en materia de: la agrupación de trabajadores, la fase de conciliación en los conflictos, conclusión de la controversia por convenios, no recurrir a la supletoriedad de la ley federal del trabajo, representación de los trabajadores por un profesional de la abogacía y actualización de las multas actuales⁵⁶⁷.

Para comprender los impactos de la globalización en la reforma constitucional que suprime las juntas de conciliación y arbitraje y las sustituye por tribunales laborales que pertenezcan al poder judicial federal y local que integran en México, los poderes judiciales en su organización política y de gobierno, dicha influencia se hizo patente desde el 10 de junio de 2011, con la regulación constitucional de los derechos humanos de los gobernados, incorporando a rango constitucional dicha prerrogativa, reconociendo la influencia de los tratados internacionales en dicha materia al establecer una protección sin precedentes en la carta magna mexicana, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, imponiendo a todas las instituciones judiciales, la obligación de su protección, aplicación, vigilancia, observancia y operatividad de dichas prerrogativas; por ello la reforma constitucional mexicana del 2011, fue sin duda, debido al impacto de la globalización, reflejado por una parte, en el respeto irrestricto de los derechos humanos de las personas y por otra, en las nuevas formas de contratación laboral, teniendo las autoridades judiciales competentes, que observar un control difuso de convencionalidad y cumplir los principios de la interpretación de la norma conforme a la constitución y a los parámetros convencionales, aplicando también el principio pro-homine o favorlibertatis, que en términos generales significa, aplicar la ley más favorable a la persona, buscando el mayor beneficio para la misma.

Conclusiones:

Primera. Este Senado de la república es competente para actuar como cámara de origen.

⁵⁶⁷ Idem.

Segunda. El ejecutivo federal reemitió al Congreso de la unión ocho iniciativas de reformas constitucionales que abarcan distintos aspectos de la denominada justicia cotidiana. Estas comisiones unidas apreciamos y valoramos el conjunto de propuestas para facilitar a toda persona que requiere de una solución a los problemas y conflictos legales, un eficaz y eficiente acceso a los órganos de impartición de justicia.

Tercera. Transferir la impartición de la justicia del trabajo al ámbito depositario de poder público que tiene a su cargo el desarrollo de la función judicial; que el Poder judicial de la federación y los Poderes judiciales de las entidades federativa asuman las tareas de conocer y resolver los conflictos individuales y colectivos del trabajo que hasta ahora han estado confiados a las juntas federal y locales de conciliación y arbitraje. Se plantea qué a la luz de la evolución de nuestro sistema de impartición de justicia, es momento de preservar el fin del acceso de los trabajadores a la justicia con base en los derechos que les confiere la Norma Suprema. Sin dejar de reconocer la importante contribución de las Juntas para la atención de los conflictos individuales y colectivos de trabajo durante la etapa inmediata anterior a la Revolución Mexicana, a la etapa de construcción institucional y fomento al desarrollo nacional y de la consolidación de instituciones, conducen a plantear que el conocimiento y resolución de los conflictos mencionados quede a cargo de juzgados y tribunales cuya característica fundamental es la imparcialidad, por la transformación paulatina de los Poderes judiciales de la federación y de las entidades federativas, hacen que la atención de la justicia laboral en nuestro tiempo transite a un órgano conformado de manera objetiva y absoluta. Para alcanzar este objetivo, el ejecutivo federal plantea la modificación al texto de la fracción XX del apartado “A” del artículo 123 constitucional, de tal suerte que el conocimiento y resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patronos, en vez de confiarse a la decisión de una junta de conciliación y arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos y uno del gobierno, sean ahora materia de la competencia de los juzgados o tribunales laborales del poder judicial de la federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a lo dispuesto por los artículos 94,97,116 fracción III, y 122 apartado “A”, fracción IV, de la Constitución.

Debiendo contar con capacidad y experiencia en materia laboral y que sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia. En consecuencia, se plantean modificaciones para suprimir la referencia a la denominación de las resoluciones de las juntas como laudos y hacer las demás adecuaciones

terminológicas necesarias en las fracciones XVIII, XIX, XXI, y XXVII del apartado “A” del artículo 123 constitucional.

Cuarta. El ejecutivo federal propone que antes que las partes acudan a los juzgados o tribunales laborales se agote la etapa de conciliación, mediante una sola audiencia obligatoria impulsándose su desarrollo expedito con certidumbre para propiciar la auto-composición de las partes. Se propone que las tareas de conciliación permanezcan en el ámbito de los ejecutivos federal y locales mediante las instancias conciliatorias que serán organismos descentralizados en lo federal y centros de conciliación en las entidades federativas cuya naturaleza jurídica será determinada por la instancia local.

Quinta. El titular del organismo público descentralizado de conciliación federal y de registro de organizaciones sindicales y contratos colectivos de trabajo; estas últimas que se efectuaban en las entidades federativas y que ahora se transferirán a la competencia exclusiva de la federación, debe ser nombrado por el Senado de la república a propuesta en terna del ejecutivo federal.

Sexta. Se propone abrir un inciso c) a la fracción XXXI del apartado “A” del artículo 123 constitucional para señalar como materias de competencia exclusiva de las autoridades federales el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados.

Séptima. Se establezcan elementos de garantía constitucional al voto personal, libre y secreto de los trabajadores para la elección de sus dirigentes y la resolución de conflictos entre sindicatos.

Octava. La naturaleza de la determinación jurisdiccional que emanará de las resoluciones que se produzcan ahora en sede judicial, no resulta consecuente mantener en el texto de la fracción XXI del apartado “A” del artículo 123 constitucional, la referencia a la eventual negativa del patrón a someter las diferencias con el trabajador al arbitraje o a aceptar el laudo que las juntas pronuncien, si el asunto habrá de conocerse en sede judicial por mandato constitucional, no debe resultar potestativo, sino obligatorio para el patrón someterse a esa jurisdicción, al tiempo que tampoco le resultará potestativo aceptar la resolución o sentencia que pronuncie la autoridad judicial.

Novena. Se establece el período de un año siguiente a la entrada en vigor de las reformas para que tanto el Congreso de la Unión como las legislaturas de

las entidades federativas procedan a efectuar las modificaciones legales que correspondan en el orden jurídico de su competencia, debiendo continuar atendiendo las autoridades que hasta ahora tienen competencia en la materia sus funciones, hasta en tanto se instituyen e inician operaciones los ámbitos que recibirán las funciones transferidas. Los asuntos que se encuentren en trámite al iniciar sus funciones los juzgados o tribunales laborales, los centros de conciliación de las entidades federativas y el organismo descentralizado federal de conciliación y registro sindical y de contratos colectivos de trabajo, su resolución deberá hacerse en términos de las disposiciones aplicables al momento de su inicio. La documentación, los expedientes y los procedimientos que tengan bajo su responsabilidad se deberán transferir a los juzgados o tribunales laborales, a los centros de conciliación de las entidades federativas y al nuevo organismo descentralizado de conciliación federal y de registro sindical y de contratos colectivos de trabajo⁵⁶⁸.

4. Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la CPEUM en materia de justicia laboral, de fecha 24 de febrero de 2017

“El Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, previa aprobación de la mayoría de las H. Legislaturas de los Estados de la República, declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución federal en materia de justicia laboral, mediante el Artículo Único del Decreto mencionado, que refiere textualmente: “Se reforma el inciso d) de la fracción V del artículo 107; las fracciones XVIII, XIX, XX, XXI y el inciso b) de la fracción XXVII del artículo 123; se adicionan la fracción XXII bis y el inciso c) a la fracción XXXI del Apartado A del artículo 123 y se elimina el último párrafo de la fracción XXXI del Apartado del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”⁵⁶⁹.

Las reformas y adiciones que contiene el referido Decreto, se resumen en los siguientes lineamientos:

- Se sustituye la palabra *Laudo* por **Resoluciones o Sentencias definitivas** que pongan fin al juicio, dictadas por los tribunales laborales,

⁵⁶⁹ www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2016-10-06.1/assets/documentos/Dictamen_Justicia_Laboral_06102016.pdf, consultado el 10 de agosto de 2017..

⁵⁶⁹ Ibidem.

conservándose únicamente dicho concepto para el Tribunal federal de conciliación y arbitraje de los trabajadores al servicio del Estado y sus homólogos en las entidades federativas.

- Se sustituye las palabras juntas de conciliación y arbitraje por **tribunales laborales**.
- La resolución de los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder judicial de la federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a los artículos 94, 97, 116, fracción III y 122, apartado “A”, fracción IV de la constitución federal.
- Antes de acudir a los tribunales laborales, trabajadores y patrones deberán asistir obligatoriamente a la instancia conciliatoria correspondiente, sea en los centros de conciliación locales o federales, los cuales se ajustarán al procedimiento de una sola audiencia fijada de manera expedita y las subsecuentes solo se realizarán por acuerdo de las partes.
- El registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como los procesos administrativos relacionados, corresponderá al organismo descentralizado federal cuyo titular será designado por la cámara de senadores a propuesta en terna del ejecutivo federal, quien desempeñará su encargo por un periodo de seis años y podrá ser reelecto por una sola ocasión.
- Si el patrón se negase a someter sus diferencias al arbitraje o a cumplir la sentencia o resolución, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedara obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte aplicable del conflicto. Esta disposición no será aplicable en los casos de reinstalación en el trabajo.
- Para la resolución de conflictos entre sindicatos o celebración de un contrato colectivo de trabajo, así como la elección de dirigentes sindicales, la ley garantizará que el voto de los trabajadores será personal, libre y secreto.
- En el apartado de transitorios, se establece que el presente decreto entrara en vigor al día siguiente de su publicación en el diario oficial de la federación y el congreso de la unión y las legislaturas de los estados de la república deberán realizar las adecuaciones legislativas para dar cumplimiento al presente Decreto, dentro del año siguiente a su entrada en vigor.
- Las juntas de conciliación y arbitraje, las secretarías del trabajo y previsión social o las autoridades laborales locales, continuaran atendiendo las diferencias o conflictos entre el capital y el trabajo y el

registro de los contratos colectivos de trabajo y sindicatos en tanto se instituyen e inician operaciones los tribunales laborales, los centros de conciliación y el organismo federal descentralizado antes aludido.

- Las autoridades antes mencionadas deberán transferir los expedientes y documentación que tengan a su resguardo a los tribunales laborales y a los centros de conciliación dentro del plazo que se refiere el artículo segundo transitorio del citado Decreto.

5. Conclusiones

Primera. Las juntas de conciliación y arbitraje han quedado extinguidas como órganos de impartición de justicia laboral en México, a partir del 24 de febrero de 2017.

Segunda. Los conflictos obrero-patronales serán competencia de los poderes judiciales federal y estatal.

Tercera. La función conciliatoria en asuntos del trabajo será obligatoria para el Estado a través de los entes u organismos que constituyan para tal efecto.

Cuarta. El registro de sindicatos y contratos colectivos de trabajo en todo el país será competencia federal y a cargo del organismo público descentralizado.

Quinta. Las leyes del trabajo deberán garantizar el voto personal, libre y secreto de los trabajadores para la elección de sus dirigentes o el registro de contratos colectivos de trabajo y/o de conflictos intersindicales.

Sexta. La internacionalización de la economía, el fenómeno de la globalización y otros factores de la evolución de la sociedad mexicana, han sido factores fundamentales de cambio de la nueva justicia laboral mexicana.

Fuentes de consulta:

- BORRELL NAVARRO, Miguel. Análisis práctico y jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Cista, México, 1994.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel, “La Regulación Internacional del Comercio Exterior”
- GONZÁLEZ CIANCI, Víctor Manuel, Taller de Relaciones Laborales, Ed, Porrúa, México, 2ª Ed, 2014.
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios, “Hermenéutica Juspolítica”, 1ª Ed, México, Fontamara, 2014
- OLIVA GÓMEZ, Eduardo, comp. “Los Nuevos Retos del Derecho de Familia en el Sistema Jurídico Mexicano en el siglo XXI”, en Los Impactos de la Globalización en los Sistemas Jurídicos Contemporáneos, UAEM, 1ª Ed, 2013
- RAMIREZ FONSECA, Francisco, Ley Federal del Trabajo Comentada, 4ª Ed., Para, México, 1984.
- ROSS GAMEZ, Francisco. Derecho Procesal del Trabajo, Cárdenas editor, México, 1986.
- REYES, Barragán, Ladislao Adrián, El Impacto de la Globalización, en la Administración de Justicia y los Derechos Humanos.
- TRUEBA URBINA, Alberto. Ley Federal del Trabajo, 80ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1995.
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Trabajo y Previsión Social y de Estudios Legislativos, Segunda, sobre la Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2016-10-06-1/assets/documentos/Dictamen_Justicia_Laboral_06102016.pdf.
- www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2016-10-06.1/assets/documentos/Dictamen_Justicia_Laboral_06102016.pdf
- http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017

Octava Parte

Filosofía del Derecho y argumentación jurídica

La neoretórica de Perelman y su importancia en el Derecho como argumentación globalizado

Barbara Edith Orihuela Rosas⁵⁷⁰

Resumen

Partimos de la hipótesis de la necesidad de aplicar la nueva retórica de Perelman en la argumentación jurídica globalizada, para dotar al derecho no sólo de racionalidad (lógica formal), sino también, de razonabilidad (lógica informal), que, unidas a través de la neo-retórica generen argumentaciones jurídicas reflexivas, pragmáticas y objetivistas valorativa en el ámbito globalizado.

Por lo anterior, nuestra reflexión, partirá de la mirada al derecho como argumentación y la injerencia de la globalización en el mismo, con sus virtudes y defectos para estar, en posibilidad de pasar al llamado de atención que hace Perelman, sobre la ubicación que parece tener la retórica, a diferencia de la lógica. Después nos centraremos en el giro retórico de la filosofía en Perelman; acto seguido, analizaremos la retórica desde la filosofía del lenguaje y estudiaremos a la par, la necesidad de la lógica formal y la lógica informal en el derecho como argumentación y en la neoretórica. Por último, reflexionaremos acerca del giro retórico-pragmático en la argumentación jurídica y la estructura de los argumentos, lo que nos posibilitará a tender los puentes entre la razonabilidad, la racionalidad, la estructura de los mismos y, la importancia de los tipos de auditorio desde la noción perelmaniana.

Palabras clave: Giro retórico, globalización, filosofía del lenguaje, derecho como argumentación.

Abstract

We start from the hypothesis of the need to apply the new rhetoric of Perelman in the globalized juridical argumentation, to endow the right not only with

⁵⁷⁰ Profesora Investigadora Tiempo Completo "A" de El Colegio de Morelos. Licenciatura en derecho en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Maestría en Derecho acreditada por CONACYT con terminación en Derecho Fiscal Internacional. Máster en Argumentación jurídica, Universidad de Alicante, España y Universidad de Palermo, Italia. Doctorado en Derecho y Globalización acreditado por CONACYT, con terminación en argumentación jurídica y Globalización.

rationality (formal logic), but also with reasonableness (informal logic), which, united through the neo-rhetoric generate reflexive, pragmatic and objectivist juridical argumentations in the globalized field.

For the above, our reflection, will start from the look to the right as argumentation and the interference of globalization in it, with its virtues and defects to be, in the possibility of passing the attention call made by Perelman, on the location that seems have rhetoric, unlike logic. Then we will focus on the rhetorical turn of philosophy in Perelman; Next, we will analyze rhetoric from the philosophy of language and we will study, at the same time, the need for formal logic and informal logic in law as argumentation and in neo-theoretical. Finally, we will reflect on the rhetorical-pragmatic turn in the legal argumentation and the structure of the arguments, which will enable us to build the bridges between reasonableness, rationality, structure of the same and, the importance of the types of audience from the perelmanian notion.

Key words: Rhetorical turn, globalization, philosophy of language, law as argumentation.

Metodología

El hombre a fin de percibir la realidad y expresarla, se vale de diversas formas o modelos de pensar. Estas formas, esquemas de representación o métodos, le han permitido elaborar y desarrollar perspectivas en virtud de las cuales pretende explicar el mundo y los fenómenos materiales y espirituales⁵⁷¹ que se le presentan en el actuar cotidiano. Así, la metodología que se empleará en el trabajo siguiente que pres se integra de los campos de la neoretórica y el derecho como argumentación en el ámbito globalizado, se centra en dos métodos.

El primero, es el método hermenéutico desde la visión de Hans-George Gadamer que ve a la hermenéutica como una praxis artificial, como un arte del anuncio, la traducción, la explicación y la interpretación e incluye obviamente el arte de la comprensión⁵⁷². Método que es de vital importancia para conectar la parte de lógica formal, lógica informal y la neoretórica de Perelman que funge de modelo de estudio del enfoque pragmático del derecho como argumentación. El segundo, es el método comparativo que, en el trinomio que integra el giro retórico-pragmático

⁵⁷¹ Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *Metodología Jurídica*, Oxford, México, 2012, p. 2.

⁵⁷² Gadamer, Hans-George, *Hermenéutica, estética e historia. Antología*, Sígueme, España, 2013, p. 37

de la argumentación jurídica, la estructura de los argumentos y la globalización, es necesario para comprender los matices de cada una de esas disciplinas y estar en capacidad de tender los puentes entre ellos y lograr ubicarnos en la frontera del conocimiento.

Introducción

El mirar al derecho como argumentación desde la perspectiva globalizada y enfocado en dilucidar la importancia de la neoretórica de Perelman en él, nos lleva a introducirnos en el mundo de la filosofía del derecho. Ante lo anterior, podríamos cuestionarnos: ¿Por qué filosofía del derecho? El problema en el estudio del derecho no es sobre la teoría, sino más bien la falta de los presupuestos para poder construir teorías con un mínimo de rigor, como lo es la preparación metodológica, lógica, argumentación, etcétera. Una buena parte de los escritos de los filósofos del derecho responden —en palabras de Atienza— a un tipo de especulación cerrada en sí misma y que no consigue conectar con la labor y la experiencia de los teóricos, los prácticos, o los simples usuarios del derecho⁵⁷³.

El filósofo del derecho puede y debe cuestionarse los marcos establecidos, lo que precisamente, no le está permitido a quien opera exclusivamente desde el interior de una determinada ciencia o técnica. En el campo de la teoría de la ciencia jurídica, los filósofos del derecho podrían contribuir entre otras cosas, a promover un cambio en la ciencia del derecho al lado de la dogmática jurídica, haciendo que en ellas confluyan los estudios de sociología, de lógica y de argumentación jurídica. La labor del filósofo del derecho no debe ir sólo en la dirección desde fuera hacia adentro de los saberes jurídicos, sino que además se debe proyectar la cultura jurídica hacia otros campos de las ciencias sociales y de la filosofía.

Es por lo antes citado que, la presente investigación buscará tender los puentes a seguir entre el derecho como argumentación globalizado y la neoretórica como paradigma en la ciencia jurídica que, permita a los operadores jurídicos, estudiosos del derecho, litigantes, docentes, filósofos del derecho... allegarse de herramientas que faciliten en el ámbito de sus competencias una visión innovadora, reflexiva y pragmática del derecho que dirima las problemáticas sociales, económicas y jurídicas por medio de esa multicitada aplicación pragmática de la neoretórica de Perelman en el derecho como argumentación globalizado.

⁵⁷³ Atienza Rodríguez, "Manuel Atienza (Alicante)", *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, número 1, España, 1984, pp. 29-34.

El derecho como argumentación

El mirar al derecho como argumentación, nos es presentado por Manuel Atienza como una visión general del derecho, ésta “generalidad” se da ya que no se basa en algún campo específico del mismo. Su enfoque del derecho es de carácter generalista pero no totalizador y por tanto no autosuficiente. En vista de esto, el autor pretende utilizar recursos de diversas procedencias, principalmente del campo de la iusfilosofía contemporánea con la finalidad de ofrecer a los juristas una orientación teórico-práctica al momento de ejercer su actividad profesional, cuyo punto medular es la argumentación jurídica⁵⁷⁴. Su tesis fundamental en materia argumentativa es dejar claro que las principales concepciones del derecho del siglo XX no han permitido visualizar los aspectos argumentativos del mismo. A causa de ello, nos habla de tres enfoques: el estructural, el funcional y el pragmático.

El primero de ellos es el llamado enfoque estructural, al que se le identifica con el normativismo jurídico, pues parte de la idea de que el derecho se compone esencialmente de normas. El segundo enfoque es el funcional, que analiza el para qué sirve cada una sus partes y qué función cumple todo en la sociedad. En esta segunda visión, encontramos la postura realista, sociológica, que identifican el derecho con la conducta, nos referimos al derecho de acción y eficaz. Por último, el tercer enfoque muestra la idealidad del derecho, dicho de otra manera, el derecho justo, donde nos presenta las mejores versiones del derecho natural —es decir aquéllas que no han hecho del derecho positivo una visión omnipotente— encaminado a lo que debemos entender por derecho racional⁵⁷⁵.

Tomando los tres enfoques anteriores, Atienza busca unificar y volver operativas dichas perspectivas a través de su teoría del derecho como argumentación, la cual, pretende mejorar y adaptar el derecho conforme a la realidad social que continuamente evoluciona. En relación con la anterior, es menester resaltar que el derecho no es solo argumentación, pero sí debemos precisar que la argumentación forma parte esencial y necesaria de éste. Más aún, la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica y lo ha sido siempre, independientemente de la denominación que se le haya dado, sea razonamiento jurídico, método jurídico o lógica jurídica. Por lo que se refiere a la equivalencia de lógica jurídica, precisamos que la argumentación jurídica no se

⁵⁷⁴ Atienza Rodríguez, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2015, p.12.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p.19.

puede reducir únicamente a la lógica formal, si bien es cierto, es indispensable para la formación de la teoría de la argumentación jurídica, no quiere decir que ésta (la lógica formal), sea bastante o baste para la conformación de dicha teoría.

Dado lo anterior, acotamos que el enfoque del derecho como argumentación conlleva un trasfondo de carácter pragmatista no como teoría, sino como actitud que responda: qué teoría del derecho se debe elaborar. La respuesta de Atienza es: —aquella teoría que toma a la práctica como primicia y cuya visión o finalidad sea el mejorar el derecho y el mundo social—.

El derecho como argumentación globalizado

El punto de partida es el considerar al derecho como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata, por tanto, de una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del derecho, pero que no contempla el derecho como un instrumento que pueda ser utilizado para cualquier fin, sino, para decirlo con cierta solemnidad, como un instrumento de la razón práctica⁵⁷⁶.

En definitiva, sería la perspectiva de quien no se limita a contemplar el edificio desde fuera, ni a participar en su construcción simplemente como un técnico que opera una racionalidad de tipo instrumental, sino como alguien comprometido con la tarea de mejorar una obra imperfecta y siempre inacabada, pero no por ello carente de sentido; lo que la dota de sentido es la idea de que el derecho —el derecho del estado democrático— es, al menos incoactivamente, un medio poderoso para lograr objetivos sociales valiosos y para hacer que se respeten los principios y valores de una moral racionalmente justificada⁵⁷⁷.

Partiendo de lo anterior, referirnos al derecho como argumentación globalizado, nos lleva a cuestionarnos si ¿la argumentación jurídica resuelve problemas de carácter globalizado?, ante lo cual, la respuesta es afirmativa, puesto que, el derecho no podemos verlo exclusivamente como una realidad ya dada, como un simple producto de una autoridad, sino que además y fundamentalmente, como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ésa última parte nos muestra la necesidad en el derecho de un cierto objetivismo valorativo, que se basa precisamente en el reconocimiento

⁵⁷⁶ Atienza Rodríguez, Manuel, “El derecho como argumentación”, *ISEGORÍA, Revista de filosofía moral y política*, número 21, Madrid, 1999, pp.37-47.

⁵⁷⁷ *Idem*.

de derechos humanos a través de tratados internacionales. De tal suerte que referirnos a tratados internacionales va de la mano con la globalización.

En esa misma tesitura, la globalización nos permite en el ámbito de la argumentación jurídica allegarnos de diversos modelos, teorías, métodos de carácter jurídico, económico, social, político, que forman parte o pueden formar parte de las argumentaciones que los operadores del derecho, doctrinarios, abogados litigantes, estudiantes... realizan al momento de solucionar la controversia jurídica concreta que se les presenta.

Debemos además, estudiar la parte negativa de la globalización que, pese a sus virtudes como estímulo del crecimiento, ha agravado casi con toda seguridad las desigualdades, sobre todo por lo mal que se ha gestionado. A su vez, la mala gestión de la economía y la globalización está relacionada con el papel de los grupos de intereses en nuestra política. Sin embargo, aunque la política es una de las causas de nuestros problemas actuales, sólo podemos hallar soluciones a través de ella; el mercado no va a hacerlo por sí solo. Los mercados descontrolados generan más poder monopolístico, más abusos del sector financiero, más relaciones comerciales desequilibradas. Sólo mediante la reforma de nuestra democracia, haciendo que nuestro gobierno sea más responsable ante toda la gente y se haga más eco de sus intereses, podremos cerrar la gran brecha y restablecer la prosperidad compartida⁵⁷⁸ y esto sólo se puede lograr a través de la visión del derecho como argumentación globalizado que analiza los pro los pro y contras de la globalización como hecho generador.

Así, la visión del derecho como argumentación, nos sirve en el campo democrático-político, para adherirnos a la teoría de la argumentación jurídica de Perelman, pues su base es retomar la retórica de los clásicos (Aristóteles principalmente) e implementarla en el marco de la argumentación tomando como base los tipos de auditorios. De tal manera que, la neoretórica de Perelman nos auxilie como herramienta que ponga límites a los discursos democráticos y políticos y los contenga en un marco retórico-legal bien estructurado, y así, cerrar esa gran brecha de desigualdad de la que Stiglitz nos habla.

⁵⁷⁸ Stiglitz, Joseph E. *La gran brecha*, Taurus, México, 2015, p. 17.

El giro retórico de la filosofía en Perelman: lógica, retórica y neoretórica

El interés de la filosofía ha pasado, tal y como lo menciona Perelman, de la lógica a la retórica, puesto que, era necesario abarcar los juicios de valor u otras cosas que la lógica deja de lado por subjetivas, ya que no se les concede o se les cataloga de racionales, de acuerdo o con base en las reglas de la lógica formal. Entonces, podemos catalogarlas de razonables. Por todo lo anterior, surge la retórica como una lógica de la razonabilidad de las decisiones. Por supuesto, claramente, no es como una lógica formal, pero una de las grandes aportaciones de Perelman fue darle ese estatuto de razonabilidad a través de la lógica informal del diálogo.

Existen muchas cosas que escapan a la lógica formal, y caen en el campo de la informal, baste como muestra, cuando se habla de las acciones, los valores y las decisiones. En todos estos casos se deberá recurrir a la lógica informal, que es la lógica que justifica la acción, que permite zanjar una controversia, tomar una decisión razonable. En otras palabras, cuando abandonamos el campo de lo necesario y nos adentramos al de lo opinable y contingente, siendo éste el campo más vasto.

La lógica formal tiene demostración; la informal, argumentación. La demostración es válida o inválida; la argumentación es más o menos fuerte o convincente. Ésta última involucra al auditorio, buscando su adhesión, de donde se infiere que, en lugar de buscar axiomas⁵⁷⁹ evidentes, parte de lugares comunes o proposiciones comúnmente aceptadas por el auditorio

Retórica desde la filosofía del lenguaje

Comencemos por ver a la retórica como arte o técnica. Ésta consiste en la sistematización y explicación del conjunto de instrucciones o reglas que permiten la construcción de una clase de discursos que son codificados para influir persuasivamente en el receptor. Como ciencias la retórica se ocupa del estudio de dichos discursos en sus diferentes niveles externos e internos⁵⁸⁰. Avanzando en nuestro razonamiento, desde el aspecto histórico, la retórica

⁵⁷⁹ Es una proposición asumida dentro de un cuerpo teórico sobre el cual descansan otros razonamientos y proposiciones.

⁵⁸⁰ Albadalejo, Mayordomo, Tomás, *Retórica*, Síntesis, Madrid, 1991, p. 11.

es como la poética, disciplina clásica del discurso, concluyendo que ambas disciplinas tienen una organización metateórica de fundamentación textual.

Dos factores son imprescindibles en la consideración de la retórica en Albadalejo: la persuasión y la idea del texto⁵⁸¹. Primero, la finalidad de la retórica es persuadir por medio del lenguaje. Con el discurso retórico, se trata pues de ejercer influencia en un sentido determinado en el receptor, donde debemos recordar que, fue el propio Aristóteles quien realiza una puntuación respecto de la persuasión, al afirmar que no es su misión persuadir, sino ver los medios de persuadir para cada cosa particular⁵⁸². Segundo, el texto es el producto de la actividad retórica es construido por el orador para la mencionada actividad persuasiva; en las diferentes operaciones de actividad queda configurado estructural y comunicativamente el texto.

Consideremos ahora que, la retórica está tradicionalmente relacionada con la gramática que históricamente se ocupaba de la correcta utilización de la lengua desde el punto de vista normativo. Ya en Quintiliano la retórica es el *ars bene dicendi*, mientras que la gramática es recte *loquendi scientia*. Para el discurso retórico no es suficiente la corrección lingüística, que sin embargo es un requisito indispensable⁵⁸³. La gramática que aquí es planteada por el autor se da desde una perspectiva estrictamente oracional, dicho de otra manera, se encuentra al servicio de la retórica al asegurar la correcta lingüística de los discursos. El estudio actual del texto retórico, incluye la gramática oracional a propósito de la adecuación de la elaboración de la estructura oracional de aquél⁵⁸⁴.

Otro punto importante en el autor es la relación históricamente establecida que se da entre la retórica y la dialéctica. La retórica por ser la disciplina del discurso que se produce para persuadir, se ocupa del entretenimiento de las ideas y del discurso correspondiente a las posiciones que, dialécticamente existentes y que dan origen a la situación pre-retórica. La dialéctica es una disciplina filosófica y especialmente lógica dedicada a la argumentación como método de construcción del razonamiento, lo cual afecta directamente a la oposición activa de ideas. De donde resulta que una de las partes de la retórica, la *inventio* —operación a la que atañe el hallazgo de las ideas— que van a ser incluidas en el recurso retórico, especialmente en su sección argumentativa, concreta la relación de la retórica con la dialéctica.

⁵⁸¹ Hablamos de discursividad y textualidad.

⁵⁸² Aristóteles daba a la retórica una técnica de preparación del discurso persuasivo.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 13.

Avanzando en nuestra reflexión una de las ideas medulares de este autor es el mostrar la situación que en la actualidad tiene la retórica en el conjunto de las disciplinas filológicas. Donde la retórica tiene una relación muy estrecha con la lingüística, en la medida que esta abarca gracias al marco teórico de la lingüística textual y de la semiótica lingüística un amplísimo espacio, que supera los límites estrictamente gramaticales⁵⁸⁵. De donde resulta que, la retórica se beneficia de las categorías elaboradas por la lingüística que permiten completar y situar en un marco teórico globalizador las propias aportaciones retóricas.

Es primordial la colaboración entre retórica y lingüística del texto, que ha sido señalada como uno de los fundamentos de una auténtica retórica general. El interés de la retórica por las estructuras textuales y por las estructuras extra textuales asociadas a éstas, permiten una implantación indiscutible de la teoría retórica en el estudio del objeto lingüístico. La retórica colabora con la poética lingüística en el afianzamiento de los planteamientos textuales de la teoría de la literatura. Se produce así la integración interdisciplinar retórico-poética para la construcción de una retórica general verdaderamente completa y viable⁵⁸⁶.

Acorde con lo anterior, no podemos dejar de referirnos a la semiótica, que se encuentra implicada en sus tres partes, la sintaxis, la semántica y la pragmática, en la estructura textual-comunicativa global que ofrece la retórica. Existe entonces de —acuerdo con Albadalejo— una colaboración entre retórica y semiótica en la elucidación de la realidad textual-comunicativa, donde la lingüística adquiere una configuración semiótica al ampliar su objeto de estudio, su armazón metodológica y se conecta con la relación de la retórica y la teoría de la literatura, que atiende a la totalidad del fenómeno literario.

Si proyectamos a la retórica como arte o técnica, esta proporciona al orador, el productor del discurso retórico, el instrumental necesario para que este construya de modo adecuado y efectivo dicho discurso en todos sus aspectos. Estas dos dimensiones de la retórica —que nos menciona Albadalejo—, no están separadas ni incomunicadas entre sí; por el contrario, la situación de la retórica como disciplina del discurso, incluye conjuntamente los aspectos relativos a su función como ciencia y a su función como arte⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁸⁶ García Berrio Antonio & Hernández, Fernández Teresa, *Crítica literaria*, Cátedra, Madrid, 2008, pp.68-72.

⁵⁸⁷ En la retórica hay fundamentalmente interacción entre la explicación teórica y la producción textual práctica.

Lógica formal y lógica informal

Abordemos ahora como punto de partida, al creador de la lógica formal propiamente dicha, nos referimos a Aristóteles, quién, a su vez, se percató del múltiple uso de la retórica versus las limitaciones de la lógica formal. Este, es uno de los puntos a los que estuvo muy atento Perelman. La retórica, en palabras del estagirita tiene una aplicación primordial a las cosas de la práctica, (aspecto pragmático de la retórica) pero también, se puede aplicar a las cosas de la teoría, al ámbito de lo especulativo, las cuales parecen ser claras y dan incluso la impresión de no necesitarla para nada. De hecho, la retórica además de aplicarse a las cosas discutibles, puede ser aplicada a las cosas que son evidentes, porque algunos por su ofuscamiento no desean aceptar.

Por otro lado, tenemos a la lógica informal, como su nombre sugiere, estudia los argumentos desde un punto de vista que no es el de la lógica formal, lo cual no supone que los informalistas nieguen que existan formas o esquemas de los argumentos. Simplemente, ven esas formas de manera distinta. Vega Reñón menciona que gracias a algunos precedentes ampliamente reconocidos, como la contribución de Stephen Toulmin⁵⁸⁸ o la de Charles Hamblin, la lógica informal presenta hoy unos rasgos relativamente definidos, por lo que, de acuerdo con el autor, la lógica informal es una rama de la lógica cuyo cometido consiste en proponer y desarrollar modelos, criterios y procedimientos no formales de análisis, interpretación, evaluación, crítica y construcción de argumentos en el discurso usual, sea común, o sea especializado en diversos géneros, por ejemplo: actas parlamentarias, informes o transcripciones jurídicas, editoriales periodísticos, ensayos, entre otros⁵⁸⁹.

Vega Reñón agrega que, la lógica informal, trata de trazar una propuesta no formal en el sentido de que sus objetos y criterios de análisis o bien no están formalizados, pues la traducción a un lenguaje lógico-formal es irrelevante para la identificación y evaluación de los argumentos ordinarios, o bien no son siquiera formalizables en la medida en que esa traducción comportaría la deformación del argumento original o su suplantación en otro marco del discurso. En todo caso, la alternativa informal implica el uso de formas argumentativas, desde la básica y general del argumento en los consabidos términos (premisas, conclusión,

⁵⁸⁸ Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Península, España, 2007, p. 129.

⁵⁸⁹ Vega Reñón, Luis & Olmos Gómez, Paula, *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Trotta, España, 2011, p. 308.

nexo), hasta ciertos modelos estructurados, como el llamado modelo de Toulmin o hasta los esquemas argumentativos, que incluyen directrices específicas de identificación y evaluación⁵⁹⁰.

Inferimos entonces que, la lógica formal o lógica analítica versa únicamente sobre las cosas evidentes y necesarias, pero no, sobre las discutibles y contingentes, en cambio como Perelman lo vislumbró, la dialéctica o tópica al igual que la retórica, pueden aplicarse tanto a lo suyo como a lo que pertenece a la lógica. La razón es que, aun cuando las cosas discutibles, opinables y contingentes no son susceptibles de una demostración necesaria y apodíctica⁵⁹¹, de las cosas evidentes, sí se puede dar una argumentación probable o verosímil, por ejemplo si alguien no acepta el principio de contradicción no hay manera de demostrárselo apodícticamente, en base a lo cual, que se argumenta tan sólo de manera indirecta, persuasiva, de un modo retórico en el fondo. Como resultado, cuando nuestro interlocutor niega las cosas que son principios, no hay otra forma de argumentar con él; por ello, es que, a ese nivel tan esencial, hablamos que la argumentación es retórica, de ninguna manera lógica formal.

El giro retórico-pragmático en la argumentación jurídica y la estructura de los argumentos

En la filosofía, en el derecho y en muchas otras disciplinas, después del giro lingüístico ha venido el giro pragmático. De las tres dimensiones clásicas del lenguaje, la sintáctica, la semántica y la pragmática, el acento se pone hoy en esta última, en las relaciones entre el lenguaje y sus usuarios es decir en el uso del lenguaje.

En el caso de la argumentación, significa que cobran un especial protagonismo los actores de la argumentación, dicho de otra manera, el orador, el proponente y el oponente en una discusión, el auditorio, así como la intención o los objetivos que persiguen quienes desarrollan esa actividad ya sea persuadir, resolver diferencias de opinión entre otras. La argumentación también tomó en cuenta las reglas que establecen cómo han de comportarse los participantes, es decir, qué tipos de actos lingüísticos, en qué ocasión... les está permitido o resulta obligatorio o prohibido ejecutar⁵⁹².

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 311.

⁵⁹¹ En lógica que expresa o encierra una verdad concluyente o que no deja lugar a duda o discusión.

⁵⁹² Atienza Rodríguez, Manuel, *Curso de Argumentación jurídica...*cit., p. 363.

Indiscutiblemente, la concepción pragmática de la argumentación no supone prescindir de las otras, más bien, lleva a ser consciente de los límites del enfoque formal y material para poder dar cuenta cabalmente de la argumentación, cuando se le considera como una actividad o como un proceso. Es lo que se explica, de acuerdo con Atienza, que, desde hace ya varias décadas, hayan surgido diversas lógicas dialécticas, esto es, sistemas o formalismos que tratan de representar la estructura de los procesos de argumentación en contextos dialécticos.

El puente entre la razonabilidad, la racionalidad y la estructura de los argumentos en Perelman

El punto medular de nuestro análisis de la obra de Perelman es la relación entre lo que llamamos el núcleo estricto de razonabilidad y la estructura de la argumentación. Lo que a continuación desarrollaremos.

La originalidad de la nueva retórica descansa, entonces, en el hecho de que la neutralidad lógica, refiriéndonos a la lógica informal y el consenso son conducidos de forma conjunta a una meta común: la aceptación. El centro del nuevo punto de partida epistemológico de Perelman es, la sustitución del requisito de prueba de la racionalidad de las proposiciones valorativas, por el requisito de la “aceptación”. Se considera necesario aceptar proposiciones que son evidentes (por ejemplo, las deducciones lógicamente correctas); a la inversa se sigue que uno puede, pero no necesariamente tiene que, aceptar proposiciones que no son evidentes⁵⁹³. La oposición aceptación necesaria y aceptación no necesaria (esta última es la propia en las proposiciones valorativas) puede ser eludida una vez que se supera la distinción entre necesario/no-necesario como *differentia specifica* para la racionalidad⁵⁹⁴. Acorde con lo anterior, Perelman centra su atención en lo que tienen en común la aceptación necesaria y la no-necesaria, dicho de otra forma, la aceptación. Mediante la idea de aceptación, las proposiciones evidentes y las no-evidentes se mantienen unidas en un continuo bipolar. Lo que es evidente es, por ello, racional; pero lo que no es evidente no está, por esta sola cuestión, privado de racionalidad.

La sustitución del requisito de prueba por el de aceptación supone que, a partir de ahora, la razón práctica no se subordina a la razón teórica. Gracias a esta nueva perspectiva, la razón teórica y la razón práctica ya no están separadas.

⁵⁹³ Wintgens, Luc. J., “Retórica, razonabilidad y ética, *Doxa cuadernos de filosofía*, número 14, Alicante, 1993, pp.195-206.

⁵⁹⁴ *Ibidem*. pp.198-199.

La diferencia entre las proposiciones teóricas y las prácticas se convierte en una cuestión de grado entre la aceptación necesaria y la no-necesaria, y esta diferencia se expresa en los términos racional y razonable. Perelman escribe que: El primer aspecto se refiere a lo que hay de necesario, de demostrable; el segundo se refiere a lo que hay de argumentativo y de no necesario en la razón⁵⁹⁵.

El enfoque novedoso —en palabras de Wintgens— de la nueva retórica consiste en que no se pretende, prioritariamente, encontrar una verdad demostrable sino, más bien, razonabilidad. La razonabilidad es el objetivo de la aceptación. De acuerdo con el tipo de discurso (persuasivo o convincente, diferencia que se enlaza con el tipo de auditorio al que se dirige el discurso – auditorio particular o universal-), intentaremos ahora analizar cómo puede entenderse la razonabilidad⁵⁹⁶.

Un discurso razonable pretende obtener la aceptación de las personas razonables que forman parte del auditorio universal. Se supone que aquéllos que pertenecen a este auditorio aceptan únicamente las proposiciones razonables. Esta forma de presentar las cosas es innegablemente circular, pero ello, es una consecuencia inevitable de la ausencia de criterios *a priori* de razonabilidad en la teoría de Perelman. En contraste, algunos estudiosos piensan que es demasiado vaga como criterio⁵⁹⁷. Tal concepción de racionalidad presupone que las ideas fácticas también tienen un valor normativo. No obstante, una observación más meticolosa muestra que tal interpretación desvirtúa las ideas más provechosas que se encuentran en la teoría de Perelman. Un argumento a favor de esto último podría ser el siguiente: Sin un criterio *a priori* de razonabilidad, nadie puede ser considerado irrazonable *a priori*; esto sería una contradicción. Por ello toda persona debe considerarse razonable hasta que no se demuestre lo contrario.

Tipos de auditorio y estructura de los argumentos desde el enfoque pragmático

La argumentación retórica -el tipo de argumentación que desarrolla Perelman- muestra una diferencia específica de otros tipos de argumentación: su relación con un *auditorio*. Un orador se dirige a un auditorio con la intención de convencer o persuadir a sus miembros. El propósito común de ambas formas de discurso

⁵⁹⁵ Bouchard, Guy, “Le recours à l’auditoire universel implique-t-il une pétition de principe?”, *Philosophiques*, 72, 1980, Québec, pp. 161-188.

⁵⁹⁶ Wintgens, Luc. J., “Retórica, razonabilidad y ética... cit., p. 198.

⁵⁹⁷ Villey, Michel, “La nouvelle rhétorique et le droit naturel”, *Critique de la pensée juridique Moderne*, Paris, 1969, pp. 85-103.

es obtener o incrementar la aceptación del auditorio. En la argumentación, lo trascendental es la opinión de aquellos a quienes va dirigida ésta⁵⁹⁸. El buen orador –agrega Perelman– es aquel que tiene muchos ascendentes sobre los demás, se anima con el ambiente del auditorio. No es el caso del hombre apasionado que sólo se preocupa por lo que siente él mismo, y cuando argumenta, lo hace sin prestar atención suficiente al auditorio al que se dirige: llevado por el entusiasmo, imagina que el auditorio es sensible a los mismos argumentos que lo han persuadido a él⁵⁹⁹.

En consonancia, al auditorio le corresponde el papel más importante que determinara la calidad de la argumentación y el comportamiento de los oradores⁶⁰⁰. Mientras que, para el orador surge la obligación o más bien la regla de adaptar el discurso al auditorio, cualquiera que sea, pues, el fondo y la forma de ciertos argumentos, que son apropiados para ciertas circunstancias, pueden parecer ridículos en otras⁶⁰¹. Podríamos exponer muchas más reflexiones relativas a las particularidades de los auditorios y su influencia en el comportamiento y en la argumentación del orador, pero de acuerdo con Perelman el estudio de éstos basándonos en su aspecto concreto, particular, y multiforme es suficiente para y claramente innegable para todos los tipos de auditorios*, particularmente para el filósofo del derecho.

Acorde con lo mencionado, la naturaleza del auditorio al que pueden someterse con éxito los argumentos lo que determina, en la mayoría de los casos, no sólo el tono que adoptarán las argumentaciones sino además el carácter, el enlace que se les atribuirá⁶⁰³. Y surge la interrogante: ¿cuáles son los auditorios a los que se les atribuye el pape normativo que permite saber si una argumentación es convincente o no? A lo que el autor nos menciona que, encontramos tres tipos de auditorios, considerados privilegiados a este respecto, tanto en la práctica cotidiana, como en el pensamiento filosófico: el primero de ellos constituido por toda la humanidad, al que llama universal; el segundo, formado desde el punto de vista del dialogo, por el único interlocutor al que nos dirigimos; el tercero, integrado por el propio sujeto, cuando delibera sobre o evoca las razones de sus actos⁶⁰⁴.

⁵⁹⁸ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 2015, p.61.

⁵⁹⁹ *Ídem*.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p.62.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 63.

⁶⁰² Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca Lucie, *Tratado de la argumentación*. Opus cit., ..., p. 64.

⁶⁰³ *Ibidem*, p.70.

⁶⁰⁴ *Ídem*.

Perelman anxiona que, sólo cuando el hombre en las reflexiones consigo mismo o el interlocutor del diálogo encarnan al auditorio universal, éstos adquieren el privilegio filosófico que se le otorga a la razón, en virtud del cual la argumentación que se dirige a ellos queda asimilada con frecuencia a un discurso lógico⁶⁰⁵. Por otra parte, el acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho. Porque se afirma lo que es conforme a un hecho objetivo, lo que constituye una aserción verdadera e incluso necesaria, se cuenta con la adhesión de quienes se someten a los datos de la experiencia o a las luces de la razón⁶⁰⁶. De donde se infiere que, el auditorio universal lo constituye cada uno a partir de lo que sabe de sus semejantes, de manera que trascienden las pocas oposiciones de las que tiene conciencia. Como resultado, cada individuo posee su propia concepción del auditorio universal.

Examinaremos brevemente ahora el auditorio ante un único oyente. Dónde la argumentación de dicho diálogo sólo tiene significación filosófica si pretende ser válida para todos⁶⁰⁷. La adhesión del interlocutor al diálogo extrae esa significación filosófica del hecho de que se lo considere una encarnación del auditorio universal. En la discusión los interlocutores sólo se preocupan por enseñar y demostrar todos los argumentos, en favor o en contra, sobre las diversas tesis presentadas. La discusión llevada con buen fin, debería desembocar en una conclusión inevitable y admitida de forma unánime⁶⁰⁸.

El tercer tipo de auditorio es, la deliberación con uno mismo. La deliberación íntima es una especie particular de argumentación⁶⁰⁹, no es más que un caso particular del acuerdo con los demás. De tal suerte que, desde el análisis de la argumentación dirigido a los demás nos hará comprender mejor la deliberación con uno mismo y no a la inversa⁶¹⁰.

La relación entre el auditorio universal y éste último es, que el auditorio interno es una forma particular del universal. Razón por la cual, en la deliberación orador y auditorio se puede comprobar la razonabilidad del discurso. Donde las distinciones que establece entre razones y racionalizaciones no pueden comprenderse si no se trata a la deliberación como un caso particular de argumentación⁶¹¹. El término

⁶⁰⁵ *Ibidem*, pp.70-71.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 72.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p.78.

⁶⁰⁸ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca Lucie, *Tratado de la argumentación*. Opus cit., ..., p.81.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p.86.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p.87.

⁶¹¹ *Idem*.

racionalización empleado por Perelman se da en un sentido amplio, sin atender al hecho de que el individuo ignora, o no, los verdaderos motivos de su conducta, de modo que, sería ridículo que un ser ponderado, tras haber actuado por motivos muy razonables, se esfuerce por dar razones muy diferentes a sus actos, menos verosímiles pero que lo colocan en un lugar más destacado, semejante racionalización se explica perfectamente cuando se le considera un alegato anticipado para uso de los demás, que puede, además, adaptarse especialmente a tal o cual presunto oyente⁶¹².

Ésta racionalización no significa, como estima Schopenhauer que, nuestro intelecto no haga más que camuflar los verdaderos motivos de nuestros actos, los cuales serían por completo irracionales. Quienes no admiten la importancia de la argumentación no pueden explicarse la racionalización, que sólo sería para ellos la sombra de la sombra⁶¹³. La idea del auditorio puede ahora unirse a la interpretación que dábamos antes de la razonabilidad. Si cada persona es considerada razonable (mientras que no se demuestre lo contrario), entonces cada persona se supone capaz de sostener un discurso interno. En este discurso el otro parece representar un punto de vista normativo, porque el otro se considera como la encarnación de la razonabilidad.

Prosiguiendo nuestro análisis, la segunda idea en la que queremos detenernos es la relación entre razonabilidad y argumentación. Conforme a lo señalado, no existen criterios a priori para la razonabilidad. Lo que ocurre es, más bien, que la razonabilidad surge a través del discurso, sostenida por la deliberación interna. No obstante, este concepto evolutivo de razonabilidad está lejos de ser relativista. Por el contrario, creemos que incluye una justificación teórica del núcleo infranqueable de la subjetividad humana. La subjetividad individual, esencialmente unida a la existencia de los otros, no se confunde con ellos, sino que, en contraste, preserva un núcleo de individualidad a través de su existencia social. La conciencia moral del individuo implica la existencia y el reconocimiento de los otros como actores moralmente independientes. Como ser social por excelencia, el individuo social no puede existir de otro modo que constituido por una forma de individualidad que encuentra su origen en, pero que al mismo tiempo aparece como un límite de, lo social.

Se ha criticado a Perelman el que su teoría acepta demasiado fácilmente la idea liberal de los derechos humanos, pero una vez puesta en relación con la estructura

⁶¹² *Ídem*.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 88.

del auditorio interno, sería más correcto decir que la teoría de Perelman es, de hecho, capaz de conceptualizar esa individualidad infranqueable del sujeto, la nueva retórica incorpora implícitamente una dimensión ética, pensar en términos de razonabilidad en vez del razonamiento matemático convierte al derecho en una disciplina ejemplar para la filosofía⁶¹⁴.

Conclusiones

Como vemos, para poder generar argumentaciones jurídicas reflexivas pragmáticas y más aún, dotas de objetivismo valorativo, es menester utilizar la nueva retórica de Perelman como puente entre: la lógica formal, es decir, la parte racional o formal del derecho y la lógica informal, esto es, la parte de razonabilidad del derecho, todo ello, confluyendo tanto en un aspecto teórico como pragmático, pues, lo que desencadena las argumentaciones en materia jurídica, son problemas relativos a lograr la persuasión de un auditorio o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema de dicha índole (teórico o práctico). Por lo que respecta a la parte valorativa, la nueva retórica incorpora implícitamente una dimensión ética, lo que en mancuerna con la parte formal de la lógica dará los argumentos más sólidos y persuasivos que se necesitan en el derecho globalizado.

Fuentes de información

Albadalejo, Mayordomo, Tomás, *Retórica*, Síntesis, Madrid, 1991.

Atienza Rodríguez, Manuel, “El derecho como argumentación”, *ISEGORÍA, Revista de filosofía moral y política*, número 21, Madrid, 1999.

_____, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2015.

_____, “Manuel Atienza (Alicante)”, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, número 1, España, 1984.

Bouchard, Guy, “Le recours à l’auditoire universel implique-t-il une pétition de principe?”, *Philosophiques*, 72, Québec, 1980.

Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 2015.

Gadamer, Hans-George, *Hermenéutica, estética e historia. Antología*, Sígueme, España, 2013.

García Berrio Antonio & Hernández, Fernández Teresa, *Crítica literaria*, Cátedra, Madrid, 2008.

⁶¹⁴ Wintgens, Luc. J., “Retórica, razonabilidad y ética, ... *Opus cit.*”, p. 200.

- Stiglitz, Joseph E. *La gran brecha*, Taurus, México, 2015.
- Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Península, España, 2007.
- Vega Reñón, Luis & Olmos Gómez, Paula, *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Trotta, España, 2011.
- Villey, Michel, “La nouvelle rhétorique et le droit naturel”, *Critique de la pensée juridique*
- Wintgens, Luc. J., “Retórica, razonabilidad y ética”, *Doxa cuadernos de filosofía*, número 14, Alicante, 1993.

El Iusfilosofar de los Derechos Humanos: una mirada al Derecho ambiental internacional

Eva María Ramírez López⁶¹⁵

Resumen

Con la reforma constitucional dada el 10 de junio del 2011, invita a reflexionar no solo jurídicamente sino filosóficamente el porqué de la incorporación al texto constitucional de los derechos humanos, en donde se configura como una mayor protección a la dignidad humana, entendida ésta, como uno de los principios rectores de los derechos humanos, además de la autonomía e inviolabilidad de la persona humana, igualdad y no discriminación, y el principio de libertad, que configuran la esencia de los derechos humanos. En México, uno de los derechos que ha tenido mayor relevancia debido a los altos índices de contaminación, es precisamente el derecho humano a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, además de que la protección, no solo en un plano nacional, sino se extiende al ámbito internacional, puesto que se reconoce que también las normas del *soft* y *hard law*, exigen que México armonice su legislación interna, en busca precisamente, de la mayor protección al ser humano por cuanto a la parcela del derecho ambiental; en donde las últimas tendencias del derecho ambiental internacional, están encaminadas a un desarrollo sostenible.

Palabras clave: Derechos humanos, dignidad humana, derecho nacional, derecho internacional, desarrollo sostenible.

Abstract

With the constitutional reform given on June 10, 2011, it invites us to reflect not only legally but philosophically on the incorporation into the constitutional text of human rights, where it is configured as a greater protection of human dignity, understood as human rights one of the guiding principles of human rights, in

⁶¹⁵ Maestra en Derecho, alumna del Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización PNP CONACYT por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Correo electrónico: evar929@gmail.com

addition to the autonomy and inviolability of the human person, equality and non-discrimination, and the principle of freedom, which form the essence of human rights. In Mexico, one of the rights that has been most relevant due to the high levels of pollution is precisely the human right to a healthy and ecologically balanced environment, in addition to the protection, not only of a national level, but also it extends to the international scope, since it is recognized that also the soft and hard law norms, demand that Mexico harmonize its internal legislation, in search precisely, of the greater protection to the human being as to the plot of the environmental right; where the latest trends in international environmental law are aimed at sustainable development.

Key words: Human rights, human dignity, national law, international law, sustainable development.

Sumario: 1. Introducción, 2. Umbral de los derechos humanos, 3. Dilucidación de los derechos humanos: principios que lo rigen, 4. Una mirada al derecho internacional en materia de derechos humanos ambientales, 5. Desarrollo Sostenible: el futuro del derecho ambiental internacional, 6. Conclusiones.

1. Introducción

Sin duda alguna la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, en nuestro país, marcó un antes y un después respecto de la protección de los derechos del ser humano, sin embargo dicha reforma constitucional, no solo permeó en el texto constitucional, sino que involucró todos los ámbitos jurídicos, desde reformas en otros textos normativos, cambios en la implementación de políticas públicas que deben estar basadas en la protección de los derechos humanos, así como la implementación de materias en la academia, pero también en la doctrina y sobre todo en la ciencia jurídica, porque solo a través del conocimiento se puede llegar a una reflexión guiada por la epistemología, lo que constituye el saber de los conocimientos, ciencia de la ciencia, teoría o filosofía del conocimiento⁶¹⁶, para dilucidar que la reforma constitucional de los derechos humanos, se convirtió en un parteaguas en nuestro país.

Es necesario establecer que la reforma constitucional de derechos humanos, se trató dentro de la ciencia jurídica, de un cambio de paradigma, siendo este un proceso que surge en el desarrollo de la ciencia que permite la construcción continua de los conocimientos científicos jurídicos; el desarrollo de la ciencia, no es estático porque necesita transitar y evolucionar conforme el hombre va resolviendo sus interrogantes a través de la investigación científica, porque al elaborar teorías y conceptos por medio de métodos de investigación está generando un paradigma, término acuñado por Thomas S. Kuhn, que representa: “al conjunto de realizaciones que comparten dos características, a saber, definición de los problemas y formulación de los métodos legítimos de un campo de investigación para generaciones sucesivas de científicos”⁶¹⁷.

Un paradigma desplaza a otro, por la realización de la actividad científica, como Kuhn establece: “al explicar una gama más amplia de fenómenos naturales o de explicar con mayor precisión algunos de los previamente conocidos”⁶¹⁸, se da el nuevo paradigma, sustituyendo al ya establecido, puede ser para perfeccionar al conocimiento o porque la circunstancias han cambiado y requieren que se formulen nuevos conocimientos, dejando obsoletos a los anteriores.

⁶¹⁶ González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología Jurídica*, México, ed. Porrúa, 2013, p. 23.

⁶¹⁷ Ruiz, Rosaura, y Francisco Ayala, *El método de las ciencias: epistemología y darwinismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 46.

⁶¹⁸ Kuhn, Thomas S, *La estructura de las revoluciones científicas*, Traducido por Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 112.

Por lo que la citada reforma constitucional en materia de derechos se trató de un cambio de paradigma, ya que las circunstancias sociales cambiaron y motivaron que el estado dejara de otorgar garantías individuales para dar paso al reconocimiento de los derechos humanos que tiene toda persona.

Resulta ineludible abordar el tema de los derechos humanos, porque si bien se trató de un cambio de paradigma, impactó en todos los ámbitos de la persona, radicando ahí la importancia de reflexionar sobre derechos humanos, aún después de 9 años transcurridos desde que sucedió la reforma constitucional, porque a pesar de este lapso de tiempo, aún se observan deficiencias en materia de derechos humanos, para garantizar su respeto, protección, investigación de violaciones de los mismos, así como su sanción y reparación de los derechos humanos violados.

Sin duda, el análisis que se ha hecho en los últimos años respecto de estos tópicos ha sido importante y ha contribuido a que se tenga un avance en materia de derechos humanos enfocados a un medio ambiente sano, en donde estos temas han estado en la mesa de discusión tanto en la academia como en su aplicación en el litigio, sin embargo, el enfoque que se aborda en el presente trabajo abonará a la construcción teórica de un derecho ambiental denominado desarrollo sostenible, sustentado en los derechos humanos, contenidos en instrumentos nacionales e internacionales.

El presente trabajo se realizó bajo los lineamientos utilizados en la investigación documental, bibliográfica y electrónica; y desde la reflexión, apoyada en el método deductivo, se partió de las leyes en el ámbito federal, con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la que se contempla los derechos humanos y de las fuentes de derecho internacional, vinculándose a través del *soft* y *hard law*, pasando por las leyes reglamentarias, como lo es la ley de amparo. También se hace uso del método hermenéutico para la interpretación de las normas, desentrañando el espíritu de la ley a favor de la protección de los derechos humanos.

2. Umbral de los derechos humanos

Surge la interrogante si los derechos humanos ¿son el eslabón perdido de la ciencia jurídica?, es cierto que existe variedad de doctrinarios que han elaborado sus teorías alrededor de los derechos humanos, sin embargo aún perdura las controversias respecto de su fundamentación y los principios que los rigen, así como la corriente que predomina en la existencia de los mismos, sin embargo

no hay duda que los derechos humanos se han concebido desde la existencia del hombre, desde que tuvo conciencia del lugar que ocupaba en la sociedad y desde que el Derecho empezó con la regulación de su conducta.

Si bien es cierto, se ha decantado por la idea de que los derechos humanos siguen la corriente filosófica del iusnaturalismo, la cual, “supone en primer lugar el reconocimiento de la dignidad del ser humano frente a las actividades del Estado. Esta concepción marca ya un parámetro de referencia sumamente importante puesto que nos permite advertir una etapa donde estos derechos son un límite a la actividad estatal a favor de los individuos”⁶¹⁹. Por lo que resulta necesario desentrenar la esencia de los derechos humanos, vistos desde el enfoque iusnaturalista, donde se reconocen los derechos humanos que posee el hombre por el simple hecho de ser hombre, por tener implícito en su naturaleza, la concepción de estos derechos.

Sin embargo también la corriente iuspositivista, adquiere valor puesto que el panorama de los derechos humanos remite a valorar que el reconocimiento universal de los derechos humanos como parte fundamental a la persona es de creación reciente, debido a que tanto en la cultura romana como griega, así como en el cristianismo dicho reconocimiento no estaba plasmado, pero se tiene como documentos precursores la Carta Magna Inglesa, el *habeas corpus* de 1679 y el *Bill of Right* de 1689⁶²⁰.

Pero también existe una postura que establece que el origen de los mencionados derechos humanos se encuentra en la Carta Magna de Juan sin tierra en 1215, el *Petition of Rights* en 1628, el *Writ of Habeas Corpus* y el *Hill of Rights* en 1689, seguida por la Revolución francesa en 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁶²¹. Es por eso que el génesis de los derechos humanos se encuentra además de reconocerse en la teoría del iusnaturalismo en la teoría iuspositivista, pues es esencial que se positivase, porque aunque como se estableció en líneas anteriores, ni en la cultura romana y griega así como también en el cristianismo no se contemplaba en una ley o escritura sagrada, es por eso la necesidad de que no sólo el reconocimiento se diera por la simple razón natural de ser hombre, sino que estuvieran definidos en la ley.

⁶¹⁹ Solís García, Bertha, “Evolución de los Derechos humanos”, en *El estado laico y los derechos humanos en México, México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 77.

⁶²⁰ Chacón Rodríguez, José Luis, *La última instancia en la protección y defensa de los derechos humanos en México*, 2ª ed., México, ed. Flores, 2016, p. 1.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 2.

Por lo que hablar de derechos humanos implica necesariamente hacer referencia a la reforma constitucional promulgada en junio de 2011, en dónde México está llamado a efectuar un cambio en la conducción de la política interna y sobre todo en la política externa, lo anterior porque se fortalece el estatus jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos precisando su jerarquía de rango constitucional, pues se establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarían a lo que dispone la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y los tratados internacionales de los que México es parte; se observa un cambio de paradigma en materia de derechos humanos pues, en el texto constitucional antes de la reforma del año 2011, se contemplaba las garantías individuales no así los derechos humanos, estando el cambio en el artículo 1, que establece: *en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución*⁶²², siendo importante destacar que ahora se goza de derechos humanos que el Estado reconoce; antes de la reforma, el Estado otorgaba las garantías, siendo esta reforma un parteaguas para la defensa de los derechos humanos que todas las personas tienen y que en legislaciones de diferentes países desde hace años está regulado.

Como ya se mencionó, una de las aportaciones que se incluyen con la reforma en materia de derechos humanos en México, es que surge una vinculación de la CPEUM con los tratados internacionales, esta vinculación establece que los derechos humanos tienen un origen plural, alejado de esquemas monopólicos centralizados únicamente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶²³. Estableciéndose la necesidad de reconocer que nuestro país es parte del fenómeno de la globalización, en donde el derecho no puede ser ajeno a los cambios y las exigencias que en la actualidad se vive, realidades que México debe estar en comunión con las últimas tendencias jurídicas que más protejan al individuo.

Siendo necesario mencionar que la globalización, vinculada con los derechos humanos, es entendida como: el proceso de incrementar la interconectividad entre las economías y las sociedades de tal forma que los eventos que se dan en una parte del planeta cada vez más van teniendo efectos en personas y sociedades distantes⁶²⁴;

⁶²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero del 2016, tomado del sitio web <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>, consultado el 31 de agosto del 2017.

⁶²³ López Badillo, Emir, "Mecanismos constitucionales previstos para la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos", en López Badillo, Emir (coord.), *Derechos humanos: una realidad en construcción*, México, ed. Flores, 2016, p. 78.

⁶²⁴ Baylis, John y Smith, Steve, *La globalización en el mundo político: introducción de relaciones internacionales*, 2° ed., Estados Unidos, Universidad Oxford, 2001, p. 7.

otra definición de globalización es que se trata del dominio del capital financiero⁶²⁵, por lo que el tema de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que se incorporó con la citada reforma constitucional permite a México ser parte de ese reconocimiento que otros Estados han hecho en pro de los derechos humanos, y que frente a organismos jurídicos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal de la Haya, entre otros, buscan en el ámbito internacional el respeto y protección de los derechos humanos.

3. Dilucidación de los derechos humanos: principios que lo rigen

Resulta metodológicamente necesario definir lo que son los derechos humanos, Pérez Luño establece que “son conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁶²⁶. De esta definición se incluye tanto la parte iuspositivista e iusnaturalista, al reconocer la dignidad de la persona, pero también que esas facultades que tiene el ser humano estén contenidas en un ordenamiento para su reconocimiento.

Por lo que los derechos humanos deben formar parte del andamiaje y la estructura política y jurídica del Estado Mexicano, deben formar parte de la esencia política, jurídica, social, económica y administrativa del individuo frente al Estado, por lo que Ernesto Garzón Valdés ha señalado que:

Los derechos humanos o fundamentales (civiles, políticos, sociales) –que incluyo en los que he llamado “coto vedado” a las decisiones mayoritarias– forman parte esencial de un diseño constitucional adecuado para lograr la concreción de las exigencias del respeto a la dignidad humana. Cuando estos derechos tienen vigencia, queda bloqueada la posibilidad de tratar a una persona como medio. Su otorgamiento y respeto no es un acto de benevolencia por parte de quien o quienes detentan el poder, sino una exigencia básica en toda sociedad que pretenda ser decente. Por ello, la concesión de estos derechos no se suplica, sino que se exige⁶²⁷.

⁶²⁵ Cfr. González Ibarra, Juan de Dios, “Iusfilosofar en la globalización”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015, pp. 91-122.

⁶²⁶ Pérez Luño, citado por Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Coed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 9.

⁶²⁷ Garzón Valdés, *Ernesto, Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, p. 99.

Sin embargo, ha existido el cuestionamiento si los derechos humanos, son simplemente derechos inalienables al ser humano, por el hecho de ser hombre, o cual es la verdadera esencia de los mismos, derivado de lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha establecido al resolver la Contradicción de Tesis 21/2011-PL, que los derechos humanos son derechos subjetivos. Esto quiere decir que son derechos reconocidos por la ley, la propia SCJN en una tesis aislada⁶²⁸, ha establecido que se consideran como facultades o potestades de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho.

En otras palabras, el derecho subjetivo supone la conjunción en esencia de dos elementos inseparables, a saber: una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia, y cuyo sujeto, desde el punto de vista de su índole, sirve de criterio de clasificación de los derechos subjetivos en privados (cuando el obligado sea un particular) y en públicos (en caso de que la mencionada obligación se impute a cualquier órgano del Estado).

Otra de las definiciones de los derechos humanos que deben tomarse en cuenta, es la que dio la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), quien al ser facultada por el artículo 102 apartado B Constitucional, es un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios. El objetivo esencial de este organismo es la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano.

La cual define a los derechos humanos como: el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratados internacionales y las leyes. De esta forma, la definición de la CNDH abre el umbral para señalar cuál es el fundamento de los Derechos Humanos.

De lo anterior se deriva que el fundamento o los principios en los que se basan los derechos humanos, son los que desentrañan la esencia de los mismos, por tal motivo, la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, estableció que los

⁶²⁸ Cfr. Tesis aislada número 918267, 104, Pleno, Séptima Época, Apéndice 2000, Tomo VI, Común, P.R. SCJN, p. 81.

derechos humanos se basan en 3 principios, “los derechos humanos deben ser considerados como el parámetro de respeto a la dignidad de la persona; y que el reconocimiento constitucional de esos derechos encuentra justificación en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de todas las personas y tiene como finalidad última posibilitar que desarrollen su propio plan de vida”⁶²⁹, es decir, en el voto particular del Ministro Luis María Aguilar se establece que los derechos humanos se basan en la autonomía, inviolabilidad y dignidad de las personas.

De igual forma el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en su voto concurrente, estableció que “la concepción de los derechos humanos como previos al Estado no quiere decir que la Constitución acoja una postura natural de los mismos, sino que el Poder Constituyente Permanente consintió su justificación de índole internacional: el respeto por la dignidad humana y autonomía personal, al derivar de principios racionalmente aceptables”, en ese sentido el Ministro tomó en consideración la exigencia internacional de México debía adecuar su ordenamiento supremo para reconocer los derechos con fundamento en la dignidad y autonomía de las personas.

Además de los citados principios de dignidad humana, autonomía e inviolabilidad de la persona humana, la SCJN mediante el Amparo Directo en Revisión 6293/2016 estableció que los derechos humanos entendidos como derechos subjetivos tienen una fundamentación iusfilosófica a partir de alguno o algunos de los siguientes principios: dignidad humana, igualdad y no discriminación, libertad, autonomía o inviolabilidad de las personas, por lo que suma a los tres principios citados, el de igualdad y no discriminación, y el de libertad, puesto que la SCJN considero necesario que además de llevar implícito en el principio de la dignidad humana la igualdad y libertad, debía constar explícitamente estos dos principios, además de lo dispuesto por el párrafo quinto del artículo 1 de la CPEUM.

Dado el estudio anterior de los principios que rigen a los derechos humanos, es imprescindible decir que la dignidad humana es la principal fundamentación iusfilosófica de los derechos humanos, ya que no sólo en la actualidad ha dado motivo a estudios y discusiones sobre el tema, siendo la dignidad un metavalor, que va más allá de cualquier valor establecido, porque la dignidad es el valor del valor del hombre o del *dasein* como ser histórico y lingüístico, que se encuentra por encima de la justicia y que da la calidad humana, siendo que la dignidad

⁶²⁹ Voto particular que formula el señor Ministro Luis María Aguilar Morales, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

humana es la fuente moral de los derechos humanos, pues en ella encuentra la razón de porque el hombre posee estos derechos humanos universales, que si bien el reconocimiento se dio desde la Revolución Francesa con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, es necesario acudir a doctrinarios que desde la edad media han relacionado la dignidad humana con los derechos humanos.

Uno de ellos es Giovanni Pico della Mirandola, que en su “Discurso sobre la dignidad del hombre”, redactado entre 1486 y 1487, tras su muerte en 1494, se le tituló *Oratio quaedam elegantissima*, siendo hasta la edición de Strasburgo de 1504 que recibe el nombre que hoy en día se conoce; siendo este discurso una postura que para su época fue muy innovadora pues con el relato del génesis comienza a dar la explicación del porque la dignidad humana estaba basada en el libre albedrío que tiene el hombre, que a diferencia de los demás animales de la creación, el hombre es el único para tomar sus propias decisiones.

Narra en su discurso como el “sumo Padre, Dios arquitecto” construyó el mundo dotándolo de diferentes especies animales y embelleciéndolo de manera inteligente, sin embargo, hacía falta alguien que comprendiese la razón de esa obra tan perfecta y grande, dándose así la existencia del hombre dotándolo de dignidad, y diciéndole las siguientes palabras: *Te he puesto en el centro del mundo para que más cómodamente observes cuanto en él existe. No te he hecho ni celeste ni terreno, ni mortal ni inmortal, con el fin de que tú, como árbitro y soberano artífice de ti mismo, te informes y plasmases en la obra que prefirieses*⁶³⁰. Siendo esto el primer fundamento del porque la dignidad humana es la base de los derechos humanos, pues el hombre al estar dotado de libertad es dueño de sí mismo y al ser el único ser viviente capaz de admirar la obra perfecta de Dios –siendo una teoría teológica– posee dignidad, misma que es dada por Dios.

Otro filósofo que abordó en su estudio a la dignidad humana, fue Emanuel Kant en 1785 quién habla de un imperativo práctico que se funda en que: “se obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”⁶³¹, siendo esto el fundamento para Kant de la dignidad humana, tomando al ser humano como fin no como medio y atribuyéndole en sentido el

⁶³⁰ Pico della Mirandola, Giovanni, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, traducción de Adolfo Ruiz Díaz, México, UNAM, 2004, p. 4.

⁶³¹ Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 189

valor al hombre por la dignidad que se posee, esto se refleja en su pensamiento: “aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, dignidad”⁶³².

Siendo esta otra perspectiva de la dignidad humana, ya no se concibe como dada por la libertad que un ser supremo otorga y que se funda en esa decisión de tener voluntad propia que lo distingue del resto de los seres; Kant habla de que el hombre usa a la humanidad y a otro ser humano como fin último no como un medio, es decir, el fin último del hombre es el mismo hombre, no utiliza ni a su propia persona ni a otro ser humano como medio, sino todo está enfocado al fin en sí mismo, reduciéndose las legislaciones y el derecho al hombre en sí, aunado a que tiene un valor interno que es la dignidad, la cual no es un precio o un simple valor que se pueda aumentar o disminuir, es simplemente el valor absoluto que el hombre posee.

Garantizando el respeto a la dignidad de todo ser humano y que el Estado no puede tratar a una persona como un medio para lograr un fin, sino debe ser el Estado quien garantice que todos los ámbitos que tiene bajo su poder estén destinados al bienestar del hombre, buscando el respeto de esa dignidad humana.

Finalmente, el filósofo y sociólogo alemán Jürgen Habermas, postula que la dignidad humana es la fuente moral de los derechos humanos, pensamiento contemporáneo que da más fuerza al reconocimiento de los derechos humanos en la actualidad, porque ya no solo se concibe a los derechos humanos por el hecho de ser hombre, sino porque hay un valor interno, que es un metavalor que le da sentido al hombre, denominado dignidad humana.

En el artículo “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, Habermas hace un análisis de la normatividad internacional que ha dado reconocimiento a la dignidad humana empezando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana estableciendo que la dignidad humana es inviolable, esto antes de que se dieran los crímenes masivos que la humanidad ha sido testigo como los cometidos por el régimen nazi y los efectos de la Segunda Guerra Mundial, siendo hasta después de estos sucesos que se da la conexión entre los derechos humanos y la dignidad humana.

⁶³² *Ídem.*

Habermas defiende la tesis que postula que los derechos humanos siempre han existido, aunque si bien no se daba el reconocimiento que hoy en día, pero que siempre ha habido un vínculo conceptual interno entre los derechos humanos y la dignidad humana. Habermas menciona que: “los derechos humanos han sido producto de la resistencia al despotismo, la opresión y la humillación”⁶³³, siendo la respuesta a las luchas que en muchos países se han vivido por obtener libertad, justicia e igualdad y por encima de estos valores, el tener el respeto a la dignidad humana.

Habermas sustenta que: el protagonismo creciente de la dignidad humana explica también el papel manifiesto que recientemente ha tenido este concepto en la administración de la justicia. En la medida en que los derechos civiles se difunden con mayor profundidad en todo el sistema legal, su influencia se extiende y adquiere mayor alcance, más allá de la relación vertical entre los ciudadanos individuales y el estado⁶³⁴, siendo que al tener una difusión de los derechos humanos de los ciudadanos, al estar contemplados en la Constitución Política de cada país, provoca que el hombre reconozca su propia dignidad ante el Estado, adquiere un mayor conocimiento de lo que merece y de lo que el Estado está obligado a hacer. En este tenor de ideas, la dignidad humana es el medio a través del cual el carácter igualitario y universal de la moral confluye con el derecho, porque dicha relación entre derecho y moral, derechos humanos y dignidad humana da lugar a una fusión que debe ser puesta en práctica, porque la sinergia entre contenidos morales con el derecho coercitivo, dice Habermas, el derecho como el medio por el cual debe realizarse la construcción de ordenes políticos justos⁶³⁵.

El estado debe reconocer que los derechos humanos tienen su base en la dignidad humana, si bien la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, principios que el estado debe cumplir, la dignidad humana está por encima de dichos principios, pues ahí reside la esencia del reconocimiento de los derechos humanos, del porque se deben reconocer, respetar y garantizar, porque es en el hombre mismo donde empieza y termina los derechos.

Dándose de esta manera la protección de los derechos humanos, no sólo en un plano nacional, sino también se reconoce que, al ser parte de una globalidad, se

⁶³³ Habermas, Jürgen, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, Diánoia, volumen LV, número 64, mayo 2010, p. 6.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 22.

reconoce a los tratados internacional su vinculación para proteger a la persona, encaminada a su dignidad humana.

4. El derecho ambiental al centro de la triada: derechos humanos, derecho internacional y derecho interno

Sin duda, la reforma constitucional de derechos humanos que se ha venido abordando, introduce al Estado Mexicano al plano internacional, en el artículo 1 párrafo segundo Constitucional, se establece que: *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.* De esta forma queda establecido en la disposición constitucional la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona, que tienen esencialmente su origen en el ámbito del derecho internacional, y que han sido definidos como criterios hermenéuticos que informan todo el derecho de los derechos humanos⁶³⁶.

Así mismo México, es miembro de la Organización de Estados Americanos, también es miembro de la Organización de las Naciones Unidas, por lo que se ha hecho parte de diferentes tratados internacionales, en los cuales se encuentran las obligaciones de garantizar los derechos humanos y de armonización el derecho interno y frente a los cuales también subyace el principio de efecto útil o de realización de su objeto y fin, por lo que México ha suscrito alrededor de 210 tratados internacionales⁶³⁷, destacando los que son de carácter general, de asilo, de derecho internacional humanitario, desaparición forzada, personas con discapacidad, discriminación racial, educación y cultura, esclavitud, extradición, genocidio, medio ambiente, menores, migración y nacionalidad, pueblos indígenas, mujeres, penal internacional, propiedad intelectual, refugiados, salud, tortura y en materia de trabajo.

De esta manera México abrió la puerta al derecho internacional, y después de un camino largo y de estar rezagados en materia de derechos humanos, quedándose sólo con el mérito de haber tenido la primera Constitución que concibiera e incluyera derechos sociales, sin embargo dicho mérito, quedó rezagado puesto que la evolución del derecho, así como el tránsito a otras

⁶³⁶ García, H, A., *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, México, ed. Porrúa, Instituto Mexicano de Derechos Procesal Constitucional, 2006, p. 199.

⁶³⁷ Secretaría general de acuerdos coordinación de asesores de la presidencia, centro de documentación y análisis, archivos y compilación de leyes, *Reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos*, op. cit.

figuras jurídicas para la mayor y mejor protección de los derechos humanos, ha tenido mayor proyección en otros países, por lo que México decidió incorporar a su derecho, la protección de los derechos humanos a través de instrumentos internacionales, respondiendo al fenómeno de la globalización, del cual no es ajeno y en donde si la economía, la cultura, el derecho, la política han tenido un desarrollo en el mundo globalizado, por supuesto el reconocimiento de los derechos humanos también lo debe ser.

Sin duda el Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH), toma un protagonismo activo en México, y donde la ciencia del derecho no puede ser ajena a esta evolución de conceptos que van desarrollándose debido a la globalización y a la necesidad de una mayor tutela de los derechos de las personas. Por lo que el DIDH se define como:

Una manifestación especializada del Derecho Internacional Público que se funda en el reconocimiento de la dignidad humana como valor presupuesto de la comunidad internacional y que se concreta en el establecimiento de un conjunto de obligaciones a cargo de los Estados para asegurar el pleno ejercicio de los derechos inherentes de la persona humana. El DIDH se desarrolla mediante un conjunto autó-nomo de fuentes normativas y se estructura institucionalmente mediante el establecimiento de mecanismos internacionales de protección y promoción de tales derechos⁶³⁸.

Para efectos metodológicos y poder vislumbrar como el ámbito internacional ha tenido su incorporación en la legislación mexicana, se aborda la materia ambiental, la cual ha tenido un mayor desarrollo en el plano internacional, permitiendo vislumbrar la triada de derechos humanos, ámbito internacional y ámbito nacional o interno.

Por lo que la regulación internacional en materia ambiental forma el conjunto de normas jurídicas contenidas en los diversos instrumentos internacionales que se refieren al ambiente; pueden ser de carácter *soft*, que es el derecho flexible, blando o suave también llamado *quasi*-derecho; o de carácter *hard* que es el derecho rígido, fuerte o duro⁶³⁹. En este sistema de normas

⁶³⁸ Fajardo Morales, Zamir Andrés, *Control de convencionalidad. Fundamentos y alcance. Especial referencia a México*, México, CNDH, 2015, fascículo 16, p. 160

⁶³⁹ Fuentes, Carlos, "La doble naturaleza del derecho ambiental" en Nava Escudero Cesar, *Ciencia, ambiente y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, serie Estudios jurídicos, no. 626, p. 256.

internacionales intervienen sujetos de derecho internacional, como son los Estados y organismos internacionales.

Es necesario establecer que en el derecho internacional existen instrumentos diversos, que no sólo son de manera formal o positiva, como se observa en el derecho doméstico o local, y que tienen distinta denominación, estos instrumentos son derivados del *hard law* o derecho duro, que son los tratados internacionales y que son vinculantes, que existe la parte positiva o coercitiva para establecer las obligaciones internacionales que los estados adquieran al momento de la firma de un tratado internacional, y la otra forma que es el *soft law* o derecho blando, el cual se caracteriza por no ser vinculante, y en donde podemos encontrar la costumbre internacional, guías legislativas, convenciones, leyes modelos, principios generales del derecho.

Por cuanto hace al *hard law* es definido como: “aquellas normas o regulaciones con carácter obligatorio... se trata de un régimen cuya construcción, ejecución y vigencia recae directamente en la autoridad y el poder del Estado, por medio del control legítimo de sus medios de coerción, abarcando obligaciones sustanciales y procedimentales, hasta dispositivos especiales y específicos para hacerlas cumplir a modo de sanciones legales o económicas”⁶⁴⁰, es decir, por medio de los tratados internacionales, cuando las estados parte suscriben y ratifican dicho Tratado, se obligan a cumplir con lo estipulado, estando en el supuesto de que al incumplir con alguna de sus disposiciones, existen sanciones establecidas en el mismo cuerpo del tratado.

El derecho internacional ambiental es en su mayoría *soft law*, dicho termino anglosajón es entendido como: serie de actos, no homogéneos en cuanto a origen y naturaleza, que, a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan, a través de distintas vías, jurídicamente relevantes. Se le considera “normas ligeras”, dúctiles o blandas, en el sentido de falta de eficacia obligatoria *per se*, carencia que no impide, que gocen de eficacia jurídica, gracias a la influencia que ejercen, derivada de su capacidad de persuasión sobre los Estados, las instituciones comunitarias y los individuos⁶⁴¹. Es por eso que en materia ambiental a nivel internacional se contemplan en su mayoría instrumentos de

⁶⁴⁰ Zambrano Pérez, Diego Andrés, “La incidencia del llamado *soft law* o derecho blando en la interpretación del juez constitucional”, en *Tribunales Constitucionales y jurisprudencia, casos prácticos: Cuba, Italia, Colombia y México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2016, p.132.

⁶⁴¹ *Soft law y derecho de extranjería*, 2005, p. 1, tomado del sitio web: http://www2.uca.es/grup-invest/sej-352/expert-UNIDAD_9_DE_MAYO_2005.pdf, consultado el 27 de agosto del 2017.

este tipo de derecho, que lamentablemente no es vinculante, no obliga a los estados a seguir sus reglas o medidas.

Por lo tanto para el derecho internacional ambiental, el *soft law* es la principal regulación: representa un instrumento o recurso que permite proyectar principios y criterios jurídicos ambientales, que sin ser aún vinculantes u obligatorios, sin embargo marcan el derrotero a futuro de las normativas sean internacionales, comunitarias o nacionales, por ello inclusive se le denomina “pre derecho”⁶⁴², sin duda alguna el análisis de estos instrumentos configurará el derecho necesario para la aplicación de manera coercitiva de las reglas, principios, leyes, que son necesarios para garantizar la conservación y preservación del medio ambiente.

En la doctrina, Ramón Martín Mateo establece dentro del *soft law*, los llamados megaprincipios, que son aceptados por los ordenamientos internacionales, y que deben guiar la regulación de la contaminación ambiental, entre ellos destacan: el de sostenibilidad, que consiste en que el desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades⁶⁴³.

Para poder vislumbrar la aplicación de los instrumentos de derecho internacional al sistema jurídico mexicano en materia ambiental, se toma uno de los problemas que se vive en materia de contaminación atmosférica, como lo es el cambio climático, debido a su trascendencia y necesitada regulación para frenar un problema global ambiental, que también forma parte de los derechos humanos de las personas, que como se verá en líneas posteriores, en México está reconocido en el artículo 4 párrafo quinto de la CPEUM.

Uno de las regulaciones internacionales en esta materia, es la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) que incorporó una línea muy importante de uno de los tratados multilaterales sobre medio ambiente que más éxito han tenido en toda la historia: el Protocolo de Montreal de 1987, en virtud de la cual los estados miembros están obligados a actuar en interés de la seguridad humana incluso a falta de certeza científica.

⁶⁴² Foy Valencia, Pierre, “*Soft law* y derecho internacional ambiental algunas aplicaciones nacionales”, Revista Boliviana de Derecho, Bolivia, Fundación Iuris Tantum, 2008, núm. 5, enero, p. 66.

⁶⁴³ Ramírez Ortiz, Diana y Ramírez Marín, Juan, Derecho ambiental y desarrollo sustentable, 2° ed., México, ed. Porrúa, 2012, p. 14.

Un logro importante de la Convención, caracterizada por su carácter general y flexible, es que reconoce que el problema del cambio climático es real. La entrada en vigor del tratado representó un gran paso, dado que se disponía de menos pruebas científicas que hoy en día (y todavía hay quienes dudan de que el cambio climático sea un problema real). Es difícil conseguir que las naciones del mundo se pongan de acuerdo en algo, mucho menos en un planteamiento común ante una dificultad que es compleja, cuyas consecuencias no son totalmente claras y que producirá sus efectos más graves dentro de varios decenios e incluso siglos.

La CMNUCC entró en vigor el 21 de marzo de 1994. Hoy en día cuenta con un número de miembros que la hace casi universal. Las denominadas “Partes en la Convención” son las 197 Partes que la han ratificado.

La Convención reconoce que es un documento “marco”, es decir, un texto que debe enmendarse o desarrollarse con el tiempo para que los esfuerzos frente al calentamiento atmosférico y el cambio climático puedan orientarse mejor y ser más eficaces. La primera adición al tratado, el Protocolo de Kyoto, se aprobó en 1997⁶⁴⁴.

El objetivo de la CMNUCC:

“...Y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes, es lograr, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”⁶⁴⁵.

Buscan que exista una unificación entre los estados miembros, a fin de que de manera conjunta se reconozca que el sistema climático es un recurso compartido, que su estabilidad puede verse afectada tanto por la contaminación fija y móvil, es decir actividades industriales y el transporte, que emiten dióxido de carbono y otros gases que retienen el calor.

⁶⁴⁴ La convención del cambio climático, tomado del sitio web: http://unfccc.int/portal_espanol/informacion_basica/la_convencion/items/6196.php, consultado el 29 de agosto del 2017.

⁶⁴⁵ Convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático, Naciones Unidas, 1992, p. 4.

En virtud del Convenio, los gobiernos:

- Recogen y comparten la información sobre las emisiones de gases de efecto invernadero, las políticas nacionales y las prácticas óptimas.
- Ponen en marcha estrategias nacionales para abordar el problema de las emisiones de gases de efecto invernadero y adaptarse a los efectos previstos, como lo es el apoyo financiero y tecnológico a los países en desarrollo.
- Cooperar para prepararse y adaptarse a los efectos del cambio climático⁶⁴⁶.

Se establece en el CMNUCC que las partes: deben promulgar leyes ambientales eficaces, que las normas, los objetivos de gestión y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican, y que las normas aplicadas por algunos países pueden ser inadecuadas y representar un costo económico y social injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.

Razón por la que México al ratificarlo en 1993 y haber entrado en vigor al año siguiente, debe cumplir con lo establecido en sus artículos, porque al firmarlo, decidió como establece en líneas del propio Convenio *a proteger el sistema climático para las generaciones presentes y futuras*, por lo que un marco normativo en materia ambiental y en específico para prevenir, reducir y evitar la contaminación atmosférica es uno de los compromisos a los que México se comprometió al suscribir el mencionado Convenio.

Derivado de lo anterior, y ante la presión que existe en materia de contaminación atmosférica en el mundo, y como acción de incorporar al derecho interno lo firmado y pactado en ordenamientos internacionales, México crea la Ley General de Cambio Climático que se publicó en el año 2012, como una regulación derivada del Protocolo de Kyoto de la CMNUCC que se llevó a cabo en el año de 1997, México lo firmó en ese mismo año y lo ratificó en el 2000 como país No Anexo I, tardándose 12 años en emitirse la Ley General de Cambio Climático, como una exigencia ante la presión internacional.

⁶⁴⁶ Ramírez Ortiz, Diana y Ramírez Marín, Juan, *Derecho ambiental y desarrollo sustentable*, op. cit., p. 164.

Dicha presión internacional, se debió que, en el año 2011, México se ubicó en el lugar número 13 entre los primeros 15 países generadores de Gases Efecto Invernadero (GEI) y emitiendo dos por ciento del total a la atmósfera, por lo que es uno de los principales responsables del cambio climático global. Además de que, en diciembre de 2010, Cancún fue sede de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el cambio Climático, derivando que los reflectores internacionales estaban puestos sobre México, aunado a la reforma en materia de derechos humanos de junio del 2011, México se vio en la necesidad de cambiar su legislación a efecto de garantizar ese derecho humano a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, consagrado en el artículo 4 párrafo quinto Constitucional.

Reconociendo lo anterior, a uno de los principios consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)⁶⁴⁷, en el artículo 2, que establece: “...los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”:

Por lo que tal adecuación implica la adopción de por lo menos dos clases de medidas i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁶⁴⁸. Siendo que la expedición de la Ley General de Cambio Climático busca armonizar la regulación del derecho internacional en el derecho nacional.

De esta manera. México ha incorporado a su derecho la regulación en materia ambiental, extraída del ámbito internacional, inclusive la SCJN, ha emitido tesis respecto de la tutela del derecho humano a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, reflexionando que esta tutela no solo deber ser en el ámbito nacional, sino también en el ámbito internacional, por lo que la siguiente tesis emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito, hace hincapié en que las tres esferas de gobierno en México, la autoridad es la responsable de establecer acciones que salvaguarden dicha protección:

⁶⁴⁷ Convención celebrada en 1969, México se adhirió en 1981.

⁶⁴⁸ Fajardo Morales, Zamir Andrés, *Control de convencionalidad*, op. cit. p. 47.

MEDIO AMBIENTE. AL SER UN DERECHO FUNDAMENTAL ESTÁ PROTEGIDO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, NACIONAL Y ESTATAL, POR LO QUE LAS AUTORIDADES DEBEN SANCIONAR CUALQUIER INFRACCIÓN, CONDUCTA U OMISIÓN EN SU CONTRA.

De los artículos 1 y 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", así como el 4o., quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la protección al medio ambiente es de tal importancia al interés social que implica y justifica, en cuanto resulten disponibles, restricciones para preservar y mantener ese interés en las leyes que establecen el orden público; tan es así, que en el Estado de Michoacán, la Ley Ambiental y de Protección al Patrimonio Natural del Estado, su reglamento y el Programa de monitoreo a vehículos ostensiblemente contaminantes del Estado para el año 2011, están encaminados a salvaguardar dicho derecho fundamental, proteger el ambiente, conservar el patrimonio natural, propiciar el desarrollo sustentable del Estado y establecer las bases para -entre otros casos- tutelar en el ámbito de la jurisdicción estatal, el derecho de toda persona a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, así como prevenir y controlar la contaminación del aire, el agua y el suelo y conservar el patrimonio natural de la sociedad. Por tanto, el derecho particular debe ceder al interés de la sociedad a tener un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas, que como derechos fundamentales deben velar para cualquier infracción, conducta u omisión que atente contra dicho derecho sea sancionada⁶⁴⁹.

De esta manera se observa que el derecho humano al medio ambiente sano, es un derecho actual, porque la tesis mencionada, es de la última época que tiene la SCJN, por lo que son consideraciones de derecho actuales que contemplan los Derechos Económicos, Sociales, Culturales, contemplando los Ambientales, que, de manera no solo local, busca la protección de este tipo de derechos -ambientales- al tratar de salvaguardar el bien común, no solo de una región sino de manera global.

⁶⁴⁹ Tesis XI.1o.A.T.4 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, septiembre de 2012, p. 1925.

5. Derecho sostenible: el futuro del derecho ambiental internacional

El concepto de desarrollo sostenible, no es gestado en la actualidad, pero si ha tenido una mayor proyección en el siglo XXI, sin embargo, a principios de siglo XX, se ha observado que la preocupación por el medio ambiente se ha hecho presente en la comunidad internacional, ya que se ha reflejado en las reuniones internacionales que han dado origen a los instrumentos internacionales que rigen la materia ambiental, y que desde luego su incorporación ha tenido una influencia en el cuidado y preservación del medio ambiente.

Metodológicamente corresponde hacer el análisis por cuanto hace a la normativa de los estados, en donde la armonización del derecho externo al derecho interno, resulta necesaria para aplicar y contar con una efectividad de la normativa ambiental, al respecto Raúl Brañes⁶⁵⁰, menciona que en toda Constitución, se establece un modelo de desarrollo económico, en donde se incorpora el concepto del desarrollo sostenible, en donde el Estado y la sociedad deben velar y proteger al medio ambiente y si es a través de su ordenamiento supremo como la constitución, se podrá garantizar ese derecho humano a un desarrollo sostenible.

Por lo que, en nuestro país, si se encuentra contenido en el artículo 25 Constitucional, la noción de desarrollo sostenible: *Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.* Si bien no se encuentra contenido en el artículo referente a la garantía del medio ambiente, se encuentra dentro de la clasificación de las garantías relativas a la rectoría económica de estado, por lo que México reconoce que el desarrollo sostenible debe darse dentro de las actividades económicas, en donde sí se pugna por un crecimiento del país, no sea a costa de los recursos naturales con los que contamos.

La Agenda 2030, es una de las acciones a implementar como parte de las reuniones llevadas a cabo para el desarrollo sostenible, en una de esas reuniones en el 2015, más de 150 líderes mundiales asistieron a la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en Nueva York, para aprobar

⁶⁵⁰ Brañes, Raúl, *El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, México, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2000, p. 10.

el documento titulado “Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, se puede contemplar en dicho documento 17 objetivos del Desarrollo Sostenible, siendo la Organización de las Naciones Unidas, quien manifestará: “Este nuevo marco de desarrollo da una oportunidad para el Sistema de las Naciones Unidas, a nivel mundial y en México, de focalizar nuestra cooperación y programación, de seguir abogando y promoviendo el tema de inclusión y equidad en un marco de derechos, de construir más ciudadanía para las y los mexicanos en este país”⁶⁵¹.

Destacando dentro de los 17 objetivos planteados por la Agenda 2030, los siguientes: el fin de la pobreza en todas sus formas en todo el mundo; promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; construir infraestructura resiliente, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación; lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles; garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles; promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y frenar la pérdida de la diversidad biológica; promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

Por lo que el total de los objetivos planteados en la Agenda 2030, están enfocados precisamente a establecer metas reales, para buscar la sostenibilidad, no solo de los recursos naturales, sino también buscar eliminar todas las desigualdades planteadas en el siglo XXI, una de ellas es la pobreza contra el otro polo que es el desarrollo económico, en donde se sigue observando comunidades que no tienen acceso a lo indispensable para vivir comparadas con grandes ciudades que han tenido un desarrollo industrial y económico.

Es por eso que la pobreza, no solo es concebida dentro de la rama de economía, sino debe también analizarse a la luz del derecho ambiental, y sobre todo con la tendencia del desarrollo sostenible, puesto que hay una correlación importante respecto de estos temas: la relación entre pobreza y medio ambiente va en doble sentido, esto es, los pobres padecen los efectos del deterioro ambiental, como la carencia de agua potable y servicios de saneamiento, erosión de

⁶⁵¹ Organización de las Naciones Unidas, Agenda 2030, tomado del sitio web: <http://www.onu.org.mx/agenda-2030/>, consultado el 3 de noviembre del 2017.

suelos, contaminación atmosférica y enfermedades infecciosas, paralelamente, son ellos quienes incrementan la problemática ambiental por la deforestación, degradación de suelos y contaminación de acuíferos⁶⁵², de esta manera, al tener un desarrollo sostenible se está actuando no sólo respecto del medio ambiente, sino también respecto al ser humano en sí mismo, como parte de ese medio ambiente.

En esta relación trifásica, de desarrollo económico, medio ambiente y sociedad, el ámbito económico juega un papel crucial, puesto que se ha considerado que el desarrollo de un país se da a costa del daño ambiental, puesto que las grandes industrias contaminan el medio ambiente, sin establecer medidas en pro del medio ambiente, y debido a esa interrelación de la ciencia jurídica ambiental con otras ciencias del derecho, como la mercantil, nos permiten observar que la protección al medio ambiente debe darse desde cualquier arista del derecho, puesto que pugnar por el desarrollo sostenible, nos invita a reflexionar tal como lo establece Huber: a reorientar el proceso productivo y el consumo con fines ambientales, esto es, fomentar la innovación tecnológica limpia y su difusión, a lo que ha denominado "ecologización de la economía"; también habla de introducir la variable ambiental en los procesos de valorización y saneamiento económicos, a manera de contabilizar los bienes de la naturaleza, como se hace con el capital o las provisiones, a lo que ha llamado "economización de la ecología"⁶⁵³, a fin de contar con empresas amigables con el ambiente.

Y es que el máximo órgano rector en materia mercantil y del comercio, donde están involucrados los intereses económicos y comerciales de las grandes empresas multinacionales, es precisamente la Organización Mundial del Comercio, que en el Acuerdo de Marrakech –por el cual se estableció dicha organización–, se establece al desarrollo sostenible y la protección y preservación del medio ambiente como sus objetivos fundamentales: "la OMC contribuye a la protección y preservación del medio ambiente mediante su objetivo de apertura del comercio, sus normas y su mecanismo de observancia, la labor realizada en diferentes órganos y sus esfuerzos constantes en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo. En el Programa de Doha se incluyen negociaciones específicas sobre el comercio y el medio ambiente, y se asignan algunas tareas al Comité de Comercio y Medio Ambiente en sesión ordinaria"⁶⁵⁴.

⁶⁵² Anglés Hernández, Marisol, "El Desarrollo Sostenible al centro de la tríada: Pobreza, Medio Ambiente y Desarrollo", *Revista de Direito Ambiental*, Sao Paulo, Brasil, Año 13, No. 50, abr/jun, 2008, p. 301.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 308.

⁶⁵⁴ Organización Mundial del Comercio, *Comercio y medio ambiente*, tomado del sitio web: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envir_s.htm, consultado el 3 de noviembre del 2017.

Como se ha podido establecer, el desarrollo sostenible es la nueva tendencia que debe prevalecer en el mundo, para que pueda converger en sentido positivo tanto el desarrollo económico sin descuidar y sin afectar al medio ambiente, situando al ser humano como parte de este proceso de desarrollo, desarrollo que resulta necesario, pero que debe ser objeto de reflexión que el ser humano es parte de medio ambiente, y cualquier afectación al planeta, es una afectación al propio hombre.

6. Conclusiones

Sin lugar a dudas la evolución que ha tenido el derecho, en materia de protección de derechos humanos, nos permite vislumbrar que el derecho es creado para y por el hombre, ya que de esta manera se protege su esfera más intrínseca, como lo es la dignidad humana, que, si permitimos que se pierda, negamos el hecho de que somos seres humanos. No solo fue moda el tema de los derechos humanos, no sólo México obedeció a la presión internacional, sino que, en un momento de lucidez, la política mexicana, creyó conveniente avanzar y reformar la Constitución Federal, es un gran avance, sin embargo, falta mucho por hacer, no se puede decir que México por el simple hecho de reconocer en el texto constitucional a los derechos humanos, ya se cumplió con el propósito de defender los mismos.

México necesita hacer cambios estructurales, legislativos, y sobre todo de conciencia, en donde el respeto a los derechos humanos sea efectivo, donde no exista discriminación, y realmente se viva la igualdad y equidad de oportunidades, que ante normas, actos u omisiones de las autoridades y particulares, se haga valer el principio *pro homine*, robustecido con la normativa internacional, se dé una mayor protección al ser humano, precisamente para lograr un verdadero cambio en el derecho mexicano, donde ya no haya cabida para violaciones de derechos humanos.

Como se ha podido analizar en el presente trabajo, la normativa internacional y nacional en materia de derecho ambiental, es amplia y basta, tanto los objetivos planteados en las diversas conferencias, tratados e instrumentos internacionales, solo establecen buenos deseos, dejando en el tintero, a través de la retórica, los compromisos que se tiene con el medio ambiente, sin resultar eficaz su realización, es decir, lograr que se trascienda del mundo de las palabras a los hechos, a observar que realmente el desarrollo sostenible se está dando en el mundo, en donde la erradicación de la pobreza sea una realidad, en donde realmente las grandes empresas e industrias adecuen su funcionamiento para evitar la destrucción

del medio ambiente. Por lo que desde la ciencia jurídica se debe gestar ese reconocimiento, no solo a los derechos humanos de índole ambiental, sino de todos los derechos humanos que México reconoce en su Constitución Política, y también en los Tratados Internacionales de los que es parte.

Fuentes de consulta

Bibliografía

- Baylis, John y Smith, Steve, *La globalización en el mundo político: introducción de relaciones internacionales*, 2^o ed., Estados Unidos, Universidad Oxford, 2001.
- Brañes, Raúl, *El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, México, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2000.
- Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Coed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Chacón Rodríguez, José Luis, *La última instancia en la protección y defensa de los derechos humanos en México*, 2^a ed., México, ed. Flores, 2016.
- Fajardo Morales, Zamir Andrés, *Control de convencionalidad. Fundamentos y alcance. Especial referencia a México*, México, CNDH, 2015, fascículo 16.
- García, H. A., *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, México, ed. Porrúa, Instituto Mexicano de Derechos Procesal Constitucional, 2006.
- Garzón Valdés, Ernesto, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011.
- González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología Jurídica*, México, ed. Porrúa, 2013.
- Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Ariel, Barcelona, 1999.
- Kuhn, Thomas S, *La estructura de las revoluciones científicas*, Traducido por Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- López Badillo, Emir, “Mecanismos constitucionales previstos para la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos”, en López Badillo, Emir (coord.), *Derechos humanos: una realidad en construcción*, México, ed. Flores, 2016.
- Pico della Mirandola, Giovanni, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, traducción de Adolfo Ruiz Díaz, México, UNAM, 2004.
- Ramírez Ortiz, Diana y Ramírez Marín, Juan, *Derecho ambiental y desarrollo sustentable*, 2^o ed., México, ed. Porrúa, 2012.
- Ruiz, Rosaura, y Francisco Ayala, *El método de las ciencias: epistemología y darwinismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Solís García, Bertha, “Evolución de los Derechos humanos”, en *El estado laico y los derechos humanos en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

Zambrano Pérez, Diego Andrés, “La incidencia del llamado soft law o derecho blando en la interpretación del juez constitucional”, en *Tribunales Constitucionales y jurisprudencia, casos prácticos: Cuba, Italia, Colombia y México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2016.

Hemerografía

Anglés Hernández, Marisol, “El Desarrollo Sostenible al centro de la tríada: Pobreza, Medio Ambiente y Desarrollo”, *Revista de Direito Ambiental*, Sao Paulo, Brasil, Año 13, No. 50, abr/jun, 2008.

Foy Valencia, Pierre, “Soft law y derecho internacional ambiental algunas aplicaciones nacionales”, *Revista Boliviana de Derecho*, Bolivia, Fundación Iuris Tantum, 2008, núm. 5, enero.

Fuentes, Carlos, “La doble naturaleza del derecho ambiental” en Nava Escudero Cesar, *Ciencia, ambiente y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, serie Estudios jurídicos, no. 626.

González Ibarra, Juan de Dios, “Iusfilosofar en la globalización”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015.

Habermas, Jürgen, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, Diánoia, volumen LV, número 64, mayo 2010.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero del 2016.

Convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático, Naciones Unidas, 1992.

Tesis aislada número 918267, 104, Pleno, Séptima Época, Apéndice 2000, Tomo VI, Común, P.R. SCJN, p. 81.

Tesis XI.1o.A.T.4 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, septiembre de 2012, p. 1925.

Sitios web

La convención del cambio climático, tomado del sitio web: http://unfccc.int/portal_espanol/informacion_basica/la_convencion/items/6196.php, consultado el 29 de agosto del 2017.

Organización de las Naciones Unidas, *Agenda 2030*, tomado del sitio web: <http://www.onu.org.mx/agenda-2030/>, consultado el 3 de noviembre del 2017.

Soft law y derecho de extranjería, 2005, p. 1, tomado del sitio web: http://www2.uca.es/grup-invest/sej-352/expert-UNIDAD_9_DE_MAYO_2005.pdf, consultado el 27 de agosto del 2017.

El Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Humanidades pone a disposición de la comunidad científica, conformada por estudiantes, profesionales y operadores jurídicos, la reflexión sobre tópicos relevantes del derecho, sistematizando la legislación, la doctrina y el Derecho comparado en un solo texto con el fin de contribuir al desarrollo y mejor ejercicio de las ciencias jurídicas.



Universidad Jesuita

