



VOLUMEN IV, NÚMERO 7 | enero-junio

ISSN: 2954-3398

2025

Criptoactivos: investigación y aseguramiento en delitos, **Eloy Velasco Núñez**

La discapacidad a través de la historia del derecho, **Karen Nathaly Hernández Ruiz**

El derecho de la competencia económica: fundamentos, desafíos y evolución en la era digital, **Mario Emilio Gutiérrez Caballero**

La interpretación literal de la facultad reglamentaria de los gobiernos municipales, **Alberto Vega Hernández**

Pensión alimenticia para adultos mayores en el contexto jurídico y social: protección integral y desafíos, **Paulina Lizeth Olvera Reséndiz y Gerardo Alan Díaz Nieto**

Contextos de validación de una denominación de origen en México, **José Guillermo García Murillo y Fharide Acosta Malacón**

Acceso a la justicia de grupos vulnerables a través de las defensorías públicas en México, **María Teresa Sierras Suquilvide**

Análisis de los daños y perjuicios derivados de la suspensión del acto reclamado, **Luis Carlos Huape Fausto y Jorge David Aguilar Alonzo**

Publicación Semestral

CimaLex



Volumen IV, número 7, enero-junio, 2025



Universidad Autónoma de Baja California



Universidad Autónoma de Baja California

Dr. Luis Enrique Palafox Maestre

Rector

Mtra. Edith Montiel Ayala

Secretario General

Dr. Óscar Omar Ovalle Osuna

Coordinador de Planeación y Desarrollo Institucional

Dr. Jesús Adolfo Soto Curiel

Vicerrector Campus Mexicali

Dra. Lus Mercedes López Acuña

Vicerrectora Campus Ensenada

Dra. Haydeé Gómez Llanos Juárez

Vicerrectora Campus Tijuana

FACULTAD DE DERECHO MEXICALI

Dra. Ana Edith Canales Murillo
Directora de la Facultad de Derecho Mexicali

Mtro. Roberto Villa González
Subdirector de la Facultad de Derecho Mexicali

Mtra. Elizabeth García Espinoza
Administradora

Dr. Fernando Manuel Castro Figueroa
Coordinador de Extensión y Vinculación

Mtro. Antonio Rosalío Rodríguez Berrelleza
Coordinador de Investigación y Posgrado

Publicación Semestral
CimaLex

Volumen IV, número 7,
enero-junio, 2025

DIRECTORA EDITORIAL
Dra. Marina del Pilar Olmeda García

CONSEJO CIENTÍFICO

Dra. Marisol Angles Hernández	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Dr. José Ramón Cossío Díaz	Profesor Investigador Asociado de El Consejo de México
Dr. Guillermo Escobar Roca	Universidad de Alcalá de Henares, España
Dra. María Guadalupe Fernández Ruíz	Facultad de Derecho de la UNAM
Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Dr. Imer Benjamín Flores Mendoza	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Dr. Alfredo Islas Colín	Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
Dra. María Mercedes Iglesias Báñez	Universidad de Salamanca, España
Dra. Margarita Palomino Guerrero	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Dra. Marina del Pilar Olmeda García	Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Dra. Teresita de Jesús Rendón	Universidad de Guanajuato
Dra. Eneida Desiree Salgado	Universidad de Curitiba, Brasil
Dr. Enrique Uribe Arzate	Universidad Autónoma del Estado de México
Dr. Juan Vega Gómez	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Dr. Ricardo Zuluaga Gil	Universidad de Medellín, Colombia

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Raúl Ávila Ortiz	Universidad Autónoma de Tlaxcala
Dra. Lucila Caballero Gutiérrez	Universidad de Sonora
Dr. Sergio Gilberto Capito Mata	Facultad de Derecho Mexicali, UABC
Dr. José Rolando Cárdenas González	Universidad Señor de Sipán, Perú
Dr. Fernando Manuel Castro Figueroa	Facultad de Derecho Mexicali, UABC
Dr. Luis Carlos Castro Vizcarra	Facultad de Derecho Mexicali, UABC
Dr. Francisco Javier Chan Chan	Universidad Autónoma de Yucatán
Dr. Luis Antonio Corona Nakamura	Universidad de Guadalajara
Dr. Isaac Augusto Damsky	Universidad de Buenos Aires, Argentina
Dra. Ariana Expósito Gázquez	Universidad de Almería, España
Dr. Luis Xavier Garavito Torres	Facultad de Derecho Mexicali, UABC
Dra. Lidia García Martín	Universidad de León, España
Dra. Nancy Nelly González Sanmiguel	Universidad Autónoma de Nuevo León
Dr. Pablo Latorre Rodríguez	Facultad de Derecho Mexicali, UABC
Dra. Vivian Cristina Lima López Valle	Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil
Dra. Marisol Luna Leal	Universidad Veracruzana
Dra. María Salomé Magaña Martínez	Facultad de Derecho Mexicali, UABC
Dra. Chaime Marcuello Servós	Universidad de Zaragoza, España
Dra. Karla Elizabeth Mariscal Ureta	Universidad Autónoma de Querétaro
Dra. Violeta Méndezcarlo Silva	Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Dra. Carolina Müller Bitencourt	Universidad de Santa Cruz del Sur, Brasil
Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera	Universidad Autónoma de Querétaro
Dr. Carlos María Pelayo Moller	Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM
Dra. Virdzhiniya Petrova Georgieva	Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM
Dr. Jesús Rodríguez Cebros	Facultad de Derecho Mexicali, UABC
Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez	Universidad Juárez del Estado de Durango
Dr. Juan Pablo Venegas Contreras	Facultad de Derecho Mexicali, UABC
Dr. Jesús Fernando Villarreal Gómez	Facultad de Derecho Mexicali, UABC

Revista CimaLex

Vol. IV, núm. 7, enero-junio, 2025

Directorio

Directora editorial

Dra. Marina del Pilar Olmeda García

Coordinación editorial

Dr. Fernando Manuel Castro Figueroa

Dr. Jesús Fernando Villarreal Gómez

Edición: Francisco Laredo Pompa

Diseño de portada y formato de interiores: José Ramón Ponce Ramírez

CIMALEX, Volumen IV, número 7, enero-junio, 2025, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Baja California, a través de la Facultad de Derecho Mexicali. Boulevard Benito Juárez y Avenida Ignacio López Rayón, s/n, Mexicali, Baja California. C.P. 21280. Tel. 686 841-8231, <http://revistacimalex.uabc.mx/>, revista.cimalex@uabc.edu.mx. Editor responsable: Marina del Pilar Olmeda García. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo no. 04-2021-112511325400-102, ISSN: 2954-3398, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de Título y contenido: en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. impresa en Impala Comunicación Gráfica. Calzada Macristy #958, Colonia República Mexicana, Mexicali, Baja California, CP 21250. Este número se terminó de imprimir el 15 de julio de 2025, con un tiraje de 150 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura institucional de la publicación y son responsabilidad exclusiva de los autores. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

IMPRESO Y HECHO EN MÉXICO

ÍNDICE

Criptoactivos: investigación y aseguramiento en delitos, Eloy Velasco Núñez	9
La discapacidad a través de la historia del derecho, Karen Nathaly Hernández Ruiz	59
El derecho de la competencia económica: fundamentos, desafíos y evolución en la era digital, Mario Emilio Gutiérrez Caballero	85
La interpretación literal de la facultad reglamentaria de los gobiernos municipales, Alberto Vega Hernández	117
Pensión alimenticia para adultos mayores en el contexto jurídico y social: protección integral y desafíos, Paulina Lizeth Olvera Reséndiz y Gerardo Alan Díaz Nieto	153
Contextos de validación de una denominación de origen en México, José Guillermo García Murillo y Fharide Acosta Malacón	177
Acceso a la justicia de grupos vulnerables a través de las defensorías públicas en México, María Teresa Sierras Suquilvide	203

Análisis de los daños y perjuicios derivados de la suspensión del acto reclamado, Luis Carlos Huape Fausto y Jorge David Aguilar Alonzo 227

ANÁLISIS LEGISLATIVO

Análisis de la Ley Silla: sentando las bases para la dignidad laboral en México, Fernando Manuel Castro Figueroa y Francisco Javier Germánico Ramos Carrillo 267

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL:

Competencia para resolver controversias relacionadas con la integración del poder judicial, Víctor Iván Lujano Sarabia 275

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA:

Cómo estudiar derecho, de José Carlos Bartolomé Cenzano, por José Luis López González 279

CRIPTOACTIVOS: INVESTIGACIÓN Y ASEGURAMIENTO EN DELITOS

CRIPTOASSETS: CRIME INVESTIGATION AND SEIZURE

ELOY VELASCO NÚÑEZ¹

RESUMEN

Los criptoactivos han entrado en la categoría de “instrumentos financieros”. La importancia del presente trabajo radica en la necesidad de la regulación de estos criptoactivos. Aunque existe la regulación pública de algunas modalidades de criptoactivos, la mayoría todavía permanecen al margen de las leyes, únicamente diseñadas por sus algoritmos rectores. La transformación digital está operando en los delitos económicos. El objetivo central del presente trabajo consiste en analizar los retos que se presentan en la procuración y administración de justicia en los delitos vinculados con los criptoactivos, tanto en la investigación y el aseguramiento, así como otros aspectos procesales. Para lo anterior se ha aplicado el método analítico de diversas fuentes jurídicas españolas y europeas. Se concluye que existen diversas medidas restrictivas para elegir la idónea. Además, ciertas actuaciones sobre esta pueden servir de prevención delictiva o como aseguramiento de una futura posible sanción contra un posible infractor económico tecnológico.

PALABRAS CLAVE: criptoactivos, investigación en delitos, aseguramiento en delitos.

ABSTRACT

Cryptoassets have entered the category of "financial instruments."

¹Magistrado de la Audiencia Nacional de España.

The importance of this work lies in the need to regulate these cryptoassets. Although some types of cryptoassets are publicly regulated, most still remain outside the law, designed solely by their governing algorithms. The digital transformation is operating in economic crimes. The main objective of this work is to analyze the challenges that arise in the prosecution and administration of justice in crimes related to cryptoassets, both in investigation and prosecution, as well as other procedural aspects. To this end, the analytical method of various Spanish and European legal sources has been applied. It is concluded that there are various restrictive measures to choose the most appropriate one. Furthermore, certain actions regarding these measures can serve as crime prevention or as a guarantee of a possible future sanction against a potential economic and technological offender.

KEYWORDS: cryptoassets, crime investigation, crime seizure.

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS:

Los criptoactivos^{2 3 4} son representaciones digitales de valor/derechos que pueden transferirse/almacenarse electrónicamente, mediante tecnología de registro distribuido o similar.

²Comisión Nacional del Mercado de Valores, «Circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión», Pub. L. No. Circular 1/2022, § 1, BOE-A-2022-666 4106 (2022), <https://www.boe.es/eli/es/cir/2022/01/10/1>; Reglamento UE 2022/1114 del Parlamento y del Consejo, relativo a los mercados de criptoactivos, en adelante MiCA y, en lo que se refiere a su cristalización más conocida, las criptomonedas, el Art. 1.5 L. O. 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

³«Reglamento (UE) 2023/ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.o 1093/2010 y (UE) n.o 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937», s. f. Art. 3.1.5.

⁴«Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.», Pub. L. No. BOE-A-2010-6737 (2010), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737>, en lo que se refiere a su cristalización más conocida, las criptomonedas, el Art. 1.5.

La tecnología DLT (de registro distribuido) que les sirve de base son sistemas electrónicos o bases de datos que permiten registrar, almacenar y distribuir información descentralizada, tanto de forma privada como pública, que pueden estar conectados entre sí y que requieren de una red de igual a igual (peer to peer), así como de algoritmos de consenso que garanticen la replicación entre sus nodos. El sistema Blockchain, que puede ser público o privado, y usa forma de diseño de libro mayor distribuido, es el más conocido.

Aunque la aplicación práctica más popular de los criptoactivos son las criptomonedas —y entre ellas, la más conocida, el bitcoin—, los primeros constituyen un término más amplio, que no sólo abarca las criptomonedas, sino también otras representaciones digitales de valor —tokens de seguridad, NFTs ...—, que usan también la criptografía para asegurar sus transacciones.

Se trata de elementos inmateriales representativos de valor que sus usuarios aceptan y que se expresan criptografiados, -a través de algoritmos codificados para proteger y ocultar la información transmitida para que solo pueda ser leída por aquellos con permiso y capacidad de descifrarla-, de ahí parte de su nombre.

En el caso de las criptomonedas, aunque normal y mayoritariamente son de carácter privado, puede también haberlas emitido la Autoridad pública —como es el caso de los CBDCs⁵—, e igualmente, aunque no suelen estar asociadas a una moneda fiduciaria, pueden estarlo, como es el caso de los EMTs (electronic money tokens/fichas de dinero electrónico, regulados en el Título IV del Reglamento MiCA, Arts. 48-58) y ARTs (assets referred to tokens/fichas referenciadas a activos, regulados en el Título III del Reglamento MiCA, Arts. 16-47).

⁵CBDC (Central Bank Digital Currency): según el Banco de España, es una nueva forma de dinero emitida de forma electrónica por un banco central. Los bancos centrales buscan emitir sus propias monedas digitales con el objetivo de mejorar el sistema de pagos, dado el aumento de los pagos electrónicos y el descenso del uso del efectivo, pero también porque la creación de instrumentos electrónicos de pago privados no regulados, como las stablecoins, puede poner en riesgo la estabilidad financiera. En julio de 2021, el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo (BCE) decidió poner en marcha el proyecto de un euro digital.

Como representación de valor que encarnan, pueden usarse como: medio de intercambio, como inversión, o para acceder a un bien/servicio.

Como medio de pago (depósito de valor y unidad de cuenta), distinto del efectivo —moneda o billete estatal de curso legal—, se les denomina criptomonedas, o monedas virtuales que son “representaciones digitales de valor no emitidas o garantizadas por un Banco central o Autoridad pública, no necesariamente asociadas a una moneda legalmente establecida y que no poseen estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que son aceptadas como medio de cambio y pueden ser transferidas, almacenadas o negociadas electrónicamente” (RDL 7/21, que traspone la quinta Directiva europea de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo).⁶

De ellas hay en la actualidad aproximadamente más de 10.000 diferentes en el mercado mundial, casi todas de carácter privado, y transaccionan más de 112.000 millones de dólares al año, valiendo el 0'59 % del dinero fiat mundial,⁷ equivaliendo al 0'23 % del dinero en el mundo.

Las Plataformas tecnológicas que operan con criptomonedas reciben el nombre acrónimo de VASP/CASP (Virtual/Cripto Assets Service Providers), y aunque el Reglamento MiCA las clasifica en diversas categorías (emisoras: de fichas referenciadas a activos y de fichas de dinero electrónico; proveedoras de servicios⁸), normalmente se las denomina “Exchange” si se dedican prioritariamente al intercambio de crypto por dinero fiat y “Wallet”, si a la gestión de monederos virtuales y criptos.

⁶ Definición que, tras la aparición de las CBDCs, obviamente, debe revisarse.

⁷ Businessinsider.es: Cuánto suponen las criptomonedas del total del dinero del mundo.

⁸ Ver Directiva 2014/65/UE): de custodia y administración de cryptoactivos por cuenta de clientes; de gestión de plataforma de negociación de cryptoactivos; de canje de cryptoactivos por fondos y otros cryptoactivos; de ejecución de órdenes relativas a cryptoactivos por cuenta de clientes; de colocación de cryptoactivos; de recepción y transmisión de órdenes relativas a cryptoactivos por cuenta de clientes; de prestación de asesoramiento en materia de cryptoactivos y de prestación de servicios de gestión de carteras de cryptoactivos.

Ya hemos señalado que este mercado está mayoritariamente centrado en el sector privado, y dentro de él, lo suelen servir empresas -financieras: bancarias o no- proveedoras de servicios de criptos que deben necesariamente registrarse en el Banco de España, cumplir exigentes requisitos de publicidad y gestión señaladas en el Reglamento MiCA (para los tokens de utilidad —utility tokens⁹—, los referenciados a activos/ART¹⁰ y los de dinero electrónico —EMT/e-money tokens¹¹ —), o en la Directiva MIFID¹² (para los tokens de inversión —security tokens—), así como a la CNMV en cuanto a su emisión, y por supuesto, a la regulación en prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Los primeros años de desarrollo privado de los criptoactivos, en especial las criptomonedas-, han ido presentando una serie de riesgos económicos que poco a poco se han ido corrigiendo/mitigando, y que eran:

- Alta volatilidad, con enormes fluctuaciones de valor en el tiempo a la hora de su conversión —voluntaria, no obligatoria— en moneda fiat o de curso legal
- Escalabilidad operativa lenta (son incapaces de hacer en un determinado tiempo las mismas transacciones que Visa o Mastercard)
- Escasa ecología por su alto consumo de energía
- No respaldo gubernamental, careciendo de mecanismos de protección (tipo Fondo de Garantía de Depósito), ni

⁹ Título 2 Reglamento MiCA: otorgan a su poseedor acceso a un producto o servicio basado en un sistema Blockchain en una plataforma digital.

¹⁰ Título 3 Reglamento MiCA: otorgan derecho de propiedad, uso o acceso al activo/s, tangible o no, público o privado, a que se vinculan.

¹¹ Título 4 Reglamento MiCA: dinero electrónico

¹² Diario Oficial de la Unión Europea, «Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE» (s. f.), <https://www.boe.es/doue/2014/173/L00349-00496.pdf>.

de subyacente físico de respaldo, lo que no significa que no tengan protección legal, en el caso de la Unión Europea. En el mundo, hay:

Países que admiten alguna cripto privada como moneda de curso legal (i. e: El Salvador y República centroafricana),

Aquellos en que, no siendo de curso legal, admiten transaccionar con ellas (i. e: España; EE. UU.; Argentina; México...)

Los que las imponen restricciones bancarias (i. e: Colombia, Canadá...)

Los que las prohíben como medio de pago: (i. e: Vietnam, Arabia Saudí...) y

Los que las han declarado ilegales: (i. e: China, Bolivia...)

- No cuentan con un gestor intermediario ni responsable de las operaciones, que están automatizadas, de manera que su asunción y uso depende de la confianza que le otorguen sus usuarios.
- No son medio de pago legal (salvo en El Salvador — desde el 9/06/2021— y República Centroafricana —desde el 23/04/2022—), de manera que son activos virtuales que no generan la obligación de ser aceptados universalmente.

Pero este panorama inicial y muy específico del Bitcoin, lleva cambiando sustancialmente en los últimos años.

Por una parte, los criptoactivos han entrado también en la categoría de “instrumentos financieros” cuando se negocian como contrato de apoyo a la inversión que da lugar a un activo financiero para el tenedor y un pasivo o instrumento de patrimonio para el emisor.

Y por otro, a la incorporación en cuanto a su gestión de muchas entidades bancarias y financieras clásicas, se han ido sumando elementos y mejoras que han incrementado su confianza:

- La gestación de Stablecoins, (tipo Tether, TrueCoin o DAI), esto es, de monedas virtuales con mecanismos de

estabilización de su valor/precio —colateralización— para reducir su volatilidad al estar asociadas, —respaldadas, tokens/fichas referenciadas o ARTs— por 1) el valor de bienes externos/materiales: como pueden ser otras monedas fiat -euro/dólar-, materias primas como metales —oro, plata— o inmuebles o 2) el de otra criptomoneda, o 3) a una cesta mixta de las anteriores, o incluso a 4) algoritmos (i. e: USDX) que mantienen su precio estable, reduciendo enormemente sus fluctuaciones de valor, gracias a incentivos programados algorítmicamente en los que el smart contract¹³ actúa de Banco central ajustando el valor de la oferta y la demanda.

- La aparición de las monedas digitales estatales (CBDCs), -representación digital de moneda fiat, o fiat digitalizado, tokenizado como activo virtual regulado por los Estados-emitidas y respaldadas por organismos oficiales públicos, los Bancos centrales, como el euro, dólar, yuan o rublo digitales... que suman mecanismos de respaldo subyacente y protección garantizados por la Autoridad Pública, de manera que alejan el peligro de insolvencia.
- Escalabilidad cada vez mayor, gracias a la implantación en sus cadenas de bloques de “sidechains” —o cadenas laterales— que proporcionan una mejor escalabilidad —velocidad a la hora de hacer sus transacciones— porque descargan ciertos cálculos o transacciones de la cadena principal en una cadena separada que alivia la congestión y reduce la carga en la red principal.
- Regulación pública de algunas modalidades de criptoactivos, ya que pese a que la mayoría todavía permanecen

¹³ Acuerdos de voluntades informatizados y autoejecutables (no necesitan en su ejecución intervención humana alguna) que usan tecnología blockchain. Para cada supuesto de hecho —cumplimiento/incumplimiento de circunstancia-, prevé una concreta consecuencia jurídica previamente determinada, que se autoejecuta.

Características: autoejecutabilidad; inmodificabilidad; seguridad; confianza.

al margen de las leyes, únicamente diseñadas por sus algoritmos rectores, la Unión Europea, conformada por 27 países, ha sometido a legislación (el Reglamento (UE) MiCA, 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos) a los ARTS (“un tipo de criptoactivo que no es una ficha de dinero electrónico y que pretende mantener un valor estable referenciado a otro valor o derecho, o a una combinación de ambos, incluidas una o varias monedas oficiales”), los EMTS (“un tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda oficial”) y los utility tokens o fichas de consumo (“un tipo de criptoactivo utilizado únicamente para dar acceso a un bien o un servicio prestado por su emisor”).

- Ecología, por cuanto modificaciones en su sistema de consenso, pasando del modelo de prueba de fuerza —proof of force— tan consumista de energía, hacia los de prueba de bloqueo —proof of stake— que, al validar las transacciones mediante consensos restringidos, consumen mucha menos, volviéndolas mucho más conservacionistas.

Medidas cambiantes y evolución hacia su mejora y reducción de riesgos que, en definitiva, han aumentado tanto su confiabilidad que han llevado a instituciones bancarias clásicas a entrar en ese mercado potenciando igualmente el número de sus usuarios habituales.

2. CREACIÓN, OFERTA, DESARROLLO Y TRANSACCIÓN DE CRIPTOACTIVOS

Desde la perspectiva penal que nos ocupa, nos centraremos en las diferentes maneras de obtenerlos ilícitamente, analizando los momentos en que los criptoactivos son atacados durante sus fases de creación, oferta y desarrollo como inversión y transacción, en donde se están generando ya actuaciones delictivas.

En la fase de la creación del criptoactivo —aparte el cumplimiento administrativo de las imposiciones previstas por el Reglamento MiCA 2013/1114, cuya exigencia evitará en el territorio de la Unión Europea la entrada en este mercado de operadores que no alcanzan categoría adecuada para hacerlo— podemos plantearnos si cabe que la emisión dañina de criptoactivos —singularmente criptomonedas— no autorizadas, pueda ser sancionada penalmente como delito de peligro abstracto —infracción administrativa de entidad, criminalizada—.

Desde luego, en las inversiones sobre ICOs¹⁴ y en la creación de criptoactivos, podría sancionarse penalmente al emisor que, con intención de perjudicar económicamente -ya que siempre supone una reducción de valor-, acuñe más ejemplares de lo informado, o prepare actuaciones de pre minado ocultando, incluso en connivencia/acuerdos con grupos reducidos de mineros, la existencia y puesta en circulación de más ejemplares de los informados, o a quien mediante interferencias tecnológicas -hackeos, adiciones de datos...- cree inconsentidamente más ejemplares no conocidos.

En la fase de la oferta el Derecho Penal debería estar atento a la información engañosa que se pueda llevar a cabo en la presentación de la inversión, singularmente fijándose en los rendimientos ofrecidos, —para evitar estafas piramidales con esquema tipo Ponzi—, para lo cual se debe analizar la omisión de información necesaria (whitepapers) antes de lanzar el producto, la aparición de falsas criptomonedas (scamcoins), la intervención de falsos intermediarios —participación delictiva— y el desarrollo de su propia publicidad, en especial la de su rendimiento, con incluso el reclamo de personajes famosos o mediante redes conocidas para alterar su precio/valor.

En la fase de la inversión y transacción, por su parte, además de los apoderamientos engañosos al intercambiar/negociar, el Derecho Penal deberá sancionar a quien recibiendo billetteras/monederos para ser gestionados por expertos, deslealmente se apodere inconsentidamente de todo o parte de su contenido, inversión o transacción.

¹⁴ Initial Coin Offer: oferta inicial de moneda.

En el intercambio o gestión externa de criptoactivos, las normas no deben incidir en el software, ni en la tecnología subyacente —pues es un aspecto que debe permanecer neutral—, sino sobre las acciones humanas, en nuestro caso antijurídicas, vinculadas al propio producto, analizando la forma en que quienes los usan, aunque no sean CASP y sí DeFI, llevan a cabo el control de su gestión y trasvase.

El intercambio/gestión de criptoactivos pueden hacerlo entidades centralizadas y descentralizadas.

Simplificando, entre las centralizadas encontramos empresas que realizan cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria: «compra y venta de monedas virtuales mediante la entrega o recepción de euros o cualquier otra moneda extranjera de curso legal o dinero electrónico aceptado como medio de cambio en el país en el que se haya emitido», y proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos: «aquellas personas físicas o jurídicas que prestan servicios de salvaguardia o custodia de claves criptográficas privadas en nombre de sus clientes para la tenencia, el almacenamiento y la transferencia de monedas virtuales».

En el sector DeFI (finanzas descentralizadas), a través de Plataformas de intercambio descentralizado (DEX), en el mercado de intercambio P2P se pone en relación con compradores con vendedores, transaccionando ellos y no las empresas, cada cual, con sus claves y billeteras, sin intermediarios y mediante contratos inteligentes autoejecutables.

En estas últimas, la labor más técnica de intermediación de las empresas, sin embargo, no debe relajar el cumplimiento de las exigencias del protocolo conoce a tu cliente “KYC” en materia de prevención y denuncia por sospecha de delito de blanqueo de capitales.

3. DELITOS VINCULADOS A LOS CRIPTOACTIVOS

La propia transformación digital y el trasvase del manejo físico hacia el virtual de los activos —no sólo del dinero— está a su vez modificando la conducta delictiva económica, y con ella su respuesta penal.

La principal transformación está operando en los delitos económicos de apoderamiento, en el que la estafa, que en el mundo

físico ponía su acento penal en el engaño para generar o mantener a la víctima en un error que posibilitase una transferencia económica perjudicial en su contra, se está pasando hacia un concepto más genérico de fraude vinculado a la obtención/causación torticera, in consentida, inconsciente, de perjuicio patrimonial, esto es, a procurarse un provecho económico irregular/ilícitamente, sólo que sobre activos digitales o su representación de valor.

Cuando se analiza la incidencia que ello genera en la nueva economía de los intangibles, sobre los nuevos valores digitalizados, los tokens, y sus representaciones -de valor y monetarios-, nos interesa no sólo recalcar que a partir de la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por L. O. 14/2022 de 22 de diciembre el 12/01/2023,¹⁵ no hay duda de su protección penal, pues como patrimonio, son activos -predicándoseles, en consecuencia la protección de los delitos económicos, incluida la del Art. 248 CP-, y como criptomonedas, son medios de pago, protegiéndose además la confianza especial en ellos y en esa función que impone como nuevo bien jurídico protegido el Art. 249 CP.

Como objeto delictivo, el criptoactivo puede ser producto de la estafa —i. e: pretender cambiarlo en falsas Exchanges que se apropian de él— como lo es también el denominado “robo” de los monederos virtuales que los contienen, que el Art. 249.2.b CP considera específicamente una defraudación y no propiamente una gestión desleal/apropiación indebida de criptoactivos.

Estos se producen cuando el administrador custodio de la billetera virtual de su cliente, anteponiendo su propio interés o dando preferencia a unas órdenes frente a otras, se adelanta a comprar o a vender a precio mayor determinados criptoactivos, sin conocimiento del cliente y contraviniendo los deberes de diligencia que impone el Art. 221 Ley Mercado de

¹⁵ Jefatura del Estado, «Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.», BOE-A-2022-21800 § (2023), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21800>.

Valores, RDL 4/2015, de 23 de octubre,¹⁶ apoderándose de la diferencia económica/ganancia a favor, que oculta a su administrado.

También como objeto delictivo, solo que más sofisticado, están los hackeos tecnológicos orientados al apoderamiento de billeteras virtuales que con el oportuno cambio de clave privada suponen el apoderamiento del propio activo virtual (tipificable como estafa tecnológica del Art. 249.1.a CP y no como robo, pues su forma/*modus operandi* comisivo es la manipulación/artificio tecnológico) que se consiguen aplicando artimañas tecnológicas —i. e: clonación del SIM de una tarjeta telefónica...— dirigidas a hacerse con las claves privadas del monedero virtual, o incluso el ataque tecnológico a las propias Plataformas gestoras de los mismos —puertas traseras, *man in the middle*...— para apoderarse de sus monederos.

En segundo lugar, si alcanzaran la categoría de “instrumentos financieros” definidos en la D 2014/65/UE MiFID —lo que parece improbable a la luz de su Art. 4.1º.15 DMiFID—, o al menos en el caso de los considerados como producto “asimilado” a inversión regulados en los Arts. 76-80 del Reglamento MiCA —y no hay duda de que muchos usuarios los acopian como inversión para especular en el futuro, empleándolos como medio de ahorro—, deberían protegerse mediante ciertos delitos contra el mercado —no sólo financiero— y los consumidores como podrían ser la alteración de precios del Art. 284 CP, la publicidad engañosa del Art. 282 CP, las estafas de inversión del Art. 282 bis/288 CP, o incluso el abuso/manipulación de mercado mismo cuando su gestor lleve a cabo manipulaciones —i. e: inventar o hacer intervenir a compradores ficticios—

¹⁶«Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.», BOE-A-2015-11435 § (2015), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11435>.

para incrementar artificiosamente el valor de lo que se ordene comprar; o realizar operaciones simuladas para alterar/mantener el valor del activo o cuando utilice información privilegiada especulativamente (Art. 285 CP).

Igualmente, los activos digitales y su capacidad de ser transaccionables electrónicamente, les hace aptos para ser instrumento de pago a la vez que de posible encubrimiento de previas actividades delictivas (blanqueo de capitales) o contra la normativa de control de cambios.¹⁷

Nos referimos, singularmente, a las transacciones económicas que se están tratando con los denominados fusionadores o difuminadores (merge), mezcladores de transacciones electrónicas (i. e: Tornado Cash) que impiden rastrear los destinatarios, ofuscando/camuflando los activos tras una defraudación.

Por otra parte, han aumentado los controles administrativos que permiten operar en el mercado de criptoactivos no sólo gracias al Reglamento MiCA, sino igualmente mediante el Reglamento ToFR 2023/1113¹⁸ relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos de determinados criptoactivos, imponiendo la denominada travel rule, exigencia del GAFI que obliga a los proveedores de servicios con criptomonedas e instituciones financieras a compartir con las Autoridades competentes “información relevante” sobre el originador y el beneficiario de cada transacción en que operen con criptoactivos para evitar el blanqueo/lavado con estos, de manera que la información sobre el origen del activo y su beneficiario deben viajar con la —información de la— propia transacción y almacenarse en ambos lados de la transferencia.

¹⁷ Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de control de cambios, en lo que no sea inconstitucional.

¹⁸ Unión Europea, «Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849.», BOE.es - DOUE-L-2023-80807 § (2023), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80807>.

De esta forma se obtendrá, retendrá y transmitirá de manera segura la información sobre quien la origine y el beneficiario que la reciba al realizar transferencias.

Por su parte la AEVM (Autoridad Europea de Valores y Mercados) debe llevar un Registro público de las CASP no autorizadas para prestar servicios en la UE, de manera que se vaya aislando a las plataformas Exchange/Wallet que operan fuera del territorio de la Unión Europea, a veces creadas ex professo para burlar las exigencias comunitarias de cumplimiento normativo y de prevención del blanqueo de capitales, ya que en el territorio común de los 27 EM las CASP están obligadas a aplicar idénticas medidas preventivas que las instituciones financieras —el protocolo KYC: identificar al usuario, al titular real, conocer el origen de sus fondos, verificar la realidad de su actividad de procedencia...—, incluida la debida diligencia respecto del cliente, el mantenimiento de registros y la notificación de transacciones sospechosas (5ª Directiva PBC/FT, 2018/843, traspuesta mediante RDL 7/21, de 27 abril 21¹⁹ y 6ª Directiva PBC/FT, 2018/1673 traspuesta en la oportuna reforma del CP mediante L. O. 6/2021, de 28 de abril²⁰) ya que son sujetos obligados.

El futuro Reglamento (UE) que ya se prepara en materia de protección frente al blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (AMLR) parece pretender la prohibición de

¹⁹ Jefatura del Estado, «Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.», BOE-A-2021-6872 § (2021), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-6872>.

²⁰ Jefatura del Estado, «Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.», BOE-A-2021-6944 § (2021), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-6944>.

las transacciones económicas anónimas con criptoactivos (por ir contra la *travel rule*), las cuentas anónimas y criptos de mejora del anonimato (tipo Monero o ZCash), así como las billeteras sin custodia (autoalojadas), de manera que quedarán fuera de su ámbito de regulación las transacciones peer to peer entre particulares (sin intervención alguna de CASPs), los billeteros autoalojados (tipo Trezor o Metamask), y aquellas operaciones con criptos en que intervengan los proveedores de servicios vinculados a NFTs, DeFI/DAO y Metaversos.

Además, los criptoactivos pueden ser objeto de elusión tributaria (delito contra la Hacienda Pública, si la cuota defraudada superara los 125.000 euros), pues en función del domicilio fiscal de quienes generen ganancias con su gestión/transacción, el hecho de tributar o no los activos (modelo 720) radicados fuera de España —ver la Ley 5/2022, de 9 de marzo²¹—, puede llevar a alcanzar la cifra que separa la mera infracción administrativa para convertirla en delito.

A lo anterior habrá que sumar los posibles delitos medioambientales —las CASP significativas deben revelar su consumo de energía e impacto ambiental y climático a la AEVM—, o delitos instrumentales vinculados, como puede ser el que se ocasione por usar identidades suplantadas al transaccionar criptos, sin olvidar su posible concurso con el delito de grupo criminal del Art. 570 ter CP, ya que, muchas veces su carácter transnacional, el uso de sociedades pantalla y paraísos fiscales, etc., añaden, a la realización de transacciones con criptos, la imposibilitación/obstaculización de identidades, de manera que se aplique el mismo régimen entre criptos y fiat, evitan-do el ingreso del producto delictivo en la economía legal.

²¹ Jefatura del Estado, «Ley 5/2022, de 9 de marzo, por la que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas», Pub. L. No. Ley 5/2022, § 1, BOE-A-2022-3712 28280 (2022), <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/03/09/5>.

4. ASPECTOS PROCESALES

4.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Comoquiera que los criptoactivos se almacenan y transaccionan mediante sistemas electrónicos distribuidos por nodos que geográficamente pueden hallarse en el territorio de diferentes países, nos preguntamos cual es la jurisdicción competente para enjuiciar las infracciones que se cometan con/contra ellos, y qué Tribunal concreto lo hará.

En cuanto a lo primero, al abordar el enjuiciamiento de estos delitos tecnológicos, como normalmente se desconoce quién y desde dónde se ejecutan, dónde y cómo ocurren, y a través de qué espacios físicos, al desplegarse su acción en el espacio virtual, nos preguntamos qué país concreto puede enjuiciar una trama transnacional de esa clase.

En el caso de los fraudes/estafas —lo que es fácilmente extrapolable a los demás tipos de delitos con/contra criptos—, el considerando 20 de la EM D 2019/713²², apelando a la eficacia, manifiesta que: “en general, lo más adecuado es que se conozca de una infracción en el marco del sistema penal del país en el que se ha cometido. Por consiguiente, cada Estado miembro debe establecer su jurisdicción para conocer de las infracciones cometidas en su territorio y de las infracciones cometidas por sus nacionales. Los Estados miembros pueden también establecer su jurisdicción para conocer de las infracciones que provoquen daños en su territorio”.

De manera que, su Art. 12 expresa dos atribuciones jurisdiccionales principales —párrafo 1—:

- el país del territorio donde total o parcialmente se haya producido la defraudación (que, según el párrafo 2, comprende el territorio donde físicamente estaba el autor al cometer la infracción, independientemente de dónde estuviera el sistema informático que haya utilizado para llevarla a cabo) o

²² «Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo», OJ L § (2019), <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/713/oj/spa>.

- el de nacionalidad del autor; y tres potestativas -párrafo 3- ante la más que real contingencia de ignorar quién es el autor y dónde atacó:
- el país del territorio donde reside habitualmente el presunto autor,
- el de establecimiento de la empresa que haya obtenido provecho del delito o
- el de sus víctimas siempre que al menos residan habitualmente en él, de manera que este fuere alternativo basado en la producción del daño, por evidente, será el inicialmente más utilizado, al menos hasta que se descubra el presunto autor, en que operará el oportuno traslado de procedimiento.

Y ello en consonancia con la teoría de que las estafas se consuman (ver STS 61/2012, de 8 de febrero²³) cuando, producto del ataque a una víctima concreta, se produce el desplazamiento/transferencia económica en su contra.

Si se trata de una defraudación tecnológica/maquinal, el delito se entendería consumado donde operase la transferencia, pero al no ejecutarse una traslación física del activo depredado, sino tan solo informática, que, precisamente suele pretender una disponibilidad universal por el acceso al mismo, normalmente, desde cualquier punto geográfico donde se pueda conectar a Internet, debemos buscar fueros alternativos jurisdiccionales más físicos, normalmente, a falta de conocer dónde radica el presunto defraudador: el de localización habitual/residencia de la víctima o el del lugar de manifestación del daño -la pérdida de la disponibilidad sobre el activo atacado-.

Caso de que hubiera varios países presuntamente competentes para enjuiciar la misma trama defraudatoria, el considerando 21

²³ Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón, STS 61-2012, 8 de Febrero de 2012, ES:TS:2012:794 (Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal 2012).

EM de la D 2019/713, apelando a las obligaciones establecidas en la Decisión Marco 2009/948/JAI²⁴ del Consejo y en la Decisión 2002/187/JAI²⁵ del Consejo, anima a las autoridades competentes a la posibilidad de establecer consultas directas con la ayuda de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) para resolver ese conflicto jurisdiccional.

La atribución jurisdiccional en base al denominado criterio mosaico/fragmentación de la jurisdicción, esto es, el que lo establece en favor del lugar de manifestación del daño delictivo, tiene la ventaja de que a su vez permite la atribución para aplicar las medidas restrictivas tecnológicas como podría ser el caso del bloqueo/impedimento del acceso desde un territorio al ataque en línea desde otros, y alcanza a la persecución penal de las formas imperfectas de ejecución —tentativa, en los delitos de fraude con resultado— así como la de los delitos de riesgo por adelantamiento de la barrera punitiva.

En lo que hace a la competencia una vez ya dentro del Estado con jurisdicción, el problema, a falta de conocimiento de la concreta ubicación desde donde el presunto autor haya ejecutado el ataque, se repite.

Inicialmente, (Art. 14.2 LECRim²⁶), será territorialmente competente para investigar este tipo de ataques delictivos, el Juzgado de Instrucción del lugar donde se hubiese cometido el delito.

Pero comoquiera que los cometidos a través de Internet tienen la potencialidad de causar efectos en muy plurales territorios

²⁴ Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (s. f.).

²⁵ Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (s. f.).

²⁶ Ministerio de Gracia y Justicia, «Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.», BOE-A-1882-6036 § (1883), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>.

—de ahí las expresiones ciberespacio y mosaico—, la designación del concreto órgano judicial competente para instruir depende de que se aplique la:

- teoría de la acción -siendo competente el Juzgado territorial del lugar desde donde se inició el ataque-
- teoría del resultado/consumación —siendo competente el Juzgado de Instrucción donde se consume la acción, normalmente, el desplazamiento patrimonial, recepción del activo, su efectiva disposición, apoderamiento, ubicación de la cuenta receptora...— o
- cualquiera de ellos -teoría de la ubicuidad (Acuerdo PNJ TS 3/02/2005²⁷), según la cual el delito se produce en todos los lugares en los que se hayan desarrollado las acciones del sujeto activo y pasivo: lugar del engaño, lugar de producción del perjuicio, lugar del desplazamiento patrimonial (A TS 31/01/2019;²⁸ 9/12/2020; 8/06/2021), que es la solución inicial adoptada por el Tribunal Supremo al resolver las cuestiones de competencia planteadas entre diversos Tribunales afectados por una misma trama defraudatoria, hasta que últimamente se ha venido corrigiendo, en función de la masividad o no del fraude, mediante la denominada teoría de la efectividad.

En efecto, como señala para estafas de inversión, en el caso del criptoactivo Bitcoin Rush el A TS 20.039/2022,²⁹ de 19/01/2022, la teoría de la ubicuidad sustituye a la de la consumación, haciendo competente al primer Juzgado que conoció del delito, en el caso de fraudes no masivos.

Porque en supuestos de fraudes masivos por Internet, se pre-

²⁷ Acuerdo PNJ TS 3/02/2005 (s. f.).

²⁸ A TS 31/01/2019 (s. f.).

²⁹ A TS 20.039/2022 (19 de enero de 2022).

fiere la teoría de la eficacia/facilidad en la investigación (A TS 16/01/2020;³⁰ 24/10/2019), de conformidad con Art. 22.5 Convenio Budapest de 2001 que aboga en favor del Juzgado que esté en mejores condiciones para ejercer la persecución del delito, de manera que la competencia debe ceder en favor del Juzgado del lugar donde operaba el atacante (Art. 15 LECrim) que es el que seguramente va a permitir el descubrimiento del mayor número de pruebas -especialmente el análisis forense de los dispositivos informáticos usados por aquel-.

4.2. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

El Art. 13 D 2019/713 ordena a los Estados firmantes que para garantizar que las personas, unidades y servicios encargados de la investigación/persecución de las estafas tecnológicas actúen con eficacia, se garantice que puedan utilizar los mismos instrumentos de investigación que se emplean en la lucha contra la delincuencia organizada y los delitos graves, aplicándolos con la debida proporcionalidad.

De manera que, por remisión, acorde al Convenio ONU contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de enero de 2000, hecho en Nueva York, cabe investigar tramas de fraudes/estafas usando —con la proporcionalidad que el Juez estime adecuada a las circunstancias del caso, y, en consecuencia, no para todo caso, y por supuesto en las llevadas a cabo por grupos/organizaciones criminales—, además de las clásicas diligencias procesales de averiguación, instrumentos tan restrictivos como:

- investigaciones conjuntas —equipos conjuntos de investigación—
- entregas vigiladas, de instrumentos/herramientas/programas para defraudar, así como de remesas económicas que ayuden a aflorar la identidad/ubicación real de los autores
- vigilancias tecnológicas y físicas

³⁰ A TS 16/01/2020 (24 de octubre de 2019).

- operaciones encubiertas de infiltración con agentes encubiertos
- testigos protegidos

Y figuras procesales como:

- la cooperación internacional, incluyendo además del intercambio de información policial, la asistencia judicial recíproca, con medidas como el traslado de denuncia al país mejor posicionado, la extradición o el traslado de personas condenadas para cumplir condenas y
- el embargo/incautación para asegurar futuros pronunciamientos de decomiso.

Además de lo anterior, la D 2019/713 únicamente añade especiales obligaciones de aportar información -ante las reticencias por razones reputacionales que suelen observarse- relacionada con las entidades intermediarias a través de las que se producen estas infracciones (Art. 13.2), que se convierten en exigencias de intercambio de información y denuncia (Art. 14) a través de un punto de contacto 24/7 nacional y de rápida —el precepto habla de 8 horas— respuesta informativa a las solicitudes urgentes que sirvan para hacer progresar las investigaciones.

4.3. ANÁLISIS FORENSE DE DISPOSITIVOS

Por otra parte, y dentro de las diligencias procesales de instrucción habituales, conviene resaltar la del análisis forense y con autorización judicial de los dispositivos tecnológicos usados presuntamente para delinquir, mediante la figura procesal del registro físico/remoto de los mismos (Art. 588 sexies LECrim). Es a través de esta figura que se pueden localizar evidencias y rastros tecnológicos que lleven a determinar que el usuario que las haya ejecutado sea el autor del ataque en cuestión.

En la búsqueda forense en ejecución del registro de los dispositivos tecnológicos, será donde pueden aparecer los rastros de ataques a sistemas y datos que hayan pretendido transacciones

económicas ajenas, las propias operaciones económicas a analizar, los instrumentos de pago inmaterial utilizados en sus acciones (i. e: monederos/billeteras virtuales (wallet) con sus claves públicas) sobre los que ver flujos económicos entre autor y víctima o entre autor y copartícipes, las herramientas/instrumentos/datos/programas informáticos diseñados o adaptados específicamente para defraudar, el acceso a cuentas bancarias, las consultas de datos de sus víctimas, etc., y hasta la clave privada o contraseñas usadas para operar.

Para hallarlo se podrán utilizar herramientas trazadoras de flujos entre wallets, tipo *chainanalysis*, y hacer consultas a las empresas de intercambio y gestión de monederos (Exchange y Wallet) para ir verificando no sólo las transacciones delictivas, sino a quién llegan y quién ayuda a su consecución.

La ejecución del registro estático de dispositivos tecnológicos con posibles evidencias del delito (Art. 588 sexies LECRim), exige que el Juez la autorice, tanto si es previsible su ocupación durante el registro domiciliario del sospechoso -párrafo a- en cuyo caso ha de indicarlo, como si se ocupan en espacios abiertos, no íntimos -párrafo b-, pues en ambos casos, “la simple incautación de cualquiera de los dispositivos, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el Juez competente”.

De manera que, al poder afectar al derecho del investigado a la privacidad de su información y datos personales y telecomunicaciones que se llevan a cabo y conservan en esos dispositivos, la Policía Judicial, en su labor auxiliar del Juez, no puede ir más allá de la incautación del continente, del dispositivo físico —protegiéndolo de accesos externos, por ejemplo mediante una bolsa Faraday, para evitar el borrado a distancia de su volátil contenido—, pero no puede analizarlo, sin permiso del Juez, que deberá motivar/justificar expresamente en su resolución por qué y en qué el acceso al contenido y a los posibles repositorios de datos relacionados sirven para descubrir el delito investigado.

El Juez en su autorización —párrafo c— “fijará los términos

y el alcance del registro” y con el añadido de las condiciones para mantener su integridad —que podría afectar a la fiabilidad del objeto de lo registrado cuando no se aplique la correcta cadena de custodia— y demás garantías para la preservación intacta de su contenido entre las que hay que posibilitar la presencia de la Defensa—, podrá ordenar realizar copias de su contenido para empezar a analizarlo.

El copiado de la información virtual contenida en el dispositivo a analizar, cuando se trasvasa bit a bit a un dispositivo almacenador de memoria copia —o fichero de imagen— se denomina clonación, y es una operación mecánica que realizan las máquinas clonadoras, bajo la observación del Letrado de la Administración de Justicia, que permite la comprobación tecnológica de su completud —mediante la verificación de su firma hash³¹— de manera que se constate que la información no sólo no ha sufrido alteraciones, sino que se conserva exactamente igual que la aprehendida en el dispositivo sospechoso, y así se garantiza que lo que se analice es lo mismo que lo que se ocupó.

La realización de las copias clonadas puede servir al técnico analista forense para trabajar con ellas en la libertad de que no importa que las incida durante su trabajo analítico, al guardarse el original precintado inalterable —en poder del LAJ—, y también al resto de partes personadas —Acusaciones y Defensas— para poder confeccionar y presentar sus periciales o contrapericiales de parte.

Si al analizar el contenido del dispositivo se descubre que los datos buscados están almacenados en sistema informático diferente o parte de él, con nueva solicitud de autorización al Juez, se podrá acceder a ellos si así lo permite el sistema del sospechoso o si están disponibles para este.

Se trataría de una ampliación del registro del dispositivo —párrafo c.3— por estar vinculada a lo investigado y derivarse de lo ya analizado, que puede autorizar el Juez desde el principio si sospecha que

³¹ Cadena de caracteres alfanumérica obtenida a partir de la información clonada.

pueda ocurrir tal contingencia o que, caso de urgencia, puede ejecutar la Policía judicial o el Fiscal, informando inmediatamente a continuación —en todo caso en un plazo máximo de 24 horas- al Juez quien, en 72 horas, deberá confirmar o revocar la actuación, analizando las circunstancias de urgencia alegadas y la vinculación de lo ampliado con lo inicialmente aprehendido.

El análisis de la información y contenido de los dispositivos tecnológicos —computacionales como los logs de los ordenadores, o simples almacenadores de mera información, como un pen drive—, al incidir en derechos fundamentales del sospechoso como el de a su privacidad, protección de datos personales e incluso al secreto telecommunicativo, no puede llevarse a cabo sin autorización del Juez.

Sin embargo si intentar recabar esa habilitación judicial conllevara por sus circunstancias tal cantidad de tiempo que hiciera posible que se afectaran importantes derechos fundamentales —vida, integridad física, libertad..., pero no, como en el caso de las estafas, la simple defensa del patrimonio- de la víctima, la Policía judicial —párrafo c.4— podrá también proceder al análisis de la información incautada preliminarmente y para combatir la urgencia del derecho afectado —i. e: la geolocalización de un secuestro— sin autorización judicial, siempre que, inmediatamente después, y en el plazo máximo de 24 horas, por escrito motivado le cuenten al Juez competente las razones por las que tuvieron que conocer ese contenido y cómo y qué han injerido, de manera que, como en la urgencia regulada en su párrafo anterior, el Juez al final la convalide o revoque en un plazo máximo de 72 horas.

La norma —párrafo c.5— impone el deber de colaborar con los registros tecnológicos judiciales “bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia” a cualquier “persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria”, siempre que no le suponga una carga desproporcionada, no se trate del propio investigado o encausado —que tiene derecho a no colaborar en la obtención de pruebas en su contra—, ni de

parientes cercanos o personas relacionadas con este por cuestiones de secreto profesional.

En lo que hace al registro remoto de dispositivos (Art. 588 septies LECrim), aplicable a la investigación de las estafas cometidas en el seno de una organización criminal —párrafo a.1.a— o a través de instrumentos, tecnologías o telecomunicaciones informáticas —párrafo a.1.e—, al suponer “la instalación de un software, que permita, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos”, igualmente exige autorización judicial con el contenido que describe el párrafo a.2., pero con una autorización temporal de hasta un mes, prorrogable hasta un máximo de tres meses, dada la alta cantidad de información injerible y que se realiza en remoto.

Igualmente cabe el registro ampliado de la información si derivara en otro sistema informático —párrafo a.3— y se exige el deber de colaboración de terceros expertos neutrales en la ejecución del registro -párrafo b-.

4.4. EMBARGO/INCAUTACIÓN DE CRIPTOACTIVOS

Si al analizar el contenido de los dispositivos ocupados aparecieran activos económicos, o sus continentes virtuales —los monederos/ billeteras wallet—, la Policía judicial debe proceder a incautarlos.³²

Muy excepcionalmente, en fase inicial policial, cuando no hayan transcurrido más allá de 7-10 días desde realizada una transacción internacional producto de fraude superior a los 3.000 euros, la unidad policial investigadora, podrá remitir al Grupo 4 de Interpol Madrid correo electrónico en formato FLASH/URGENTE (ocinterpol@policia.es), solicitando de esta delegación española que Interpol bloquee policialmente de manera urgente la transacción transnacional presuntamente delic-

³² En virtud de lo dispuesto en los Arts. 282, 326.3 y 770.3 LECrim, así como específicamente en el Art. 11.1 g) de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad, (“recoger – asegurar y custodiar en todo caso- todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro”), así como por los Arts. 14 LO 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la Seguridad Ciudadana y 28.e) RD 769/1987, de 19 de junio, de Policía Judicial.

tiva mediante lo que se ha denominado Protocolo I-GRIP (Interpol- Global Rapid Intervention of Payment), intervención rápida de pagos a escala mundial.

El indicado protocolo policial exige a la unidad solicitante que en el mail flash que dirija al Grupo 4 de Interpol Madrid indique:

- la actividad delictiva objeto de la solicitud (i. e: estafa) que debe ser transnacional
- un resumen del modus operandi empleado (i. e: estafa del CEO, phishing...)
- datos de las víctimas, existencia de denuncia y, en su caso, de procedimiento judicial
- fecha de comisión de los hechos -no deben haber transcurrido más allá de 7-10 días desde que haya operado-
- importe defraudado -debe ser superior a 3.000 euros-
- país de destino y solicitud de lo que se pretende (bloqueo de fondos)
- copia de la denuncia en español.

Una vez emitido el correo electrónico policial, el Grupo 4 de Interpol Madrid acusará recibo sugiriendo que la unidad remitente comunique su denuncia al Sepblanc (Unidad de Inteligencia Financiera española), al Juzgado competente para que solicite la correspondiente orden europea de investigación o comisión rogatoria internacional convalidando la petición de bloqueo/embargo de los fondos y al Banco afectado, con copia de la denuncia, para solicitar igualmente la retrocesión de la transferencia presuntamente delictiva.

La incautación/ocupación de efectos virtuales puede constituir:

- una medida cautelar asegurativa de futuros pronunciamientos penales o civiles, en nuestro caso, conforme al Art. 127 octies.1 CP, la consecuencia accesoria de su futuro decomiso, en lo que la norma llama aprehensión o embargo y posterior puesta en depósito judicial —

- ante quien se convalidará o revocará la tal medida policial—, y
- un efecto del delito —de cara a su posible futura restitución (Art. 111 CP) en el campo de la responsabilidad civil—, que además podrá usarse como prueba -cuerpo del delito (Arts. 334-367 septies LECrim)- de su obtención fraudulenta, segunda razón por la que los Cuerpos Policiales deben ponerlos inmediatamente en depósito a disposición del Juez.

Comoquiera que los activos digitales no dejan de ser contenidos volátiles y alterables, fácilmente transaccionables, es aconsejable que, para incautarlos virtualmente de una forma más segura, se abra la billetera encontrada —para lo que hay que conocer la clave privada del sospechoso—, y se use la opción “enviar” o “transferir” remitiéndolo todo a una dirección pública preestablecida (la de la Policía o el Juzgado) donde llevar lo ocupado, de manera que, cuando se confirme la operación en la red, se habrá realizado su embargo a través de un monedero virtual público.

Las criptomonedas, activos inmateriales e intangibles, formalizan su custodia/almacenamiento —y la propia demostración de su existencia, título de propiedad y control real de los fondos/valor que encarnan— a través de billeteras/monederos virtuales, aplicaciones vinculadas a redes de registro distribuido (blockchain), que funcionan mediante el uso de claves públicas —direcciones para recibir monedas virtuales, que así quedan registradas en las cadenas de bloques— y privadas —que permiten transaccionar/traspasar/recibir y controlar personalmente las criptomonedas que se posean, estando asociadas a la dirección pública del usuario—.

De forma que cuando hablamos de la ubicación de los activos virtuales, y principalmente dentro de ellos, de las criptomone-

das, debemos entender que la información que las compone³³ se almacena en múltiples puntos del mundo, de manera sincrónica y descentralizadamente, en tantos nodos como forman la red de registro distribuido en que operan.

La información que compone el criptoactivo no se almacena en un ordenador que centralice todos los datos que la componen, sino que se guarda en los equipos interconectados a través del protocolo de Internet que forman la red³⁴ de ordenadores distribuidos mediante sus nodos —ordenador del usuario—, que a su vez validan las operaciones que realicen estos mediante un mecanismo de consenso que garantice que los bloques —y sus operaciones— se agregan correctamente y que todos sus nodos tienen la misma información.

Este almacenamiento descentralizado en red y la criptografía que acompaña sus transacciones hacen imposible la incautación del criptoactivo a través de entidades centralizadas como ocurre con los activos operados por la banca, por ejemplo.

El punto de conexión entre un concreto criptoactivo y su dueño/titular opera a través de esos monederos/billeteras virtuales que externamente se muestran a través de las claves públicas cuyo uso transaccional deja constancia en las redes blockchain, pero que internamente sólo puede manejar quien posea la clave privada que los accede, agregándola, de manera que se desconoce la identidad de quien transacciona, ya que lo único que se anota en la red blockchain es la dirección del remitente y el destinatario de la operación que, dado el anonimato de las claves privadas, se ignora quiénes son.

Los monederos/billeteras, que pueden estar custodiadas por terceras entidades prestadoras de servicios con criptoactivos que las gestionan —Wallet, que poseen la clave privada de uso— o simplemente ser autocustodiadas por su usuario —único cono-

³³ Datos digitales: datos informatizados que se representan mediante el uso de valores discretos (discontinuos) para incorporar información.

³⁴ La participación en una concreta red depende de que su acceso sea libre o abierto a cualquiera que quiera hacerlo —redes blockchain públicas— o restringido —redes privadas—.

cedor de su clave privada— utilizadas para transaccionar a través de esas cadenas de bloques pueden ser:

- Fríos (cold wallets): desconectados —por eso preferimos denominarlos unplugged— de la red, para dotarles de mayor seguridad —al conjurar ciberataques en línea—, de tipo hardware wallets (i. e.: Trezor), almacenados y conectables a la red a través de ordenador o teléfono móvil/celular mediante contenedores del tipo USBs, pen drives o lápices de memoria o códigos QR que dan acceso a las claves para ser usados, dado que las criptomonedas en realidad están almacenadas en la red, donde se custodian descentralizadamente y operan sus transacciones de manera que no se pueda acceder a ellas sin utilizar la clave privada, o bien mediante simple paper wallets, o anotaciones manuscritas de la clave privada —entre 12 y 24 caracteres sin relación entre sí— que después se usan igualmente a través de hardware/software wallets para conectar con su red blockchain y cerrar las oportunas transacciones.
- Calientes (hot wallets): conectados a Internet —plugged o enchufados— de tipo software wallets (i. e.: Metamask), aplicaciones informáticas almacenadas en línea, en webs o en la nube, accesibles desde cualquier parte del mundo a través de cualquier dispositivo: ordenador —software—, o teléfono móvil/celular -apps- permitiéndose transaccionar al abrirlas con sus claves privadas.

Con esas características técnicas, se entiende que, sin cooperación del poseedor de la clave privada, no es posible intervenir/bloquear/controlar el contenido de los billetteros fríos, aunque se pueda privar del continente —i. e: ocupando el pen drive clave— que necesiten para conectarse y transaccionarse, en cuyo caso, propiamente la incautación impide al investigado disfrutar de la posesión, pero no traslada al Estado la propiedad, control ni disfrute del criptoactivo contenido.

Y lo mismo que en las conectables, ocurre con los billetteros calientes salvo que se hackeen —i. e: mediante técnicas inmisivas, tipo puertas traseras o interceptativas, tipo man in the middle— ya que sin el conocimiento de su clave privada de uso será imposible conocer quién ejerce el control transaccional sobre los intangibles criptoactivos.

En la práctica, la dificultad para localizar e incautar criptoactivos sospechosos de ser producto del delito —al estar distribuidos por la red, haber numerosas redes de registro distribuido que se utilizan para operar de manera que rastrear sus operaciones sería costosísimo y desconocerse la clave privada de su usuario—, suele reducirse cuando aquel utiliza los servicios de las empresas servidoras de criptoactivos o intercambiadoras —Wallet/Exchange— obligadas por ley a colaborar con la Justicia.

Si el investigado presunto autor del ataque contrata con estas gestoras la custodia de sus criptos, improbable en el caso de delincuentes, de manera que aunque sean de su propiedad, quien conoce su clave privada para transaccionarlas es únicamente la proveedora, podrá el Juez ordenar a la empresa Wallet que: 1) las deposite en cuenta distinta —del Juzgado o externa temporal— hasta sentencia mediante la oportuna orden de embargo y con conocimiento judicial exclusivo de la nueva clave privada que las controla, o 2) tan sólo que las bloquee —prohibiendo a su custodiado/titular disponer/transaccionar con sus fondos—, continuando la Wallet en posesión de la clave privada, eso sí, sometida únicamente a las instrucciones sobre su destino que el Juez le indique —administración judicial— en función del resultado de las investigaciones y su posible enjuiciamiento.

El Auto judicial obligando a la empresa servidora de criptoactivos a la sujeción del intangible a disposición del resultado de la causa penal, debe ordenar el acuse de su ejecución donde se debe consignar el día, hora y saldo incautados, expresando igualmente qué concreta criptomoneda ha sido bloqueada, de cara a poder permitir el cálculo del importe indemnizatorio

actualizado en caso de fluctuar su valor en el tiempo.

Otro problema añadido derivado de la colaboración de las empresas prestadoras de servicios con criptomonedas radica en que si no tienen su sede física en territorio nacional, la ejecución de la orden de embargo se debe transmitir a través del oportuno instrumento de cooperación judicial internacional,³⁵ en el caso de las radicadas en el territorio de la Unión Europea en la forma consignada en el Título VII, resoluciones de embargo preventivo de bienes, Arts. 143-149 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.³⁶

Para que jurídicamente podamos hablar de embargo (Arts. 589-600 LECrim), debe ser el Juez quien convalide esa aprehensión virtual mediante cambio de claves privadas al criptoactivo, cuestión que podrá acordar bien expresamente mediante una resolución, previa o posterior a la ocupación digital, en la que podrá ser auxiliado por empresas servidoras de criptomonedas,³⁷ bien convalidando la ocupación policial, i. e.: por vía de resolución del recurso, motu proprio o al resolver escrito de parte solicitándoselo.

En puridad, la búsqueda de criptoactivos comienza en el propio registro —allanamiento— domiciliario/personal del sospechoso, cuando se incauten/ocupen los dispositivos tecnológicos

³⁵ Para el territorio de la Unión Europea, a través del Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo decomiso, y, para países extracomunitarios, la correspondiente comisión rogatoria internacional conforme disponga los Tratados de cooperación/asistencia jurídica penal bilaterales o multilaterales que mutuamente hayan suscrito, o caso extremo, conforme al principio de reciprocidad.

³⁶ Jefatura del Estado, «Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.», Pub. L. No. «BOE» núm. 282, de 21/11/2014, BOE-A-2014-12029 (2014), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12029>.

³⁷ Binance, i. e: previo requerimiento policial de la Guardia Civil, ha bloqueado, a disposición del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, el importe superior a los 1'77 millones de dólares resultante del balance positivo de las diferentes cuentas que los presuntos partícipes de Arbistar y Venus Capital -investigados por presunta estafa agravada (piramidal), falsedad en documento mercantil, organización criminal y blanqueo de capitales- tenían en esas plataformas de gestión de criptos.

—mejor si están conectados a red— con los que aquel esté relacionado: computadora, ordenador, portátil, laptop, tableta, teléfono móvil, celular... y las oportunas USB, memorias externas, pen drives, discos.... e incluso papeles cercanos donde, igual por suerte, podría encontrarse anotada la clave privada que abriese el monedero implicado en algún delito.

En el análisis técnico forense de su contenido, deben buscarse las transacciones/operaciones económicas y sus datos asociados que puedan constar, así como los monederos virtuales/wallet y las claves que los abren.

Para conectar operaciones económicas presuntamente delictivas con la participación criminal de los implicados en la trama defraudatoria, si la dinámica comisiva del delito se conoce por previas investigaciones operativas policiales, será interesante rastrear y agrupar las hechas a o desde una misma clave pública concreta, de manera que se pueda obtener información de a qué otras claves se dirige el activo y cuándo, lo que podrá servir, en combinación con otras informaciones y fechas conseguidas mediante otras diligencias —singularmente las aportadas por intervenciones telecomunicativas—, para conectar operaciones con sospechosos.

Igualmente será importante buscar las claves privadas de los monederos virtuales en las conversaciones/mensajes telecomunicativos sobre las propias operaciones económicas —i. e.: correos electrónicos—, archivos personales, documentos compartidos ... o físicamente, incluso, en las cercanías del ordenador, escritorio, cajones, pen drives, papeles, pegatinas o notas manuscritas...del lugar donde vive o trabaja el sospechoso.

Aun así modernas tendencias de seguridad a veces impedirán el éxito de la búsqueda, pues proliferan los gestores de contraseñas compartidos —i. e.: Last Pass— o incluso de claves complementarias —que exigen agregar todas para acceder al activo—, cuando no el reparto de claves que pueden bloquear la cripto si se usan indebidamente (i. e.: syrium, para ethereum, que permite contratos inteligentes de reparto de claves que necesitan de dos

o más personas para sacar dinero, firmar, unir su trozo de clave para que el contrato libere el bloqueo y envíe el dinero a tercero), por no hablar de los mixers, mezcladores/difuminadores usados para blanquear/lavar activos— que tratan de dificultar la trazabilidad de la información sobre la procedencia y el destino de las transacciones.

4.5. ASEGURAMIENTO/ALMACENAJE DE CRIPTOACTIVOS

Además, y comoquiera que muchos de los criptoactivos sufren todavía una alta fluctuación en su valor en función del paso del tiempo, es aconsejable —si nada opone el Juez por motivos de la investigación— proceder a su realización anticipada —a través del cauce que permite el Art. 367 quater d/e LECrim—, esto es, a su conversión en moneda de curso legal, en nuestro caso, en euros, para acabar físicamente custodiando estos en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos Judiciales (en adelante CCDJ³⁸), al menos en tanto en cuanto esta no opere con criptoactivos.

La realización o conversión en moneda fiat se podrá hacer externalizadamente a través de entidades privadas especializadas acreditadas —i. e.: Coindesk, que calcula la cotización media del cripto en los mercados— y que, restando su comisión, transferirán lo convertido en euros a la CCDJ, o mediante su transacción en pública subasta.

Una vez asegurado el cambio de custodia y poseedor de las claves del cripto incautado al sospechoso, evitando con ello posibles manipulaciones en remoto si se mantuviera la clave privada inicial, la custodia interina —hasta el resultado definitivo del juicio— la pueden llevar a cabo —pública— tanto el Juzgado, la Fiscalía como la Policía, bajo depósito judicial, pero también —privada— se le puede encomendar a una entidad custodia/Wallet, pagando por ese servicio.

Normalmente esa custodia bajo depósito judicial suele ser

³⁸ Ministerio de Justicia, «Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores», Pub. L. No. Real Decreto 467/2006, § 1, BOE-A-2006-8345 18176 (2006), <https://www.boe.es/eli/es/rd/2006/04/21/467>.

pasiva y, en consecuencia, no se administran ni gestionan los criptos durante los a veces años de duración del pleito, o, como se ha indicado arriba, se realizan anticipadamente para custodiar euros en su lugar en la CCDJ.

Pero si se solicitara —por el investigado o alguna víctima— y el Juez lo acordara, dado el valor especulativo que estos activos virtuales pueden alcanzar como inversión al alza mediante el transcurso del tiempo, el Juez podrá acordar la intervención judicial especulativa de los mismos, normalmente encomendándose-la (Art. 33.7 in fine CP) a alguna empresa gestora de carteras virtuales/Wallet.

Sobre la cuestión referente a quién sufre la pérdida por depreciación del valor de un criptoactivo cuando se compara lo que cotiza al momento de devolverlo o pagarlo y el momento en que se aprehendió por los investigadores —piénsese que normalmente hasta que la decisión judicial final es firme pasa mucho tiempo, a veces años, recursos incluidos—, las TS 998/2018³⁹, de 20 de junio, ha establecido que a efectos de responsabilidad civil, y al no tener un bitcoin consideración legal de dinero, se debe operar e indemnizar con la moneda legal con que se hizo la operación fraudulenta, euros, en el caso.

Estas cuestiones resarcitorias o no de la fluctuación monetaria de las criptomonedas se suelen resolver en la práctica solicitando al Juez una comparecencia de todas las partes para solicitarle la manera de hacerlo en función de sus intereses, de manera que, decidido el modo en función de las circunstancias de la investigación, el posible acuerdo de estas en presencia judicial vincule cuando se tenga que devolver —si absolución— o pagar —si condena— el producto del delito.

4.6. OBTENCIÓN DE LA CLAVE PRIVADA EN MONEDEROS VIRTUALES/WALLET

Hemos dicho que el conocimiento de la clave privada del monedero/billetero virtual wallet es crucial no sólo para acreditar la posesión,

³⁹ TS 998/2018 (20 de junio de 2018).

sino también la titularidad formal del propio criptoactivo,⁴⁰ -firma las transacciones y otorga acceso a los fondos- por lo que otro importante elemento de la investigación, será su obtención,⁴¹ pues sin ella, se desconocerá la cantidad de activo encontrada, a la vez que hará que permanezca en poder del investigado.

La mejor manera de obtenerla será la colaboración, que podrá lograrse mediante las siguientes vías:

- información proveniente de cualquier instrumento de cooperación internacional policial o judicial (i. e.: intercambio espontáneo de información policial, o comisión rogatoria internacional)
- información proveniente de un testigo, que puede ser un transaccionador previo o incluso un ex gestor de carteras/monederos virtuales, que deberán aportar el dato de conformidad con lo recogido en el Art. 7 L. O. 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales,⁴² que exige que su petición judicial/policial se fundamente motivadamente, que explique por qué su cesión es necesaria para la represión o prevención de infracciones penales —en nuestro caso ataques tecnológicos—, que se formule de manera concreta y específica -no masiva ni prospectiva-, y que se supriman los datos aportados —aquí la clave— cuando dejen de ser necesarios para las averiguaciones que los motivaron.

⁴⁰ Las billeteras de criptomonedas no almacenan realmente los activos digitales. Lo que hacen es generar la información necesaria para poder utilizar criptomonedas. Son la condición técnica sin la cual no cabe acceder al activo, de manera que su posesión, equivale al título.

⁴¹ Las claves pueden imprimirse en una hoja de papel, se puede acceder a ellas a través de un software de billetera para escritorio o estar almacenadas sin conexión a Internet en dispositivos de billetera hardware.

⁴² Jefatura del Estado, «Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.», Pub. L. No. «BOE» núm. 126, de 27/05/2021, BOE-A-2021-8806 (2021), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-8806>.

- información (cuenta de mail; IP cercana; titular de la transacción o clave público- privada) proveniente de los proveedores de servicios de cambio (cajeros humanos, operadores de intercambio escrow⁴³ mediante aplicaciones) y de gestores de monederos virtuales wallet o Bancos, todos sujetos obligados por la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y por idéntico Art. 7 L. O. 7 /2021, o incluso de la propia Agencia Tributaria, si le consta.
- recabándola del propio sospechoso.⁴⁴ Comoquiera que tal acción ya es de por sí incriminatoria —conocerla es estar vinculado de alguna forma con el contenido del monedero—, su consecución voluntaria debe estar previamente precedida de la información en presencia de Abogado de su derecho a guardar silencio y a no colaborar aportando elementos incriminatorios en su contra. De manera que si, aun así, decide aportarla, se valorará en su caso como un acto de colaboración que podrá atenuar su futura responsabilidad penal ex Art. 21.7 CP⁴⁵ en relación con los párrafos 4 y 5 de ese precepto.

4.7. NOTIFICACIONES JUDICIALES A TRAVÉS DE NFTS. PREEMBARGOS

A veces ocurre que la operación/transacción fraudulenta delictiva —i. e.: el hackeo/robo de un monedero/billetera virtual— se conoce públicamente por haber operado en redes de registro

⁴³ Los pagos escrow son aquellos en los que el dinero permanece en custodia o depósito hasta que se completa correctamente la operación que origina el pago. En un servicio escrow, el pago no se realiza de forma directa, de una parte, a otra, sino a través de un tercero. Este agente externo custodia el dinero y lo entrega al destinatario cuando se hayan cumplido las condiciones previamente acordadas.

⁴⁴ Fue el caso de Mr X, responsable del mercado ilícito Silk Road, que pactó con la Fiscalía federal de San Francisco (EE UU) un acuerdo de entrega y confiscación estatal de los 70.000 bitcoins presunto producto de lo allí transaccionado, el segundo embargo más cuantioso hasta la fecha, por detrás del llevado a cabo en 2.022 por parte de la Policía sobre los presuntos autores del robo de bitcoins a la plataforma Bitfinex 3.600 a quienes se ocupó las claves privadas que custodiaban los fondos que lograron desviar de aquella. EE. UU. incauta US\$ 3.600 millones en bitcoin robado en hackeo de Bitfinex (bloomberglinea.com)

⁴⁵ Jefatura del Estado, «Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.», Pub. L. No. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995, BOE-A-1995-25444 (1996), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

distribuidas o webs, pero se desconoce quién las ha llevado a cabo al haber maniobrado criptografiadamente.

Como además de la identidad del autor del delito es necesario que la investigación preserve también el producto económico derivado del mismo, para evitar el agotamiento delictivo que supondría transferirlo a tercero o consumirlo, se ha venido actuando judicialmente sobre su destino para impedirlo mediante notificaciones oficiales y públicas con NFTs⁴⁶ que suponen una especie de pre-embargo judicial del activo aunque sin sujeción real de su contenido, pero bajo apercibimiento de desobediencia, e ignorando sobre quién se hace, para tratar de evitar que terceras personas ayuden al ladrón a disfrutar de su botín.

Así, la resolución de la High Court del Condado de New York de 1/06/2022, en EE. UU., que permitió notificar mediante NFT a un hacker anónimo —que se había apoderado de activos virtuales por valor de 7'9 M \$ mediante el hackeo de la Plataforma Exchange LCX— mediante una orden de restricción (de no recibir transacciones ni mover fondos por 1'2 M \$).

A través de un token de servicio (NFT) emitió desde una dirección pública un aviso que se envió a la dirección de blockchain del destinatario de las criptos hackeadas insertando un hipervínculo/enlace a su orden de restricción judicial donde constaban sendas prohibiciones a quien quiera que fuera el hacker, de transmitir o recibir fondos bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

De manera parecida, la High Court de New York, en junio de 2022), mediante una orden de restricción temporal, prohibió la venta de la versión tokenizada del primer álbum del cantante Jay-Z y sus derechos de autor.

Por su parte, la High Court de Inglaterra y Gales, en un caso de estafa de suplantación (webs de corretaje clonadas) donde se defraudaron 2 millones de libras esterlinas por parte de “personas desconocidas”, acordó que, al no disponerse de medio alter-

⁴⁶ Acrónimo de Non Fungible Token: certificado digital de autenticidad que mediante la tecnología blockchain se asocia a un único archivo digital.

nativo, se notificaran sus resoluciones judiciales y cautelares (embargo) por medio de NFTs con blockchain en el wallet del investigado.

Mediante este sistema pre cautelar, el órgano judicial puede enviar la orden oficial, verificando su trazabilidad, envío y depósito con éxito, desde su wallet público emisor y con un hash único, conminando a quien quiera que sea el autor, que le prohíbe disponer/transaccionar con su botín, a la vez que lo deja “marcado”, pues aunque no puede verificar si el delincuente lo abre o no, advierte a terceros que pretendan interactuar con el wallet, de que no deben hacerlo bajo el riesgo también ellos, de verse envueltos en un delito.

En estas gestiones de “marcado” del producto delictivo, mediante la advertencia judicial a terceros de su relación con el delito, advirtiéndoles que ayudar a disponer de él constituiría cuanto menos una desobediencia, así como en la inclusión de activos escritos en redes blockchain en las correspondientes “listas negras” de Emisoras (donde se pueden censurar/congelar transacciones), es fundamental la colaboración de las empresas servidoras de criptoactivos, Exchange y Wallets.

En otro ámbito colaborativo entre lo público y lo privado en materia de investigación tecnológica de delitos, esta vez de propiedad intelectual, un Juez de Milán, en julio de 2022 ha ordenado a una prestadora de servicios tecnológicos, por un lado, bloquear webs “piratas” que disponían de productos intelectuales sin abonar contraprestaciones por derechos de autor mediante sus servicios DNS impidiendo a sus usuarios resolver (vincular con una IP concreta) los nombres de dominio afectados, y por otro, impedir a las plataformas DNS que dejen acceder a los bloqueados.

4.8. MEDIDAS RESTRICTIVAS TECNOLÓGICAS

Establece el Art. 13.2 LECRim que: “En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el Juzgado

podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero”.

En puridad se trata de unas “primeras diligencias”, en cuyo Art. 13 LECrim se ubican porque, como señala su primer párrafo, tienen como finalidad “proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas”.

Se busca con ellas prevenir futuras víctimas y proteger a las potenciales actuales, retirando, cesando e impidiendo el canal técnico a través del cual se ejecuta el delito, impidiendo su efecto y continuación.

En definitiva, son medidas que hay que adoptar en las primeras fases de la investigación, más que para averiguar el hecho o su autor, para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos económicos y sociales; prevenir el agravamiento futuro; prevenir nuevas víctimas y ataques; reaccionar proactivamente frente a los efectos del delito; prevenir delitos futuros y proteger a las víctimas.

El Art. 13.2 LECrim les da la naturaleza de medidas cautelares de manera que no cabe duda de que se pueden/deben aplicar en la misma fase de instrucción —y no sólo como consecuencia de una condena en firme, tras la que, por supuesto, también son ejecutables— tan pronto aparezcan en la causa indicios de presunta actividad delictiva, valorando el Juez no sólo la apariencia delictiva y la vinculación con ella que tiene lo retirable/interrumpible/inaccesible (*fumus boni iuris*), sino igualmente el peligro que puede generar no hacerlo para terceras hipotéticas víctimas en el próximo futuro (*periculum in mora*).

En los delitos de estafas/falsificaciones tecnológicas se tratará de 1) retirar (y desindexar) contenidos, 2) interrumpir, cesar servicios o 3) impedir, bloquear el acceso a esos contenidos/servicios defraudatorios informáticos delictivos, que pueden ir desde los reclamos expandidos por Internet en webs, enlaces,

correos electrónicos, etcétera. hasta actuar sobre “los instrumentos o datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas” del Art. 249 CP o en su caso del Art. 400 CP, o retirar IPDEs inmateriales falsificados o auténticos pero receptados, una vez el LAJ lleve testimonio de ellos como prueba a la causa judicial que los investigue.

Comoquiera que el Art. 13 LECrim no explica cómo llevar a cabo la ejecución de esas medidas que pueden limitar derechos fundamentales como el de a la protección del dato personal, la privacidad e intimidad personal, el secreto telecomunicativo o la propia libertad de expresión y de información, aparte exigir autorización judicial, nos remitiremos al que fija el Reglamento 2022/2065 del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales (DSA), especialmente en cuanto al contenido de la “orden de actuación” (Art. 9.2 DSA).

La “orden de actuación” que regula ese precepto no indica el concreto contenido de la “actuación” que la orden del Juez debe encomendar a la empresa que preste el servicio digital que le auxilie técnicamente a retirar/interrumpir/bloquear, en la idea de que aquel vendrá diseñado/determinado por la norma nacional/comunitaria habilitante, dejando, en consecuencia, dentro de sus parámetros en la mayor libertad de determinación concreta a quien ordena, el Juez, que, en función de las necesidades y circunstancias concurrentes en su investigación penal concreta, optará por alguna o varias de entre las tres señaladas en el Art. 13.2 LECrim.

De esa manera, el precepto adjetivo procesal complementa la norma comunitaria.

El Art. 9.2 DSA exige que la “orden de actuación” describa detalladamente la intervención que se recaba, además de indicar el precepto legal nacional (aquí el Art. 13.2 LECrim) o

comunitario (que puede ser la propia DSA) que le habilita para emitir la orden, explicar por qué la información/contenido o servicio sobre la que actuar es ilícito, mencionando el precepto sustantivo nacional/comunitario que así lo conceptúe (i. e.: el precepto del Código Penal presuntamente infringido, Art. 249 ó 400 CP), su identificación como Autoridad judicial ordenante, la información técnica que permita al prestador identificar y localizar el contenido ilícito de que se trate, normalmente la URL exacta (i. e. <https://www.....es>, <mailto/file/ftp/news...>) o DNS sobre la que actuar, además de cualquier información adicional que ayude a localizarlo, información acerca de los mecanismos de recurso disponibles tanto para el prestador como para el destinatario del servicio que haya proporcionado el contenido y, en su caso, información sobre la Autoridad que debe recibir el reporte sobre el curso dado a la orden.

El dictado de la orden se rige por el principio de necesidad (Art. 8.2 b RSD), conforme al cual no debe el Juez exceder el ámbito de aplicación territorial más allá de lo necesario, ni afectar a más contenido que el adecuado a los hechos enjuiciados, el de legalidad, idoneidad, excepcionalidad, proporcionalidad y especialidad, conforme se definen en el Art. 588 bis a LECrim.

Y además debe observarse por parte del Juez el principio de progresividad en su posible aplicación, pues la retirada de contenidos es la medida menos restrictiva, mientras que la interrupción de servicios procede cuando se hace un uso delictivo del mismo de una manera no meramente circunstancial o episódica, y el bloqueo del acceso -de gran complejidad técnica- exige reiteración, proporcionalidad y efectividad, hasta el punto de que el precepto lo permite para cuando lo restringible “radique en el extranjero”.

Complementa todo lo anterior en materia de auxilio inter-

nacional la normativa del Protocolo Adicional 2º del Convenio del Consejo de Europa sobre ciberdelincuencia de Budapest, al menos, dado que no ha entrado en vigor, como inspiración para las que deban desarrollarse fuera del territorio de la Unión Europea.⁴⁷

4.8.1. Retirada de contenidos

Mediante la retirada (o desindexación) de datos y contenidos delictivos en las tecnologías informáticas se ordena extraer contenidos/ datos parcial o eminentemente ilícitos, sin perjuicio de permitir la pervivencia de otros que sean inanes.

En nuestro caso, se trataría de la orden judicial de actuar pidiendo a la empresa prestadora del servicio informático donde se despliega, que técnicamente retire contenidos específicos (comprendidos en la URL oportuna) del producto informático (webs, blogs, foros, chats, redes, telecomunicaciones...servicios) que, en concreto, aparentemente esté sirviendo o ayudando a defraudar, del estilo de: los reclamos donde se expresa el engaño, el enlace donde se debe clicar o los adjuntos donde se despliega la defraudación, e igualmente los “datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas” tecnológicas del Art. 249 CP o los instrumentos técnicos para confeccionar las falsificaciones a que se refiere el Art. 400 CP.

De las tres medidas restrictivas tecnológicas es la menos intrusiva, dado que únicamente retira contenidos, los delictivos, pero ni necesariamente obliga a retirarlos todos, ni interrumpe el servicio donde se incorporaban.

De esa manera tan selectiva, además de cumplir con la obligación de respetar el principio de necesidad, se pueden acometer las retiradas de contenido delictivo que, afectando a una pluralidad de proveedores de contenido, discriminan en contra sola-

⁴⁷ A la espera de que algún día próximo se apruebe, primero, y ratifique, después, el proyecto de la ONU (redactado técnicamente en agosto 2024) de Convención Integral sobre la lucha contra la utilización de tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos, que trata la cooperación internacional en esa materia (Arts. 22 jurisdicción; 23-34 medidas procesales y 35-56 cooperación internacional).

mente de quien incorpora la ilicitud (i. e.: retirar de una web únicamente el trozo de contenido donde se ofrece el enlace delictivo que lleva a la descarga infectante de la manipulación informática defraudatoria, dejando el resto).

Sin embargo, la labor censurante no debe ser milimétrica, de manera que, en los casos de un presunto único creador, si el contenido de su producto informático es mayoritariamente lícito, no hay inconveniente en retirarlo todo.

Exigencias procesales obligan a que la retirada de contenidos delictivos se haga: en causa —expediente— penal abierta por hechos concretos, mediante Auto razonado por el Juez (único que puede restringir derechos fundamentales del sospechoso) donde se pondere y analice la relación que los principios de utilidad, legalidad, especialidad, necesidad idoneidad, excepcionalidad y proporcionalidad pueden tener en el caso concreto y considerando los indicios incriminatorios que se posean con la incidencia en los derechos fundamentales recogidos en los Arts. 18.1, 3 y 4 y 20 CE del investigado.

Igualmente, la causa debe corporeizar (i. e.: pantallazo, clonación) la virtualidad delictiva para conservarla bajo fe del LAJ como pieza de convicción de su existencia previa para los casos de tener que analizarla el forense tecnológico o, exhibirla como elemento/cuerpo del delito en un posible juicio oral posterior.

Además, el Juez deberá antes de emitir su orden -mandamiento- de actuación, verificar la existencia de lo denunciado, accediendo informáticamente al producto donde esté o comprobando por cualquier medio su existencia, de manera que, auxiliado técnicamente, pueda definir la URL a incidir, ordenando a continuación la retirada del contenido a la empresa prestadora de servicios donde se contenga.

E igualmente, como ordenará que no se comuniqué la restricción antes de ejecutarla para que no la aborte el autor, debe indicar a la empresa prestadora intermediaria que lo haga una vez ejecutado, de manera que, junto con el recurso que puede intentar la empresa —si discrepa—, le debe igualmente indicar (Art. 9.2.a.v

DSA) que contra la actuación, hecha por el Juez que sea -que también debe identificarse y señalar la causa penal concreta en que obra el Auto que lo ha ordenado-, cabrían los recursos de reforma y apelación en el plazo de tres/cinco días (Arts. 211 y 212 LECrim) a contar desde la notificación al afectado.

4.8.2.- Interrupción de servicios

También denominada “bloqueo” de la prestación o “suspensión” del servicio de intermediación, esta medida restrictiva impide el acceso a la información contenida en un servidor.

Se diferencia de la retirada en que la restricción tecnológica es mayor, pues se interviene y elimina la posibilidad de acceso a la totalidad del contenido del producto informático delictivo (i. e.: toda una web), que es el servicio que el prestador tecnológico incide.

Por ello debe reservarse para la interrupción de servicios informáticos donde su contenido sea entera o mayoritariamente delictivo, ya en cuanto a su contenido o por ser vehiculares de infracciones delictivas en sí mismo.⁴⁸

A ellas aplican las formalidades que hemos indicado más arriba para la retirada de contenidos y las órdenes de actuación de la DSA.

4.8.3. Bloqueo de acceso

Tecnológicamente se trata de una medida restrictiva que, comprendiendo cualquiera de las dos anteriores o ambas —retirar o interrumpir—, aplica a los productos informáticos servidos desde fuera del espacio/espectro electromagnético soberano español, esto es, que no se provean desde nuestro territorio nacional, que es a lo que se refiere el Art. 13.2 LECrim cuando dice: “el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero”.

A la alternativa de acordar medidas de cooperación judicial internacional para que otro país las ejecute (órdenes de investigación, comisiones rogatorias), cabe impedir tecnológicamente desde España que el producto tecnológico delictivo acceda/entre al espectro electromagnético español, mediante esta medida técnica, que trata de com-

⁴⁸En este sentido es interesante lo que indica la s TS 4ª en su sentencia 1.231/2022, de 3/10/2.022.

batir los efectos de reclamos delictivos servidos desde países “paraísos” informáticos.

Por su complejidad —incide en las URL o DNS, prohibiendo a los prestadores intermediarios tecnológicos que sirven desde España la distribución del producto informático delictivo en nuestro país—, debe ordenarse por el Juez únicamente con carácter excepcional y de manera temporal.

Pero comoquiera que la tecnología que sustenta Internet es tan “abierta” que hace, a la postre, imposible frenar la difusión de cualquier contenido ilícito, por su replicabilidad, la alternativa a esta costosa medida puede consistir en dirigir el mandamiento directamente a la empresa intermediaria extranjera que preste el contenido/servicio delictivo “sugiriéndole” la retirada voluntaria o la petición de que se lo traslade a la Autoridad competente en su país para hacerlo —lo que en la Unión Europea se canalizará a través del oportuno “coordinador de servicios digitales” (Arts. 49-51 DSA).

4.9. OTRAS MEDIDAS Y DECOMISO

Comoquiera que la delincuencia económica digital se expresa mediante la tecnología, ciertas actuaciones sobre esta pueden servir de prevención delictiva o como aseguramiento de una futura posible sanción contra un posible infractor económico tecnológico.

Consecuencia accesoria de todo delito patrimonial, mediante el decomiso (Art. 127.1 CP), el Juez acordará en sentencia la “pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

Se trata de una consecuencia accesoria, ínsita a la condena penal que necesita, obtenida tras un proceso judicial contradictorio y alejada de figuras como la *actio in rem* o acción directa contra bienes,⁴⁹ desligada de la sanción penal, que incauta/requisita/priva definitivamente al autor de un delito tanto de:

⁴⁹ Existentes en otros ordenamientos jurídicos, especialmente a través de la figura, muy útil en la lucha contra el crimen organizado, del denominado expediente de extinción de dominio.

- los efectos tecnológicos, instrumentos, herramientas, programas informáticos, dispositivos con los que haya cometido el delito —medios o instrumentos—, como
- las ganancias y activos económicos físicos o virtuales que haya obtenido como botín de sus ataques informáticos —efectos y ganancias—.

Ya hemos indicado más arriba que ambas vicisitudes deben asegurarse desde que conste en la causa el primer indicio del delito, mediante la medida provisional de su embargo cautelar, permitido para asegurar este pronunciamiento accesorio penal no sólo por la vía del Art. 127 octies.1 CP —que le deja iniciarlo incluso a la Policía auxiliar para poner inmediatamente lo aprehendido provisionalmente a disposición judicial—, sino también por la de la figura del embargo común regulado en los Arts. 589-600 LECrim.

Con el producto de la realización de lo incautado —más lo que se sepa fehacientemente transformado del mismo botín económico derivado de la defraudación— se debe indemnizar primero a las víctimas, y el sobrante se destinará al Estado, conforme dispone el Art. 127 octies 3 CP, cuando señala: “los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente”, en un precepto especial y distinto del genérico Art. 126 CP que fija cuestión diferente, como es el orden en que se imputarán los pagos —el decomiso no lo es, sino que constituye una consecuencia, ope legis, para con los delitos que generan ganancias ilícitas, contrarrestando así el ánimo de lucro— que efectúe el penado y el responsable civil subsidiario.

FUENTES

A TS 31/01/2019 (s. f.).

A TS 16/01/2020 (24 de octubre de 2019).

A TS 20.039/2022 (19 de enero de 2022).

Acuerdo PNJ TS 3/02/2005 (s. f.).

Comisión Nacional del Mercado de Valores. Circular 1/2022, de

- 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión, Pub. L. No. Circular 1/2022, § 1, BOE-A-2022-666 4106 (2022). <https://www.boe.es/eli/es/cir/2022/01/10/1>.
- Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (s. f.).
- Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (s. f.).
- Diario Oficial de la Unión Europea. Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (s. f.). <https://www.boe.es/doue/2014/173/L00349-00496.pdf>.
- Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, OJ L § (2019). <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/713/oj/spa>.
- Jefatura del Estado. Ley 5/2022, de 9 de marzo, por la que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas, Pub. L. No. Ley 5/2022, § 1, BOE-A-2022-3712 28280 (2022). <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/03/09/5>.
- . Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea., Pub. L. No. «BOE» núm. 282, de 21/11/2014, BOE-A-2014-12029 (2014). <https://www.boe.es/buscar/act>.

php?id=BOE-A-2014-12029.

- . Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal., BOE-A-2021-6944 § (2021). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-6944>.
- . Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales., Pub. L. No. «BOE» núm. 126, de 27/05/2021, BOE-A-2021-8806 (2021). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-8806>.
- . Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal., Pub. L. No. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995, BOE-A-1995-25444 (1996). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.
- . Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso., BOE-A-2022-21800 § (2023). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21800>.
- . Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores., BOE-A-2021-6872 § (2021). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-6872>.

- www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-6872.
- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre STS 61-2012, 8 de Febrero de 2012, ES:TS:2012:794 (Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal 2012).
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo., Pub. L. No. BOE-A-2010-6737 (2010). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737>.
- Ministerio de Gracia y Justicia. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal., BOE-A-1882-6036 § (1883). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>.
- Ministerio de Justicia. Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores, Pub. L. No. Real Decreto 467/2006, § 1, BOE-A-2006-8345 18176 (2006). <https://www.boe.es/eli/es/rd/2006/04/21/467>.
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores., BOE-A-2015-11435 § (2015). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11435>.
- «Reglamento (UE) 2023/ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.o 1093/2010 y (UE) n.o 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937», s. f.
- TS 998/2018 (20 de junio de 2018).
- Unión Europea. Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849., BOE.es-DOUE-L-2023-80807 § (2023). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80807>.

LA DISCAPACIDAD A TRAVÉS DE LA HISTORIA DEL DERECHO

THE DISABILITY THROUGH THE HISTORY OF LAW

KAREN NATHALY HERNÁNDEZ RUIZ¹

RESUMEN

El presente artículo ofrece una visión histórica sobre los cambios de paradigma, tanto del concepto de discapacidad, como de las leyes relacionadas con la garantía y defensa de los derechos de las personas con alguna condición de discapacidad. Este es un tema de actualidad que merece especial atención por parte de la academia, pues a pesar de los avances en materia legislativa, persiste la discriminación hacia este colectivo. Para el desarrollo de este tema se ha realizado una revisión documental narrativa que ha permitido recopilar información fiable y suficiente, de tal manera que se ofrece al lector un panorama amplio del asunto en cuestión. Aunque hay progresos importantes, en todo el mundo, en cuanto a protección de los derechos de las personas con discapacidad, como se expone en este artículo, aún faltan mecanismos más eficaces para hacer cumplir las leyes, así como un cambio de perspectiva sociocultural sobre este tema.

PALABRAS CLAVE: discapacidad, modelo social, derecho, estudios sobre discapacidad.

ABSTRACT

This article offers a historical vision of how the paradigm about disability has changed, both the concept itself and the laws rela-

¹ Abogada Magna Cum Laude Universidad Militar Nueva Granada. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario aplicado a los conflictos armados, CEMIL. Especialista en Contratación Estatal, Universidad de la Sabana. Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Militar Nueva Granada. Docente Hora Cátedra Universidad Militar Nueva Granada; Asesor de Despacho Gobernación de Cundinamarca. Correo electrónico: karenhernandezruiz@cundinamarca.gov.co.

ted to the guarantee and defense of the rights of people with a disability condition. This is a current issue that deserves special attention from the academy, because despite advances in legislation, discrimination against this group persists. To develop this topic, a narrative documentary review has been carried out that has made it possible to collect reliable and sufficient information, in such a way that the reader is offered a broad overview of the matter in question. Although there is important progress, around the world, in terms of protecting the rights of people with disabilities, as explained in this article, there is still a lack of more effective mechanisms to enforce the laws, as well as a change in sociocultural perspective on this issue.

KEYWORDS: disability, social model, law, disability studies.

1. INTRODUCCIÓN

Lo que se entiende hoy por discapacidad, específicamente en los campos del derecho y las ciencias sociales, y la forma como gran parte de la sociedad la ve, difiere mucho de cómo ésta se entendía en la Edad Media, o a principios del siglo pasado, o incluso hace unas cuatro o cinco décadas. Estos cambios se han dado, en buena medida, gracias a movimientos sociales que han surgido en algunos lugares del mundo, como Estados Unidos y Gran Bretaña, y también, en parte a los cambios socioculturales propios de cada época de la historia. Aunado a ello, la percepción que hoy se tiene como sociedad frente a este colectivo y el interés por entender cómo ha evolucionado el concepto de discapacidad, ha llevado a teóricos influyentes como Michael Oliver, Dan Goodley, Theresia Degener, Ronald Dworkin, Amartya Sen y Martha Nussbaum, entre otros, a investigar y plasmar en sus escritos la historia de la discapacidad y cómo las personas con funcionalidades diversas han ganado cada vez más, el reconocimiento de sus derechos. Ahora bien, ¿cuál ha sido el principal motor de estos cambios de paradigma, las personas de la comunidad académica y la sociología, en particular, o las propias

personas con discapacidad, o ciertos tratados internacionales? Ciertamente es producto de un conjunto de múltiples factores. Lo que se pretende en este ensayo es ofrecer un marco conceptual que permita entender cómo se ha dado dicho cambio y sus principales repercusiones en el derecho internacional y también nacional, específicamente en Colombia.

Ahora bien, aunque no es posible dejar de reconocer los avances logrados hasta ahora, tampoco puede negarse que aún falta mucho por hacer si se quiere lograr una inclusión social plena y efectiva de las personas con discapacidad en todo el mundo, lo cual requiere tiempo, voluntad política y cambio de algunos paradigmas culturales, y fortalecimiento de otros. En América Latina, en particular, ha habido avances importantes en materia de leyes y normas que impulsan la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, pero en la práctica, estas personas siguen sufriendo discriminación y tienen dificultades para acceder, en igualdad de condiciones, a servicios esenciales de salud, educación y justicia² y también suelen ser excluidas de otros escenarios como recreación y deporte.³ En este orden de ideas, cabe preguntarse: ¿Por qué pesar de los avances legislativos que buscan la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, aún persisten las barreras que dificultan su inclusión social? No es objeto de este artículo responder exhaustivamente a esta pregunta, pero al menos sí sentar unas bases teóricas para ulteriores investigaciones sobre esta problemática.

Con el fin de lograr una mejor comprensión de la discapacidad, como concepto y como fenómeno social, así como de la normatividad que se ha creado en torno a ella, en el presente artículo se

² Stang Alva, María Fernanda, *Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real*. (Chile: Naciones Unidas. CEPAL, 2011). 11-22; Heidi Ullmann. Discapacidad y políticas públicas: avances y desafíos institucionales en América Latina. En: R. Martínez (Ed.). *Institucionalidad social en América Latina y el Caribe*. (Santiago de Chile: CEPAL. 2017). 297-298; B. R. Akinbola, "Paradigm shifts in disability models and human rights". *East African Journal of Peace and Human Rights*, 8, No. 2, (2012), 302

³ Akinbola, *Paradigm shifts in disability models*, 301.

exponen los modelos socioculturales y los enfoques normativos que se han dado a lo largo de la historia, empezando por la mirada tradicional basada en la segregación y la aniquilación de las personas con discapacidad, hasta una perspectiva fundamentada en los derechos humanos que propicia la plena accesibilidad y la vida independiente de este colectivo. Son diversos los autores que, en las últimas cuatro décadas han estudiado y puesto nombres a los modelos que han explicado la discapacidad en diferentes momentos de la historia. Estos modelos a su vez han generado principios jurídicos y leyes que buscan, de una u otra manera, proteger los derechos de las personas con discapacidad y otorgarles el reconocimiento que se merecen.

La comprensión que hoy se tiene de esta problemática, se ha logrado, en buena medida, a partir de movimientos sociales surgidos en Estados Unidos y Gran Bretaña, durante la década de los 70, y de los llamados Estudios sobre Discapacidad (*Disability Studies*), impulsados, en los años 80, por académicos con discapacidad, tales como Michael Oliver y Vic Finkelstein⁴, entre otros, quienes desde el ámbito universitario han dado voz a quienes, por muchos años, no la han tenido, sobre todo por medio de publicaciones y conferencias. Estos académicos, junto con varios interesados en el tema, especialmente en Europa y Estados Unidos, han configurado un campo interdisciplinario cada vez más importante que ha logrado propiciar cambios significativos, a favor de las personas con discapacidad, no solo a nivel social y cultural, sino también en el campo del derecho.

Desde el campo de la sociología y más específicamente, desde los *Disability Studies*, se han venido trabajando los modelos de discapacidad que hacen referencia a la manera como socialmente

⁴ Bernabeu Mira, Elia, “The social model analysis of disability and the majority world.” *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico* 14, No. 2/2 (2012), 281; Luis Miguel Del Águila Umeres. «El concepto de discapacidad y su importancia filosófica: investigación sobre un aspecto fundamental de la condición humana» (tesis de grado en Filosofía, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007), 25.

se ha concebido y tratado la discapacidad a lo largo de la historia. Aunque no es posible determinar fechas específicas, de hecho, algunos de ellos se solapan en sus tiempos de aparición e influencia, el estudio de estos modelos permite una comprensión amplia de cómo ha evolucionado el concepto⁵ y cómo dicha evolución ha impulsado avances importantes, a nivel social, cultural, político, médico y, por supuesto, legislativo.

2. LOS MODELOS DE LA DISCAPACIDAD. UNA VISIÓN HISTÓRICA

Según Pérez Dalmeda y Chhabra, existen tres modelos básicos para entender la discapacidad, que son: el modelo tradicional, el modelo médico y el modelo social, y de este último existen, por lo menos siete versiones diferentes⁶, que, si bien comparten un eje central, cada uno exhibe características particulares o hace énfasis en diversos aspectos específicos. Cabe señalar que, en general, la mayoría de los estudios sobre discapacidad hacen referencia a estos tres modelos básicos, esto es, el tradicional, el médico y el social. Y de estos tres, el más estudiado es el modelo social, por su influencia en diferentes ámbitos, en especial, en el derecho. Ahora bien, también está el llamado modelo de derechos humanos, que se desprende del modelo social, pero que se ha consolidado como un marco de interpretación –y acción– independiente.

Los modelos teóricos que explican la discapacidad son, básicamente, esquemas o conjuntos de principios teóricos que se ofrecen como instrumentos que permiten “captar y examinar”, desde diversas perspectivas, “el mundo de la persona con discapacidad, así como para generar nuevas hipótesis y ayudar a evaluar el efecto de situaciones que están más allá” de la esfe-

⁵ Padilla-Muñoz, Andrea, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”. *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 16 (2010), 402.

⁶ Pérez Dalmeda, María Esther y Gaga Chhabra, “Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas”, *Revista Española de Discapacidad*, Vol. 7, No. 1, (2019), 8-9. Doi:10.5569/2340-5104.07.01.01

ra de influencia de quienes no han vivido o no conocen de cerca este tipo de situaciones.⁷

Siguiendo la clasificación expuesta por Pérez Dalmeda y Chhabra, el primer modelo desde el cual se ha leído la discapacidad es el *modelo tradicional, religioso o de prescindencia*, como lo denominan varios autores. Desde esta perspectiva, la discapacidad es vista como un castigo, una situación supuestamente causada por el pecado,⁸ lo que llevó, en muchos casos, a prescindir de estas personas porque se creía que no tenían nada que aportar a la sociedad.⁹

Si bien este modelo está bastante superado y no tiene presencia en ninguna normativa nacional ni internacional, socialmente aún quedan vestigios de esta forma de entender la discapacidad, en especial en el ámbito laboral donde estas personas enfrentan muchos obstáculos para encontrar algún trabajo y en consecuencia terminan dependiendo de otros para subsistir. Y socialmente, hay muchas personas, de todos los niveles socioeconómicos, que aún ven la discapacidad como una tragedia, una enfermedad, o una anormalidad y como consecuencia de ello discriminan y menosprecian a estas personas, lo que, por supuesto, afecta su autoestima.¹⁰ Esto se manifiesta de manera particular en las sociedades occidentales posmodernas, condicionadas por la idea del éxito social, y sobre todo en ciertos círculos privilegiados, donde se da especial valor al cuerpo sano, bello y bueno,

⁷ Pérez Dalmeda y Chhabra, *Modelos teóricos de discapacidad*. 9;

⁸ Pérez Dalmeda y Chhabra, *Modelos teóricos de discapacidad*. 9;

⁹ López Bastías, José Luis, “La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mirada a través de la evolución normativa”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo 49, No. 273 (2019), 838; Agustina Palacios, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid, España: Ediciones Cinca, 2008), 37

¹⁰ Del Águila Umeres, *El concepto de discapacidad y su importancia filosófica*, 52-54

situación que lleva a la exclusión de las personas con discapacidad.¹¹

El modelo tradicional ha estado muy ligado a causas mágicas o religiosas. Bajo este paradigma, las personas con discapacidad no tenían un lugar en la estructura social, y por tal motivo sus derechos no eran reconocidos. Según Agustina Palacios, dentro de este modelo se distinguen dos submodelos, “*el eugenésico y el de marginación*”.¹² Ambos se basan en la idea según la cual las personas con discapacidad son innecesarias dentro de la sociedad. Así, la “eugenesia”, por ejemplo, concibe que una vida con discapacidad no vale la pena ser vivida, y por tal motivo, en el caso de detectarse una discapacidad en el nacimiento, se recurre al infanticidio. Al abordar el recorrido histórico de la discapacidad en el marco del derecho, se encuentran, por ejemplo, las Leyes de Licurgo, surgidas en Esparta, en el siglo IX A.C, en las cuales se promovía, previo un examen médico del recién nacido, la eliminación de las personas con algún tipo de defecto físico.¹³ Posteriormente, el Código de Manú, que data del siglo III A.C., normativizó la discapacidad ligada a las consecuencias del destino por pecados o crímenes cometidos por los antecesores. De hecho, según este código, “estaba permitido abandonar a los niños ciegos, considerados impuros y que debían ser excluidos de las ceremonias sagradas a los dioses”.¹⁴ Estas ideas estuvieron respaldadas por Platón y Aristóteles, quienes consideraban como acierto eliminar a las personas que naturalmente eran débiles o deficientes para la sociedad.¹⁵ En pocas palabras, en esta época de la historia, la discapacidad era considerada una desgracia.¹⁶

¹¹ Ferreira, Miguel A. V., “De la minus-valía a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico-metodológico”. *Política y Sociedad*, 47, No. 1, 2010, 45-65

¹² Palacios, *El modelo social de la discapacidad*, 37.

¹³ Ramírez Morera, Marcela, “La perspectiva histórica de la discapacidad: La coexistencia paradigmática”. *Revista Arjé* 6, Núm. 2, (2023), 6; López Bastías, La conceptualización de la discapacidad, 839.

¹⁴ Bastidas Santacruz, Sandra Patricia, “Imaginarios sociales de infancia en situación de discapacidad”. *Infancias Imágenes*, Vol. 12, Núm. 1, (2013) 52

¹⁵ López Bastías, *La conceptualización de la discapacidad*, 839.

¹⁶ López Bastías, *La conceptualización de la discapacidad*, 840

Para la Edad Media concluye la práctica del infanticidio de niños o niñas con discapacidad, y, de hecho, Los Concilios de Braga, ocurridos en los años 561 y 572 D.C, promovieron nuevas leyes de protección que castigaban las prácticas abortivas o los filicidios. Posteriormente, en la península ibérica, las leyes de los reyes godos implementaron la pena capital o la ceguera para las madres que mataran a sus hijos por nacer con alguna discapacidad.¹⁷ Durante este periodo de la historia, la visión que se tenía sobre la discapacidad da un giro significativo y se contempla esta condición como obra de Dios, lo que desencadena la misericordia y la caridad cristiana, y se convierte incluso en una indulgencia para alcanzar la salvación.

El modelo tradicional termina con la corriente humanista del renacimiento, la cual, junto a los movimientos sociales, inspirados en el lema de *liberté, égalité y fraternité*, de la Revolución Francesa, inciden en desvincular progresivamente la discapacidad de la demonología y del castigo divino.¹⁸ De otra parte, en el siglo XIX se producen avances terapéuticos en disciplinas tales como la medicina física, la psiquiatría, la psicología, el derecho y la educación, encaminados a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, y se buscaba, incluso, una sanación, dando vida así al *modelo médico o rehabilitador*, el cual se enfoca sobre todo en la salud de las personas y ve la discapacidad como una situación que invalida al individuo para ejercer cierto tipo de actividades en unas condiciones determinadas.¹⁹

Bajo este nuevo paradigma de la rehabilitación, se busca sanar a las personas con discapacidad, y, una vez curadas, inte-

¹⁷ Vivas Tesón, Inmaculada, “Mujer y discapacidad”, *Investigación y género. Avance en las distintas áreas de conocimiento*, (2009): 1471.

¹⁸ López Bastías, “La conceptualización de la discapacidad”, 841

¹⁹ Villa Fernández, Nuria, “Del ‘ocultamiento’ a la ‘visibilidad’: avances en los derechos de las personas con diversidad funcional durante un siglo (1907-2008)”. Universidad Pública de Navarra. (2009), 215; Padilla-Muñoz, *Discapacidad: contexto, concepto y modelos*, 402-403; Pérez Dalmeda y Chhabra, *Modelos teóricos de discapacidad*, 10-11.

grarlas a la sociedad. Bajo esta óptica, las causas de la discapacidad dejan de ser sobrenaturales, lo que incide en el reconocimiento de ciertos derechos, en especial el derecho a la salud. El modelo médico biológico se centra en la persona y sus condiciones físicas o cognitivas que le dificultan su interacción con las demás personas y con la sociedad en general.²⁰ Este modelo, como su propio nombre lo indica, se fundamenta en conceptos emanados de la ciencia médica, para la cual la discapacidad es vista como una condición fisiológica (natural o accidental) calificada como “anormal” respecto a un estándar determinado asumido como “normal” (que se ajusta a la norma).²¹

En otras palabras, en el marco del modelo médico, o de rehabilitación, la discapacidad es vista como un defecto, impedimento o deficiencia, mental o física, “que condiciona y restringe la experiencia vital de la persona con discapacidad”.²² Desde un punto de vista histórico, se estima que este modelo tuvo sus inicios entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, y a nivel normativo se consolidó durante “el primer tercio del siglo XX”, como resultado de los efectos ocasionados por la Primera Guerra Mundial, por la cantidad de heridos y mutilados que allí surgieron.²³ A diferencia del modelo tradicional, en el médico no se aparta a la persona totalmente, sino que se le ofrecen alternativas de rehabilitación a fin de lograr una mejor calidad de vida para ella. No obstante, en este modelo la discapacidad se sigue entendiendo como un problema exclusivo de la persona y de su familia, el cual se afronta desde el “asistencialismo, el paternalismo y la institucionalización”.²⁴ Este modelo ha sido útil para generar una taxonomía de la discapacidad y para impulsar avan-

²⁰ Padilla-Muñoz, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, 403

²¹ Ferreira, “De la *minus-valía* a la diversidad funcional”, 48.

²² Ferreira. “De la *minus-valía* a la diversidad funcional”, 57, [citado en Pérez Dalmeda y Chhabra, *Modelos teóricos de discapacidad*, 10].

²³ Jerónimo Sánchez-Beato, Estefanía, “Evolución del régimen jurídico de los derechos de las personas con discapacidad”. *Ratio Juris*, Vol. 17, Núm. 35, (2022), 528

²⁴ Sánchez-Beato, Jerónimo, *Evolución del régimen jurídico*, 528

ces de la medicina, pero al mismo tiempo ha contribuido a la estigmatización, la marginación y la exclusión de las personas con discapacidad.²⁵ En el ámbito de las políticas públicas, este modelo privilegia “la rehabilitación y las instituciones que median o reciben los efectos de la discapacidad, como las instituciones para atender u hospitalizar personas discapacitadas, colegios de educación especial, asilos para enfermos mentales, etc.”²⁶

Si bien los avances médicos han servido para mejorar las condiciones de vida de muchas personas con discapacidad, esto no ha frenado la exclusión que socialmente sufren. De hecho, durante mucho tiempo, en algunos lugares del mundo, era legal la castración, e incluso se les prohibía casarse y aparecer en público. Cabe señalar que, a pesar de los avances en materia legislativa, hay culturas donde, aún hoy en día, esto sigue ocurriendo. De otro lado, como ya se mencionó anteriormente, como si fuera una norma tácita, el modelo de belleza predominante en casi todo el mundo, sobre todo en Occidente, sigue generando, en muchas esferas sociales, la exclusión de las personas con discapacidad.

No obstante, es importante resaltar que, con este modelo se inicia el reconocimiento de derechos de este colectivo, no solo para aquellos que tienen una discapacidad de nacimiento o surgida por alguna patología, sino también de quienes la adquieren en un accidente laboral o como resultado de las guerras. Bajo este paradigma, el auge normativo fue impulsado, inicialmente, por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual publicó en el año 1955 una recomendación sobre la adaptación y la readaptación, con estándares profesionales, de las personas

²⁵ Padilla-Muñoz, Andrea, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 16, (2010), 403; Ferreira, De la minus-valía a la diversidad funcional, 48.

²⁶ Padilla-Muñoz, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, 403;

inválidas, la Recomendación No. 99. Esta recomendación ha sido catalogada como uno de los instrumentos más importantes en materia de dignificación del empleo de las personas con discapacidad, entre otros motivos por la incidencia que ha tenido en las legislaciones nacionales de muchos países sobre este tema de la capacitación e inserción de las personas con discapacidad en el mundo laboral.²⁷

Ahora bien, es importante aclarar que esta no ha sido la primera reglamentación que ha propendido por la defensa de las personas con discapacidad. De hecho, en la Alemania de los años 1920, se publicó la primera Ley de asistencia a todo tipo de inválidos, estableciendo la obligatoriedad de la rehabilitación a todos los menores de 18 años; y en España, se redacta en el año 1922, la Ley de Accidentes de Trabajo y se crea el Instituto Nacional de Reeducción de Inválidos.²⁸ Poco después, en el año 1929, tiene lugar en Ginebra el primer congreso de la Sociedad Internacional de Asistencia al Inválido de la Sociedad de Naciones, cuyas metas principales fueron la lucha contra la “invalidéz” y la igualdad sociocultural. En España, en el año 1938, se crea la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE); y nace en el año 1944 el Instituto de Medicina, Higiene y Seguridad del Trabajo; y en el año 1958 se constituye la Asociación Nacional de Inválidos Civiles (ANIC).²⁹

Por otro lado, cabe señalar que la propia OIT, había expedido ya dos recomendaciones anteriores, encaminadas a proteger los derechos de las personas con discapacidad, ya sea esta natural o adquirida. Una fue la Recomendación No. 22, de 1925, sobre la indemnización por accidentes de trabajo, y la otra, la

²⁷ Ruiz Santamaría, José Luis, “Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual”, *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 7, No 4, (2019), 125

²⁸ López Bastías, “La conceptualización de la discapacidad”, 842

²⁹ López Bastías, “La conceptualización de la discapacidad”, 842

Recomendación No. 71, de 1944, sobre la organización del trabajo, en el marco de la posguerra, en la que se hace una mención especial a los trabajadores discapacitados.³⁰

Luego, más adelante, en el Reino Unido, en el año 1978 se publica el documento conocido como "Informe Warnock", que además de ofrecer bases importantes para el desarrollo posterior de la bioética, plantea el principio de la integración en el ámbito escolar.³¹ En esta misma línea de defender el derecho a la educación de las personas con discapacidad (PcD), en junio del año 1994, la UNESCO celebró en Salamanca (España) la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales, bajo el lema "Acceso y calidad", que dio un primer impulso, trascendental, al tema de la educación inclusiva.

Antes del Informe Warnock, en el año 1948, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) publica la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que sentó un precedente en materia de defensa y protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, incluyendo, por supuesto, a las personas con discapacidad. Luego, en 1950, el Consejo Económico y Social de la ONU auspicia un programa internacional para la rehabilitación de personas con discapacidad física, el cual se pone en marcha en 1955.

En tercer lugar, está el modelo social, para muchos el más importante en el mundo actual, por las repercusiones que ha tenido tanto en la sociedad y en la cultura de occidente, como en el surgimiento de nuevas leyes y algunos tratados internacionales, como, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Este modelo entiende la discapacidad como “una construcción social, una relación entre las personas con discapacidad y la sociedad incapacitada”.³² En

³⁰ Ruiz Santamaría, “Trabajo decente de las personas con discapacidad”, 124

³¹ Sarah Franklin, “Developmental Landmarks and the Warnock Report: A Sociological Account of Biological Translation”. *Comparative Studies in Society and History* 61, No. 4, (2019):749

³² Shakespeare, Tom, “The Social Model of Disability”, en *The Disability Studies Reader (3rd edition)*. Nueva York: Routledge, 268, citado en Pérez Dalmeda y Chhabra, Modelos teóricos de discapacidad, 9

otras palabras, la discapacidad no depende del individuo sino de la sociedad que no sabe responder a las necesidades de todos sus ciudadanos y más bien pone barreras, físicas y actitudinales, que impiden el adecuado desarrollo de las personas con alguna discapacidad. En este sentido, Turturro ha señalado que no son las personas con discapacidad las que deben hacer un esfuerzo por integrarse, “sino que es la propia sociedad la que debe trabajar para incluirlas y hacer frente a sus necesidades”.³³ De otra parte, según la investigadora Estefanía Jerónimo, el modelo social pone de manifiesto que la persona con discapacidad es, ante todo, “un ser humano dotado de autonomía personal, subrayando la igual dignidad de todos los individuos con independencia de sus capacidades”.³⁴

Este modelo, como ya se dijo anteriormente, nace en la década de los 70, a partir de un movimiento surgido en Estados Unidos, conocido como Independent Living Movement (Movimiento de vida independiente), el cual, según Puig de la Bellacasa, generó, en su momento, el Modelo de la Autonomía Personal, que buscaba alejar la discapacidad de la visión paternalista, propia del modelo médico, y a su vez dignificar a las personas con discapacidad. En concordancia con estas premisas, este modelo busca impulsar la autodeterminación de cada persona para tener control sobre su propia vida.³⁵ Es importante aclarar que este modelo y, en especial el movimiento que lo genera fue impulsado por personas con discapacidades físicas, no cognitivas, ni de otra índole. Estas discapacidades físicas demandan, sobre todo, adaptaciones de las infraestructuras existentes

³³ Turturro Pérez de los Cobos, Sara, “El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE”. *Lex Social*, Revista de Derechos Sociales, 12, No. 1, (2022), 42

³⁴ Sánchez-Beato, Jerónimo, Evolución del régimen jurídico, 529

³⁵ Puig de la Bellacasa, Ramón, “Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad. En Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía”, *Discapacidad e información*, Madrid, España, Artegraf., 1990, 68, citado en López Bastías, *La conceptualización de la discapacidad*, 844.

para facilitar la movilidad con plena independencia. A este movimiento lo caracterizó un lema muy dicente: “Nada sobre nosotros sin nosotros”, lo que marcó su notable incidencia en el desarrollo de normas legales e institucionales, tales “como el Reconocimiento Universal de los Derechos de las Personas Deficientes Mentales y la Declaración de los Derechos de las Personas Minusválidas, ambas en 1971”.³⁶ Después vinieron otras muchas, tanto en Estados Unidos como en Europa y, luego en todo el mundo. Entre las medidas que surgieron en esa primera etapa, cabe mencionar el *Education For All Handicapped Children Act*, de 1973, surgido en Estado Unidos, y, un poco antes, el Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos, en España, creado en 1970, que posteriormente se convertiría en el Instituto Nacional de Servicios Sociales.³⁷ A nivel internacional, cabe citar –de esta época– la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Resolución 2856, de 1971, expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como la Declaración de los Derechos de los Impedidos, Resolución 3447, de 1975. Además de promover estas normativas, este movimiento de vida independiente ha impulsado aspectos esenciales para que las personas con discapacidad logren tener una mejor calidad de vida, tales como: la autodeterminación, la autoayuda, la posibilidad para ejercer poder, la responsabilidad sobre la propia vida, sobre sus acciones, y el derecho a asumir riesgos.

Como ya se aludió en párrafos anteriores, el modelo social no se ha quedado estático, y más bien ha tenido varias modificaciones que, en general, han procurado enriquecer la versión inicial del mismo y generar nuevas perspectivas sobre el concepto de discapacidad. Estas versiones, según Pérez Dalmeda & Chhabra, incluyen: a) el modelo social británico; b) el minoritario norteamericano; c) el modelo biopsicosocial; d) el escandinavo o rela-

³⁶ López Bastías, *La conceptualización de la discapacidad*, 845.

³⁷ López Bastías, *La conceptualización de la discapacidad*, 845.

cional; e) el cultural; f) el de diversidad funcional; y g) el modelo de los derechos humanos.³⁸ No es objeto del presente estudio profundizar sobre cada uno de estos modelos. Ahora bien, por su relevancia en materia de las ciencias del derecho y su influencia en aspectos legislativos, cabe aquí resaltar el modelo biopsicosocial y el modelo de los derechos humanos. Es importante resaltar que éste último es considerado por varios autores como un modelo independiente en sí mismo.³⁹

El modelo biopsicosocial, “aborda a la persona en forma integral”, y por ello reconoce aspectos esenciales como “los derechos humanos, la autonomía, la integración, las capacidades y los apoyos”, poniendo de relieve las implicaciones que tiene “la interacción de la persona con discapacidad y el ambiente donde vive, considerando los determinantes sociales que influyen y condicionan la discapacidad”.⁴⁰ Como puede observarse, este modelo tiene una visión más profunda de lo que significa y conlleva la discapacidad. Un elemento relevante de este modelo es que constituye la base de la *Clasificación internacional del funcionamiento, la discapacidad y la salud, CIF*, promulgada por la OMS en 2001, que ha propiciado una visión más amplia y, si se quiere, más holística de las diversas situaciones de discapacidad que puede tener cualquier persona. Este documento constituye una herramienta teórica de primer orden “para activistas de los derechos de las personas con discapacidad, investigadores y políticos del panorama internacional, quienes han tomado el modelo biopsicosocial como patrón para desarrollar un entendimiento común del concepto de discapacidad.”⁴¹

En cuanto al modelo de los derechos humanos, éste pone de relieve la dignidad del ser humano, es decir, “todo individuo es

³⁸ Pérez Dalmeda y Chhabra, *Modelos teóricos de discapacidad*, 13-21

³⁹ Akinbola, Paradigm shifts in disability models, 310; Theresia Degener. “Disability in a Human Rights Context”. *Laws*, 5, No. 35 (2016): 2

⁴⁰ Aristizábal Gómez, Kelly Viviana, “Cuando hablamos de discapacidad, ¿de qué hablamos?” *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 21, No. 40, 64.

⁴¹ Pérez Dalmeda & Chhabra, *Modelos teóricos de discapacidad*, 16

válido, no por ser útil económicamente, sino por su valor inherente” como persona.⁴² Este modelo complementa tanto al modelo social como al biopsicosocial, al reconocer que, como lo ha señalado Theresia Degener en varios artículos, la exclusión y la segregación que han sufrido por siglos las personas con discapacidad, no depende de su condición, sino ante todo de posturas y elecciones políticas basadas en una falsa concepción de lo que es la discapacidad.⁴³ Este modelo hace notar la influencia de las relaciones de poder que suelen dominar en las sociedades posmodernas y que terminan excluyendo a los más vulnerables, y por ello promueve un cambio de paradigma que enfoca la mirada en los derechos, más que en las necesidades, más en la inclusión que en la exclusión, en la igualdad de oportunidades, más que en la marginalización;⁴⁴ es decir, promueve la acción positiva para buscar soluciones y no se queda simplemente en señalar las barreras existentes. Este modelo ha tenido una especial relevancia en la elaboración y publicación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), de la ONU, en 2006.

3. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Desde los años setenta, hasta la fecha, han proliferado las leyes, los decretos, las normas y los tratados enfocados en proteger los derechos de las personas con discapacidad y otros colectivos normalmente discriminados por la sociedad. En la siguiente tabla se muestran los principales tratados internacionales relacionados con los derechos humanos y las personas con discapacidad que han sido promulgados, por la ONU, la OMS y la OIT, entre 1948 y 2024.

⁴² Quinn, Gerard & Theresia Degener. *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights instruments in the Context of Disability*. (2002) Nueva York: United Nations, citado en: Pérez Dalmeda & Chhabra, *Modelos teóricos de discapacidad*, 17

⁴³ Akinbola, *Paradigm shifts in disability models*, 311.

⁴⁴ Akinbola, *Paradigm shifts in disability models*, 311.

Tabla. Tratados internacionales sobre derechos humanos de las personas con discapacidad.

AÑO	TRATADO / CONVENIO INTERNACIONAL	ENTIDAD
1948	Declaración de los Derechos Humanos	ONU
1955	Programa Internacional de Rehabilitación de Minusválidos Físicos	Organización Mundial de la Salud (OMS)
1955	Recomendación sobre Rehabilitación y Empleo de los Inválidos, de la OIT	Organización Internacional del Trabajo (OIT)
1966	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sus dos Protocolos Facultativos	Naciones Unidas (ONU)
1966	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	ONU
1965	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD)	ONU
1971	Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Resolución 2856 de la AGNU	ONU
1975	Declaración de los Derechos de los Impedidos, Resolución 3447 de la AGNU	ONU
1979	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)	ONU
1980	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, de la OMS	(OMS)
1982	Programa de Acción Mundial para los Impedidos	ONU
1983	Convenio 159, Sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, de la OIT	OIT
1989	Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)	ONU
1990	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ICRMW)	ONU
1991	Principios para la protección de las personas con enfermedades mentales y la mejora de la atención de la salud mental	ONU
1993	Resolución 48/96: Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad	ONU
1994	Declaración de Salamanca y Marco de Acción sobre Necesidades Educativas Especiales	ONU

1999	Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	OEA
2002	Marco de acción del Milenio de Biwako hacia una sociedad inclusiva, sin barreras y basada en los derechos para las personas con discapacidad en Asia y el Pacífico	ONU
2006	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)	ONU

Después de 2006, no han surgido otros tratados internacionales de relevancia. Ahora bien, de todos los mencionados en esta tabla, el más importante y el que mayor trascendencia ha tenido, es, sin duda, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD),⁴⁵ el cual ha sido ratificado por 198 naciones en el mundo.⁴⁶ Esta convención se ha consolidado, en poco tiempo, como un instrumento de carácter internacional que promueve, protege y asegura el goce pleno y en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades de las personas con discapacidad, promoviendo el respeto a la dignidad humana. Es más, este instrumento ha logrado, durante su primera década de existencia, tener un profundo impacto, en todo el mundo, tanto en las políticas y leyes sobre discapacidad, como en las leyes sobre derechos humanos en general, resaltando la visión de discapacidad que promueve el modelo social.⁴⁷

Este instrumento inicia por esquematizar cuales son los tipos de discapacidad, anotando que esta situación incluye a las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que por su condición particular no logran participar de manera plena y efectiva en la sociedad, no tanto por su condición en sí misma, sino por las barreras físicas, sociales, culturales y actitudinales que encuentran.⁴⁸ De otro lado, siguiendo los

⁴⁵ Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*. 2ª edición. (México, CNDH, 2016/2020), 7.

⁴⁶ Según lo reportado en la página de Órganos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OHCHR.ORG) (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CRPD&Lang=es)

⁴⁷ Degener. Disability in a Human Rights Context, 1-2.

⁴⁸ CNDH, La Convención, 10

principios del modelo social y del modelo de los derechos humanos, este documento pone de relieve que las personas con discapacidad merecen tener igualdad de condiciones con los demás, teniendo en cuenta los principios de respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, la no discriminación, el derecho a la participación y a la inclusión plena y efectiva en la sociedad. Asimismo, la Convención hace un llamado al respeto por la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte natural de la diversidad y la condición humana. En este orden de ideas, el documento resalta, en su artículo 3, la importancia de garantizar la igualdad de oportunidades, la accesibilidad y la igualdad entre el hombre y la mujer, entre otros.⁴⁹

Cuando se publicó este instrumento para ser ratificado en cada nación, los Estados Parte que lo adoptaron se comprometieron a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, lo que implica, entre otras cosas, abolir, en todos los procesos judiciales, cualquier tipo de discriminación que pudiese presentarse por el hecho de que una persona posea alguna discapacidad. En este sentido, se han promovido diversas medidas de carácter legislativo y administrativo encaminadas a hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención, así como otras enfocadas en modificar o derogar leyes, políticas, reglamentos, costumbres o prácticas que puedan constituir discriminación frente a este colectivo.

Sin embargo, aunque las leyes, que siguen los lineamientos de la Convención, existen, su implementación no ha sido algo sencillo. Con el nuevo paradigma, los Estados se han visto obligados a entrar en una cultura bajo la cual tanto las autoridades responsables, como las instituciones públicas deben diseñar y aplicar medidas de control para que ninguna persona, organización o empresa –pública o privada- discrimine por motivos de discapacidad. Paralelamente, se ha creado la obligación de asig-

⁴⁹ CNDH, La Convención, 14

nar un presupuesto destinado a emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes y servicios, ayudas técnicas e instalaciones bajo los estándares universales para realizar las adaptaciones que se consideren pertinentes a fin de responder, de la mejor manera posible, a las necesidades específicas de las personas con discapacidad. A lo anterior, se suma no solo la elaboración y aplicación de legislación específica para proteger el derecho a la salud, sino todos los demás derechos fundamentales, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales que de manera progresiva deben ser aplicados en las legislaciones nacionales, en virtud del derecho internacional.

Ahora bien, aunque los Estados han manifestado la intención de elaborar y aplicar una nueva legislación con decretos y políticas que apunta a cumplir con los mandatos de la Convención, los actores estatales no disponen de todas las herramientas necesarias para poder cumplir a cabalidad con las nuevas normativas y, en parte por ello, se siguen violando los derechos de las personas con discapacidad, como lo demuestran los diversos casos que han llegado a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los últimos quince años.⁵⁰

Pese a que los estados, bajo el contexto de la globalización son sujetos internacionales plenos, con las capacidades necesarias para cumplir con sus deberes ante los organismos internacionales⁵¹ y como tales están facultados para asumir su responsabilidad por el incumplimiento de sus deberes jurídicos o el abuso de sus competencias, lo cierto que es que se siguen presentando, en diferentes formas y grados de complejidad, violaciones a los derechos fundamentales de las personas con disca-

⁵⁰ Reyes-Torres, Amaury A., "La protección de las personas con discapacidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el Enfoque de las Capacidades: de la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades," *American University International Law Review* 30, No. 2 (2015): 259-264

⁵¹ Cortés Martín, José Manuel, *Las Organizaciones internacionales: codificación y desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional* (Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008), 24.

pacidad.⁵² Esto pone de manifiesto que la legislación, por muy bien intencionada que sea y por bien diseñada que esté, no es suficiente para proteger a los más vulnerables; es necesario un cambio de actitud de las personas y de las entidades; es más, se requiere un cambio de cultura. Ante la persistencia en las injusticias, las personas con discapacidad deben seguir luchando y demandando sus derechos, y la igualdad de oportunidades en las diversas esferas de la vida social, en especial en lo relacionado con la educación, la salud, la justicia y el trabajo digno.

Aunque, a través de la historia, como se ha demostrado a lo largo de este artículo, se observan avances importantes en materia de protección de derechos humanos de las personas con discapacidad, las medidas tomadas hasta ahora no son suficientes o, por lo menos, no tienen la fuerza necesaria para que dejen de darse casos de vulneración de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, los tratados internacionales, aunque han influido en las legislaciones nacionales de muchos estados, no son vinculantes. El hecho de que se sigan infringiendo normas internacionales, y que se mantengan muchas barreras físicas y actitudinales, deja entrever la falta de compromiso político y moral de los gobiernos respecto a la adopción de medidas encaminadas a lograr la protección plena de los derechos y la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Por ejemplo, en Colombia no existen mecanismos legales sólidos, ni una voluntad política bien definida que impulsen la creación de programas encaminados a mejorar los entornos físicos –públicos o privados- de tal manera que sean accesibles y que, por ende, se garantice la libertad de movilidad. Pero no solo se trata de garantizar la accesibilidad física, también debe procurarse el adecuado acceso a la información, la salud, la educación, y la comunicación. En otras palabras, se necesitan acciones más decididas y efectivas para

⁵² Stang Alva, Las personas con discapacidad en América Latina, 11-12; Erick Gómez Tagle López & Dídimo Castillo Fernández, “Sociología de la discapacidad”. *Tla-melaua* 10, No. 40, (2016): 187.

eliminar –o disminuir al máximo– todo tipo de discriminación que se pueda presentar, así como para lograr una verdadera igualdad de oportunidades y la accesibilidad a todos los servicios que facilitan una vida digna.

Para finalizar, es posible concluir que, en materia de discapacidad, resulta pertinente conocer el pasado y entender el presente, para responder a los desafíos que implica la inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida, lo que comprende aspectos sociales, culturales, políticos, educativos, recreativos y de salud. Como ya se ha señalado, a pesar de contar con un vasto marco normativo que protege los derechos de las personas con discapacidad, existen en muchos países del mundo barreras que limitan el goce pleno de esos derechos y que no permiten que estas personas tengan una vida digna en igualdad de condiciones a los demás ciudadanos. A estas problemáticas se suma el caso de las mujeres con discapacidad, quienes suelen sufrir una doble discriminación, por ser mujeres y por su discapacidad; también está la discriminación por el grado de escolaridad que puedan alcanzar, en un sistema educativo que en pleno siglo XXI continúa excluyendo a las personas con capacidades diferentes, aunado a un sistema socio-laboral que no les ofrece oportunidades de un trabajo digno acorde con sus posibilidades. En síntesis, es necesario seguir trabajando desde la política, la sociología y el derecho para generar los cambios socioculturales necesarios que fortalezcan las normas y leyes ya existentes, y garanticen la defensa y protección plena de los derechos de las personas con discapacidad en todo el mundo.

REFERENCIAS

- Akinbola, B. R., “Paradigm shifts in disability models and human rights”. *East African Journal of Peace and Human Rights*, 8, No. 2, (2012), 300-315
- Aristizábal Gómez, Kelly Viviana, “Cuando hablamos de discapacidad, ¿de qué hablamos?” *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 21, No. 40, (2021): 59-72.

- Bastidas Santacruz, Sandra Patricia, “Imaginarios sociales de infancia en situación de discapacidad”. *Infancias Imágenes* 12, No. 1, (2013): 51-59.
- Bernabeu Mira, Elia, “The social model analysis of disability and the majority world.” *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico* 14, No. 2/2 (2012), 263-276
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*. 2ª edición. (México, CNDH, 2016/2020).
- Cortés Martín, José Manuel, *Las Organizaciones internacionales: codificación y desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional* (Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008)
- Degener Theresia, “Disability in a Human Rights Context”. *Laws*, 5, No. 35 (2016): 1-24.
- Del Águila Umeres, Luis Miguel, «El concepto de discapacidad y su importancia filosófica: investigación sobre un aspecto fundamental de la condición humana». Tesis de grado en Filosofía, Pontificia Universidad Católica del Perú, (2007).
- Ferreira, Miguel A. V., “De la *minus-valía* a la *diversidad funcional*: un nuevo marco teórico-metodológico”. *Política y Sociedad*, 47, No. 1, (2010), 45-65
- Franklin, Sarah, “Developmental Landmarks and the Warnock Report: A Sociological Account of Biological Translation”. *Comparative Studies in Society and History* 61, No. 4, (2019), 743–773.
- Gómez Tagle López, Erick, & Castillo Fernández, Dídimo, “Sociología de la discapacidad”. *Tla-melaua* 10, No. 40, (2016): 176-194.
- Jerónimo Sánchez-Beato, Estefanía, Evolución del régimen jurídico de los derechos de las personas con discapacidad. *Ratio Juris*, Vol. 17, Núm. 35, (2022), 523-552
- López Bastías, José Luis, “La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mirada a través

- de la evolución normativa”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 49, No. 273 (2019), 835-855.
- Padilla-Muñoz, Andrea, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 16, (2010), 381-414.
- Palacios, Agustina, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid, España: Ediciones Cinca, 2008)
- Pérez Dalmeda, María Esther y Gaga Chhabra, «Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas», *Revista Española de Discapacidad* 7, No. 1, (2019), 7-27. Doi:10.5569/2340-5104.07.01.01
- Ramírez Morera, Marcela, “La perspectiva histórica de la discapacidad: La coexistencia paradigmática.” *Revista Arjé* 6, No. 2, (2023), 1-24. <https://revistas.utn.ac.cr/index.php/arje/article/view/651/1064>
- Reyes-Torres, Amaury A., "La Protección de las Personas con Discapacidad en la Convencion Americana sobre Derechos Humanos desde el Enfoque de las Capacidades: De la Igualdad de Trato a la Igualdad de Oportunidades," *American University International Law Review* 30, No. 2 (2015): 249-284
- Ruiz Santamaría, José Luis, “Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual”, *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 7, No 4, (2019): 112-136
- Shakespeare, Tom, «The social model of disability». En: *The disability studies reader*, Fifth Edition, Ed. by Lennard J. Davis (New York, Routledge, 2017), 197-204.
- Stang Alva, María Fernanda, *Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real*. (Chile. Naciones Unidas. CEPAL, 2011).
- Turturro Pérez de los Cobos, Sara, “El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del

- artículo 49 CE”. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12, No. 1, (2022): 37-65
- Ullmann, Heidi, “Discapacidad y políticas públicas: avances y desafíos institucionales en América Latina”. En: R. Martínez (Ed.). *Institucionalidad social en América Latina y el Caribe*. (Santiago de Chile: CEPAL. 2017). 297-298.
- Victoria Maldonado, Jorge A., “El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46, No. 138, (2013): 1093-1109.
- Villa Fernández, Nuria, “Del "ocultamiento" a la "visibilidad": avances en los derechos de las personas con diversidad funcional durante un siglo (1907-2008)”. En: *El largo camino hacia una educación inclusiva: La educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009*. Universidad Pública de Navarra. (2009): 209-222.
- Vivas Tesón, Inmaculada, “Mujer y discapacidad”. En *Investigación y género: avance en las distintas áreas del conocimiento: I Congreso Universitario Andaluz* "Investigación y Género: Sevilla, 17 y 18 de junio 2009, Universidad de Sevilla (2009): 1469-1488.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA: FUNDAMENTOS, DESAFÍOS Y EVOLUCIÓN EN LA ERA DIGITAL

COMPETITION LAW: FUNDAMENTALS, CHALLENGES AND EVOLUTION IN THE DIGITAL ERA

MARIO EMILIO GUTIÉRREZ CABALLERO¹

RESUMEN

El presente documento tiene como objetivo principal analizar los principios y objetivos del Derecho de la Competencia Económica, destacando su importancia en la promoción de la eficiencia económica y la protección del bienestar del consumidor. La relevancia del tema se justifica con la transformación experimentada por los mercados globales con la digitalización y la globalización. La metodología del trabajo se basa fundamentalmente en una revisión exhaustiva de la literatura académica internacional y de la normativa aplicable en México al Derecho de la Competencia Económica; un análisis histórico con enfoque comparativo y crítico, evaluando los principios fundamentales y dilemas éticos frente a retos actuales. Se integran teorías económicas. Entre las conclusiones más relevantes destacan la esencialidad de esta rama del Derecho para la regulación de los mercados, asegurando una competencia justa y efectiva; así

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL) con estudios de posgrado en las universidades de Tulane, McGill, Oxford, Cambridge y Universidad Panamericana. Ha sido profesor en varias universidades incluyendo ITESM, UdeM y UANL. Desde 2007 es profesor de licenciatura y posgrado de la UANL, donde actualmente se desempeña como Abogado General. Con más de 25 años de experiencia en despachos nacionales e internacionales, se ha especializado en Derecho Transaccional, Corporativo y Competencia Económica. En el sector público, ha ocupado cargos en niveles municipal, estatal y federal, destacándose como Diputado Local en el Congreso del Estado de Nuevo León, Director General de Vinculación Política de la Secretaría de Economía del Gobierno de la República, Director General de la COFEMER y primer Comisionado Nacional de la CONAMER entre 2015 y 2018.

como la necesidad de su adaptación frente a los desafíos actuales, como la globalización y la digitalización.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la competencia económica; globalización; digitalización; Ley Sherman; Unión Europea; México; Ley Federal de Competencia Económica; conductas anticompetitivas; eficiencia económica; bienestar del consumidor; innovación; regulación; dilemas éticos y morales; plataformas tecnológicas; sostenibilidad ambiental; justicia económica; cooperación internacional.

ABSTRACT

The present paper has as main goal to analyze the principles and objectives of Competition Law, highlighting its importance in the promotion of economic efficiency and the protection of the consumer's welfare. The topic's relevance is justified with the transformation experimented by the global markets with digitalization and globalization. The manuscript's methodology is fundamentally based on an exhaustive examination of international academic literature and applicable regulations in Mexico's Competition Law; an historic analysis with a comparative approach, reviewing the fundamental principles and ethical dilemmas forehead present challenges. Economic theories are integrated. Among the most relevant conclusions, the essentiality of Competition Law for markets regulation stands out, assuring a fare and effective competition; as well as the necessity of its adaptation before present challenges, such as globalization and digitalization.

KEYWORDS: Competition Law; globalization; digitalization; Sherman Act; European Union; Mexico; Federal Economic Competition Act; antitrust conduct; economic efficiency; consumer welfare; innovation; regulation; ethical and moral dilemmas; technological platforms; environmental sustainability; economic justice; international cooperation.

Sumario: Introducción. 1. Fundamentos del Derecho de la Competencia Económica. 2. Importancia y beneficios del Derecho de la Competencia Económica. 3. Dilemas éticos y morales en el Derecho de la Competencia Económica. 4. Ámbitos de estudio del Derecho de la Competencia Económica. 5. Evolución y futuro del Derecho de la Competencia Económica. 6. Retos y desafíos actuales del Derecho de la Competencia Económica. 7. Conclusiones. Referencia bibliográfica.

INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Competencia Económica es la rama del derecho que se ocupa de regular las conductas de las empresas² en el mercado para asegurar la existencia de una competencia justa y efectiva. Esta rama del derecho tiene como principal objetivo evitar conductas anticompetitivas³ que puedan perjudicar a los consumidores y a la economía en general. Su importancia radica en la protección del mercado competitivo, promoviendo la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.⁴

El desarrollo del Derecho de la Competencia Económica se ha visto influido por diversos acontecimientos históricos y teorías económicas. Sus raíces se encuentran en la Ley Sherman de 1890 en los Estados Unidos, una de las primeras leyes de competencia económica modernas del mundo que buscaba combatir los monopolios y las prácticas restrictivas de la competencia económica.⁵ En Europa, el marco moderno del Derecho de la

² Salvo que se indique expresamente lo contrario, en este trabajo se utiliza el término “empresa” como sinónimo de “Agente Económico” como dicho término se encuentra definido en el Artículo 3, fracción I de la LFCE.

³ Las conductas anticompetitivas se refieren a las establecidas en el Título Único del Libro Segundo de la LFCE e incluye a los monopolios, prácticas monopólicas absolutas, prácticas monopólicas relativas, barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, así como las concentraciones ilícitas.

⁴ I. Gavil, Andrew et al., *Antitrust law in perspective: cases, concepts, and problems in competition policy*, Fourth edition, American casebook series (St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2022), 5-6.

⁵ I. Gavil, Andrew, et al., *Antitrust law in perspective: cases, concepts, and problems in competition policy*, Fourth edition, American casebook series (St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2022), 13-14.

Competencia Económica se consolidó con la creación de la Unión Europea y la implementación principalmente en los artículos 3 apartado 3, 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo el “TFUE”).⁶

En México, formalmente la política de competencia económica inició con su incorporación en la Constitución Mexicana de 1857, misma Constitución que prohíbe los monopolios y las prácticas o medidas que impiden la libre concurrencia.⁷ Posteriormente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (en lo sucesivo la “CPEUM”) reiteró, amplió y desarrolló la política de competencia económica establecida por su predecesora, al prohibir los monopolios, las concentraciones ilegales, las conductas tendientes a evitar la libre concurrencia, los acuerdos o combinaciones para evitar la competencia, y en general lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas. Desde el texto original de la CPEUM se señaló expresamente que dichos actos se castigarán severamente y estableció la obligación para que las autoridades las persigan con eficacia⁸. Sin embargo,

⁶ Jones, Alison, B. E. Sufrin, y Niamh Dunne, *EU competition law: text, cases, and materials*, Eighth edition (Oxford, United Kingdom ; New York, NY: Oxford University Press, 2023), 33-35.

⁷ Lo anterior se deduce de la lectura conjunta de los artículos 28 y 4º de la Constitución mexicana de 1857, mismas disposiciones que señalan: “Art. 28. No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección á la industria. Exceptuánse únicamente los relativos á la acuñación de moneda, á los correos y á los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley á los inventores ó perfeccionadores de alguna mejora.” Por su parte, en su artículo 4º se establece: “Art. 4º Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria ó trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni uno ni otro se le podrá impedir sino por sentencia judicial, cuando ataque los derechos de tercero, ó por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda los de la sociedad.”

⁸ Previo a la aprobación de la CPEUM en 1917, fue aprobada en esta materia la Ley de Industrias de Transformación, publicada en el DOF el 13 de mayo de 1914. Posterior a la promulgación de la CPEUM, México aprobó tres leyes federales relacionadas con su política de competencia económica: (i) la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en materia de Monopolios publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (“DOF”) el 31 de agosto de 1934; (ii) la Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos, publicada en el DOF el 25 de junio de 1937, y (iii) la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, publicada en el DOF el 30 de diciembre de 1950.

desde la promulgación de la CPEUM en 1917 y los siguientes 65 años, la economía mexicana se caracterizó por la estatización de unidades productivas, por su política económica de control de precios, por la colusión de grupos económicos protegida y alentada por el Estado, y por el ferreo control de las exportaciones.

Fue hasta el 24 de diciembre de 1992 con la emisión de la primera Ley Federal de Competencia Económica que en México se instauró un sistema de competencia económica moderno.⁹ Posteriormente, el 11 de junio de 2013 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (en lo sucesivo el “DOF”) un Decreto por medio del cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la CPEUM, con lo que se actualizó y modernizó el marco constitucional de la competencia económica en México. Dicha reforma constitucional se complementó con su ley regulatoria respectiva, para lo cual el 23 de mayo de 2014 se publicó en el DOF la actual Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo la “LFCE”), que se encuentra vigente.

El Derecho de la Competencia Económica busca impedir el poder de mercado excesivo y promover condiciones que maximizan el bienestar del consumidor. Esto se logra asegurando que los precios reflejen el costo real de producción y los recursos se asignen eficientemente. También pretende mitigar comportamientos anticompetitivos que restrinjan la libertad económica de los participantes en el mercado.¹⁰

Según el artículo 2 de la LFCE, el bien jurídico tutelado es la “promoción, protección y garantía de la libre concurrencia y la competencia económica”. El objetivo es mantener un mercado libre y dinámico donde las fuerzas del mercado operen sin restricciones indebidas, incentivando la innovación y la eficiencia.

El Derecho de la Competencia Económica enfrenta dilemas éticos como la intervención regulatoria que puede ser vista como

⁹ De conformidad con sus artículos transitorios dicha ley inició su vigencia 180 días posteriores a su publicación en el DOF, i.e., el 23 de junio de 1993.

¹⁰ Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 20-21.

una intrusión en la libertad empresarial. Además, existen tensiones entre los objetivos económicos y valores sociales como la equidad y la justicia social.¹¹ La influencia de consideraciones políticas también plantea desafíos morales, incluyendo el riesgo de captura regulatoria.¹²

A pesar de los dilemas éticos, existen fuertes argumentos a favor del Derecho de la Competencia Económica, ya que esta rama del derecho promueve la innovación y la eficiencia, previniendo abusos de poder de mercado y estimulando a las empresas a mejorar continuamente sus productos y servicios, beneficiando así a los consumidores y contribuyendo al crecimiento económico.¹³

Los principios fundamentales del Derecho de la Competencia Económica incluyen la eficiencia económica, la protección del consumidor y la equidad en el mercado. Se reconoce también la integración de objetivos sociopolíticos como la sostenibilidad ambiental y la justicia económica para asegurar el bienestar a largo plazo de la sociedad.¹⁴

El Derecho de la Competencia Económica enfrenta desafíos en el contexto moderno, especialmente con el auge de los mercados digitales y las grandes empresas tecnológicas. Estas presentan características únicas, como los efectos de red y la centralidad de los datos, que requieren nuevos enfoques regulatorios.¹⁵

La importancia del Derecho de la Competencia radica en su capacidad para fomentar una competencia justa, promover la innovación y proteger a los consumidores, asegurando así un entorno de mercado que impulse el crecimiento económico y mejore los estándares de vida.¹⁶

¹¹ Gavil et al, 391-392.

¹² Wayne Dale Collins y American Bar Association, eds., *Issues in Competition Law and Policy* (Chicago, Ill: American Bar Association, 2008), 305-06.

¹³ Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 70-71.

¹⁴ Jones, Sufrin, y Dunne, *EU competition law*, 40-41.

¹⁵ Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 962-63.

¹⁶ Richard Whish y David Bailey, *Competition law*, Tenth edition (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2021), 12-13.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DEL ARTÍCULO ACADÉMICO

El tema del artículo es relevante debido a la transformación que han experimentado los mercados globales con la digitalización y la globalización. El Derecho de la Competencia Económica es fundamental para mantener la competencia justa y efectiva en los mercados, proteger el bienestar del consumidor y promover la eficiencia económica. La revisión histórica y la evaluación de los desafíos actuales subrayan la necesidad de enfoques regulatorios innovadores para abordar las características únicas de los mercados digitales.

OBJETIVOS

El presente artículo académico tiene como objetivo principal analizar los principios y objetivos del Derecho de la Competencia Económica, destacando su importancia en la promoción de la eficiencia económica y la protección del bienestar del consumidor. Se pretende explorar las raíces históricas de esta disciplina y evaluar los dilemas éticos y morales asociados a la regulación de la competencia económica. Además, se busca identificar y discutir los retos contemporáneos del Derecho de la Competencia Económica en el contexto de la globalización y la digitalización, proponiendo enfoques regulatorios innovadores para los mercados digitales.

METODOLOGÍA EMPLEADA

La metodología del presente trabajo académico se basa fundamentalmente en una revisión exhaustiva de la literatura académica internacional y la revisión normativa aplicable en México al Derecho de la Competencia Económica. Incluye un análisis histórico desde la Ley Sherman de 1890 en Estados Unidos hasta la consolidación del marco jurídico en la Unión Europea y su evolución en México. El enfoque es comparativo y crítico, evaluando los principios fundamentales del Derecho de la Competencia Económica, sus dilemas éticos y los retos actuales. Se integran teorías económicas relevantes para fundamentar el análisis.

CONCLUSIONES MÁS RELEVANTES

Las conclusiones del presente trabajo destacan que el Derecho de la Competencia Económica es esencial para la regulación de los mercados, asegurando una competencia justa y efectiva. Frente a los desafíos actuales, como la globalización y la digitalización, el Derecho de la Competencia Económica debe adaptarse para integrar objetivos sociopolíticos más amplios, como la sostenibilidad ambiental y la justicia económica. La cooperación internacional y la innovación en los enfoques regulatorios son fundamentales para enfrentar las conductas anticompetitivas transfronterizas. En última instancia, la evolución continua del Derecho de la Competencia Económica es necesaria para garantizar que los mercados funcionen de manera óptima, beneficiando tanto a la economía como a la sociedad en general.

1. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

¿QUÉ ES EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA?

El Derecho de la Competencia Económica comprende un conjunto de normas jurídicas que buscan promover la sana competencia, proteger a los consumidores y mantener la integridad de los mercados competitivos. El Derecho de la Competencia Económica se enfoca en evitar conductas anticompetitivas que puedan distorsionar la dinámica del mercado. El Derecho de la Competencia Económica está influenciado por modelos administrativos, diseños institucionales y teorías económicas que orientan las decisiones políticas y administrativas hacia estos objetivos.

CONTEXTO HISTÓRICO INTERNACIONAL Y DESARROLLO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

El origen del Derecho de la Competencia Económica moderno se encuentra en la rápida industrialización de finales del siglo XIX. La Ley Sherman de 1890 fue la primera legislación federal en combatir prácticas monopolísticas, estableciendo un marco

para mantener la competencia al prohibir la monopolización y restringir cárteles. Esta legislación surgió en respuesta a las prácticas de los “trusts”, conglomerados empresariales que dominaban el mercado y eliminaban la competencia mediante control de precios y otras tácticas monopólicas. Además de la Ley Sherman, el marco legal estadounidense se complementa con la Ley Clayton y la Ley de la Comisión Federal de Comercio, que juntas forman un sistema legal robusto para abordar las prácticas anticompetitivas cárteles.¹⁷

En la Unión Europea, el desarrollo del Derecho de la Competencia Económica tiene sus raíces en el Tratado de Roma de 1957, mismo que buscaba integrar los mercados europeos y evitar prácticas anticompetitivas que obstaculizaran el mercado común, como se evidencia en los artículos del TFUE que prohíben prácticas similares a las abordadas por la legislación estadounidense medioambientales.¹⁸

En México, el Derecho de la Competencia Económica tiene sus antecedentes modernos a mediados de la década de 1980, siendo una respuesta a la situación prevaleciente que incluía una economía ralentizada y severas crisis financieras. Así, México inició un cambio significativo en su política económica hacia una economía de libre mercado.¹⁹ Este cambio incluyó ajustes estructurales como recortes presupuestarios, devaluación del peso y eliminación de subvenciones. Además, siguiendo la tendencia internacional liderada por el Reino Unido y EE.UU., México privatizó industrias, liberalizó el comercio y mejoró la regulación.

El 24 de julio de 1986, México se adhirió al Acuerdo General

¹⁷ Anthony Sullivan, Lawrence y Warren S. Grimes, *The law of antitrust: an integrated handbook*, 2nd ed, Hornbook series (St. Paul, Minn: Thomson/West, 2006).

¹⁸ Whish y Bailey, *Competition law*.

¹⁹ Valdés Abascal, Rafael y Enrique de la Peña Fajardo, «Chapter 24 - Mexico», en *The Merger Control Review*, ed. Ilene Knable Gotts, Tenth edition (London, UK: Law Business Research Ltd, 2019), <https://valdesabascal.com.mx/wp-content/uploads/2020/03/Merger-Control-Review-Mexico-Versi%C3%B3n-para-Publicar.pdf>.

sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), y el 17 de diciembre de 1992 firmó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que entró en vigor el 1 de enero de 1994. El TLCAN obligó a los países miembros a adoptar medidas contra conductas anticompetitivas y a cooperar para aplicar efectivamente la legislación en materia de competencia económica.

En preparación para el TLCAN, el Titular del Ejecutivo Federal envió al Congreso una propuesta de Ley Federal de Competencia Económica el 26 de noviembre de 1992, la cual fue aprobada y publicada el 24 de diciembre de 1992 (en lo sucesivo la “1ª LFCE”). La 1ª LFCE prohibía monopolios, colusión entre competidores, abusos de poder en el mercado y concentraciones ilegales, además de establecer la revisión ex-ante de ciertas concentraciones. Esta ley creó la Comisión Federal de Competencia (en lo sucesivo la “COFECO”) como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial²⁰ (hoy denominada Secretaría de Economía) como principal autoridad encargada de su implementación.

A pesar de sus esfuerzos, la COFECO enfrentó críticas por su debilidad institucional y la ineficacia de sus procedimientos, lo que llevó a reformas de la 1ª LFCE en 2006 y 2011 para fortalecer sus facultades y atribuciones sancionatorias.

Posteriormente, el 11 de marzo de 2013, el Titular del Ejecutivo Federal presentó una iniciativa de reforma constitucional para establecer los principios de un renovado y actualizado sistema de competencia económica mexicano. Esta reforma fue publicada el 11 de junio de 2013 y condujo a la LFCE, misma que entró en vigor el 7 de julio de 2014.

OBJETIVOS, FINES Y PROPÓSITOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

En una etapa inicial, el objetivo del Derecho de la Competencia en los EE.UU. era frenar el poder excesivo de monopolios y de

²⁰ Ver artículo 23 de la 1ª LFCE.

los *trusts*. Con el tiempo, los objetivos se han expandido para incluir la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.²¹ Hacia finales del siglo XX, se integraron consideraciones económicas más amplias, como la promoción de la innovación, reflejando un enfoque más dinámico del mercado.²²

Lo anterior toda vez que el desarrollo del Derecho de la Competencia Económica está influenciado por diversas teorías económicas tales como la economía política clásica, misma que enfatiza la mano invisible de la competencia para lograr eficiencia e innovación; la economía neoclásica, la cual resalta la importancia de mercados competitivos para la eficiencia; la escuela de Harvard que introdujo el paradigma de “Estructura-Conducta-Rendimiento”, asociando la concentración del mercado con menor competencia; la escuela de Chicago que aboga por un enfoque “laissez-faire”, enfatizando la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, y Teorías post-Chicago que introducen análisis más sofisticados para evaluar los efectos de las prácticas empresariales en la competencia. También, la teoría económica del ordoliberalismo ha influido en el desarrollo del Derecho de la Competencia Económica en la UE, enfatizando la necesidad de un marco legal para prevenir la concentración de poder económico.²³

Hoy en día el Derecho de la Competencia Económica tiene múltiples objetivos, que incluyen (i) la protección del proceso competitivo al asegurar que la competencia sea justa y abierta, permitiendo la entrada de nuevos participantes al mercado; (ii) la promoción del bienestar del consumidor que garantiza que los consumidores se beneficien de precios más bajos, productos de calidad y una mayor variedad de opciones; (iii) la mejora de la

²¹ Jones, Sufrin, y Dunne, *EU competition law*.

²² Whish y Bailey, *Competition law*.

²³ A. Crane, Daniel y Herbert Hovenkamp, *The Making of Competition Policy: Legal and Economic Sources* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

eficiencia económica al promover la eficiencia productiva, distributiva y dinámica, incentivando la innovación y optimización de recursos; (iii) la integración y fortalecimiento del mercado nacional al facilitar el comercio interestatal y garantizar una competencia justa en todo el territorio; (iv) el fomento a la innovación al incentivar a las empresas a desarrollar nuevos productos y servicios; (v) la protección de la estructura del mercado al evitar la concentración de poder económico que pueda dañar la competencia, y (vi) la equidad y justicia económicas al crear condiciones equitativas donde todas las empresas puedan competir de forma justa.²⁴

Además, actualmente existe un debate internacional en relación con la pertinencia de reconocer la importancia de integrar objetivos sociopolíticos más amplios, como la sostenibilidad ambiental y la justicia económica, en la aplicación del Derecho de la Competencia Económica. Los retos actuales en este campo surgen principalmente del auge de los mercados digitales y las grandes empresas tecnológicas, que presentan características únicas, como los efectos de red y el papel central de los datos, requiriendo nuevos marcos regulatorios para mantener la competencia efectiva.

Por lo anterior, podemos advertir que la importancia del Derecho de la Competencia Económica se manifiesta en su capacidad para fomentar la competencia justa, impulsar la innovación y proteger a los consumidores, garantizando así que los mercados funcionen de manera óptima en beneficio de la economía y la sociedad en general.

Desde sus inicios, el Derecho de la Competencia Económica ha estado en constante evolución, adaptándose a las necesidades del momento de las sociedades. Hoy vivimos un cambio de época, y debemos de reconocer que nuestra sociedad ha vuelto a cambiar, por lo que se requiere de una adaptación del marco

²⁴ Ver por ejemplo (Faull y Nikpay 2014), (Gavil, y otros 2022), (Jones, Surfin y Dunne, *EU Competition Law - Text, Cases, and Materials*, 7th Ed 2019), (Motta 2004), y (Sullivan y Grimes 2006)

legal para enfrentar los desafíos emergentes y asegurar que la competencia siga siendo justa y equitativa, reflejando valores sociales como la justicia y la equidad, y contribuyendo a una estabilidad económica y política más amplia.

2. IMPORTANCIA Y BENEFICIOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

El Derecho de la Competencia Económica desempeña un papel fundamental en las economías modernas al garantizar el funcionamiento eficiente de los mercados, promoviendo la innovación, protegiendo a los consumidores y fomentando el crecimiento económico sostenible. Este marco legal es crucial para prevenir y combatir los monopolios y prácticas anticompetitivas que pueden resultar en precios más altos, menor producción y menos innovación, lo cual impacta negativamente en los consumidores (Motta 2004)(pp. 18-19).

La implementación del Derecho de la Competencia Económica genera importantes beneficios, entre los que se encuentran:

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL MERCADO

Uno de los objetivos principales del Derecho de la Competencia Económica es la protección del bienestar del consumidor. Asegura que los consumidores tengan acceso a una variedad de productos de calidad a precios competitivos, fomentando así una mayor oferta y calidad en los bienes y servicios disponibles.²⁵ Cuando las empresas compiten en un mercado justo, se ven obligadas a mejorar continuamente sus productos y servicios, lo que lleva a una mayor innovación y mejores opciones para los consumidores.²⁶

PROMOCIÓN DE LA EFICIENCIA ECONÓMICA

El Derecho de la Competencia Económica promueve la eficiencia económica en varias dimensiones: distributiva, productiva y dinámica. La eficiencia distributiva asegura que los recursos se

²⁵ Whish y Bailey, *Competition law*, 19.

²⁶ Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 5-6.

utilicen en las áreas donde son más valiosos, maximizando así el bienestar del consumidor. La eficiencia productiva implica que los bienes y servicios se produzcan al menor costo posible, minimizando desperdicios y optimizando procesos.²⁷ La eficiencia dinámica se refiere a la capacidad de los mercados competitivos para impulsar la innovación y el progreso tecnológico, esenciales para el crecimiento económico a largo plazo.²⁸

PREVENCIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

El marco legal actúa como una barrera contra conductas anti-competitivas, tales como la formación de cárteles, el abuso de posición dominante y las concentraciones ilícitas que puedan perjudicar el funcionamiento del mercado y, por ende, a los consumidores. Los cárteles, al fijar precios o limitar la producción, pueden causar daños significativos al mercado y a los consumidores, por lo que su detección y sanción es fundamental para el mantenimiento de mercados saludables.²⁹

FOMENTO DE LA INNOVACIÓN

La innovación es un motor clave para el crecimiento económico, y el Derecho de la Competencia Económica fomenta un entorno donde las empresas están incentivadas a innovar para diferenciarse de sus competidores. Este dinamismo en el mercado no solo genera beneficios directos para los consumidores, sino que también contribuye al avance tecnológico y al desarrollo económico sostenido^{30,31}

IMPULSO AL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y DESARROLLO

El Derecho de la Competencia Económica crea un entorno favorable para el desarrollo económico al garantizar que los mercados sean accesibles y competitivos, permitiendo la entrada de

²⁷ Gavil et al, 21.

²⁸ Whish y Bailey, *Competition law*, 18.

²⁹ Sullivan y Grimes, *The law of antitrust*, 3-4.

³⁰ Sullivan y Grimes, 305-06.

³¹ Whish y Bailey, *Competition law*, 8.

nuevas empresas y la creación de empleo. Este entorno incluso fomenta la diversidad económica y la resiliencia, siendo un factor clave para atraer inversiones nacionales y extranjeras que contribuyen al crecimiento económico.³²

INTEGRACIÓN ECONÓMICA MUNDIAL

En un contexto de globalización, el Derecho de la Competencia Económica facilita la integración de los países en el mercado global, asegurando que sus mercados sean competitivos y no se vean afectados por distorsiones económicas. Esto es crucial para los países en desarrollo que buscan atraer inversión extranjera directa, la cual aporta capital, tecnología y experiencia al país anfitrión, mejorando su competitividad y capacidad de recuperación económica^{33,34}

RESILIENCIA ECONÓMICA EN TIEMPOS DE CRISIS

Durante crisis económicas, como la crisis financiera de 2008, la aplicación del Derecho de la Competencia Económica es vital para la recuperación. Mantener mercados competitivos garantiza que las empresas continúen operando eficientemente, apoyando la recuperación económica y asegurando la estabilidad del mercado a largo plazo.³⁵

EQUILIBRIO DE OBJETIVOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Además de su enfoque en la eficiencia económica, el Derecho de la Competencia Económica refleja valores sociales más amplios, como la equidad y la justicia. Al garantizar condiciones equitativas para todas las empresas, independientemente de su tamaño, se evita la concentración del poder

³² Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 20-21.

³³ Faull, Jonathan, Ali Nikpay, y Deirdre Taylor, *The EU Law of Competition*, 3rd ed (Oxford: Oxford university press, 2014), 184.

³⁴ Collins y American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy*, 71-72.

³⁵ Rose, Vivien, et al., eds., *European Union law of competition*, Seventh edition (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013), 391.

económico y se promueve una distribución más justa de las oportunidades económicas.³⁶

CONTRIBUCIÓN A LA ESTABILIDAD ECONÓMICA Y POLÍTICA

Finalmente, al prevenir la formación de monopolios y concentraciones de poder económico, el Derecho de la Competencia Económica contribuye a una mayor estabilidad económica y política. Este equilibrio es esencial para mantener un panorama económico justo y evitar influencias desproporcionadas en el mercado que puedan amenazar la estabilidad social.³⁷

3. DILEMAS ÉTICOS Y MORALES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

El Derecho de la Competencia Económica enfrenta diversos dilemas éticos y morales que surgen de la tensión entre principios económicos, valores sociales y políticos, y la necesidad de regulación para mantener mercados justos y competitivos.

Entre los principales dilemas éticos y morales que enfrenta el Derecho de la Competencia Económica, se encuentran:

EQUILIBRIO ENTRE BIENESTAR DEL CONSUMIDOR Y LIBERTAD DE MERCADO

Uno de los dilemas éticos fundamentales es el equilibrio entre el bienestar del consumidor y la libertad de mercado. La tradición ordoliberal, que ha influido significativamente en el derecho de la competencia de la UE, enfatiza la protección de la libertad económica individual y la estructura del mercado por encima de los beneficios directos para el consumidor.³⁸ Esto genera tensiones entre promover estructuras de mercado competitivas y garantizar beneficios inmediatos para los consumidores.

³⁶ Sullivan y Grimes, *The law of antitrust*, 6-7.

³⁷ Motta, Massimo, *Competition policy: theory and practice* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2004), 27-28.

³⁸ Faull, Nikpay, y Taylor, *The EU Law of Competition*, 162.

EFICIENCIA ECONÓMICA VS. EQUIDAD

La tensión entre promover la eficiencia económica y garantizar la equidad es un dilema constante. La Escuela de Chicago se centra en el bienestar del consumidor a través de la eficiencia de precios, descuidando consideraciones sociales más amplias como la equidad.³⁹ Por otro lado, la Escuela Neo-Brandeisiana promueve un enfoque inclusivo que considera la equidad económica y la sostenibilidad.

CONTROLES DE PRECIOS Y PRECIOS EXCESIVOS

Existen dilemas sobre si las autoridades deben intervenir para controlar precios en mercados donde la entrada está restringida y las empresas pueden abusar de su poder cobrando precios excesivos. Lo anterior plantea la cuestión ética de la intervención para proteger a los consumidores, equilibrando la libertad económica con la protección del consumidor.⁴⁰

DISUASIÓN EXCESIVA E INSUFICIENTE

El equilibrio entre disuasión excesiva y disuasión insuficiente es otro dilema. La disuasión excesiva puede desalentar la competencia saludable, mientras que la insuficiente permite prácticas anticompetitivas perjudiciales. Esto requiere diseñar normas que distingan entre conductas competitivas y anticompetitivas.⁴¹

LIBERTAD ECONÓMICA VS. INTERVENCIÓN REGULADORA

El Derecho de la Competencia Económica enfrenta el reto de proteger la libertad económica mientras se justifica la intervención reguladora para evitar conductas que perjudiquen el bienestar del consumidor. Este dilema es evidente en la regulación de restricciones territoriales que pueden limitar la libertad de minoristas, pero que podrían justificarse por eficiencia económica.⁴²

³⁹ Whish y Bailey, *Competition law*, 21.

⁴⁰ Motta, *Competition policy*, 27-28.

⁴¹ Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 71-72.

⁴² Motta, *Competition policy*, 25 y 62.

FALSOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

Los falsos positivos, donde el comportamiento procompetitivo se penaliza incorrectamente, pueden ahogar la innovación. Los falsos negativos, donde no se combate el comportamiento anticompetitivo, permiten el abuso del poder de mercado. Diseñar normas que distingan entre estos casos es un reto ético clave.⁴³

AUTORREGULACIÓN VS. REGULACIÓN PÚBLICA

La autorregulación en industrias puede llevar a conflictos de interés y favorecer a operadores tradicionales frente a nuevos entrantes. Esto plantea el dilema de si confiar en la autorregulación o requerir intervención gubernamental para garantizar una competencia justa.⁴⁴

ESTÁNDAR DE BIENESTAR DEL CONSUMIDOR

El Derecho de la Competencia Económica enfrenta un dilema ético al equilibrar los intereses del consumidor y del productor. La tensión se manifiesta al decidir entre el excedente del consumidor y el del productor en conflictos económicos. Aunque éticamente puede justificarse dar igual importancia a ambos excedentes, no es justificable solo desde la ciencia económica. Esto introduce una dimensión ética en las decisiones políticas, requiriendo juicios de valor explícitos para determinar el equilibrio adecuado.⁴⁵

PODER DE MERCADO Y DESIGUALDAD

La concentración de poder de mercado puede generar desigualdades económicas y sociales, planteando cuestiones sobre el papel del Derecho de la Competencia Económica en combatir o perpetuar tales desigualdades.⁴⁶

⁴³ Whish y Bailey, *Competition law*, 205 y 221.

⁴⁴ Sullivan y Grimes, *The law of antitrust*, 305-06.

⁴⁵ Collins y American Bar Association, *Issues in competition law and policy*, 82.

⁴⁶ Whish y Bailey, *Competition law*, 21.

EQUILIBRIO ENTRE COMPETENCIA Y COLABORACIÓN

Promover la competencia y permitir la colaboración necesaria para la innovación es otro dilema. Colaboraciones entre empresas pueden fomentar la innovación, pero también dar lugar a prácticas anticompetitivas como la fijación de precios.⁴⁷

OLIGOPOLIO Y ESTRUCTURAS DE MERCADO

Las estructuras de mercado oligopolísticas presentan profundas implicaciones éticas. Aunque los oligopolios pueden lograr economías de escala y eficiencia, también pueden dar lugar a abusos de poder de mercado y una reducción de la competencia. La dificultad para distinguir entre comportamiento competitivo y colusión entre oligopolistas plantea retos éticos a las autoridades de competencia.⁴⁸

PROGRAMAS DE DISPENSA Y REDUCCIÓN DE SANCIONES

Los programas de dispensa y reducción de sanciones⁴⁹ que ofrecen sanciones reducidas a las empresas que cooperan con las autoridades de competencia económica revelando información sobre cárteles, plantean un dilema ético. Estos programas son eficaces para descubrir cárteles, pero también plantean cuestiones morales sobre la recompensa a los infractores. El reto ético reside en equilibrar la necesidad de dismantelar los cárteles perjudiciales con la posible injusticia de permitir que algunos participantes escapen al castigo total.⁵⁰

OBJETIVOS ECONÓMICOS FRENTE A OBJETIVOS SOCIALES

La tensión entre el fomento de la eficiencia económica y el logro de la justicia social es evidente. Por ejemplo, las intervenciones

⁴⁷ Sullivan y Grimes, *The law of antitrust*, 908-11.

⁴⁸ Whish y Bailey, *Competition law*, 595.

⁴⁹ Ver los dos programas de dispensa y reducción de sanciones que al respecto incluye la LFCE en sus artículos 100 a 102 para prácticas monopólicas relativas y concentraciones ilícitas, por un lado, y el artículo 103 para prácticas monopólicas absolutas por otro lado.

⁵⁰ Motta, *Competition policy*, 104-06.

diseñadas para acabar con los monopolios o impedir las concentraciones pueden estar justificadas desde el punto de vista económico, pero pueden provocar importantes trastornos empresariales y pérdidas de puestos de trabajo, lo que plantea cuestiones éticas sobre el impacto social más amplio.⁵¹

DISCRECIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las autoridades de competencia económica, como la COFECE, gozan de facultades draconianas y gran discrecionalidad a la hora de aplicar la LFCE. Esta discrecionalidad puede dar lugar a dilemas éticos relacionados con su imparcialidad y la coherencia. Las decisiones sobre si perseguir determinados casos, la severidad de las sanciones y la priorización de los recursos implican consideraciones éticas. La posibilidad de parcialidad o influencia indebida supone un riesgo moral en el proceso de aplicación de la LFCE (Faull y Nikpay 2014) (p. 184).

EXTRATERRITORIALIDAD Y SOBERANÍA

La aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia Económica, especialmente por parte de jurisdicciones poderosas como EE.UU. y la UE, plantea cuestiones éticas sobre la soberanía y la imposición de normas jurídicas a través de las fronteras. Esta práctica puede verse como una forma de imperialismo legal que potencialmente ignora los contextos económicos y sociales de otros países.⁵²

CONSIDERACIONES POLÍTICAS Y ESTRATÉGICAS

Las consideraciones políticas y estratégicas también pueden influir en la aplicación del Derecho de la Competencia Económica, dando lugar a dilemas éticos. Por ejemplo, la disolución de los grupos industriales en la Alemania y el Japón de posguerra estuvo motivada por objetivos tanto económicos como políticos, incluido el deseo de evitar la concentración de

⁵¹ Rose et al., *European Union law of competition*, 13-15.

⁵² Whish y Bailey, *Competition law*, 512.

poder económico que podría amenazar a las instituciones democráticas. Equilibrar estos objetivos sociales más amplios con los principios de eficiencia económica y equidad sigue siendo un reto ético complejo.⁵³

SITUACIONES DE CRISIS

En tiempos de crisis económica, como la crisis financiera de 2008 y la pandemia de COVID-19, el dilema ético se intensifica. Las propuestas por un relajamiento en la aplicación de las leyes de competencia para ayudar a las empresas en dificultades deben sopesarse frente a los beneficios a largo plazo de mantener mercados competitivos. El reto consiste en garantizar que las medidas temporales no se conviertan en permanentes, socavando así la integridad del Derecho de la Competencia Económica.⁵⁴

RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Existe un debate ético en curso sobre hasta qué punto el Derecho de la Competencia Económica debe promover la responsabilidad social de las empresas. Por ejemplo, ¿deberían las autoridades de competencia tener en cuenta la sostenibilidad medioambiental y los derechos laborales en sus decisiones de aplicación? Mientras que el Derecho tradicional de la Competencia Económica se centra en la dinámica del mercado y en los precios al consumo, cada vez hay más argumentos a favor de integrar objetivos sociales más amplios.⁵⁵

IMPARCIALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES

La percepción de imparcialidad en los procedimientos es fundamental para la legitimidad del Derecho de la Competencia Económica. Es esencial mantener la justicia procesal, garantizando que las decisiones sean tomadas por jueces imparciales.⁵⁶

⁵³ Motta, *Competition policy*, 10-11 y 28-32.

⁵⁴ Whish y Bailey, *Competition law*, 53-54 y 644.

⁵⁵ Whish y Bailey, 20.

⁵⁶ Collins y American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy*, 132.

CONSIDERACIONES GLOBALES Y DIFERENCIAS CULTURALES

La aplicación del Derecho de la Competencia Económica en distintas jurisdicciones introduce retos éticos relacionados con las diferencias culturales y económicas. Lo que se considera competencia justa en un país puede no verse de la misma manera en otro. La cooperación internacional en la aplicación del Derecho de la Competencia Económica debe tener en cuenta estas diferencias, garantizando que las medidas de aplicación sean respetuosas con los diversos sistemas jurídicos y económicos. Esto requiere una cuidadosa consideración de la ética global y del impacto del Derecho de la Competencia Económica en las relaciones y el comercio internacionales.⁵⁷

Estos dilemas éticos y morales reflejan la complejidad del Derecho de la Competencia Económica y la necesidad de un equilibrio cuidadoso para garantizar una competencia justa, proteger a los consumidores y fomentar la innovación, respetando a su vez las libertades del mercado y los valores sociales más amplios.

4. ÁMBITOS DE ESTUDIO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

El estudio del Derecho de la Competencia Económica abarca varios ámbitos que buscan entender y regular las dinámicas del mercado para promover la competencia y prevenir conductas anticompetitivas. Este capítulo examina los principales ámbitos de estudio dentro de esta disciplina, destacando la intersección entre principios jurídicos, teorías económicas y políticas públicas.

MARCO JURÍDICO

El análisis del marco jurídico es fundamental en el estudio del Derecho de la Competencia Económica. En México, esto incluye la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que establece los principios generales que rigen el

⁵⁷ Collins y American Bar Association, 89-90.

sistema de competencia económica (Gavil, y otros 2022) (pp. 5-6). La LFCE es la principal normativa que reglamenta las políticas de competencia en México, complementada por el Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), disposiciones regulatorias de la LFCE y diversas guías y normas emitidas por esta entidad.

La jurisprudencia y los precedentes judiciales también juegan un papel fundamental en la interpretación y aplicación de estas normas, proporcionando un marco coherente para la implementación del Derecho de la Competencia Económica en México.⁵⁸

ANÁLISIS ECONÓMICO

El análisis económico es indispensable para comprender y aplicar eficazmente el Derecho de la Competencia Económica. Conceptos fundamentales como la definición del mercado relevante, la determinación del poder de mercado y los efectos competitivos de una conducta se basan en el análisis económico, proporcionando una base más objetiva y cuantificable para las decisiones legales ampliarse.⁵⁹

La incorporación de herramientas económicas y técnicas empíricas en la formulación de políticas públicas también es esencial para distinguir entre comportamientos procompetitivos y anticompetitivos, mejorando así la transparencia y la coherencia de la aplicación del Derecho de la Competencia Económica.⁶⁰

CONSIDERACIONES DE POLÍTICA PÚBLICA

El Derecho de la Competencia Económica también se analiza desde la perspectiva de la política pública, considerando los objetivos económicos y sociales más amplios que impulsan la aplicación del Derecho de la Competencia Económica. Lo anterior incluye equilibrar la promoción de la competencia económi-

⁵⁸ Jones, Sufrin, y Dunne, *EU competition law*, 37-38.

⁵⁹ Simon Bishop y Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3. ed (London: Sweet & Maxwell [u.a.], 2010), 2-3.

⁶⁰ Gunnar Niels, Helen Jenkins, y James Kavanagh, *Economics for competition lawyers*, Third edition (New York: Oxford University Press, 2023).

ca con la eficiencia empresarial y la equidad social, asegurando que las políticas de competencia no solo se centren en la eficiencia económica, sino que también integren consideraciones de justicia social.⁶¹

ESTUDIOS COMPARATIVOS

El análisis comparativo de los sistemas de competencia económica en diferentes jurisdicciones es un ámbito de estudio importante. Este enfoque ayuda a identificar las mejores prácticas y desafíos comunes, contribuyendo a la mejora continua de las políticas de competencia globales.⁶²

ESTUDIOS DE CASOS

El estudio de casos emblemáticos proporciona una visión práctica de la aplicación del Derecho de la Competencia Económica. Estos análisis son esenciales para entender los precedentes y desarrollar estrategias efectivas de aplicación, ofreciendo lecciones valiosas sobre cómo se interpretan y aplican las normas en situaciones específicas.⁶³

5. EVOLUCIÓN Y FUTURO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

Los objetivos del Derecho de la Competencia Económica han evolucionado significativamente a lo largo del tiempo en respuesta a los cambios en las teorías económicas, las condiciones del mercado, las prioridades políticas y los objetivos, necesidades y valores más amplios de la sociedad. Esta evolución puede observarse en los cambios en el enfoque de las políticas, los estándares legales aplicables y las formas de implementación a lo largo de diferentes periodos. Este capítulo analiza esta evolución y reflexiona sobre el futuro del Derecho de la Competencia Económica en un contexto de retos globales como la digitalización y la sostenibilidad.

⁶¹ Whish y Bailey, *Competition law*, 17-18.

⁶² Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 16-17.

⁶³ Whish y Bailey, *Competition law*, 779-93.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

Desde finales del siglo XIX, el Derecho de la Competencia Económica ha evolucionado significativamente en respuesta a cambios en las condiciones económicas, teorías y necesidades sociales. En los Estados Unidos, este derecho se formalizó inicialmente con la Ley Sherman de 1890, que buscaba frenar el poder de los monopolios y trusts que dominaban el mercado, manipulaban precios y restringían la competencia (Sullivan y Grimes 2006). Esta legislación estaba motivada por la necesidad de proteger a los consumidores y pequeñas empresas de prácticas anticompetitivas como la fijación de precios y la división del mercado.⁶⁴

Durante la primera mitad del siglo XX, los objetivos del Derecho de la Competencia comenzaron a centrarse más en la promoción de la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. Influenciada por la Escuela de Chicago, este enfoque enfatizó la importancia de maximizar el bienestar del consumidor a través de mercados eficientes que proporcionen precios más bajos, productos de mayor calidad e innovación.⁶⁵

En Europa, el ordoliberalismo desempeñó un papel crucial en el desarrollo del Derecho de la Competencia Económica. Este enfoque no solo buscaba evitar la concentración de poder económico, sino también garantizar que la competencia promoviera objetivos sociales más amplios, como la libertad económica y el bienestar social.⁶⁶

CAMBIOS EN LAS POLÍTICAS Y ESTÁNDARES LEGALES

Con el auge de la globalización y la digitalización, las políticas de competencia han tenido que adaptarse para abordar nuevos desafíos. Las autoridades de competencia se han enfrentado a la tarea de ajustar sus estrategias para lidiar con las características

⁶⁴ Motta, *Competition policy*, 3-4.

⁶⁵ Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 85-86.

⁶⁶ Jones, Sufrin, y Dunne, *EU competition law*, 49.

únicas de los mercados digitales, como los efectos de red y la concentración de poder en plataformas tecnológicas.⁶⁷

El enfoque ha evolucionado para incluir no solo la protección de la competencia existente, sino también la competencia potencial, crucial en mercados tecnológicos en rápida evolución. La Comisión Europea y otras autoridades globales han implementado políticas para evaluar las fusiones y adquisiciones en este contexto, asegurando que no se obstaculice la competencia futura.⁶⁸

RETOS FUTUROS

El futuro del Derecho de la Competencia Económica está ligado a su capacidad de adaptarse a un entorno cada vez más global y digital. La coordinación internacional se ha vuelto esencial para enfrentar conductas anticompetitivas transfronterizas, y las diferencias en las leyes de competencia entre países requieren esfuerzos concertados para asegurar la coherencia normativa a nivel global.⁶⁹

Además, la sostenibilidad está emergiendo como una consideración crítica. Las políticas de competencia están comenzando a integrar factores ambientales, reconociendo que una economía competitiva también debe ser sostenible a largo plazo. Esto implica equilibrar la promoción de la competencia con la permisibilidad de colaboraciones que puedan llevar a innovaciones sostenibles y prácticas empresariales responsables.⁷⁰

En resumen, el Derecho de la Competencia Económica ha evolucionado significativamente desde sus inicios, adaptándose a los cambios en el mercado y la sociedad. Su capacidad para seguir evolucionando y enfrentar desafíos futuros, como la digitalización y la sostenibilidad, determinará su efectividad en la

⁶⁷ Whish y Bailey, *Competition law*, 1050-151.

⁶⁸ Faull, Nikpay, y Taylor, *The EU Law of Competition*, 202-03.

⁶⁹ Jones, Sufrin, y Dunne, *EU competition law*, 18.

⁷⁰ Whish y Bailey, *Competition law*.

promoción de mercados competitivos y equitativos en el siglo XXI.⁷¹

6. RETOS Y DESAFÍOS ACTUALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

El Derecho de la Competencia Económica enfrenta numerosos retos en el contexto global actual. Estos desafíos surgen de la globalización, los avances tecnológicos, las presiones políticas y económicas, y la necesidad de incorporar objetivos no económicos. Este capítulo examina estos retos y sus implicaciones para la aplicación efectiva del Derecho de la Competencia Económica.

GLOBALIZACIÓN Y COORDINACIÓN INTERNACIONAL

Uno de los principales desafíos es la globalización de los mercados, lo que exige una mayor coordinación entre diferentes jurisdicciones.⁷²

La interdependencia creciente de las economías y la expansión de empresas multinacionales requieren que las políticas de competencia se adapten a un contexto internacional. Sin embargo, la diversidad de leyes y regulaciones de competencia económica entre países puede generar incoherencias y lagunas en su aplicación.⁷³

La cooperación entre autoridades de competencia es esencial para enfrentar conductas anticompetitivas transfronterizas. México participa en esfuerzos internacionales, como la Red Internacional de Competencia y la OCDE, para fomentar la aplicación efectiva del Derecho de la Competencia Económica, aunque persisten desafíos para lograr coherencia regulatoria entre diferentes regímenes.⁷⁴

AVANCES TECNOLÓGICOS E INNOVACIÓN

Los rápidos avances tecnológicos, especialmente en los mercados digitales, presentan desafíos únicos para la aplicación del Derecho de la Competencia Económica. Las autoridades deben adaptarse a industrias en rápida evolución, caracterizadas por

⁷¹ Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 962-63.

⁷² Whish y Bailey, *Competition law*, 1032-033.

⁷³ Faull, Nikpay, y Taylor, *The EU Law of Competition*, 849-50.

⁷⁴ Jones, Sufrin, y Dunne, *EU competition law*, 942-44.

innovaciones significativas y cambios dinámicos en las condiciones del mercado.⁷⁵

Los métodos tradicionales de análisis pueden no ser suficientes para captar la complejidad de los mercados de alta tecnología. El Derecho de la Competencia Económica y las políticas aplicables deben evolucionar para abordar el poder de mercado de los gigantes digitales, garantizando que no obstaculicen la innovación ni exploten a los consumidores.⁷⁶

RETOS INSTITUCIONALES Y DE PROCEDIMIENTO

Los marcos institucionales y mecanismos procesales actuales presentan retos significativos. La aplicación del Derecho de Competencia Económica está sujeta a presiones políticas y económicas que pueden influir en su eficacia (Whish y Bailey 2021) (pp. 1054-1055). De esta manera, diferentes administraciones pueden priorizar distintos aspectos de la política de competencia, generando incoherencias e incertidumbres para los agentes económicos.⁷⁷ Asimismo, durante crisis económicas, puede haber presión para permitir concentraciones empresariales que prometan salvar empleos o estabilizar industrias, a pesar de que puedan plantear problemas de competencia.⁷⁸

OBJETIVOS NO ECONÓMICOS

La integración de objetivos no económicos en la política de competencia es un desafío creciente. Aunque el objetivo principal del derecho de competencia es promover la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, otros objetivos sociales y políticos, como la equidad, justicia social y desarrollo regional, a menudo se entrelazan con la política de competencia.⁷⁹

Estas consideraciones pueden llevar a resultados contradictorios y complicar el proceso de toma de decisiones. En sectores como la radiodifusión y telecomunicaciones en México, los

⁷⁵ Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 922-23.

⁷⁶ Sullivan y Grimes, *The law of antitrust*, 901-03.

⁷⁷ Jones, Sufrin, y Dunne, *EU competition law*, 950-51.

⁷⁸ Rose et al., *European Union law of competition*, 391.

⁷⁹ Gavil et al., *Antitrust law in perspective*, 961-62.

marcos reguladores específicos interactúan con el Derecho de Competencia Económica, requiriendo un equilibrio cuidadoso entre las normativas sectoriales y los principios generales de competencia.⁸⁰

Considerando lo anterior, es claro que los retos del Derecho de la Competencia Económica son diversos y complejos, derivados de la globalización, los avances tecnológicos, la economía digital, las complejidades institucionales, las presiones políticas y la incorporación de objetivos no económicos. Abordar estos retos requiere un enfoque dinámico y adaptable que pueda responder al cambiante panorama de las economías modernas.⁸¹

7. CONCLUSIONES

El Derecho de la Competencia Económica es una herramienta esencial para la regulación de los mercados, asegurando que la competencia se mantenga justa y efectiva. A lo largo de la historia, este marco legal ha evolucionado para adaptarse a las cambiantes condiciones económicas, teorías y necesidades sociales, destacándose su importancia en la protección del bienestar del consumidor, la promoción de la eficiencia económica y la mitigación de comportamientos anticompetitivos.

En la actualidad, el Derecho de la Competencia Económica enfrenta múltiples desafíos, incluyendo la globalización, los rápidos avances tecnológicos y la necesidad de integrar objetivos sociopolíticos más amplios como la sostenibilidad ambiental y la justicia económica. La cooperación internacional y la adaptación de políticas regulatorias son cruciales para enfrentar conductas anticompetitivas transfronterizas y garantizar la coherencia normativa a nivel global.

Los mercados digitales y las grandes empresas tecnológicas presentan características únicas que requieren enfoques regulatorios innovadores. La concentración de poder en plataformas tecnológicas y los efectos de red son desafíos que deben ser

⁸⁰ Whish y Bailey, *Competition law*, 1035-36.

⁸¹ Faull, Nikpay, y Taylor, *The EU Law of Competition*, 851-52.

abordados para proteger la competencia y fomentar la innovación.

Además, el Derecho de la Competencia Económica debe equilibrar la protección de la libertad económica con la necesidad de intervención reguladora para evitar prácticas que perjudiquen al consumidor. Este equilibrio es fundamental para mantener la justicia y la equidad en el mercado, permitiendo que todas las empresas compitan en igualdad de condiciones.

A pesar de los dilemas éticos y morales que surgen en la aplicación de estas leyes, el Derecho de la Competencia Económica sigue siendo vital para fomentar la innovación, la eficiencia y el crecimiento económico sostenible. Su capacidad para adaptarse y evolucionar frente a los desafíos emergentes determinará su efectividad en la promoción de mercados competitivos y equitativos en el siglo XXI.

En conclusión, la importancia del Derecho de la Competencia Económica radica en su capacidad para asegurar un entorno de mercado que beneficie tanto a la economía como a la sociedad en general. La evolución continua de este marco legal es necesaria para enfrentar los desafíos futuros y garantizar que la competencia siga siendo justa y equitativa, reflejando valores sociales como la justicia y la equidad, y contribuyendo a una estabilidad económica y política más amplia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bishop, Simon, y Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 3. ed. London: Sweet & Maxwell [u.a.], 2010.

Collins, Wayne Dale y American Bar Association, eds. *Issues in Competition Law and Policy*. Chicago, Ill: American Bar Association, 2008.

Crane, Daniel A., y Herbert Hovenkamp, *The Making of Competition Policy: Legal and Economic Sources*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Faull, Jonathan, Ali Nikpay, y Deirdre Taylor, *The EU Law of*

- Competition*. 3rd ed. Oxford: Oxford university press, 2014.
- Gavil, Andrew I., William E. Kovacic, Jonathan B. Baker, y Joshua D. Wright, *Antitrust law in perspective: cases, concepts, and problems in competition policy*. Fourth edition. American casebook series. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2022.
- Jones, Alison, B. E. Sufrin, y Niamh Dunne, *EU competition law: text, cases, and materials*. Eighth edition. Oxford, United Kingdom; New York, NY: Oxford University Press, 2023.
- Motta, Massimo, *Competition policy: theory and practice*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2004.
- Niels, Gunnar, Helen Jenkins, y James Kavanagh, *Economics for competition lawyers*. Third edition. New York: Oxford University Press, 2023.
- Rose, Vivien, David Bailey, Christopher Bellamy, y Graham D. Child, eds., *European Union law of competition*. Seventh edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- Sullivan, Lawrence Anthony, y Warren S. Grimes, *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2nd ed. Hornbook series. St. Paul, Minn: Thomson/West, 2006.
- Valdés Abascal, Rafael, y Enrique de la Peña Fajardo, «Chapter 24 - Mexico». En *The Merger Control Review*, editado por Ilene Knable Gotts, Tenth edition. London, UK: Law Business Research Ltd, 2019. <https://valdesabascal.com.mx/wp-content/uploads/2020/03/Merger-Control-Review-Mexico-Versi%C3%B3n-para-Publicar.pdf>.
- Whish, Richard, y David Bailey, *Competition law*. Tenth edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2021.

LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA DE LOS GOBIERNOS MUNICIPALES

THE LITERAL INTERPRETATION OF THE REGULATORY POWER OF MUNICIPAL GOVERNMENTS

ALBERTO VEGA HERNÁNDEZ*

RESUMEN

Si bien, los gobiernos federal y estatal tienen su grado de complejidad, el municipio se vuelve aún más complicado de entender, pues es el ámbito donde las problemáticas se vuelven más presentes. En México, los estudios sobre técnica legislativa para la elaboración de leyes han tenido avances muy importantes, sin embargo, en el ámbito municipal poco se ha investigado sobre la elaboración de reglamentos o sus reformas. Es por ello que la presente investigación tiene como objetivo proponer una metodología en técnica legislativa con características generales y reglas específicas que el cuerpo asesor técnico y el personal administrativo en el ámbito municipal puede considerar en la elaboración de sus iniciativas y reformas de reglamentos, con los estándares de calidad más elevados.

PALABRAS CLAVE: Técnica legislativa, facultad reglamentaria municipal, reglamentos municipales y ordenamiento jurídico reglamentario municipal.

ABSTRACT

While federal and state governments have their degree of complexity, the municipal level is even more complicated to understand, as this is the area where the problems are most prevalent. In Mexico, studies on legislative techniques for drafting federal

* El autor es Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Investigador nacional del Sistema Nacional de Investigadores e Investigador adscrito a la Dirección General de Calidad y Educación en Salud de la Secretaría de Salud. ORCID <https://orcid.org/0009-0009-5032-5384>. Correo electrónico: albertovegahernandez@gmail.com

and state laws have made significant progress; however, little research has been conducted at the municipal level on the drafting of regulations or their reforms. Therefore, this research aims to propose a methodology for legislative techniques with general characteristics and specific rules that the technical advisory body and administrative staff at the municipal level can consider when drafting their initiatives and regulatory reforms, with the highest quality standards.

KEYWORDS: Legislative technique, municipal regulatory power, municipal regulations and municipal regulatory legal system.

INTRODUCCIÓN

El gobierno municipal, siendo la organización administrativa y política de los Estados y de la Federación, en ocasiones no recibe la importancia que merece, esto se debe a un conjunto de factores que van desde la falta de recursos, los problemas en la gestión local, la falta de profesionalización de los recursos humanos y la nula participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.¹

El municipal es el ámbito de gobierno más cercano a la población, ahí se da el primer acercamiento con sus autoridades de los ayuntamientos, compartiendo los problemas, las carencias, las soluciones y las aspiraciones económicas, políticas y sociales a alcanzar en conjunto.

Sin embargo, un tema pendiente de los municipios se encuentra en la preparación académica de los representantes municipales, lo cual repercute en la gestión, la prestación de servicios públicos y la atención a las necesidades. Esta deficiencia se ve relegada en el nulo conocimiento que tiene el personal administrativo y de confianza para elaborar reglamentos municipales.

Bajo este escenario, las comisiones en los ayuntamientos son

¹ Olivos Campos, José René, *Gobernación municipal en México: alcances y desafíos*, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C.*, volumen VII, no. 32, julio-diciembre, (2013), págs. 118-147.

de vital importancia, ya que facilitan la organización, especialización y distribución del trabajo reglamentario, permitiendo a los órganos legislativos cumplir con sus funciones de manera óptima en beneficio de la población. El personal adscrito a las comisiones analiza propuestas de iniciativas y elaboran dictámenes, contribuyendo así a la mejora de la creación de reglamentos.

Es por ello que, la capacitación y profesionalización del personal administrativo y de confianza en las comisiones municipales son cruciales para asegurar la calidad, eficiencia y transparencia en el proceso reglamentario.

La capacitación proporciona a los servidores públicos los conocimientos y habilidades necesarios para desempeñar sus funciones de manera efectiva, mientras que la profesionalización promueve la formación y desarrollo continuo para mejorar la calidad del servicio público. Lo que significa que los servidores públicos deben contar con los conocimientos y las herramientas necesarias que le permitan actuar con eficiencia, eficacia y efectividad para el logro de objetivos y metas institucionales.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece que los servidores públicos electos por voto popular deban contar con un título universitario para ocupar el cargo al que aspiran. Comúnmente, al inicio de cada administración municipal, el personal administrativo y de confianza son asignados a las comisiones, pero con el transcurso del tiempo van conociendo los asuntos, lo que trae consigo el nulo compromiso en el trabajo que van a desarrollar.²

Los congresos y las comisiones municipales están integradas por personas que tienen un título profesional y por aquéllas que

² López Olvera, Miguel Ángel, “Técnica legislativa y proyectos de ley”, en Miguel Carbonell y Susana Thalia Pedroza de la Llave (coords.), *Elementos de técnica legislativa* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000), págs. 117-158.

no lo tienen, hay profesionistas de todo tipo, sin embargo, el ostentar un grado académico no equivale a que tener pericia para elaborar reglamentos.

Ahora bien, según lo establece el artículo 115, fracción II, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los gobiernos municipales cuentan con facultades para expedir sus propios reglamentos, que regulen asuntos de su competencia y dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales³ y aunque pareciera ser un tema relativamente sencillo, la práctica demuestra que no todos los servidores públicos elegidos de manera popular, pueden elaborar normas, pues se requiere de mucha técnica y un alto nivel de especialización.

En este sentido, la técnica legislativa brinda a los estudios del derecho la posibilidad de adquirir nuevos conocimientos y ofrece herramientas jurídicas para la solución de problemas en el orden municipal.

Los desafíos y los problemas a los que se enfrenta la técnica legislativa parten de una premisa básica: a los legisladores les corresponde asumir la decisión política en cada asunto, a los órganos asesores y personal administrativo, aportar la información, documentos, datos, estudios y análisis para que un reglamento sea posible.

Bajo este contexto, es prioridad garantizar los insumos necesarios para que el cuerpo asesor técnico, así como el personal administrativo cuenten con los conocimientos y herramientas necesarias que les permitan elaborar reglamentos de calidad y así tener una mayor efectividad en la resolución de las problemáticas en el ámbito municipal.

2. HIPÓTESIS

Si los ayuntamientos elaboran reglamentos sencillos, precisos y concisos, apegados a la realidad actual de cada municipio, a

³ Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (en adelante DOF) el 05 de febrero de 1917, última reforma en el DOF el 15 de abril de 2025 (México: Cámara de Diputados 2025), recuperado de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

sus costumbres, idiosincrasia y potencialidades, se logrará una adecuada aceptación por parte de los destinatarios y con ello una correcta aplicación por parte de las autoridades responsables.

3. METODOLOGÍA

La metodología de la presente investigación se desarrolló como se indica a continuación:

- Se aplicó la técnica legislativa en la elaboración de reglamentos municipales, con el fin de contar con conjunto de conceptos y conocimientos científicos que respaldan la presente investigación.
- Se estableció, de la literatura existente, los conceptos, los tipos y las características que deben poseer los reglamentos municipales y cuáles de ellos deben promulgar los ayuntamientos, en términos de lo establecido en el artículo 115 Constitucional, fracción II, párrafo segundo.
- Se diseñó una metodología en técnica legislativa con el fin de que los servidores públicos municipales o el personal encargado de elaborar reglamentos o sus reformas, cuenten con ciertas recomendaciones prácticas para su redacción y con los más altos estándares de calidad.

4. LA FACULTAD REGLAMENTARIA DE LOS GOBIERNOS MUNICIPALES

La facultad reglamentaria o potestad reglamentaria, tal como afirman Muñoz y Greco, se originó desde hace muchos años, su naturaleza se consagra en el Estado de Derecho y uno de sus principios viene a ser la reserva legal.⁴

Desde Francia y hasta España, la facultad reglamentaria es una institución que tiene su origen en un régimen monárquico, aplicándose en México al régimen de gobierno presidencialista.

La Constitución española de Cádiz de 1812, contenía la facul-

⁴Greco, Carlos Manuel y Guillermo Muñoz, *Lecciones de derecho administrativo*, volumen I, (Buenos Aires: Morena, 1987), pág. 26.

tad reglamentaria, lo que produjo un fuerte dominio en el sistema jurídico y político de México, sin embargo, su vigencia fue bastante limitada.

A partir del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822, se reconoció al Ejecutivo Federal la facultad de dictar los reglamentos.

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 04 de octubre de 1824, el artículo 110 disponía que la atribución del Ejecutivo Federal es facilitar los reglamentos, órdenes y decretos para llevar a cabo la obediencia y cumplimiento de la Constitución, las Actas Constitutivas y las leyes generales.⁵

En las Leyes Constitucionales del 29 de diciembre de 1836, en su artículo 17, refería que “son atribuciones del Ejecutivo Federal proporcionar, con sujeción a las leyes generales, todos los decretos que deriven para conducir a una mejor administración pública y mandata observar la Constitución, las leyes, los reglamentos para el cumplimiento de éstos”.⁶

En el caso de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, publicadas el 13 de junio de 1843 en México, en su artículo 85 refería que “corresponde al Ejecutivo Federal, dar las órdenes y expedir los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin cambiarlas ni modificarlas”.⁷

En el caso de la Constitución Política de la República Mexicana del 05 de febrero de 1857, se estableció, como atribución del Ejecutivo Federal, “proveer en la esfera administrativa la exacta observancia de las leyes que expida el Congreso”.⁸ Ante

⁵ Congreso General Constituyente, *Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos*, 04 de octubre de 1824, recuperado de https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf

⁶ Congreso General, *Leyes constitucionales*, 29 de diciembre de 1836, recuperado de https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1836.pdf

⁷ Congreso General, *Bases de organización política de la República Mexicana*, 13 de junio de 1843, recuperado de https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/bases-1843.pdf

⁸ Congreso Extraordinario, *Constitución Política de la República Mexicana*, 05 de febrero de 1857, recuperado de https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf

este caso, las Constituciones expedidas antes de 1857 habían facultado expresamente al Ejecutivo a expedir reglamentos; pero fue con esta Constitución que el término expedir cambió por proveer a la administrativa pública de reglamentos para su observancia y cumplimiento.

Con la Constitución Política del 05 de febrero de 1917, la facultad reglamentaria quedó consagrada en el artículo 89, fracción I, estableciendo que corresponde al Ejecutivo Federal “proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia”, y aunque en el texto no indica que aplica a los reglamentos, se puede inferir que se trata de la facultad reglamentaria dictada a los reglamentos y decretos.⁹

A pesar de haberse suprimido la expresión “reglamento”, Gabino Fraga sostiene que el Ejecutivo, continúa con la facultad reglamentaria, pues en los antecedentes históricos no hay ninguna razón para considerar que el Constituyente haya suprimido dicha atribución.¹⁰

Lo anterior, Fraga concluye y demuestra que la facultad reglamentaria constituye una facultad normal del Poder Ejecutivo, que no deriva de ninguna delegación legislativa, sino que la otorga la Constitución de manera directa.

Por su parte, en el prestigioso jurista Felipe Tena Ramírez, sostiene, que a pesar de que no existe en la Constitución un precepto que conceda la facultad reglamentaria al Ejecutivo Federal, la necesidad ha obligado a la doctrina y la jurisprudencia a encontrar argumentos que justifiquen el ejercicio de la misma, hay que convenir que la Constitución admite implícitamente la existencia de reglamentos.¹¹

Ahora bien, para conocer las aportaciones de los autores, el

⁹ Órgano del gobierno provisional de la República mexicana, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 05 de febrero de 1917, recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

¹⁰ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, (México: Porrúa, 2000), pág. 109.

¹¹ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40va edición, (México: Porrúa, 2024), pág. 466.

jurista Casarín (2015) presenta a profundidad la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo en México, la cual representa una de las potestades más importantes del Gobierno, en virtud del amplio margen de discrecionalidad con que se cuentan para su ejercicio. De este modo, Casarín refiere que en los últimos años México ha experimentado importantes transformaciones en el campo del derecho, las cuales se han traducido en la creación de disposiciones reglamentarias, por ello propone establecer un modelo formal, que señale las condiciones de validez y jerarquía a que deben sujetarse el orden jurídico federal y local, precisando las modalidades de naturaleza objetiva si un acto implica un control de la regularidad y subjetiva si se refiere a la conducta del órgano administrativo que lo emite.¹²

Por su parte, el maestro López Olvera, en su artículo sobre *Límites a la facultad reglamentaria de los municipios*, indica que la facultad reglamentaria está conferida a los poderes de distinta clase y jerarquía, en orden, el ámbito federal corresponde al Ejecutivo Federal, en el estatal, a las y los gobernadores y en el municipal a los presidentes municipales o alcaldes.¹³

Lo anterior nos lleva a concluir que la facultad reglamentaria, para el caso del Ejecutivo Federal se encuentra establecida en el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la reunión o facilitación de todo lo necesario en la esfera administrativa para que todas y todos puedan cumplir las leyes que se expiden desde el Congreso de la Unión y para los gobiernos municipales, el artículo 115, fracciones II y III de la Ley Suprema, dicha facultad la refrenda a los ayuntamientos, en cuanto a la elaboración y expedición de sus propios reglamentos.

Cabe destacar que, desde la época colonial, los municipios estaban facultados para expedir ordenanzas que regulaban cues-

¹² Casarín León, Manlio, *La facultad reglamentaria municipal*, (México: Porrúa y Universidad Veracruzana de Xalapa, 2005), pág. 28.

¹³ López Olvera, Miguel Alejandro, “Los límites a la facultad reglamentaria de los municipios”, en Daniel Márquez Gómez y Miguel Alejandro López Olvera (Coords.), *Facultad reglamentaria municipal*, (México: Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Estado de Guanajuato, 2013), pág. 68.

tiones municipales, aun y cuando tenían que someterse a la aprobación de una autoridad superior.

En el mismo sentido, la Constitución de 1812, disponía en su artículo 321 que los ayuntamientos contaban con atribuciones para expedir las ordenanzas municipales del pueblo y presentarlas a las Cortes para su debida aprobación, acompañadas del informe respectivo.

Fue hasta el 23 de diciembre de 1999 que se reformó el artículo 115, fracción II, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconociendo la facultad reglamentaria de los ayuntamientos a aprobar, los bandos, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones que garanticen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.¹⁴

Reyes indica que “con motivo de la reforma al artículo 115 Constitucional, los municipios además de contar con competencia para la elaboración de reglamentos en sus respectivas jurisdicciones también cuentan con la facultad de aprobarlos”.¹⁵ Por supuesto que, con base en dicho principio rector en la elaboración de normas municipales, “los fines y cometidos de los gobiernos municipales se fortalecen”.¹⁶

No se omite mencionar que, el artículo 115 Constitucional fracción II, inciso e) dispone que las legislaturas estatales pueden emitir reglamentos en aquellos municipios que no cuenten con ellos, esto se da ya sea porque su capacidad económica es limitada o porque no cuentan con recursos humanos encargados de la elaboración de instrumentos normativos en el ámbito municipal.¹⁷

¹⁴ Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit.

¹⁵ Gutiérrez Tenorio, Juan Manuel, “La facultad reglamentaria del municipio, límites y alcances en relación a los derechos humanos”, en revista *Epíkeia, Derecho y Política*, 58 (3), México: Universidad Iberoamericana León enero a junio, (2021), págs. 1-20.

¹⁶ Gutiérrez Tenorio, Juan Manuel, “La facultad reglamentaria del municipio, límites y alcances en relación a los derechos humanos”, op. cit., pág. 23

¹⁷ Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit.

Si bien es cierto que la Carta Magna faculta a los gobiernos municipales a aprobar sus propios reglamentos, también lo es que dichas normas se encuentran subordinadas al imperio del artículo 115 Constitucional, lo cual significa que las cámaras de diputados de los estados no tienen facultades para elaborar ni aprobar reglamentos de naturaleza municipal.

Cabe mencionar que los estados pueden legislar en aquellas materias que no estén reservadas a la federación y para el caso de los estados, las cámaras de diputados pueden legislar en materias exclusivas de la federación ni tampoco pueden regular actividades o restringir funciones exclusivas de los gobiernos municipales.

En el mismo sentido de ideas, el artículo 115, fracción II, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece como atribución adicional las circulares, se tratan de órdenes o instrucciones que los superiores giran a su personal de confianza y de base sobre un asunto en particular. En el mismo sentido, se encuentran las disposiciones administrativas, reglas emitidas al interior del ayuntamiento que hace posible el cumplimiento de acuerdos o resoluciones que deben ser acatados por los ciudadanos.

Ante esto, la Segunda Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis Aislada bajo el rubro “Circulares”, argumenta que las circulares son meras instrucciones que los superiores jerárquicos dan a los inferiores en la esfera administrativa, no le otorga el carácter de disposición legislativa, por lo que no pueden servir de fundamento para emitir un acto de autoridad, pues a diferencia de las leyes, las circulares no pasan por un proceso legislativo.¹⁸

Por lo anterior, el bando de política y buen gobierno, las circulares y disposiciones administrativas quedan fuera de la presente investigación.

¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada: *Circulares. Su publicación en el Diario Oficial no les otorga el carácter de disposiciones legales*, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, volumen 157-162, Sexta Parte, 42.

Por su parte, el artículo 115 de la Constitución general, fracción III, incisos del a) al h), establece que los municipios pueden expedir reglamentos de agua potable, drenaje, alcantarillado, alumbrado público, limpia, residuos sólidos, mercados, centrales de abasto, panteones, rastros, calles, parques, jardines y seguridad pública. Dichos servicios públicos municipales pueden ampliarse, según lo establecido en las constituciones de cada estado.¹⁹

De lo anterior, puede observarse con toda claridad que lo establecido en el artículo 115, fracciones II y III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los ayuntamientos tienen facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes orgánicas, sus propios reglamentos de observancia general dentro de sus circunscripciones territoriales, es así que la facultad reglamentaria que tienen los ayuntamientos, se hace indispensable, ya que la población que vive en comunidad y en un territorio determinado comparten hábitos y costumbres que demandan ser reguladas.

Si bien es cierto que las leyes federales y locales regulan una mayor cantidad de aspectos sociales, económicos, políticos y jurídicos que afectan a la población en general, también lo es que existen aspectos específicos que son de suma importancia para la vida municipal que requieren ser regulados por los propios ayuntamientos para el mejor cumplimiento de sus fines, su organización, la prestación de los servicios públicos y el desarrollo de actividades de interés público y social.

5. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL

El artículo 115 Constitucional le confiere una amplia gama de atribuciones y competencias al municipio, por ello a continuación se presenta una breve referencia de la evolución histórica de la consolidación del municipio libre:

¹⁹ Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit.

Tabla 1. Evolución histórica de la facultad reglamentaria municipal

No.	Fecha de reforma	Texto de reforma en la Ley Suprema
No. aplica	05-febrero-1917	Se creó el artículo 115 Constitucional estableciendo que los estados adoptarán la forma de gobierno republicano, representativo y popular, teniendo como base la división territorial de su organización política y administrativa, el municipio libre, además de que estarán investidos de personalidad jurídica para todos los efectos legales.
1ª	20-agosto-1928	Se estableció que la cantidad de diputados para las legislaturas de los estados deberá ser proporcional al número de ciudadanos.
2ª	29-abril-1933	Se estableció la no reelección de diputados en los estados y autoridades municipales para el periodo inmediato siguiente, pero sí para los suplentes.
3ª	08-enero-1943	Se extendió el período máximo de 4 a 6 años para los gobernadores de las Entidades Federativas.
4ª	12-febrero-1947	Se estableció la participación de la mujer para votar y ser votadas en igualdad de condiciones que los hombres.
5ª	17-octubre-1953	Se reconocieron los derechos políticos de la mujer y se reformó el artículo 34 Constitucional.
6ª	06-febrero-1976	Se adicionaron las fracciones IV y V del artículo 115 Constitucional, facultando a los municipios a expedir los reglamentos y así cumplir con los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 Constitucional, referente a centros urbanos.
7ª	06-diciembre-1977	Se introduce el sistema de diputados de minoría en la elección de las legislaturas locales y el principio de representación proporcional en los ayuntamientos.
8ª	03-febrero-1983	Se estableció la suspensión y la desaparición de ayuntamientos, la revocación de autoridades municipales, la autonomía jurídica, la prestación exclusiva de servicios públicos, los ingresos municipales, la regulación de la representación proporcional y la regulación de las relaciones laborales entre el municipio y sus trabajadores.
9ª	17-marzo-1987	Se reformó la fracción VIII del artículo 115 Constitucional, incorporando el principio de representación proporcional en las elecciones de los ayuntamientos, además que la relación de trabajo entre los municipios y sus trabajadores se regirán por las leyes de los estados.
10ª	23-diciembre-1999	Se facultó a los ayuntamientos para aprobar sus propios reglamentos dentro de sus jurisdicciones territoriales, así como la definición de servicios públicos municipales: agua potable, drenaje y aguas residuales, alumbrado público, residuos sólidos, mercados y centrales de abasto, panteones, rastros, calles, parques y jardines y seguridad pública.

LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA FACULTAD

No.	Fecha de reforma	Texto de reforma en la Ley Suprema
11 ^a	14-agosto-2001	Se permitió la coordinación y organización de los pueblos originarios.
12 ^a	18-junio-2008	Se estableció que el presidente municipal tendrá a su cargo la policía preventiva conforme a la ley de seguridad pública del Estado.
13 ^a	24-agosto-2009	Se estableció que las cámaras de diputados de los estados aprobarían la ley de ingresos de los municipios y los ayuntamientos, los presupuestos de egresos.
14 ^a	10-febrero-2014	Se adicionó que los gobiernos serán democráticos y laicos, además se estableció que las constituciones de los estados deberán establecer la elección para los servidores públicos electos por voto popular y el Ayuntamiento será quien ejerza dicha competencia de manera exclusiva sin la intervención de ningún otro gobierno.
15 ^a	29-enero-2016	Se estableció que las leyes federales no se limitarán a establecer contribuciones ni concederán exenciones o subsidios a favor de una persona o institución, quedando exentos los bienes de dominio público de la Federación, de las Entidades Federativas y de los municipios. Asimismo, se estableció en el artículo 27 de la Constitución, párrafo tercero, los ayuntamientos tienen facultades para expedir los reglamentos en materia de tierras, aguas y bosques con el fin de preservar el equilibrio ecológico.
16 ^a	06-junio-2019	En el artículo 115 Constitucional, fracción I, se estableció el principio de paridad de género, el Ayuntamiento de elección popular directa, se integrará por un presidente o presidenta municipal, número de regidurías y sindicaturas que la ley orgánica municipal.
17 ^a	18-diciembre-2020	En el artículo 115 Constitucional, fracción V, se estableció que los municipios tienen facultades para formular, aprobar y administrar planes de desarrollo urbano municipal así como planes de movilidad y seguridad vial.
18 ^a	01-abril-2025	En el artículo 115 Constitucional, fracción I, se adicionó que no podrán participar aspirantes a elección popular que tengan en los últimos tres años vínculo de matrimonio o concubinato o de parentesco de sangre al cargo que postula. Además, se prohíbe la reelección consecutiva para cargos de elección por voto popular.

Fuente: elaboración propia.

A la fecha el artículo 115 Constitucional se ha reformado en el *Diario Oficial de la Federación* en 18 ocasiones, siendo las reformas más importantes para nuestro objeto de estudio, de fechas

06 de febrero de 1976, 23 de diciembre de 1999 y 29 de enero de 2016, respectivamente, las que otorgan a los ayuntamientos la potestad para aprobar sus propios reglamentos municipales dentro de sus jurisdicciones y que se realiza al amparo de la facultad reglamentaria municipal, garantizando así el correcto funcionamiento de la administración pública y de los servicios públicos municipales, incluyendo el equilibrio ecológico.

6. MARCO JURÍDICO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL

El doctor López Olvera, en su estudio sobre *límites a la facultad reglamentaria de los municipios*, concluye que, si bien es cierto que la facultad reglamentaria tiene su origen en la propia Ley Suprema, ésta no es absoluta, pues también se aplican los derechos fundamentales contenidos en la Ley Suprema y en los Tratados internacionales de los que México es parte, así como los principios de reserva de la ley y de subordinación de la ley.²⁰ Uno de los límites que tiene que respetar la facultad reglamentaria son los derechos fundamentales como una categoría más amplia de las garantías individuales y los derechos humanos. De la misma forma los tratados internacionales celebrados por México amplía la esfera de derechos humanos, por ello es incuestionable garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos en las normas.

La facultad reglamentaria se rige por el principio de reserva de ley, se presenta cuando la Constitución general reserva una determinada materia y no puede regularse por otras normas secundarias, en especial en un reglamento, encuentra su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los goberna-

²⁰ López Olvera, Miguel Alejandro, *Los límites a la facultad reglamentaria de los municipios*, op. cit., pág. 28.

dos. Por el otro lado, el principio de jerarquía normativa no se puede modificar o alterar el contenido de una ley, siendo los reglamentos, los que detallan los supuestos normativos de aplicación.

Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho*, presenta la jerarquía normativa o también conocida como pirámide kelseniana, dicho modelo refleja la validez dentro del sistema jurídico y la Ley Suprema es la encargada de otorgar ese valor y las demás normas que emanan de ella, las considera como secundarias.²¹

Para Kelsen, el sistema jurídico escalonado de las normas se encuentra dividido en tres niveles: fundamental, legal y sub-legal (ver diagrama 1).

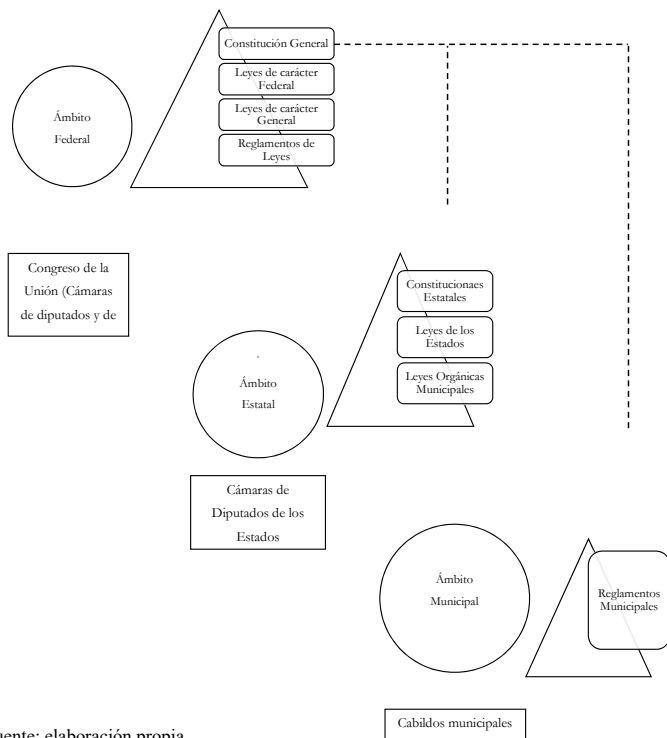
En el nivel fundamental se encuentra la Ley Suprema y refiere que ninguna norma inferior puede aumentar o disminuir contenido normativo de lo establecido por la norma superior, en el segundo escalón se encuentran las leyes federales o generales, según sea el caso, expedidas por poder legislativo. En el mismo escalón se encuentran los Tratados Internacionales celebrados por México y ratificados por el Senado de la República.

El nivel legal, se encuentran las constituciones políticas de las entidades federativas, aprobadas por las cámaras de diputados locales, cuya finalidad es regular sistemáticamente las funciones y actividades de un estado y de acuerdo con su ámbito de competencia.

Por último, a nivel sub-legal se encuentran los reglamentos municipales, actos administrativos de efectos generales expedidos por los ayuntamientos cuya función es ejercer sus funciones y regular la vida municipal.

²¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, (México: IIJ de la UNAM, 1982), pág. 58.

Diagrama 1. Jerarquía normativa de las leyes



Fuente: elaboración propia.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que los reglamentos municipales se rigen por el principio de competencia y no por el de jerarquía y advierte que “no necesitan de una ley para su existencia”, su existencia proviene de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.^{22, 23}

Es así que tomando en consideración la teoría del ordena-

²² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P. /J. 43/2011 (9a.), Reglamentos municipales de servicios públicos. Su relación con las leyes estatales en materia municipal se rige por el principio de competencia y no por el de jerarquía, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro I, Tomo I, (octubre de 2011), pág. 26.

²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P./J.44/2011 (9a.), Orden jurídico municipal. Principio de competencia (Municipios como órganos de gobierno), Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro I, Tomo I, (octubre de 2011), pág. 38.

miento jurídico, los ayuntamientos no cuenta con facultades ni atribuciones para proponer iniciativas de leyes de carácter federal o estatal o de materias competencia de dichos ámbitos de gobierno; pero sí cuentan con atribuciones para elaborar sus propios reglamentos de servicios públicos municipales, dictamos al amparo de la fracción III del artículo 115 Constitucional, tales como: agua potable, drenaje, alcantarillado, basura, parques, calles, jardines, rastros, mercados y centrales de abasto, panteones; tierras, aguas y bosques a fin de preservar el equilibrio ecológico; así como servicios públicos adicionales indicados en los códigos o Leyes orgánicas municipales, tales como: transporte, urgencias, estacionamientos, registro civil, asistencia social, centros deportivos, entre otros.

7. EL REGLAMENTO MUNICIPAL Y SUS TIPOS

La Real Academia de la Lengua Española, define al reglamento como “norma jurídica general y con rango inferior a la ley, la cual es dictada por una autoridad administrativa competente”.²⁴ Desde la literatura, el maestro Mayer, define al reglamento como un “acto emitido por el Estado en forma de ley y cuya fuerza es general y obligatoria para todos los ciudadanos”.²⁵

Merkel, señala que “el reglamento se presenta como una manifestación general y unilateral de la voluntad del poder ejecutivo”.²⁶

En el mismo sentido, el doctrinista Pérez afirma que el reglamento “es un cuerpo normativo expedido por la autoridad administrativa competente, el cual sienta las bases explícitas respecto de la ejecución y aplicación o de una ley”.²⁷

²⁴ Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*. 23a edición. Tomos del I al XX. 23va edición, (España: Espasa Alpe, octubre-diciembre, 2025), págs. 15-90.

²⁵ Meyer, Omar, *Derecho administrativo alemán*, Tomo I, (Argentina: Depalma, 2008), pág. 28.

²⁶ Merkel, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, en revista *Real de Derecho Privado*, 58 (25), España, octubre, (2021), pág. 30.

²⁷ Pérez, Héctor, *Manual de técnica legislativa*, (Argentina: Konrad Adenauer, 2007), pág. 28.

Por último, para Sayagués el reglamento “es el acto unilateral de la Administración que se encarga de la creación de normas jurídicas generales, obligatorias, coercibles e impersonales”.²⁸

Con base en las definiciones anteriores, se puede concluir que el reglamento es el conjunto de normas revestidas de abstracción, generalidad e impersonalidad, creadas mediante un acto materialmente legislativo, que constituye una manifestación del órgano público, de tipo unilateral, derivado del ejercicio de la potestad y autoridad legislativa conferida por medio de la Constitución o la ley.

El reglamento es el conjunto de normas jurídicas aprobadas por el poder ejecutivo cuyo objetivo es detallar las leyes que emite el poder legislativo, según lo establece el artículo 89 Constitucional de la fracción I, el Ejecutivo Federal tiene la facultad de “promulgar y ejecutar las leyes que expide el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa su exacta observancia”.

Cabe mencionar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que hay dos tipos de reglamentos: 1) el tradicional, apegado al artículo 89 de la Constitución general, de la fracción I, el cual establece que el reglamento debe estar precedido de una ley,²⁹ y 2) los derivados del artículo 115 Constitucional, fracción II, refiere que los municipios pueden regular con autonomía aquellos aspectos específicos de la vida municipal en el ámbito de su competencia, respetando en todo momento sus capacidades económicas, sociales, biogeográficas, poblacionales, culturales y urbanísticas.³⁰

²⁸ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo* I, 11va edición, (Uruguay: Montevideo, 2022), pág. 68.

²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P. /J. 132/2005, Municipios. Contenidos y Alcance de su Facultad Reglamentaria, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, (octubre de 2005), pág. 2069.

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 2ª. /J. 82/2008, Fundamentación de las disposiciones generales expedidas por los ayuntamientos. Para el cumplimiento de esa garantía constitucional basta que aquéllas se refieran a aspectos propios del ámbito competencial del respectivo órgano de gobierno municipal, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, (mayo de 2008), pág. 71.

Por lo anterior, en los ámbitos federal y estatal, la ley es producto de un acto formal y materialmente legislativo, en tanto que el reglamento es el resultado de un acto materialmente legislativo y administrativo, en consecuencia, sólo los reglamentos expedidos por el Ejecutivo Federal y de los gobernadores se encuentran subordinados al imperio de la ley, lo que significa que no puede existir un reglamento sin la existencia de una ley, a diferencia del gobierno municipal no hay ninguna ley que los sustente, su existencia proviene de la Constitución general y la mayoría de ellos consideran el mejoramiento, el desarrollo, el progreso y el beneficio social.

Con esta diferencia, a continuación, se presentan los reglamentos municipales más importantes en el ámbito municipal:

A. Reglamento de estructura y organización. Su objeto regular la estructura administrativa y el funcionamiento del Ayuntamiento, como órgano de gobierno municipal, también se delimitan las funciones de las autoridades municipales, la estructura de los sistemas de manejo de recursos financieros, humanos y materiales, sin contravenir lo dispuesto en las Constituciones Estatales y las Leyes Orgánicas Municipales; asimismo, se establece todo lo relativo a las sesiones de cabildo.³¹

B. Reglamento de servicios públicos. Son los listados en artículo 115 Constitucional, de la fracción III, entre ellos: agua para consumo humano; aguas residuales y su disposición; drenaje; alcantarillado; servicio de luz eléctrica; basura; centrales de abasto y mercados; seguridad pública; panteones; calles, parques y jardines.³²

C. Reglamento de zonificación, planeación y desarrollo urbano. Regula la zonificación, los planes de desarrollo urbano municipal, la participación en la administración y gestión de sus reservas territoriales y ecológicas, la tenencia de la tierra urbana,

³¹ Oropeza Martínez, Humberto, “Administración pública municipal”, en *Estudio preliminar del municipio libre*, (México: Trillas, 2012), págs. 13-38.

³² Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit.

en la mayoría de los casos otorgar licencias y permisos para construcciones.

D. Reglamento de funciones municipales. Se encuentran los relacionados con: compras y adquisiciones, transparencia y protección de datos personales, mejora regulatoria y simplificación, archivos y planeación, todos ellos tienen por objeto la mejora continua de la regulación.

E. Reglamento de convivencia vecinal. Tiene por objeto establecer el funcionamiento, horarios y orden de los establecimientos comerciales y de servicios dentro del municipio, cuyo objetivo es alcanzar el beneficio, seguridad y tranquilidad de la comunidad; entre los principales se encuentran: el bando de policía y gobierno, los reglamentos de comercio ambulante, establecimientos mercantiles, espectáculos públicos, tránsito y de bebidas alcohólicas.

8. LA TÉCNICA LEGISLATIVA

La Real Academia Española (2004) define a la técnica como el “conjunto de procedimientos o recursos que emplea un arte, ciencia o actividad determinada y que requiere práctica y habilidad”, por su parte, el término legislativo se encuentra relacionado con los “organismos que producen leyes”; pero al unir ambos vocativos, la técnica legislativa se ocupa del “conjunto de directrices que se emplean para elaborar un proyecto de norma”.³³

Sainz Moreno, define a la técnica legislativa como “el arte de redactar las leyes de forma bien estructurada, mismas que deberán estar apegadas a los principios generales de Derecho y de seguridad jurídica”.³⁴

Para García-Escudero, la técnica legislativa “es el arte de construir un ordenamiento jurídico bien estructurado, integrado por principios y reglas, traduciéndolo en un lenguaje legal de

³³ Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

³⁴ Sainz Moreno, Fernando, *La calidad de las leyes*, (España: Parlamento, 1989), pág. 26.

ideas sugeridas de procesos previos, empleando un vocabulario sencillo y procurando la claridad, la sencillez y la simplicidad al excesivo tecnicismo”.³⁵

En nuestro país, se cuentan con diversas obras escritas por Miguel Carbonell, Thalía Pedroza de la Llave, Cecilia Mora Donatto, Miguel López Olvera, entre otros autores, quienes han tratado de recopilar y ofrecer literatura en materia de técnica legislativa, sin embargo, aún falta un camino por hacer en cuanto a la enseñanza, aplicación y difusión de reglas y sus postulados.

LAS PROBLEMÁTICAS DE LOS MUNICIPIOS Y LAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

Es muy común que las promesas de los servidores públicos electos cuando ganan las elecciones sea proponer varios cambios en su administración, en la mayoría de los casos, los munícipes consideran que los problemas de los municipios se resuelven con la creación de nuevos reglamentos; sin embargo, la experiencia demuestra que existen otras alternativas, ya sean jurídicas, políticas o administrativas viables, que se pueden aplicar.

A manera de ejemplo, en el municipio de Tlalnepantla se localiza un predio en el cual su dueño murió y no hay herederos que lo reclamen, con el paso de los años los vecinos lo han utilizado como parque de recreación y poco a poco se ha convertido en un basurero, por ser un lugar cercano al palacio municipal, el ayuntamiento ha decidido darle una solución que pueden ir desde aplicar la normatividad para imponer sanciones a las personas para que lo frecuenten, colocar contenedores de basura y hasta expropiar la propiedad con motivos de interés público.³⁶

Las decisiones públicas pueden ir desde revisar si de la normatividad vigente puede dar solución a una problemática y hasta

³⁵ García-Escudero, Pilar, “Técnica legislativa en España”, en *Materiales para el estudio de la técnica legislativa*, (España: Archivos de Biblioteca, 2010), pág. 23.

³⁶ Fernández Aceves, Rubén Alfonso, *El ABC de la reglamentación municipal*, (México: Fundación Konrad Adenauer y Asociación Nacional de Alcaldes, 2019), págs. 7-29.

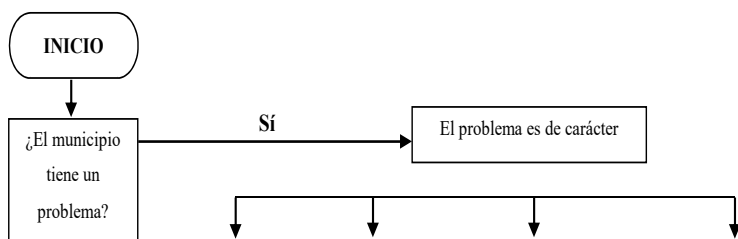
considerar la aplicación de sanciones administrativas. La propuesta de un nuevo reglamento o sus reformas, debe ser la última decisión que el gobierno municipal tendría que considerar, pues se trata de un procedimiento riguroso que requiere tiempo.

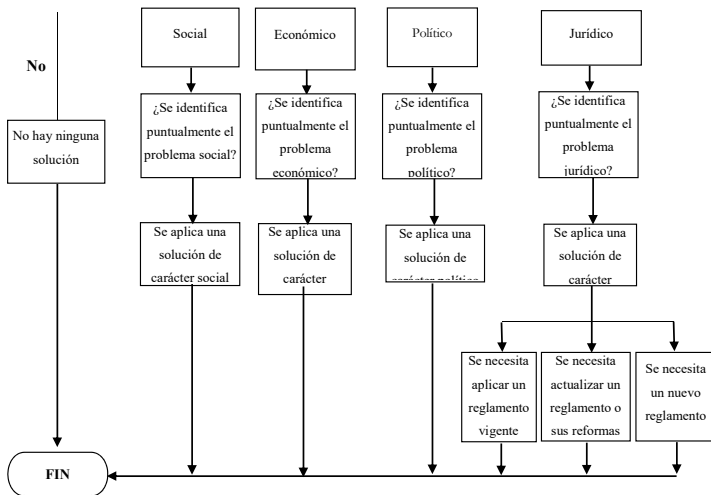
La solución de problemas en el ámbito municipal siempre debe ser asertiva, para ello se propone aplicar la metodología sobre Análisis de Pertinencia Regulatoria, la cual tiene como propósito brindar a los servidores públicos a que mejoren sus decisiones públicas.

LA PERTINENCIA REGULATORIA

Para dar solución a una problemática en el ámbito municipal, se diseña el diagrama de Análisis de Pertinencia Regulatoria, en el cual se encuentran varias alternativas de solución (ver diagrama 2). Las respuestas, son recomendaciones que darán solución a

Diagrama 2. Pertinencia regulatoria





Fuente: elaboración propia.

El Análisis de Pertinencia Regulatoria emplea el principio de “actuación de oficio”, el cual refiere que la autoridad no necesita de una declaración formal por parte de los ciudadanos para intervenir en un asunto, su existencia se centra en la competencia y obligación que tiene el Estado para dar una solución a un problema.

9. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, el concepto “exposición” se refiere “a la expresión que realiza una autoridad ante terceros”; por lo que respecta a la palabra motivo “es la causa que determina la existencia de una cosa”.³⁷

De acuerdo con Castellanos, la exposición de motivos “es aquella parte expositiva de una ley o decreto en la cual se expresan en forma doctrinal y técnica ciertos datos y antecedentes y que sirven de fundamento para iniciar un procedimiento legislativo”.³⁸

³⁷ Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

³⁸ Castellanos, Eduardo, *Doctrina y lineamientos para la redacción de textos jurídicos, su publicación y divulgación*, (México: Secretaría de Gobernación, 2005), pág. 68.

El maestro Barragán manifiesta que “por medio de la exposición de motivos de motivos se dan a conocer las razones que inspiraron al legislador a crear, reformar, adicionar, derogar o abrogar un proyecto de ley”.³⁹

La exposición de motivos responde a la pregunta ¿por qué se necesita un nuevo reglamento o sus reformas?, es el lugar idóneo para definir y caracterizar el problema y justifica el porqué de un nuevo reglamento o sus reformas.

Los componentes de la exposición de motivos son los siguientes:

1. El nombre o denominación del ayuntamiento, comisión o área competente en la elaboración de un nuevo reglamento o sus reformas.
2. El grado, nombre, apellidos y cargos de los servidores públicos municipales facultados para expedir un nuevo reglamento o sus reformas.
3. Los artículos aplicables que fundamenten un nuevo reglamento o sus reformas.
4. Los antecedentes que dieron origen al problema.
5. Describir el problema de manera preciso y conciso.
6. Los costos y los beneficios que traerá el nuevo reglamento o sus reformas para la población.
7. Indicar el presupuesto que representa el nuevo reglamento o sus reformas, desde la elaboración, el proceso reglamentario y hasta su aplicación.
8. Cuando resulte aplicable, hacer uso del derecho comparado, a través de la legislación de otros países para la solución del problema.
9. En caso de utilizar encuestas o censos, también hacer mención de ellos.

Se recomienda que la exposición de motivos tenga un aproximado de 500 a 3000 palabras.

³⁹ Barragán, Julia, *Cómo se hacen las leyes*, (Venezuela: Planeta, 2009), pág. 68.

10. LA ESTRUCTURA PARTICULAR DE UN REGLAMENTO MUNICIPAL

El reglamento municipal contiene los preceptos jurídicos de observancia general, los cuales deberán ser acordes con las necesidades de cada municipio.⁴⁰

Para la redacción de los reglamentos municipales se recomienda primero escribir el título, el objeto, las definiciones y los ámbitos personal, material y territorial de aplicación, después redactar los artículos, párrafos, fracciones e incisos que lo integran, finalmente concluir con los transitorios.⁴¹ En la tabla 2, se describen los componentes de un reglamento, las definiciones y un ejemplo.

Tabla 2. Componentes que integran un reglamento municipal

Componente	Definición	Ejemplo
Título del Reglamento	Deberá iniciar con la palabra “Reglamento”, seguido de alguna preposición “de”, “del”, “para”, “que”, “sobre”, etcétera y luego el objeto, materia o contenido del mismo. El título del reglamento deberá ser categorico y reflejar su contenido.	Reglamento para la elaboración de reglamentos municipales
Encabezado	Se encuentra integrado por el escudo del congreso, cámara o cabildo que lo expide, seguido del nombre de los servidores públicos, su cargo y el fundamento legal que los faculta a expedir el reglamento.	Al margen un escudo que dice: XXXXXXXXX XXX, Presidente Municipal, con fundamento en el artículo 115 fracción II, párrafo II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, XX de la Constitución Libre y Soberana del Estado de ..., XX de la Ley Orgánica Municipal y demás disposiciones aplicables, he tenido a bien expedir el siguiente: Reglamento para la elaboración de reglamentos municipales.

⁴⁰ Raigosa Soletto, Luis, *¿Cómo hacer una iniciativa de ley? Legisprudencia y eficacia de la legislación*, (México: Senado de la República e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008), pág. 29.

⁴¹ Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit.

Componente	Definición	Ejemplo
Ámbitos de validez y el objeto del Reglamento	Se recomienda que el primer artículo se establezca el objeto del reglamento, así como los ámbitos de validez personal, material y espacial. El objeto debe referir los fines que se desean alcanzar una vez realizada la promulgación del reglamento. Para el caso del ámbito personal, lo integran las personas físicas o morales a quienes se les dirige el reglamento. ⁴² A su vez, el ámbito material comprende la materia (civil, penal, laboral, mercantil, agrario, municipal, ambiental, etcétera) y ordena que los destinatarios deberán conocer y aplicar el reglamento. ⁴³ Finalmente, el ámbito espacial de validez se refiere a la superficie de territorio de un municipio y el reglamento resulta aplicable durante un tiempo determinado o permanente. ⁴⁴	Artículo 1. El presente Reglamento tiene por objeto orientar a la elaboración y revisión de los reglamentos municipales que expidan el Presidente Municipal, así como de los decretos que reformen, deroguen o abroguen, asimismo establece las bases y modalidades para que los directores de área o comisiones tengan competencia de los casos de elaboración de reglamentos en los casos de concurrencia entre materias. El Reglamento es de orden público e interés social y de aplicación dentro del municipio.
Definiciones	Contienen los conceptos más utilizados en el texto legal, las siglas y acrónimos en orden alfabético, un concepto una fracción, separados por punto y coma, excepto la última con punto final.	Artículo 2. Para los efectos jurídicos de este Reglamento se entiende por: I. Anteproyecto: A la propuesta de reglamento que el titular de dirección entrega a la Comisión para su revisión y análisis; II. Proyecto: Al reglamento aprobado mediante Cabildo, en términos del artículo 115, fracción II párrafo II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴² Bentham, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, (México: Senado de la República, 2010), págs. 25-70.

⁴³ Gallegos Moreno, Martha, *Elaboración de leyes. Proyectos e iniciativas legislativas*, (México: Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados de Zacatecas, 2015), pág. 63.

⁴⁴ Prieto Salas, Manuel A., “Metodología y método de la ciencia legislativa”, en revista *Jus Filosofía*, 20 (3), Colombia, junio-septiembre, (2026), págs. 117-137.

Componente	Definición	Ejemplo
Normas supletorias	Se presenta cuando se hace uso de otras disposiciones jurídicas para la solución de una problemática. ⁴⁵ Es importante aclarar que cuando una norma es supletoria, sólo se deben aplicar aquellos conceptos o elementos normativos que den solución a un caso particular.	Artículo 3. En la elaboración de nuevos reglamentos municipales, las direcciones y comisiones deberán observar en todo momento las disposiciones establecidas en el Reglamento de la Administración Pública Municipal, el Reglamento de Mejora Regulatoria, el Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública y el Reglamento de Presupuesto de Egresos correspondiente al ejercicio fiscal.
Autoridad responsable	A la dependencia, órgano desconcentrado, organismo descentralizado, dirección o comisión responsable de aplicar el reglamento y, en su caso, a las áreas auxiliares, lo cual traerá posterior a su publicación, la emisión de lineamientos o manuales al interior de las áreas de trabajo. ⁴⁶	Artículo 4. La aplicación e interpretación del presente Reglamentos corresponderá a la Dirección de Procesos Normativos.
Títulos	Se utilizan cuando el tema es muy extenso y en ellos se desarrollan los subtemas de una unidad temática específica. Los títulos inician con la denominación “título”, seguido del número ordinal que le corresponda (primero, segundo, tercero, etcétera). Los títulos pueden iniciar o no con la preposición de las y su título o denominación deben reflejar su contenido.	TÍTULO PRIMERO DE LAS DISPOSICIONES GENERALES
Capítulos	Representan la subdivisión de los títulos, su existencia otorga validez al reglamento. ⁴⁷ La extensión de cada capítulo depende de cada materia a regular, no existe un número de artículos específicos para cada caso. Los capítulos inician con la denominación “capítulo”, seguido de número romano (I, II, III, etcétera). Los capítulos pueden o no iniciar con la preposición de las y su título o denominación deben reflejar su contenido.	Capítulo I De los requisitos de los anteproyectos de reglamentos

⁴⁵ Sempé Minvielle, Carlos, op. cit., pág. 28.

⁴⁶ Camposeco Cadena, Miguel Ángel, “De las iniciativas”, en *Manuales elementales de técnicas y procedimientos legislativos* (México: Cámara de Diputados, LIV Legislatura, 1990), pág. 60.

⁴⁷ López Velarde, Jesús A., El proceso de creación de leyes en México. AAPAUNAM Academia-UNAM, Ciencia y Cultura, febrero, (2010), pág.

^a Componente	Definición	Ejemplo
Artículos	Constituyen la división más elemental de todo cuerpo normativo. Cada artículo responde a una misma unidad temática y deberá abarcar una sola idea. Se recomienda que los artículos inicien con un espacio o sangría, después la palabra “Artículo”, seguido del número arábigo progresivamente (1, 2, 3, etcétera), después punto y seguido, finalmente, complementar el texto normativo.	Artículo 12. Los anteproyectos de reglamentos deberán acompañarse de oficio suscrito por el titular de la unidad o director del área.
Párrafos	Se define como la idea principal de una unidad temática, se recomienda que las oraciones no tengan más de ocho líneas y no más de 100 caracteres. Los párrafos se pueden o no enumerar, sin embargo, esto depende del estilo de cada redactor.	Artículo 13. En cualquier fase del procedimiento legislativo, el titular de la unidad o director de área podrá convocar a las demás áreas a las reuniones de trabajo que estime pertinentes para el análisis del proyecto de reglamento. En las reuniones de trabajo también podrán participar las comisiones técnicas según la materia que se trate.
Apartados	Deberán iniciar con el inciso progresivo A, B o C, en letras mayúsculas, después punto y seguido.	Artículo 15. Para solicitar el registro de anteproyectos de reglamentos, se deberá remitir a la Oficina del Abogado General, en oficio y un duplicado de los siguientes documentos: A. Para registrar nuevos reglamentos:
Fracciones	Se utilizan cuando se enlistan una serie de derechos, obligaciones, requisitos o atribuciones que se otorgan a los destinatarios o autoridades responsables. Cada fracción debe desarrollar una idea particular, se recomienda que su contenido sea lo más breve posible. Las fracciones se enumeran en números romanos con mayúsculas y en negritas y se ordenan de forma progresiva, cada supuesto deberá ir separado con punto y coma, la penúltima frase con coma y con la conjunción y, la antepenúltima con punto final.	I. Formato 01 justificación regulatoria; II. Formato 02, datos de quien presenta, el cual deberá incluir los nombres, firmas, correo electrónico, teléfono para recibir notificaciones y copia de la credencial para votar de los servidores públicos que solicitan el trámite, III. Formato 03 dictamen positivo del anteproyecto de iniciativa, y IV. Formato 04 Exposición de motivos y propuesta de la iniciativa del reglamento, el cual deberá contener:

LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA FACULTAD

^a Componente	Definición	Ejemplo
Incisos	Se utilizan cuando las fracciones plantean supuestos secundarios, los cuales deberán ir ordenados alfabéticamente en letras minúsculas, luego un paréntesis de cierre, no utilizar punto o guion.	a) El objeto del anteproyecto de reglamento o sus reformas, y b) Las razones que justifiquen la expedición del reglamento.
Artículos transitorios	Regulan situaciones o circunstancias originadas por la expedición de una nueva norma, reformas, derogación o abrogación, según corresponda. ⁴⁸ Su objetivo es transitar de un reglamento vigente a otro completamente nuevo. Los transitorios se ubican al final del reglamento e inician con la palabra “Transitorios”, en los preceptos normativos se recomienda aplicar números ordinales (primero, segundo, tercero, etcétera) y de manera consecutiva.	Primero. El presente reglamento inicia su vigencia al día siguiente de su publicación en el <i>Periódico Oficial del Estado</i> . Segundo. Se derogan los artículos 20, 32 y 42 del Reglamento de Atención Ciudadana, publicado en el <i>Periódico Oficial del Estado</i> el 20 de septiembre de 2023. Tercero. Se reforma el artículo 25 del Reglamento para la elaboración de disposiciones normativas relacionadas con la Atención Ciudadana, publicado en el <i>Periódico Oficial del Estado</i> el 05 de febrero de 2024, para quedar como sigue: Artículo 25. La Dirección de Procesos Normativos devolverá a la Unidad Redactora el anteproyecto de reglamento que no cumpla con los requisitos indicados en el artículo 29 del presente Reglamento. <i>Artículo reformado DOF 14-08-2024</i>
Lugar de expedición y rúbricas	Se deberá indicar el lugar, la fecha de aprobación, los nombres y cargos de los servidores públicos facultados de aprobar el reglamento.	Dado en la Sala Alterna de Cabildos, ubicada en la Calle XXX, Colonia XXX, Ayuntamiento de XXX, Estado de XXX, a los XX días del mes de XXXX del año XXXX, firman el Lic. XXXXX, Presidente Municipal – Rúbrica; el Lic. XXXXX, Primer Regidor – Rúbrica; el Lic. XXXXX, Segundo Regidor – Rúbrica; el Lic. XXXXX, Tercer Regidor – Rúbrica y el Lic. XXXXX, Síndico municipal – Rúbrica.

Fuente: elaboración propia.

⁴⁸ López Velarde, Jesús A., *El proceso de creación de leyes en México*. AAPAUNAM Academia-UNAM, *Ciencia y Cultura*, febrero, (2010), pág. 61-66.

11. EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO Y EL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO EN LA EXPEDICIÓN DE REGLAMENTOS MUNICIPALES

El Análisis de Impacto Regulatorio (AIR), es un instrumento implementado por el gobierno que busca garantizar que las normas sean eficaces y eficientes; a través del AIR, se evalúa sistemáticamente el impacto de las regulaciones propuestas o existentes, considerando sus beneficios y costos, para asegurar que sean la mejor alternativa para abordar un problema específico.⁴⁹

El objetivo principal del AIR es garantizar que los reglamentos se encuentren bien diseñados, mejorando la calidad en su elaboración y proporcionando información para la toma de decisiones.

El AIR busca garantizar que los nuevos reglamentos o sus reformas sean necesarias, efectivas y no redundantes. Esto se logra a través de un informe que dé cuenta de la problemática detectada, las alternativas de solución, la estimación de costos y beneficios de la regulación.

Por su parte, también se presenta en la literatura, el Análisis de Impacto Normativo (AIN) cuyo objetivo se centra en la evaluación de un nuevo reglamento o sus reformas, incluye los resultados esperados como los escenarios favorables o perjudiciales posibles.⁵⁰

La finalidad del AIN es avalar que, al momento de elaborar y aprobar un proyecto de reglamento, se cuente con la toda la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y autoridades competentes.

Con el objeto de brindar un mayor contexto sobre el AIR y el AIN, a continuación, se describen las similitudes y diferencias más importantes.

⁴⁹ Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, *La política y alcance de la mejora regulatoria en el procedimiento de mejora regulatoria* (México: Secretaría de Economía, 2021), pág. 56.

⁵⁰ Montes, Karina y Luis Ferney Moreno, *Mejora regulatoria. Análisis de impacto normativo*, (Colombia: Departamento de publicaciones, 2021), pág.

Tabla 3. Similitudes y diferencias entre el AIR y el AIN

Similitudes	Diferencias
El AIR y el AIN buscan mejorar la calidad de los reglamentos, asegurando que se encuentren bien elaborados y que sean aceptados de manera positiva por la población.	El AIR se centra en la calidad de los reglamentos, mientras que el AIN busca diseñar regulaciones coherentes, eficientes y efectivas.
El AIR y el AIN comparten el análisis de los costos y beneficios en la elaboración de nuevos reglamentos o sus reformas.	El AIR se centra en el análisis costo-beneficio de la regulación, mientras que el AIN incluye el impacto que tendrá el nuevo reglamento en la sociedad y en la economía.
El AIR y el AIN buscan evaluar la propuesta del nuevo reglamento o sus reformas para abordar un problema específico.	El AIR considera el costo beneficio de un reglamento, mientras que el AIN busca la viabilidad institucional, la equidad y la relación con otras regulaciones.
El AIR y el AIN promueven la participación de las personas y la toma de decisiones.	El AIR profundiza en el beneficio que traerá una regulación, mientras que el AIN intenta profundizar más en los impactos que tendrá la regulación y sus efectos.

Fuente: elaboración propia.

En resumen, el AIR y el AIN son herramientas complementarias para mejorar la calidad de las regulaciones municipales. El AIR se enfoca en la eficiencia y la eficacia de las regulaciones, mientras que el AIN busca un diseño más completo y coherente.

Por este motivo, los ayuntamientos en México deberán adelantar ejercicios de AIR y de AIN antes de expedir reglamentos municipales.

12. CONCLUSIONES

En México, el Congreso de la Unión y las Cámaras de diputados de los Estados cuentan con la técnica legislativa para la elaboración de leyes, sin embargo, a nivel municipal aún falta reforzar ciertas reglas y principios para la redacción de reglamentos, por ello en la presente investigación se ofreció una metodología en técnica legislativa que el personal de base y administrativo en los ayuntamientos puede considerar para elaborar ordenamientos con los más altos estándares de calidad.

La técnica legislativa se define como el conjunto de normas jurídicas y directrices que emplean los órganos legislativos para la producción de normas, tomando en cuenta la exposición de motivos, así como la coherencia, la calidad y la viabilidad del instrumento jurídico.

El artículo 115, fracción II, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, atribuye la facultad reglamentaria a los ayuntamientos para expedir sus propios ordenamientos que regulen aspectos específicos de la vida municipal, atendiendo sus capacidades institucionales, económicas, biogeográficas, poblacionales, culturales y urbanísticas.

A diferencia de los reglamentos expedidos por el Ejecutivo Federal, en donde prevalecen los principios de reserva y de subordinación de la ley, los reglamentos municipales se articulan por el principio de competencia y no por el de jerarquía, esto significa que la Ley Suprema le ha conferido ciertas atribuciones para regular aspectos del ámbito municipal.

Los reglamentos más comunes en los municipios son: de estructura, organización y funciones, de servicios públicos, de zonificación, de planeación, de desarrollo urbano y de convivencia vecinal, todos ellos tienen como propósito alcanzar el mejoramiento, el progreso, el desarrollo, el beneficio y la protección de la sociedad.

Para dar solución a un problema de carácter municipal, se recomienda aplicar la metodología de Análisis de Pertinencia Regulatoria, cuyo resultado sirva al encargado de la elaboración de reglamentos a tomar mejores decisiones, ya sean de carácter social, económica, política o jurídica.

La exposición de motivos es una parte preliminar del reglamento, que justifica los motivos para su creación o modificación, así como los beneficios esperados. En especial, describe el problema que se desea abordar y justifica la necesidad de la legislación o sus reformas.

En las recomendaciones para la elaboración de un reglamento, se debe iniciar por el título, el objeto, las definiciones y los

ámbitos personal, material y territorial de aplicación del reglamento, grosso modo, posteriormente escribir los capítulos, artículos, párrafos, fracciones e incisos que lo integran y, por último, concluir con los transitorios.

Asimismo, se recomienda elaborar un informe de análisis de impacto regulatorio, el cual dé cuenta de los costos y beneficios que traerá la nueva disposición al sistema jurídico mexicano.

REFERENCIAS

AUTORES CONSULTADOS

- Barragán, Julia, *Cómo se hacen las leyes*, Venezuela: Planeta, 2009.
- Bentham, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, México: Senado de la República, 2010.
- Camposeco Cadena, Miguel Ángel, “De las iniciativas”, en *Manuales elementales de técnicas y procedimientos legislativos*, México: Cámara de Diputados, LIV Legislatura, 1990.
- Casarín León, Manlio, *La facultad reglamentaria municipal*, México: Porrúa y Universidad Veracruzana de Xalapa, 2005.
- Castellanos, Eduardo, *Doctrina y lineamientos para la redacción de textos jurídicos, su publicación y divulgación*, México: Secretaría de Gobernación, 2005.
- Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, *la política y alcance de la mejora regulatoria en el procedimiento de mejora regulatoria*, México: Secretaría de Economía, 2021.
- Fernández Aceves, Rubén Alfonso, *El ABC de la reglamentación municipal*, México: Fundación Konrad Adenauer y Asociación Nacional de Alcaldes, 2019.
- Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México: Porrúa, 2000.
- Gallegos Moreno, Martha, *Elaboración de leyes. Proyectos e iniciativas legislativas*, México: Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados de Zacatecas, 2015.
- García-Escudero, Pilar, “Técnica legislativa en España”, en *Materiales para el estudio de la técnica legislativa*, España: Archivos de Biblioteca, 2010).

- Greco, Carlos Manuel y Muñoz, Guillermo, *Lecciones de derecho administrativo*, volumen I, Buenos Aires: Morena, 1987.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México: IIJ de la UNAM, 1982.
- López Olvera, Miguel Alejandro, “Los límites a la facultad reglamentaria de los municipios”, en Márquez Gómez, Daniel y López Olvera, Miguel Alejandro (Coords.), *Facultad reglamentaria municipal*, México: Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Estado de Guanajuato, 2013.
- López Olvera, Miguel Ángel, “Técnica legislativa y proyectos de ley”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalia (Coords.), *Elementos de técnica legislativa*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- López Velarde, Jesús A., *El proceso de creación de leyes en México*. AAPAUNAM Academia- UNAM, Ciencia y Cultura, febrero, (2010), pág. 61-66.
- Merkel, Adolfo, “Teoría general del derecho administrativo”, en revista *Real de Derecho Privado*, 58 (25), España, octubre, (2021), pág. 30.
- Montes, Karina y Moreno, Luis Ferney, *Mejora regulatoria. Análisis de impacto normativo*, Colombia: Departamento de Publicaciones, 2021.
- Olivos Campos, José René, “Gobernación municipal en México: alcances y desafíos”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C.*, volumen VII, no. 32, julio-diciembre, (2013), págs. 118-147.
- Omar Meyer, *Derecho administrativo alemán*, Tomo I, Argentina: Depalma, 2008.
- Oropeza Martínez, Humberto, “Administración pública municipal”, en *Estudio Preliminar del Municipio Libre*, México: Trillas, 2012.
- Pérez, Héctor, *Manual de técnica legislativa*, Argentina: Konrad Adenauer, 2007.
- Prieto Salas, Manuel A., *Metodología y método de la ciencia legislativa*, en revista *Jus Filosofía*, 20 (3), Colombia, junio-septiembre, (2026), págs. 117-137.

- Raigosa Soletó, Luis, *¿Cómo hacer una iniciativa de ley? Legisprudencia y eficacia de la legislación*, México: Senado de la República e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008.
- Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*. 23a edición, tomos del I al XX. 23 edición. España: Espasa Alpe, octubre-diciembre, (2025), pág. 68.
- Gutiérrez Tenorio, Juan Manuel, “La facultad reglamentaria del municipio, límites y alcances en relación a los derechos humanos”, en revista *Epikēia, Derecho y Política*, 58 (3), México: Universidad Iberoamericana León enero a junio, (2021), págs. 1-20.
- Sainz Moreno, Fernando, *La calidad de las leyes*, España: Parlamento, 1989.
- Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo I*, 11va edición, Uruguay: Montevideo, 2022.
- Sempé Minvielle, Carlos, *Técnica legislativa y desregulación*, 5ta edición, México: Porrúa, 2005.
- Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40va edición, México: Porrúa, 2024.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el Diario Oficial de la Federación (en adelante DOF) el 05 de febrero de 1917, última reforma en el DOF el 15 de abril de 2025 (México: Cámara de Diputados 2025), recuperado de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Congreso Extraordinario, *Constitución Política de la República Mexicana*, 05 de febrero de 1857, recuperado de https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf
- Congreso General Constituyente, *Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos*, 04 de octubre de 1824, recuperado de https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf
- Congreso General, *Bases de organización política de la República Mexicana*, 13 de junio de 1843, recuperado de <https://www.>

diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/bases-1843.pdf
 Congreso General, *Leyes constitucionales*, 29 de diciembre de 1836, recuperado de https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1836.pdf

Órgano del gobierno provisional de la República mexicana, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 05 de febrero de 1917, recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

TESIS Y JURISPRUDENCIA

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 2ª. /J. 82/2008, *Fundamentación de las disposiciones generales expedidas por los ayuntamientos. Para el cumplimiento de esa garantía constitucional basta que aquéllas se refieran a aspectos propios del ámbito competencial del respectivo órgano de gobierno municipal*, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, (mayo de 2008), pág. 71.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada: *Circulares. Su publicación en el Diario Oficial no les otorga el carácter de disposiciones legales*, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, volumen 157-162, Sexta Parte, 42.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P. /J. 132/2005, *Municipios. Contenidos y Alcance de su Facultad Reglamentaria*, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, (octubre de 2005), pág. 2069.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P. /J. 43/2011 (9a.), *Reglamentos municipales de servicios públicos. Su relación con las leyes estatales en materia municipal se rige por el principio de competencia y no por el de jerarquía*, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro I, Tomo I, (octubre de 2011), pág. 26

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P./J.44/2011 (9a.), *Orden jurídico municipal. Principio de competencia (Municipios como órganos de gobierno)*, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro I, Tomo I, (octubre de 2011), pág. 38.

PENSIÓN ALIMENTICIA PARA ADULTOS MAYORES EN EL CONTEXTO JURÍDICO Y SOCIAL: PROTECCIÓN INTEGRAL Y DESAFÍOS

ALIMONY FOR OLDER ADULTS IN THE LEGAL AND SOCIAL CONTEXT: COMPREHENSIVE PROTECTION AND CHALLENGES

PAULINA LIZETH OLVERA RESÉNDIZ¹

GERARDO ALAN DÍAZ NIETO²

RESUMEN

El presente artículo examina la pensión alimenticia en el ámbito del Derecho Familiar, destacando su evolución de un mecanismo originalmente orientado a la protección de menores a uno que abarca la asistencia a adultos mayores. Se analiza el marco legal, doctrinal y los procedimientos judiciales, tanto provisionales como definitivos, para garantizar el derecho a recibir alimentos. Asimismo, se identifican problemas relevantes como la ineficiencia de los procesos, la limitación de la autonomía en casos de interdicción y la incompatibilidad entre la pensión pública (IMSS/ISSSTE) y la solicitud de pensión alimenticia adicional por parte de familiares. La investigación se fundamenta en una metodología jurídica-doctrinal, basada en el análisis de legislación, jurisprudencia y doctrina, complementado con estudios comparativos internacionales. Además, se recogen datos estadísticos que evidencian la vulnerabilidad de los adultos mayores en el contexto actual, resaltando la necesidad de reformas integrales que aseguren transparencia y protección social efectiva para el bienestar.

PALABRAS CLAVE: Pensión alimenticia, adultos mayores, protección social, interdicción, obligación alimentaria, vulnerabilidad, seguridad social.

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro con diplomado en Tópicos de Derecho Privado. Correo: lizeth.olvera.r@gmail.com.

² Doctor en Derecho adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro; con líneas de investigación en derecho a la identidad, justicia administrativa, administración pública y derecho administrativo. Entre sus publicaciones se encuentran diversos artículos y libros, gadn84@hotmail.com.

ABSTRACT

Alimony is a central mechanism in Family Law whose objective is to guarantee the sustenance of those who cannot meet their basic needs. Originally intended for the protection of children and adolescents, its scope has expanded to include older adults in the face of demographic and structural changes in society. The article discusses the legal and doctrinal foundations as well as judicial procedures to guarantee the right to receive maintenance. In addition, the problem derived from the state of interdiction that affects the autonomy and ability of the elderly to manage resources is discussed, as well as their contracting with public pensions (IMSS/ISSSTE) with the request for alimony to their descendants, incorporating international instruments that support the protection of the rights of the elderly, underlining the need for comprehensive reforms that ensure transparency and effectiveness in these mechanisms.

KEYWORDS: Alimony, older adults, social protection, interdiction, alimony obligation, vulnerability, security social.

INTRODUCCIÓN

La pensión alimenticia constituye uno de los pilares fundamentales en el ámbito del Derecho Familiar, pues busca garantizar el sustento de aquellas personas que, por diversas circunstancias, no pueden cubrir por sí mismas sus necesidades básicas.

Tradicionalmente, esta obligación se enfocaba en la protección de niñas, niños y adolescentes; sin embargo, el envejecimiento de la población y los cambios en las estructuras familiares han puesto de relieve la necesidad de proteger también a las personas adultas mayores. En muchos sistemas jurídicos, incluido el mexicano, se reconoce que la obligación de los alimentos puede extenderse de los hijos hacia sus padres, fundamentándose en los principios de solidaridad, reciprocidad y en el deber moral de cuidado familiar.

En México, tanto la doctrina como la jurisprudencia han evo-

lucionado para interpretar de manera más amplia este deber de asistencia, reconociendo que la protección de la dignidad y el bienestar de las personas mayores es un compromiso que trasciende lo meramente económico, y se vincula con el respeto a la vida familiar y la justicia social. Bajo esta perspectiva, la pensión alimenticia no solo se concibe como un recurso destinado a cubrir las necesidades más elementales, sino también como un instrumento de inclusión social que contribuye a la integración y al bienestar de una población vulnerable.

De igual forma, se examina el impacto de la figura del estado de interdicción en el ejercicio de este derecho, evidenciando cómo la limitación de la capacidad jurídica puede afectar la autonomía de las personas mayores y la administración de los recursos que les corresponden. En este punto, se resalta la importancia de respetar la dignidad y el principio de no interdicción, alineados con el creciente reconocimiento internacional de los derechos de las personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad.

Finalmente, se revisan los instrumentos internacionales que respaldan la protección de las personas adultas mayores, como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y el Convenio sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, analizando su relevancia y aplicación en el contexto mexicano. Con ello, se busca ofrecer una visión integral de las diversas aristas que convergen en el tema de la pensión alimenticia para adultos mayores, evidenciando la necesidad de fortalecer las redes de apoyo familiar, las políticas públicas y el marco jurídico, a fin de garantizar una vejez digna y el pleno ejercicio de los derechos humanos.

1. CONSIDERACIONES DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Los alimentos son uno de los temas más importantes en el Derecho Familiar, ya que a través de los derechos y deberes alimentarios se busca el poder garantizar la subsistencia de una

persona que por sí mismo no se encuentra posibilitado para poder obtener lo indispensable para cubrir sus necesidades básicas.

Si bien, la doctrina ha logrado definir a los alimentos como el derecho que tienen los “acreedores alimentarios” para obtener de los “deudores alimentarios”, de acuerdo con lo que establece la ley, todo aquello que es indispensable no solo arraigado a la figura de la comida, sino también a la asistencia que debe darse para sustentarlos. Anteriormente, la obligación alimentaria abarcaba únicamente los gastos necesarios para la subsistencia de los individuos en términos de comida, calzado y vestido.³ Sin embargo, podemos observar en la actualidad que los alimentos no comprenden únicamente la cuestión nutritiva del mismo, sino que va abarcando y considerando elementos que son indispensables para el desarrollo integral del individuo, considerando el entorno social en el que se desenvuelve, costumbres y demás particularidades en las que se desarrolla cada ente social en concreto, teniendo una vida decorosa, especificando los “no lujos”, sino únicamente aquello que se considere para un estatus digno.⁴

En cuanto al procedimiento para la obtención de alimentos, lo que siempre se ha buscado es lograr de manera eficiente y expedita la resolución a la controversia generada por el dar y recibir los alimentos, buscando siempre que se haga acortando plazos mediante procedimientos abreviados o simplificados, lo anterior en consecuencia a que de ellos dependen la subsistencia del ser humano. Sigue siendo similar el procedimiento en la actualidad para reclamar el derecho a percibir los alimentos, debido a que la vía sumaria es la vía idónea para hacer valer estos derechos y cubrir la necesidad de dar protección rápida al acreedor alimen-

³ Roa Cruz, Christian y Christian Emmanuel Rodríguez Barrón, *Pensión alimenticia, su garantía y sus efectos prácticos*, (Tesis de Licenciatura, Universidad Autónoma de Querétaro, 2018), p. 7.

⁴ Tesis 1a./J. 44/2001, Tomo XIV, ALIMENTOS. REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA FIJAR EL MONTO DE LA PENSIÓN POR ESE CONCEPTO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE CHIAPAS), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 2001, p. 11. Disponible en línea: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/189214>

tario, sometiéndose al criterio del juzgador que tiene conocimiento de la controversia, actuando obligatoriamente de oficio y conforme a derecho para la determinación de la pensión alimenticia; existiendo dos formas en las cuales podrá ser fijada, ya sea de forma provisional o de forma definitiva.

Enfocándonos en la primera forma, la pensión alimenticia provisional, debe de considerarse como aquella protección otorgada de manera urgente, dándole al solicitante (acreedor alimentista) el pago de los alimentos que serán determinados por un Juez, esto mientras dure el juicio, dándose la característica de obligatoriedad y permanencia hasta el dictamen de la pensión alimenticia definitiva en sentencia.⁵ En cuanto a la pensión alimenticia provisional nos encontramos que esta surge al momento de dictarse sentencia, basado en los elementos de prueba que fueron aportados por las partes durante el juicio.⁶

En un principio, la obligación debía prestarse entre ascendientes y descendientes, criterio que desde el Derecho Romano era tomado a consideración, además de que se trataban bajo las posibilidades que tiene el sujeto obligado para proporcionar alimentos, prevaleciendo lo anterior en fechas actuales, aunque con el paso del tiempo, doctrinariamente se ha logrado reconocer el matrimonio, concubinato y parentescos consanguíneos y civiles. Actualmente en los códigos civiles y de procedimientos civiles se regulan los alimentos, sin embargo, el 7 de junio de 2023 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, en donde en su Sección Segunda De los Alimentos,⁷ en donde se contemplan los alimen-

⁵ Sarabia Góngora, Enrique Gabriel, *Los alimentos provisionales y definitivos, Segunda Sala. Especializada en Materia Familiar y Materia Familiar Oral* 02 (2020), pp. 6-7: <https://www.tsjqrroo.gob.mx/Revistas/impresos/2/index.html#p=8>

⁶ Tesis 1a./J.9/2005, Tomo XXI, PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISIONAL. NO PUEDE CANCELARSE EN LA INTERLOCUTORIA QUE DECIDE LA RECLAMACIÓN INTERPUESTA CONTRA EL AUTO QUE LA DDECRETA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Marzo 2005, p. 153, disponible en línea: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/178961>

tos y las especificaciones procesales que deben de llevarse a cabo para su otorgamiento a través de la autoridad jurisdiccional.

2. PENSIÓN ALIMENTICIA Y ADULTOS MAYORES

Debemos de entender que una persona es considerada “adulto mayor”, al menos en México, cuando cuenta con sesenta años o más de edad.⁸ Y si bien es cierto, en el artículo 4° de nuestra Carta Magna nos establece que toda persona tiene derecho a recibir una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad.⁹ Algo que debemos entender es que no por encontrarse en el sector de adulto mayor la persona se encontrará siempre en un estado de vulnerabilidad, ya que pueden tener la capacidad de ser autosustentables con sus propios ingresos. Sin embargo, según estadísticas de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo Nueva Edición (ENOE) del INEGI,¹⁰ se pudo notar que el último trimestre de 2022 se reportó que casi tres de cada 10 personas de 65 años o más trabajan, y de ese 100% el 44% se encontraba trabajando manera subordinada y remunerada y no contaba con prestaciones de ley. Aunque los motivos por los cuales los adultos mayores deciden estar en el mercado laboral son diversos, es una realidad que sus ingresos pueden no ser suficientes para cubrir sus necesidades básicas, aunado a que se enfrentan ante la preferencia de los centros de trabajo por contratar jóvenes, así como la informalidad de los trabajos a los que pueden tener acceso y que les impide tener pensiones contributivas o cuentas de ahorro, ocasionando que aumen-

⁷ Cámara de Diputados, *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares*, Sección Segunda De los Alimentos, México, DOF 07/07/2023, disponible en línea: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf>

⁸ Cámara de Diputados, *Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores*, art. 3, México, DOF 14/06/2024, disponible en línea: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDPAM.pdf>

⁹ Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 4, México, DOF 05/02/19917, disponible en línea: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

¹⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Estadísticas a propósito del día internacional de las personas adultas mayores*, Comunicado de Prensa Núm. 568/22, 20 de septiembre de 2022, https://inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_ADULMAY2022.pdf

te la dependencia económica de terceros, como lo son de sus familiares. Derivado de lo anterior es importante hacer del conocimiento de todos que, a partir de los 60 años, se tiene derecho a exigir a través de la vía civil una pensión alimenticia ya sea a sus hijos, hermanos o nietos, según sea el caso, debido a que su familia está obligada por ley a velar por su bienestar cuando estos no se encuentren en las posibilidades de poder hacerlo por sí mismos.

En el Código Civil Federal, se reconoce y protege este derecho al que pueden acceder los adultos mayores para salvaguardar su bienestar y dignidad. En este sentido, los artículos 301¹¹ y 304¹² de dicho ordenamiento establecen la obligación recíproca de brindar alimentos y el orden en que deben de proporcionarse. A pesar de que la legislación mexicana establece con claridad el derecho de las personas adultas mayores a recibir una pensión alimenticia por parte de sus hijos o algún otro familiar, en la práctica muchos de ellos se abstienen de ejercer esta facultad. Esta renuencia suele obedecer a factores emocionales y sociales, pues al tratarse de familiares directos, se genera incomodidad o temor a romper los lazos afectivos, propiciar conflictos internos o provocar sentimientos de culpa.

De este modo, aunque la normativa ofrece un respaldo jurídico para salvaguardar el bienestar y la dignidad de quienes han alcanzado la tercera edad, persiste la resistencia a demandar dicho derecho, precisamente porque implica reclamar algo a aquellos con quienes se mantiene un vínculo familiar cercano, teniendo como resultado que las demandas por pensiones alimenticias entre generaciones sean poco comunes y que dependan principalmente de una conciencia moral y responsabilidad por parte de los familiares que de acciones legales.

Se debe de considerar que para que haya una procedencia en cuanto a la pensión alimenticia, la persona que lo solicite debe

¹¹ Cámara de Diputados, *Código Civil Federal*, art. 301, México, DOF 17/01/2024, disponible en línea: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCF.pdf>

¹² Ibidem, art. 304.

de cubrir con requisitos específicos como lo son el acreditar la relación de parentesco mediante un acta de nacimiento y, asimismo, acreditar un estado de necesidad¹³ y existencia reciprocidad.¹⁴ Dichos elementos deben de estar presentes en cada caso para que el Juez pueda realizar un análisis de fondo y considerar el otorgamiento de la pensión alimenticia definitiva. Sin embargo, un elemento que también debe de considerarse es que el demandado tenga recursos, es decir, se encuentre en las posibilidades de dar pensión alimenticia, aunque si son varios hijos en este caso o se encuentre imposibilitado alguno de hacerlo, se dividirá el importe acordado por el Juez en proporción a sus haberes.¹⁵

3. PENSIÓN ALIMENTICIA Y ADULTOS MAYORES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Como lo hemos visto, en el contexto actual se ha visto una transformación demográfica y cambios en cuanto a las estructuras familiares, por lo que encontramos dos temas que adquieren especial relevancia: la pensión alimenticia y, por otro lado, la creciente necesidad de garantizar derechos y dar protección a los adultos mayores. Derivado de lo anterior es que distintos países se han ocupado de crear mecanismos de protección, poniendo especial énfasis en proteger la autonomía y dignidad de las personas, especialmente en aquellas que, a pesar de poderse encontrar en un estado de vulnerabilidad, mantienen su capacidad legal plena para tomar decisiones.

Los sistemas legales de los diferentes países muestran enfoques variados en cuanto a la pensión alimenticia. Un ejemplo de ello son los países que siguen el Derecho Anglosajón (Common

¹³ El estado de necesidad la podemos definir como aquella vulneración inevitable al interés jurídico protegido de un tercero ante una situación de peligro actual de los intereses propios, tutelados por el Derecho.

¹⁴ Es importante que los padres que soliciten la pensión alimenticia a sus hijos hayan cumplido con sus obligaciones alimentarias para poder solicitar el cumplimiento de este derecho, debido a que el artículo 301 del Código Civil Federal nos menciona que la obligación de los alimentos es recíproca.

¹⁵ Ibidem, art. 311 y 312.

Law), en donde se suelen tener sistemas judiciales que priorizan la discrecionalidad de los jueces, permitiendo un análisis detallado de las circunstancias económicas y personales de las partes involucradas.¹⁶ Países de tradición continental europeo o países que se rigen bajo un sistema de derecho civil, en donde se observa más un marco normativo codificado, en donde la ley se encarga de establecer parámetros claros, aunque en ocasiones suelen tener interpretaciones que atiendan a casos particulares en donde se logre consagrar derechos y responsabilidades básicas.¹⁷ Y como última comparativa, el sistema legal de América Latina, en donde se logra ver un fortalecimiento de las normas en favor de la protección del núcleo familiar, con reformas legales que buscan garantizar la efectividad del derecho a la pensión alimenticia, especialmente en contextos de crisis económicas y cambios sociales para los integrantes de la familia, ya que esta es vista como una institución social en la que el Estado interviene en su regulación para el bien común.¹⁸

Al ser el envejecimiento poblacional un fenómeno global, se tiene como consecuencia la creación de retos en términos de políticas públicas y protección social. El aumento de la esperanza de vida, junto con la tasa de natalidad decreciente obliga a que los gobiernos e instituciones replanteen sus sistemas de pensiones, seguridad social, entre otros temas, es por ello por lo que México y más países se han visto en la necesidad de buscar instrumentos internacionales que ayuden a complementar la

¹⁶ Anáhua MAYAB, Derecho anglosajón o *Common Law: qué es y características esenciales*, Blog de Posgrado, Universidad Anáhuac Mérida, s.f., disponible en línea: <https://merida.anahuac.mx/posgrado/blogderecho-anglosajon-o-common-law>

¹⁷ The World Bank Group, *Características claves entre los sistemas common law y derecho civil*, World Bank Group Infrastructure Finance, 2020, disponible en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/caracteristicas-claves-entre-los-sistemas-de-common-law-y-derecho-civil>

¹⁸ De la Fuente Linares, José Cándido Francisco Javier, “Tendencias del derecho civil y familiar en Hispanoamérica: la protección constitucional de la familia en América Latina”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México 29, (enero-julio 2012): p. 62, DOI: <https://doi.org/10.35487/rjus.v6i29.2012.55>

protección otorgada a nivel nacional y den un aseguramiento mayor a una vejez digna. Derivado de lo anterior, es que México a lo largo de los años ha firmado y ratificado convenios y tratados internacionales que dan protección a los derechos humanos de las personas mayores; uno de ellos es la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en donde México se adhiere el 01 de noviembre de 2023.¹⁹ Dicha Convención constituye un hito jurídico al ser el primer instrumento regional de carácter vinculante que se enfoca de manera específica a salvaguardar los derechos de las personas adultas mayores; promoviéndolos, protegiendo y asegurando el pleno goce de los derechos humanos, así como sus libertades fundamentales, reconociendo su dignidad y su papel activo en la sociedad.

Dentro del abanico de garantías que contempla la Convención, cobra relevancia el derecho a la seguridad social y a la protección económica. La Convención subraya la necesidad de que los Estados adopten políticas y programas destinados a asegurar el acceso a prestaciones económicas que permitan a los adultos mayores cubrir sus necesidades básicas. Este mandato se traduce a la promoción de sistemas de pensiones y otras formas de apoyo que ofrezcan un respaldo económico estable y suficientes para quienes, por diversas cuestiones incluida la de edad, se encuentran en una situación de vulnerabilidad o dependencia.

Asimismo, aunque la Convención no refiere de manera específica el concepto de pensión alimenticia desde el punto de vista

¹⁹ Departamento de Derecho Internacional, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70)*, Organización de los Estados Americanos, 2025, disponible en: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp#:~:text=CONVENI%C3%93N%20INTERAMERICANA%20SOBRE%20LA%20PROTECCI%C3%93N,PERSONAS%20MAYORES%20\(A%2D70\)&text=Adoptado%20en:%20Washington%2C%20D.C.%2C,\(Instrumento%20original%20y%20ratificaciones\).](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp#:~:text=CONVENI%C3%93N%20INTERAMERICANA%20SOBRE%20LA%20PROTECCI%C3%93N,PERSONAS%20MAYORES%20(A%2D70)&text=Adoptado%20en:%20Washington%2C%20D.C.%2C,(Instrumento%20original%20y%20ratificaciones).)

jurídico de cada país, sí establece el principio de solidaridad familiar,²⁰ en donde se insta tanto a los Estados como a las familias a asumir un rol activo en cuanto a la protección de las personas de la tercera edad. Además, esto se ve reforzado por disposiciones que promueven el cuidado y apoyo integral, lo que incluye en ordenamientos nacionales, entre ellos el mexicano, la posibilidad de que los adultos mayores reclamen a sus ascendientes el pago de una pensión alimenticia cuando carecen de recursos propios. Dicha convención ha ayudado como marco de referencia y refuerzo para nuestras legislaciones nacionales en materia de derechos de las personas mayores. Su carácter vinculante para los países que la han ratificado implica que estos deben de tomar medidas activas para asegurar que ningún adulto mayor quede desprotegido en cuanto a su subsistencia. Incluyendo la adopción de mecanismos efectivos para hacer valer el derecho a recibir alimentos de parte de familiares directos en caso de ser necesario.

Continuando con este contexto, el Convenio sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero es también un instrumento internacional al cual se encuentra adherido México desde el 20 de junio de 1956,²¹ este instrumento jurídico se encuentra destinado a asegurar que, sin importar la ubicación geográfica de las partes, los derechos relacionados a la pensión alimenticia deben de ser reconocidos y garantizados. Aunque históricamente el concepto de alimentos ha

²⁰ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Washington, D.C., Estados Unidos, 15 de junio de 2015, artículo 3°.

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Convención sobre la obtención de Alimentos en el Extranjero (Multilateral, 1956)* 29/09/1992, Sistema de Consulta de Ordenamientos, 2025, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=iNe8TcPHpMMO/ASvajxKktWTq+UE2hkeN3efw2exh2BrNFnV8X/h2Y4qrVWrSWT5fG1NMJFL-PJHnXCFfh84Ng==>

sido asociado con la protección a NNA,²² la aplicación de este derecho en los últimos años ha permitido incorporar al adulto mayor como un sujeto de protección, estableciendo la obligación recíproca de asistencia familiar en condiciones de vulnerabilidad.

El Convenio surge en el marco de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, con el propósito de armonizar y facilitar el reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a alimentos en el ámbito internacional. Su principal objetivo es garantizar que, ante situaciones en las que los acreedores y deudores alimentistas se encuentren en diferentes jurisdicciones, la protección del derecho a recibir alimentos no se vea comprometida por las barreras geográficas o por la disparidad entre los sistemas jurídicos nacionales;²³ fortaleciendo de esta manera la cooperación internacional y proporcionar un marco normativo que contribuye a la seguridad jurídica de las partes involucradas. Es posible señalar que, en línea con otros países y en base a la necesidad de protección de los acreedores que se encuentre en una situación transnacional, al formalizar la adhesión al convenio se incorporaron mecanismos para la cooperación internacional en materia de alimentos, así como el fortalecimiento de la legislación nacional relativa a la materia de alimentos, permitiendo que la legislación mexicana se actualice y se ajuste a las exigencias internacionales, facilitando la ejecución de resoluciones judiciales en las que se involucren pensiones alimenticias y dando lugar a mecanismos de defensa efectivos.

4. ESTADO DE INTERDICCIÓN: ¿CÓMO AFECTA EN LA PENSIÓN ALIMENTICIA?

El envejecimiento de la población a lo largo de los años ha generado un creciente debate en cuanto a la protección de los dere-

²² Niñas, Niños y Adolescentes.

²³ Convenio sobre la obtención de alimentos en el extranjero elaborado en el seno de las Naciones Unidas el 20 de junio de 1956, Nueva York, Estados Unidos, 20 de junio de 1956, Preámbulo.

chos de los adultos mayores. El estado de interdicción es una medida legal que ha buscado proteger a las personas que, por padecer alguna incapacidad física o mental, no pueden administrar sus bienes o tomar sus decisiones de manera autónoma. En el contexto jurídico mexicano, esta figura ha sido invocada para salvaguardar el patrimonio y los derechos de aquellas personas que se encuentran en un punto de vulnerabilidad, encontrándose sometidos a la guarda de un tutor.²⁴ Desde el punto de vista jurídico, la pensión alimenticia se fundamenta en la obligación de cuidado y asistencia que tienen ciertos familiares o, en algunos casos, el Estado, para con aquellos que no pueden mantenerse por sí mismos. En un entorno en el que la familia es la principal red de apoyo, se espera que los hijos o parientes asuman la responsabilidad de garantizar el bienestar de sus mayores. Sin embargo, cuando se activa el estado de interdicción, la dinámica de esta responsabilidad puede verse alterada, ya que la persona afectada pierde, en cierta medida, la capacidad de gestionar y exigir sus derechos de manera directa. Es por ello, que el vínculo entre la interdicción y la pensión alimenticia es complejo y, hasta cierto grado genera polémica. Por un lado, la interdicción se instaura para proteger a aquellos adultos mayores que han perdido la capacidad para administrar sus propios asuntos, pero, por otro, puede limitar la autonomía del individuo respecto al manejo de sus recursos, incluida la pensión alimenticia.

En el contexto de la pensión alimenticia, el principio de no interdicción es fundamental, debido a que garantiza que los adultos mayores puedan reclamar este derecho sin necesidad de que un tutor legal actúe en su nombre. En muchos casos, la interdicción ha sido utilizada como una forma de despojar a las personas mayores de su patrimonio, dejándolas en una situación de indefensión y de vulnerabilidad. Al limitar al adulto mayor del

²⁴ Juzgado Segundo, Sentencia Definitiva, Primera Instancia Civil, expediente 1269/2019, de fecha 17 de junio de 2022, disponible en línea: https://www.poderjudicial.gob.mx/APP_UT69ii/leeDoc.php?cual=1CJN02%7CF%7CE%7C2019%7C1269%7C428754

goce y ejercicio de sus derechos y obligaciones, así como no respetar su autonomía, genera un impacto importante en su vida. Cabe mencionar que tanto la capacidad jurídica como la autonomía de la voluntad parten de la tradición civilista, los cuales se han proyectado como derechos humanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce de manera expresa el derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, sin excepción alguna; ya que, que en lugar de negar la capacidad jurídica por alguna deficiencia, se exige que se proporcione el apoyo necesario para su ejercicio.²⁵

Tradicionalmente, la interdicción ha sido un “mecanismo” legal utilizado para declarar judicialmente la incapacidad de una persona para administrar sus bienes o tomar decisiones sobre su vida. Sin embargo, este procedimiento ha sido objeto de críticas y al menos en el Estado mexicano, declarado inconstitucional²⁶ debido a que, en muchas ocasiones, priva a los adultos mayores de su autonomía y les impide ejercer sus derechos de manera libre. Algo que debemos de considerar de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores es su postura sobre la no interdicción de las personas mayores. Es por ello que esta Convención establece claramente que los Estados deben de promover modelos de apoyo en la toma de decisiones en lugar de recurrir a la interdicción.²⁷ Es decir que, en lugar de incapacitar legalmente a una persona mayor, deben de diseñarse mecanismos que le permitan recibir asesoría y acompañamiento sin que se le despoje de su capacidad legal.

Una de las principales consecuencias del estado de interdic-

²⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, Estados Unidos, 3 de mayo de 2008, artículo 12.

²⁶ Treviño Barrios, Sergio, *La interdicción: un acto prohibido por el artículo 22 constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 25 de marzo del 2025, disponible en línea: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-interdiccion-un-acto-prohibido-por-el-articulo-22-constitucional>.

²⁷ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Op. Cit., artículo 7.

ción es la transferencia de la administración de los bienes del adulto mayor a un representante legal. Si bien esta medida busca evitar la explotación o el mal uso del patrimonio, también puede restringir la posibilidad de que el interdicto gestione de forma directa su pensión alimenticia. Esto puede llevar a situaciones en las que el representante legal decida, en algunos casos, emplear dichos recursos de una manera que no responda plenamente a las necesidades o deseos del adulto mayor. La falta de autonomía en la administración de la pensión alimenticia puede, en consecuencia, afectar la calidad de vida del beneficiario, generando conflictos familiares y cuestionamientos respecto a la transparencia y eficacia del sistema de tutela. En ocasiones, la asignación de la pensión alimenticia puede ser objeto de disputas cuando existen desacuerdos sobre el manejo de los recursos o la interpretación de las necesidades reales del adulto mayor. Por ejemplo, un familiar designado como tutor puede tener una visión más conservadora en el uso de los recursos, limitando inversiones o gastos en áreas que el adulto mayor considera esenciales para su bienestar, como la salud o actividades recreativas. Estos dilemas éticos ponen en relieve la necesidad de mecanismos de control y rendición de cuentas que aseguren que la pensión alimenticia se utilice de manera íntegra y en beneficio del interdicto.

En el contexto mexicano, el Estado juega un papel crucial en la regulación y supervisión tanto de la interdicción como de la distribución de pensiones alimenticias, siendo estos mecanismos esenciales para la protección de un sector particularmente vulnerable de la sociedad. Las leyes y normativas vigentes se han diseñado con el objetivo de equilibrar la protección de los adultos mayores con la preservación de sus derechos económicos, procurando garantizar que, aun en estados de interdicción, estos individuos cuenten con los recursos necesarios para vivir dignamente. Sin embargo, la aplicación de estas leyes a menudo resulta insuficiente o deficiente, en gran parte debido a la burocracia inherente al sistema y a la falta de recursos en el sistema

judicial. Esta realidad se traduce en procesos judiciales que, en ocasiones, se ven prolongados, generando incertidumbre y, en algunos casos, favoreciendo situaciones de abuso o mala administración de los recursos por parte de los representantes legales. La lentitud en la tramitación de casos y la escasez de personal capacitado en las instituciones encargadas de estos procesos son factores que dificultan una supervisión efectiva, lo que a su vez compromete la garantía de un trato justo y respetuoso de la dignidad del adulto mayor.

Además, la dispersión de competencias entre diversas instancias del Estado y la carencia de mecanismos de coordinación interinstitucional agravan la situación, permitiendo que las lagunas en la legislación y en su ejecución se conviertan en un terreno fértil para interpretaciones diversas y, en algunos casos, para la falta de rendición de cuentas. La transparencia en el manejo de las pensiones alimenticias se ve mermada cuando los controles internos no son lo suficientemente robustos para vigilar la actuación de los tutores o curadores designados, lo que genera desconfianza tanto en la sociedad como en las familias afectadas.

Ante este escenario, se hace imperativo promover reformas integrales que permitan una mayor transparencia y participación de todas las partes involucradas. Estas reformas deberían incluir la implementación de sistemas de seguimiento y auditoría externos, que aseguren que los recursos destinados a la pensión alimenticia se utilicen de manera adecuada y en beneficio directo del adulto mayor. Asimismo, es necesario fortalecer la capacitación de los funcionarios y del personal judicial para que cuenten con las herramientas y el conocimiento necesario para abordar de manera eficiente los casos de interdicción, garantizando que los procesos sean ágiles y se mantengan dentro de los estándares éticos y de respeto a los derechos humanos.

Adicionalmente, la participación activa de la sociedad civil y de organizaciones no gubernamentales puede representar un elemento clave en la supervisión y mejora de estos mecanismos. Estas entidades pueden colaborar con el Estado para establecer

protocolos de actuación más precisos, generar reportes periódicos y promover una cultura de transparencia que minimice el riesgo de malas prácticas. La articulación de esfuerzos entre el sector público, el privado y la sociedad civil se traduce en una red de vigilancia que fortalece la rendición de cuentas y el cumplimiento de las normativas establecidas.

5. ADULTO MAYOR: PENSIÓN IMSS/ISSSTE VS. SOLICITUD DE PENSIÓN ALIMENTICIA

En México, la protección y el bienestar de los adultos mayores se sustentan en mecanismos tanto estatales como familiares. Mientras que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) garantizan una pensión como derecho adquirido por años de contribución laboral, existe una tendencia, en ciertos casos, de que algunos adultos mayores ya pensionados soliciten a sus hijos una pensión alimenticia adicional. Este fenómeno genera un debate profundo, pues se cuestiona la contabilidad de contar con un ingreso reconocido y protegido por la ley, y a la vez, recurrir a la familia para obtener recursos adicionales debido a que el monto mensual que percibe por parte de alguna de estas dos instituciones, puede que no sea suficiente. Según datos del CONEVAL, en febrero de 2025 el gasto promedio por persona en zona urbana en canasta alimentaria es de \$2,364.01 y en canasta no alimentaria en zona urbana, el gasto promedio asciende a \$4,666.65.²⁸ Considerando que para febrero de 2022 el 70.50% de los jubilados del IMSS recibieron pensiones de menos de \$4,999.00 pesos al mes y solo el 12.60% percibieron entre 5 mil y 9 mil 999 pesos.²⁹ Esto nos indica que enfrentamos un escenario en el que los adultos mayores deben

²⁸ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la pobreza*, CONEVAL, 27 de marzo de 2025, disponible en línea: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-Pobreza-por-Ingresos.aspx>

²⁹ Ruiz, Alejandro, “¿Cuánto cuesta sobrevivir en México?”, *La Verdad, Periodismo de Investigación*, 16 de enero de 2024, disponible en línea: <https://laverdadjuarez.com/2024/01/17/cuanto-cuesta-sobrevivir-en-mexico/>

sobrevivir únicamente con el ingreso otorgado por el IMSS o el ISSSTE, sin posibilidad de solicitar una pensión alimenticia a sus hijos. Esto se debe a que, al gozar y ejercer este derecho adquirido, la pensión se convierte en un ingreso permanente que impide la solicitud de una pensión alimenticia adicional.

El conflicto surge al intentar conciliar dos fuentes de ingreso, que en un principio persiguen objetivos distintos. La pensión otorgada por una institución es una prestación económica destinada a proteger al trabajador al tener un accidente de trabajo, padecer una enfermedad o accidente no laboral o cumplir 60 años de edad,³⁰ misma que no se ve mermada por reclamaciones adicionales. Por otro lado, la pensión alimenticia solicitada a los hijos implica una redistribución de recursos tomando en cuenta el estado de vulnerabilidad de los padres principalmente,³¹ la cual puede interpretarse como una extensión del deber filial.

Al ver esta dualidad, nos podemos plantear en un primer punto: ¿Cómo puede coexistir un ingreso asegurado por el Estado con una demanda económica adicional que afecta la dinámica familiar y que al mismo tiempo evidencia que dicha cantidad no es suficiente para subsistir? Y en segundo punto: ¿No se estaría vulnerando el carácter inalienable de la pensión otorgada por una Institución al estarse sometiendo la persona a reclamaciones que impliquen una intervención de terceros, es este caso, los hijos? La respuesta se inclina hacia la incompatibilidad de ambos mecanismos, pues exigir a los hijos una pensión alimenticia cuando el adulto mayor ya cuenta con un ingreso garantizado por ley, genera un conflicto de derechos y responsabilidades. En términos jurídicos, se reconoce que la pensión del IMSS/ISSSTE es un derecho intransferible y adquirido, fruto de años de cotización y contribución al sistema de seguridad social, mientras que la obligación de alimentos entre familiares

³⁰ Gobierno de México, *¿Qué es una pensión?*, Instituto Mexicano de Seguridad Social, 27 de marzo de 2025, disponible en línea: <https://www.imss.gob.mx/pensiones/preguntas-frecuentes/que-es-una-pension>

³¹ Ríos, Elizabeth, “Adultos mayores pueden demandar pensión alimenticia a sus hijos”, *El Sol de Toluca*, 25 de noviembre de 2017

debe interpretarse de forma subsidiaria, es decir, solo en aquellos casos donde realmente exista una carencia que no pueda ser cubierta por el ingreso propio. Sabemos que la institución jurídica de alimentos descansa en la relación familiar existente y surge como consecuencia del estado de necesidad en la que se encuentra la persona y es por ello que la ley les reconoce la posibilidad de solicitar lo necesario para su subsistencia, sin embargo, para poder fijarse una pensión alimenticia deben atenderse tres supuestos: el estado de necesidad, un vínculo familiar entre acreedor y deudor y la capacidad económica del deudor.³² Al contar un adulto mayor con una pensión pública otorgada por alguna de las Instituciones ya mencionadas se ve limitado a ejercer el derecho de pensión alimenticia debido a que se ve detectado este ingreso que lo elimina de encontrarse en un estado de necesidad.

Ante esta problemática, es fundamental que el Estado mexicano refuerce su rol como garante de la protección social de los adultos mayores. La existencia de una pensión estatal no debe verse socavada por reclamaciones familiares que pongan en riesgo la estabilidad económica y la integridad de quienes han contribuido al sistema de seguridad social. En este sentido, es necesario que se establezcan mecanismos claros y precisos que delimiten la responsabilidad de cada parte, asegurando que la pensión del IMSS/ISSSTE se mantenga como un derecho inviolable y que cualquier demanda de pensión alimenticia se evalúe cuidadosamente en función de la situación económica global y las necesidades reales de los involucrados.

Una reforma integral en el marco jurídico podría contribuir a aclarar la incompatibilidad entre ambos mecanismos de ingreso. Se debe establecer de manera explícita que la pensión estatal es un derecho inalienable y que cualquier solicitud de pensión ali-

³² Cisneros Ramírez, Alma Leticia, Derecho de los adultos mayores a pensión compensatoria por doble jornada. Perspectiva de Envejecimiento, Reseña del amparo directo en revisión 1754/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2015): 7, disponible en línea: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-03/res-AZLL-1754-15.pdf

menticia adicional deberá analizarse bajo criterios estrictos, evaluando la existencia de una verdadera necesidad económica que no pueda ser subsanada por el ingreso propio del adulto mayor.

CONCLUSIONES

El análisis de la pensión alimenticia en el contexto jurídico y social revela su papel fundamental para garantizar la subsistencia y el desarrollo integral de aquellos que, por diversas circunstancias, carecen de los medios para satisfacer sus necesidades básicas. Tradicionalmente estaba destinada a la protección de los menores, sin embargo, esta obligación ha evolucionado para incluir a los adultos mayores, reconociendo el cambio en estructuras familiares y transformación demográfica que demanda nuevos mecanismos de protección, tales como los instrumentos internacionales.

Este artículo ha logrado evidencias que, además de fundamentos legales y doctrinales, la eficacia en la obtención de alimentos se sustenta en procedimientos judiciales ágiles y simplificados. La existencia de dos modalidades (provisional y definitiva) ha permitido abordar de manera inmediata la urgencia del acreedor alimentarios, sin embargo, también se encuentran de relieve los desafíos en la práctica, como la necesidad de un análisis profundo que considere la capacidad económica del deudor y la verificación del vínculo familiar.

Asimismo, la protección de los adultos mayores se ve complicadamente interrelacionada con factores como la interdicción, que, aunque surge como medida para resguardar a quienes no pueden gestionar sus propios asuntos, puede limitar la autonomía y el goce de sus derechos. La tensión entre el derecho adquirido a una pensión pública (IMSS/ISSSTE) y la eventual solicitud de una pensión alimenticia adicional por parte de familiares resalta un conflicto de derechos que demanda una interpretación cuidadosa y criterios estrictos para evitar la duplicidad de ingresos.

En el ámbito internacional, la firma y ratificación de instrumentos como la Convención Interamericana sobre la Protección

de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y el Convenio sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero subrayan el compromiso de los Estados para armonizar y fortalecer la protección de este derecho. Sin embargo, la dispersión de competencias y la falta de coordinación interinstitucional en México ponen de manifiesto la necesidad de reformas integrales que aseguren transparencia, rendición de cuentas y eficiencia en la aplicación de estas normativas.

En definitiva, para lograr una protección efectiva de la dignidad y autonomía de los adultos mayores, es imperativo que el Estado, junto con la sociedad civil, impulse reformas legales que clarifiquen responsabilidades y establezcan mecanismos robustos de supervisión, garantizando que la pensión alimenticia se convierta en un instrumento real de protección social en el marco de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

Tesis 1a./J. 44/2001, ALIMENTOS. REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA FIJAR EL MONTO DE LA PENSIÓN POR ESE CONCEPTO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE CHIAPAS), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 2001, Tomo XIV, p. 11. Disponible en línea: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/189214>

Tesis 1a./J.9/2005, PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISIONAL. NO PUEDE CANCELARSE EN LA INTERLOCUTORIA QUE DECIDE LA RECLAMACIÓN INTERPUESTA CONTRA EL AUTO QUE LA DECRETA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 2005, Tomo XXI, p. 153, disponible en línea: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/178961>

LEGISLACIÓN

Cámara de Diputados, *Código Nacional de Procedimientos*

Civiles y Familiares, México, DOF 07/07/2023, disponible en línea: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf>
Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, DOF 05/02/1917, disponible en línea: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
Cámara de Diputados, *Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores*, México, DOF 14/06/2024, disponible en línea: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDPAM.pdf>

PÁGINA WEB

Anáhua MAYAB, *Derecho anglosajón o Common Law: qué es y características esenciales*, Blog de Posgrado, Universidad Anáhuac Mérida, s.f., disponible en línea: <https://merida.anahuac.mx/posgrado/blog/derecho-anglosajon-o-common-law>

Cisneros Ramírez, Alma Leticia, *Derecho de los adultos mayores a pensión compensatoria por doble jornada. Perspectiva de envejecimiento*, Reseña del amparo directo en revisión 1754/2015. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, (2015): p. 7, disponible en línea: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-03/res-AZLL-1754-15.pdf

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la pobreza*, CONEVAL, 27 de marzo de 2025, disponible en línea: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-Pobreza-por-Ingresos.aspx>

Enciclopedia Jurídica, “Estado de necesidad”, 17 de marzo de 2025, disponible en: <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/estado-de-necesidad/estado-de-necesidad.htm>

Gobierno de México, *¿Qué es una pensión?*, Instituto Mexicano de Seguridad Social, 27 de marzo de 2025, disponible en línea: <https://www.imss.gob.mx/pensiones/preguntas-frecuentes/que-es-una-pension>

Poder Judicial de la Ciudad de México, *Alimentos, derecho*

exigible por parte de adultos mayores a hijos, explica juez, PJCDMX, 29 de octubre de 2019, disponible en: https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/evento_291020193/#:~:text=Si%20el%20adulto%20mayor%2C%20precis%C3%B3,de%20dar%20la%20pensi%C3%B3n%20alimenticia.

Ríos, Elizabeth, “Adultos mayores pueden demandar pensión alimenticia a sus hijos”, *El Sol de Toluca*, 25 de noviembre de 2017

Ruiz, Alejandro, “¿Cuánto cuesta sobrevivir en México?”, *La Verdad, Periodismo de Investigación*, 16 de enero de 2024, disponible en línea: <https://laverdadjuarez.com/2024/01/17/cuanto-cuesta-sobrevivir-en-mexico/>

The World Bank Group, *Características clave entre los sistemas common law y derecho civil*, World Bank Group Infrastructure Finance, 2020, disponible en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/caracteristicas-claves-entre-los-sistemas-de-common-law-y-derecho-civil>

Treviño Barrios, Sergio, *La interdicción: un acto prohibido por el artículo 22 constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 25 de marzo del 2025, disponible en línea: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-interdicion-un-acto-prohibido-por-el-articulo-22-constitucional>

REVISTA

De la Fuente Linares, José Cándido Francisco Javier, “Tendencias del derecho civil y familiar en Hispanoamérica: La protección constitucional de la familia en América Latina”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México 29 (enero-junio 2012). DOI: <https://doi.org/10.35487/rius.v6i29.2012.55>

Sarabia Góngora, Enrique Gabriel, *Los alimentos provisionales y definitivos*. Segunda Sala Especializada en Materia Familiar y Materia Familiar Oral 02 (2020): p. 6-12, <https://www.tsjqroo.gob.mx/Revistas/impresos/2/index.html#p=8>

SENTENCIAS

Juzgado Segundo, *Sentencia Definitiva*, Primera Instancia Civil, expediente 1269/2019, de fecha 17 de junio de 2022, disponible en línea: https://www.poderjudicialqro.gob.mx/APP_UT69ii/leeDoc.php?cual=1CJN02%7CF%7CE%7C2019%7C1269%7C428754

TRABAJO ACADÉMICO

Roa Cruz, Christian y Rodríguez Barrón, Christian Emmanuel, *Pensión alimenticia, su garantía y efectos prácticos*. Tesis de Licenciatura, Universidad Autónoma de Querétaro, 2018.

TRATADOS/CONVENCIONES INTERNACIONALES

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Washington, D.C., Estados Unidos, 15 de junio de 2015.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, Estados Unidos, 3 de mayo de 2008, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf

Departamento de Derecho Internacional, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70)*, Organización de los Estados Americanos, 2025, disponible en: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp#:~:text=CONVENCION%20INTERAMERICANA%20SOBRE%20LA%20PROTECCION%20DE%20PERSONAS%20MAYORES%20\(A%2D70\)&text=Suprema+Corte+de+Justicia+de+la+Naci3n,+Convenci3n+sobre+la+obtenci3n+de+Alimentos+en+el+Extranjero+\(Multilateral,+1956\)+29/09/1992,+Sistema+de+Consulta+de+Ordenamientos,+2025](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp#:~:text=CONVENCION%20INTERAMERICANA%20SOBRE%20LA%20PROTECCION%20DE%20PERSONAS%20MAYORES%20(A%2D70)&text=Suprema+Corte+de+Justicia+de+la+Naci3n,+Convenci3n+sobre+la+obtenci3n+de+Alimentos+en+el+Extranjero+(Multilateral,+1956)+29/09/1992,+Sistema+de+Consulta+de+Ordenamientos,+2025), disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=iNe8TepHpMMO/ASvajxKktWTq+UE2hkeN3efw2exh2BrNFhV8X/h2Y4qrvWRfSWT5fG1NMJFLPJHnXCFfh84Ng==>

CONTEXTOS DE VALIDACIÓN DE UNA DENOMINACIÓN DE ORIGEN EN MÉXICO

CONTEXTS OF VALIDATION OF A DESIGNATION OF ORIGIN IN MEXICO

JOSÉ GUILLERMO GARCÍA MURILLO¹
FHARIDE ACOSTA MALACÓN²

RESUMEN

Este artículo observa la importancia de las denominaciones de origen (DO) en México como un importante valor intangible con características únicas derivadas de factores geográficos y humanos. Su justificación radica en la necesidad de evitar falsificaciones y promover el desarrollo tanto cultural como económico de regiones productoras. Dentro de los objetivos se tiene el examinar el marco jurídico vigente y diferenciar entre denominaciones de origen (DO) e indicaciones geográficas (IG), utilizando un análisis documental de la legislación nacional e internacional y estudios sobre regulación y certificación como metodología, lo que nos lleva a concluir que la protección de DO e IG fomenta la competitividad y resguarda la autenticidad de los productos, sin embargo se requieren normativas claras, certificaciones efec-

¹ Doctor en Derecho (UNAM), Maestro en Derecho (UNAM) Abogado (Universidad de Guadalajara). Egresado de National Defense University Center of Hemispheric Defense Studies (Caribbean Defense and Security) (Strategic Implications of Human Rights and Rule of Law). Profesor Investigador Titular C (Universidad de Guadalajara). Responsable del Cuerpo Académico: Desafíos de la Propiedad Intelectual UDG-CA-1115. Profesor con Perfil Deseable del Programa de Mejoramiento del Profesorado. Director General del Instituto de Altos Estudios Jurídicos de Jalisco, AC.

² Licenciada en Derecho y Maestra en Derecho Corporativo por la Universidad de Guadalajara, Doctora en Derecho Procesal por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Cuerpo Académico: UDG-CA-1115 Desafíos de la Propiedad Intelectual, Derechos Humanos. Miembro de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho ANDD. Profesora de tiempo completo en Universidad de Guadalajara. Consejera ciudadana de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Jalisco.

tivas y el compromiso de los productores, sin olvidar mencionar la importancia de los consejos reguladores para garantizar su calidad y evitar prácticas engañosas, fortaleciendo el prestigio de los productos mexicanos en el mercado global.

PALABRAS CLAVE: Propiedad industrial. Consejo regulador. Indicación geográfica. Denominación de origen. Cadena productiva. Derechos del consumidor.

ABSTRACT

This article examines the importance of designations of origin (DO) in Mexico as an important intangible asset with unique characteristics derived from geographic and human factors. Its justification lies in the need to prevent counterfeiting and promote the cultural and economic development of producing regions. Its objectives include examining the current legal framework and differentiating between DOs and geographical indications (GIs), using a documentary analysis of national and international legislation and studies on regulation and certification as a methodology. This leads us to conclude that the protection of DOs and GIs fosters competitiveness and safeguards product authenticity. However, clear regulations, effective certifications, and the commitment of producers are required. It is also important to mention the importance of regulatory councils to guarantee quality and prevent deceptive practices, strengthening the prestige of Mexican products in the global market.

KEYWORDS: Industrial property. Regulatory council. Geographical indication. Designation of origin. Production chain. Consumer rights.

1. INTRODUCCIÓN

Las denominaciones de origen en México se manifiestan como un importante valor intangible y material compartido dentro de una cadena productiva y con un interés común impulsando la

economía y los aspectos culturales y tradicionales de una región delimitada por sus características históricas y climatológicas. En ese sentido el dinamismo económico de ese territorio se expresa por productores, industriales, comercializadores y consumidores que al organizarse mediante la verificación y la certificación de consejos reguladores logran en primer lugar en convertirse en un detonador del desarrollo de zonas rurales y presentar una fuerza común sostenida por el prestigio de sus productos los cuales se posicionan en el mercado como productos cuyos valores son reconocidos por su calidad y además, porque se encuentran protegidos evitando falsificaciones, copias o adulteraciones. El estudio de estos signos distintivos es muy importante pues, se debe evitar confusiones y engaños.

Una primera aproximación a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen puede hacerse por medio de su relación con las marcas; partiendo de que las marcas, se definen como “la protección de signos con características para distinguir productos o servicios que las llevan, con el objetivo de diferenciarlas de sus competidores, que deben poder distinguirse visualmente y cuya función es generar lealtad hacia un producto”.³

Las indicaciones geográficas y denominaciones de origen; a diferencia de las marcas, protegen un nombre geográfico que indica una zona de producción de un determinado producto, cuyas características diferenciales se deben a factores naturales o humanos.

De acuerdo con lo que se establece en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial en cuanto a denominaciones de origen e indicación geográfica, en los artículos 264 y 265, se entiende lo siguiente:

El producto vinculado a una zona geográfica de la cual éste es originario, siempre y cuando su calidad, características o reputación se deban exclusiva o esencialmente al origen geográfico de las materias primas, los procesos de producción, así como

³ Derechos Intelectuales. Tomo 10. Ed- Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires Argentina, 2003. p.p. 16.

los factores naturales y culturales que inciden en el mismo. Una vez emitida la declaratoria de protección de una denominación de origen, ésta deberá contar con una Norma Oficial Mexicana específica...⁴

Y por Indicación Geográfica en el artículo 265:

Se entiende por indicación geográfica el reconocimiento de: I.- Una zona geográfica que sirva para designar un producto como originario de la misma; II.- Una referencia que indique un producto como originario de la misma, o III.- Una combinación del nombre de un producto y una zona geográfica. Siempre y cuando determinada calidad, características o reputación del producto se atribuyan al origen geográfico de alguno de los siguientes aspectos: materias primas, procesos de producción o factores naturales y culturales.⁵

La indicación geográfica puede conceptualizarse, como un signo; que aplicado o usado en relación con un producto; indica que éste, procede de un lugar determinado. La diferencia entre las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen estriba, en que la primera es sólo un mero indicador de la procedencia del producto, mientras la segunda; además de dar también este indicador al consumidor, contiene elementos cualitativos del producto, que se deben exclusivamente al medio físico y el factor humano de donde se produce y nacen de la costumbre de designar a los productos con el nombre del lugar de su fabricación o cosecha, siendo éstas propiedad de un grupo de productores de la misma región o ciudad.

Una indicación geográfica es un signo utilizado para productos que tienen un origen geográfico concreto y poseen cualidades o una reputación derivada específicamente de su lugar de origen. Por lo general, una indicación geográfica consiste en el nombre del lugar de origen de los productos, no omito comentar que los productos se hayan estructurados con el gusto de los consu-

⁴ Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial

⁵ Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial

midores, pero también con formas culturales que se materializan en cada una de las regiones y que se elaboran como una manera de identidad, en tanto formas culturales, se construyen en íntima relación con las características del mercado que los demanda.

Por ejemplo, en México las denominaciones de origen que resaltan el nombre de un lugar por antonomasia es Tequila (bebida espirituosa obtenida del agave azul), un municipio en el Estado de Jalisco comprendido en el Valle de Amatitán o Charanda (bebida de alcohol de caña), que se produce en el Estado de Michoacán en las faldas del Cerro del Charanda, Olinalá (maderas finas y aromáticas), que se producen como cajas ornamentales del municipio de Guerrero, etc.

En México existen 19 productos mexicanos con denominación de origen los cuales son reconocidos a nivel internacional. Cada uno de ellos refleja diferentes tradiciones e inspira su relación con la naturaleza en cuanto a los lugares en los que se producen. Estos productos generan un gran impacto económico en las localidades en las cuales se producen, ya que, debido a su exportación a diferentes partes del mundo, contribuyen a la generación de miles de empleos directamente.

Los productos mexicanos con denominación de origen son únicos en el mundo debido a que inspiran un sabor, color, textura o tema que representa al país.

El hecho de que un signo desempeñe la función de indicación geográfica depende de la legislación nacional y de la percepción que tengan de ese signo los consumidores.

Aunque en sus albores las indicaciones geográficas protegían productos agrícolas, en la actualidad no se limitan sólo a ellos, pueden asimismo servir para destacar las cualidades específicas de un producto que sea consecuencia de factores humanos propios del lugar de origen de los mismos, tales como los conocimientos y tradiciones de fabricación concretos. El lugar de origen puede ser un pueblo o una ciudad, una región o un país, por ejemplo, Guitarras de Paracho, Michoacán, Cajeta de Sayula, Jalisco, Gabanes de Hueyapan, Morelos.

Es importante que las cualidades y la reputación del producto sean atribuibles a lugar o región de producción, por ello se hace referencia a éste, habida cuenta de que dichas cualidades dependen del mismo lugar de producción, destacando el “vínculo” específico entre los productos y su lugar de producción original.

2. VALIDACIÓN JURÍDICA DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN

El afán del hombre por mantenerse siempre vinculado con su lugar de origen, retomando las tradiciones de su pueblo, su gente, la gastronomía típica, su cultura, instituciones y más, es un sentimiento que de alguna manera crea entre el individuo y su medio geográfico un estrecho vínculo. Tal vez esta sea la razón por la que se ha designado a diversos productos con los nombres de sus lugares de procedencia, como símbolo de exaltación de las bondades de esa tierra de origen, de su gente y de sus tradiciones, características que forzosamente se verán reflejadas en el producto final.⁶

El desarrollo normativo protector de estos signos distintivos se inicia con posterioridad a la destrucción de los viñedos franceses (1870) por una plaga y el desabastecimiento que la siguió, lo que originó la fabricación de vinos a gran escala con prácticas fraudulentas; por otra parte, como los viñedos del sur se reconstituyeron más rápido, muchos vinos se ornaron y abusaron de nombres celebres, como Burdeos o Burgoña, siendo en realidad precedentes de otras regiones.

En 1905, Francia emite la primera ley sobre la represión de fraudes de mercancías y productos alimenticios y se fijaron las primeras delimitaciones de las denominaciones de origen: fronteras en las que un vino o un aguardiente tiene derecho a llevar su nombre Champaña, 1908, Burdeos, 1910 Coñac, 1909.

⁶ Botana Acra, José Manuel, Tratado de derecho mercantil. Las denominaciones de origen. Tomo XX, Vol. 2o, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2001, p. 17.

Más tarde, en 1935, una nueva ley crea la denominación de origen controlada y la institución encargada de su reglamentación y control: Comité Nacional de Vinos y Aguardientes, que en 1974 se convirtió en el Instituto Nacional de Apelación de Origen.

Se tienen datos de que la denominación de origen más antigua en el mundo se concedió en 1887 al Sindicato de los Grandes Marqueses de Champagne, al recibir el Estado Francés el reconocimiento legal de la propiedad exclusiva del nombre de "Champagne" para los vinos espumosos que se producen en la región de ese nombre.⁷

Sin embargo, esto no fue suficiente para los vinateros franceses, quienes dos décadas después conjuntamente con los campesinos que poseía viñas, hicieron una revuelta, cuyo fin era proteger la autenticidad de sus productos de quienes pretendían imitar de modo fraudulento la elaboración de éstos y venderlos bajo el nombre de champagne.⁸

Un derrotero similar, se dará en España donde con el transcurso de los siglos aparecieron normas locales referidas básicamente a vinos y aceites de oliva: Sherry, Rioja, Málaga, Ribeiro, Priorato y otras regiones vitícolas que planteaban restricciones a la producción y al comercio.

Es así como las primeras normas de orden público sobre represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas, aparecen en tratados internacionales como el convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, (CUP) concluido por primera vez en 1883 y revisado posteriormente en varias oportunidades, la última en 1967, donde, sin definirlas, incluye las indicaciones de procedencia y denominaciones de origen entre los objetos de protección enunciados en el art. 1º, indicando más adelante que los países miembros, se comprometen a embargar al momento de su importación todas las mercaderías

⁷ Disponible en: Comité Interprofesional del Vino de Champagne, <http://champagne.fr/origine/aoc.htm>. cotejado octubre 2003.

⁸ (Disponible en: Cooperativa de los cultivadores de la vid de Hérault, <http://www.vignerons.com/fede/accueil.html> [Cotejado, Octubre 2003])

que utilicen, en forma directa o indirecta, una indicación falsa de procedencia (art. 10).

Una denominación de origen es un tipo especial de indicación geográfica, que se aplica a productos que poseen una calidad específica derivada exclusiva o esencialmente del medio geográfico en el que se elaboran. El concepto de indicación geográfica engloba a las denominaciones de origen.⁹

Ahora bien, las indicaciones geográficas que se emplean en la designación de productos, en algunas ocasiones no solamente se limitan a indicar la procedencia geográfica de los productos, sino que van más allá del dato geográfico, con un mensaje de calidad sobre éstos, mensaje que es reconocido por el propio ordenamiento jurídico, que reconoce la existencia del mismo y trata de otorgarle una protección.

La Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial del 5 de noviembre del 2021 en su artículo 265 establece que se entiende por indicación geográfica el reconocimiento de:

- **Fracción I.** Una zona geográfica que sirva para designar un producto como originario de la misma.
- **Fracción II.** Una referencia que indique un producto como originario de la misma o
- **Fracción III.** Una combinación del nombre de un producto y una zona geográfica.

Siempre y cuando determinada calidad, características o reputación del producto se atribuyan al origen geográfico de alguno de los siguientes aspectos: materias primas, procesos de producción, factores naturales y culturales.

Por otra parte, el Artículo 275 determina que la solicitud de declaración de protección a una indicación geográfica deberá presentarse ante el Instituto con los siguientes datos y documentos:

Fracción I. El nombre, domicilio y correo electrónico del solicitante;

⁹ (Disponible en: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, <http://www.wipo.org/publications/Geographical/450gis.pdf>, [Cotejado a Octubre de 2003])

Fracción II. El carácter del solicitante, su naturaleza jurídica y las actividades a las que se dedica en los términos del Artículo 273 (las personas físicas o morales que directamente se dediquen a la extracción, producción o elaboración del producto que se pretende amparar; las cámaras o asociaciones de fabricantes o productores vinculados con el producto que se pretende amparar; las dependencias o entidades del gobierno federal; los gobiernos de las entidades de la federación en cuyo territorio o zona geográfica se extraiga, produzca o elabore el producto que se pretende amparar, o las cámaras del congreso de la unión siempre y cuando la propuesta haya sido aprobada por las dos terceras partes de los miembros presentes.

Fracción III. El nombre de la indicación geográfica.

Fracción IV. Un estudio técnico emitido por una autoridad o institución pública o privada que contenga lo siguiente:

La descripción detallada del producto o los productos a proteger, incluyendo sus características, componentes, formas de extracción, procesos de producción o elaboración, envase, empaque o embalaje o comercialización;

El lugar o lugares de extracción, producción del producto a proteger y la delimitación de la zona geográfica.

El señalamiento detallado de los vínculos entre la indicación geográfica, producto, zona geográfica y los factores naturales humanos;

Fracción V. Las reglas que establezcan las características y especificaciones que deberá cumplir el producto para su extracción, producción o elaboración, envase, empaque o embalaje y comercialización.

Fracción VI. La propuesta de la persona moral responsable para certificar el cumplimiento de las reglas de uso;

Fracción VII. El comprobante de pago de la tarifa correspondiente.

Fracción VIII. Los demás que el solicitante considera necesarios o pertinentes.

Indicaciones geográficas calificadas tanto de origen, como de procedencia, surge de una tradición cultural y forma parte de

una idiosincrasia al grado tal que son insignias de un pueblo cuya identidad se refleja en el orgullo de sus productos, lo cual se satisface en las cualidades climatológicas de tradición y el gusto de los consumidores. La Denominación de Origen (DO), y la Indicación Geográfica (IG) la diferencia ha sido reducida casi al límite de la perceptibilidad es una cuestión de grado y no de sustancia

En la indicación geográfica se protege origen y calidad enfocándose principalmente en reconocer los derechos de reputación del productor, en tanto en la denominación de origen, la clave es la verificación de la observancia de la NOM y la certificación del consejo regulador, aquí se protege la calidad entre la cadena de valor y el énfasis del derecho del consumidor, la certificación tiene la seguridad de la autenticidad y el prestigio de quien lo otorga, protege al consumidor de cualquier acción engañosa o falsa.

En la denominación de origen es primordial la decisión de los productores de asociarse mientras tanto en la indicación geográfica puede o no asociarse es optativo.

La indicación geográfica y las reglas de uso en el marco legal protegen nombre del lugar, diferenciación del producto de calidad reconocida por su elaboración y reputación evitando alteración, adulteración, falsificación o imitación.

Las reglas de uso determinan la observación al orden, controlando calidad, producción, elaboración y comercialización dentro de una indicación geográfica.

La regulación actual sobre indicación geográfica se relaciona con una estrategia económica del estado y los productores del país, a fin de ser más competitivos en los mercados locales, regionales o mundiales.

Las indicaciones geográficas sólo admiten nombres geográficos su defensa jurídica es de carácter público a instancia de parte o de oficio.

De acuerdo al Convenio de París los países miembros se comprometen a embargar en el momento de su importación todas las marcas que utilicen en forma directa o indirecta una indicación

falsa de procedencia, nuestra legislación reafirma la defensa contra la competencia desleal y protección de productores y consumidores de acuerdo a la Ley de Propiedad Industrial vigente la indicación geográfica si bien es cierto es una herramienta útil para la diferenciación de nuestros productos todavía no ha logrado imponerse y debe recorrer un largo camino para su desarrollo, pues no existe o es incipiente el desarrollo local, no hay una tradición que les pueda sustentar, es necesario una mayor divulgación de la cultura y sus beneficios, se requiere también una mayor vinculación de las indicaciones geográficas con las universidades, el estado y la sociedad a fin de evitar que los productos de las indicaciones geográficas que pueden ser potencialmente registrables caigan en el ámbito genérico con las leyendas inadmisibles como: tipo, estilo, similar, clase e imitación.

Maroño Gallardo cita al Prof. Fernández Novoa en su obra “Reflexiones sobre la protección internacional de las indicaciones geográficas” quien atribuye a las denominaciones de origen las siguientes funciones:

- a) La función indicativa de la procedencia geográfica, ofreciendo una información en torno al producto y su lugar de procedencia, que va a ser captada con sumo interés por el consumidor,
- b) la función indicativa de calidad (calidad específica cuya presencia en el producto, por lo demás, no se basa en meras apreciaciones subjetivas del consumidor, sino en criterios objetivos basados en la existencia de una normativa de producción y medidas de control,
- c) y la función condensadora de “goodwill” (puesto que se constituyen en un mecanismo idóneo para condensar la buena fama de que goce el producto entre los consumidores).¹⁰

Así mismo la ley determina, que el uso ilegal de ésta será

¹⁰ Maroño Gallardo, María del Mar, *La Protección jurídica de las denominaciones de origen en los derechos humanos español y comunitario*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2002. p.p. 23 y 24 Citando a su vez a Fernández Novoa. *Reflexiones sobre la protección* TAO/5/6, 1979, P.P. 5 ss.

sancionado, por la autoridad competente; incluyendo los casos en que venga acompañada de las indicaciones tales como “tipo”, “modo”, “género”, “manera” “imitación” y otras similares que puedan crear confusión en el consumidor o impliquen competencia desleal”.

La protección legal a las denominaciones de origen se inicia mediante la declaración que al efecto emita el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), donde, el Estado es el propietario de las denominaciones de origen.¹¹

El uso ilegal de la denominación de origen será sancionado por el IMPI y prohibirá su uso cuando venga acompañada de indicaciones tales como: género, tipo, manera, imitación que provoquen confusión en el consumidor o impliquen actos de competencia desleal.¹²

En resumen, podemos afirmar que la denominación de origen es una clase o tipo de indicación de procedencia puesto que cumple la función de vincular el producto al que se aplica con su lugar de procedencia, sólo que cualificada, desde el momento en que, desde el punto de vista jurídico, se les reconoce como reveladoras de algún valor que vaya más allá del mero dato geográfico, relativo a la calidad del producto también propia de los factores naturales y humanos de la zona de procedencia”.¹³

Significa que el proceso de elaboración del producto al que se refiere se lleva a cabo en una zona geográfica determinada, conforme a los conocimientos locales, específicos, reconocidos y comprobados, con la particularidad de que su calidad se distinga de la de otros productos.

Comparativamente con Europa, en México los procesos de denominación de origen son muy recientes, que surgen en el marco de la globalización, fruto de la apertura comercial del

¹¹ Artículo 157 de la Ley de Propiedad Industrial.

¹² Ibidem.

¹³ Maroño Gallardo, María del Mar, *La protección jurídica de las denominaciones de origen en los derechos español y comunitario*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2002. Barcelona. P.P. 23

mercado y la necesidad de competir en forma interna e internacional con mercancías que nos recuerden la necesidad de territorio, pueblos, gustos y culturas, así como las particularidades agropecuarias de cada una de nuestras regiones, la palabra origen resulta exactamente de que los productos auténticos originarios de productor lleguen directamente al consumidor dotados de prestigio, legitimación, autenticación en el cumplimiento cabal de la calidad, México cuenta actualmente con 19 denominaciones de origen reconocidas:

1. Tequila (Jalisco, Nayarit, Tamaulipas, Michoacán y Guanajuato)
2. Olinalá (Guerrero)
3. Mezcal (Guerrero, Oaxaca, Durango, Zacatecas y San Luis Potosí)
4. Talavera (Puebla y Tlaxcala)
5. Bacanora (Sonora)
6. Café de Veracruz (Veracruz)
7. Ámbar de Chiapas (Chiapas)
8. Charanda (Michoacán)
9. Sotol (Chihuahua, Coahuila y Durango)
10. Mango Ataúlfo del Soconusco de Chiapas (Chiapas)
11. Café de Chiapas (Chiapas)
- 12.- Arroz de Morelos (Morelos, Tlaxcala)
- 13.- Raicilla (Nayarit, Jalisco)
- 14.- Café Pluma (Oaxaca)
- 15.- Vainilla de Papantla (Veracruz)
- 16.- Cacao Grijalva (Tabasco)
- 17.- Chile habanero (Yucatán)
- 18.- Chile Yahualica (Jalisco)
- 19.- Xtabentún (Yucatán)

De acuerdo a lo que establece el IMPI, la declaratoria de protección de una denominación de origen se hará de oficio; esto quiere decir que quien la realizará será el propio Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, o también puede hacerse a petición de quien acredite tener interés jurídico, lo que significa

que pueden ser tanto personas físicas como morales, siempre y cuando se dediquen directamente a la producción o elaboración del producto o productos a los cuales se pretenden proteger con la denominación de origen; las cámaras o asociaciones de fabricantes o productores y las dependencias o entidades del Gobierno Federal y de los gobiernos de las entidades de la Federación.

Es pertinente hacer énfasis en lo siguiente: la protección de las denominaciones de origen tiene un doble propósito, proteger al consumidor contra las prácticas engañosas y por otra parte ser adoptado como un signo distintivo de un grupo de productores de una zona geográfica, que detenta ciertas características climatológicas, artesanales, incluyendo en ésta los factores naturales y humanos refiriéndonos como factores humanos a la tradición y costumbre, la especialización en un determinado arte u oficio y la utilización de procesos especiales, dejando en claro que por esta razón los productos que ostentan una denominación de origen, están sujetos al cumplimiento de ciertas normas de calidad y especificaciones que se encuentran contenidos en normas técnicas denominadas en nuestra legislación mexicana: NORMAS OFICIALES MEXICANAS (NOM).

La normalización, surge como una necesidad de definir los estándares de calidad de productos, que será comprobable a través de diversos métodos de prueba específicos para cada caso en concreto, y que serán realizados por las autoridades competentes, a través de la verificación y certificación de productos sujetos al cumplimiento de normas oficiales mexicanas.

En el caso de los productos con denominaciones de origen, que están sujetos a verificación y certificación, en nuestro sistema jurídico vigente, existen para cada uno de ellos una o varias normas concretas, que determinan su forma de elaboración, comercialización, etiquetado, embalaje, etc.

Es la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias normalizadoras competentes a través de sus respectivos Comités Consultivos Nacionales de

Normalización, de conformidad con las finalidades establecidas en la Ley de la Infraestructura de la Calidad. La cual tiene como objetivo fijar y desarrollar las bases de la política industrial en el ámbito del Sistema Nacional de Infraestructura de la Calidad, a través de las actividades de normalización, estandarización, acreditación, Evaluación de la Conformidad y metrología. La ley tiene como expectativa entre otras cosas, promover el desarrollo económico y la calidad en la producción. Para ello también se apoya de dos figuras fundamentales en el proceso de calidad, la primera de ellas es la:

Verificación. Constatación ocular o comprobación mediante muestreo, medición, pruebas de laboratorio o examen de documentos que se realizan para evaluar la conformidad en un momento determinado.

El art. 3 de la Ley de Infraestructura de la calidad determina:

Se hace obvio que para verificar el cumplimiento de estas normas oficiales mexicanas deben crearse organismos de verificación y certificación que avalen la verdadera calidad de los productos con denominación de origen; es decir, que vigilen el estricto cumplimiento de los estándares de calidad que exige la norma oficial en la producción de los productos sujetos a ellas, tal es el caso de constituir consejos reguladores de la calidad y de la conformidad.

Las Autoridades Normalizadoras están obligadas a procurar políticas públicas que contribuyan a la modernización del Sistema Nacional de Infraestructura de la Calidad. Además de las facultades expresamente conferidas en la Ley y en su Reglamento, las Autoridades Normalizadoras cuentan con las siguientes atribuciones:

- Expedir Normas Oficiales Mexicanas en las materias relacionadas con sus atribuciones, determinar su fecha de entrada en vigor y verificar su cumplimiento;

- Realizar Verificaciones para comprobar que los bienes, productos, procesos y servicios cumplan con las Normas Oficiales Mexicanas de su competencia, llevar a cabo la Vigilancia de las Entidades de Acreditación y Organismos de Evaluación de la

Conformidad, así como la vigilancia de los mercados que sean materia de las Normas Oficiales Mexicanas de su competencia y, en su caso, de los Estándares cuando proceda;

-Ordenar la suspensión o prohibición de la comercialización de bienes, productos y servicios, incluyendo la inmovilización de los mismos para impedir su comercialización, así como establecer las medidas tendientes a proteger a los consumidores o usuarios finales de aquellos bienes, productos y servicios respecto de los cuales se hayan detectado incumplimiento con las Normas Oficiales Mexicanas, como resultado de una Verificación, de conformidad con los artículos 146 y 147 de la presente Ley.

Certificación. Procedimiento por el cual se asegura que un producto, proceso, sistema o servicio se ajusta a las normas o lineamientos o recomendaciones de organismos dedicados a la normalización nacionales o internacionales. En estos supuestos se lleva a cabo de conformidad al siguiente:

Artículo 56. Los Organismos de Evaluación de la Conformidad deberán:

I. Ajustarse a las reglas, procedimientos y métodos que se establezcan en las Normas Oficiales Mexicanas, así como en los Estándares y Normas internacionales aplicables u otros instrumentos técnicos que prevea el Reglamento de esta ley;

II. Prestar sus servicios en condiciones no discriminatorias, con imparcialidad e independencia y observar las demás disposiciones en materia de competencia económica;

III. Evitar la existencia de conflictos de interés que puedan afectar sus actuaciones y excusarse de actuar cuando existan tales conflictos;

IV. Resolver reclamaciones que presenten las partes afectadas por sus actividades en términos del artículo 164 siguiente, con la intervención que corresponda a las Autoridades Normalizadoras y responder sobre su actuación. Cualquier afectación deberá tramitarse en los términos antes señalados, con independencia de la forma en que la parte afectada la denomine;

V. Garantizar la confidencialidad de la información y responder por todos los actos que realice, siendo el único responsable de cualquier daño o perjuicio causado a terceros;

VI. Facilitar a la Autoridad Normalizadora de que se trate o a la Secretaría, la información y asistencia técnica que se le requiera, en los términos y formatos que éstas determinen, y VII. Permitir la revisión o Vigilancia de sus actividades por parte de la Autoridad Normalizadora, y la supervisión por las Entidades de Acreditación.¹⁴

En virtud de lo anterior resulta importante destacar que para que exista eficacia y función de la denominación de origen es fundamental organizar a la cadena productiva mediante la constitución de los consejos reguladores como órganos encargados de velar por la defensa y tutela de su particular denominación de origen, ejerciendo dentro de su competencia, las tareas de verificación y certificación de productos.

Se constituyen entonces, como unidades de verificación y organismos de certificación de producto, encargadas de verificar el cumplimiento de las normas oficiales mexicanas, solamente en aquellos campos o actividades para las que hubieren sido aprobadas por las dependencias competentes.

Las Unidades de Verificación (UV) son entes que participan en la evaluación de la conformidad, las cuales pueden ser personas morales o físicas, que cuenten con la estructura organizacional, el personal necesario para la constatación ocular o comprobación, mediante muestreo, medición, pruebas de laboratorio o examen de documentos.

Los servicios que han de prestar estas unidades han de satisfacerse en razón de competencia técnica, imparcialidad y confidencialidad, así también, han de ser capaces de resolver los conflictos que se les presenten en el desarrollo de sus actividades.

El motivo de su existencia es la complementación a las actividades de inspección que realiza el estado para asegurar el cumplimiento de los ordenamientos legales, además de que permite a las dependencias de la administración pública federal, puedan contratar con técnicos altamente capacitados para reali-

¹⁴ Ley de la Infraestructura de la Calidad

zar tareas de verificación del cumplimiento de las NOMS.

En virtud de lo anterior podemos establecer que la denominación de origen exitosa por antonomasia en México es el tequila, bebida espituesa emblemática de nuestro país la cual ha experimentado un crecimiento espectacular en producción y exportación, toda vez que en 1974 se producían aproximadamente 53 millones de litros y se exportaban 23 millones de litros, para el 2024 la producción alcanzó aproximadamente 599 millones de litros de los cuales 399 millones de litros se destinaron a la exportación. Este incremento considerable refleja que el tequila se consolida en los mercados internacionales; ubicándose como una bebida en la preferencia de los consumidores en primer lugar en Estados Unidos quien encabeza la lista y absorbe cerca del 80% de las exportaciones tequileras, seguido de Alemania con un mercado que valora las categorías tradicionales como añejo y extra añejo y un tercer lugar, España país que pone énfasis en este producto como resultado de su cultura gastronómica e interés en la mixología.

3. LAS INDICACIONES GEOGRÁFICAS

De acuerdo con el artículo 22.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) define las indicaciones geográficas de la siguiente forma:

...indicaciones geográficas son las que identifican un producto como originario del territorio de un Miembro [de la Organización Mundial del Comercio] o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.¹⁵

Botana Acra en su *Tratado de derecho mercantil* menciona que:

[... además de proporcionar información sobre el origen geográfico de los productos a los que se aplican, las indicaciones geográficas informan también, las más de las veces, de la

¹⁵ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

presencia de especiales cualidades en esos productos, derivadas, con más o menos exclusividad, de aquel origen, convirtiéndose de este modo en elementos de selección frente a otros productos de igual naturaleza”¹⁶

Es una figura jurídica de reciente creación como producto de la reforma a la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial del 2020 con el propósito de simplificar trámites administrativos para evitar que productos pudieran caer en genéricos y de esta manera ser vulnerables de imitación o copias que utilizando el buen nombre de un producto generará competencia desleal, de tal manera que es importante protegerlos de una forma no tan compleja como la denominación de origen, para ello se propuso a los interesados impulsar marcas colectivas y reglas de uso para fomentar la organización en una forma autogestiva, por su puesto protegiendo el nombre, la referencia del producto con la zona geográfica o con una combinación de estos, pero manteniendo las características y la reputación del producto. El artículo 275 determina las características para obtener la protección a una indicación geográfica, cabe resaltar que en su fracción V determina los procesos que se deberán llevar a cabo en forma detallada mediante las reglas de uso que establezcan las características y especificaciones que deberá cumplir el producto para su extracción, producción o elaboración, envase, empaque o embalaje y comercialización, además en ese mismo acompañamiento la fracción VI establece que de anexar en la documentación la propuesta de la persona moral responsable para certificar el cumplimiento de las reglas de uso; lo cual implica una simplificación para dar el primer paso a la aspiración de convertirse en una denominación de origen, pero cuando se integre se desarrolle y se consolide.

En virtud de lo anterior es importante buscar el perfeccionamiento de la figura denominada “Consejo Regulador”, así como

¹⁶ Botana Agra, José Manuel. *Tratado de derecho mercantil. Las denominaciones de origen*. Tomo XX, Vol. 2º, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2001, p. 18.

de las personas físicas y morales encargadas de la certificación de estas figuras jurídicas como la denominación de origen y la indicación geográfica que no pueden caer en ninguna confusión para nadie, por el contrario, convertirse en un punto de oportunidad y de competencia para impulsar el desarrollo de las regiones del país y de los pueblos originarios, paradójicamente una nación multicultural y con una gran diversidad socio económica puede detonar un desarrollo económico aprovechando sus productos agroalimentarios, artesanales, que dan identidad a México en el mundo, me parece muy importante rescatar nuevamente la idea de aquella frase de: “lo que está hecho en México, está bien hecho”, como política pública.

4. CONCLUSIONES

El estudio sobre las Denominaciones de Origen (DO) y las Indicaciones Geográficas (IG) en México permite entender su papel fundamental en la protección de productos con características únicas derivadas de factores geográficos y humanos, nos permite reconocer a la denominación de origen como una indicación geográfica calificada y a la indicación geográfica como un signo de procedencia, advirtiendo una importante diferencia, entre la indicación de procedencia con la denominación de origen.

La existencia de un marco normativo que regula estas figuras es crucial para garantizar su autenticidad y competitividad en el mercado global. La reciente reforma a la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial ha representado un avance significativo al integrar de manera innovadora la figura de la indicación geográfica, facilitando su reconocimiento y permitiendo una evolución gradual hacia las denominaciones de origen, fomentando la actividad inventiva y la difusión de conocimientos tecnológicos en los sectores productivos.

En este sentido se debe de profundizar y revisar la problemática que actualmente enfrentan estos signos distintivos de la propiedad industrial a fin de abatir los fenómenos de adultera-

ción, clandestinaje, falsificación, contrabando que deben ser abordados para minimizar los problemas socioeconómicos que derivan de malas prácticas y de conductas patológicas que dañan intereses colectivos lo que queremos evidenciar es que estos problemas no únicamente son jurídicos, sino sociales, que deben tener una respuesta a partir de hacer eficaz el cumplimiento de las normas jurídicas así como de sus reglamentos, criterios y sanciones respectivas. El control jurídico y social está integrado por valores, así como de la prevención de la conducta ilegal que afecta a toda la cadena productiva pero principalmente a los consumidores por prácticas engañosas en detrimento de su economía y posibles daños a la salud por lo que es eminente la implementación de sanciones más estrictas y campañas de concientización pueden contribuir a mitigar o incluso terminar con este problema y fortalecer la confianza de los consumidores en las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas mexicanas.

El análisis del marco legal evidencia la importancia de las Normas Oficiales Mexicanas (NOM) y los consejos reguladores en la certificación de los productos. La existencia de normas claras y su cumplimiento verificable son elementos clave para asegurar la calidad y evitar fraudes. En este sentido, se recomienda fortalecer la estructura de certificación mediante organismos autónomos con capacidad técnica y operativa para realizar verificaciones constantes y efectivas.

Asimismo, se destaca el papel de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas en el desarrollo económico de las regiones productoras. La certificación de un producto bajo estas figuras no solo incrementa su valor comercial, sino que también contribuye a la identidad cultural de las comunidades. Sin embargo, la efectividad de este modelo depende del nivel de organización y compromiso de los productores, quienes deben asociarse para gestionar adecuadamente los procesos de certificación y verificación. La falta de cohesión y apoyo gubernamental puede llevar al fracaso de estas iniciativas, limitando su impacto en la economía local.

A nivel internacional, la protección de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas ha sido un tema de interés creciente, con tratados como el Convenio de París y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que han establecido bases para su regulación y defensa. No obstante, en México aún persisten desafíos en su implementación efectiva. Se requiere mayor difusión sobre los beneficios de estas figuras, así como la creación de estrategias que permitan su promoción en mercados globales. En este sentido, la vinculación entre productores, instituciones académicas y el sector gubernamental es clave para potenciar su desarrollo.

La denominación de origen y una indicación geográfica son dos signos distintivos que permiten reconocer cualidades o propiedades singulares de un producto cuya bondad intrínseca, refiriéndonos a su cualidad, que es inherentemente bueno, independientemente de factores externos o circunstancias, está en la apreciación del público consumidor a la especificidad de la calidad o propiedad de este que se debe exclusivamente a factores naturales (clima, composición del suelo, altura, etc.) y/o humanos (prácticas y modos tradicionales, tipos de producción, elaboración, etc.). El carácter exclusivo o esencial de estos factores será determinante para nombrar a un producto dentro de la denominación de origen.

La indicación geográfica requiere propiedades o cualidades específicas, sin embargo, sus reglas de uso son determinadas por la cadena productiva, pero es posible obtener su reconocimiento sin un compromiso social o asesoría legal adecuada. En contraste, la denominación de origen sin una Norma Oficial Mexicana (NOM) que la regule, unidades de verificación (UV) y consejos de certificación están destinadas al fracaso.

Mencionando lo anterior, podemos observar que la protección de denominaciones de origen e indicaciones geográficas fomenta la competitividad y resguarda la autenticidad de los productos, y sin embargo para poder lograrlo, se requieren normativas

que sean claras, que las certificaciones sean efectivas y es de suma importancia contar con el compromiso de los productores, sin olvidar mencionar el papel clave de los consejos reguladores para que se logre garantizar su calidad y evitar prácticas engañosas, teniendo como resultado el fortalecimiento y sobre todo el prestigio de los productos mexicanos en el mercado global, para que de esta forma estos productos tengan más presencia distinguiéndose por su calidad y originalidad, atendiendo a las necesidades que hoy en día tienen los consumidores sobre ciertos productos en los cuales buscan ciertas características vinculadas con su procedencia, siendo este un factor clave para su adquisición y consumo, sin dejar pasar el impacto que un producto puede tener al ser promocionado por algún artista o personaje de interés lo que hace que el producto aumente de forma significativa su valor en el mercado y su apreciación, por lo que al final su comercialización y difusión es un punto importantísimo para su reconocimiento a nivel internacional.

En síntesis, esta investigación subraya la importancia de una visión integral en la gestión de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas. La combinación de factores como la regulación eficiente, la implementación de normativas definidas las cuales logren ser entendidas para poder cumplirlas, el apoyo a los productores, la certificación rigurosa y la promoción y comercialización estratégica puede convertir estas figuras en herramientas clave para el desarrollo económico y cultural de México.

Para ello, es fundamental que el Estado, el sector privado y la sociedad trabajen en conjunto para fortalecer los mecanismos de protección y garantizar que los productos con denominación de origen y las indicaciones geográficas sean sinónimo de calidad, tradición y autenticidad en el mercado nacional e internacional, logrando llevar el nombre de México y su cultura a nivel global, en todo ello nuestras universidades juegan un papel preponderante en la formación de recursos humanos para impulsar un mayor número de signos distintivos como la DO y la IG que

reflejen el orgullo y el talento de los mexicanos a través de productos que constituyen la insignia de nuestra Nación.

REFERENCIAS

- Berkowitz, D. A., "Geographical indications and the international trade regime." *World Trade Review* 8, no. 2 (2009): 217-239.
- Botana Acra, José Manuel, *Tratado de derecho mercantil. Las denominaciones de origen*. Tomo XX, Vol. 2o, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2001, p. 17.
- Bramley, C., y F. J. van der Merwe, "Geographical indications: a practical guide for producers." *International Food and Agribusiness Management Review* 17, no. 4 (2014): 115-128.
- Comité Interprofesional del Vino de Champagne. "Origen de la Denominación de Origen Champagne." Consultado en octubre de 2003. <http://champagne.fr/origine/aoc.htm>.
- Cooperativa de los Cultivadores de la Vid de Hérault. "Historia de las indicaciones geográficas en Francia." Consultado en octubre de 2003. <http://www.vignerons.com/fede/accueil.html>.
- Galli, R., "Denominaciones de origen y marcas colectivas: El impacto de la globalización en los productos tradicionales." *Revista de derecho mercantil* 29, no. 4 (2015): 45-60.
- Gervais, D. J. *The TRIPS Agreement: drafting history and analysis*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2012.
- Klein, J. L., y López, E., *Las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas: Impacto en los mercados globales*. Buenos Aires: Editorial Jurídica, 2016.
- Ley de la Infraestructura de la Calidad. *Diario Oficial de la Federación*, México, 2021.
- Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial. *Diario Oficial de la Federación*, México, 2020.
- López, A., y Fernández, M. P., "El derecho de las indicaciones geográficas en la legislación mexicana." *Revista mexicana de derecho internacional* 13, no. 2 (2018): 99-117.
- Maroño Gallardo, María del Mar, *La protección jurídica de las denominaciones de origen en los derechos español y comunita-*

- rio. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.
- Mendez, L., y F. A. Martín, "Las indicaciones geográficas y denominaciones de origen en el contexto del comercio internacional." *Revista de derecho y economía* 11, no. 1 (2015): 21-36.
- Morales, C. A., *Derechos de propiedad intelectual: Indicaciones geográficas y denominaciones de origen*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2019.
- O'Connor, D. J., "Geographical indications, origin-based products and world trade law." *Journal of World Intellectual Property* 15, no. 6 (2012): 423-450.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, "Protección internacional de las indicaciones geográficas." Consultado en octubre de 2003. <http://www.wipo.org/publications/Geographical/450gis.pdf>.
- Rochet, P., y G. White., "International trade and geographical indications: the european experience." *Journal of Agricultural Economics* 56, no. 3 (2005): 341-360.
- Stolte, K. "Geographical indications and their role in the protection of traditional knowledge and cultural heritage." *International Journal of Intellectual Property* 25, no. 2 (2017): 213-233.
- Villanueva, E., y J. M. Rodríguez, "Denominaciones de origen y la globalización del mercado: Propuestas para una mayor protección." *Revista internacional de derecho y economía* 14, no. 2 (2018): 62-80.
- Villarreal, M., "La protección de las indicaciones geográficas: desafíos y oportunidades en América Latina." *Revista de propiedad intelectual* 22, no. 1 (2017): 75-92.
- Xiong, Z., "Geographical Indications and Intellectual Property: Legal Aspects and Policy Considerations." *Asia Pacific Law Review* 21, no. 1 (2013): 56-73.
- Zermeño, M. T., "La protección de las denominaciones de origen: Retos y oportunidades en el marco legal mexicano." *Revista latinoamericana de derecho y sociedad* 19, no. 3 (2020): 101-118.

ACCESO A LA JUSTICIA DE GRUPOS VULNERABLES A TRAVÉS DE LAS DEFENSORÍAS PÚBLICAS EN MÉXICO

ACCESS TO JUSTICE FOR VULNERABLE GROUPS THROUGH PUBLIC DEFENDERS' OFFICES IN MEXICO

MARÍA TERESA SIERRAS SUQUILVIDE*

RESUMEN

El acceso a la justicia es un derecho fundamental de los seres humanos, reconocido en documentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En México, asegurar este derecho a los grupos históricamente desfavorecidos, como personas en situación de pobreza, comunidades indígenas, mujeres que han sufrido violencia y personas con discapacidad, continúa siendo un desafío. Las defensorías públicas juegan un papel crucial, ya que proporcionan servicios jurídicos gratuitos a aquellas personas que no cuentan con los recursos para contratar un abogado privado. Este artículo examina el papel de las Defensorías Públicas en México, resaltando tanto los avances como las limitaciones en la defensa de los derechos de las personas más vulnerables. Empleando el método analítico, el objetivo analizar el papel que desempeñan las defensorías públicas en México en el acceso a la justicia de los grupos vulnerables.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la justicia, grupos vulnerables, Defensorías Públicas.

ABSTRACT

Access to justice is a fundamental right of human beings, recognized in international documents such as the Universal

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Maestrante en Administración Pública por la Universidad del Valle de México. Fue regidora del XXIII Ayuntamiento de Mexicali, Baja California y directora de la Defensoría Pública del Estado de Baja California. Actualmente es jueza de Primera Instancia en Materia Civil en el Poder Judicial del Estado de Baja California.

Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. In Mexico, ensuring this right to historically disadvantaged groups, such as people living in poverty, indigenous communities, women who have suffered violence, and people with disabilities, continues to be a challenge. The Public Defenders' Offices have a crucial role since they provide free legal services to those people that do not have resources to hire a private attorney. This article examines the role of Public Defenders in Mexico, highlighting both the advances and limitations in defending the rights of the most vulnerable people.

KEYWORDS: Access to justice, vulnerable groups, Public Defenders.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza el papel de las Defensorías Públicas en México como mecanismo de acceso a la justicia para grupos vulnerables, con especial énfasis en mujeres víctimas de violencia y comunidades indígenas, en el contexto de la reforma penal de 2008 y sus efectos hasta la actualidad. Se parte de la hipótesis de que, si el Sistema de Defensoría Pública se fortalece mediante recursos adecuados, profesionalización del personal y expansión territorial, entonces puede garantizar de forma más efectiva el derecho a la defensa de estos grupos. La tesis que se sostiene es que, si bien las Defensorías han significado un avance importante en el acceso a la justicia, siguen enfrentando barreras estructurales, culturales y operativas que limitan su eficacia. El estudio se sustenta en una revisión documental y normativa, así como en casos relevantes observados en entidades como Baja California.

JUSTIFICACIÓN

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que permite a las personas resolver sus conflictos y obtener la

protección de sus derechos ante las instancias judiciales correspondientes. Sin embargo, este acceso no siempre es igualitario, y los grupos vulnerables como pueblos indígenas, personas en situación de pobreza, mujeres, personas con discapacidad, entre otros enfrentan barreras significativas que dificultan su plena participación en los procesos legales. En este contexto, las defensorías públicas juegan un papel crucial, ya que proporcionan servicios jurídicos gratuitos a aquellas personas que no cuentan con los recursos para contratar un abogado privado.

En México, el Sistema de Defensoría Pública se ha consolidado como una herramienta esencial para garantizar el derecho a la defensa, pero su efectividad en la promoción de la justicia para los grupos vulnerables aún es objeto de debate. A pesar de los avances legislativos y de políticas públicas que han buscado fortalecer la figura del defensor público, persisten desafíos significativos en términos de cobertura, calidad en los servicios prestados y la capacitación especializada de los defensores para abordar las particularidades de los grupos más necesitados.

Este artículo se justifica en la necesidad de analizar cómo las defensorías públicas en México contribuyen, o podrían contribuir de manera más efectiva, al acceso a la justicia de los grupos vulnerables. Es fundamental identificar los obstáculos y las oportunidades en el marco de la legislación actual, evaluando no solo la estructura del Sistema de Defensoría Pública, sino también su interacción con las instituciones judiciales, su capacidad para garantizar una defensa efectiva y el impacto real que tiene en los derechos humanos de estos grupos.

Este análisis contribuirá al debate académico y práctico sobre la reforma y mejora de las políticas públicas en el ámbito del acceso a la justicia en México, proponiendo posibles soluciones que promuevan una justicia más inclusiva y equitativa para todos los sectores de la

población, especialmente los más marginados y desprotegidos.

OBJETIVO

El objetivo principal de este trabajo es realizar un análisis exhaustivo sobre el papel que desempeñan las defensorías públicas en México en el acceso a la justicia de los grupos vulnerables, tales como pueblos indígenas, personas en situación de pobreza, mujeres víctimas de violencia, personas con discapacidad, entre otros. Se pretende evaluar la efectividad y las limitaciones del Sistema de Defensoría Pública en la protección de los derechos de estos grupos, identificando los principales obstáculos que impiden una defensa jurídica adecuada y oportuna. Este análisis se llevará a cabo a partir de una revisión crítica de la legislación vigente, las políticas públicas relacionadas y las experiencias prácticas de los actores involucrados.

Asimismo, el trabajo busca identificar las condiciones estructurales, operativas y formativas que afectan la calidad de los servicios proporcionados por las defensorías, particularmente en lo que respecta a la capacitación especializada de los defensores públicos para abordar las necesidades específicas de los grupos vulnerables. El estudio incluirá una evaluación de la cobertura de las defensorías en diversas regiones del país, con un énfasis especial en áreas rurales y marginadas, donde las barreras al acceso a la justicia son más notorias.

El objetivo secundario de este trabajo es proponer líneas de acción y recomendaciones concretas para mejorar la eficacia del Sistema de Defensoría Pública en México. Estas recomendaciones estarán orientadas a fortalecer la accesibilidad, la capacitación de los defensores públicos y la coordinación interinstitucional, a fin de garantizar que los grupos vulnerables puedan ejercer su derecho a una defensa efectiva, equitativa y digna. A través de estas pro-

puestas, se busca contribuir a la creación de un entorno judicial más inclusivo, justo y respetuoso de los derechos humanos, que promueva la igualdad de acceso a la justicia para todas las personas, independientemente de su situación social, económica o de vulnerabilidad.

Finalmente, este trabajo pretende ofrecer un aporte académico y práctico al debate sobre el fortalecimiento de las defensorías públicas en México, buscando influir en las políticas públicas y en las reformas necesarias para garantizar que el acceso a la justicia no sea un privilegio de unos pocos, sino un derecho universal para todos los sectores de la población.

Cabe aclarar que la metodología utilizada para la realización de este artículo fue apegada a la investigación bibliográfica, este método implicó realizar una exhaustiva revisión bibliográfica para identificar y recopilar textos relevantes que puedan sustentar el análisis del tema. Incluyendo revisión de libros, artículos académicos y tesis, así como análisis de estudios y de campo.

PAPEL DE LAS DEFENSORÍAS PÚBLICAS EN MÉXICO

En México, las Defensorías Públicas desempeñan un papel fundamental en asegurar que los grupos vulnerables, tales como personas en situación de pobreza, mujeres víctimas de violencia, comunidades indígenas, personas con discapacidad y migrantes, por mencionar algunos, tengan acceso a la justicia. Este derecho es considerado esencial y está respaldado tanto por nuestra Carta Magna, así como por diversos tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, se invocamos el artículo 17 de la Constitución, el Estado tiene la obligación de proporcionar defensa legal gratuita a quienes no puedan costear un abogado particular. La labor de las Defensorías Públicas es ofrecer asesoría legal gratuita a quienes no tienen los medios económicos para contratar un abogado, lo cual es particularmente

importante para los grupos de atención vulnerables que enfrentan barreras económicas, sociales y culturales para acceder a una representación legal adecuada.

Aunque, estas instituciones han hecho contribuciones significativas al acceso a la justicia, persisten diversos obstáculos, como el hecho de que los defensores públicos suelen tener una carga de trabajo elevada, lo que limita su capacidad para ofrecer una defensa exhaustiva y adecuada en cada caso. Esto es especialmente complicado cuando se trata de casos complejos que involucran a grupos vulnerables, los cuales enfrentan un mayor riesgo de discriminación o desprotección.

Si bien es cierto, en la actualidad algunos defensores públicos reciben capacitación en estos temas, aun están en proceso de continuar especializándolos, para que cuenten con las herramientas necesarias para la atención de estos grupos de atención prioritaria, los cuales a menudo enfrentan estigmatización dentro del sistema judicial. Las Defensorías Públicas deben trabajar en sensibilizar y garantizar que los derechos de estos grupos sean siempre respetados. Además de la profesionalización a las y los servidores públicos es vital para garantizar una defensa efectiva y cercana a la ciudadanía.

A pesar de los retos mencionados, las Defensorías Públicas han logrado avances importantes en el acceso a la justicia para los grupos vulnerables, especialmente en el ámbito de la justicia penal, a través de la creación de defensas especializadas en violencia de género y el apoyo a las víctimas de delitos. A nivel federal, se han establecido programas de defensa enfocados en migrantes, personas indígenas y mujeres víctimas de violencia.

Además, la Reforma Penal de 2008, que instauró el sistema de justicia penal acusatorio y oral en México, ha creado la necesidad de contar con defensores públicos capacitados para gestionar los procesos orales, lo cual ha representado una oportunidad para mejorar la calidad de la defensa y la protección de los derechos humanos.

LOS GRUPOS VULNERABLES Y SU ACCESO A LA JUSTICIA

El término "grupos vulnerables" hace referencia a aquellos sectores de la población que, debido a factores socioeconómicos, culturales o físicos, encuentran mayores obstáculos para acceder a los servicios de justicia. Estos grupos incluyen a las personas indígenas, mujeres que han sido víctimas de violencia, personas con discapacidad, migrantes, reclusos y aquellos en situación de pobreza.

En México, existen barreras estructurales y culturales que dificultan el pleno ejercicio de los derechos de estas personas. La discriminación sistémica, la falta de información sobre sus derechos y las limitaciones económicas para contratar abogados privados son obstáculos comunes. Las Defensorías Públicas nacen como una respuesta institucional a estas problemáticas, ofreciendo asesoría y representación legal gratuita para asegurar que estos grupos puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones.

Es responsabilidad de los Estados asegurar los derechos de sus ciudadanos a través de un sistema de garantías judiciales denominado "justicia constitucional". Este sistema debe garantizar la protección de los derechos de manera libre de cualquier forma de discriminación, incluyendo la discriminación étnica, tanto en los derechos que abarca como en los niveles de protección que ofrece.

El derecho a la igualdad tiene un alcance extenso, ya que se interpreta como la base del principio de no discriminación y como fundamento jurídico y filosófico de la equidad entendida como justicia. En términos sencillos, la idea de que "todas las personas son iguales ante la ley" es clara y se considera justa sin necesidad de mucha explicación. Sin embargo, en la práctica, este principio no siempre se respeta de manera general, ya que con frecuencia se crean excepciones o preferencias que ilegalmente o inmoralmamente benefician a algunas personas mediante privilegios injustificados.

LAS DEFENSORÍAS PÚBLICAS: MECANISMO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Las Defensorías Públicas son entidades que brindan ayuda legal sin costo a quienes no tienen los recursos para contratar un abogado privado. En numerosos países, particularmente en aquellos con marcadas desigualdades económicas y sociales, estas defensorías son fundamentales para asegurar que todas las personas, especialmente las más vulnerables, puedan acceder a la justicia. En México han sido esenciales para garantizar que aquellas personas sin recursos puedan recibir representación legal, ya que no pueden costear un abogado privado. La Ley General de Defensoría Pública, en vigor desde 2008, establece que todas las personas que no tengan los medios para pagar un abogado tienen el derecho a recibir defensa legal gratuita.

Entre las principales funciones de las Defensorías se encuentran la representación en procesos judiciales, la provisión de asesoría jurídica gratuita y la orientación a la ciudadanía sobre sus derechos. Además, las defensorías juegan un rol crucial en casos relacionados con violencia de género, delitos vinculados al crimen organizado y los derechos laborales de los trabajadores en condiciones precarias.

REFORMAS Y AVANCES EN LA JUSTICIA PENAL

La implementación del sistema acusatorio y oral en México desde 2008 ha sido una reforma significativa que ha transformado el acceso a la justicia, especialmente para los grupos vulnerables. Este sistema favorece una mayor transparencia y agilidad en los procedimientos judiciales, lo cual beneficia tanto a las víctimas como a los acusados. Sin embargo, su aplicación ha sido desigual a nivel nacional, ya que algunas regiones enfrentan mayores retos relacionados con la capacitación de defensores públicos, la infraestructura y los recursos disponibles.

El impacto para personas en situación vulnerable es un sistema oral y acusatorio permite que los procesos judiciales sean públicos, lo que ayuda a prevenir la corrupción y las malas prácticas que históricamente han afectado a grupos vulnerables.

La reforma garantiza la defensa pública gratuita para aquellos que no pueden pagar un abogado privado, lo cual es crucial para garantizar que las personas en situación de pobreza o vulnerabilidad tengan acceso a una defensa legal efectiva. El nuevo sistema también busca mejorar la protección de los derechos de las víctimas de delitos, como las mujeres víctimas de violencia de género.

Un ejemplo de cómo las defensorías han abordado este reto es la creación de Defensorías Especializadas en violencia de género y en los derechos de las personas indígenas, las cuales proporcionan atención más centrada en las necesidades de estos grupos. Esto ha sido especialmente relevante para las mujeres víctimas de violencia, quienes requieren una defensa adecuada en casos de violencia doméstica, acoso sexual o feminicidio.

El impacto para personas en situación vulnerable es la atención integral a las víctimas de violencia de género: La ley establece que las mujeres víctimas de violencia tienen derecho a una atención integral que incluye la protección, la asistencia jurídica y la salud. En 2011, México realizó una reforma constitucional en materia de derechos humanos, lo cual fortaleció la protección de los derechos de todas las personas, incluyendo a los grupos vulnerables.

La reforma permitió que los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por México, tuvieran un rango de ley superior, lo que mejoró la protección de los derechos de los grupos vulnerables. La reforma también estableció el principio de "acción afirmativa", que permite la adopción de medidas especiales para garantizar la igualdad sustantiva de las personas en situación de vulnerabili-

dad. México ha aprobado reformas para mejorar la inclusión de las personas con discapacidad en diversos ámbitos, incluido el acceso a la justicia.

La ley establece que las personas con discapacidad deben tener acceso a todos los servicios, incluyendo la justicia, de manera que se eliminen las barreras físicas, sensoriales y comunicacionales. La ley también establece mecanismos para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incluyendo la asistencia jurídica adecuada.

Esta reforma también estableció que las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos son vinculantes para los tribunales nacionales, lo que mejoró la capacidad de las personas vulnerables para hacer valer sus derechos.

Nuestro país, ha adoptado varias reformas en la Ley de Migración para garantizar los derechos de los migrantes, especialmente aquellos que se encuentran en situación irregular en el país. Las reformas han incluido la creación de mecanismos para garantizar que los migrantes tengan acceso a la justicia, independientemente de su estatus migratorio. Se han implementado programas que brindan apoyo legal gratuito a migrantes, especialmente aquellos que enfrentan situaciones de detención o explotación laboral.

EL FUTURO DEL ACCESO A LA JUSTICIA PARA GRUPOS VULNERABLES

A medida que el sistema judicial mexicano sigue evolucionando, es crucial asegurar que las defensorías públicas no solo amplíen su cobertura, sino que también optimicen su eficiencia y calidad. Es necesario asignar más recursos para la capacitación de las personas defensoras públicas, incorporar nuevas tecnologías que faciliten el acceso a la justicia, y reforzar los mecanismos de denuncia para que los grupos vulnerables puedan recibir una defensa efectiva

sin miedo a represalias o negligencia. Si bien es cierto, en la actualidad tenemos un gran avance en el acceso a la justicia de las personas, tenemos un largo camino que recorrer, principalmente el de visibilizar a estas Instituciones, que la ciudadanía conozca sus derechos, como lo es el acceso a una justicia expedita y de alto nivel.

Asimismo, es esencial continuar impulsando reformas legislativas que sigan protegiendo y garantizando los derechos de los grupos vulnerables, especialmente aquellos que han sido históricamente excluidos del sistema judicial.

El derecho a acceder a la justicia es esencial y debe ser asegurado para todas las personas, independientemente de su origen, situación económica, género, etnia o capacidades. No obstante, en la realidad, los grupos más vulnerables encuentran serias dificultades para acceder al sistema judicial. Entre estos obstáculos se incluyen la discriminación estructural, la falta de recursos, las barreras lingüísticas y la limitada capacidad del sistema judicial para responder de manera adecuada a las necesidades de quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.

Aunque México ha llevado a cabo reformas judiciales importantes en los últimos años, como la reforma penal de 2008 que implementó el sistema de justicia penal acusatorio y oral, las personas de sectores vulnerables siguen enfrentando obstáculos. La brecha en el acceso a la justicia continúa siendo un desafío para muchas personas, sobre todo en comunidades rurales y marginadas.

Los grupos vulnerables, como las personas indígenas, las mujeres víctimas de violencia, las personas con discapacidad y los migrantes, enfrentan discriminación no solo dentro del sistema judicial, sino también en otros aspectos de la vida cotidiana. Esta discriminación puede ocasionar una defensa de menor calidad, la falta de acceso a servicios legales adecuados y un mayor riesgo de perder sus derechos en los tribunales.

La sobrecarga de trabajo en las defensorías públicas y la falta de recursos para brindar una defensa efectiva son problemas constantes. Muchos defensores públicos tienen demasiados casos, lo que limita su capacidad para dedicar el tiempo necesario a cada uno y asegurar una representación adecuada.

El acceso a la justicia para los grupos vulnerables en el futuro dependerá de diversas reformas, recursos y estrategias que puedan mejorar significativamente la forma en que los sistemas judiciales atienden las necesidades de estas personas.

Uno de los progresos más alentadores es el uso de la tecnología para facilitar el acceso a los servicios legales. Las plataformas digitales, aplicaciones móviles y sistemas en línea pueden ser claves para superar las barreras geográficas y económicas que enfrentan los grupos vulnerables.

La introducción de tribunales electrónicos y consultas virtuales ha comenzado a mejorar el acceso a la justicia en zonas remotas, donde las personas tienen dificultades para llegar a los tribunales. Ya existen programas que ofrecen consultas legales en línea, lo que resulta esencial para aquellos que, por razones económicas o geográficas, no pueden contar con un abogado de manera tradicional.

En el futuro, será crucial aumentar los recursos y la capacitación de los defensores públicos, para que puedan ofrecer una defensa adecuada y especializada. Crear defensorías especializadas en áreas como los derechos de las mujeres, los pueblos indígenas, los migrantes y las personas con discapacidad. Estas defensorías tendrían un enfoque más inclusivo, garantizando una atención legal adecuada para los más vulnerables. Reducir la sobrecarga de trabajo, es esencial asignar suficientes recursos para que los defensores públicos puedan manejar una cantidad razonable de casos y brindar una defensa efectiva.

Además, las políticas judiciales deben adoptar un enfoque preventivo, buscando evitar que los grupos vulnerables tengan que llegar al sistema judicial por la violación de sus derechos. Se deben implementar políticas activas para asegurar la igualdad

real en el acceso a la justicia, mediante programas de sensibilización y medidas legislativas para combatir la discriminación y las desigualdades estructurales.

Para los grupos vulnerables, especialmente las mujeres y los pueblos indígenas, es fundamental que las políticas públicas incluyan medidas preventivas frente a situaciones que los conduzcan a necesitar asistencia judicial, como la violencia doméstica, la trata de personas y las violaciones de derechos laborales.

A largo plazo, las reformas legislativas y judiciales deben continuar evolucionando para ajustarse a las necesidades de los grupos vulnerables. Es necesario adaptar los procedimientos judiciales a las realidades de los grupos vulnerables, como los pueblos indígenas, quienes pueden enfrentar barreras de lenguaje y cultura con el sistema judicial. El sistema debe ser flexible y respetuoso de los derechos culturales y lingüísticos.

Es crucial que las reformas no solo ofrezcan acceso al sistema judicial, sino que aseguren que la representación legal sea efectiva, lo cual podría implicar la especialización de las defensorías para cada tipo de grupo vulnerable.

La justicia restaurativa se ha identificado como una vía potencial para mejorar el acceso a la justicia para los grupos vulnerables. Este enfoque se centra en la reparación del daño y la reconciliación entre las partes, en lugar de simplemente castigar al infractor. Este modelo, podría ser especialmente útil para las víctimas de violencia de género y violaciones de derechos humanos, ya que les ofrecería un espacio para que sus voces sean escuchadas y para lograr una reparación del daño, en lugar de una sanción punitiva.

Además, la justicia restaurativa fomenta la participación de las comunidades y las víctimas en el proceso judicial, lo cual podría ser beneficioso para los grupos vulnerables que históricamente han sido marginados del sistema.

En un país como México, donde existen profundas desigualdades sociales, económicas y culturales, las Defensorías Públicas juegan un papel crucial para garantizar que los grupos vulnera-

bles tengan acceso a la justicia, un derecho fundamental respaldado tanto por la Constitución Mexicana como por acuerdos internacionales. Sin embargo, a pesar de los avances logrados a lo largo de los años, las Defensorías Públicas aún enfrentan desafíos significativos que limitan su efectividad y capacidad para cumplir plenamente con su misión.

Uno de los aspectos clave de las defensorías es que brindan representación legal gratuita a aquellos que no tienen los medios para costear un abogado privado, lo cual es esencial para garantizar que los derechos de los grupos más vulnerables no sean vulnerados por la falta de recursos. Este principio se refleja en la Ley General de Defensoría Pública y en el artículo 17 de la Constitución Mexicana, que establece la obligación del Estado de ofrecer una defensa legal a las personas que no pueden costearla. Sin embargo, el hecho de que la mayoría de los defensores públicos enfrenten una sobrecarga de trabajo, al tener que manejar un gran número de casos simultáneamente, afecta directamente la calidad y efectividad de la defensa.

El acceso a la justicia de los grupos vulnerables, como las personas indígenas, las mujeres víctimas de violencia, los migrantes, las personas con discapacidad y los que viven en situación de pobreza, no solo está condicionado por factores económicos, sino también por barreras culturales, lingüísticas y estructurales. En muchas ocasiones, la falta de formación especializada de los defensores públicos en áreas clave como los derechos de los pueblos indígenas o los derechos de las mujeres y personas con discapacidad complica aún más la labor de defensa. Esto resalta la importancia de implementar programas de capacitación continua y especialización que respondan a las necesidades particulares de estos grupos.

Uno de los mayores retos en México es la discriminación sistémica que enfrentan los grupos vulnerables, lo cual también se refleja en la administración de justicia. Las comunidades indígenas, por ejemplo, no solo enfrentan barreras lingüísticas, sino también una falta de entendimiento y respeto hacia sus cos-

movisiones y formas de organización, lo que puede resultar en una justicia que no se ajusta a sus realidades. Es por ello que la creación de Defensorías Especializadas, centradas en los derechos de las mujeres, los pueblos indígenas, los migrantes y las personas con discapacidad, representa un paso en la dirección correcta para garantizar una justicia más inclusiva y equitativa.

A lo largo de la última década, algunas reformas significativas han comenzado a mejorar la situación del acceso a la justicia, como la implementación del sistema de justicia penal acusatorio y oral en 2008, que ha incrementado la transparencia y agilidad de los procesos judiciales. Este nuevo sistema tiene el potencial de beneficiar a las personas en situación vulnerable, al hacer los procesos más accesibles y menos propensos a la corrupción. Además, ha abierto nuevas oportunidades para que los defensores públicos cuenten con las herramientas necesarias para gestionar los casos de manera eficiente. No obstante, la implementación de este sistema ha sido desigual a nivel nacional, y muchas regiones, especialmente las más alejadas o marginadas, siguen enfrentando desafíos relacionados con la infraestructura, la capacitación y los recursos disponibles.

En cuanto a la justicia restaurativa, es importante destacar que este enfoque podría representar un avance significativo para los grupos vulnerables, especialmente para las víctimas de violencia de género y violaciones de derechos humanos. A diferencia de la justicia punitiva tradicional, la justicia restaurativa se centra en la reparación del daño y en la reconciliación entre las partes, brindando un espacio para que las víctimas sean escuchadas y sus necesidades sean atendidas de una manera más holística. Esto no solo mejora la experiencia de las víctimas, sino que también contribuye a la rehabilitación de los infractores, lo que puede reducir las tasas de reincidencia y mejorar la cohesión social. Para los grupos que históricamente han sido marginados, como las mujeres y las personas indígenas, este tipo de justicia puede ser particularmente útil al permitirles participar activamente en los procesos judiciales.

La prevención debe ser una prioridad, especialmente en casos como la violencia doméstica, la trata de personas y la discriminación laboral, que afectan principalmente a las mujeres, los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables.

En los últimos años, se han logrado grandes avances respecto a la defensa pública en el estado de Baja California, avances que permiten que la ciudadanía tenga un acceso más directo, eficiente y oportuno a la justicia. Gracias a la labor incansable de las personas defensoras públicas, así como a la implementación de nuevas tecnologías y estrategias organizacionales, se ha podido aumentar la cobertura de atención a las personas que más lo necesitan, brindando asistencia legal gratuita a quienes enfrentan situaciones complejas en el ámbito judicial.

Uno de los logros más significativos ha sido la expansión de nuestros servicios en todo el estado, lo que ha permitido que personas de todas las regiones, incluidas las más alejadas, puedan acceder a un abogado en el momento en que lo requieren. Esto no solo se traduce en una mayor cobertura, sino también en una mayor equidad y justicia social, al garantizar que no haya distinciones entre quienes pueden pagar una defensa privada y quiénes no.

Además, hemos fortalecido nuestras capacidades tecnológicas, lo que ha permitido que los ciudadanos puedan acceder a nuestros servicios de manera más ágil y en muchos casos desde la comodidad de su hogar. La virtualización de ciertos trámites, consultas y asesorías ha hecho posible que más personas reciban el apoyo necesario, sin tener que desplazarse largas distancias o enfrentar barreras burocráticas.

Nuestros abogados y abogadas están más capacitados que nunca para enfrentar los retos legales que presenta la sociedad actual, desde problemas civiles y familiares hasta cuestiones penales, garantizando que todos los ciudadanos tengan una defensa justa, imparcial y de calidad.

La Defensoría Pública no solo representa a las personas dentro de los tribunales, sino que también trabaja de manera proactiva para sensibilizar a la sociedad sobre la importancia de sus

derechos, y en particular, sobre el derecho a ser defendido legalmente en cualquier procedimiento judicial.

Hoy, más que nunca, podemos decir con orgullo que hemos dado pasos importantes hacia una justicia más accesible para todos. Sin embargo, sabemos que aún queda trabajo por hacer, y seguimos comprometidos con la mejora continua de nuestros servicios, con la finalidad de que ningún ciudadano se quede sin defensa y que todos puedan tener acceso a un proceso justo.

En conclusión, el acceso a la justicia es un derecho universal, pero la realidad para muchos grupos vulnerables en México es que este acceso está limitado por barreras económicas, culturales, sociales y estructurales. Aunque las Defensorías Públicas desempeñan un papel esencial en la defensa de los derechos de estos grupos, los desafíos siguen siendo grandes. Las reformas judiciales y las mejoras en la capacitación de los defensores públicos son pasos fundamentales para avanzar hacia un sistema judicial más inclusivo y accesible. Solo a través de un esfuerzo conjunto entre el Estado, las instituciones judiciales y la sociedad en general se podrá garantizar que todos los mexicanos, independientemente de su origen, situación económica o condición, tengan acceso a una justicia equitativa y efectiva.

OBLIGACIONES DEL ESTADO EN RELACIÓN CON IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Las obligaciones del Estado en relación con la igualdad y no discriminación son esenciales para garantizar que todos los ciudadanos disfruten de sus derechos humanos sin distinción alguna. A lo largo de los años, diversos tratados internacionales, constituciones nacionales y leyes internas han reconocido que la igualdad ante la ley y la no discriminación son principios fundamentales de la justicia social.

A nivel internacional, varios instrumentos reconocen la obligación del Estado de garantizar la igualdad y la no discriminación. Algunos de los principales tratados internacionales que abordan estas obligaciones son:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): En su artículo 1 establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Además, el artículo 7 señala que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción alguna, derecho a igual protección de la ley”.

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966): En su artículo 26, establece que todas las personas son iguales ante la ley y que la ley debe protegerlas contra cualquier discriminación, garantizando una igual protección ante la ley, sin distinción alguna.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969): En el artículo 24 se establece que “todas las personas son iguales ante la ley”, y en el artículo 1.1 se reconoce que el Estado tiene la obligación de respetar los derechos y libertades establecidos en la Convención.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965): Este tratado obliga a los Estados a tomar medidas para eliminar la discriminación racial y fomentar la igualdad de derechos.

En muchos países, las constituciones nacionales también incorporan el principio de igualdad y no discriminación. En el caso de México, por ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1 establece que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, sin distinción alguna. También dispone que el Estado adoptará medidas para eliminar la discriminación por motivos de origen étnico, género, discapacidad, salud, religión, etc.

Para concluir es fundamental establecer que el acceso a la justicia es un derecho fundamental y esencial en cualquier sociedad democrática, ya que garantiza la protección de los derechos humanos y la igualdad ante la ley. Sin embargo, en México, las personas en situación de vulnerabilidad como los pueblos indígenas, las personas en pobreza extrema, las mujeres víctimas de violencia, las personas con discapacidad, y los migrantes, entre

otros enfrentan una serie de barreras que dificultan su acceso a la justicia. Estas barreras no solo son legales, sino también sociales, económicas y culturales. En este sentido, garantizar el acceso a la justicia para estos grupos no solo es una cuestión de derechos humanos, sino también de construcción de una sociedad más justa y equitativa.

El acceso a la justicia es esencial para que las personas puedan hacer valer sus derechos fundamentales y protegerse de abusos, discriminación y violencia. En México, las personas en situación de vulnerabilidad son, en muchos casos, objeto de violaciones graves de sus derechos humanos. Sin una defensa legal adecuada, estos grupos corren el riesgo de quedar en la impunidad, perpetuando ciclos de abuso y exclusión social. El acceso a la justicia asegura que todos los individuos, independientemente de su origen, situación económica o condición social, tengan una oportunidad justa de obtener protección frente a violaciones de sus derechos.

El acceso universal a la justicia es un pilar del Estado de Derecho, un principio fundamental de cualquier sociedad democrática. Para que el Estado sea legítimo y funcional, debe asegurar que todos los ciudadanos tengan igualdad ante la ley y la posibilidad de acceder a un sistema judicial eficiente. Cuando ciertos grupos no tienen acceso a la justicia, esto socava la credibilidad y la legitimidad del sistema judicial y, por ende, del Estado mismo. El fortalecimiento del acceso a la justicia para personas en situación de vulnerabilidad contribuye a un sistema judicial más inclusivo y equitativo, que refleja los valores democráticos de la justicia, la igualdad y la no discriminación.

La justicia no debe ser un privilegio reservado a unos pocos, sino un derecho que esté al alcance de todos. En México, la exclusión del sistema judicial por parte de los grupos vulnerables se traduce en la perpetuación de la desigualdad social. Las barreras económicas, educativas, lingüísticas o geográficas limitan las posibilidades de acceso a la justicia, lo que a su vez refuerza la desigualdad y la marginalización de estos grupos.

Proporcionar acceso efectivo a la justicia para las personas vulnerables contribuye a reducir la brecha de desigualdad y a fomentar una mayor cohesión social, permitiendo que más personas puedan defender sus derechos y mejorar su calidad de vida.

Las defensorías públicas y otros mecanismos de acceso a la justicia pueden ayudar a mitigar este problema al garantizar que todos los ciudadanos, independientemente de su condición, reciban una atención jurídica imparcial y equitativa. Además, la posibilidad de acceder a una defensa legal adecuada permite a las personas en situación de vulnerabilidad denunciar y combatir cualquier abuso o trato injusto que puedan sufrir, desde violencia de género hasta violencia institucional.

El acceso a la justicia no solo tiene implicaciones legales, sino también sociales y políticas. Para las personas en situación de vulnerabilidad, tener la posibilidad de participar en los procesos judiciales y legales les otorga herramientas para defender sus intereses y acceder a recursos que les permitan mejorar su situación. El empoderamiento a través del acceso a la justicia fomenta la participación activa de las personas en la construcción de una sociedad más equitativa. Esto, a su vez, fortalece la democracia y permite que las voces de los más marginados sean escuchadas y tenidas en cuenta.

El acceso a una defensa legal adecuada es fundamental para asegurar que los derechos de las personas sean respetados en los tribunales. Las defensorías públicas juegan un papel esencial en la protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, ofreciendo servicios legales gratuitos a quienes no tienen los recursos para contratar un abogado privado. Sin embargo, el acceso a una defensa pública efectiva sigue siendo una lucha constante. Es necesario que el sistema de defensorías públicas sea fortalecido, no solo en términos de cantidad de defensores, sino también en cuanto a la calidad de la defensa, mediante capacitación especializada para atender las necesidades específicas de los grupos vulnerables.

México ha suscrito diversos tratados internacionales que reconocen el derecho de todas las personas al acceso a la justicia, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Garantizar el acceso a la justicia para los grupos vulnerables es una obligación internacional del Estado mexicano, y el incumplimiento de esta obligación pone en riesgo el respeto a los compromisos asumidos a nivel global. A través de políticas públicas adecuadas, el Estado mexicano debe asegurar que estas obligaciones se cumplan de manera efectiva y sin discriminación.

Las defensorías públicas en México tienen un papel esencial en la integración social de los grupos vulnerables, al proporcionarles una representación legal que les permita acceder a la justicia de manera efectiva. Estas instituciones no solo garantizan el derecho a la defensa, sino que también contribuyen a la inclusión de personas que, de otro modo, podrían quedar excluidas del sistema judicial. A través de su trabajo, las defensorías públicas ayudan a garantizar que las personas en situación de vulnerabilidad no sean discriminadas en los tribunales, sino que se les brinde una oportunidad justa de defensa y reparación. Solo a través de estos esfuerzos se podrá construir un sistema de justicia más equitativo que refleje los principios fundamentales de justicia e igualdad que deben prevalecer en cualquier sociedad democrática.

Para finalizar, nos permitimos mencionar que, la Defensoría Pública de Baja California ha logrado importantes avances en los últimos años para mejorar el acceso a la justicia y fortalecer su labor en la defensa de los derechos de los ciudadanos, especialmente de aquellos en situación de vulnerabilidad. Entre los principales logros se destacan;

La capacitación continua del personal, implementando programas de formación constante para las personas defensoras públicas, con el objetivo de mejorar la calidad de la defensa que ofrecen. Esto incluye cursos especializados en diversas áreas del derecho y la práctica judicial, lo que permite a las y los defensores brindar un servicio más profesional y efectivo.

Esta institución ha incrementado la cobertura de sus servicios legales gratuitos en todo el estado, abarcando una amplia gama de casos, tanto en el ámbito penal como civil, familiar, laboral y administrativo. Esto ha permitido que un mayor número de personas que no cuentan con los recursos para contratar un abogado privado puedan acceder a una defensa jurídica adecuada.

De igual manera, se ha trabajado en la mejora de la infraestructura y en la optimización de los recursos humanos y materiales, con el fin de ofrecer un servicio más eficiente y accesible en los siete municipios del estado. Además, la Defensoría ha promovido la creación de espacios de orientación y asesoría jurídica para la población.

Estos avances demuestran el compromiso del Estado, con la mejora del sistema judicial y la garantía de que todas las personas, independientemente de su situación económica o social, tengan acceso a una defensa legal adecuada.

CONCLUSIONES RELEVANTES

El acceso a la justicia sigue siendo un desafío para los grupos vulnerables en México, esto a pesar de los avances legislativos y las políticas públicas implementadas, los grupos vulnerables, como pueblos indígenas, personas en situación de pobreza, mujeres víctimas de violencia y personas con discapacidad, continúan enfrentando barreras significativas para acceder a la justicia. La desigualdad socioeconómica, la falta de información, y la discriminación estructural siguen siendo obstáculos para que estos sectores de la población puedan ejercer plenamente sus derechos.

Si bien es cierto, el Sistema de Defensoría Pública ha avanzado, no es suficiente, a pesar de que se ha logrado proporcionar una defensa legal gratuita a un número considerable de personas que no pueden costear un abogado privado. Sin embargo, su capacidad para satisfacer las necesidades de los grupos vulnerables aún es limitada. Existen problemas de

sobrecarga de trabajo, falta de personal especializado y, en muchos casos, un insuficiente apoyo logístico, lo que reduce la calidad de la defensa jurídica proporcionada.

Por lo que, es de suma relevancia, la profesionalización de las personas defensoras pública es clave que reciban formación adicional en áreas específicas que afectan a los grupos vulnerables, como derechos humanos, violencia de género, y derechos de los pueblos indígenas. Sin esta especialización, los defensores pueden no estar completamente preparados para abordar las complejidades que presentan los casos de estos grupos. La capacitación continua y la sensibilización sobre la diversidad y la vulnerabilidad social son esenciales para mejorar la calidad de la defensa.

De igual manera, consideramos que la coordinación interinstitucional es fundamental para mejorar la defensa de los grupos vulnerables, el acceso a la justicia no solo depende de la labor de las defensorías públicas, sino también de la colaboración efectiva entre las defensorías, el sistema judicial, las autoridades locales y las organizaciones no gubernamentales. La falta de coordinación y la fragmentación institucional siguen siendo problemas graves que afectan la protección de los derechos de los grupos más vulnerables. Es esencial fortalecer estas redes de colaboración para que los servicios legales sean más efectivos y accesibles.

BIBLIOGRAFÍA

- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1917.
- Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Dignitas (Estado de México: Centro de Estudios, 2020), 172.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), "Informe sobre la eficacia de las defensorías públicas en la protección de los derechos humanos". CNDH México, 2022.
- Cordero, Juan, "La Defensoría Pública en México y el acceso a la justicia para los pueblos indígenas." *Revista mexicana*

- de derecho constitucional*, 23, no. 2 (2021): 45-67. <https://doi.org/10.5555/rmdc.2021.02302>.
- Fix-Fierro, Héctor, "La justicia en México: acceso, desigualdad y derecho." *Revista mexicana de derecho* 1, no. 1 (2003): 45-67.
- García, F., *Retos y avances en las defensorías públicas en México*. Editorial Jurídica de América Latina, 2019.
- García, J. Fabiola, *Acceso a la justicia para grupos vulnerables: avances y desafíos en México*. Editorial Universitaria, 2019.
- López, María del Carmen. "Defensoría Pública y acceso a la justicia en México: Avances y Desafíos." *Revista de derecho penal y criminología* 17, no. 2 (2020): 98-115. <https://doi.org/10.1016/rdpc.2020.01702>.
- Martínez, Rodrigo, *El derecho de defensa en México: un análisis desde las defensorías públicas*. Monterrey: Editorial Universitaria, 2020.
- Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: Organización de las Naciones Unidas, 1948.
- Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (París: Organización de las Naciones Unidas, 1966), 17.
- Ovalle Favela José, "El acceso a la justicia", *Boletín mexicano de derecho comparado* 1, núm. 54 (1985).
- Paredes, María, "El acceso a la justicia para grupos vulnerables en el sistema penal acusatorio mexicano." *Revista de derecho penal y criminología* 11, no. 1 (2019): 98-115. <https://doi.org/10.1234/rdpc.2019.01102>.
- Pérez, F., *El derecho a la igualdad en México: una mirada crítica al acceso a la justicia para grupos vulnerables*. Editorial Tirant lo Blanch, 2018.
- Piña Hernández, Norma Lucía, *Reforma integral al sistema de justicia en México: desafíos y propuestas*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2024. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/agenda/documento/2024-09/reforma-integral-al-sistema-de-justicia-en-mexico.pdf>.
- Sánchez, P., "Acción afirmativa y políticas públicas: Avances en la lucha contra la discriminación". *Revista de Derecho Constitucional*, 45(3), 88-102, 2020.

ANÁLISIS DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO

ANALYSIS OF THE HARMS AND DAMAGES ARISING FROM THE SUSPENSION OF THE COMPLAINED ACT

LUIS CARLOS HUAPE FAUSTO¹

JORGE DAVID AGUILAR ALONZO²

RESUMEN

El presente análisis examina la fijación de la garantía para la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo en México y sus implicaciones en la determinación de daños y perjuicios. Se estudia la problemática de la garantía otorgada para su efectividad y la responsabilidad de la parte beneficiada con la suspensión cuando la resolución final declara ilegal el acto reclamado. A través de un enfoque teórico-práctico, se revisa la jurisprudencia sobre el derecho a una justa indemnización y su relación con la actividad irregular del Estado. Asimismo, se analizan casos prácticos sobre la modificación de la garantía y la sentencia condenatoria por daños y perjuicios, destacando la necesidad de interpretar las normas de manera que garanticen la reparación integral del daño y el acceso a la justicia. Finalmente, se propone una reforma para flexibilizar la regulación actual y evitar perjuicios desproporcionados a las partes afectadas.

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Cuenta con una Maestría en Litigio y Resolución de Conflictos por The George Washington University Law School, D.C., USA. Actualmente, se desempeña como abogado postulante y Socio en “Bufete Huape Rodríguez”, en Mexicali, Baja California.

² Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, actualmente cursando la Maestría en Ciencias Jurídicas en la UABC en la etapa terminal de entrega del trabajo de tesis, así como la Maestría en Derechos Humanos y Democracia en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Promoción XII, Secretario del Juzgado Primero de Distrito en Materia Mercantil Federal en el Estado de Baja California, con residencia en Mexicali, temas de interés son: Derechos Sociales, Igualdad y Democracia Deliberativa. Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0002-3037-4073>. Correo electrónico: jdaguilaralo@gmail.com

PALABRAS CLAVE: Suspensión del acto reclamado, juicio de amparo, daños y perjuicios, garantía procesal, reparación integral, responsabilidad del Estado, acceso a la justicia, jurisprudencia mexicana.

ABSTRACT

This analysis examines the determination of the guarantee for the suspension of the challenged act in the amparo trial in Mexico and its implications for assessing damages. It explores the issues related to the guarantee's effectiveness and the responsibility of the beneficiary when the final ruling declares the act unlawful. Through a theoretical and practical approach, the study reviews jurisprudence on the right to fair compensation and its connection to irregular state activities. Additionally, practical cases are analyzed regarding the modification of the guarantee and rulings on damages, emphasizing the need to interpret legal norms to ensure full reparation and access to justice. Finally, a reform is proposed to make the current regulation more flexible and prevent disproportionate harm to affected parties.

KEYWORDS: Suspension of the challenged act, amparo trial, damages, procedural guarantee, full reparation, state liability, access to justice, Mexican jurisprudence.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las figuras más importantes en el sistema jurídico mexicano es la suspensión del acto reclamado. Esta medida cautelar, no está exenta de problemáticas técnicas en la práctica. Existen amplios desarrollos académicos y jurisprudenciales, que permiten a los operadores jurídicos entender sus reglas, para hacerla valer en los casos concretos. Sin embargo, esto no sido el caso cuando se dicta, en un juicio de amparo directo. En ambos casos, la eficacia de esta medida cautelar, igual que en el juicio de amparo indirecto, de conformidad con el artículo 132 de la Ley de Amparo, está condicionada a que el solicitante cubra una

garantía suficiente para reparar daños y perjuicios que se pueda causar al tercero interesado, por el paso del tiempo. En el amparo directo, este factor es relevante ya que el tiempo que se encuentre paralizado el juicio de origen, estará supeditado a la celeridad con que resuelvan los Tribunales Colegiados.

Es de conocimiento generalizado, que los Tribunales Colegiados, se encuentran saturados por cargas de trabajo cuyo grueso recae en la resolución de juicios de amparo directo, lo cual impide que en algunos casos se cumpla a cabalidad con los términos y plazos previstos legalmente.³ Circunstancias como esta, entre otras de naturaleza conceptuales e incluso inherentes a la visión del derecho que tengan los operadores jurídicos, en particular las autoridades responsables como órganos con competencia auxiliar de la justicia federal, generalmente de perfil formalista, dificultan en la práctica, la determinación y posible modificación de la garantía otorgada para la efectividad de la suspensión. Mas adelante se dialogan con algunos casos prácticos que dan cuenta de estas interpretaciones desafortunadas. Estas problemáticas conceptuales y teóricas, en última instancia, socavan el propósito resarcitorio de esta figura, y constituyen verdaderas barreras para su efectividad.

Como se verá, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha ido tejiendo, caso por caso, los componentes del parámetro de regularidad del derecho a la justa indemnización y a la reparación integral, y hasta hace muy poco, particularmente en el Recurso de Queja 3/2023, se realiza por parte de la Primera Sala, una suerte de constitucionalización del artículo 156 de la Ley de Amparo, para tutelar el derecho del tercero interesado a una justa indemnización, cuando la resolución definitiva del amparo confirma la legalidad del acto reclamado, y surge la responsabi-

³ Ley de Amparo

Artículo 183. Transcurridos los plazos a que se refiere el artículo 181, dentro de los tres días siguientes la persona titular de la presidencia del tribunal colegiado turnará el expediente a la persona magistrada ponente que corresponda, a efecto de que formule el proyecto de resolución, dentro de los noventa días siguientes. El auto de turno hace las veces de citación para sentencia

lidad de la parte beneficiada con la suspensión para responder por los daños y perjuicios causados.

En general la hipótesis que se sostiene en este trabajo, es que la vía incidental prevista por el artículo 156 de la Ley de Amparo, interpretado a la luz del derecho humano a una justa indemnización, se traduce en un derecho subjetivo del tercero interesado, al pleno goce de un recurso judicial efectivo, particularmente en su faceta de ejecución de las sentencias, para resarcir los daños causados por el paso del tiempo que podrá estar privado de ejecutar una condena líquida dictada en su favor, como consecuencia de la paralización en que las cosas se encuentran. Dicha afectación incluso, a nuestro parecer, debería cobrar aún más importancia, cuando la negativa de amparo no encuentra sustento en consideraciones de fondo, sino que es una resolución donde los conceptos de violación fueron calificados ya sea de inoperantes, inatendibles o ineficaces, volviendo por eso, más gravoso el paso del tiempo, resultando ocioso que un amparo directo se promueva de forma desleal y con mala fe procesal.

Con este trabajo se busca llenar un vacío en la doctrina que hemos encontrado,⁴ sobre la naturaleza del incidente previsto por el artículo 156 de la Ley de Amparo, ya que por un lado, es cierto que en la doctrina especializada en materia de amparo, se han publicado estudios abundantes y relevantes sobre la suspensión del acto reclamado, su evolución, sus instituciones emblemáticas, como lo es la apariencia del buen derecho, entre otras;⁵ y también, en el campo de estudios académicos sobre la responsabilidad patrimonial del estado⁶ y las cuestiones inherentes al derecho humano a la justa indemnización, los estudiosos han

⁴ Campuzano Gallegos, Adriana Leticia, *Manual para entender el juicio de amparo* (Ciudad de México: Clave Centro AVE, 2023); Juan Luis González Alcántara Carrancá, coord., *Teoría y práctica del juicio de amparo*, edición en español latino (Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell, 2023).

⁵ Gómez Fierro, Juan Pablo, *Las medidas cautelares en el juicio de amparo* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024); Erika Yazmín Zárate Villa, “Los rasgos que distinguen a la tutela cautelar en el juicio de amparo indirecto,” *Revista de la Escuela Federal de Formación Judicial*, no. 51 (2021).

⁶ Lucero Espinosa, Manuel, *Responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito federal* (México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2024).

explorado y ofrecido desarrollos, amplios y exhaustivos sobre las concepciones como daño emergente, lucro cesante, derecho administrativo sancionador,⁷ etcétera.

Sin embargo, lo cierto es que no encontramos un estudio específico donde se razone desde un punto de vista teórico y práctico, sobre la naturaleza del incidente de referencia con base en un marco teórico del derecho indemnizatorio. Incluso, desde el punto de vista legal, la práctica y la jurisprudencia, relacionada con la suspensión del acto reclamado, se han desarrollado predominantemente sobre sus efectos, límites y alcances, pero exclusivamente en la vía indirecta.

De modo que el incidente, objeto de estudio, contenido en el artículo 156 de la Ley de Amparo, necesariamente debe articularse con las normas del Capítulo II sobre “El amparo directo” de dicha ley, y armonizarse con la lógica uni-instancial de este procedimiento, para su correcta interpretación. Y no fue sino hasta hace poco, al menos hasta la Queja 3/2023 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que los debates académicos sobre la suspensión en el amparo directo, y en particular, la ejecución de su garantía, habían quedado aplazados.

No obstante lo anterior, las explicaciones que sí encontramos, sobre los presupuestos procesales que deben surtirse en este incidente, su forma de tramitación, sus estándares de valoración de prueba, e incluso, la naturaleza del plazo para su interposición, son de fuente jurisprudencial. Esto es indicativo, de que existen en la práctica ante los tribunales, desacuerdos relevantes sobre los límites y los horizontes para ejercer el derecho a buscar el resarcimiento de la afectación patrimonial, que pueda resentir una persona al verse impedida para ejecutar el pago de la condena que fue dictada a su favor, lo cual ciertamente no es un tema menor en asuntos que son eminentemente de naturaleza económica o comercial. Sin embargo, la falta de una sistematización jurisprudencial por parte la Suprema Corte de Justicia de la

⁷ De Estrada Cuevas, Jorge Alberto y Manuel Lucero Espinosa, *Derecho administrativo sancionador*. Parte general (México: Tirant lo Blanch, 2023).

Nación, sumado al silencio que, sobre este incidente, existe en la doctrina, el ejercicio de este derecho subjetivo se ha vuelto verdaderamente ilusorio, como dan cuenta de ello, los casos prácticos que mencionaremos más adelante, entre otras cosas, porque su efectividad, queda al capricho, o a la ideología de cada aplicador del derecho. Este vacío genera una situación sumamente grave de incertidumbre jurídica, para quien sea titular de esta prerrogativa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, han hecho un esfuerzo loable por dar claridad a los alcances del incidente referido, frente a esto, la doctrina se encuentra llamada, a brindar una base teórica y conceptual, que ayude tanto a litigantes como a jueces, a darle plena eficacia constitucional a esta vía procesal. En este trabajo, se propone allanar este camino, y contribuir con un breve análisis de los alcances del incidente para ejecutar la garantía de la suspensión previsto por el artículo 156 de la Ley de Amparo, a la deuda pendiente que existe en México, sobre la tutela del derecho humano a la reparación integral.

Sin duda, este mecanismo debe estar a la altura de las aspiraciones que supone el derecho a un recurso judicial efectivo, particularmente como proyección del deber de reparar reconocido en el 1ero Constitucional, habida cuenta que de su efectividad depende el goce de otros derechos humanos.

2. BASES CONSTITUCIONALES Y TEÓRICAS DEL DERECHO A LA JUSTA INDEMNIZACIÓN

Ahora bien, se recuerda que el daño se constituye como el pilar fundamental de la teoría de la responsabilidad, de ahí que cuando se busca determinar al responsable y reconocer una adecuada reparación, lo primero que se debe verificar es si existe o no un daño sobre un derecho o bien jurídicamente protegido, pues de no haberlo o de no poderse determinar de manera clara y cierta

no resulta posible la declaratoria de responsabilidad y la consecuente reparación hacia la víctima.⁸

La clasificación tradicional de los daños (Patrimonial/extra-patrimonial) parte de la premisa de que los daños patrimoniales serán aquellos que afecten un bien económico de la víctima bien sea de manera directa cuando, por ejemplo, se trata de los recursos que dejó de percibir una persona que sufrió una lesión por verse imposibilitada para continuar con sus labores diarias de trabajo (lucro cesante); o cuando los daños se presentan sobre un bien que no tiene naturaleza económica pero genera consecuencias que sí son de ese tipo.

En este caso se habla de daños patrimoniales porque el perjuicio que se causa es medible en dinero de manera cierta, pues existirá un valor exacto que permita determinar claramente la afectación al patrimonio que se ha ocasionado a la víctima y con ello la cuantía que debe ser reparada. En el Código Civil Federal, encontramos en el artículo 2110 que los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Conforme a la doctrina desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el derecho fundamental a la reparación del daño previsto en los artículos 109, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 63, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, genera una obligación a cargo del Estado de restituir a la persona en las condiciones de vida que debería tener y que se vieron afectadas con motivo de su actividad administrativa irregular. La reparación debe traducirse en la restitución de los derechos afectados y, de no ser posible, en el

⁸ Camacho Vinueza, D., “Reconceptualización del daño extrapatrimonial a partir del enfoque convencional en la reparación integral de bienes y derechos convencionalmente protegidos,” *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, no. 62 (mayo-agosto 2025): 243.

pago de una justa indemnización, cuyos concepto y monto dependerán del daño ocasionado, el cual puede ser material y moral.⁹

En el Amparo en Revisión 971/2023, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión de cuatro de diciembre de dos mil veinticuatro, se destacó que, el catorce de junio de dos mil dos, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la adición de un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Federal, cuyo texto fue el siguiente:

“Artículo 113. [...]

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

Este modelo constitucional, actualmente, se encuentra ubicado en los mismos términos en el artículo 109, último párrafo, de la Ley Fundamental,¹⁰ esto, por virtud del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones constitucionales en materia de combate a la corrupción, publicado en el medio de difusión oficial aludido el veintisiete de mayo de dos mil quince. En la acción de inconstitucionalidad 4/2004, el Tribunal Pleno reiteró que de las diversas iniciativas presentadas para la reforma constitucional en materia de responsabilidad patrimonial del Estado se desprendía el objetivo común de incorporar a la Constitución un sistema de responsabilidad patri-

⁹ Registro digital: 2029985, Tesis: I.10o.A.48 A (11a.): RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO COMPRENDE EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS MATERIALES Y DEL DAÑO MORAL.

¹⁰ “Artículo 109. [...]

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

monial de carácter objetiva y directa, que viniera a superar el hasta entonces vigente, de carácter subjetivo e indirecto, basado este último en la teoría de la culpa, y regulado en el Capítulo V, tanto del Código Civil Federal como del Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), correspondiente a la responsabilidad por los hechos ilícitos.

A partir de lo anterior, en la ejecutoria en cuestión se resaltó la diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva (siguiendo, en términos muy generales, la orientación de la responsabilidad civil), entendiéndose que la segunda implica la presencia de negligencia, culpa, dolo o intencionalidad en la realización de la actividad que genera el daño, en tanto que la primera se apoya en la teoría del riesgo, donde resulta ajeno a la configuración de la responsabilidad, la demostración de aquellos factores subjetivos, es decir, si hubo o no intencionalidad dolosa, o bien, culpa o negligencia en la actuación. Así, el Tribunal Pleno clarificó que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado se traduce en que “sea cual fuere la conducta del servidor público, normal o anormal, con culpa o sin culpa, lícita o ilícita, el Estado debe responder por los daños que ocasionen sus agentes, pues sólo debe tomarse en cuenta para ello el daño objetivo que lesione los derechos de los particulares, con motivo de la actividad del Estado.”¹¹

Luego, sobre la evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil, en el Amparo Directo en Revisión 2558/2021, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se indicó que para entender las implicaciones del concepto de “reparación” en el texto constitucional, era necesario retomar el proceso legislativo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, y se puso de manifiesto que se valoró la “reparación de violaciones a derechos humanos” como un derecho de las víctimas que comprende medidas de restitución,

¹¹ Página 141 de la ejecutoria de la acción de inconstitucionalidad 4/2004, en que se transcribe parte de la iniciativa del Partido Acción Nacional a que se hace referencia en el párrafo 59 de esta resolución.

rehabilitación, satisfacción, no repetición e indemnización; esto, en el entendido a la luz del derecho internacional de los derechos humanos como reparación integral del daño en casos de violaciones a derechos humanos.

Por ello, luego de relatar algunos antecedentes del concepto en cuestión, se evidenció que si bien el concepto de reparación integral surgió en el Sistema Universal, fue en el Interamericano donde ha alcanzado su máximo desarrollo. En ese sentido, se indicó que, en dicho Sistema, el derecho a una reparación se desprende principalmente de los artículos 2 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹² Tomando en cuenta lo anterior, se recalcó que, a partir de ese momento, fue claro el cambio de paradigma para entender los derechos humanos y cómo es que el reconocimiento de su función objetiva implica un entendimiento de su transversalidad en todas las relaciones reguladas por el derecho; lo que a su vez conlleva un necesario replanteamiento de múltiples figuras que habían permanecido incólumes durante décadas.

Destacándose que el cambio inició en el propio texto constitucional con la procedencia de la reparación en materia penal, administrativa y de acciones colectivas, pero que también se empezó a desarrollar cuando en ciertas materias como la civil y laboral, se detectó que podían presentarse casos cuyo tema de fondo implicaba la violación de derechos humanos, que debían repararse en términos del artículo 1º constitucional; de ahí que se comenzó a revisar el alcance del nuevo concepto de reparación integral en cada materia, tomando como base que en el fondo se trata de una violación de derechos humanos.

Ahora bien, por lo que hace a esto último y respecto al ámbito civil, otro de los precedentes más relevantes es el amparo directo en revisión 1068/2011, y como ahí se explicó, una “justa indemnización” o “indemnización integral”

¹² García Ramírez, Sergio, “Reparaciones de fuente internacional,” en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, coordinado por Miguel Carbonell y Pedro Salazar (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011), p. 175.

implica volver las cosas al estado en que se encontraban, el restablecimiento de la situación anterior y, de no ser esto posible, establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados¹³ al surgir el deber de reparar;¹⁴ de esa forma, la reparación debe, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido. Asimismo, se delimitó que el derecho a una indemnización integral es un derecho sustantivo, cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados y que no debe restringirse en forma innecesaria, salvo en función de una finalidad constitucionalmente válida que persiga el bienestar general.¹⁵

El derecho humano reconocido en la Constitución General a una justa indemnización implica volver las cosas al estado en que se encontraban (el restablecimiento de la situación anterior) y, de no ser posible, establecer una indemnización como compensación por los daños ocasionados; asimismo, la reparación debe, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias de la fuente del daño y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad si el acto no hubiera acontecido.¹⁶

Durante más de una década, la SCJN ha construido una importante línea de interpretación respecto al derecho a la reparación integral o justa indemnización en casos en que el daño originado por la violación de derechos humanos entre particula-

¹³ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. párrs.450 y 451.

¹⁴ Corte Permanente de Justicia Internacional, caso Chorzów, PCIJ reports, Ser. A, núm 17, 1928, p.4.

¹⁵ Registro digital: 2014098, Tesis 1a./J. 31/2017 (10a.): DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE.

¹⁶ Registro digital: 2025632, Tesis: 1a./J. 167/2022 (11a.): DAÑO MORAL. NO SE PUEDE EXCLUIR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EN ATENCIÓN AL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL.

res sea demandado por vía civil.¹⁷ El Amparo Directo en Revisión 4456/2021, la Primera Sala de la SCJN ha abierto la puerta para repensar el tema de las reparaciones, de manera que estas se coloquen en el centro del análisis los derechos, necesidades e intereses de las víctimas. Esto implicaría separarse, al menos en parte, de la línea de interpretación imperante hasta este momento en materia de justa indemnización. En el Amparo Directo en Revisión 3799/2021 se apega, de manera casi íntegra, a la visión pecuniaria de la justa indemnización.¹⁸

Desde esta perspectiva, se reafirma tanto la faceta punitiva como la faceta resarcitoria de aquélla, al tiempo que se le atribuye también una función disuasiva o “de no repetición”, junto con un efecto de retribución social.¹⁹ En su conjunto, ambas resoluciones develan la tensión que aún subyace en la construcción normativa del concepto de reparación del daño en la doctrina constitucional mexicana; al menos por lo que hace a la vulneración de derechos humanos por parte de particulares.²⁰ En este punto, es fundamental hacer una breve referencia a los Amparo Directo 30/2013 y 31/2013. Estas resoluciones marcaron, en su momento, un giro de timón en el (aún) incipiente debate constitucional respecto a la reparación del daño derivada de vulneración de derechos humanos entre particulares.²¹

¹⁷ Medellín Urquiaga, Ximena, “Un nuevo horizonte para la reparación integral por la violación a los derechos de autonomía y libertad individual,” en *Análisis de jurisprudencia constitucional mexicana: la Suprema Corte en 2022*, Andrea Pozas Loyo et al., eds. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024), p. 182.

¹⁸ Medellín Urquiaga, Ximena, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024), p. 187.

¹⁹ Medellín Urquiaga, Ximena, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024), p. 188.

²⁰ Medellín Urquiaga, Ximena, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024), p. 184; Véase también, por ejemplo, Julián Tole Martínez, “Teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación,” *Cuestiones Constitucionales*, no. 15 (julio-diciembre 2006), pp. 253-316; Clara Inés Vargas Hernández, “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional,’” *Estudios Constitucionales* 1, no. 1 (2003), pp. 203-228.

²¹ Medellín Urquiaga, Ximena, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024), p. 187.

La construcción argumentativa en ambas sentencias pone de relieve tanto la historia legislativa de la reparación del daño moral en la legislación local, como la opinión de tratadistas tradicionalmente referidos en el estudio del derecho civil, incluidos Rafael Rojina Villegas o Manuel Borja Soriano. Con base en este análisis, la Primera Sala apuntaló algunos criterios estructurales para la consolidación de su interpretación respecto a la reparación del daño en casos de vulneración de derechos humanos por parte de particulares. En primer lugar, se distinguió entre el “daño en sentido amplio” (derecho o interés extrapatrimonial que ha sido lesionado por la conducta del responsable) del “daño en sentido estricto” (las consecuencias de dicha conducta).

Este breve comentario no pretende plantear un estudio exhaustivo de las implicaciones que la aproximación civilista, con su acento punitivista, tiene en la construcción normativa de la reparación integral. No está de más, sin embargo, destacar que la misma responde a una lógica sustancialmente distinta a la que aporta el análisis desde una perspectiva de derechos humanos.²²

El mencionado Amparo Directo en Revisión 3799/2021 al mismo tiempo, reitera que la determinación del monto debe buscar un efecto tanto sancionatorio como disuasivo, y, de esa forma, puede exceder el cálculo del daño efectivamente sufrido. En palabras de la Primera Sala:

para alcanzar la justa indemnización se busca que la medida reparatoria sea punitiva, por lo que para lograr ese objetivo se pretende que el castigo sea lo suficientemente grave para garantizar la no repetición o reincidencia.²³

En el marco del derecho humano a la reparación integral del daño reconocido en el artículo 63.1 de la Convención Americana

²² M'Causland Sánchez, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2008);

²³ Amparo Directo en Revisión 3799/2021 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión de dos de marzo de dos mil veintidós, por mayoría de tres votos, con voto en contra de la Señora Ministra Norma Lucía Piña Hernández, y la Ministra Presidenta Ana Margarita Ríos Farjat, párr. 171.

sobre Derechos Humanos y, particularmente, el derecho a la justa indemnización, el monto pecuniario que se otorgue para resarcir daño moral en una acción de responsabilidad civil extracontractual, objetivamente debe resultar suficiente para esa finalidad, atendiendo a todas las implicaciones del daño en las circunstancias de cada caso. En el entendido de que, no considerar daños punitivos no significa que la indemnización no sea justa, pues habrá de atenderse a todas las circunstancias del caso para establecer el resarcimiento adecuado al daño causado y sus consecuencias, conforme se hayan acreditado.²⁴ Así, es sustancial comprender que, en atención al derecho de reparación, el daño causado es el que determina la indemnización y que las reparaciones son las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas.

De lo antes relatado, se observa como en la jurisprudencia se ha buscado la consolidación armónica de una perspectiva de derechos humanos en la doctrina constitucional mexicana, en particular sobre: la forma en que debe repararse el daño, en sede nacional, ante la vulneración de un derecho humano.²⁵ Empalmar o combinar múltiples nociones —algunas de las cuales se generan en otros sistemas, culturas o tradiciones— es un ejercicio delicado que requiere un proceso más detallado de armonización. De lo contrario, se corre el riesgo de que los procesos restaurativos no garanticen de manera integral los derechos humanos de las personas.

Es difícil pensar que la respuesta a estas cuestiones se alcanzará a través del análisis meramente normativo. Es importante que los criterios jurídicos también brinden la claridad conceptual que requiere un tema que, adolece aún de una perspectiva consolidada desde el marco constitucional y convencional corres-

²⁴ Registro digital: 2025569, Tesis: 1a./J. 136/2022 (11a.): DAÑOS PUNITIVOS. NO PROCEDEN INDEFECTIBLEMENTE EN CUALQUIER CASO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL (OBJETIVA O SUBJETIVA) COMO CONDICIÓN DE UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.

²⁵ Medellín Urquiza, Ximena, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024), p. 180

pondiente. Para tales fines Ximena Medellín, señala que el seguimiento de las decisiones de la SCJN es una tarea fundamental.²⁶

El derecho a una justa indemnización debe ser garantizado por el Estado, lo que implica su satisfacción incluso con medidas de diversa naturaleza de manera simultánea, pues un solo hecho ilícito puede tener un impacto multidimensional en diversos derechos humanos y por ende requerir de acciones complementarias para lograr una reparación integral. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el derecho a la reparación integral es un derecho humano irrenunciable que puede exigirse a través de la responsabilidad civil extracontractual, pues consiste en una figura esencial de naturaleza resarcitoria para todo aquel que ha resentido un hecho ilícito.²⁷

Además, con la reforma del artículo 1o. de la Constitución General y el reconocimiento del derecho a una justa indemnización en toda su dimensión, los principios y objetivos de ésta permean en el ordenamiento jurídico mexicano. Como se dijo anteriormente, esta expansión inició en el propio texto constitucional con la procedencia de la reparación en materia penal, administrativa y de acciones colectivas, pero que también se empezó a desarrollar cuando en ciertas materias como la civil y laboral se detectó que podían presentarse casos cuyo tema de fondo implicaba la violación de derechos humanos, que debían repararse en términos del artículo 1º constitucional.

Así el derecho a la justa indemnización o reparación integral, tal como se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento constitucional, no permite limitar de manera generalizada y de antemano las tipologías de daños que pueden repararse como conse-

²⁶ Medellín Urquiaga, Ximena, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024), p. 190

²⁷ Registro digital: 2026335, Tesis: 1a./J. 63/2023 (11a.); DERECHO HUMANO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. SU RECLAMO A TRAVÉS DE UNA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL ES DE NATURALEZA RESARCITORIA Y AUTÓNOMA A LA REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADA DE UN PROCEDIMIENTO PENAL [INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 43/2014 (10a.)].

cuencia de la actividad de otra persona, pero también, los que puede ocasionar el estado por su actividad administrativa irregular, debemos revisar continuamente, el alcance del nuevo concepto de reparación integral en cada materia, tomando como base que en el fondo se trata de una violación de derechos humanos.

3. ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL MARCO DEL INCIDENTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 156 DE LA LEY DE AMPARO

Ahora bien, recordando el tema que nos ocupa en esta disertación, se propone realizar un análisis del incidente previsto por el artículo 156 de la Ley de Amparo, a la luz del parámetro de regularidad constitucional del derecho humano a la reparación integral y a una justa indemnización como ha sido definido jurisprudencialmente, lo anterior, se afirma desde este momento, desde nuestro punto de vista, inspira a dicho mecanismo, desde luego, de una naturaleza sustantiva o material. Esto quedó así definido incluso en la referida queja 3/2023 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Debemos recordar, que el Derecho de Acceso a la Justicia comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden las garantías del debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.²⁸

Tratándose del incidente previsto en el artículo 156 de la Ley de Amparo, aunque de forma paradójica, es un componente de la justicia cautelar, y podría pensarse en principio que su interpreta-

²⁸ Registro digital: 2003018, Tesis: 1a. LXXIV/2013 (10a.): DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. SUS ETAPAS.

ción lógica, debe realizarse desde el enfoque de la faceta del derecho de acceso a la justicia, previo al juicio, lo cierto es que solo cobra relevancia hasta la etapa posterior al juicio, pues, como se verá uno de sus presupuestos es que la resolución del amparo haya quedado firme, es decir que no proceda recurso ordinario alguno, lo que en el amparo directo, por regla general, ocurre desde el momento en que las partes son notificadas de la sentencia definitiva dictada por los Tribunales Colegiados de instancia terminal.

En la Queja 3/2023, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se determinó que el incidente para hacer efectiva la responsabilidad proveniente de las garantías y contragarantías que se otorguen con motivo de la suspensión, previsto en el artículo 156 de la Ley de Amparo, es un mecanismo legal cuya litis, consiste en confrontar la garantía fijada *ex ante* (meramente probabilística) con un cálculo *ex post* (más certero) y así alcanzar una justa reparación por la suspensión del acto reclamado. Ello, en la inteligencia de que es carga de la parte actora incidentista demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones —para los daños de manera efectiva y para los perjuicios de manera verosímil— pues, aunque el cálculo de éstos en el incidente se hace *ex post*, no deja de ser una operación en torno a lo que “pudo haberse ganado” para el caso de que el acto reclamado no se hubiera suspendido.²⁹

De la Contradicción de criterios 239/2023 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pueden obtener conclusiones importantes, sobre los alcances de esta vía incidental. Ahí se dijo que, para determinar la posibilidad de analizar, en un recurso de queja, el desechamiento de un incidente de daños y perjuicios causados durante la vigencia de la suspensión decretada en un amparo directo por una autoridad responsable, en su calidad de auxiliar, el objeto del incidente es cuantificar los daños y per-

²⁹ Recurso de Queja 3/2023, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión de cinco de julio de dos mil veintitrés, por unanimidad de cinco votos, parr: 42

juicios durante el tiempo que surtió efectos la suspensión decretada por la autoridad responsable.

La Primera Sala, determinó, en lo relevante para este trabajo, que, en este caso, independientemente de que la autoridad responsable haya perdido su condición de auxiliar o incluso haya revocado la garantía otorgada previamente, son circunstancias que no deben ser impedimento para reconocer la posibilidad de reparar los perjuicios sufridos. La Sala reconoció que quien de manera injusta se vio privado de ejercer un derecho que ya le ha sido reconocido mediante una sentencia definitiva, debe tener la oportunidad de restaurar sus derechos afectados.³⁰ La Sala es enfática en que la materia de fondo del incidente de daños y perjuicios, es resarcir la afectación por la suspensión que se materializó, abarcando también las repercusiones originadas desde el momento inicial de la presentación de la demanda, brindando así un panorama completo de las consecuencias adversas generadas.

Es importante subrayar que la Primera Sala, fija el criterio en el sentido que la materia del incidente de daños debe abarcar las repercusiones desde que el titular se vio privado de ejercer un derecho previamente reconocido en sentencia, así como brindar un panorama completo de las consecuencias adversas generadas. Desde este punto de vista, y tratándose del supuesto que vemos con mayor frecuencia en los amparos directos, esto es, que en la realidad, la tramitación de un caso concreto puede prolongarse, más allá del cálculo de probabilidades que sirvió para fijar la garantía; la interpretación teleológica del artículo 132 de la Ley de Amparo, conduce a determinar que, para cumplir a cabalidad con la finalidad perseguida por la ley, es procedente el incremento de la garantía, para ajustarlo a las nuevas circunstancias.

En efecto, el precepto justifica la fijación de una garantía,

³⁰ Tesis: 1a./J. 56/2024 (11a.); RECURSO DE QUEJA EN CONTRA DEL DESECHAMIENTO DEL INCIDENTE DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR LA SUSPENSIÓN CONCEDIDA EN UN JUICIO DE AMPARO DIRECTO. LA DECLINACIÓN DE COMPETENCIA PARA TRAMITARLO COMO AMPARO INDIRECTO, NO LO DEJA SIN MATERIA [INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 85/2012 (10a.)].

para que surta efectos la suspensión de los actos reclamados, cuando existan elementos de los que se desprenda una probabilidad razonable de que la medida puede ocasionar daños o perjuicios al tercero interesado, entendidos éstos en términos del Código Civil Federal. Sin embargo, al tratarse de daños y perjuicios probables, de actualización futura inmediata, en la mayoría de los casos resulta imposible conocer su valor con exactitud, por lo cual se recurre a cálculos razonables y aproximados, ordinariamente basados en factores lo más objetivos posible, y al tiempo probable de duración de la medida, considerando las instancias del juicio constitucional, según los reportes estadísticos; lo que hace patente que el resultado sólo respalda esa temporalidad.

En ese sentido, existen criterios donde se determina que se debe actualizar el importe, de oficio o si el tercero interesado lo solicita, incidentalmente, para lo cual debe tenerse en cuenta: a) el avance del procedimiento del amparo principal, y b) calcular, con base en las características del asunto y la experiencia judicial, el tiempo faltante para la conclusión del proceso, para así incrementar la garantía, de manera justa para ambas partes, pues la providencia cautelar no sólo se compone con el contenido mismo de la medida, sino también con la decisión sobre la garantía, su clase y su monto.³¹

Cabe señalar que las facultades para fijar la garantía de la suspensión, en realidad son sumamente amplias, en muy pocos casos, están sujetas a lo que puedan aportar las partes al procedimiento, pues la naturaleza de esta potestad es inherente al deber de evitar injusticias y al principio del derecho que reza en el sentido que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude, encontrando en materia contractual su base legal en el referido artículo 1796 del Código Civil Federal según el cual, las partes se encuentran obligadas por las estipulaciones contractua-

³¹ Registro digital: 2018397, Tesis: I.4o.C.12 K (10a.): GARANTÍA PARA LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO. PUEDE INCREMENTARSE CUANDO EXCEDA EL TIEMPO PROBABLE DE DURACIÓN DEL JUICIO DE AMPARO.

les, y a las consecuencias que resultan conformes a la buena fe, al uso o a la ley.³²

Esto implica asumir una postura activa, en cumplimiento al deber de reparar, e incluso el de prevenir que guíe las facultades del juez que dictó la suspensión en el amparo directo, para quien, la igualdad material, se erige como una regla de actuación. Así el juzgador, como director del proceso, deberá mantener en lo posible la igualdad al conducir las actuaciones, a fin de que la victoria de una de las partes no esté determinada por su situación ventajosa, sino por la justicia de sus pretensiones.³³ De lo contrario, se podría prestar a que el solicitante de la medida suspensiva, se beneficie a costa del detrimento de los bienes jurídicos del tercero interesado, lo cual ciertamente, podría calificarse bajo las categorías de mala fe, deslealtad procesal, y en última instancia, constituye un quebrantamiento de la igualdad material, en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional como modalidad del debido proceso y de la igualdad jurídica que procura la equiparación de oportunidades para ambas partes en las normas procesales.

Ledesma-Narváez considera que las conductas de abuso procesal deben contener el elemento subjetivo de la malicia o temeridad o descuido inexcusable, esto es, la referencia a una actividad dolosa o culposa, sin embargo, dice la autora que otro sector de la academia, considera que estos componentes subjetivos no son indispensables, pues bastará que se compruebe la existencia de un desvío o de un exceso en el ejercicio de los derechos subjetivos procesales para que se califique como abuso procesal. Es abusivo un acto, independientemente del dolo o la culpa, cuando se desvía al derecho ejercido del fin que le asigna el ordena-

³² Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

³³ Registro digital: 2026079, Tesis: 1a./J. 29/2023 (11a): Jurisprudencia, de rubro: PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL. SUS ALCANCES Y FUNDAMENTOS.

miento, esto supone que la exteriorización del acto haya provocado un daño jurídico.³⁴

La responsabilidad que le corresponde a quien abusa del proceso se rige por las normas sustanciales. La mayoría de los códigos, acogen el principio de la buena fe en la actividad procesal, de donde se infiere que las partes deben procurar que los fines del proceso se cumplan, sin que la intervención de los sujetos procesales modifique por dolo o culpa tales fines. La prohibición de usar recursos dilatorios, pruebas inconducentes, peticiones ajenas al objeto del proceso se orienta a evitar que se perjudique el interés de las demás partes y los intereses de la justicia. La búsqueda de la verdad y el uso legítimo de los derechos de acusación y defensa exige la lealtad procesal, lo que significa un honorable y justo uso del proceso y de las leyes procesales.³⁵

Creemos útil determinar, cómo en el derecho español, aunque sea brevemente, el modelo de responsabilidad se ha enmarcado el tema en el sentido que será responsabilidad de parte. Algunos autores defienden posturas prudentemente eclécticas, sin embargo, Fonoll Pueyo, en el trabajo titulado *“La indemnización subyacente por medidas cautelares indebidamente adoptadas”*, defiende reconducir la responsabilidad de parte al sistema de responsabilidad civil extracontractual, pues en el ordenamiento español, no existe norma general que prevea el tipo de responsabilidad. Habla de “abuso del proceso” y arguye que el criterio del riesgo actúa mediante una inversión de la carga de la prueba.³⁶ Los presupuestos de este tipo de responsabilidad son, sometidas a los que siguen:

1) que el comportamiento del agente demandado (solicitante) haya producido un daño a quien ha soportado la cautela;

³⁴ Ledesma-Narváez, M., "El abuso procesal en la medida cautelar: apuntes para la búsqueda de un proceso justo," *Advocatus*, no. 12 (2005), p. 269.

³⁵ Ledesma-Narváez, M., "El abuso procesal en la medida cautelar: apuntes para la búsqueda de un proceso justo," *Advocatus*, no. 12 (2005), p. 270-271.

³⁶ Fonoll Pueyo, J. M., "La indemnización subyacente por medidas cautelares indebidamente adoptadas," *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes* 55, no. 1894 (2001), p. 1883, consultado en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/2478>

- 2) que dicho comportamiento pueda ser considerado como mínimo, culpable; y,
- 3) que exista un nexo causal entre la conducta y el perjuicio producido.

Desde el contexto uruguayo, se ha razonado en el tema del abuso de medidas cautelares, que la afectación al patrimonio de quien es sujeto a la medida es “temporalmente legítima” y esa afectación deja de ser tolerada una vez que existe cosa juzgada en el proceso principal al que acceden las medidas, cuyo objeto es sólo el de asegurar que en caso de que existan responsables, pueda ser efectiva la sentencia de condena. Allí recién puede nacer la obligación de reparar el daño.³⁷

Si bien no hay una solución legislativa respecto hasta cuándo debe mantenerse la contratutela, parte de la doctrina procesalista ha entendido que debe mantenerse hasta el dictado de sentencia definitiva si se considera su finalidad o naturaleza - que es la de proteger los eventuales daños que los sujetos de las medidas pueden sufrir - parece implícito que el legislador consideró que es recién cuando se concluye el juicio principal, que puede tenerse certeza de que esos daños no existen, o de existir fueron lícitos (porque el resultado del juicio fue favorable al solicitante de la medida) o en caso contrario, que los perjuicios generados fueron ilegítimos, y por ende, el afectado se encuentra habilitado a iniciar el correspondiente reclamo.³⁸

Este mismo razonamiento fue aplicado en el caso de la Ley N 26.944 que regula la responsabilidad del Estado de Argentina por los daños que su actividad o inactividad produzcan a los bienes y derechos de las personas. Esta norma prevé en su artículo 7 un plazo de 3 años para demandar al Estado por daños derivados de responsabilidad extracontractual y expresamente prevé que dicho plazo computará “a partir de la verificación del

³⁷ Santo, M. y L. Techera Tealdi, "Responsabilidad estatal por daños generados en sede de medidas cautelares y cómputo de la caducidad," *Revista de Derecho* 22, no. 44 (2023), p. 177

³⁸ M. Santo y L. Techera Tealdi, (2023), p. 177

daño o desde que la acción de daños esté expedita”.³⁹ Esta lógica, dicen Santo y Techera Tealdi, se confirma incluso, cuando se adopta en sede jurisdiccional anulatoria, el incidente de suspensión de los efectos del acto administrativo (más allá de la discusión sobre la naturaleza provisional o cautelar de dicha suspensión). En estos casos, se encuentra implícito el fundamento de que se requiere una sentencia definitiva referente a la ilegitimidad del acto para luego poder iniciar un proceso reparatorio patrimonial por los daños que ese acto causó (y esto incluso con los efectos que una acción anulatoria tiene sobre el acto administrativo).⁴⁰

4. CASOS PRÁCTICOS

Se examinarán dos casos reales en la materia, con implicaciones fácticas, jurídicas, y jurisprudenciales distintas, que nos pueden ayudar a comprender mejor este tema. Estos dos casos son relevantes al ser claros ejemplos de cómo se han resuelto casos en que el patrimonio o bien jurídico en juego al ser de diferente índole, tiene como consecuencia que sean tratados de manera distinta, al ser diferente la lesión a su esfera patrimonial.

Un primer caso, es el de Andrea Salgado, quien promovió un juicio mercantil contra Banco Blanco S.A. de C.V., exigiendo la restitución de \$500,000.00 MXN transferidos sin su consentimiento. En primera instancia, el tribunal falló a su favor y ordenó la devolución del monto. Sin embargo, el banco promovió un juicio de amparo directo y obtuvo la suspensión de la ejecución de la sentencia, condicionada a la exhibición de una garantía inicial de \$40,000.00 MXN, misma que se fijó considerando que la duración del juicio de amparo directo sería de seis meses.

Sin embargo, al cumplirse los seis meses, sin obtener resolución de fondo en el amparo directo, Andrea Salgado, promovió ante la autoridad responsable, un incidente para la modificación de la garantía con fundamento en el artículo 154 de la Ley de

³⁹ M. Santo y L. Techera Tealdi, (2023), p. 180

⁴⁰ M. Santo y L. Techera Tealdi, (2023), p. 182

Amparo.⁴¹ El tribunal de primera instancia reconoció que la prolongación del juicio genera un perjuicio directo y que la garantía inicial debía ajustarse conforme a los principios de actualización monetaria y reparación del daño. La decisión se alinea con precedentes en materia de suspensión de actos en amparo, donde el daño económico puede medirse con indicadores financieros estandarizados.

En conclusión, respecto al tema de la fijación de factores reales para fijar la garantía de la suspensión, pensamos que debe ser aplicable también a los casos de intereses moratorios no pactados, ya que se ha utilizado un interés fijo marcado por la ley a falta de factores de fácil acceso que pudieran cuantificar de manera más acertada la depreciación y el lucro cesante al no tener una cantidad líquida, sin embargo en la actualidad al ya existir esos factores al alcance de la mayoría de las personas y estar publicadas en sitios de fácil acceso, como lo es la página de internet de El Banco de México,⁴² es que debe de actualizarse la forma en calcular los daños derivados del paso del tiempo.

Uno de los aspectos más problemáticos de la regulación actual es que una interpretación literal, lleva al equívoco de que la solicitud de ampliación de la garantía debe hacerse, necesariamente, antes de que se dicte la sentencia definitiva en el juicio de amparo, lo que impide que la parte afectada pueda reclamar posteriormente la totalidad de los daños y perjuicios realmente sufridos si estos exceden la garantía fijada inicialmente. Esta restricción impone una carga desproporcionada a la parte afectada.

⁴¹ Artículo 154.

La resolución que conceda o niegue la suspensión definitiva podrá modificarse o revocarse de oficio o a petición de parte, cuando ocurra un hecho superveniente que lo motive, mientras no se pronuncie sentencia ejecutoria en el juicio de amparo, debiendo tramitarse en la misma forma que el incidente de suspensión.

Registro Digital 2008684, Tesis XXVII.3o.74 K (10a.): INCIDENTE DE MODIFICACIÓN O REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA POR HECHO SUPERVENIENTE. PUEDE PROMOVERSE EN CUALQUIER TIEMPO, MIENTRAS NO SE PRONUNCIE SENTENCIA EJECUTORIA EN EL JUICIO DE AMPARO.

⁴² <https://www.banxico.org.mx/>

tada, al menos, por las tres razones siguientes: Primero, debe prever la duración del juicio de amparo, lo cual es incierto y varía dependiendo de la carga de trabajo de los tribunales. Segundo, obliga a solicitar la ampliación en un momento procesal incierto, sin conocer si el juicio se resolverá pronto o tardará varios meses más, y por último, limita el derecho a la reparación integral del daño, ya que si la afectación es mayor a la garantía exhibida, la parte afectada no podrá reclamar la diferencia.

Sobre la imposibilidad del Juez de prever el tiempo de resolución del amparo, vemos que la legislación actual también impone una carga excesiva al juez que dictó la suspensión, ya que se le exige determinar un monto de garantía sin saber con certeza cuánto tiempo tardará el tribunal colegiado en resolver el amparo. Esto genera dos posibles escenarios injustos: Si el juez establece una garantía baja, o con una duración insuficiente, la parte afectada sufrirá un perjuicio económico mayor sin posibilidad de compensación; y por otro lado, si el juez impone una garantía excesiva, la parte que promovió el amparo puede verse en la imposibilidad de cubrirla, restringiendo su derecho a la suspensión.

En ambos casos, el diseño actual de la norma resulta ineficaz para equilibrar los derechos de ambas partes y genera incertidumbre tanto para la parte afectada como para el promovente del amparo, pues en el primero, el escepticismo generalizado en los operadores jurídicos, con relación a la procedencia del incidente, incluso con posterioridad a que se dicte la sentencia de fondo en el amparo directo, como se ha dicho en párrafos anteriores, vuelve, por lo menos, cuestionable que esta figura sirva como un recurso verdaderamente efectivo para el tercero interesado.

En el segundo supuesto, esto es, que la garantía resulte excesiva y no la cubra en la parte quejosa, aun cuando pueda acudir al recurso de queja previsto en el artículo 97, fracción II, inciso b), de la Ley de Amparo, lo cierto es que sería menos gravoso procesalmente instar en la vía incidental la modificación de la garantía, y reservar la jurisdicción del Colegiado, para la revi-

sión de constitucionalidad de los parámetros tomados por la autoridad responsable en su calidad de auxiliar de la justicia constitucional para establecer el monto de los daños y perjuicios; de lo contrario, el sistema recursivo para el control de esta potestad judicial, estaría condicionado a las particularidades de cada caso, en detrimento de la seguridad jurídica, y la igualdad procesal.

En conclusión, en ambos escenarios, debe permitirse el acceso a la vía incidental, tanto para la parte quejosa, como para el tercero interesado, para ajustar, modificar, y en última instancia debatir los aspectos que el juez en calidad de auxiliar de la justicia federal tomó en consideración para fijar el monto de la garantía, y evitar situaciones desiguales. No debemos olvidar que el espíritu que informa la naturaleza de este mecanismo, a partir de que fue resuelta la Queja 3/2023 de la Primera Sala, es que quien de manera injusta se vio privado de ejercer un derecho que ya le ha sido reconocido mediante una sentencia definitiva, debe tener la oportunidad de restaurar sus derechos afectados.⁴³

Aunado a que de esto se conforma la litis del incidente del artículo 156 de la Ley de Amparo, que sirve para confrontar la garantía fijada ex ante, con un cálculo ex post más certero, y alcanzar una justa indemnización, en el entendido que será carga de la actora incidentista, demostrar sus pretensiones, pues no deja de ser una operación en torno a lo que pudo haberse ganado para el caso de que el acto reclamado no se hubiera suspendido.

Una posible solución sería flexibilizar el sistema de garantías, y permitir que esta se establezca y ajuste periódicamente en función del tiempo real que tarde en resolverse el juicio de amparo. Por ello, es necesario modificar la legislación para permitir que la parte afectada pueda solicitar el pago total de los daños sufridos, incluso si

⁴³ Registro digital: 2028748, Tesis: 1a./J. 56/2024 (11a.): RECURSO DE QUEJA EN CONTRA DEL DESECHAMIENTO DEL INCIDENTE DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR LA SUSPENSIÓN CONCEDIDA EN UN JUICIO DE AMPARO DIRECTO. LA DECLINACIÓN DE COMPETENCIA PARA TRAMITARLO COMO AMPARO INDIRECTO, NO LO DEJA SIN MATERIA [INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 85/2012 (10a.)].

estos superan la garantía exhibida. Lo anterior, incluso si bien no ha sido confirmado expresamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo cierto es que en la Queja 3/2023, antes mencionada, revocó el auto donde se desecha la reclamación de daños y perjuicios por reclamarse un monto superior a la garantía fijada, expresando que la interpretación del artículo 156 de la Ley de Amparo, en relación con la admisibilidad del incidente, establece que el monto de la garantía fijada previamente no limita la controversia incidental. Esto se debe a que la afectación a la tercera interesada proviene del tiempo que dure la suspensión, y no así de la garantía.

Por ello, siguiendo la Queja 3/2023, un reclamo que supere dicho monto no es razón suficiente, para desechar el incidente, ya que el análisis de los daños y perjuicios es parte del fondo del asunto y no puede prejuzgarse de inicio sobre la oportunidad de restituir y reparar los derechos afectados. Así, la frase “para hacer efectiva la responsabilidad proveniente de las garantías y contragarantías otorgadas con motivo de la suspensión” debe entenderse en el sentido de que la responsabilidad deriva de la solicitud de suspensión misma.

En consecuencia, erróneamente se ha interpretado el artículo en el sentido de que es improcedente el incidente cuando el reclamo supera el monto de la garantía establecida inicialmente. La tesis aislada II.4o.C.33 C (10a.), publicada en enero de 2021,⁴⁴ establece que, si al concederse la suspensión en el juicio de amparo se fijó una garantía, el monto de la condena en el incidente de daños y perjuicios no puede exceder esa cantidad, argumentando que hacerlo violaría el principio de "cosa juzgada". Es decir, de acuerdo con este criterio, una vez determinada la garantía, queda congelada en el tiempo, sin importar cuánto daño real haya sufrido la parte afectada.

⁴⁴ Registro digital: 2022594, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Común, Civil, Tesis: II.4o.C.33 C (10a.), Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 82, Enero de 2021, Tomo II, página 1321, Tipo: Aislada, rubro: INCIDENTE DE DAÑOS Y PERJUICIOS. SI SU CUANTÍA CORRESPONDE A UN MONTO MAYOR AL FIJADO COMO GARANTÍA PARA QUE SURTA EFECTOS LA MEDIDA CAUTELAR, LA CONDENA NO PUEDE EXCEDER ESTE ÚLTIMO MONTO, PUES DE HACERLO IMPLICARÍA LA TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE "COSA JUZGADA".

Esto resulta erróneo, justamente porque el daño real no es predecible desde el inicio, sino que se calcula, con base en un examen de probabilidades. Sin embargo, la tesis llega al absurdo, de asumir que el juez que fijó la garantía podía prever con exactitud la duración del juicio y los efectos económicos de la suspensión. Esto es una forma más de violentar el derecho a un recurso judicial efectivo, que proscribe tornar los derechos ilusorios, ya que no es posible ser ajeno a la sobrecarga de trabajo de los tribunales colegiados, pero también a otros factores externos, incluso de fuerza mayor, que pueden extender el juicio mucho más de lo esperado.

La parte afectada es castigada por una previsión inexacta, y si el daño resultó mayor, al parecer, una interpretación aislada, o de mera legalidad, propiciaría que la parte tercero interesada quedara atrapada en una camisa de fuerza procesal que impide la reparación total, en el contexto constitucional, antes mencionado, esto resultaría ilógico, al ser contrario al derecho a la justa indemnización, provocando una carga desproporcionada, en la medida que una interpretación, como la que propone la tesis, favorece al promovente del amparo, quien se beneficia de la suspensión sin asumir responsabilidad total por los perjuicios ocasionados.

El argumento de "cosa juzgada" está mal aplicado. El principio de cosa juzgada aplica a cuestiones decididas de fondo, no a limitaciones arbitrarias en el monto de los daños, y menos tratándose de una medida cautelar. La Suprema Corte ya ha señalado que la responsabilidad proviene de la suspensión misma, no de la garantía. Así que, si el daño excede la cantidad originalmente fijada, esto no debería ser motivo para desechar el reclamo. Las consecuencias, que genera esto es, por un lado, distorsiona o quebranta en su totalidad el equilibrio procesal.

Ello, pues si la garantía es insuficiente, la parte afectada pierde; pero si es excesiva, el promovente del amparo puede impugnarla en términos del artículo 97, fracción II, inciso b), de la Ley de Amparo. Este doble rasero solo beneficia a quien promueve

la suspensión, en detrimento del tercero perjudicado, y es evidentemente un sacrificio desproporcionado, derivado de una restricción al derecho humano a una reparación integral de este último, que debemos recordar, constituye una figura esencial de naturaleza resarcitoria para todo aquel que ha resentido un hecho ilícito, sin que resulte claro, cuál sería el beneficio y como contribuye a la satisfacción de un bien jurídico igual de importante.

Sin menoscabo de lo anterior, la Primera Sala, ha dicho que el recurso de queja en amparo directo interpuesto por el tercero interesado,⁴⁵ debe entenderse en una concepción amplia y armónica con los mandatos constitucionales de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, e interpretarse funcional y sistemáticamente con el resto del ordenamiento de amparo. Arribar a una conclusión contraria tendría como efecto vulnerar el principio de igualdad procesal, en tanto, los terceros interesados no tendrían un recurso efectivo para combatir, por ejemplo, la determinación que desestime la solicitud de dejar sin efectos la suspensión, lo que sería inequitativo y contrario a los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia.

Un segundo caso práctico, para el análisis de este mecanismo, es el litigio entre Desarrollos del Pacífico y Constructora Rivera que involucra la restitución de un inmueble en fideicomiso, lo que impide a la actora disponer del bien durante la tramitación del amparo. En este caso, la garantía fijada por el tribunal (\$210,000.00 MXN mensuales) se calculó conforme al valor de renta del inmueble, un criterio basado en el lucro cesante. Cabe destacar que la fijación del valor de la renta fue determinada, bajo parámetros discrecionales utilizados por el juez, ya que no existe una solución única que pueda encajar en todos los casos, sino por el contrario el juez se vio en la necesidad de hacer un

⁴⁵ Registro digital: 2021430, Tesis: P/J. 16/2019 (10a.): RECURSO DE QUEJA EN AMPARO DIRECTO INTERPUESTO POR EL TERCERO INTERESADO. PROCEDE CONTRA EL ACUERDO DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE EN EL QUE NIEGA DEJAR SIN EFECTOS LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO PARA PROCEDER A SU EJECUCIÓN.

"traje a la medida" derivado de las circunstancias del caso y la información con la que contaba.

En este caso Desarrollos del Pacífico también solicitó la ampliación o modificación de la garantía por motivo de que había transcurrido el plazo que se había fijado para calcular la garantía inicial. Para ello Desarrollos del Pacífico, exhibió como prueba inspección judicial del lugar, así como una pericial para acreditar el daño que estaba sufriendo por las pérdidas de las posibles rentas o venta que hubiese podido realizar (lucro cesante). Sin embargo, el Tribunal rechazó la solicitud de una pericial en valuación para determinar el incremento del valor comercial del inmueble y únicamente ajustó la garantía de manera temporal, sin modificar el monto base. Pues al dictarse la garantía derivada de la suspensión, argumentó el juez, se otorgó fijando unas bases, y aceptar dicha pericial sería como modificar las bases en las que se fijó la garantía original.

Este caso evidencia que la discrecionalidad judicial en la fijación de garantías en amparo, nuevamente, proyección el entendimiento equivocado de la naturaleza de esta incidencia, en el caso que se utiliza como ejemplo, el tribunal no consideró un aumento en el valor comercial del inmueble, y optó únicamente por una actualización atendiendo al tiempo transcurrido, parece ser que olvidó la existencia del artículo 154 de la Ley de Amparo, que permite su modificación cuando se justifique en un hecho superviniente. La negativa a admitir la pericial en valuación restringe la posibilidad de ajustar la garantía conforme a la realidad económica del bien afectado, y de nuevo refleja que las limitantes de comprensión, sobre la naturaleza de esta incidencia, sí trascienden al derecho a la justa indemnización.

En este Caso 2, aparentemente están en pugna dos derechos, siendo estos el derecho a una seguridad jurídica, pues de modificarse la garantía Constructora Rivera, hubiera sufrido un agravio, dado que ya era cosa juzgada las bases en las que se fijó la garantía. Y, por otra parte, Desarrollos del Pacífico, su derecho a una reparación integral del daño, causado por motivo de la

suspensión del acto reclamado, particularmente, porque no podía hacer uso ni disponer del inmueble.

En este caso el juez, erróneamente, desde nuestro parecer, resolvió a favor de la seguridad jurídica, lo que manda un mensaje incorrecto a los abogados litigantes, sobre una falsa necesidad de analizar debidamente las bases en que se fija la garantía, pues no es cierto que estas no puedan ser modificadas con posterioridad. Pensar que dicha modificación no podrá tener como bases otros aspectos que no fueron tomados en cuenta en la fijación de la garantía inicial, lejos de vulnerar el principio de seguridad jurídica o cosa juzgada, implica una violación al recurso judicial efectivo, incluso potencialmente puede constituir un error judicial.

En este Caso 2, se presenta un vicio semejante al del primero, esto es, que la igualdad procesal se vuelve ilusoria, tanto en el diseño legislativo de los mecanismos para garantizar los daños y perjuicios, pero peor aún, como consecuencia de la confusión en los operadores jurídicos, al ponderar los bienes en juego, quienes lejos de buscar la eficacia de los derechos, se esconden bajo la retórica que ofrece el principio de cosa juzgada, que sirve para justificar casi cualquier cosa, sin que se pueda tampoco desconocer, que uno de los factores, que más influyen en estas decisiones, equivocadas, puede ser en principio la falta de experiencia o de voluntad, por parte de las autoridades responsables de utilizar este mecanismo, para nosotros, es además una consecuencia, del abandono por parte de la academia y los estudiosos sobre temas de suspensión.

En efecto, la fijación de la garantía para la efectividad de la suspensión en el juicio de amparo, descansa, por un lado en análisis probabilísticos, y, por otro, se sirve de indicadores, cuyas características, de ninguna manera pueden entrar en la categoría de ser estáticas, es decir, son justamente indicadores dinámicos que responden a diversos parámetros económicos, e incluso a las realidades de los usos en el comercio, por ejemplo, parámetros como el valor comercial de los bienes muebles, o

incluso la moneda como objeto fungible, ya mencionados; de ahí que una aplicación irreflexiva de los criterios de jurisprudencia, donde se atiende únicamente el aspecto temporal para la modificación de la garantía, puede desnaturalizar la vía incidental prevista por el artículo 156 de la Ley de Amparo, que es clara en el sentido que su objeto de tutela, consiste en hacer efectiva la responsabilidad proveniente de las garantías que se otorguen con motivo de la suspensión, que habrá de analizarse caso por caso, pero generalmente se reduce a un deber indemnizatorio de carácter estrictamente pecuniario.

Esto resulta claro, en el Caso 2 a Desarrollos del Pacífico, quien solicitó la ampliación o modificación de la garantía por motivo de que había transcurrido el plazo que se había fijado para calcular la garantía, sin embargo, su modificación respondió únicamente a la temporalidad, y no así al lucro cesante, lo que constituyó, evidentemente una violación de los derechos humanos, tutelados por los artículos 1º Constitucional, y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. CONCLUSIÓN Y HALLAZGOS

Como hemos visto hasta, aquí, es más que pertinente desarrollar un análisis teórico-práctico sobre medidas cautelares y reparación integral, y definir sus alcances a la luz de lo que jurisprudencialmente se ha establecido del derecho humano a la justa indemnización por daño o actividad irregular del estado. Es indudable que la reparación no solo debe comprender la responsabilidad, sino incluso ser capaz de reparar los daños provocados por los tribunales que se encuentran sobresaturados, y están imposibilitados de cumplir con los plazos de la ley, generando, justamente por su dilación en la justicia, afectación patrimonial extracontractual.

Esto nos obliga a reconceptualizar el incidente previsto por el artículo 156 de la Ley de Amparo. Los daños y perjuicios dados en garantía en un proceso de un tribunal que forma parte del gobierno, y el error en su cálculo o cuantificación, trastoca la

esfera patrimonial de una persona. Una conclusión relevante que podemos extraer del análisis aquí propuesto, es que el parámetro de validez para el análisis del plazo para instar la acción resarcitoria prevista por el artículo 156 de la Ley de Amparo, es de naturaleza sustantiva o material, por tanto, el plazo de seis meses debe ser más amplio, ya que se rige por la figura de la prescripción y no de preclusión, lo cual se concluye desde el entendimiento del derecho humano la reparación integral reconocido por el artículo 1o Constitucional, y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y su aplicación en el marco del derecho a la ejecución de las resoluciones, como atributos intrínsecos del núcleo del derecho humano de acceso a la justicia y a una justa indemnización.

En efecto, el parámetro del derecho humano a la reparación integral y a una justa indemnización inspira a dicho mecanismo de una naturaleza sustantiva o material. Bajo esta óptica el juez debería realizar una interpretación conforme, en el sentido, que existe un deber de su parte, de optimizar esta vía cautelar para dar eficacia al derecho a la reparación integral; habida cuenta, que no debe entenderse como un fin en sí mismo, sino como un medio para la materialización de los demás derechos humanos, como lo es, la tutela judicial efectiva, y la reparación integral del daño, o el derecho humano a una justa indemnización.

En otras palabras, el mecanismo resarcitorio previsto por el artículo 156 de la Ley de Amparo, no solo debe satisfacer los estándares reconocidos convencional y constitucionalmente, sobre el derecho humano a la ejecución de las sentencias, sino que se requiere transformar este mecanismo en un verdadero recurso para la garantía al derecho humano a la reparación integral, habida cuenta que de su efectividad depende el goce del resto de los derechos humanos.

El sistema actual de garantías en la suspensión de actos en amparo presenta serias deficiencias que afectan la equidad y seguridad jurídica de las partes involucradas. Para corregir esta situación, es necesario reformar la legislación de una de las siguientes maneras:

- Permitir la actualización periódica de la garantía, ajustándose conforme a la duración real del juicio.
- Eliminar la restricción que impide reclamar daños adicionales una vez dictada la sentencia de amparo.
- Otorgar mayor flexibilidad al juez, permitiéndole modificar el monto de la garantía según el desarrollo del juicio y la situación económica del caso.
- Garantizar el derecho a una compensación justa y proporcional, evitando que la parte afectada quede en estado de indefensión por una garantía insuficiente.
- Allegarse de las pruebas necesarias a efecto de valorar objetivamente las circunstancias cambiantes a las que responden los conceptos de lucro cesante y daño emergente, con independencia de que serán las partes quienes, en principio, deberán aportar los elementos probatorios idóneos y pertinentes.

Estas modificaciones permitirían una mayor equidad en la protección de los derechos patrimoniales, evitando que la parte afectada por una suspensión de amparo sea doblemente perjudicada: primero, por el acto suspendido, y segundo, por la imposibilidad de recuperar el daño real sufrido. Queda a la reflexión si esta evolución del derecho a la reparación justa podría llegar un momento, en que sirva incluso, como un mecanismo para inhibir los abusos en la promoción innecesaria de juicios de amparo directo, sin que, en este trabajo, sea la ocasión para aventurar o proponer alguna suerte de parámetro que permita entender, cuando existe el buen derecho para instar en la vía del amparo directo, y cuando no.

Como se expuso en el apartado correspondiente, los referentes comparados analizados, son coincidentes en que las conductas de abuso procesal son componentes subjetivos, que servirán para comprobar la existencia de un desvío o exceso en el ejercicio de los derechos procesales, cuando se desvía al derecho, del fin que le asigna el ordenamiento; esto supone que la exteriorización del acto haya provocado un daño jurídico. Asimismo, que la prohibi-

ción de usar recursos dilatorios se orienta a evitar que se perjudique el interés de la justicia. La responsabilidad habla de que el comportamiento del agente haya producido un daño, sea considerado culpable.

Así, con estas reflexiones esperamos poder abrir un debate más amplio, sobre qué mecanismos podemos construir cooperativamente desde la academia, la práctica judicial, y el litigio, para que el incidente resarcitorio contemplado en el artículo 156 de la Ley de Amparo, sirva como un mecanismo legal para alcanzar una justa reparación por la suspensión del acto reclamado.

Como se ha expuesto, es importante que los jueces actúen con mayor flexibilidad, en la inteligencia de que si bien los daños deben comprobarse de manera efectiva y los perjuicios de manera verosímil, lo cierto es que, por mandato del tercer párrafo del artículo 17 Constitucional, los operadores jurídicos, deben eliminar obstáculos o evitar interpretaciones inflexivas de la ley, que pueda frustrar la posibilidad de reparar los perjuicios sufridos, a quien de manera injusta, se vio privado de ejercer un derecho, que ya le ha sido reconocido mediante una sentencia definitiva. La Primera Sala es enfática en que la materia del incidente de daños y perjuicios es resarcir la afectación que se materializó por la suspensión, abarcando también las repercusiones originadas desde el momento inicial de la presentación de la demanda, brindando así un panorama completo de las consecuencias adversas generadas.

Pensamos que las diversas reformas a la legislación aquí propuestas, permitirán acercarnos a dicho propósito. El derecho a una justa indemnización, así como los principios y objetivos de ésta, poco a poco han ido permeando, en toda su dimensión, en el ordenamiento jurídico mexicano, incluido el aspecto penal, administrativo, civil e incluso laboral, y la relación entre particulares, pero falta mucho por explorar los objetivos fundamentales en materia de retribución social, que también se alcanzan

mediante la compensación del daño. Los daños punitivos dan cuenta de esto.⁴⁶

Quizás en el futuro, la armonización del mecanismo contenido en el artículo 156 de la Ley de Amparo, para la actualización de la garantía, con los artículos 1o. constitucional y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podría llevar a la creación de un recurso para disuadir prácticas de notoria deslealtad y fraude procesal, y permitir a la ciudadanía mediante este incidente, hacer valer el reproche social contra el abuso del amparo directo.

Sin duda la lentitud en la justicia, sea que se provoque por la saturación de trabajo en los órganos jurisdiccionales, que superan los recursos humanos y materiales con que cuentan, ciertamente trasciende a la esfera de dignidad de todas las personas, ya que disminuye el goce del derecho a la tutela judicial efectiva, entendido como un derecho o servicio prestacional, de carácter colectivo, de ahí que adquiriera una connotación como una especie de actividad administrativa irregular a la luz del artículo 109 Constitucional, pero que se amplifica, y se aprecia con mayor claridad, como una violación estructural de derechos humanos, entendiendo este fenómeno desde la perspectiva que se abre desde el concepto convencional de justa indemnización y en general, el de reparación integral.

La Primera Sala de la Suprema Corte ya abrió la puerta en la Queja 3/2023; ahora nos corresponde como operadores jurídicos explorar esta figura, y construir el camino hacia la plena efectividad de esta vía incidental, a fin de que sirva como un verdadero recurso judicial efectivo para el respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos de todas las personas, pero particularmente para saldar la deuda pendiente que existe en México, sobre la tutela del derecho humano a la reparación integral.

⁴⁶ D. M. Papayannis, "No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I," *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 45 (2022): 99–130, <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.04>.

FUENTES DE CONSULTA

- Acción de inconstitucionalidad 4/2004 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelta en sesión de siete de febrero de dos mil ocho, por unanimidad de diez votos (Ausente y Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón)
- Amparo Directo 30/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión de veintiséis de febrero de dos mil catorce, por unanimidad de votos.
- Amparo Directo 31/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión de veintiséis de febrero de dos mil catorce, por unanimidad de votos.
- Amparo Directo en Revisión 1068/2011, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día diecinueve de octubre de dos mil once, por unanimidad de votos.
- Amparo Directo en Revisión 2558/2021, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión diecinueve de enero de dos mil veintidós, por unanimidad de cinco votos.
- Amparo Directo en Revisión 3799/2021 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión de dos de marzo de dos mil veintidós, por mayoría de tres votos, con voto en contra de la Señora Ministra Norma Lucía Piña Hernández, y la Ministra Presidenta Ana Margarita Ríos Farjat
- Amparo Directo en Revisión 4456/2021, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión de dos de marzo de dos mil veintidós, por mayoría de cuatro votos, con voto en contra de la Señora ministra Norma Lucía Piña Hernández.
- Amparo en Revisión 971/2023, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión de cuatro de diciembre de dos mil veinticuatro, por unanimidad de cinco votos.
- Camacho Vinueza, D., “Reconceptualización del daño extrapatrimonial a partir del enfoque convencional en la reparación integral de bienes y derechos convencionalmente protegi-

- dos.” *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, no. 62 (mayo-agosto 2025): 243.
- Campuzano Gallegos, Adriana Leticia, *Manual para entender el juicio de amparo*. Ciudad de México: Clave Centro AVE, 2023.
- Contradicción de criterios 239/2023 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelta en sesión de catorce de febrero de dos mil veinticuatro, por unanimidad de votos.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. párrs.450 y 451.
- Corte Permanente de Justicia Internacional, caso Chorzów, PCIJ reports, Ser. A, núm 17, 1928
- De Estrada Cuevas, Jorge Alberto, y Manuel Lucero Espinosa, *Derecho administrativo sancionador. Parte general*. México: Tirant lo Blanch, 2023.
- Fonoll Pueyo, J. M., “La indemnización subyacente por medidas cautelares indebidamente adoptadas.” *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes* 55, no. 1894 (2001). Consultado en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/2478>.
- Gómez Fierro, Juan Pablo, *Las medidas cautelares en el juicio de amparo*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024
- González Alcántara Carrancá, Juan Luis, coordinador, *Teoría y práctica del juicio de amparo*. Edición en español latino. Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell, 2023.
- Ledesma-Narváez, M., “El abuso procesal en la medida cautelar: apuntes para la búsqueda de un proceso justo.” *Advocatus*, no. 12 (2005).
- Lucero Espinosa, Manuel, *Responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito federal*. México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2024.
- M’Causland Sánchez, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2008.
- Medellín Urquiaga, Ximena. “Un nuevo horizonte para la reparación integral por la violación a los derechos de autonomía y libertad individual.” En *Análisis de jurisprudencia constitucional*

mexicana: la Suprema Corte en 2022, editado por Andrea Pozas Loyo et al. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024.

Papayannis, D. M., "No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I." *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 45 (2022): 99–130. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.04>.

Recurso de Queja 3/2023, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión de cinco de julio de dos mil veintitrés, por unanimidad de cinco votos

Registro Digital 2008684, Tesis XXVII.3o.74 K (10a.): INCIDENTE DE MODIFICACIÓN O REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA POR HECHO SUPERVENIENTE. PUEDE PROMOVERSE EN CUALQUIER TIEMPO, MIENTRAS NO SE PRONUNCIE SENTENCIA EJECUTORIA EN EL JUICIO DE AMPARO.

Registro digital: 2003018, Tesis: 1a. LXXIV/2013 (10a.): DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. SUS ETAPAS.

Registro digital: 2014098, Tesis 1a./J. 31/2017 (10a.): DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE.

Registro digital: 2018397, Tesis: I.4o.C.12 K (10a.): GARANTÍA PARA LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO. PUEDE INCREMENTARSE CUANDO EXCEDA EL TIEMPO PROBABLE DE DURACIÓN DEL JUICIO DE AMPARO.

Registro digital: 2021430, Tesis: P./J. 16/2019 (10a.): RECURSO DE QUEJA EN AMPARO DIRECTO INTERPUESTO POR EL TERCERO INTERESADO. PROCEDE CONTRA EL ACUERDO DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE EN EL QUE NIEGA DEJAR SIN EFECTOS LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO PARA PROCEDER A SU EJECUCIÓN.

Registro digital: 2022594, Tesis: II.4o.C.33 C (10a.): INCIDENTE DE DAÑOS Y PERJUICIOS. SI SU CUANTÍA CORRESPONDE A UN MONTO MAYOR AL FIJADO COMO GARANTÍA PARA QUE SURTA EFECTOS LA MEDIDA CAUTELAR, LA CONDENA NO PUEDE EXCEDER ESTE ÚLTIMO MONTO, PUES DE HACERLO IMPLICARÍA LA TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE "COSA JUZGADA".

Registro digital: 2025569, Tesis: 1a./J. 136/2022 (11a.): DAÑOS PUNITIVOS. NO PROCEDEN INDEFECTIBLEMENTE EN CUALQUIER

CASO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (OBJETIVA O SUBJETIVA) COMO CONDICIÓN DE UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.

Registro digital: 2025632, Tesis: 1a./J. 167/2022 (11a.): DAÑO MORAL. NO SE PUEDE EXCLUIR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EN ATENCIÓN AL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL.

Registro digital: 2026079, Tesis: 1a./J. 29/2023 (11a.): Jurisprudencia, de rubro: PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL. SUS ALCANCES Y FUNDAMENTOS.

Registro digital: 2026335, Tesis: 1a./J. 63/2023 (11a.): DERECHO HUMANO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. SU RECLAMO A TRAVÉS DE UNA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL ES DE NATURALEZA RESARCITORIA Y AUTÓNOMA A LA REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADA DE UN PROCEDIMIENTO PENAL [INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 43/2014 (10a.)].

Registro digital: 2028748, Tesis: 1a./J. 56/2024 (11a.): RECURSO DE QUEJA EN CONTRA DEL DESECHAMIENTO DEL INCIDENTE DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR LA SUSPENSIÓN CONCEDIDA EN UN JUICIO DE AMPARO DIRECTO. LA DECLINACIÓN DE COMPETENCIA PARA TRAMITARLO COMO AMPARO INDIRECTO, NO LO DEJA SIN MATERIA [INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 85/2012 (10a.)].

Registro digital: 2029985, Tesis: I.10o.A.48 A (11a.): RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO COMPRENDE EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS MATERIALES Y DEL DAÑO MORAL.

Santo, M., y L. Techera Tealdí, "Responsabilidad estatal por daños generados en sede de medidas cautelares y cómputo de la caducidad." *Revista de Derecho* 22, no. 44 (2023).

Tole Martínez, Julián, "Teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación." *Cuestiones Constitucionales*, no. 15 (julio-diciembre 2006).

Vargas Hernández, Clara Inés, "La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado 'estado de cosas inconstitucional.'" *Estudios Constitucionales* 1, no. 1 (2003).

Zárate Villa, Erika Yazmín, "Los rasgos que distinguen a la tutela cautelar en el juicio de amparo indirecto." *Revista de la Escuela Federal de Formación Judicial*, no. 51 (2021).

ANÁLISIS DE LA LEY SILLA: SENTANDO LAS BASES PARA LA DIGNIDAD LABORAL EN MÉXICO

ANALYSIS OF THE CHAIR ACT: SETTING THE FOUNDATIONS FOR LABOR DIGNITY IN MEXICO

FERNANDO MANUEL CASTRO FIGUEROA¹
FRANCISCO JAVIER GERMÁNICO RAMOS CARRILLO²

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Silla es una reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT) en México, concretamente su objetivo es garantizar el derecho de los trabajadores a disponer de un asiento adecuado durante su jornada laboral. Esta iniciativa responde a una problemática histórica en el sector privado como lo es en la materia comercial y en el sector público, en los servicios, donde empleados, especialmente cajeros, vendedores y dependientes, han sido obligados a permanecer de pie durante largas horas sin posibilidad de descanso.³

El concepto de proporcionar asientos a los trabajadores tiene antecedentes históricos. En el siglo XX, en Europa se implementaron las primeras leyes de protección laboral en materia de higiene y seguridad en el trabajo. Por ejemplo, en España, se aprobó en 1900 la Ley de Accidentes de Trabajo, seguida de la regulación del descanso dominical. Un avance significativo fue la promulgación en 1912 de la conocida como Ley de la Silla,

¹ Profesor Investigador de Tiempo Completo y Coordinador de Extensión y Vinculación de la Facultad de Derecho Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Doctor en Estudios Sociales por el Instituto de Investigaciones Sociales de la UABC. Presidente del Colegio de Abogados de Mexicali, A.C. Consejero Honorífico del Instituto de Transparencia y Acceso a la información pública y Protección de Datos Personales del Estado de Baja California. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2180-3721>.

² Egresado de la Facultad de Derecho Mexicali, UABC, Integrante del Consejo Directivo del Colegio de Abogados de Mexicali, A.C., Secretario Particular del Titular del Secretariado Ejecutivo del Sistema Estatal de Seguridad Ciudadana del Estado de Baja California. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7859-9658>

³ Sistema de Información Legislativa. 2024. Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo en materia del derecho al descanso de las personas trabajadoras durante la jornada laboral (Ley Silla).

que obligaba a los empresarios a facilitar una silla a las trabajadoras en establecimientos no fabriles. Esta medida buscaba proteger la salud de las mujeres, ya que la postura prolongada de pie podía provocar congestión en los ovarios, deformidades en los pies y en la pelvis, afectando a aquellas que trabajaban en comercios, almacenes, oficinas y otras empresas.⁴ En este análisis legislativo, se abordarán los antecedentes normativos, el marco jurídico vigente, los argumentos a favor y en contra de la regulación, así como sus implicaciones en materia de derechos laborales y salud ocupacional.

II. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

El derecho al descanso durante la jornada laboral no es un concepto nuevo. En México, la LFT ya contempla disposiciones sobre pausas laborales y ergonomía en el entorno de trabajo. Sin embargo, la falta de aplicación efectiva y la ambigüedad en la norma han permitido que en muchos establecimientos comerciales los trabajadores sean obligados a mantenerse de pie durante toda su jornada.

La Ley Silla en México toma como referencia legislaciones previas en otros países. Por ejemplo, en España, la Ley de la Silla de 1912 garantizó el acceso a asientos para trabajadoras de comercios y fue ampliada en 1918 para incluir a los hombres. La República de Chile promulgó en 1914 la Ley 2951, que obligaba a los dueños de establecimientos comerciales a proporcionar sillas a sus empleados. Argentina, en 1935, aprobó la Ley 12.205, que establecía la obligación de contar con asientos con respaldo en los lugares de trabajo.⁵

En el contexto mexicano, la Ley Silla fue aprobada en el Senado con 82 votos a favor el 20 de febrero de 2024. La inicia-

⁴ Muñoz Álvarez, Gustavo, "La silla sigue vigente." *Hoy*, 12 de enero. <https://www.hoy.es/sociedad/silla-vigente-20190113223425-nt.html>. 2019.

⁵ Sistema de Información Legislativa, Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo en materia del derecho al descanso de las personas trabajadoras durante la jornada laboral (Ley Silla).2024.

tiva, impulsada por la senadora Patricia Mercado, plantea la necesidad de establecer descansos periódicos obligatorios en todos los centros de trabajo y prohíbe que los empleadores obliguen a los trabajadores a permanecer de pie durante toda su jornada. Además, modifica el artículo 132 de la LFT, añadiendo que los empleadores deberán proporcionar sillas con respaldo suficientes en los sectores de servicios y comercio, y prohibiendo explícitamente la negación de descanso a los trabajadores cuyas funciones requieran estar de pie.⁶ Aunque el artículo 123 de la Constitución de 1917 reconoció derechos laborales fundamentales, incluyendo condiciones de trabajo dignas, han persistido prácticas que obligan a los empleados a permanecer de pie durante toda la jornada. La Ley Silla busca corregir esta situación al establecer un marco normativo más claro y obligatorio.

III. MARCO JURÍDICO

La Ley Silla se incorpora dentro de la LFT, las Normas Oficiales Mexicanas (NOM) y diversos tratados internacionales:

LEY FEDERAL DEL TRABAJO (LFT)

- Artículo 132: Establece las obligaciones de los patrones, incluyendo la garantía de condiciones seguras y saludables para los trabajadores.
- Artículo 133: Prohíbe prácticas que atenten contra la dignidad de los trabajadores.
- Artículo 475 Bis: Reconoce afectaciones por posturas prolongadas como enfermedades laborales.

NORMAS OFICIALES MEXICANAS (NOM)

- NOM-030-STPS-2009: Relativa a servicios preventivos de seguridad y salud en el trabajo.
- NOM-035-STPS-2018: Sobre factores de riesgo psicoso-

⁶ SPR Informa, "Aprueba el Senado la Ley Silla para garantizar el derecho al descanso de las personas trabajadoras." SPR Informa, 20 de febrero, 2024. <https://sprinforma.mx/ver/salud/aprueba-el-senado-la-ley-silla-para-garantizar-el-derecho-al-descanso-de-las-personas-trabajadoras>.

cial en el trabajo, incluyendo el estrés físico derivado de posturas inadecuadas.

TRATADOS INTERNACIONALES

- Convenio 155 de la OIT sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 23): Derecho a condiciones laborales justas.

La reforma establece que los empleadores deben proporcionar sillas con respaldo y prohíbe que los trabajadores sean obligados a permanecer de pie durante toda la jornada. El incumplimiento de estas disposiciones puede derivar en sanciones para las empresas (Sistema de Información Legislativa, 2024).

IV. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA

A FAVOR:

1. Protección de la salud de los trabajadores

- La exposición prolongada a una posición erguida sin descanso puede causar problemas de circulación, várices y dolores musculares.
- La ergonomía laboral recomienda alternar entre estar de pie y sentado para reducir riesgos de lesiones (Sistema de Información Legislativa, 2024).

2. Derecho a condiciones de trabajo dignas

- Obligar a los empleados a permanecer de pie toda la jornada puede considerarse una práctica abusiva.
- La dignificación del trabajo implica mejorar las condiciones laborales básicas.

3. Impacto positivo en la productividad

- Trabajadores menos fatigados pueden desempeñar mejor sus funciones.
- Se reducen bajas laborales por problemas musculoesqueléticos.

EN CONTRA:

1. Posible afectación a la imagen corporativa
 - Algunos empleadores argumentan que tener trabajadores sentados podría proyectar una imagen de menor disponibilidad para el cliente.⁷
2. Costos de adaptación para empresas
 - Comercios y negocios argumentan que proporcionar sillas y adaptar espacios generaría costos adicionales.
3. Dificultad en la fiscalización
 - Supervisar el cumplimiento efectivo de la norma en todos los establecimientos puede ser un reto logístico.

V. IMPLICACIONES Y RETOS DE IMPLEMENTACIÓN

Para que la Ley Silla tenga un impacto real, se deben considerar algunos retos en su implementación:

1. Supervisión y sanciones:
 - La Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) y otras instancias deben realizar inspecciones regulares.
 - Se deben establecer sanciones claras en caso de incumplimiento.
2. Concienciación y cultura empresarial:
 - Sensibilizar a los empleadores sobre la importancia del bienestar de los trabajadores.
 - Capacitar a los empleados para que conozcan sus derechos y puedan exigir su cumplimiento.
3. Flexibilidad en la implementación:
 - Algunos sectores pueden requerir adaptaciones específicas (ejemplo: restaurantes donde los meseros deben moverse constantemente).
 - Se podría permitir el uso de taburetes o bancos ergonómicos en ciertos casos.

⁷ ContraRéplica, "La Ley Silla: qué es, qué legisla y cuál es su historia." *ContraRéplica*, 21 de febrero, 2024. <https://www.contrareplica.mx/nota-La-Ley-Silla-que-es-que-legisla-y-cual-es-su-historia-----202421239>.

VI. CONCLUSIÓN

La Ley Silla representa un avance significativo en la protección de los derechos laborales en México. Su implementación contribuirá a mejorar la salud y calidad de vida de miles de trabajadores, además de fortalecer el cumplimiento de las normas de seguridad y ergonomía en el trabajo. Estudios han demostrado que proporcionar asientos adecuados no solo mejora el bienestar físico de los empleados, sino que también tiene un impacto positivo en su salud mental y productividad laboral.⁸

No obstante, para garantizar la efectividad de la reforma, será clave la vigilancia de su aplicación y la concienciación tanto de empleadores como de trabajadores. El éxito de esta legislación dependerá no solo de su promulgación, sino de su correcta aplicación y aceptación dentro del entorno laboral mexicano. La resistencia al cambio por parte de algunos empleadores y la falta de conocimiento sobre la ley entre los trabajadores podrían ser obstáculos a superar.⁹

FUENTES CONSULTADAS

Campoy, Tomás, "Ley Silla: ¿Cómo impacta en la salud y productividad laboral?". *El Imparcial*, 6 de enero, 2025 <https://www.elimparcial.com/mexico/2025/01/06/ley-silla-como-impacta-en-la-salud-y-productividad-laboral/>.

ContraRéplica, "La Ley Silla: qué es, qué legisla y cuál es su historia." *ContraRéplica*, 21 de febrero, 2024 <https://www.contrareplica.mx/nota-La-Ley-Silla-que-es-que-legisla-y-cual-es-su-historia-----202421239>.

⁸ Campoy, Tomás, "Ley Silla: ¿Cómo impacta en la salud y productividad laboral?" *El Imparcial*, 6 de enero, 2025. <https://www.elimparcial.com/mexico/2025/01/06/ley-silla-como-impacta-en-la-salud-y-productividad-laboral/>.

⁹ IDC Online, "5 retos a los que nos enfrentaremos con la aprobación de la Ley Silla." IDC Online, 22 de noviembre, 2024. <https://idconline.mx/laboral/2024/11/22/5-retos-a-los-que-nos-enfrentaremos-con-la-aprobacion-de-la-ley-silla>.

IDC Online, "5 retos a los que nos enfrentaremos con la aprobación de la Ley Silla." *IDC Online*, 22 de noviembre, 2024. <https://idconline.mx/laboral/2024/11/22/5-retos-a-los-que-nos-enfrentaremos-con-la-aprobacion-de-la-ley-silla>.

Muñoz Álvarez, Gustavo, "La silla sigue vigente." *Hoy*, 12 de enero, 2019. <https://www.hoy.es/sociedad/silla-vigente-20190113223425-nt.html>.

Sistema de Información Legislativa, Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo en materia del derecho al descanso de las personas trabajadoras durante la jornada laboral (Ley Silla).

SPR Informa, "Aprueba el Senado la Ley Silla para garantizar el derecho al descanso de las personas trabajadoras." SPR Informa, 20 de febrero, 2024. <https://sprinforma.mx/ver/salud/aprueba-el-senado-la-ley-silla-para-garantizar-el-derecho-al-descanso-de-las-personas-trabajadoras>.

COMPETENCIA PARA RESOLVER CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON LA INTEGRACIÓN DEL PODER JUDICIAL

AUTHORITY TO RESOLVE DISPUTES RELATED TO THE INTEGRATION OF THE JUDICIAL BRANCH

VÍCTOR IVÁN LUJANO SARABIA¹

La reforma al Poder Judicial publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de septiembre de 2024 que medularmente establece la elección de personas juzgadoras mediante el voto directo ha generado debate sobre la autoridad jurisdiccional competente para resolver las controversias que se han suscitado durante la etapa de preparación del proceso.

Desde su concepción la reforma generó un impacto normativo en materia de la función electoral debido a que impuso atribuciones al Instituto Nacional Electoral y a los organismos públicos locales electorales respecto de la organización del proceso; es por ello que algunos aspirantes inconformes con los actos y resoluciones de los Comités de Evaluación promovieron medios de impugnación por esa vía para buscar un pronunciamiento por parte de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Mientras que otros actores acudieron ante los juzgados de distrito por la vía del juicio de amparo indirecto, con la correspondiente solicitud de suspensión de los efectos del acto reclamado, lo que se tradujo en que los días 7 y 9 de enero del año en

¹ Licenciado en Derecho y catedrático de la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Maestro en Derecho Constitucional y Amparo, Centro Universitario Xochicalco; Maestro en Derecho Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TE-PJF). Se ha desempeñado en la Administración Pública del Estado de Baja California como Subsecretario de Gobierno para Asuntos Legislativos, Director del Registro Público de la Propiedad y Comercio y Subsecretario Jurídico del Estado.

curso, el Comité de Evaluación del PJJ, acordara suspender la selección de candidatos por parte de dicha autoridad, en atención a lo decidido en los cuadernos incidentales de sendos juicios de amparo.

Quienes estuvieron inconformes con dicha situación promovieron el juicio de la ciudadanía número SUP-JDC-8/2025 y acumulados en los cuales, la Sala Superior siguió la línea interpretativa y jurisprudencial² relativa a que el Tribunal Electoral tiene competencia para revisar actos y resoluciones que puedan afectar la función electoral, con independencia de que hayan sido emitidos por alguna autoridad diversa en la materia, en este caso un juez de distrito.

Lo anterior considerando medularmente que los actos de los Comités de Evaluación, los cuales son órganos creados *ex profeso* para la revisión y evaluación de los perfiles de los aspirantes son de naturaleza electoral argumentando que se encuentran dirigidos a permitir a los poderes de la Unión postular las candidaturas que les corresponden en cada proceso electoral, se relacionan con la renovación de los integrantes del Poder Judicial y sus actuaciones son susceptibles de incidir en los derechos a votar y ser votados a los cargos de personas juzgadoras.

Por su parte, el 13 de febrero de 2025, el Pleno de la Suprema Corte al resolver la facultad de atracción 4/2024 y acumuladas, determinó que las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral, incluyendo la que se está comentando, son opiniones que no tienen la capacidad de invalidar órdenes de suspensión en juicios de amparo.

Lo anterior es de relevancia, ya que, por disposición constitucional y legal, en la materia electoral no procede la suspensión de los actos electorales con motivo de la interposición de medios de impugnación.

Debe tenerse en cuenta que, por regla general, la suspensión constituye un instrumento provisional cuyo propósito es impedir

² Jurisprudencias 3/2009, 8/2022 y 46/2024

que se ejecuten los actos impugnados o que se produzcan o continúen realizando sus efectos hasta en tanto se emita una sentencia que resuelva la controversia.

Si bien, es cierto que debe acatarse lo resuelto por el pleno de la Suprema Corte, también es cierto que la práctica común al solicitar la suspensión de los actos reclamados en los procesos de nombramientos de magistraturas, antes de la publicación de la reforma constitucional, ocasionó que se dilataran por años dichos actos, dejando tribunales acéfalos o incompletos, debido al retraso en dictar una sentencia firme en un juicio de amparo indirecto.

Ante la dinámica de los procesos electorales y la definitividad de sus etapas es que todo el marco normativo está construido para que no se suspendan los actos ante una impugnación, por ejemplo, en el cómputo de los plazos todos los días y horas son hábiles, las campañas solamente duran 60 días, entre otras.

Además, los tiempos en que dicta una sentencia definitiva el Tribunal Electoral (incluso las que se impugnan en ulterior instancia) son mucho más breves que las que dictan los jueces de amparo, ya que en promedio son 3 semanas en que se obtiene certeza sobre una impugnación en la vía electoral.

En suma, el reto respecto del cual se enfrentan jueces de distrito y Tribunales Colegiados de Circuito, respecto de las cuales fueron exhortadas por la corte en la sentencia de la facultad de atracción, es precisamente la revisión de oficio de las suspensiones que otorguen y exhortar a las autoridades responsables como en este caso fueron los Comités de Evaluación para que cumplan en plazos breves y sumarios y se garantice el cumplimiento de la definitividad de las etapas del proceso.

JOSÉ CARLOS BARTOLOMÉ CENZANO, *CÓMO ESTUDIAR DERECHO*. VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 2014. (GUÍAS PRÁCTICAS).

JOSÉ LUIS LÓPEZ GONZÁLEZ¹

“Cuando se ve hacer una cosa con seriedad, con dedicación, con amor y con delicadeza, impacta [...] A la postre, lo que más nos ha influido a todos a lo largo de nuestra vida [...] es lo que hemos visto hacer con amor a nuestros padres y a nuestros mejores profesores y maestros, porque el amor es el principal de los valores [...] una de las características de la crisis actual es el predominio del egoísmo frente a la solidaridad, por lo que debemos empezar por educar en valores éticos y morales, ya que educar y formar es una expresión de amor y confraternidad [...]”, Ricardo Díez Hochleitner, prologuista de la obra de Santiago Petschen Verdaguer, *El arte de dar clases. Experiencias de los autores de libros de memorias* (Madrid: Plaza y Janés, 2013).

1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA OBRA

Cómo estudiar derecho. Técnicas y herramientas para el aprendizaje del Derecho, es un libro escrito por José Carlos Bartolomé Cenzano, profesor titular de Derecho Constitucional. Se trata de una excelente obra que se publica bajo el muy prestigioso sello de la editorial valenciana Tirant lo Blanch. Cuenta con una extensión de 220 páginas y tiene como objetivo ser una guía orientativa para aquellos alumnos universitarios que cursan, o que cursarán, una carrera relacionada con el mundo del Derecho.

El libro recoge una completa y cuidada serie de observaciones, reflexiones y técnicas esenciales de trabajo orientadas al aprendizaje del Derecho. Además, analiza, desde la muy amplia experiencia del profesor José Carlos de Bartolomé Cenzano, las principales claves prácticas para emprender el estudio de las materias propias de cualquier titulación de contenido jurídico.

¹ Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Esta obra se ocupa, con ejemplos directos, de diversos métodos apropiados para estudiar Derecho con motivación, disfrute y rendimiento óptimo. Se trata de favorecer el empleo de técnicas idóneas para un adecuado y práctico enfoque del estudio de las diferentes disciplinas jurídicas. El libro profundiza en aspectos tan importantes como: la lectura rápida, el subrayado y los códigos de colores, los esquemas, cómo se debe afrontar cualquier modalidad de examen y una serie de métodos prácticos para preparar adecuadamente una tesis, tesina o trabajo final de carrera. En suma, se trata de una guía amena, didáctica, cómoda, práctica y sencilla que alcanza brillantemente su principal meta: no descuidar ningún aspecto esencial para que los estudiantes y opositores puedan alcanzar con éxito sus objetivos.

José Carlos de Bartolomé Cenzano es un excelente profesor de Derecho Constitucional con una plena dedicación docente e investigadora hacia esta materia. A esta vocacional entrega de nuestro autor a la institución universitaria ha contribuido, sin ningún género de dudas, el reconocimiento académico, el afecto y la gratitud personal que muestra hacia un gran maestro universitario, el profesor Antonio Colomer Viadel, al que considera su “padre académico”.

Respecto a la estructura del libro, se nos presenta en seis capítulos que abarcan todos los posibles interrogantes que a un estudiante se le pueden plantear cuando se enfrenta a una ciencia tan densa y compleja como es el Derecho. En estos capítulos se abordarán cuestiones tan dispares y prácticas a la vez como pueden ser las lecturas que ha realizar al enfrentarse a un examen o los colores más adecuados para subrayar.

2. EL AUTOR

Nacido en 1966, José Carlos de Bartolomé Cenzano se licenció en Derecho por la Universidad de Valencia en 1991. Nueve años después, en el año 2000, accedió al Doctorado en Derecho por la misma institución con su tesis: *El orden público como límite al ejercicio de derechos y libertades*. En la actualidad, es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universitat Politècnica de València.

Su interés por las libertades públicas y los derechos individuales le ha llevado a centrar su línea de investigación en estas materias. Su actividad investigadora le ha llevado a instituciones internacionales de reconocido prestigio como el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Además de estos temas, ha abordado con interés el Derecho autonómico de la Comunidad Valenciana y sus instituciones, con libros como *La Comunidad Valenciana: Derecho autonómico e instituciones políticas*, editada por Tirant lo Blanch en el año 2003.

Ha sido profesor en el Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Valencia desde junio de 1991 hasta el año 2003, profesor-tutor de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) durante catorce años, y profesor en el Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias durante dieciocho años. Hoy es coordinador del módulo jurídico en dicha institución. Esta dilatada experiencia como docente está en el origen mismo del libro *Cómo estudiar derecho*.

Como complemento al desempeño de su labor docente e investigadora, José Carlos de Bartolomé Cenzano es miembro del consejo editorial y comité evaluador de varias revistas jurídicas, como la Revista iberoamericana de autogestión y acción comunal (RIDAA), la Revista sobre la infancia y la adolescencia (REINAD); y la revista Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de València.

3. UN RELATO DE LA METODOLOGÍA DEL ESTUDIO DEL DERECHO DESDE LA CERCANÍA Y LA ILUSIÓN DE UN PROFESOR VOCACIONAL

El libro constituye un extraordinario aporte de método y experiencia orientado a la juventud estudiosa de las Facultades de Derecho. La obra incorpora un relato ilusionante que contagia al lector y que le impulsa a superarse a sí mismo y a construir en su interior un discurso motivador de permanente utilidad. Desde

mi particular punto de vista, hay un punto de arranque en cualquier reflexión sobre la labor del estudiante universitario que me parece de un valor absoluto. El alumno en el marco de la enseñanza superior es un estudiante profesional que voluntariamente ha elegido consagrar su tiempo y esfuerzo a su formación, en nuestro caso, en la ciencia del Derecho. Por consiguiente, el alumno debe estudiar por propia voluntad y por sentido de la responsabilidad, asumiendo que los estudiantes universitarios son, en palabras del autor, unos privilegiados que disfrutan de un lujo, al que otras personas, por diversas causas, no pueden acceder. Esa debe ser la actitud y la orientación que ha de asumir el alumno. Con ella alcanzará altas cotas de aprendizaje y, a través de ellas, se encaminará hacia los mejores resultados académicos.

A través de la experiencia del propio autor, profesor con más de veinticinco años de ejercicio profesional, este libro nos aporta recomendaciones y técnicas de estudio muy útiles y valiosas para el aprendizaje, en términos generales y particularmente prácticos, para el estudio del Derecho. Esta obra nos aporta ejemplos directos, cuyos diversos métodos apropiados para estudiar con seguridad, tranquilidad y facilidad. Con el ánimo de favorecer técnicas y modos factibles para rendir de una manera adecuada, estas líneas explican aspectos tan importantes como la lectura rápida, el subrayado y los códigos de colores, los esquemas, cómo se debe realizar cualquier modalidad de examen; así como métodos prácticos para elaborar bien una tesis, tesina o trabajo final de carrera. Es una verdadera pena que nuestro sistema educativo no dedique un espacio concreto al estudio de técnicas de aprendizaje, lectura y estudio. Es más que probable que si esto se llevase a cabo, tendríamos estudiantes infinitamente más capacitados y cualificados”.

Con el paso del tiempo, el autor de la obra que nos ocupa comenzó a plantearse la idea de elaborar un libro metodológico con técnicas y herramientas para el estudio y el aprendizaje. Tal y como afirma el profesor Bartolomé: “era casi una obligación que derivaba del compromiso con mis alumnos”.

En efecto, los alumnos necesitan instrumentos sencillos, claros y estimulantes para su trabajo diario. Esta obra se orienta precisamente a poner a disposición del estudiante esos medios tan necesarios. Es un libro orientado exacta y precisamente al estudio del Derecho. Tal y como expone el autor, estamos ante un compendio de técnicas y herramientas para el estudio del Derecho. De este modo, se ofrecen diversas estrategias de aprendizaje, vivencias propias del autor, así como diferentes ejemplos altamente clarificadores. Y todo ello a través de la utilización de un lenguaje cercano, sencillo y directo al objeto de acercarse de un modo ameno y eficaz al mundo y a las necesidades del estudiante.

El fin último de este texto pretende ser una experiencia íntima y compartida, del autor hacia el estudiante, así como la herramienta necesaria para que los primeros sean capaces de superar los exámenes. “Ánimo, leedlo con cariño (yo le he puesto mucho en su reflexión y redacción) y sacadle todo el jugo para una vida universitaria fructífera. Pensad que la ilusión, si bien no es suficiente, si es un elemento necesario para culminar cualquier proyecto con éxito”.

4. EL LIBRO COMENTADO COMO INSTRUMENTO DE ACERCAMIENTO A LA METODOLOGÍA BÁSICA Y PRÁCTICA DE ESTUDIO DEL DERECHO

Lo primero que hemos de señalar es la clara y cierta idea de que el Derecho es una disciplina viva y abierta destinada a conseguir la resolución de múltiples y complejos problemas. El Derecho estudia las normas desde sus más variadas facetas: su origen y causa, sus antecedentes, su procedimiento, objetivo y finalidad. El Derecho como toda ciencia social, no es una disciplina matemática exacta, sino que está sometida a la interpretación del individuo. Simplemente por ser seres pensantes, el ordenamiento jurídico se nos presenta con distintos matices para cada cual y ello se proyecta tanto en las resoluciones de los jueces y tribunales, como en sus correspondientes motivaciones. A partir de su

extraordinaria experiencia, el autor recomienda a los estudiantes los criterios hermenéuticos Friedrich Karl von Savigny. Como certeramente apunta el autor, tales criterios incorporan “una serie de elementos que permiten tener en cuenta el objeto, así como su concreta circunstancia y, más allá, incluso la finalidad de la norma”. Como bien se sabe, las fases del proceso interpretativos que estructura Savigny son:

- a) El método basado en el elemento gramatical o literal.
- b) El elemento metodológico
- c) El método sistemático
- d) El método causal-teleológico

De manera muy oportuna, el profesor José Carlos de Bartolomé recuerda que, a la hora de interpretar cualquier norma, resulta de la mayor importancia el análisis de las sentencias y demás resoluciones judiciales dictadas por jueces y tribunales.

5. EL ENTORNO DE TRABAJO DEL ESTUDIANTE

Comenzaremos haciendo una breve reseña al entorno de trabajo. Muchos son ya los estudios existentes acerca de lo importante que es un adecuado espacio de trabajo, es decir, la trascendencia de todo aquello que nos rodea a la hora estudiar. Las características de este adecuado entorno no tienen por qué ser las mismas para todos los estudiantes. De ahí que, unos prefieran las bibliotecas, otros sus domicilios; unos estudien por las tardes, otros por las noches; unos en solitario y otros en compañía; unos con música y otros sin ella. Sea como fuere, lo esencial es localizar el entorno idóneo que nos facilite el estudio y nos permita alcanzar los máximos rendimientos.

6. LA EVALUACIÓN CONTINUA

Uno de los aspectos más representativos de los nuevos métodos de evaluación es la continuidad, de ahí que se denomine a este sistema de calificación “evaluación continua”. Se defiende que este sistema de evaluar permite una mayor objetividad a la hora de calificar, pues la realización de diferentes pruebas en un espa-

cio relativamente prolongado de tiempo permite contrastar los resultados durante todo el proceso formativo. El estudiante “no se lo juega todo a una carta”.

En este proceso de evaluación continua juega una baza muy importante la participación en clase. Desde el profesorado se debe incentivar al estudiante a la intervención activa. El alumno deberá abandonar la común posición de mero espectador y receptor de conocimientos para llegar a ser un verdadero partícipe. Se nos dice que desde la posición del profesorado nunca se valorará negativamente la participación de cualquier estudiante. Un buen formador debe primar el esfuerzo y la colaboración por encima de un posible error. En palabras del autor: “en lo personal, valoro mucho más el intento de un alumno de responder a una pregunta, aunque lo haga mal, que la negativa directa a ésta”.

Otro relevante rasgo de la evaluación continua consiste en la valoración de los procesos de aprendizaje autónomos. Estos consisten sobre todo en la realización de trabajos y exposiciones públicas. Los primeros acercan a los estudiantes a las tareas de investigación; y las segundas, desarrollan en el alumno la capacidad de enfrentarse al público, asunto complejo e importante que no siempre se trabaja lo que sería necesario.

7. LA ASISTENCIA A CLASE

Ligado a lo anteriormente expuesto, cabe poner en valor la importancia de asistir a clase. El ir a clases durante el periodo facultativo es muy importante, tanto para la socialización del estudiante con el resto de sus compañeros, como para hacer más productivo, dinámico y agradable el acceso al conocimiento de los contenidos que se exponen en clase.

La participación del alumnado es más ágil y dinámica en la docencia presencial, como también lo es el intercambio de ideas y pensamientos con el docente. Asistir a clase con las mismas personas durante el curso alimenta el sentido de pertenencia grupal, al tiempo que facilita el intercambio de ideas y una

mayor implicación emocional en el aprendizaje por parte de los alumnos e incluso del propio profesor.

No cabe duda de que el asistir a clase nos sitúa en el plano de la comprensión y de una primera conexión con las materias que tendremos que estudiar, de tal manera que cuando el alumno consagra su tiempo a la preparación del temario, éste no le resulta ya desconocido ni difícilmente abordable.

8. LAS GUÍAS DOCENTES

Uno de los fundamentos pedagógicos del actual sistema de enseñanza universitaria se materializa en las denominadas guías docentes. En ellas se recogen elementos tan esenciales como la descripción general de la asignatura, las competencias que deben adquirir los estudiantes a lo largo del curso, las materias que han de abordarse y las relaciones entre ellas, el temario, los criterios de evaluación y los porcentajes de calificación de cada uno de elementos que integran la asignatura. Estas guías constituyen un instrumento que permite al estudiante conocer las asignaturas de una forma realmente adecuada. Como acertadamente señala el autor, en la guía docente “se encuentra todo lo que resulta fundamental para orientaros sobre cómo debéis trabajar cada asignatura”.

9. CONCENTRACIÓN Y HÁBITO DE ESTUDIO

Se trata de dos elementos de vital importancia y extremadamente difíciles de poner en práctica. Lo primero que debemos tener presente es que cada alumno posee unas características específicas que influirán en su manera de afrontar el estudio. Pero, una vez tenido esto en cuenta, podemos afirmar que, en términos generales, resulta más importante aprender de una manera continua durante un breve periodo de tiempo, que estudiar tres veces más con largas interrupciones.

En cuanto a la mejor manera de intentar adquirir el hábito de estudio, podemos señalar que lo ideal es plantearnos y asumir la idea de que los exámenes no son unos días concretos, sino que

las pruebas evaluables son todo un proceso que comienza con el estudio y finaliza con la prueba de conocimientos. Realizando una síntesis, podemos establecer dos acciones diferenciadas:

- Una fase inicial, que puede denominarse “jornadas”. En esta primera fase deberemos estudiar temas concretos y completos, intentando manejar unidades íntegras y homogéneas, a poder ser con un orden lógico, cronológico y de relación sistemática.
- Y una segunda parte, que englobará todo el periodo de exámenes. Será un tiempo en el que intentaremos no desconectarnos del estudio diario. Se puede alternar con espacios dedicados al ocio y al divertimento, pero al regresar al estudio retomaremos la conexión necesaria y estable con el temario.

10. MÉTODOS Y TÉCNICAS

El término “método” proviene del griego (más allá) y “hodos” (camino), de ahí su traducción literaria de camino o vía para llegar más lejos, haciendo referencia al medio más adecuado para lograr un fin. Hace ya años, que se comenzó a hablar de metodologías de estudio, de métodos de aprendizaje y enseñanza. En nuestra opinión, lo primero que hemos de destacar es que resulta extremadamente complicado e incluso sería hasta un grave error, señalar un único método como el mejor. Unas técnicas no excluyen a otras, sino más bien todo lo contrario, pues unas resultan complementarias de las otras. Se desaconseja la utilización de una sola metodología. Resulta más productiva la combinación de varios métodos que nos aportarán beneficios complementarios entre sí. Siempre hemos de tener muy presentes nuestras propias características y preferencias personales y en función de éstas utilizar lo que mejor se adapte a cada uno de los estudiantes.

De modo que partiendo de la base de que cada cual ha de emplear aquello que mejor se adapte a sus capacidades y singu-

laridades, podemos establecer un protocolo que nos permita trabajar de un modo eficaz. Dicho protocolo, tal y como aconseja el autor, al esquema siguiente:

a) Escucha atenta, concentrada y activa en clase. Ello supone intentar aprovechar al máximo lo expuesto en el aula. Esta atención del estudiante hará posible permitirle poner en conocimiento del profesor todas aquellas dudas que se le presenten.

b) Material de apoyo. Es altamente aconsejable adquirir material adicional que complemente el temario que se ha de preparar. Los manuales y recopilaciones de textos normativos, así como otras obras de referencia y apoyo, han de ser rigurosas, de buena factura didáctica y contar con el respaldo académico del profesor.

c) Síntesis de contenidos. En esta fase se trata de proceder a sintetizar los contenidos de los apuntes tomados en clase, así como eliminar comentarios innecesarios o mal entendidos. A lo anterior habrá que añadir aquellos contenidos de los manuales y obras de naturaleza docente que resulten suficientemente relevantes como para ser incorporadas a nuestros apuntes. Con todo ello se consigue una composición propia que a todas luces resultará mucho más fácil de entender y asimilar.

d) Aplicación de técnicas de estudio. En última instancia, aplicaremos las técnicas de estudio que mejor se adapten a nuestra personalidad y peculiaridades como estudiantes.

De lo anteriormente expuesto cabe obtener tres valiosas conclusiones: primera, nuestros apuntes deben constituir el resultado de lo adquirido en clase completados con rigurosos manuales; segunda, resulta aconsejable trabajar en equipo adquiriendo un compromiso colectivo de responsabilidad; y tercera, se ha de trabajar a fondo y con aprovechamiento. Desde la humildad, debemos aspirar y trabajar con vistas a un aprendizaje cabal que debe traducirse en las mejores calificaciones.

11. GESTIÓN DEL TIEMPO

Estudiar es una técnica que se adquiere con el tiempo. Como norma general, puede señalarse que los tiempos dedicados al

estudio, los lugares elegidos para ello y las pausas para el descanso deben estar estrechamente vinculadas a las peculiaridades de cada estudiante, así como a sus circunstancias personales. No obstante, los estudios realizados demuestran que cabe definir una serie de pautas aplicables con carácter general. Anotemos algunas de ellas:

- Los pedagogos recomiendan estudiar por la mañana y, si no pudiera ser así, intentar hacerlo en la tarde.
- Es imprescindible establecer un hábito de estudio disciplinado estableciendo y respetando una franja horaria que se repita, en la medida de lo posible, de manera diaria.
- No es recomendable iniciar el estudio inmediatamente después de haber comido, pues en ese estado nuestro estómago requiere la mayor cantidad de sangre posible para realizar la digestión y ello remite al conocido y temido estado de sopor.
- En cuanto al tiempo que hemos de dedicar diariamente al estudio, lo más aconsejable es no sobrepasar las dos horas y media o tres.
- En lo concerniente a los descansos, se aconseja hacer varias pausas durante el tiempo de estudio. Como pauta estándar se recomienda unos diez minutos por cada hora de trabajo.
- La condición de estudiantes lleva consigo una buena dosis de responsabilidad, por un lado, hacia nosotros mismos; y por otro, hacia quienes, de una u otra manera, hacen posible que podamos disfrutar de la oportunidad de estudiar en la universidad.
- Por lo que se refiere a las sesiones de trabajo del estudiante, debemos acostumbrarnos a intercalar las asignaturas o materias a lo largo del tiempo disponible.

En síntesis, lo ideal es diseñar un plan de tiempo y descansos que llevemos a cabo de la manera más asidua posible.

12. ¿CÓMO DEBEMOS LEER?

Se ha podido comprobar que durante una lectura lenta se pueden generar otras muchas actividades que nos conducen a la desconcentración. Por el contrario, una lectura rápida nos exige plena atención y concentración. Se trata de lograr que nuestro cerebro se centre únicamente en esta tarea. Debe existir una correlación entre la velocidad de lectura y el ritmo de pensamiento. Por otra parte, resulta poco recomendable releer los textos. Es aconsejable no volver la vista atrás bajo ningún concepto, aunque pueda suceder que algo se nos escape. Si tenemos la percepción de que no hemos comprendido el texto de manera suficiente, procederemos entonces a una segunda lectura completa.

Si dominamos la lectura rápida, podremos ahorrar tiempo y ganar concentración. Hay que practicar hasta que encontremos nuestra velocidad óptima, es decir, la mejor proporción entre velocidad, concentración, comprensión y memoria. Existe la metodología de las varias lecturas. La primera de ellas, denominada, lectura identificativa, se hace de manera muy rápida y mínimamente comprensiva. En esta lectura, deberemos señalar los conceptos e ideas básicas. La lectura comprensiva constituye la segunda fase. Lo más importante de esta lectura es la asimilación razonada de contenidos. Debe de consumir el doble de tiempo que la primera lectura. La tercera y última lectura es la denominada lectura memorística. Una lectura que se realiza de manera más lenta y sosegada. Ahora sí, en esta última fase, debemos de poner en liza nuestra máxima capacidad para asimilar todo lo necesario.

13. MEMORIA FOTOGRÁFICA

El principio de esta técnica consiste en el acceso a los conceptos y a su contenido a partir de su estructura, de su forma y de su expresión gráfica. Cuando nos enfrentamos a un texto ordenado, planificado, y trabajado, resulta infinitamente más sencillo estimular la memoria visual, denominada común-

mente “memoria fotográfica”. Dos herramientas particularmente importantes en el apartado de la memoria fotográfica son los esquemas y la utilización de colores. Los primeros contribuyen eficazmente a sintetizar las ideas fundamentales, constituyen la espina dorsal del contenido que nos proponemos a estudiar. Los segundos, nos permiten establecer una relación entre determinados colores y la importancia de lo subrayado con cada uno de los mismos. De tal suerte que cada color nos dibuja la importancia de los diversos niveles del esquema y del grado de importancia de lo coloreado.

14. EXÁMENES

Un examen es una prueba oral o escrita (de desarrollo o test), que se utiliza para medir los conocimientos que posee el alumno en un momento concreto. El examen debe conjugar equilibradamente los principios de mérito, capacidad e igualdad. El primer gran error es entender los exámenes como un problema inevitable. Tenemos que presentarnos ante ellos sin miedo y con el aval de nuestro trabajo previo de preparación. Se trata de una prueba concreta de conocimientos que previamente hemos adquirido. Si estamos seguros de haber adquirido los contenidos necesarios para superar el examen, lo enfrentaremos de la manera adecuada.

Respecto de los exámenes escritos, no debemos dejar de tener en cuenta que se trata de pruebas contrarreloj. Es muy importante que exista una proporcionalidad entre el espacio que le dedicamos a cada pregunta, la explicación de cada contenido y el tiempo que invertimos en cada respuesta. Nos se debe descartar iniciar los exámenes escritos por aquellas preguntas que nos resulten más fáciles. Por último, reseñar que en un examen escrito es imprescindible la limpieza y el orden. El profesor, de manera consciente o inconsciente, tiene siempre en cuenta en la calificación del ejercicio lo que comúnmente se denomina “la presentación” del mismo.

En cuanto a los exámenes orales, no es difícil confirmar que son probablemente los más temidos por los estudiantes. El gran

problema que suele presentarse ante este tipo de pruebas es la posible confusión que suele aparecer en nuestro cerebro de manera inconsciente. En muchas ocasiones esta confusión conduce a máximos de estrés alterando muy negativamente el comportamiento del alumno examinado.

Lo más acertado para solventar adecuadamente este tipo de prueba, es despojarse de cualquier género de inseguridad a partir de un estudio previo intenso y adecuadamente programado. Así seremos capaces de eludir la típica sudoración de manos, la sequedad de boca, así como posturas y movimientos corporales que expresen nerviosismo. Haremos nuestra la idea de que los profesores que nos van a evaluar son personas como lo somos también nosotros.

Por lo que se refiere a los exámenes tipo test, cabe apuntar que plantean una mayor dificultad de lo que en principio podría pensarse, pues de cotidiano suelen presentar cuatro opciones posibles; una o dos muy parecidas a la verdadera; incluso opciones que son más incompletas que las que hay que señalar.

En resumen, cabe afirmar que los principios que han de seguirse para realizar un buen examen tipo test son los que se señalan a continuación:

- Indagar si existen exámenes de años anteriores. Aunque no se repita ninguna de las preguntas, sí nos servirán para observar el nivel de exigencia, los criterios de dificultad y la forma de las preguntas.
- Es imprescindible leer con mucho detenimiento y atención los enunciados de las cuestiones planteadas, ya que, un pequeño detalle del texto puede modificar tanto el sentido de la pregunta como el de la respuesta que se considera válida.
- Es aconsejable leer la pregunta e intentar responderla antes de contemplar las opciones de respuesta. Esto ayuda a identificar inmediatamente la opción correcta si esta figura dentro las posibles respuestas.
- La intuición suele ser una buena aliada. Normalmente la primera respuesta que identifiquemos será la correcta.

- En una primera vuelta contestaremos a las cuestiones que nos han resultado fáciles, dejando en blanco aquellas que nos presenten dudas. Éstas últimas podemos marcarlas con algún símbolo que en una segunda vuelta nos permita identificarlas fácilmente y no nos lleven a modificar otras respuestas que habíamos contestado con seguridad.
- Si nos hallamos ante un examen en el que las respuestas erróneas incorporan una penalización (por ejemplo, un ejercicio de 30 preguntas en el que cada acierto tiene un valor de 0,33 y cada fallo resta 0,11), debemos optar por no responder aquellas cuestiones que nos planteen dudas muy relevantes con evidente riesgo de incurrir en un error.

En definitiva, el examen no se produce en un día concreto, a una hora señalada. El examen es un proceso que comienza con el primer día de estudio y culmina con la prueba, oral o escrita, de evaluación final. El estudiante, como el deportista olímpico, lo es sobre todo por su preparación. La participación en las pruebas deportivas que conocemos como Olimpiadas es el producto de esa preparación.

15. EL PROFESOR UNIVERSITARIO COMO REFERENTE

Los objetivos que resultan inherentes a la institución universitaria fueron formulados con particular fortuna por José Ortega y Gasset al sostener que las tres misiones fundamentales de la Universidad son:

- a) Formar a los profesionales facultativos que la sociedad demanda.
- b) Ser depositaria y difusora de la cultura de la época.
- c). Producir nueva ciencia y formar científicos.

Conviene reparar, asimismo, en la diversidad de tareas que lleva a cabo diariamente un profesor universitario.

En el libro de José Carlos de Bartolomé se define al profesor universitario como una persona normal y, por consiguiente, debería ser cercana al estudiante. En efecto, el profesor, como cualquier otro profesional, es una persona sujeta a multitud de controles, tanto en el plano docente como en el de la investigación, a la hora de realizar su trabajo.

La actividad académica del profesor de Universidad se enmarca en tres grandes esferas: la docencia, la investigación y las tareas de representación y gestión.

16. LA DOCENCIA

El profesor universitario desempeña sus tareas docentes en las diversas titulaciones de la enseñanza superior. Tanto en grado como en posgrado. Dentro de la docencia de posgrado, encontramos la docencia en máster y en los estudios de doctorado. A los estudios de doctorado se accede una vez superado el Máster de especialización.

El docente universitario no sólo enseña en el aula, sino también ejerce esta actividad a través de las tutorías y las demás actividades conectadas con la dirección de trabajos académicos de sus estudiantes. De esta forma, orienta su actividad a la condición de tutor (en un sentido muy amplio, que incluye la tutoría académica de prácticas externas) o de mentor de los estudiantes (por ejemplo, en el caso de estudiantes becados y alumnos extranjeros) y a la dirección de trabajos de fin de grado, fin de máster y tesis doctorales.

Las tareas docentes requieren la oportuna formación permanente a lo largo de toda la carrera profesoral (Cursos de formación docente) y son objeto, asimismo, de actividad investigadora (Proyectos de innovación docente).

17. LA INVESTIGACIÓN

La labor de investigación es el verdadero elemento diferenciador del docente universitario en relación con los profesores de otros niveles de enseñanza previos en la formación de los estudiantes. La investigación tiene un efecto directo sobre la docencia, pues hace posible que el profesor universitario adquiera un grado de madurez que hará posible el desempeño de su función docente con mayor calidad. Pero, además, si no todos, sí una parte, al menos, de los frutos de la labor investigadora son trasladables a las aulas (convenientemente modulados a través de la toma en

consideración del momento de madurez del estudiante en el grado, máster o doctorado) y a la sociedad (en lo que se denomina transferencia a la misma de los resultados de la actividad investigadora). Los profesores universitarios, a solicitud de personas físicas o jurídicas (empresas y organizaciones de todo tipo) preparan los denominados dictámenes que son informes elaborados desde su condición de expertos en una determinada materia. La investigación puede ser de naturaleza individual o en equipo, en este último caso se encauzará a través de los denominados proyectos de investigación. En ambos casos, la investigación se materializa por lo común en la publicación de libros, la colaboración en obras colectivas, la publicación de artículos en revistas especializadas y la participación, mediante ponencias y comunicaciones, en congresos y reuniones académicas que también acostumbran a materializarse en obras científicas. Dentro de las publicaciones, ha de destacarse asimismo lo relativo a las recensiones o comentarios críticos de libros.

Las revistas y editoriales especializadas en la publicación de obras orientadas a la docencia y la investigación, cuentan con los correspondientes comités científicos que prestan una labor de asesoría en relación con los originales que se reciben para su eventual publicación. Los propios profesores universitarios asumen la organización de jornadas, reuniones, seminarios y congresos científicos.

18. TAREAS DE REPRESENTACIÓN Y GESTIÓN

Las tareas de representación y gestión del profesorado universitario se desarrollan en distintos niveles. En el ámbito del área de conocimiento (a modo de ejemplo, coordinación de área y delegación de la misma para asuntos de biblioteca), en la estructura de los departamentos (Dirección, consejos de departamento y delegaciones de la dirección), en la esfera de la Facultad (Decanos, vicedecanos, delegados del Decano y representación en Junta de Facultad) y en el nivel de la Universidad en cuanto tal (Claustro, rector, consejo de gobierno y delegaciones del rector). Finalmente, resulta particularmente destacable la representación sindical en el Comité de Empresa y en la Junta de Personal Docente e Investigador.

El profesor universitario no es un mero transmisor de conocimientos, sino que también los genera y hace evolucionar. Nuestra misión no es solo formar a estudiantes sino desarrollar una actividad investigadora de la mayor calidad posible. Una universidad sin profesores investigadores no sería más que una continuación de la enseñanza primaria, secundaria y bachillerato. Los estudios superiores deben constituir un auténtico salto de calidad en la docencia y ese objetivo sólo puede alcanzarse de la mano de profesores que investiguen.

Nuestra obligación como profesionales de la educación superior alcanza la docencia, pero también la investigación. Una de las mayores satisfacciones del profesorado universitario consiste en aprovechar la explicación de algunas lecciones de la Guía Docente al objeto de compartir con sus alumnos los frutos de su actividad investigadora en curso.

Me parecen muy oportunos los pensamientos del Papa Benedicto XVI en un encuentro con profesores de Universidad con motivo de su viaje a España. Según refería el Santo Padre, el profesor debe ser para el estudiante un ejemplo a seguir, un auténtico referente. A veces se piensa que la única misión de un profesor universitario consiste exclusivamente en formar profesionales competentes y eficaces que satisfagan la demanda laboral en cada preciso momento. También se dice que ha de darse prioridad prácticamente absoluta a la capacitación técnica. Ciertamente, adquiere fuerza en la actualidad esa visión utilitarista de la educación, también la universitaria, difundida especialmente desde ámbitos extrauniversitarios. Sin embargo, la formación universitaria es algo más elevado que corresponde a todas las dimensiones que integran la personalidad humana.

La Universidad encarna, pues, un ideal que no debe desvirtuarse ni por ideologías cerradas al diálogo racional, ni por servilismos a una lógica utilitarista de simple mercado, que contempla al ser humano como mero consumidor.

La enseñanza universitaria no puede limitarse a ser una escueta comunicación de contenidos, sino una formación de jóvenes a quienes se ha de comprender y querer, en quienes se ha de suscitar esa sed de conocimiento que poseen en lo profundo y ese

afán de superación. Los profesores universitarios han de ser para ellos estímulo y fortaleza.

No podemos avanzar en el conocimiento de algo si no nos mueve el amor; ni tampoco amar algo en lo que no encontramos racionalidad pues, como concluía con innegable acierto Benedicto XVI, “no existe la inteligencia y después el amor: existe el amor rico en inteligencia y la inteligencia llena de amor”.

Desde la cercanía y el compromiso académico y ético con sus estudiantes, ha sido concebida esta magnífica obra del profesor José Carlos de Bartolomé Cenzano que aquí y ahora he tenido el honor de comentar.

La revista *CimaLex*, vol. IV, número 7, enero-junio, 2025, se terminó de imprimir el 15 de julio de 2025 en Impala Comunicación Gráfica. Calzada Macristy #958, Colonia República Mexicana, Mexicali, Baja California, CP 21250. www.artificios.com. El tiraje consta de 150 ejemplares. El cuidado de la edición estuvo a cargo de Francisco Laredo Pompa. En su composición se usó la tipografía Times Roman, 11 y 12 puntos.



Universidad Autónoma de Baja California