

APORTACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL, MEXICANO Y JALISCIENSE A UN MUNDO INGOBERNABLE



**EDNA RAMÍREZ-ROBLES
MARCO ANTONIO DELGADILLO GUERRERO
LUIS CORONA PANTOJA
COORDINADORES
UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA**

Aportaciones del Derecho
internacional, mexicano y jalisciense
a un mundo ingobernable

Universidad de Guadalajara

Ricardo Villanueva Lomelí *Rector General*

Héctor Raúl Solís Gadea *Vicerrector Ejecutivo*

Guillermo Arturo Gómez Mata *Secretario General*

Centro Universitario de la Costa

Jorge Téllez López *Rector*

José Luis Cornejo Ortega *Secretario Académico*

Mirza Liliana Lazareno Sotelo *Secretario Administrativo*

Aportaciones del Derecho
internacional, mexicano y jalisciense
a un mundo ingobernable

Edna Ramírez-Robles
Marco Antonio Delgadillo Guerrero
Luis Corona Pantoja
Coordinadores

Universidad de Guadalajara
2024

Para garantizar la calidad, pertinencia académica y científica de esta obra, el manuscrito fue sometido a un riguroso arbitraje por medio de dictaminado a doble ciego, emitido por académicos especialistas en la materia, avalados por el Comité Editorial del Centro Universitario de la Costa de la Universidad de Guadalajara, México.

Primera edición, 2024

D.R. © 2024, Universidad de Guadalajara
Centro Universitario de la Costa
Av. Universidad 203, delegación Ixtapa
48280, Puerto Vallarta, Jalisco, México

ISBN: 978-607-581-200-7 (digital PDF)

Editado en México / *Edited in Mexico*

Contenido

Agradecimientos	
Marco Antonio Delgadillo Guerrero	7
Prólogo	
Edna Ramírez-Robles	9
Introducción	
Luis Corona Pantoja	11
Desafíos de la propiedad intelectual	
José Guillermo García Murillo	13
Implementación estratégica del arbitraje en el registro y uso de los <i>nombres de dominio</i> de Internet: estudio de casos	
José Zócimo Orozco Orozco	32
Modelos de Protección de la Propiedad Intelectual, su armonización con el contexto internacional	
Gelacio Juan Ramón Gutiérrez Ocegueda	52
El caso de Estados Unidos contra México en materia energética en el marco del T-MEC	
Edna Ramírez-Robles	
Luis Corona Pantoja	65

Derecho humano a la desconexión digital laboral Martha Patricia García Rodríguez Margarita Cantero Ramírez José Cruz Guzmán Díaz	82
Reflexiones sobre la reforma electoral 2022 Salvador Carrillo García Tadeo Eduardo Hübbe Contreras Ernesto Rafael Gutiérrez Guízar	103
Órganos Constitucionales Autónomos (OCA) ante los poderes del Estado: caso Comisión Estatad de Derechos Humanos Jalisco (CEDHJ) Violeta Yazmín Sandoval Cortés Ernesto Gerardo Castellanos Silva	123
El concepto de territorio y su vínculo con la identidad y el sentido de pertenencia de los pueblos indígenas Juana Pérez Gómez Alfredo Sánchez Ortiz	145
Sobre los autores	169

Agradecimientos

Marco Antonio Delgadillo Guerrero

Agradecemos infinitamente el apoyo del Dr. Jorge Téllez López, Rector del Centro Universitario de la Costa, quien siempre ha impulsado este tipo de proyectos lo que nos inspiró para que este libro haya sido publicado; así mismo, reconocemos las gestiones realizadas por el Dr. José Luis Cornejo Ortega, Secretario Académico del CUC, también, reconocemos a la Lic. Laura Biurcos Hernández, quien desde la Unidad de Publicaciones ha dado seguimiento puntual a esta obra.

Prólogo

Edna Ramírez-Robles

El presente libro, el cual tengo el honor de prologar y ser coautora en un capítulo, contiene piezas de investigación que en su primera versión fueron presentadas en el Coloquio Académico de Estudios Sociales y Económicos (CADESE) en su edición 2022 del Centro Universitario de la Costa (CUCOSTA). Esta edición fue iniciativa y organización del Director de la División de Estudios Sociales y Económicos (DESE) del CUCOSTA, el maestro Marco Antonio Delgadillo Guerrero. Por su parte, los capítulos plasmados en este libro, se presentaron en la mesa de trabajo titulada: Sistemas y Procesos Jurídicos coordinada por el Departamento de Estudios Jurídicos (DEJ) de la DESE del CUCOSTA, el cual se encuentra bajo mi cargo.

La presente obra se compone por ocho capítulos que aportan análisis de casos prácticos. Su punto de partida es el derecho internacional, desdoblándose en casos de la actualidad que ocurren en México, Jalisco y en algunos de sus municipios. Cada manuscrito refleja distintos ejemplos sobre crisis de modelos de gobernanza existentes siendo profundamente representativos del mundo contemporáneo.

En este sentido, las soluciones que cada capítulo plasma, reflejan temas que pueden fungir como ejemplos para resolver problemáticas similares en distintos contextos. En la actualidad, lograr una gobernanza funcional y sustentable, se ha convertido en un tema complejo en los distintos niveles ya mencionados. La constante incertidumbre de esta gobernabilidad genera crisis que representan desafíos sin precedentes. Por lo que, es condición *sine qua non*, buscar soluciones que brinden certeza y predictibilidad, como las que se derivan del derecho.

Esta obra refleja algunas de las herramientas que el derecho ofrece para propiciar soluciones que armonicen a este mundo ingobernable. Estas solucio-

nes se encuentran en distintas etapas de la resolución de conflictos, sea en la prevención, la gestión o en el procedimiento de su solución. Específicamente, los distintos capítulos tratan de mecanismos de solución de controversias tanto entre Estados como entre actores privados. También se refiere a los codificados en diversos ordenamientos, tanto internacionales y nacionales. En específico se sugieren respuestas jurídicas que van desde procedimientos de solución de controversias de naturaleza arbitral y heterocompositivos, hasta propuestas de revisión y modificación de legislaciones existentes, o hasta inclusive, codificaciones de derechos escasamente regulados.

Todos los temas anteriormente mencionados, son el claro ejemplo de la existencia de una encrucijada derivada de una crisis global que ha permeado en las agendas nacionales en sus distintos niveles y donde el derecho funge un papel fundamental para brindar coherencia, certidumbre en una gobernanza sustentable.

Finalmente, agradecemos infinitamente el apoyo del Dr. Jorge Téllez López, Rector del Centro Universitario de la Costa, quien siempre ha impulsado este tipo de proyectos lo que nos inspiró para que este libro haya sido publicado; así mismo, reconocemos las gestiones realizadas por el Dr. José Luis Cornejo Ortega, Secretario Académico del cucosta, también, reconocemos a la Lic. Laura Biurcos Hernández, quien desde la Unidad de Publicaciones ha dado seguimiento puntual a esta obra.

Introducción

Luis Corona Pantoja

El presente libro presenta la convergencia entre ciertos desafíos globales y el derecho en sus distintas ramas y niveles. Cada capítulo denota herramientas que emanan del derecho para la solución de conflictos. Dichas herramientas y su aplicación a derechos concretos que los autores resaltan como desafíos actuales se abordarán brevemente a continuación.

El capítulo “Desafíos de la propiedad intelectual” explora el desafío de conceptualizar la propiedad intelectual en cuanto a los avances científicos y tecnológicos logrados a lo largo de la evolución histórica de la humanidad y la solución de conflictos en materia de propiedad intelectual. En el mismo sentido, el capítulo titulado “Implementación estratégica del arbitraje en el registro y uso de los *nombres de dominio* de Internet: estudio de casos” donde se resalta la “ciberpreocupación” como uno de los desafíos modernos en esta materia. Además, el capítulo “Modelos de Protección de la Propiedad Intelectual, su armonización con el contexto internacional” enmarca como la principal problemática el transitar de un modelo tenue de protección del derecho de propiedad intelectual en México hacia un sistema robusto, dicho capítulo hace referencia a algunos desafíos en el ámbito nacional e internacional. Entre ellos se evocan las dificultades institucionales relativas a la propiedad intelectual y algunas figuras específicas tales como las patentes, las marcas o el régimen de regalías.

Posteriormente, el capítulo titulado “El caso de Estados Unidos contra México en materia energética en el marco del T-MEC” plantea los posibles escenarios en el procedimiento de solución de diferencias del T-MEC donde se denota la combinación de una retórica hostil a la inversión privada y la falta de certidumbre jurídica en el sector energético mexicano.

Asimismo, otra herramienta explorada en el presente libro es la codificación de ciertos derechos respecto de los cuales su regulación es escasa o inclusive, no se encuentran regulados como lo plantea el capítulo que lleva por nombre “Derecho humano a la desconexión digital laboral”.

En otros casos, si bien existe regulación al respecto, por diversos fenómenos puede que sean necesarias modificaciones a sus preceptos como lo propone el capítulo “Reflexiones sobre la reforma electoral 2022”. El cual indica que diferentes fuerzas políticas y especialistas han manifestado su preocupación en las implicaciones de dicha reforma, si esta puede considerarse un avance en la apertura democrática, o bien, un retroceso que conduciría a un gobierno hegemónico con un partido de estado. Asimismo en el capítulo “Órganos Constitucionales Autónomos (OCA) ante los poderes del Estado: caso Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco (CEDHJ)” se ha generado especulación en años recientes en nuestro país sobre la intromisión de los poderes del Estado en funciones ajenas a estos, así como la concentración de este, han propiciado gran debate social sobre el riesgo que corren ciertas instituciones ante el posible “secuestro” del que las mismas pudieran estar siendo sujetas a consecuencia del abuso de autoridad de actores políticos de los distintos poderes del Estado, específicamente si del poder ejecutivo hablamos.

El cual muestra que la pandemia enfrentó al trabajador en sus relaciones laborales, toda vez que tuvo que integrar en utilizar su casa-hogar, que era su lugar para su vida privada y de descanso, en el de lugar para realizar su trabajo. Desde la perspectiva de los desafíos de los pueblos indígenas el capítulo titulado “El concepto de territorio y su vínculo con la identidad y sentido de pertenencia de los pueblos indígenas” resalta que resulta insoslayable la reivindicación de sus derechos a la libre determinación, territorio, cultura e identidad, lo que ha implicado *per se* un cuestionamiento a la forma en cómo el Estado a través de sus legislaciones e instituciones indigenistas ha actuado ya que todavía existe un excesivo rigor legislativo que provoca graves violaciones a los derechos de estas comunidades y a sus derechos humanos.

Como se demuestra en las breves menciones a cada uno de los capítulos. El presente libro aborda las esferas de regulación internacional, nacional y jalisciense y las diversas herramientas que ofrece el derecho en sus distintas ramas para afrontar los desafíos analizados, lo cual brinda una visión más holística de las implicaciones y aportaciones que tiene el derecho en la crisis de gobernabilidad.

Desafíos de la propiedad intelectual

José Guillermo García Murillo

Resumen

La propiedad intelectual actualmente ha cobrado una gran importancia en el desarrollo económico de los países toda vez que sirve para estimular y ordenar la competencia en el ámbito de los bienes intangibles. Si estos derechos no se otorgaran por parte del Estado no existirían una competencia leal sobre bienes inmateriales, o estaría muy limitada, porque nadie se interesaría en invertir y hacer innovaciones que podrían ser copiadas, falsificadas, alteradas, adulteradas por los competidores. Así resulta que las normas de protección de la libre competencia y la lucha contra la competencia desleal son una permanente adecuación de las disposiciones legales de la propiedad intelectual para impulsar y fortalecer el desarrollo económico.

En la actualidad el derecho económico se establece dentro de la clasificación del orden jurídico en general, sin embargo, existen algunos tratadistas que aun sostienen la tesis de que el derecho económico debe ser colocado dentro del derecho público toda vez que este derecho es el que regula la acción del Estado sobre la economía y permite al Estado imponerse a la antigua relación privada de producción, aunque sin desconocer las necesidades y los intereses del empresario, al cual inclusive protege y estimula. Existe una corriente de juristas que consideran que el Estado conserva y debe conservar sobre los aspectos que se han denominado estratégicos para la economía nacional, pero no es únicamente responsabilidad no sólo del gobierno, sino también de los demás sectores que conforman el Estado, particularmente los sectores público, social y privado, bajo un proyecto de cuádruple hélice que incluya a las universidades.

Palabras clave: propiedad intelectual, propiedad industrial, derechos, conflicto.

Introducción

Desde el origen de la humanidad, hasta nuestros días, una de las causas ha sido el sentido de vivir plenamente rodeado de satisfactores, lo que bien ha permitido al ser humano poder explorar, investigar y generar nuevas oportunidades de crecimiento; en este contexto la propiedad ha sido uno de los derechos primordiales. Según De Pina Vara, en el *Diccionario de Derecho* (1999) la palabra propiedad (derecho de posesión) proviene del latín *propietas*, y se define de la siguiente manera:

Derecho de goce y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados, de acuerdo con lo permitido por las leyes, y sin perjuicio de terceros. Este derecho reviste formas muy variadas y cada día está siendo sometido a más limitaciones, especialmente en cuanto a su disfrute por el titular.

Luego entonces es un goce o dominio para poder disponer o usar una cosa en tanto no afectemos los derechos de terceros, ni violentemos la ley; asimismo es un poder reconocido por la ley con el propósito de facultar a un sujeto para que lleve a cabo acciones directas e inmediatas sobre una cosa o bien para aprovecharla en su favor siempre y cuando sea oponible frente a cualquier otro sujeto.

Es la propiedad, después de la protección a la vida, uno de los derechos más antiguos, inclusive la persona es el primer concepto de propiedad sobre uno mismo en conjunto a ser dueño y señor de sus propias decisiones, ideas y forma de ser, esa es la calidad de autonomía y libre albedrío.

La voluntad determina no sólo el uso y goce de la cosa sino el abuso y disposición de la misma y está subordinada a un particular poder, sin embargo, al derecho de propiedad le asiste un título jurídico, el cual permite la adquisición, goce y enajenación de la cosa. El propietario también tiene derecho a percibir los frutos y las cosechas que se obtengan, además de hacer con sus cosas todo cuanto desee, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

Algunos autores y estudiosos del derecho han considerado que la propiedad incide directamente sobre los derechos reales, pero no todos comparten esta posición pues afirman que la propiedad también puede ser inmateral, y se pro-

tegen los bienes intelectuales –los cuales son de naturaleza incorpórea– a través de concesiones o privilegios otorgados por un tiempo determinado.

Aparece entonces la propiedad intelectual y ésta abarca dos disciplinas: los derechos de autor, y la propiedad industrial, las cuales construyen un nuevo paradigma en la propiedad impuesto por los avances científicos y tecnológicos cuyo dinamismo sigue exigiendo un profundo estudio normativo para proteger el ingenio humano.

Ante esta situación surge la siguiente interrogante: ¿Qué son los derechos de propiedad intelectual? Es un conjunto de derechos patrimoniales de carácter exclusivo que otorga el estado a personas u organizaciones principalmente sobre las obras creativas: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio, facultan al creador del derecho para impedir a otros el uso no autorizado de su propiedad durante un tiempo limitado o determinado, sin dejar de comentar que esas investigaciones o innovaciones pueden ser productos y creaciones objetos de comercio.

Génesis del derecho intelectual

Sin duda alguna la propiedad intelectual tiene sus orígenes en Europa. Su desarrollo doctrinario occidental, en este lugar del mundo, se fortaleció con la noción de que la paternidad de un invento científico o tecnológico, así como las creaciones artísticas o literarias, debían recibir un derecho privilegio o propiedad por un tiempo determinado. Esta concepción filosófica y económica se divulgó posteriormente hacia América y al continente asiático.

La propiedad durante la historia de la humanidad se ha caracterizado por el poder que otorga sobre una cosa, de ahí que la propiedad intelectual se considere como un conjunto de derechos en los cuales la ley reconoce al autor sobre la obra producto de su inteligencia. La imprenta vino a dimensionar la necesidad de protección por parte del legislador quien se vio obligado a garantizar los derechos autorales y prevenir los posibles actos de usurpación. Esto se realizó bajo dos figuras: la primera fue la de dominio público pagado que consistió en que una vez publicada una obra, todos pudieran reproducirla; de esta manera se satisfaría al autor mediante una compensación o pago; y la segunda –la más popular– fue la de conservar para el autor o a sus herederos, un monopolio sobre la explotación de la obra por un determinado tiempo.

Lo anterior suscitó un debate entre los partidarios de la perpetuidad y los de la limitación. La controversia no se da en los derechos vitalicios que debe tener un autor sobre su obra, tampoco en lo concerniente a si éste los puede transmitir a sus sucesores. Las opiniones se dividen precisamente porque unos consideran que la sucesión debe ser perpetua y otros limitada; esta última es la opinión de la mayoría y, sobre todo, de las legislaciones (por ejemplo, México).

Sobre el tema, el doctor Odimba (2010) refiere que el concepto básico de la propiedad intelectual ya se mencionaba en el código de las leyes judías llamado Shulján Aruj, puesto que en este código se mencionaba en forma explícita, por primera vez, la prohibición Gnevat a da'a contra el robo de ideas o conocimiento; posteriormente, nos ubica en la Inglaterra del siglo xvii cuando comenzó a ser reconocido el copyright como un derecho inherente a la creación literaria, y por extensión a la creación de obras propias del intelecto. En el año 1873 este mismo autor señala que se internacionaliza la protección de la propiedad intelectual con motivo de la exposición internacional de invenciones de Viena, a la que se negaron asistir algunos expositores extranjeros por temor a que les robaran las ideas para explotarlas comercialmente en otros países. Diez años más tarde (1883) se adoptó, en París, un convenio que protegiera la propiedad industrial. Este fue el primer tratado internacional de gran alcance destinado a facilitar que los nacionales de un país obtuvieran protección de otros países para sus creaciones intelectuales mediante derechos de propiedad intelectual; el mismo trata sobre patentes, marcas y diseños industriales.

En este contexto Viñamata (1998) establece que fue en Francia, en 1793, donde los derechos de propiedad intelectual se encuadran por primera vez, de manera expresa, como derechos de propiedad, aunque de inmediato empezaron a formarse corrientes que se oponían a tal clasificación, argumentando que los derechos de autor son concesiones del estado, además, que son derechos de obligación originadas por un contrato tácito celebrado entre la sociedad y el individuo. En contraste, una tercera escuela los ubica dentro de los que pudieran considerarse como derechos personales, toda vez que al utilizar esos derechos como de propiedad equivalen a identificar los derechos intelectuales como derechos reales y asimilarlos a la propiedad del derecho civil, con todas las consecuencias que derivan de esta asimilación.

Miguel Ángel Emery (2003) nos señala otros antecedentes que datan en la España de 1764, cuando la propia concesión de privilegios fue la primera forma

de protección legal específica para las obras del espíritu o del conocimiento. Para la historia jurídica argentina, tiene particular importancia la pragmática dictada por el Rey Carlos II de España que concedía al autor el monopolio de explotación de la obra al expresar lo siguiente: “aquí [en] adelante no se conceda a nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro sino al mismo autor que lo haya compuesto”. Este privilegio era transmisible a los herederos por la real orden de 1764; claro, el copyright de la Reina Ana, de 1710, fue el precedente inmediato que otorgaba a los autores el derecho exclusivo de imprimir libros que todavía no habían sido publicados a la vez que reservaba a la corona el derecho a limitar el precio de los libros impresos de acuerdo con su mejor juicio cuando se detectaron abusos.

Pronto se expandió por todo el continente europeo la idea de garantizar este derecho de propiedad; así es que en 1761 el consejo del Rey determinó que los descendientes del autor tendrían el derecho a heredar las obras inmediatamente después de que quedaran satisfechos los privilegios; esto afectó directamente a los autores, situación que cambió para el año 1793 cuando se instituyó la protección autoral basada en el derecho de propiedad.

La jurisprudencia francesa desarrollada entre 1810 y 1860 recepta a los llamados derechos morales que permiten al autor vincular su nombre a la obra después de su enajenación, a que no sea modificada o a que sea o no sea divulgada. Si bien es cierto, la Revolución francesa logró aniquilar los privilegios; también lo es que otorgó a los inventores y a los autores el derecho real más fuerte: “la propiedad sobre sus obras” (Emery, 2003, p. 5).

Como se ha constatado, las actas de nacimiento son dispersas y no existe en cuanto a su origen un acuerdo unánime. Al respecto, Solorio (2007, p. 18) sostiene que cuando menos el origen de la protección del conocimiento, por medio de las invenciones, se remonta hasta el siglo VI a.C., sin embargo, Solorio (2007) considera que el primer antecedente legislativo se encuentra en Venecia en el año 1474, fecha en que el senado de aquella ciudad expidió la primera ley general de patentes, mediante la cual se obligaba a que su titular registrara cualquier nuevo e ingenioso mecanismo no producido previamente dentro de Venecia y se prohibía reproducirlo a cualquier otro que no fuese el inventor. Hasta este punto podemos decir que el ingenio humano y su capacidad de inventiva y arte datan desde los orígenes de la propia humanidad. Su regulación en beneficio de sus creadores como tal a reserva de cualquier otra opinión podemos ubicarla desde

el punto de vista más ortodoxo a partir del siglo vi. Específicamente Inglaterra, en 1710, fue el primer país en legislar sobre derechos de autor y en seguida Francia en 1716 y los Estados Unidos de América en 1790, y lo que ayer no era comprendido a cabalidad hoy forma parte de la declaración universal de los derechos humanos.

Evolución y desarrollo de la propiedad intelectual

Si nos detenemos a pensar cómo ha evolucionado la materia de propiedad intelectual en las diferentes etapas históricas, podemos delimitarla en el contexto económico, político e ideológico; todos éstos inciden intrínsecamente en el área del derecho, y ha sido la dinámica de las relaciones comerciales de los hombres en sociedad lo que ha determinado su comportamiento y sus acciones de protección. El avance vertiginoso de la tecnología ha impuesto necesidades distintas en el siglo XXI: la cibernética es un mundo de relaciones virtuales y la electrónica modificó las características contractuales y de negocios. Existen Estados consumidores de propiedad intelectual, generalmente monoproductores y emergentes, en tanto que los Estados desarrollados son productores de bienes intelectuales y han sido estos últimos quienes a sus ciudadanos y empresas dieron mayor protección legal en la materia al implementar mecanismos eficaces para hacer valer los derechos. La propiedad intelectual tiene criterios de valoración generalmente aceptados según los cuales el valor de un activo debe ser igual a lo siguiente:

- Los valores que se negocian con respecto a otros activos similares.
- El costo de su producción o creación.
- El valor actual de las utilidades futuras que se espera tener con el activo.

Por consiguiente, la protección tiene una lógica hasta en el incentivo económico para crear, producir o inventar, puesto que en caso contrario nadie estaría dispuesto a invertir o arriesgar su capital sin ningún beneficio económico, es por ello que al inventar se le otorgan licencias o concesiones para explotar sus creaciones. De esta manera la sociedad gana y el inventor también, incentivado económicamente para intentar nuevos inventos.

Sin embargo, debemos de reconocer como hecho que los conocimientos científicos se han desarrollado desde el origen de la civilización sin necesidad de un régimen de protección. Es posible que el deseo de conocer la verdad o prestigio, asociado a la ciencia, haya sido suficiente incentivo para el desarro-

llo científico. Es conocida la anécdota del científico que planteó un problema matemático a los sabios de su época (se presume que dicho científico era Blas Pascal, y el problema era la ecuación de la curva cicloide); luego de un tiempo sin respuesta, envió la solución a sus corresponsales.

Otro argumento es que los gobiernos han subsistido a la investigación científica, como política alternativa al régimen de protección y una más es que los empresarios son cada vez más conscientes de los beneficios que trae el desarrollo científico y subsidian o contratan por su cuenta investigadores, de tal manera que los tiempos entre un descubrimiento y su aplicación técnica y explotación comercial, es cada vez más corto; por ejemplo, la fotografía tardó 112 años en comercializarse, el telescopio 56, la radio 35, el radar quince, el transistor seis, el circuito integrado tres, etcétera.

Las nuevas tecnologías de fines del siglo XIX y principios del XX (las grabadoras, la radio, la cinematografía, la televisión y telefax) fueron marcando sucesivas evoluciones en lo que concierne a la propiedad intelectual. En las últimas décadas estos adelantos tecnológicos se han multiplicado de manera vertiginosa, no sólo en forma cuantitativa sino también cualitativamente.

Las computadoras y el internet, además de las redes sociales y la globalización del comercio, han producido una transformación en la vida moderna, que se reflejan particularmente en el derecho de autor.

Han sido varias las teorías con tendencia a explicar la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales que coinciden con su evolución histórica y se equiparan a la explotación exclusiva de los beneficios que se generan en las formas de apropiación y posesión, para su explotación bajo los atributos de goce y disposición que son los que se distinguen en la propiedad. Aunque la propia denominación del concepto ha sido muy debatida en la doctrina –al igual que la teoría en que se sustenta ante tal posicionamiento– se afirmó que los derechos de autor no son derechos de propiedad; por su parte, Oscar Morineau rescata el concepto de propiedad intelectual al afirmar que es indiferente llamar a un fenómeno A o B, con tal de que sepamos la naturaleza del objeto designado por la palabra; lo importante es la protección jurídica que se le da a determinada creación de la inteligencia (UNAM, 2005, p. 3093).

En la diversidad de su origen y evolución histórica, no es sorprendente encontrar diversas acepciones a la denominación de la materia. Se ha cuestionado que la teoría de la propiedad no contempla la limitación temporal propia de

los derechos intelectuales, en contraposición con el dominio sobre los bienes materiales, que es perpetuo. El reconocimiento de que este tipo de propiedad es de una naturaleza especial, y que consecuentemente exige una organización diferente a la de propiedad ordinaria, no perjudica el principio.

En este contexto, a continuación, mencionamos los requisitos para la existencia jurídica del derecho de propiedad intelectual (UNAM, 2005, p. 3093):

- La manifestación externa de la idea.
- La existencia de la norma jurídica que reconozca la facultad o atribución al autor de esa manifestación.
- El ejercicio de la facultad concedida por la norma mediante registro de la obra intelectual.

Ahora bien, es necesario precisar que en materia de derechos de autor existen dos dimensiones, es decir, los derechos patrimoniales y los derechos morales. Los primeros conceden al autor la facultad de explotar de manera exclusiva sus obras, así como de autorizar a otros su explotación en cualquier forma sin más límites de los que la propia ley imponga. La temporalidad y la prescripción son rasgos o características de los derechos patrimoniales. Pasado el tiempo (en México son vitalicios y después de la muerte del autor o del último de los autores cien años más para goce de sus herederos) la obra pasa al dominio público, esto es, puede ser utilizada en forma gratuita.

Los derechos morales nacieron a finales del siglo XIX como una idea basada en que la obra del autor es una extensión de su persona. Cualquier agresión a la obra es igualmente considerada una agresión a su persona. Para el año 1971, en la Convención de Berna, a nivel internacional se protegieron las obras literarias y artísticas. Los derechos morales son una serie de facultades: derecho de divulgación, derecho de paternidad, derecho de integridad, y derecho de retracto. A continuación, abordaremos para su mejor comprensión cada una de éstas:

- *Derecho de divulgación.* Se refiere a la facultad que tiene el autor de una obra literaria o artística para determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma mantenerla inédita. Este último aspecto de negación es el derecho al inédito.
- *Derecho de paternidad.* Toda persona con derecho autoral goza de la prerrogativa de exigir su reconocimiento como creador de la obra y de disponer si la divulgación se efectuará como anónima o firmada con algún pseudónimo.

En sentido contrario existe el derecho al repudio, que consiste en oponerse a que se le atribuya una obra que no es de su creación.

- *Derecho de integridad.* Significa que el autor tiene la facultad para modificar su obra, así como el derecho de exigir respeto hacia ésta, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación, modificación, atentado o acción en demérito o perjuicio de la misma.
- *Derecho de retracto.* Éste se le concede al autor porque es posible que sus opiniones, ideología, creencias o puntos de vista actuales sean contrarios o se encuentren incompatibles a sus principios, por lo que tiene la facultad moral de retirar su obra del comercio.

Los derechos morales se consideran unidos al autor y son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables.

Una condición para que se lleve a cabo la protección de las obras intelectuales es que éstas deben ser originales y pertenecer al ámbito de las letras, de las artes o de las ciencias. En ese sentido, una obra intelectual es toda exposición personal de la inteligencia que tenga individualidad, que desarrolle y exprese, en forma integral, un conjunto de ideas y sentimientos aptos para difundirse —mediante la reproducción— como hechos públicos (Emery, 2003).

En torno a esta consideración podemos abordar los derechos conexos y son aquellas disposiciones legales que otorgan facultades de protección para los artistas intérpretes o ejecutantes, editores de libros, productores de fonogramas, productores de videogramas y organismos de radiodifusión.

Estos derechos de ninguna manera afectarán la protección de los derechos de autor sobre las obras literarias y artísticas y el plazo de protección es de 50 años a partir de la primera fijación de la interpretación o ejecución que nos ocupe (Emery, 2003, p. 5).

Por su parte, Martín Michaus (1998) refiere que la Ley Federal de Derechos de Autor (LFDA) establece que la protección para los artistas intérpretes y ejecutantes es a partir de la primera fijación de la interpretación o ejecución en un fonograma, o de la primera interpretación o ejecución de obras no grabadas en fonogramas, o de la transmisión por primera vez a través de la radio, televisión o cualquier medio; de los editores de libros, a partir de la primera edición, y de los productores de fonogramas a partir de la primera fijación de los sonidos e imágenes en el caso de videogramas, mientras que la protección para los organis-

mos de radiodifusión es de 25 años a partir de la primera emisión o transmisión original del programa.

Los artistas intérpretes pueden oponerse a la comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones, a la vigencia de sus interpretaciones o ejecuciones sobre una base material, y a la reproducción de la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones. Por su parte, el productor que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos, o la representación digital de los mismos que es responsable de la edición, reproducción, y publicación de fonogramas, tiene derecho de autorizar o prohibir lo siguiente (Michaus, 1998, p. 99):

- La reproducción o explotación directa o indirecta, total o parcial de los fonogramas.
- La importación de copias del fonograma hechas sin autorización del productor, la distribución pública del origen y de cada ejemplar del fonograma y el arrendamiento comercial del original o de una copia del fonograma, aún después de la venta del mismo, siempre y cuando no se le hubiera reservado los autores o los titulares de los derechos patrimoniales.

Conflicto internacional y propiedad intelectual

Como punto de inicio resulta prudente conceptualizar lo que el conflicto implica. Para ello se debe tomar en consideración que la definición dependerá de cómo sea comúnmente percibida, a partir de alguna o varias de las alternativas siguientes: forma de oposición entre las partes; ausencia de acuerdo entre las partes; forma de externar y propiciar la solución de las contradicciones sociales; o cómo un proceso normal que forma parte de la interacción humana (Lyamouri-Bajja *et al.* 2012, p. 54).

Un análisis del fenómeno del conflicto internacional nos permite profundizar en la identificación de sus: tipos, razones, motivaciones, causas, consecuencias, componentes. En el ámbito de la propiedad intelectual las controversias entre titulares de los derechos que de la misma derivan y que portan diferentes nacionalidades, son susceptibles de resultar a partir de la insatisfacción de los compromisos asumidos por las partes y/o de las decisiones de gobierno que entrañan el incumplimiento de tratados, acuerdos o negociaciones internacionales (resultando más visibles en las naciones cuya ideología es de izquierda radical). Algunas de dichas controversias resolver al Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) como organismo

de la Organización de las Naciones Unidas, lo que implicará para efectos de este estudio, constatar sus ventajas e inconvenientes en la solución de conflictos de naturaleza comercial en aras de mantener la paz en el contexto internacional.

El conflicto y conceptos semejantes

El latín del origen del vocablo conflicto al derivar de *conflictus*, cuya significación es la de colisión o choque. “No obstante, ha ameritado un ajuste en su aplicación fáctica, reciente ha sido tendencia considerar el conflicto como algo normal, un fenómeno social cotidiano, y una característica simple y natural de los sistemas sociales humanos” (Lyamouri-Bajja *et al.*, 2012, p. 54).

A). La distinción entre el concepto de conflicto y otros que le son similares radica en su grado de acentuación a lo largo del tiempo iniciando con una tensión, transitando posteriormente hacia una crisis y concluyendo con el desencañamiento de una guerra.

Hay algunos conceptos que son similares en forma de conflicto y que son provocados por el desarrollo evolutivo del conflicto. Son los siguientes:

- *Tensión*: Es una situación que acompaña al conflicto y no se caracteriza por la violencia y puede llevar a la ruptura de las relaciones entre las partes.
- *Crisis*: Una etapa avanzada de un conflicto y una confrontación tensa entre las partes de un conflicto que puede resultar en una guerra.
- *Guerra*: La última etapa del conflicto internacional, un conflicto armado entre dos o más partes con un alto nivel de violencia (Al-Rawashde y A.Al-Majali, 2017, p. 3489).

B). Un diverso intento de disociar el término conflicto con relación a nociones que le son afines habla de la existencia de: diferencias, desacuerdos, problemas, disputas, y crisis. Es necesario puntualizar la naturaleza y límites existentes entre una diferencia, un desacuerdo y un problema. En lo que a las diferencias se refiere, dado su alto contenido humano estas son propias de la convivencia entre las personas, es el ingrediente que les dota de vitalidad; la identificación seguida de la selección de preferencias y prioridades genera los desacuerdos, y el problema surge cuando el desacuerdo o sus causas generadoras afectan solamente a alguna de las partes.

En la disputa, las partes no sólo están involucradas de una u otra manera, sino que también tienen interés en revertir la potencial tendencia hacia una es-

calada y realizan un esfuerzo con el objetivo de ganar recíprocamente o por lo menos no perder, por lo que identifican, controlan y evitan que se propaguen cualquier riesgo de agravación. Se trata entonces de ofrecer razones o hechos en apoyo u oposición a algo.

Por lo que a la crisis se refiere, se le distingue como un proceso de toma de decisiones y fijación de posiciones. En ese sentido Mohammad Salim Al-Rawashde y Sahar A.Al-Majali precisan que:

Si bien la definición central de la crisis se basa en determinar el contenido de la política, problema o situación, la definición procedimental enfatiza el núcleo esencial de las características de la situación sin tener en cuenta si un particular caso incluye, por ejemplo, un conflicto interno, político o incluso crisis individual (2017, p. 3492).

Medios de control del conflicto internacional. Mohammad Salim Al-Rawashde y Sahar A.Al-Majali coinciden en afirmar que existen diversos mecanismos para el manejo del conflicto internacional y cuya naturaleza puede ser: diplomática, mediática militar y política:

Medios de gestión del conflicto internacional:

- *Medios diplomáticos*: el proceso de negociación y representación entre estados, es decir, cada parte por sus propios medios para convencer a su oponente está tratando de ganarse la opinión pública a su favor.
- *Medios de comunicación*: es un medio moderno de comunicación y medio para ganarse la opinión pública.
- *Medios militares*: Este método se adopta tras el fracaso de los medios anteriores (diplomacia) en la gestión del conflicto, de modo que el conflicto se convierte en guerra y conflicto armado.
- *Medios políticos*: Esto significa negociación, mediación, buenos oficios, investigación y conciliación, medios legales, tribunales de justicia y arbitraje (Al-Rawashde y A.Al-Majali, 2017, p. 3489).

Dicho autor pone de manifiesto que frecuentemente las decisiones adoptadas por los dirigentes nacionales se sustentan en probabilidades que conciernen al ámbito del riesgo calculado, en una hipótesis soportada en la intuición, en una abstracción de la realidad y de lo que verdaderamente sucede en el mundo, lo que les conduce a poner a prueba su escala de valores al creer que sus actos decisorios

se encuentran orientados por principios de eticidad y moralidad, situación que los expone frecuentemente a padecer esquizofrenia política a causa de la alteración de la información (o carencia de rigor científico en su obtención) que les proporcionan sus colaboradores y la incapacidad del gobernante de corroborarla, lo que le permitiría descubrir que en muchas de las ocasiones se trata solamente de una realidad aparente, brindando con ello a la guerra un gran margen de consolidación como único mecanismo de constatación.

El problema se complica aún más por el hecho de que, en el sistema internacional, quienes detentan el poder de decisión suelen estar muy influenciados por su propia escala de valores, que actúa como un filtro selectivo para descartar los elementos de información que podrían cuestionar la imagen que tienen del sistema.

...En ausencia de medios adecuados de verificación, por la información, la realidad de las imágenes que condicionan el sistema internacional, la guerra en sí misma se convierte en un medio por el cual la realidad aparente es sometida a prueba. Es un método costoso y que el mundo moderno condena y rechaza cada vez más; pero, a falta de otro método que permita comprobar la realidad, tiende fuertemente a mantenerse (Boulding, 1965, pp. 436-347).

Desde la perspectiva de Kenneth E. Boulding la guerra como mecanismo de persuasión intimidatoria requiere dar prueba de una alta probabilidad de materializarse, por lo que su capacidad de destrucción debe ser utilizada y no solamente anunciada ya que la amenaza se diluiría a través del tiempo: Todo sistema basado en la intimidación lleva consigo poderosos elementos de inestabilidad. En efecto, para que un sistema de este tipo sea eficaz, es decir que tener éxito en provocar un cierto comportamiento, la amenaza debe ser plausible; sin embargo, lo es cada vez menos, si nunca se pone en ejecución (Boulding, 1965, p. 437).

Bajo esa tesitura, y coincidiendo con la opinión de Kenneth E. Boulding, en el contexto internacional el poder de una nación radica en el alto grado de convicción que irradia a los demás respecto de dos aseveraciones intimidatorias: su capacidad destructiva, y la potencial voluntad de ejecutarla: En el sistema internacional, el poder de un Estado implica, la creencia por parte de otros Estados de que puede causarles daño si no acceden a sus deseos. Esta creencia, o credibilidad, tiene dos componentes: la creencia en la capacidad de destrucción y la

creencia en la voluntad de ejecutarla. Estas dos creencias tienden a disminuir con el tiempo, cuando la capacidad destructiva no se utiliza, y puede verse reducida con el tiempo (Boulding, 1965, p. 437).

El conflicto prevención y el conflicto solución. A decir de Fred Tanner y cuya postura es compartida por el suscrito, la noción de prevención de conflictos envuelve una serie de actividades orientadas a evitarlos y resolverlos mediante técnicas como la mediación, el mantenimiento de la paz, la pacificación o consolidación de la paz, mecanismos de fomento de la confianza y la diplomacia a doble vía (Tanner, 2000, p. 541).

Fred Tanner nos ofrece hábilmente y de manera sintética una muestra de tales esfuerzos manifestando: la inexistencia de explicaciones simples para las causas generadoras de los conflictos y la forma que se alimenta una escalada de violencia (para comprender la dinámica de generación y crecimiento del conflicto resulta indispensable el conocimiento de parámetros básicos como son los indicadores de pobreza, el sostenido e incontrolable crecimiento demográfico, la escasez de recursos, los índices de discriminación y desempoderamiento de las minorías o ciertos grupos sociales, provocaciones militares y fuentes inminentes de inseguridad; resulta de crucial relevancia identificar y distinguir entre las causas generadoras directas e inmediatas del conflicto de aquellas que le resultan subyacentes; frecuentemente las causas del conflicto son resultado de deliberadas decisiones adoptadas por líderes o políticos que utilizan el lenguaje del halago, ideologías radicales o falsas promesas para conseguir el favor del pueblo lo que les conlleva fijar posturas violentas en temas controversiales; no existe una opinión favorable uniforme sobre la utilidad de las alertas tempranas; el empleo de la fuerza ofrece una doble utilidad al ser un recurso eficaz para la prevención de conflictos y mecanismo de garantía en la instrumentación de acuerdos de paz, y el hecho de que un considerable número de los conflictos internos tienen un impacto importante en la comunidad internacional por lo que requieren una atención temprana (que no está libre de riesgos, ni está libre de costos políticos y financieros) para evitar su propagación al contexto internacional, en el entendido de que una efectiva prevención requiere de una comprensiva, multidimensional y coherente estrategia, sin pasar por alto la implicación de sumergirse en el dilema entre mitigar una crisis humanitaria y encontrar una solución a largo plazo (Tanner, 2000, pp. 544-557).

La resolución del conflicto en el ámbito de la propiedad intelectual. La propiedad intelectual es concebida en términos generales como un bien económico y cultural. Desde una tonalidad visualizada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se encuentra relacionada con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio (OMPI, 2022).

La propia dinámica del ejercicio de los derechos inmanentes a la propiedad intelectual genera ocasionalmente la colisión entre sus titulares, lo que brinda un espacio de oportunidad a la OMPI para propiciar su solución a través de las figuras de la mediación o el arbitraje. Efectivamente, en el contexto internacional la propiedad intelectual es objeto de protección a través del Centro de Arbitraje y Mediación creado desde el año 1994 en el seno de la OMPI.

Desafortunadamente uno de los desafíos de la propiedad intelectual consiste en contrarrestar la inercia en que se ven envueltos los titulares de este tipo de derechos cuando los mismos son objeto de controversia, ya que prefieren someterla a la consideración de las autoridades jurisdiccionales (con todas las implicaciones e inconvenientes que ello representa) en lugar de emplear los mecanismos que la OMPI pone a su disposición.

Entre las ventajas que implica la participación del aludido Centro del Arbitraje y Mediación de la OMPI encontramos: la unicidad del procedimiento; la autonomía de las partes en la decisión de elegir las reglas de procedimiento, el derecho aplicable, el lugar e idioma en que se desarrollará el procedimiento; la neutralidad de la resolución (al unificar el idioma, cultura institucional y la legislación aplicable a las partes en el conflicto, resta cualquier ventaja estratégica que para alguna de las partes representaría dirimir la controversia en los tribunales de su lugar de origen, donde se encuentra identificado con el derecho aplicable y los procedimientos que domina); la confidencialidad (de los resultados obtenidos en sede OMPI lo que elimina o mitiga los riesgos de comprometer tanto la reputación de las partes como la develación de la secrecía que la materia amerita particularmente los secretos industriales, comerciales y empresariales salvaguardando consecuentemente sus ventajas competitivas), y la irrevocabilidad y fuerza ejecutiva transfronteriza o extraterritorial de los laudos arbitrales (al no admitir la interposición de recurso alguno, y ante la obligación de los Estados miembros de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 1958, identificada en el contexto internacional como la Conven-

ción de Nueva York, de reconocer la ejecutividad de los laudos arbitrales sin que amerite la revisión del fondo del asunto).

El inconveniente de instar al Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI radica en que el alcance de su resolución ya que solamente es vinculante con respecto a las partes en la controversia. Ello significa que en ningún momento tendría efectos generales, por lo que resulta imposible crear un sistema de precedentes o que la decisión resulte predictiva y obligatoria para una generalidad de interesados y supuestos controversiales asimilables.

Resultados

Del desarrollo de la presente investigación se logró indagar: que la armonización de los intereses de la propiedad intelectual son interestatales, protegen la creatividad y la inventiva humana con efectos *erga omnes* (referente a todos), que las sanciones a la piratería deben ser eficaces; la conceptualización del conflicto; los medios de control del conflicto internacional; el conflicto prevención y el conflicto solución; la solución del conflicto en el ámbito de la propiedad intelectual coadyuvando así a mantener la paz no solamente entre las partes cuyos derechos se ven comprometidos, sino también la buena relación entre los estados de donde son originarias las contrapartes y por lo tanto el principio *pacta sunt servanda* (los acuerdos se cumplen) cobra importante relevancia en los acuerdos arbitrales y fortalece el respeto al derecho ajeno y la cultura de paz.

Conclusiones

La propiedad intelectual actualmente ha cobrado una gran importancia en el desarrollo económico de los países toda vez que sirve para estimular y ordenar la competencia en el ámbito de los bienes intangibles. Si estos derechos no se otorgaran por parte del Estado no existirían una competencia leal sobre bienes inmateriales, o estaría muy limitada, porque nadie se interesaría en invertir y hacer innovaciones que podrían ser copiadas, falsificadas, alteradas, adulteradas por los competidores. Así resulta que las normas de protección de la libre competencia y la lucha contra la competencia desleal son una permanente adecuación de las disposiciones legales de la propiedad intelectual para impulsar y fortalecer el desarrollo económico.

En la actualidad el derecho económico se establece dentro de la clasificación del orden jurídico en general, sin embargo, existen algunos tratadistas que aun

sostienen la tesis de que el derecho económico debe ser colocado dentro del derecho público toda vez que este derecho es el que regula la acción del Estado sobre la economía y permite al Estado imponerse a la antigua relación privada de producción, aunque sin desconocer las necesidades y los intereses del empresario, al cual inclusive protege y estimula. Existe una corriente de juristas que consideran que el Estado conserva y debe conservar sobre los aspectos que se han denominado estratégicos para la economía nacional, pero no es únicamente responsabilidad del gobierno, sino también de los demás sectores que conforman el Estado, particularmente los sectores público, social y privado, bajo un proyecto de cuádruple hélice que incluya a las universidades.

Pese a los avances científicos y tecnológicos logrados a lo largo de la evolución histórica de la humanidad, la solución de conflictos en el contexto internacional y por ende la solución de controversias en materia de propiedad intelectual, sigue dependiente de la voluntad de las naciones y contrapartes comerciales.

La solución de conflictos en el contexto internacional y el logro de la paz en el ámbito de la propiedad intelectual derivado de controversias de naturaleza comercial permanece aún como desafío ante la limitante de los efectos individuales del laudo arbitral. Lo deseable sería que alcance de su resolución, al menos en asuntos relevantes, tuviere efectos *erga omnes* (respecto de todos) instaurando así un sistema de precedentes a partir del cual conflicto con las mismas tipologías pudieren ser resueltos predictivamente.

La Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial del 1 de julio del año 2020 en forma interna se ha adecuando a los cambios vertiginosos y ha reconocido signos distintivos que potencializan el desarrollo regional, sin embargo, se requiere una política pública de cuádruple hélice conformada por empresa-sociedad-universidad-estado para proteger la creatividad cultural, industrial y de biotecnología del pueblo mexicano.

Referencias

- Al-Rawashde, M. S. y A.Al-Majali, S. (2017). The phenomenon of International Conflictin International Relations. *The International Journal of Social Sciences and Humanities Invention THEIJSSHI*, 4(5), 3488-3502. <https://doi.org/10.18535/ijsshi/v4i5.05>
- Amigo Castañeda, J. (2007). La propiedad intelectual: herramienta indispensable para el desarrollo de una ciudad del conocimiento. En J. Aguirre Her-

- nández y R. Garza-Leonard (comps.), *La propiedad industrial, certidumbre jurídica y competitividad* (pp. 99-105). Editorial Nuevo León.
- Becerra Ramírez, M. (coord.) (1998). *Estudios de derecho intelectual*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- . (coord.) (2000). *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Boulding, K. E. (1965). *The Meaning of the Twentieth Century: The Great Transition*. Routledge.
- Bullard, G. A. (coord.) (2005). *Anuario andino de derechos intelectuales*. Palestra Editores.
- De Pina Vara, R. (coord.) (1999). *Diccionario de Derecho*. 27a ed. Porrúa.
- Emery, M. A. (2003). *Propiedad intelectual*. 2da ed. Editorial Astrea.
- Goudreau, M. (2000). *Derecho de la propiedad intelectual*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hamon, L. (1965). Esquisse d'une recherche sur la paix: causes, effets et problèmes. *Revue Internationale des Sciences Sociales. Recherches sur la paix*, XVII(3), 450-473. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000018716_fre
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. (2005). *Diccionario Jurídico Mexicano, P-Reo* (tomo VII). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Repositorio del Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://biblio.juridicas.unam.mx/en/bjv/detalleLibro/1174-diccionario-juridico-mexicano-t-vii-p-reo>
- Lyamouri-Bajja, N., Genneby, N., Markosayan, R. y Ohana, Y. (2012). *Youth transforming conflict*. Vol. 12. Youth partnership. Council of Europe and European Commission.
- Macherey, P. (2014). La Théorie critique: une rationalité sous tension. *Methodos* [en línea]. Consultado el 22 julio de 2022. <https://doi.org/10.4000/methodos.3754>
- Marshall, M. G. (1998). *The Scientific Study of International Conflict Process: Postcards at the Edge of the Millennia*. Center for Systemic Peace. Occasional Paper Series #1.
- Michaus, M. (1998). *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Odimba On Etambalako Wetshokonda, J. C. (2010). *Garantías jurídicas del derecho de la propiedad*. Prometeo Editores.

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Consultado el 22 de julio de 2022. www.wipo.int
- Romero Márquez, R. (coord.) (2005). *Diccionario jurídico mexicano*. Edición Histórica. Porrúa.
- Serrano Migallón, F. (1995). *La propiedad industrial en México*. 2da ed. Porrúa.
- Solorio, O. J. (2007). *Derechos de autor*. Universidad de Colima.
- Tanner, F. (2000). Conflict prevention and conflict resolution: limits of multi-pateralism. *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 82(839), 541-559.
- Viñamata Paschkes, C. (1998). *La propiedad intelectual*. Trillas.

Implementación estratégica del arbitraje en el registro y uso de los *nombres de dominio* de Internet: estudio de casos

José Zócimo Orozco Orozco

Resumen

Los conflictos en el caso de los nombres de dominio de Internet es un tema muy importante en relación con la propiedad intelectual: con los Derechos de autor, en lo referente al uso de bases de datos y también del tema de la Propiedad Industrial, en lo que concierne al uso de marcas y patentes.

La estructura de este artículo se compone de una parte general teórica en relación con el tema, incluyendo la metodología, la parte práctica de la problemática que se puede presentar en relación con el registro del nombre de dominio en internet y se presentan resultados por medio de conclusiones.

En el estudio de casos de esta investigación se analizan tres casos sobre el conflicto del registro del nombre de dominio en internet y que se resuelven por medio de arbitraje: Tequila Centenario, Tequila France y Tequila Patrón.

Palabras clave: nombres de dominio de internet, arbitraje, ciberocupación, marca.

Desarrollo del problema

Se entiende por dominio o nombre de dominio de internet, el nombre único e irrepetible que se le da a un sitio en Internet para que las marcas (propietarias de esas páginas) sean identificadas de forma cómoda y sencilla por los usuarios y sus clientes. Al considerarse como exclusivo, sólo habrá una empresa, compañía, organización o persona con derecho a dicho nombre (White *et al.*, 2023).

Actualmente los nombres de dominio han adquirido más importancia como identificadores comerciales; muchos de estos identificadores comerciales exis-

tían antes del Internet y fueron objeto de protección en los países mediante los Derechos de Propiedad Intelectual.

Se ha establecido como *ciberocupación* indebida en el caso en que haya un registro previo o anticipado de marcas que se contraponen a un nombre de dominio efectuado por terceras personas en un tiempo posterior (Aguilar, 2016).

El registro de nombres de dominio funciona por riguroso orden de solicitud; pudiéndose registrar: nombre de marca, nombre de personalidades, empresas con las que no tienen relación las personas que efectúan el registro de nombres de dominio. Los *ciberocupas* están en posibilidad de registrar cientos de nombres de dominio, pues al subastarlos o venderlos a un costo mucho más alto del precio que pagaron por el registro, obtienen ganancias impensadas. Muchas veces las más afectadas son compañías con marcas registradas nacionales. También se dan casos en que los ciberocupas utilizan el nombre de registro y aprovechan la popularidad de la persona o el prestigio de la marca con la que se asocia al nombre de dominio para atraer clientes a sus propios sitios Web.

Las controversias que se han dado hasta hoy, nos dicen los estudios efectuados, son por la dificultad de determinar quién es el titular de los derechos en los diferentes países; por la voluntad de facilitar el registro en Internet para promover las actividades de negocios y empresarial, sobre todo después de la pandemia de COVID-19; y por tener en cuenta el principio de libertad de expresión por parte de quienes llevan el control del registro, entre otros casos. Lo anterior ha influido a que existan cada vez más casos de registros de mala fe.

Inicialmente se pensó en la elaboración de normas jurídicas por medio de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) y su Centro de Arbitraje y Mediación, en relación con los nombres de dominio de internet. Ocupándose de este problema también la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN), que es la encargada de la gestión de los dominios genéricos de nivel superior como .com, .net y .org, fue urgente el encontrar soluciones a los problemas de las controversias (ICANN, 1998).

Hubo varias propuestas, entre ellas la de celebrar un tratado internacional en ese ámbito, pero también se pensó en que se requería mucho tiempo en su realización adicionando lo tardado de promulgar nuevas leyes nacionales. La opción fue crear procedimientos uniformes y vinculantes en el plano internacional, donde con frecuencia están involucrados distintos países. Al ser respaldada la OMPI

por sus Estados miembros, publicó su Informe, conteniendo recomendaciones relacionadas con los problemas que se plantearon (ICANN, 2012).

El ICANN, derivado de ese informe, aprobó la Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombre de Dominio, en vigor desde el 1 de diciembre de 1999. Su aplicación incumbe a todas las autoridades encargadas del registro de nombres de dominio de Internet acreditadas por el ICANN (ICANN, 2015).

Por lo anterior, la OMPI es el principal proveedor de servicios de solución de controversias en materia de nombres de dominio que goza de acreditación de la ICANN. Uno de los informes señaló que, a finales del año 2001, cerca del 60% de las demandas interpuestas se presentaron ante la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Hoy se cuenta con Política Uniforme de Disputas de Nombres de Dominio y su Reglamento, Directrices para la presentación, el Baremo de tasas y la Guía en materia de nombres de dominio.

Brevemente se sintetiza en el Cuadro 1 las ventajas de la negociación y el arbitraje en la propiedad intelectual en contraposición a los litigios ante tribunales (OMPI, 2005). También es recomendable tener en cuenta el Procedimiento ante la OMPI y los plazos estipulados en sus diversas etapas, Cuadro 2 (OMPI, 2020).

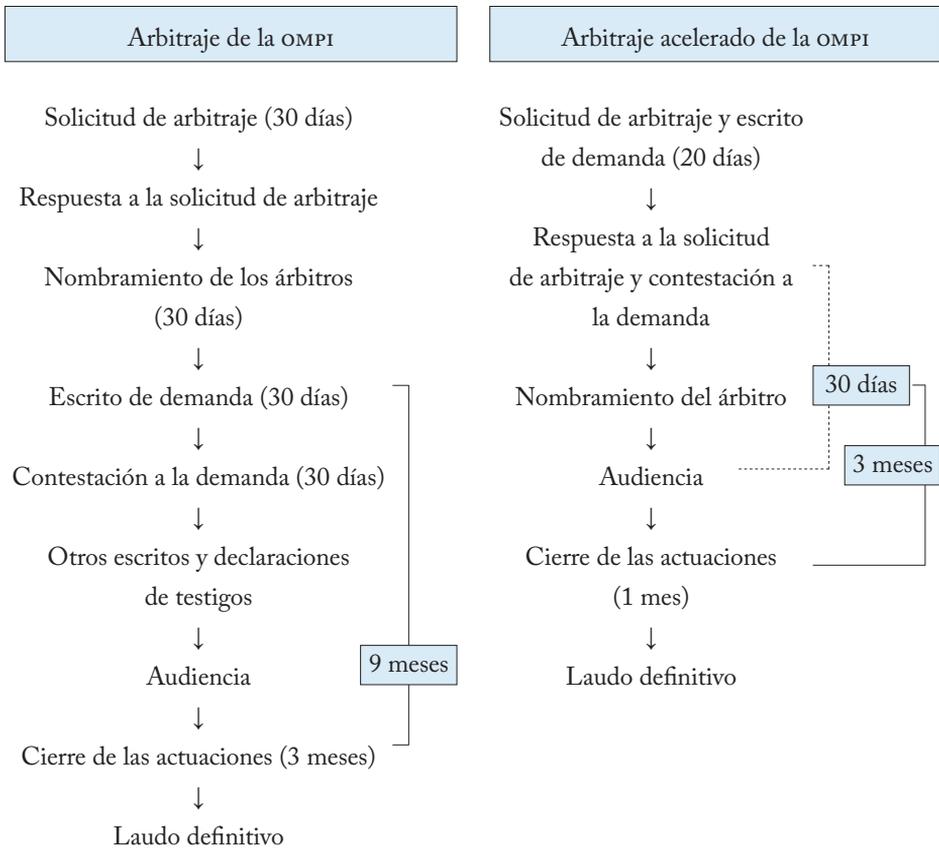
Cuadro 1. Implementaciones estratégicas de la negociación y arbitraje en la propiedad intelectual

Rasgos comunes de las controversias en materia de propiedad intelectual	Litigios ante los tribunales	Arbitraje
Internacional	Múltiples procedimientos a la luz de diversas leyes con muchos resultados. Posibilidad que la parte local tenga ventaja de su propia jurisdicción.	Un único procedimiento y las partes determinan la ley a aplicar. Las nacionalidades de los árbitros pueden ser neutrales a las partes.
Técnico	Es posible que el juez no tenga los conocimientos científico-técnicos necesarios para dar un veredicto.	Las partes pueden seleccionar el árbitro o árbitros que tengan los conocimientos científico-técnicos que sean requeridos.

Urgencia	Juicios con largos plazos en jurisdicciones. Existen medidas precautorias-provisionales.	Las partes pueden acordar reducción de los términos. El árbitro puede dictar medidas provisionales.
Fin del procedimiento	Cabe la posibilidad de agotar recursos/apelaciones.	Las partes pueden acortar límites a los recursos.
Confidencialidad	El procedimiento es público	El procedimiento y el laudo son confidenciales.

Fuente: OMPI, 2005.

Cuadro 2. Comparación entre el arbitraje y el arbitraje acelerado de la OMPI



Fuente: Guía sobre el arbitraje de la OMPI. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_919_2020.pdf

Las marcas y el derecho internacional

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 20 de junio de 1911, en la Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1959 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

Artículo 1.

La protección de la propiedad industrial tiene por objeto... las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominación de origen, así como la represión de la competencia desleal (WIPO.INT, 1967).

a) Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor 1996

Artículo 4.

Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en arreglo a lo dispuesto del artículo 2 del convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su forma de expresión o modo (WIPO.INT, 1996).

Artículo 5.

Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidos como tales. Esta protección abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.

b) El protocolo de Madrid y las marcas internacionales

El Sistema de Madrid se regía por el Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas “el Arreglo de 1891” (WIPO.INT, 1891). Desde 2021 rige la Guía para el Registro de Marcas en virtud del Protocolo de Madrid (WIPO.INT, 2021).

Ante una decisión de la Asamblea de la Unión de Madrid (“la Asamblea”) en octubre de 2016, el arreglo dejó de tener efecto y el Protocolo es el único tratado rector.

El marco jurídico del Sistema de Madrid se conforma por el Protocolo, el Reglamento del Protocolo y las Instrucciones Administrativas.

Las solicitudes de registro internacional deben ser presentadas ante la Oficina Internacional por medio de la Oficina de Origen. Si la solicitud internacional cumple con los requisitos, la marca es inscrita en el Registro Internacional y es publicada en la Gaceta de la OMPI de Marcas Internacionales (OMPI, 2021).

El 25 de abril de 2012 el Senado de la República aprobó la adhesión de México al protocolo Concerniente al Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas. El instrumento de adhesión fue depositado ante la OMPI el 19 de noviembre del mismo año, entrando en vigor a partir del 19 de febrero de 2013 (IMPI, 2018).

c) Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas (WIPO.INT, 1979)

La clasificación de Niza es una herramienta que hace más fácil a los usuarios la búsqueda y clasificación de productos y servicios para realizar la solicitud de marcas y avisos comerciales.

La clasificación de Niza 2021 está conformada por 45 clases.

La clasificación internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas fue establecida en virtud de un arreglo concluido en la Conferencia Diplomática celebrada en Niza el 15 de junio de 1957 revisado en Estocolmo en 1967 y en Ginebra en 1977 y modificada en 1979 (Ángel y López, 2021).

Cada país que parte del Arreglo de Niza debe aplicar la Clasificación de Niza ya sea como sistema principal o sistema subsidiario y hacer figurar en los documentos y publicaciones oficiales relativos al registro de marcas los números de las clases de la Clasificación que abarca los productos y servicios para los que se registran las marcas.

d) Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas 2006

El Tratado de Singapur Sobre el Derecho de Marcas (STLT) (OMPI, 2015) estandariza los procedimientos administrativos presentados por las partes contratantes para la presentación de solicitudes nacionales o regionales o de registro de marca de fábrica o de comercio de servicio. Aplica a presentación de solicitudes (Art. 3), asignación de fecha de presentación (Art. 5), división de solicitudes o registros (Art. 7), la inscripción de cambios en los nombres o la dirección (Art.

10), inscripción de cambios en la titularidad de solicitudes de registros (Art. 11), corrección un error respecto de un registro; (Art. 12) renovación de registros (Art.13) y la inscripción de licencias (Arts. 17 y 19).

Contexto y marco metodológico de casos a analizar

Los presentes casos serán seleccionados de una lista de Disputas de Nombres de Dominio que sean relativos al producto Tequila. Observaremos cómo se desarrolla el procedimiento desde su reclamación hasta la resolución del panel especializado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Se hace el estudio utilizando el método deductivo, el tratamiento de la información va de lo general a lo particular, lo cual nos permite llegar a la parte final en que se aprecia el problema que existe en relación con el registro de nombres de dominio en internet, lo que fortalece la investigación y resultados del artículo.

Resolución de disputas de nombres de dominio de acuerdo con la Política Uniforme de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio. Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI

Ex Hacienda Los Camichines, S.A. de C.V. y Agaveva Camichines S.A. de C.V. de Jalisco México representada por Abelman Frayne & Schawb, Estados Unidos de América (en adelante los reclamantes) (OMPI Centro de Arbitraje y Mediación, 2005)

El 4 de octubre del 2005 fue presentada una reclamación ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Para posteriormente el Centro transmitir una solicitud a la página *register.com* para verificar el registrador con el nombre de dominio, y que a su vez proporcione los datos de contacto de la persona que se ostenta como dueña del registro.

El Centro verificó que la reclamación cumple con los requisitos de forma de la Política Uniforme de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio y de las Reglas suplementarias para la Política Uniforme de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio.

Acorde a los párrafos 2(a) y 4(a) de las Reglas el Centro notificó a la demandada y el procedimiento quedó integrado el 12 de octubre de 2005. De acuerdo con las reglas 5(a) la fecha de vencimiento era el 1 de noviembre de 2005. La respuesta fue presentada ante el Centro el 31 de octubre de 2005.

El Centro designó al Sr. Albert Agustinoy Guilayn como panelista Único en este asunto. El panelista presentó la declaración de aceptación y la declaración de imparcialidad e independencia de acuerdo al Artículo 7 del Reglamento de la Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio vigente y aprobado el 26 de agosto de 1999.

Antecedentes del hecho. Los reclamantes son un grupo de empresas propiedad a su vez de Tequila Cuervo s.A. de c.v. distribuidora de tequila, líder en el mundo. La marca Gran Centenario ha sido distribuida y publicitada en los Estados Unidos desde 1996 y ha aparecido en varias publicaciones tales como el *New York Times*, *El Wall Street Journal*, *Los Ángeles Times*, entre otras.

Los demandantes son propietarios de un gran número de registros de marca relacionados con el nombre Gran Centenario y Centenario en varios países del mundo. De hecho, Agavera Camichines, s.A. de c.v. es la actual propietaria del registro de marca No. 74642792 relativo al nombre Gran Centenario. Este registro perteneció originalmente el 6 de marzo de 1995 a Tequila Cuervo La Rojeña, s.A de c.v. pero fue después transferido a Agavera Camichines, s.A. de c.v.

Los demandantes también son propietarios de otros nombres de dominio que contienen las marcas Gran Centenario y Centenario incluyendo los siguientes: grancentenario.net, grancentenario.org, grancentenariotequila.com, centenario.com, entre otros.

Argumentos de las partes. Los reclamantes sostienen en su demanda que:

- Poseen registros de marca para las denominaciones Gran Centenario y Centenario en varios países, y en particular la marca Gran Centenario publicitada en Estados Unidos desde 1996 y muy conocida.
- El nombre de dominio en disputa es idéntico a las marcas Gran Centenario. La única diferencia es que el nombre de dominio no contiene espacio entre las dos palabras e incluye el sufijo .com.
- El demandado no tiene derechos o interés legítimos con respecto al nombre de dominio. Los reclamantes afirman que el demandado no ha sido licenciado, autorizado, contratado o permitido por los reclamantes para usar la marca Gran Centenario. Además de que el nombre de dominio no está asociado a un sitio web operativo y nunca lo ha estado.

- Después de una serie de correos electrónicos privados la demandada solicitó un monto de 600 US DLLS, lo cual evidencia el ánimo de lucro y especulación.
- La demandada es poseedora de varios nombres de dominios que pertenecen a marcas de bancos, periódicos, fabricantes de loza, entre otros.

El demandado responde que: Registró el nombre de dominio porque es una combinación de palabras muy común en español, y se refiere a la moneda “centenario”.

Ante la insistencia del reclamante, solicitó un precio elevado para hacer desistir al oferente.

De acuerdo con el artículo 4(a) de la Política los reclamantes deben demostrar:

- a) Que el nombre es idéntico o confusamente similar a una marca sobre la cual el reclamante tiene derechos.

Queda probado al solo existir falta de un espacio entre la palabra Gran y Centenario y en consecuencia no deben ser consideradas como consecuencias relevantes entre el Nombre de Dominio y la marca Gran Centenario de los reclamantes. Este enfoque se ha adoptado en otros casos como, por ejemplo *New York Life Insurance Company v. Arunesh C. Puthiyoth*, WIPO Caso No. D2000-0812 o *A & F Trademark, Inc., Abercrombie & Fitch Store, Inc., Abercrombie & Fitch Trading Co., Inc. v. Party Night, Inc.*, Caso de la OMPI No. D2003-0172.

Por lo tanto, el panel considera que el nombre de dominio es idéntico a las marcas Gran Centenario de los reclamantes.

- b) Que el demandado no posee derechos o interés legítimo respecto al nombre de dominio.

El párrafo 4(a) de la política requiere que el demandado no tenga derechos o intereses legítimos.

El párrafo 4(c) prevé un conjunto de circunstancias las cuales se puede considerar que el demandado tiene derechos. Estas circunstancias son:

- Cuando el demandando ha demostrado que ha ofertado los bienes y servicios con fecha de antes de la disputa.
- Cuando el demandado ha sido conocido regularmente con el nombre de dominio.

- Cuando el demandado ha hecho un uso comercial legítimo sin el ánimo de obtener ganancia y para desviar engañosamente a los consumidores o mal utilizar la marca en cuestión.

En el presente caso no ocurre ninguna circunstancia antes mencionada que el demandado ha utilizado el nombre “Gran Centenario” y no ha desarrollado una actividad legítima a través del nombre de dominio. Además, la demandada no ha sido autorizada por los demandantes para registrar el nombre de dominio o utilizar las marcas registradas de forma alguna. Por lo tanto, el Panel considera que el demandado no tiene interés legítimo sobre el nombre y que los demandantes cumplieron la segunda condición contenida en la Política.

- c) Que el nombre de dominio ha sido registrado y está siendo utilizado de mala fe por el demandado.

Es importante señalar que el nombre de dominio se encuentra inactivo por más de 5 años. Esta falta de actividad cae dentro del concepto de mala fe previsto en el párrafo 4(b) de la Política. En otros casos se han tomado decisiones en casos similares, por ejemplo decisiones adoptadas bajo la Política (*World Wrestling Federation Entertainment, Inc. v. Michael Bosman*, Caso WIPO No. D1999-0001 o *Robert Ellenbogen v. Mike Pearson*, Caso WIPO No. D2000-0001, por ejemplo).

Además de lo anterior se toma en cuenta que:

- El demandado es propietaria de varios nombres de dominio que hacen referencia a marcas sin que tenga autorización aparente.
- El demandado vive en un país donde las marcas registradas han sido publicitadas durante años, ante lo cual es poco probable que la demandada no tuviera conocimiento de las marcas al momento de realizar el registro.
- Cuando se solicitó la transferencia del nombre de dominio, la demanda estableció un precio que supera absolutamente cualquier consideración razonable por la transferencia.
- El demandado incluyó información de contacto inexacta en el apartado correspondiente.

La decisión. Por todas las razones anteriormente expuestas, de conformidad con los párrafos 4(i) de la Política y 15 del Reglamento el panel ordena que el nom-

bre de dominio <grancentenario.com> sea transferido a Agavera Camichines, s.a. de c.v. Resolución de fecha 21 de noviembre de 2005.

Caso Tequila France representada por Philippe Gilliéron vs. Alain Robert

El 10 de marzo de 2004 fue presentada una queja ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, registrada como D2004-0179 (OMPI Centro de Arbitraje y Mediación, 2004).

De acuerdo con las Reglas de Aplicación párrafo 4, el 17 de marzo del 2004 se envía a la demandada una notificación de la demanda con lo cual queda integrado el procedimiento.

La última fecha para enviar una respuesta era el 6 de abril del 2004 ante lo cual el 8 de abril del 2004 el Centro notifica la ausencia y rebeldía de la demandada.

El 16 de abril del 2004 el Centro designó a Christiane Féral-Schuhl como experta única, esto de conformidad con el artículo 7 de las Reglas de Aplicación.

Antecedentes. La empresa Tasco registra el 26 de enero de 2000 la marca comunitaria Tequila para los productos de las clases 16, 35 y 42. Esta marca fue registrada el 8 de agosto de 2001. La empresa Tasco fue disuelta y adquirida por grupo TBWA Francia. A la solicitante se le otorgó mediante contrato de licencia el 10 de febrero de 2004 el derecho de uso exclusivo de la marca Tequila.

El solicitante posee el nombre de dominio <tequila-france.com> desde el 15 de diciembre de 1997.

El 25 de junio de 2003 la demandada registro el nombre de dominio <tequilafrance.com>

El 28 de noviembre del 2003 la demandada envió un correo electrónico a la demandante para transferir el nombre de dominio disputado ante lo cual la demandada se negó.

Argumentos de las partes. El demandante alega que el nombre de dominio es similar a la marca sobre la cual tiene el derecho de uso exclusivo lo cual crea confusión.

El demandante alega que el demandado no tiene ningún derecho sobre el nombre de dominio en disputa ni ningún interés legítimo.

El solicitante argumenta en particular que:

- i. El demandado conocía la marca del demandante y el uso de esta marca para sus actividades no constituye una oferta de buena fe de bienes y servicios.
- ii. El demandado desarrolló sus actividades bajo otro nombre y por lo tanto no es conocida bajo el nombre de TEQUILA FRANCE.
- iii. Las partes nunca han tenido una relación comercial que pudiera justificar el uso del nombre de dominio disputado por parte del demandado.

Por último, el demandante alega que el nombre de dominio en disputa fue registrado y está siendo utilizado de mala fe por la demandada.

Argumentos de la parte demandada. El demandado no respondió la queja en el tiempo determinado.

Deliberación y Conclusiones.

El párrafo 4(a) de la Política requiere que el demandante demuestre en el procedimiento que:

- i. El nombre de dominio en disputa es idéntico o confusamente similar a una marca sobre la cual el demandante tiene derechos.

El solicitante ha aportado prueba de la existencia de la marca Tequila y que es titular de un derecho exclusivo de uso de dicha marca.

El nombre de dominio reproduce de manera idéntica la marca sobre la cual el demandante tiene derechos y se especifica que la adición de un nombre de un país no desvirtúa la naturaleza idéntica o similitud que lleva a la confusión con lo cual se cumple la primera condición.

- ii. El demandado no tiene derecho al nombre de dominio en disputa ni algún interés legítimo relacionado con el mismo.

El demandado no ha objetado las afirmaciones del demandante ni brindó información que demuestre su interés legítimo en el uso del nombre de dominio en disputa.

La Comisión observa cómo alega el demandante que:

- El demandado no podía desconocer la marca de este último que además es idéntico en su razón social, por lo tanto el uso de esta marca no constituye una oferta de productos de buena fe.

- El uso del dominio controvertido re-direcciona a los usuarios a su propio sitio web lo cual hace evidente que no es desconocida por parte del demandado.
 - Las partes nunca han mantenido una relación comercial que pudiera justificar el uso del nombre de dominio por parte de la demandada.
 - Todo lo anterior debe considerarse cumplida la segunda condición a que hablan los principios rectores.
- iii. El nombre de dominio en disputa ha sido registrado y está siendo utilizado de mala fe por el demandado.

De conformidad con los párrafos 4b, iii y iv de las directrices se prueba la mala fe si incurren las siguientes circunstancias:

- Mediante el uso del nombre de dominio el demandado, a sabiendas atrajo con fines de lucro a los usuarios de internet a un sitio web u otro espacio en línea que le pertenece y a su vez crea un riesgo de confusión con la marca registrada del peticionario.
- El demandado registró el nombre del dominio en disputa cuando no tenía derechos sobre el nombre utilizado además dado que las actividades de la demandante y la demandada se encuentran dentro del mismo dominio y el nombre de dominio en disputa también constituye la razón social del demandante se puede considerar que el demandado registró el dominio en disputa de mala fe.

Es importante señalar que la demandada no presentó contestación alguna a la demandante y por lo tanto renunció a justificar el registro y de buena fe del nombre del dominio en disputa.

En consecuencia, la Comisión considera que la demandada registró y utilizó el nombre de dominio en disputa de mala fe por lo tanto debe considerarse cumplida la tercera condición a la que se refieren los Principios rectores.

Decisión. Por las razones expuestas anteriormente, la Comisión de Conformidad con los Artículos 4(i) de los Principios rectores y 15 del Reglamento ordena la transferencia del nombre de dominio <tequilafrance.com> a la solicitante, la empresa Tequila France. Resolución de fecha 30 de abril de 2004.

Caso Patrón Spirits AG contra dominios por Proxy LLC/Compton Duke, Caso D2017-1395 (OMPI Centro de Arbitraje y Mediación, 2017)

Las partes.

El demandante es Patrón Spirits International AG de Schaffhausen, Suiza representado por Jones Day, Estados Unidos de América.

La demandada es Domains By Proxy, LLC de Scottsdale, Arizona, Estados Unidos.

Hechos. El 19 de julio de 2017 fue presentada una reclamación ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPÍ. El 20 de julio de 2017 el Centro transmitió por correo electrónico al registrador una solicitud de verificación del registrador en relación con el nombre del dominio en disputa. El Centro envió una comunicación por correo electrónico al demandante el 24 de julio de 2018 proporcionando información de contacto y del registrante divulgada por el registrador.

El demandante presentó una demanda modificada el 27 de julio de 2017.

El Centro verificó que el reclamo cumple con los requisitos de la Política Uniforme de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio, las Reglas para la Política Uniforme de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio y las Reglas Complementarias de la OMPÍ para la Política Uniforme de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio.

El Centro notificó formalmente al demandado de acuerdo con los párrafos 2 y 4 de las Reglas y el procedimiento comenzó el 28 de julio de 2017.

La fecha límite de respuesta era el 17 de agosto de 2017 y la demandada no presentó ninguna respuesta, en consecuencia el Centro notificó el incumplimiento de la demandada el 18 de agosto de 2017.

El Centro nombró a Jhon Swinson como el único panelista en este asunto el 25 de agosto de 2017 recibiendo declaraciones de Aceptación y Declaración de imparcialidad e independencia de acuerdo con las Reglas, párrafo 7.

Hechos. El demandante es el fabricante y distribuidor del Tequila Patrón que es una marca reconocida internacionalmente con productos distribuidos en más de 100 países de todo el mundo.

El demandante tiene derechos sobre el número de registro de marca 1,809,473 en USA para Patrón, registrada el 7 de diciembre de 1993 y tiene derechos sobre otras marcas comerciales que incorporan la marca Patrón, registrados en años posteriores.

El nombre del dominio en Disputa se registró el 25 de enero de 2016. El demandante se enteró del nombre de dominio en disputa a fines de 2016 cuando el demandado estaba utilizando un sitio web asociado con el nombre de dominio en disputa para promover eventos no autorizados llamados “Patron Fest” (y luego llamado “Tron Fest”).

El 30 de noviembre de 2016 el demandante envió al demandado una carta de cese y desistimiento objetando su registro del nombre de dominio en disputa y el uso de la marca comercial en el sitio web asociado, materiales promocionales y páginas y redes sociales. Se acordó eliminar la marca comercial pero la demandada no transfirió el nombre de dominio en disputa y continúa vinculando el nombre de dominio en disputa a sitios web que promocionan sus eventos.

Argumentos de las partes.

A. Demandado

Idénticos o confusamente similares:

El reclamante afirma que el nombre en disputa es idéntico o confusamente similar a la marca comercial propiedad del reclamante. Las únicas diferencias entre el nombre de dominio en disputa y la marca registrada es la inclusión de la palabra “fest” y la adición del sufijo “.com”.

El demandante sostiene que el demandado carece de derechos legítimos en el nombre de dominio en disputa porque el demandado no es conocido con el nombre, no es licenciataria ni está afiliado de otra forma con el demandante y no ha sido autorizado para utilizar el nombre “Patrón” o la marca registrada, además el demandado no utiliza el nombre de dominio en disputa en relación con una oferta de bienes o servicios de buena fe ni para ningún propósito no comercial genuino.

El demandante afirma que el demandado está utilizando el nombre de dominio para confundir y desviar a los usuarios de internet a sitios web de eventos patrocinados con el propósito de obtener ganancias comerciales.

El demandante afirma que el demandado registró el nombre de dominio de mala fe y sin tener en cuenta los derechos de marca comerciales del demandante.

El demandante afirma que el demandado registró el nombre de dominio para atraer intencionalmente a los usuarios con fines comerciales creando una probabilidad de confusión.

El demandante proporciona evidencia de correspondencia entre el demandante y el demandado mediante el cual el demandado informa que la contraparte está informado sobre la marca registrada del demandante y los derechos correspondientes.

B. El demandado

La demandada no respondió a las afirmaciones del demandante.

Discusión y conclusiones. Para tener éxito, el demandante debe probar que ha cumplido con los elementos previstos en el párrafo 4ª de la Política, que incluyen:

El hecho que el demandado no presente una respuesta no da lugar automáticamente a una decisión favorable al demandante (véase, por ejemplo, *Airbus SAS, Airbus Operations GmbH v. Alesini Pablo Hernan/PrivacyProtect.org*, Caso WIPO No. D2013-2059).

- i. El nombre de dominio en disputa es idéntico o similar a una marca registrada o marca de servicio sobre la cual el demandante tiene derechos.

El panel considera que el demandante tiene derechos sobre la marca comercial.

El panel considera que el nombre de dominio es confusamente similar por lo siguiente:

La adición de la abreviatura “fest” no resta valor a la naturaleza del nombre similar al nombre de dominio en disputa. La marca comercial es el elemento dominante y distintivo del nombre en disputa. La adición del sufijo .com debe descontarse para saber si un nombre de dominio en disputa es idéntico o similar a una marca comercial. Véase *Zynga Game Network, Inc. c. Emil Boc*, Caso WIPO No. D2009-1535.

Por las razones mencionadas el demandante tiene éxito en el primer elemento de la Política.

- ii. El demandado no tiene derechos o intereses legítimos con respecto al nombre de dominio en disputa.

No hay evidencia que sugiera que el demandado haya sido conocido alguna vez por el nombre de dominio en disputa.

El demandado cambió de sitio web asociado con el nombre de dominio en disputa luego de recibir una carta de cese y desistimiento del demandante.

El panel acepta que el uso del nombre de dominio en disputa no está autorizado y con el permiso del demandado.

El panel considera que existe una probabilidad de que el demandado registró y uso el nombre de dominio en disputa con el propósito de capitalizar la fama del demandante para obtener ganancias comerciales.

La demandada, a pesar de tener la oportunidad de presentar una defensa, optó por no presentar una respuesta con lo cual no ha refutado el caso de la demandante.

Por lo anterior el demandante tiene éxito en el segundo elemento de la Política.

El nombre de dominio en disputa ha sido registrado y está siendo utilizado de mala fe.

- iii. El panel encuentra que el demandado registró y está usando el nombre de dominio en disputa en un intento intencional de atraer, con fines comerciales a los usuarios de internet a su sitio web al crear confusión en cuanto a la fuente del sitio web y con afinidad con el demandante. Esto es evidencia de mala fe según el párrafo 4(a).
- iv. De la Política. La demandada estaba utilizando a sabiendas la marca registrada junto con imágenes de botella de tequila y referencias al producto del demandante para crear expectativas de que el evento promovido por la demandada estaba saciado o patrocinado por la demandante.

El panel considera que el hecho de que el demandado dejara de usar el nombre de dominio en disputa y de mostrar material relacionado con el demandante luego de la correspondencia con el demandante es una demostración de mala fe.

Por las razones anteriormente citadas el panel considera que el demandante ha tenido éxito en el tercer elemento de la Política.

Decisión. Por las razones anteriormente expuestas de conformidad con los párrafos 4(i) de la Política y 15 del Reglamento, el panel ordena que el nombre de dominio en disputa <patrónfest.com> sea transferido al demandante. Resolución de fecha 8 de septiembre de 2017.

Conclusiones

Del análisis de los casos presentados podemos concluir lo siguiente:

UNO. La problemática de los casos de dominios de internet registrados por personas sin ningún interés legítimo es una problemática actual y vigente que puede ser resuelta por los métodos alternos de solución de controversias, por ejemplo, el arbitraje, para el caso de la presente ponencia.

DOS. En los casos de controversia, los dominios fueron registrados previamente por:

- Personas que obtenían beneficios de la confusión gramatical originada para poder desviar usuarios de internet a sus sitios electrónicos particulares y poder ofrecer promociones sin ningún vínculo con la propietaria original de la marca.
- Personas que obtuvieron el registro del dominio de Internet, pero no hicieron uso del dominio en un lapso de varios años.
- Personas que tenían el registro de varias marcas sin tener ningún vínculo comercial ni legal con el propietario original de la marca.
- Personas que conocían previamente la existencia de las marcas registradas por ser comercialmente reconocidas, promocionadas y publicitadas en la zona de residencia de los demandados o a nivel internacional.
- Personas que ante la reclamación de la propietaria original desistieron del uso del dominio de Internet, pero abrieron otros sitios utilizando confusiones gramaticales para seguir operando y haciéndole creer a las personas que tenían relación comercial con la marca original.

En todos los casos anteriores se demostró **la mala fe** de los demandados con lo cual los panelistas designados por el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI llegaron a la conclusión de que el nombre de dominio debía registrarse en favor del demandante, propietario original de la marca, y que además *le da uso permanente y recurrente a la marca en cuestión*.

El uso de Políticas en materia de Propiedad Intelectual fortalece a las Reglas en materia de Propiedad Intelectual, estas pueden coexistir, no son excluyentes unas de las otras y le dan más herramientas a los expertos para llevar un proceso y tomar una decisión final respecto al tema.

Los plazos en materia de arbitraje son más cortos con lo cual se beneficia la economía de las empresas y los consumidores y se evitan procesos legales judi-

ciales donde el demandado pueda tener algún beneficio por razón de su cercanía a los tribunales.

TRES. Son importantes los tratados internacionales en materia de marcas, porque estandarizan procedimientos para su solicitud, registro, cancelación, cambio de titularidad, entre otros, con lo cual se hacen más ágiles y hay un ahorro de costos; muchos de los procedimientos contra registradores de dominios fueron exitosos porque se tenía la titularidad previa de las marcas objeto del dominio de internet.

Referencias

- Ángel, N. y López, S. (2021). *Manual de identidad Corporativa para Interalia: staff jurídico*. Universidad Católica de Manizales. https://repositorio.ucm.edu.co/bitstream/10839/3467/1/Manual_identidad_Corporativa_Interalia_staff_juridico.pdf
- Aguilar, S. (26 de agosto de 2016). *mipatente.com*. <https://www.mipatente.com>
- ICANN. (18 de septiembre de 1998). *Corporación de asignación de nombres y números de Internet*. <https://www.icann.org>
- . (25 de febrero de 2012). *Política uniforme de solución de controversias en materia de nombre de dominio*. <https://www.icann.org-pages-policy-2012-02-25.es>
- . (12 de marzo de 2015). *Política uniforme de disputas de nombres de dominio y su reglamento*. https://www.icann.org_udrp_rules_2015_03_12_es
- IMPI. (23 de abril de 2018). ¿Qué es el sistema Madrid? <https://www.gob.mx/impi/acciones-y-programas/sistema-de-madrid-que-es-el-sistema-de-madrid>
- . (15 de agosto de 2021). *Clasificación de Niza. Clases*. <https://clasniza.impi.gob.mx-clases>
- Secretaría de Economía. (13 de septiembre de 2022). *Qué es la clasificación de Niza*. Gobierno de México. <https://www.gob.mx/se/articulos/que-es-la-clasificación-niza>
- OMPI Centro de Arbitraje y Mediación. (11 de noviembre de 2005). *Ex Hacienda Los Camichines, S.A. de C.V. and Agavera Camichines, S.A. de C.V. v. Alberto C. Mendoza*. Case No. D2005-1049. Panel Administrativo de Decisiones. <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2005/d2005-1049.html>

- (08 de septiembre de 2017). *Patrón Spirits International AG v. Domains By Proxy Llc / Compton Duke. Case D2017-1395*. Tequila Patrón. <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2017-1395>
- (30 de abril de 2004). *Tratado de la OMPI. Caso D2004-0179*. Política Uniforme de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio. <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2004/d2004-0179.html>
- (2015). *Tratado de Singapur sobre el derecho de marcas (STLT). Preguntas y respuestas*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_508.pdf
- (2020). *Guía sobre el arbitraje de la OMPI, Ginebra, Suiza*. https://www.wipo.int/wipo_pub_919_2020
- WIPO.INT. (30 de mayo de 1891). *Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas*. <https://www.wipo.int/treaties/registration/madrid>
- (14 de julio de 1967). *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*. <https://www.wipo.int/treaties/paris>
- (12 de julio de 1979). *Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks*. <https://www.wipo.int/treaties/nice/classification>
- (15 de junio de 1996). *WIPO Copyright Treaty (WCT)*. <https://www.wipo.int/treaties/wct>
- (30 de junio de 2021). *Guía para el Registro Internacional de Marcas según el Arreglo de Madrid y el Protocolo de Madrid*. <https://wipo.int/pub/455/2021>
- White, S., Petersen, T., Coulter, D., Jacobs, M., y Satran, M. (13 junio de 2023). Sistema de nombres de dominio. Microsoft Learn. Recuperado 19 de febrero de 2024, de <https://learn.microsoft.com/es-es/windows/win32/dns/dns-start-page>

Modelos de Protección de la Propiedad Intelectual, su armonización con el contexto internacional

Gelacio Juan Ramón Gutiérrez Ocegueda

Resumen

Este trabajo se orienta a la búsqueda de los mecanismos de protección de los derechos de propiedad intelectual comúnmente dominantes en el ámbito internacional con la finalidad de contrastarlos con aquellos previstos en el régimen jurídico mexicano, y de resultar necesario, adoptar los modelos exitosos o de práctica recurrente en la dinámica continua mundial.

El objetivo del presente estudio es identificar y explicar la variedad de mecanismos de protección de la propiedad intelectual existentes en el plano supranacional con la intención de constatar su factible homogeneización en el ámbito normativo doméstico de México.

El desarrollo de esta investigación implica el uso del método **sintético** concebido como aquel proceso por el que se vincularon hechos aparentemente aislados como presupuesto para la formulación de una teoría agrupadora de los diversos elementos, en este caso inherentes a los modelos de protección de la propiedad intelectual. De igual forma se consideró pertinente el empleo del método **analítico**, ya que fue necesaria: (i) la localización y análisis distintivo de los elementos de un fenómeno como es la diversidad de modelos de protección de los derechos de propiedad intelectual existentes en los diversos sistemas jurídicos; (ii) la revisión ordenada y por separado, de cada uno de ellos, para ulteriormente valorar la pertinencia de su introducción en el marco normativo y funcional regente en México. De igual forma se requirió el apoyo del método **dialéctico**, cuyo uso permitió estimar que los fenómenos históricos, sociales, económicos, políticos y científicos correspondientes a los diferentes modelos de protección de la propiedad intelectual son susceptibles de movimiento continuo y vertiginoso,

dado que la realidad es dinámica, y por ende susceptible de contradicciones, así como a una evolución y perfeccionamiento interminable, y en razón de ello se prevé que toda la información propia de la diversidad de modelos de protección de los derechos de propiedad intelectual ameriten ser estudiados en relación con los que develen sistemas jurídicos regentes en el plano internacional, y en su estado de permanente adaptación, en razón de que dicho método considera que nada existe como objeto aislado, sino que cada forma o fenómeno proteccionista de los derechos de propiedad intelectual (al tener sus peculiaridades por motivos políticos, económicos, sociales, culturales o jurídicos), debe ser asimilado en su proceso interno de transformación pero coherente con los lineamientos rectores en el marco del intercambio comercial.

Palabras clave: propiedad intelectual, licencias y regalías, derechos patrimoniales y morales.

Introducción

El camino hacia la consolidación de la función protectora del Estado en materia de propiedad intelectual es largo por no decir que interminable. Apenas se cierra un frente cuando se abre una nueva área de oportunidad ante los inevitables avances de la ciencia y la técnica. Muchos deben ser los aspectos que escapan aún a la protección de la propiedad intelectual, por lo que en esta ocasión y de manera explorativa, sólo se hará referencia a algunos de ellos, mismos que pertenecen indistintamente al ámbito nacional o al contexto internacional. Unos evocan las dificultades institucionales por sortear en este ámbito de estudio, y otros más abordan figuras específicas tales como las patentes, las marcas o el régimen de regalías. La idea es brindar sólo una muestra de los grandes retos por asumir y superar.

De un modelo tenue a uno robusto de protección de la propiedad intelectual

Uno de los desafíos consiste en transitar de un **modelo tenue** de protección del derecho de propiedad intelectual en México hacia un **sistema robusto** que: (i) garantice “la protección de las novedades tecnológicas extranjeras que ingresaran al país en el marco de la apertura comercial, mediante patentes, marcas, diseños industriales, entre otros” (Guzmán *et al.*, 2018, p. 187), e (ii) incentive simultáneamente la innovación y desarrollo endógenos a fin de favorecer la autonomía

inventiva de México. Ha de entenderse por desarrollo endógeno la capacidad que se tiene de liderar el propio proceso de desarrollo, unido a la movilidad de su potencial de desarrollo (Brunet Icart y Baltar, 2010, p. 1).

Metodología de determinación de regalías “justas y razonables según las circunstancias de cada caso” respecto de las licencias de utilidad pública por causas de emergencia o seguridad nacional

Otro de los retos radica en establecer la **metodología** de determinación de regalías “justas y razonables según las circunstancias de cada caso” respecto de las **licencias de utilidad pública por causas de emergencia o seguridad nacional** (a que se refiere el artículo 153 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial de México). Para una mejor ilustración me permito insertar el texto que regula este tipo de licenciamiento:

Artículo 153.- El Instituto determinará que la explotación de ciertas patentes se haga mediante la concesión de licencias de utilidad pública por causas de emergencia o seguridad nacional y mientras duren éstas, incluyendo las enfermedades graves declaradas de atención prioritaria por el Consejo de Salubridad General, cuando de no hacerlo así se impida, entorpezca o encarezca la producción, prestación o distribución de satisfactores básicos o medicamentos para la población.

En los casos de enfermedades graves, el Consejo de Salubridad General hará la declaratoria de atención prioritaria, de oficio o a petición de instituciones nacionales especializadas en dicha enfermedad que se encuentren acreditadas ante éste, en la que se justifique las causas de emergencia o seguridad nacional. Una vez publicada en el Diario Oficial la declaratoria emitida por el Consejo, las empresas farmacéuticas podrán solicitar la concesión de una licencia de utilidad pública al Instituto, quien la otorgará, previa audiencia de las partes y opinión del Consejo, en un plazo no mayor a noventa días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud respectiva.

Para efectos del párrafo anterior, la Secretaría de Salud fijará las condiciones de producción y de calidad, duración, campo de aplicación de la licencia y la calificación de la capacidad técnica del solicitante; así como el monto de las regalías que correspondan al titular de la patente, las cuales deberán ser justas y razonables según las circunstancias de cada caso.

La concesión de una licencia de utilidad pública distinta a la prevista en los párrafos segundo y tercero de este artículo se tramitará por el Instituto conforme a lo dispuesto en el artículo 148, segundo párrafo de esta Ley.

Las licencias de utilidad pública no serán exclusivas ni transmisibles y podrán abarcar una o todas las prerrogativas a las que se refiere el artículo 55 de esta Ley (Congreso, Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, 2020, art. 153).

Límites o excepciones a la Protección de los Derechos Patrimoniales cuando se trata de la investigación y la ilustración para la enseñanza

Esta lucha consiste en identificar y establecer con nitidez en la legislación los **límites o excepciones a la protección de los derechos patrimoniales cuando se trata de la investigación y la ilustración para la enseñanza**. En México, el artículo 148 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece ya un catálogo de dichas limitaciones, por lo que únicamente restaría fomentar su conocimiento y alcance, principalmente entre los profesores investigadores e instituciones de educación superior como la nuestra, básicamente en lo que concierne a los textos de consulta sometidos a la protección del derecho de autor que alojamos en las plataformas educativas particularmente en el apartado denominado “*drive* de la clase”:

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, **sin autorización** del titular del derecho patrimonial y **sin remuneración**, **citando** invariablemente la fuente y **sin alterar la obra**, sólo en los siguientes casos:

- I. Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;
- II. **Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios** referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;
- III. Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;
- IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;

- V. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;
- VI. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo;
- VII. Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos; y
- VIII. Publicación y representación de obra artística y literaria sin fines de lucro para personas con discapacidad.

Las entidades autorizadas o reconocidas podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción, bajo los términos de los tratados internacionales suscritos y aprobados por los Estados Unidos Mexicanos, para el intercambio transfronterizo de ejemplares en formatos accesibles, incluida su importación (Congreso, Ley Federal del Derecho de Autor, 1996, pág. 31, art. 148).

De lo anterior, se colige que, en el ámbito de la **investigación científica**, los ordenamientos legales en materia de protección del derecho de autor establecen ciertas limitantes al control exclusivo de los derechos de explotación, permitiendo así que personas diferentes al creador de la obra se encuentren en medida de utilizarlos sin la aquiescencia del autor, en tanto satisfagan los condicionamientos legales, resaltando por su importancia las excepciones bajo la modalidad de citación y cuando se trate de emplear la obra como mecanismo de ilustración para la enseñanza. En esas condiciones gozaría de licitud la inserción en una obra propia respecto de fracciones de diversas ajenas sin importar que su modalidad sea escrita o audiovisual, en tanto: (i) se refiera a obras que hubieren sido objeto de divulgación; (ii) tal inserción sea efectuada en carácter de cita mediante la que se indique la fuente y autor, o bien para fines de análisis crítico, comentario o simple estudio (bajo esa tesitura, el empleo de la obra ajena debe circunscribirse a una porción fragmentaria, pasaje o extracto, sin que por motivo alguno sea factible una reproducción completa, salvo que se trate de obras aisladas plásticas como escultura o pintura, fotográficas o figurativa, nunca

colecciones integrales); (iii) su empleo sea para fines de docencia e investigación y siempre que guarde coherencia y oportunidad con la temática materia de la exposición docente o búsqueda investigativa.

En cuanto a la distribución de obras protegidas por el derecho de autor, lo razonable sería que los investigadores: (i) solamente tuvieran a disposición en forma parcial obras impresas a razón del 10% por ciento del total de la obra; (ii) que se trate únicamente de investigadores que participen activamente en cada proyecto de investigación y siempre que su intervención resulte absolutamente necesaria para su desarrollo.

Ahora bien, en lo que se refiere a la **labor educativa**, existen la necesidad de sortear algunos retos a efecto de lograr en el contexto internacional la uniformidad de regulaciones en materia de protección de derechos de autor en tratándose: (i) del concepto de **ilustración para la educación reglada a través de centros públicos** (que permite la obtención de un documento con validez oficial de estudios) y que implicaría el empleo de fotografías e imágenes en general con la finalidad de facilitar la labor explicativa en el proceso enseñanza-aprendizaje; (ii) del **uso de artículos, porciones de manuales escritos** o la **fijación** de este tipo de herramientas educativas como material del **Aula Virtual**, y (iii) la **reproducción y distribución** de dichos materiales entre el alumnado.

Entre las obvias restricciones o condicionantes de uso, podrían mencionarse las siguientes: (i) los alumnos no pueden tener la libre disposición; (ii) no quedan comprendidos los derechos de transformación; (iii) no han de perseguirse fines lucrativos; (iv) debe tratarse de obras ya divulgadas; (v) existe la obligación de precisar la fuente y nombre del autor de la obra ajena, excepto que se acredite su imposibilidad; (vi) si se trata de obras escritas, solamente podrá emplearse fracciones insignificantes de la obra con respecto de su integridad; (vii) cuando se refiere a obras de naturaleza plástica como pintura o escultura, así como de carácter fotográfico su empleo será en forma aislada; (viii) no es dable la explotación de agrupaciones o compilaciones de fragmentos de obras; (ix) no es factible la explotación de partituras musicales, o de obras de un solo uso tales como cuadernos de ejercicios; (x) solamente es posible la reproducción, digitalización o fotocopiado y la comunicación pública mediante proyector que acompañe a la **enseñanza presencial**, por lo que se exceptúa la posibilidad de realizarlo en todo tipo de enseñanza virtual u *on-line* en razón a que su puesta a disposición sería permanente, lo que implicaría la imposibilidad de emplear fragmentos de

manuales, libros de texto o artículos y fijarlos en el Aula Virtual (en consecuencia, tampoco estaría autorizada la distribución de segmentos inherentes a libros de texto, manuales universitario o publicación semejante a través de entrega de copias físicas a los alumnos o remisiones mediante por correo electrónico), en el mejor de los casos lo recomendable sería insertar deliberadamente los datos de acceso legal a la obra protegida.

Armonización del tratamiento de licencias de uso libre

Se trata de lograr una armonización de las reglas existentes en el contexto internacional con respecto de las domésticas en lo que se refiere al tratamiento de las licencias de uso libre, permisivas, de código abierto o licencia pública general. Al respecto me referiré la que se considera como práctica ejercida en el marco de la legalidad conocida como *Copyleft* (a la que algunos atribuyen su creación derivada de un juego de palabras con respecto al *Copyright*) como ejercicio del derecho de los autores que estos aplican principalmente a programas informáticos, donde GNU fue la primera en emerger. Esta licencia pública general resultó del Proyecto colaborativo de software libre por el que se crea un sistema operativo totalmente libre identificado como GNU mismo que fue fundado por Richard Stallman. GNU no es más que es el acrónimo reiterativo de la frase “GNU’s Not Unix” al mantener el diseño y compatibilidad con el tipo Unix pero con atributos de libertad al no contener código de Unix (sistema operativo desarrollado en 1965 por Kenneth Lane Thompson en los laboratorios de Bell AT&T en Murray Hill, Nueva Jersey, Estados Unidos que admite múltiples usuarios, así como también múltiples tareas, lo que permite a un único equipo o multiprocesador ejecutar simultáneamente varios programas a cargo de uno o varios usuarios) (Free Software Foundation, 2022).

Creative Commons (CC), que podría traducirse algo así como [Bienes] comunes creativos, son licencias que fungen como un mecanismo legal de categoría gratuita que conceden ciertos beneficios básicos al permitir a sus licenciarios usar obras sujetas a la protección de normas en materia de derecho de autor, sin que medie autorización previa de este.

La versión más reciente es la identificada como *Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)* (Creative Commons, 2022).

La principal bondad de esta variante radica en que las personas que utilizan el software del programa que se encuentra a su disposición al amparo de esta ca-

tegoría de licencia, se encuentran en posibilidad de: (i) emplearla para cualquier efecto siempre que sea lícito; (ii) copiarlo; (iii) realizar ajustes modificatorios orientados a su adaptación conforme a sus necesidades; (iv) practicarle mejoras sean simples o de consideración; (v) operar su redistribución siempre que el programa primigenio y sus versiones o derivaciones posteriores conserven las mismas características para los usuarios sucesivos y continúen siendo libres dado que la idea es evitar que el esfuerzo inventivo sea apropiado o explotado en beneficio de una persona o un grupo restringido de personas.

Los dos rasgos distintivos de estas licencias son: (i) su carácter gratuito dado que el autor no se encuentra obligado a cubrir cantidad alguno por el uso de las mismas y se identifica con el ícono , y (ii) su reconocimiento a perpetuidad identificable con el ícono ∞ .

Al inicio de esta centuria el licenciamiento estandarizado se amplía al ámbito de las siguientes categorías de obras: (i) musicales; (ii) fotográficas; (iii) material educativo; (iv) culturales; (v) artísticas; (vi) de investigación científica; (vii) modelos tridimensionales; (viii) libros; (ix) herramientas; (x) videgrabaciones; (xi) gobierno abierto (*government open data*). La finalidad es brindar acceso a los autores a una herramienta por virtud de la cual autoricen el uso del producto de su inspiración mediante el *internet* dejando atrás la restricción fraguada a través de la mención “todos los derechos reservados”, para transitar hacia la autorización plena de dicho uso, o incluso adoptar una postura intermedia bajo la adopción de la condicionante “algunos derechos reservados”.

Entre las condicionantes básicas encontramos: (i) el reconocimiento de la autoría ya que los derechos morales son irrenunciables (*attribution*); (ii) imposibilidad que el uso la obra por los licenciatarios tenga fines comerciales (*Non commercial*) e identificable con el ícono ; (iii) puede ser que el alcance de la autorización no comprenda en forma alguna la transformación con la intención de generar obras derivadas o su traducción y se identifica con la mención **Sin obras derivadas** (*No Derivate Works*) y con el ícono ; (iv) pero también es factible que la autorización para la explotación de la licencia comprenda la creación de obras derivadas en tanto se conserve la misma licencia en su divulgación y se identifica con la mención **Compartir igual** (*Share alike*) y el ícono .

Evidentemente, el autor goza de la potestad de realizar una serie de combinaciones de estas habilitaciones y limitaciones, que dan origen a los seis licenciamientos siguientes: Reconocimiento (by); (ii) Reconocimiento - No Comercial

(by-nc); (iii) Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual (by-nc-sa); (iv) Reconocimiento - No Comercial - Sin Obra Derivada (by-nc-nd); (v) Reconocimiento - Compartir Igual (by-sa); (vi) Reconocimiento - Sin Obra Derivada (by-nd) (*Creative Commons*, 2019).

Por su parte, la Ley Federal del Derecho de Autor prevé respectivamente en sus artículos 21 y 30 los derechos morales y patrimoniales:

Artículo 21.- Los titulares de los **derechos morales** podrán en todo tiempo:

- I. Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita;
- II. Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima;
- III. Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;
- IV. Modificar su obra;
- V. Retirar su obra del comercio, y
- VI. Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción.

Los herederos sólo podrán ejercer las facultades establecidas en las fracciones I, II, III y VI del presente artículo y el Estado, en su caso, sólo podrá hacerlo respecto de las establecidas en las fracciones III y VI del presente artículo (Congreso, Ley Federal del Derecho de Autor, 1996, p. 6, art. 21).

Artículo 30.- El titular de los derechos patrimoniales puede, libremente, conforme a lo establecido por esta Ley, transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivas o no exclusivas.

Toda transmisión de derechos patrimoniales de autor será onerosa y temporal. En ausencia de acuerdo sobre el monto de la remuneración o del procedimiento para fijarla, así como sobre los términos para su pago, la determinarán los tribunales competentes.

Los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales y las licencias de uso deberán celebrarse, invariablemente, por escrito, de

lo contrario serán nulos de pleno derecho (Congreso, Ley Federal del Derecho de Autor, 1996, p. 9, art. 30).

Beneficios y restricciones de uso de obras ajenas cuando estas se encuentran situadas en vías públicas

Se busca superar la dificultad de determinar con uniformidad normativa y homogeneizadora, los beneficios y restricciones de uso de obras ajenas cuando estas se encuentran situadas en vías públicas. La primera cuestión a formular es si dichas obras se encuentran apostadas ocasional o permanentemente en parques, vialidades, plazas u otras vías públicas.

En honor a la coherencia podríamos anticipar que si su ubicación es permanente, se antoja que su reproducción, distribución y comunicación fuere libre sin importar si se realiza a través de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales.

De manera genérica podrían enunciarse que las obras susceptibles de reproducir, distribuir y comunicar libremente son: (i) las que expresan un contenido de naturaleza estética con la ayuda de trazos lineales, formas, volúmenes o colores (entre las que figurarían las estatuas, pinturas murales, etcétera); (ii) las obras de carácter arquitectónico; (iii) las consideradas como arte aplicado donde su valor artístico se encuentra incorporado a otro bien, y (iv) siempre que la reproducción, distribución y comunicación no persiga la obtención de alguna especulación.

Consecuentemente se encontrarían sujetas a la protección del derecho de autor, aquellas obras que se localizan circunstancial y provisionalmente en espacios públicos a causa de exposiciones itinerantes, concursos, en alquiler o que el autor o titular del derecho patrimonial expresamente lo reservó.

La protección de la propiedad intelectual mediante esquemas de Fomento al Desarrollo de las Pequeñas y Medianas Empresas

La propiedad industrial se adapta a las nuevas expectativas y requerimientos comerciales. Tiende a favorecer la seguridad jurídica de los títulos y fortalecer la función de las instituciones registrales de la propiedad intelectual. En cuanto a los desafíos, se encuentran: (i) la adaptación del sistema de propiedad intelectual a las nuevas prácticas de orden económico; (ii) responder a las necesidades del

sector empresarial trazando con rutas de acceso registral más flexibles, y (iii) reforzar la solidez de los títulos.

Por lo que concierne a las **patentes**, las medidas adoptadas por virtud de esa legislación son: (i) el refuerzo del procedimiento de examen de los **criterios de patentabilidad** (resaltando el estudio a previo del grado de inventiva de la patente cuyo otorgamiento se solicita, de suerte que aquellos licenciamientos que no sean considerados con contenido inventivo sean bloqueados desde la fase de instrucción y en espera de que sea mediante resolución judicial, de así petitionarlo el requirente, que se proceda a su conferimiento); (ii) la **prórroga del certificado de utilidad** de 6 a 10 años, así como la posibilidad de transformar una solicitud de certificado de utilidad como solicitud de patente; (iii) la introducción de la modalidad de solicitud de **patente provisional** con un procedimiento de tramitación ágil, simplificado, económico, y con efectos retroactivos (se trata de favorecer el acceso al régimen de propiedad intelectual respecto de las empresas de reciente creación, pequeñas empresas y personas dedicadas a la investigación científica, el carácter de solicitud provisional de patente confiere derechos preliminares por un periodo restringido de 12 meses, petición que es factible complementar en la medida en que avance en la integración de los datos, documentos y estudios para la consolidación de la patente, preservando la prelación contada a partir de la fecha de la solicitud inicial), y (iv) la instauración de un **procedimiento de oposición** de patentes orientado a tanto a reforzar la seguridad jurídica de su titular, como a abreviar el trámite de terceros interesados que pretenden la cancelación de un título ya conferido (representa una opción más simple con respecto al recurso legal ya previsto dado su menor costo y baja calidad, particularmente cuando la oposición consiste en patentes de dudosa calidad o que no demuestran con suficiencia inventiva alguna).

En el rubro **marcario**, se prevé: (i) la creación de una nueva diversificación de ellas, con la posibilidad de extender la protección a marcas sonoras, de movimiento, animadas, o multimedia; (ii) la adaptación del procedimiento de oposición de derechos de marcas a las necesidades de orden fáctico propias de la esfera de los negocios.

Conclusión

Muestra de los retos que deben superar no solamente los gobiernos sino las personas titulares o aspirantes a la titularidad de derechos de propiedad intelectual,

son los que hemos aquí abordado. Como se ha logrado constatar, el desarrollo científico y tecnológico, acompañado de eventualidades como crisis económicas o de salud pública a causa de pandemias, fuerzan a adoptar una cultura predictiva en su gestión orientada básicamente hacia su control y mitigación como cualquier riesgo. La función legislativa apoyada con de los esfuerzos de la representación democrática obliga a los legisladores, así como a las autoridades y ciudadanos a iniciar o proponer textos sustentados en los resultados de proyectos de investigación de centros públicos o privados, lo deseable sería su interacción multidisciplinaria.

Referencias

- Brunet Icart, I. y Baltar, F. (2010). Desarrollo endógeno, calidad institucional e innovación. Una revisión de la teoría y de algunos de sus límites. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (48), 115-148. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533680005>
- Creative Commons* (09 de diciembre de 2019). *CC Creative Commons*, Digital. Consultado el 08 de octubre de 2022. <https://creativecommons.org>
- . (02 de enero de 2022). *CC Creative Commons*, Electrónica. (C. licensing, Editor, & C. licensing, Productor). Consultado el 08 de octubre de 2022. <https://creativecommons.org/licenses/by/2.0/>
- Free Software Foundation, I. (01 de enero de 2022). *GNU Operating System*, Digital. (I. Free Software Foundation, Productor, & Creative Commons Attribution-NoDerivatives 4.0 International License.) Consultado el 08 de octubre de 2022. <https://www.gnu.org/licenses/copyleft.en.html>
- Guzmán Chávez, A., Gómez Viquez, H., y López Herrera, F. (2018). Patentes y crecimiento económico. *Economía Teoría y Práctica. Nueva Época*, 4(especial), 177-214. doi:<http://dx.doi.org/10.24275/ETYPUAM/NE/E042018/Guzman>
- Legifrance*, Electrónica. (22 de mayo de 2019). Consultado el 08 de octubre de 2022. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038496102/>

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, y su última reforma el 28 de mayo de 2021.

Ley Federal del Derecho de Autor. (1996). Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1997 y su última reforma el 01 de julio de 2020.

Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial. (2020). Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de julio de 2020.

Ley de Ciencia y Tecnología. (2002). Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de junio de 2002, y su última reforma el 11 de mayo de 2022.

Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa. (2002). Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2002, y su última reforma el 13 de agosto de 2019.

El caso de Estados Unidos contra México en materia energética en el marco del T-MEC

Edna Ramírez-Robles
Luis Corona Pantoja

Resumen

Este proyecto de investigación abordará el caso en el que México enfrenta la reclamación de Estados Unidos en materia energética en el marco del T-MEC. Dicha reclamación lista cuatro grupos de disposiciones de la actual administración de México, que atañen a diversas actividades en ese segmento industrial: la modificación de la Ley de la Industria Eléctrica de marzo de 2021, que da prioridad a la Comisión Federal de Electricidad (CFE) en el despacho de electricidad dentro de la red de energía, el manejo de permisos e impedimentos para operar instalaciones de energía renovable; importar y exportar electricidad y combustible; almacenar y transportar combustible; y construir y operar estaciones de combustible al menudeo, la prórroga de cinco años a Pemex para cumplir con la exigencia de un máximo contenido de azufre y el requerimiento de que los transportistas de gas natural se abastezcan de la CFE o de Pemex, así como las restricciones a la importación de ese insumo. Desde el punto de vista estadounidense, estas acciones violan diversos artículos del T-MEC, que obligan a otorgar un trato nacional y no menos favorable a los bienes, servicios e inversiones de los países socios, excluyen las prohibiciones a importar y exportar, y exigen imparcialidad en las leyes y regulaciones. La presente investigación se centrará en el análisis del procedimiento de solución de diferencias Estado - Estado previsto en el Capítulo 31 del T-MEC al cual se ha sometido el caso y al procedimiento de solución de diferencias Inversionista - Estado previsto en Capítulo 14 del T-MEC que es aplicable si los inversionistas desean iniciar el procedimiento, asimismo se analizarán los argumentos de las partes y las implicaciones de la diferencia en el sector energético mexicano.

Palabras clave: derecho comercial internacional, T-MEC, solución de diferencias sector energético.

El T-MEC

El Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC, o USMCA/CUSMA por sus siglas en inglés), entró en vigor el 1° de julio de 2020 y sustituye al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (Gobierno de México, 2020), el cual estuvo vigente durante 26 años. Está conformado de 34 capítulos, más la inclusión de anexos y notas informativas que ayudan a su correcta complementación.

Antecedentes de la diferencia

Las negociaciones entre México y Estados Unidos, siempre han estado caracterizadas por una falta de entendimiento en una primera instancia; no ha sido, hasta un cúmulo de rondas de negociaciones posteriores, que ambos países pueden establecer convenios a mediano o largo plazos. Esta ha sido la historia de las negociaciones comerciales entre ambas naciones y en el presente, no se ha presentado una excepción a la regla. Sin embargo, a últimas fechas pareciera que la cuerda que une los esfuerzos entre las dos delegaciones diplomáticas y económicas se ha estirado profundamente, despertando incertidumbre en los empresarios de este sector, en ambos lados de la frontera.

Esta diferencia emana de la reforma constitucional en materia energética propuesta por el Ejecutivo Federal en octubre de 2021. Las posturas a favor de la Iniciativa señalan que los abusos y falsas asociaciones privadas se han visto beneficiadas de la reforma de 2013 y a costa del erario y de la propia CFE. En tanto que las posturas en contra argumentan que la reforma generaría mayores costos de la electricidad afectando a las familias de menores ingresos, que reduciría la competitividad del país, que representará altos costos para las finanzas públicas y que va en contra del medio ambiente, del estado de derecho y de los acuerdos comerciales firmados por México en el marco del T-MEC, por lo que anticipan litigios tanto nacionales como internacionales en contra del gobierno federal así como indemnizaciones que podrían llegar rondaría entre el 1% y el 7% del PIB de acuerdo con algunas organizaciones (Chacón, 2022).

Para los estadounidenses, el gobierno de López Obrador no ha respetado el acuerdo firmado a finales del 2013, impulsado por su predecesor, el cual per-

mitía el desarrollo de la inversión privada en el sector energético. Esa iniciativa establecía que las primeras en despachar a la red de electricidad eran las centrales más baratas, generalmente plantas renovables privadas. Por otra parte, en el sector de los hidrocarburos, la Secretaría de Energía puso en marcha en junio una nueva política para obligar a los usuarios de gas natural a comprarle a CFE y Pemex estos insumos. Ahora bien, para defender la legalidad de los cambios, López Obrador, en numerosas ocasiones, ha referido que el sector energético no está incluido en el T-MEC porque el Capítulo 8 confirma la facultad de México de reformar su Constitución y el dominio directo sobre sus hidrocarburos. Este apartado fue añadido en la recta final de la negociación del T-MEC, a petición expresa de López Obrador.

El problema y el motivo de la diferencia es que ni los Estados Unidos de América, ni los expertos legales en la materia, han estado de acuerdo con esta interpretación, ya que el capítulo en cuestión no hace referencia al sector eléctrico y no excluye a los hidrocarburos de las cláusulas de protección de inversiones de la forma en que fue redactado. Aunado a lo anterior, el gobierno de Canadá ha entrado en la ecuación y exige exactamente se cumplan estas demandas, en su caso. Es decir, ambos países exigen certidumbre en sus inversiones y en sus futuros negocios en el sector (Martínez Anzures, 2022).

Procedimiento de solución de diferencias Estado - Estado (Capítulo 31 del T-MEC)

Aspectos Generales del Procedimiento

El T-MEC establece en su Artículo 31.2 el Ámbito de Aplicación de la solución de controversias derivadas del Tratado de la siguiente manera (Senado de la República, Capítulo 31 “Solución de Controversias”, 2019):

A menos que se disponga de otra manera en este Tratado, las disposiciones de solución de controversias de este Capítulo aplican:

- (a) con respecto a la prevención o solución de las controversias entre las Partes referentes a la interpretación o aplicación de este Tratado;
- (b) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o sería incompatible con una obligación de este Tratado o que otra Parte ha incumplido de otra manera llevar a cabo una obligación de este Tratado; o

(c) cuando una Parte considere que un beneficio que razonablemente pudiera haber esperado recibir conforme al Capítulo 2 (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado), Capítulo 3 (Agricultura), Capítulo 4 (Reglas de Origen), Capítulo 5 (Procedimientos de Origen), Capítulo 6 (Mercancías Textiles y Prendas de Vestir), Capítulo 7 (Administración Aduanera y Facilitación del Comercio), Capítulo 9 (Medidas Sanitarias y Fitosanitarias), Capítulo 11 (Obstáculos Técnicos al Comercio), Capítulo 13 (Contratación Pública), Capítulo 15 (Comercio Transfronterizo de Servicios) o Capítulo 20 (Derechos de Propiedad Intelectual), está siendo anulada o menoscabada como resultado de la aplicación de una medida de otra Parte que no es incompatible con este Tratado.

Solicitud de consultas

En el presente caso Estados Unidos solicitó la celebración de consulta en conformidad con los artículos 31.2 y 31.4 del T-MEC en relación con las varias medidas de México en favor de la Comisión Federal de Electricidad (CFE) y de Petróleos Mexicanos (Pemex) que impactan de manera negativa a empresas estadounidenses que están operando en México y la energía producida por EE.UU. Estas medidas aparentemente no están en conformidad con los compromisos de México en el T-MEC. Cabe recordar que las consultas solicitadas por Estados Unidos constituyen la primera etapa del mecanismo de solución de controversias entre Estados establecido en el Capítulo 31 del T-MEC. Durante su desarrollo las Partes intercambiarán información para estar en posibilidad de realizar un análisis completo de la forma en la que las acciones llevadas a cabo por el gobierno mexicano pudieran afectar el funcionamiento o aplicación del Tratado y buscarán llegar a una solución mutuamente satisfactoria sin afectar los intereses de otra Parte (Martínez Mendoza, 2022).

Medidas del litigio, supuestas violaciones y análisis jurídico

En la presente sección se enlistan las diversas medidas adoptadas por México en materia energética y las aparentes violaciones a las obligaciones establecidas en el T-MEC tal como EE.UU. las plasman en su solicitud de consultas.

Ley de la Industria Eléctrica y su reforma en México

La parte actora, es decir EE.UU., denomina en su escrito de demanda: la primera medida que se alega como inconsistente: Ley de la Industria Eléctrica refor-

mada, la cual está reflejada en instrumentos legales que incluyen las siguientes, operando de manera separada o colectivamente:

- a) Ley de la Industria Eléctrica (Cámara de Diputados, 2022).
- b) Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Industria (López Obrador, 2021).
- c) Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica (Secretaría de Gobernación, 2021).
- d) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia, Acción de inconstitucionalidad 64/2021 y Votos concurrentes y particulares (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021).

Estado Unidos sostiene que esta medida es inconsistente con varias cláusulas del T-MEC, como se indica a continuación: Primero, la medida parece ser inconsistente con el Art. 2.3 del T-MEC porque México ha fallado al otorgar trato nacional a los bienes estadounidenses en conformidad con el Art. III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio 1994 (GATT). Segundo, la medida parece ser inconsistente con el Art. 14.4 del T-MEC, porque México ha fallado al otorgar un trato no menos favorable a inversionistas y sus inversiones estadounidenses en comparación al que se le otorga en circunstancias similares a inversionistas mexicanos y sus inversiones.

Retrasos, negaciones o inacciones respecto a la habilidad de compañías privadas de operar en el sector energético mexicano

México está realizando, o ha realizado, acciones o inacciones que obstaculizan la capacidad de las empresas privadas para operar en el sector energético de México. Estas medidas incluyen: retardar, negar o no actuar sobre las solicitudes de nuevos permisos o modificaciones de permisos; suspender o revocar los permisos existentes; o bloquear de otro modo la capacidad de las empresas privadas para:

- a) Operar instalaciones de energías renovables, como las instalaciones eólicas y solares;
- b) importar o exportar electricidad y combustible;
- c) almacenar y distribuir combustible;
- d) construir y operar estaciones de expendio de combustible.

Primero, parecen ser inconsistentes con el Art. 2.3 del T-MEC porque otorgan un trato menos favorable en comparación con el que se le otorga a productos similares de origen nacional con respecto a leyes, regulaciones y requerimientos que afectan la venta interna, oferta de venta, compra, transporte y distribución o uso. Segundo, parecen ser inconsistentes con el Art. 14.4 del T-MEC, porque México está fallando en otorgar a los inversores estadounidenses y sus inversiones un tratamiento que no sea menos favorable que el que se le otorga, en circunstancias similares, a los inversores mexicanos y sus inversiones. Tercero, parecen ser inconsistentes con el Art. 2.11 del T-MEC por y a la medida que prohíben o restringen las importaciones o exportaciones de bienes. Cuarto, la medida parece ser inconsistente con el Art. 22.5.2 del T-MEC, porque el órgano administrativo relevante no ha ejercitado su discrecionalidad regulatoria de manera imparcial con respecto a las empresas que regula, incluyendo empresas que no son de propiedad estatal. Quinto, parecen ser inconsistentes con el Art. 29.3 del T-MEC porque México no está administrando sus leyes de manera consistente, imparcial y razonable.

Aplazamiento del requerimiento de suministro de diésel ultra bajo en Azufre Solo para Pemex

La cual está reflejada en instrumentos legales que incluyen las siguientes, operando de manera separada o colectivamente:

- a) Comisión Reguladora de Energía, Resolución de la Comisión Reguladora de Energía que otorga a Pemex Transformación Industrial una ampliación al plazo para el cumplimiento de la especificación de contenido de azufre en el diésel automotriz, previsto en la norma oficial Mexicana NOM-016-CRE-2016, Especificaciones de calidad de los petrolíferos (Comisión Reguladora de Energía, 2019).
- b) Acuerdo por el que la Comisión Reguladora de Energía expide la Norma Oficial Mexicana NOM-016-CRE-2016, Especificaciones de calidad de los petrolíferos (Comisión Reguladora de Energía, 2016).
- c) Acuerdo de la Comisión Reguladora de Energía que modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-016-CRE-2016, Especificaciones de calidad de los petrolíferos, con fundamento en el artículo 51 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (Comisión Reguladora de Energía, 2017).

Estados Unidos sostiene que esta medida es inconsistente con varias cláusulas del T-MEC, como se indica a continuación:

Primero, la medida parece ser inconsistente con el Art. 2.3 del T-MEC porque México ha fallado al otorgar trato nacional a los bienes estadounidenses en conformidad con el Art. III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio 1994 (GATT). Segundo, la medida parece ser inconsistente con el Art. 22.5.2 del T-MEC, porque al otorgar tal extensión a la empresa de propiedad estatal Pemex, la CRE no ha ejercitado su discrecionalidad regulatoria de manera imparcial con respecto a las empresas que regula, incluyendo empresas que no son de propiedad estatal.

Acciones respecto al uso del servicio de transporte de gas natural de México

La cuarta y última medida del litigio son las acciones respecto al uso del servicio de transporte de gas natural de México. La cual está reflejada en instrumentos legales que incluyen las siguientes, operando de manera separada o colectivamente:

a) Oficio No. SENER.100/195/2022 - Estrategia del Sistema de Transporte y Almacenamiento de Gas Natural, Secretaría de Energía y cualquier reglamento de aplicación (Secretaría de Energía, 2022).

b) Centro Nacional de Control de Gas Natural (CENAGAS), Carta Oficial No. CENAGAS-DG/0014/2022 (22 de marzo de 2022);

c) Título de permiso, de gestión independiente del Sistema Nacional de Transporte y Almacenamiento Nacional Integrado de Gas Natural, G/21317/GES/2018, otorgado al Centro Nacional de Control del Gas Natural (Comisión Reguladora de Energía, 2018).

Esta medida parece ser inconsistente con el Art. 2.3 del T-MEC porque otorga un trato menos favorable a productos importados en comparación al que se le otorga a productos similares respecto a leyes, regulaciones y requisitos afectando su venta interna, puesta a la venta, compra, transporte, distribución y uso. Por ejemplo, incentivando o requiriendo que los usuarios del servicio de transporte de gas natural de México obtengan gas natural de CFE o Pemex.

Esta medida también parece ser inconsistente con el Art. 2.11 del T-MEC porque es una prohibición o restricción a la importación de un bien estadounidense destinado a México, por ejemplo, requiriendo a usuarios del servicio de

transporte de gas natural de México contratar con la CFE o sus subsidiarias para utilizar su reserva de capacidad de transporte de gas natural.

Análisis jurídico de las medidas

En la presente sección se realiza un análisis jurídico de los elementos que se necesitan probar para establecer una violación de los Artículos citados en la solicitud de consultas. Además, se enlistan algunos posibles argumentos.

Trato Nacional

El Art. 2.3 del T-MEC indica que para establecer una inconsistencia con la obligación de Trato Nacional se deberá acudir al Art. III del GATT al ser integrado de manera *mutatis mutandis* (Senado de la República, Capítulo 2 “Trato Nacional y Acceso a los Mercados”, 2019). Por esto es necesario acudir a la casuística establecida en el Mecanismo de Solución de Controversias de la OMC para argumentar si existe una inconsistencia con dicha obligación, el Órgano de Apelación ha establecido que los siguientes elementos se tienen que analizar a manera de “examen” (Reporte del Órgano de Apelación: Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna, 2000):

1. Que los productos importado y nacional en cuestión sean “productos similares”;
2. Que la medida en cuestión sea una “ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior”;
3. Que los productos importados reciban “un trato menos favorable” que el concedido a los productos similares de origen nacional.

Respecto al punto número uno, es necesario establecer que los productos en cuestión son similares, para determinar esto se ha establecido que los productos deben coincidir en: sus características físicas, su uso final, las preferencias de los consumidores y prácticas de clasificación arancelaria adoptadas por los Miembros de la OMC. En este sentido no se espera objeción alguna entre la “similitud” entre la energía mexicana y la estadounidense.

Respecto al punto número dos, es necesario establecer que los instrumentos componentes de la medida son en efecto, leyes, reglamentos o prescripciones. En el presente caso la medida está plasmada en diversos instrumentos legales

listados anteriormente. Posteriormente debe distinguirse si dichos instrumentos afectan a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior. En este sentido la misma Ley establece en su Art. 1 que tiene por objeto regular la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica y las demás actividades de la industria eléctrica (Cámara de Diputados, 2014).

Respecto al punto número tres, Estados Unidos podría argumentar que la citada Reforma a la Ley concede un trato más favorable y preferencial a la energía producida por la CFE en perjuicio de los productores privados de energía. Lo anterior, al cambiar el orden de despacho en el Mercado Eléctrico Mayorista en favor de las centrales pertenecientes a la empresa productiva del Estado. Además, que las autoridades mexicanas realizan una serie de medidas tendientes a demorar, negar o revocar, permisos a aquellas empresas que solicitan operar fuentes de energía renovable, importar o exportar electricidad y combustibles, almacenar o transportar combustibles, así como construir u operar estaciones de venta de gasolina y que el oficio número SENER.100/195/2022, a través del cual el CENAGAS (Centro Nacional de Control del Gas Natural) dispone que sólo podrá autorizar solicitudes de servicio de transporte si los usuarios comprueban que cuentan con contratos de suministro de gas natural con CF Energía, viola el Tratado al prever un trato diferenciado y menos favorable a los productos de otros participantes del mercado.

Inversión

El Art. 14.4 en su párrafo 1 establece que:

Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio (Senado de la República, Capítulo 14 “Inversiones”, 2019).

Respecto, al párrafo anteriormente citado Estados Unidos podría argumentar que además de que los productos similares de origen nacional reciben un trato distinto, como se menciona en el análisis relativo al Trato Nacional, las

mencionadas medidas implementadas por México constituyen una inconsistencia con el principio respecto a las inversiones.

Empresas Propiedad del Estado y Monopolios designados

El Artículo 22.5 en su párrafo 2 establece que:

Cada Parte asegurará que cualquier órgano administrativo que la Parte establezca o mantenga que regule una empresa propiedad del Estado, ejerza sus facultades discrecionales de regulación de manera imparcial con respecto a las empresas que regula, incluidas las empresas que no son empresas propiedad del Estado (Senado de la República, Capítulo 22 “Empresas Propiedad del Estado y Monopolios designados”, 2019).

En este sentido Estados Unidos puede alegar que se actuó de manera imparcial ya que únicamente a Pemex le fue concedida una prórroga de 5 años para dar cumplimiento a la NOM-016-CRE-2016 sobre especificaciones de calidad de petrolíferos, misma que establece valores máximos de azufre para la venta de Diésel automotriz en México, discriminando a los demás participantes del mercado. De igual forma, señalan que la CRE tampoco cumple con lo establecido en esta disposición por los retrasos, rechazos e inacciones que enfrentan las empresas estadounidenses que buscan operar en el sector energético mexicano, pues no ejerce su discrecionalidad reglamentaria de la manera imparcial que dispone el Tratado en el artículo 22.5.2 referido anteriormente.

Publicación y administración

El Artículo 29.3 establece que:

Con el fin de administrar todas las medidas de aplicación general con respecto a cualquier asunto cubierto por este Tratado de manera uniforme, imparcial y razonable, cada Parte se asegurará en sus procedimientos administrativos en los que se apliquen las medidas referidas en el Artículo 29.2.1 (Publicación) a una persona, bien o servicio en particular de otra Parte en casos específicos que:

(a) una persona de otra Parte que es afectada directamente por un procedimiento reciba, cuando sea posible y, de conformidad con los procesos internos, un aviso razonable de cuando un procedimiento es iniciado, incluida una descripción

de la naturaleza del procedimiento, una declaración del fundamento legal conforme a la cual se inicia el procedimiento y una descripción general del asunto en cuestión;

(b) una persona de otra Parte que es directamente afectada por un procedimiento se le brinde una oportunidad razonable para presentar hechos y argumentos en apoyo a la posición de esa persona antes de cualquier acción administrativa final, cuando el tiempo, la naturaleza del procedimiento y el interés público lo permitan; y

(c) los procesos estén de conformidad con su ordenamiento jurídico (Senado de la República, Capítulo 29 “Publicación y Administración”, 2019).

Este artículo del Tratado se refiere a los procedimientos administrativos en los que se apliquen resoluciones administrativas de carácter general y establece garantías de debido proceso para los procedimientos administrativos, mismos que deberán regirse por el ordenamiento jurídico de cada una de las Partes.

Restricción a la importación

El Artículo 2.11 en su párrafo 1 establece que:

1. Salvo que se disponga algo diferente en este Tratado, ninguna Parte adoptará o mantendrá cualquier prohibición o restricción alguna a la importación de cualquier mercancía de otra Parte o a la exportación o venta para la exportación de cualquier mercancía destinada al territorio de otra Parte, excepto de conformidad con el Artículo XI del GATT de 1994, incluyendo sus notas interpretativas, y para tal efecto el Artículo XI del GATT de 1994 y sus notas interpretativas son incorporadas y forman parte de este Tratado, mutatis mutandis (Senado de la República, Capítulo 2 “Trato Nacional y Acceso a los Mercados”, 2019).

Estados Unidos considera que esta medida busca incentivar y requerir que los usuarios actuales o futuros del servicio de transporte de gas natural obtengan gas natural de México y que se imponen restricciones a la importación de gas natural proveniente de Estados Unidos.

Procedimiento de solución de diferencias Inversionista - Estado (Capítulo 14 del T-MEC)

El T-MEC también contempla instrumentos de “reclamo” entre empresas o particulares y los Estados. Es decir, las empresas e inversionistas estadounidenses o

canadienses podrían ir a juicio contra el gobierno mexicano, argumentando que no se cumplieron las reglas para garantizar sus inversiones y así pedir que se les paguen indemnizaciones.

Artículo 14.D.3: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje (Senado de la República, Capítulo 14 “Inversión”, 2019).

1. En caso de que una parte contendiente considere que una controversia de inversión calificada no puede ser resuelta mediante consulta y negociación:
 - (a) la demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje conforme a este Anexo una reclamación en el sentido de:
 - (i) que la demandada ha violado:
 - (A) el Artículo 14.4 (Trato Nacional) o el Artículo 14.5 (Trato de Nación Más Favorecida), 22 salvo con respecto al establecimiento o la adquisición de una inversión, o
 - (B) el Artículo 14.8 (Expropiación y Compensación), salvo con respecto a expropiación indirecta, y
 - (ii) que la demandante ha sufrido pérdidas o daños con motivo de, o como consecuencia de, esa violación; y
 - (b) la demandante, en representación de una empresa de la demandada que sea una persona moral propiedad de la demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje conforme a este Anexo una reclamación en el sentido de:
 - (i) que la demandada ha violado:
 - (A) el Artículo 14.4 (Trato Nacional) o el Artículo 14.5 (Trato de Nación Más Favorecida), salvo con respecto al establecimiento o la adquisición de una inversión, o
 - (B) el Artículo 14.8 (Expropiación y Compensación), salvo con respecto a expropiación indirecta, y
 - (ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños con motivo de, o como consecuencia de, esa violación.

Sin embargo, es complicado que las empresas vayan a interponer este tipo de juicios contra el Estado mexicano porque, además de ser extensos, las empresas extranjeras han encontrado sentencias favorables acudiendo a organismos de

justicia locales, sin tener que echar mano de los instrumentos del Tratado entre los tres países (Munguía, 2022).

Reconocimiento de la propiedad directa, inalienable e imprescriptible del Estado Mexicano sobre Hidrocarburos

Además de las posibles defensas relativas a las medidas del litigio, México puede optar por debatir la idoneidad de la demanda en relación con los derechos reconocidos en el T-MEC en el sector de los hidrocarburos, dicho reconocimiento se encuentra plasmado en el Capítulo 8 del T-MEC, el cual establece que:

1. Según lo dispone este Tratado, las Partes confirman su pleno respeto por la soberanía y su derecho soberano a regular con respecto a asuntos abordados en este Capítulo de conformidad con sus respectivas Constituciones y derecho interno, en pleno ejercicio de sus procesos democráticos.

2. En el caso de México, y sin perjuicio de sus derechos y remedios disponibles conforme a este Tratado, Estados Unidos y Canadá reconocen que: (a) México se reserva su derecho soberano de reformar su Constitución y su legislación interna; y (b) México tiene el dominio directo y la propiedad inalienable e imprescriptible de todos los hidrocarburos en el subsuelo del territorio nacional, incluida la plataforma continental y la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, en mantos o yacimientos, cualquiera que sea su estado físico, de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Senado de la República, Capítulo 8 “Reconocimiento de la propiedad directa, inalienable e imprescriptible del Estado Mexicano sobre Hidrocarburos”, 2019).

En este sentido la CFE ha sostenido que, a partir de la interpretación del Tratado, y con base en sus propias disposiciones y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es posible concluir que el sector energético quedó fuera de la cobertura del Tratado y que el artículo 8.1 constituye una reserva cuyo efecto es excluir la totalidad del sector, incluido el eléctrico, de la aplicación del mismo. Por el contrario, los inversionistas extranjeros realizan una interpretación gramatical del Tratado, en la que el contenido del artículo 8.1 se considera como una mera declaración sin que la misma tenga mayores efectos, aunado a que se ha señalado que ese capítulo se refiere a cuestiones relacionadas con hidrocarburos, no electricidad (Martínez Mendoza, 2022).

Además, según Estados Unidos, las políticas de México violan el Capítulo 2, sobre Trato Nacional; el 14, sobre Inversiones; y el 22, sobre Empresas Paraestatales. Por lo tanto, el Capítulo 8 no parece efectivo para que el gobierno mexicano proponga políticas de hidrocarburos acordes con las promesas de Andrés Manuel López Obrador. Aparentemente, no hay forma de argumentar que el Capítulo 8 excluye a México de sus otras obligaciones relacionadas con el trato de nación más favorecida, el trato nacional y otras normas mínimas (Morales, 2023).

Conclusiones

México debe considerar sus medidas en materia energética y los efectos comerciales que generan en el marco del T-MEC. Como se observa a lo largo del capítulo, si las medidas llegasen a considerarse violatorias y se resolviera que México no puede recurrir a la supuesta excepción contenida en el Capítulo 8, se ordenará que se pongan las medidas en conformidad con lo establecido en sus compromisos plasmados en el T-MEC. Para esto, se requiere una agenda de energía con visión de largo plazo que aborde el desafío a nivel regional para consolidar a la región como la más competitiva del mundo de cara a otros clústeres manufactureros en Europa y Asia. México es quien más tiene que ganar de esto, por ello el país debe ser el motor de esta iniciativa. Sin embargo, la combinación de una retórica hostil a la inversión privada y la falta de certidumbre legal en el sector energético mexicano no es congruente con una agenda de este tipo. La causa de raíz no es una motivación política o ideológica del gobierno en turno, sino la falta de compromiso del Estado mexicano con el Estado de derecho. Si el TLCAN original fue revolucionario al comprometer por primera vez al Estado mexicano a respetar una serie de disciplinas estrictas a cambio de preferencias comerciales, hoy el reto está en mostrar un compromiso creíble con el Estado de derecho en los mercados energéticos por una cuestión no sólo ambiental, sino también de competitividad y desarrollo (Ocampo, 2022). Por otra parte, también existen posturas que argumentan que el T-MEC con sus diversas reglas, especialmente en materia energética, pueden colocar a México en una situación desventajosa al pretender subordinar sus recursos energéticos y minerales a los intereses de EE. UU. (Tepox, 2023).

Independientemente de la motivación que dio origen a la creación de las medidas, se tiene que valorar los efectos que implicaría su conservación, especialmente si son encontradas inconsistentes con las obligaciones del T-MEC. Se

estima que mantener este tipo de medidas elevaría los costos de generación de energía, afectaría al medio ambiente al desincentivar el uso de energías renovables, representaría una expropiación indirecta, ahuyentaría la inversión privada en el sector, provocaría más demandas al gobierno federal en el marco del T-MEC, dañaría las finanzas públicas e incrementaría la incertidumbre, entre otros problemas (Chacón, 2022).

Referencias

- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2022). Ley de la Industria Eléctrica. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 2022. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec.pdf>
- . (2014). Ley de la Industria Eléctrica. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec.pdf>
- Chacón Castillo, B. C. (2022). *La disputa comercial por el TMEC en el contexto económico de México hacia el final del sexenio*. Partido Acción Nacional.
- Comisión Reguladora de Energía, Acuerdo Núm. A/035/2016. (agosto 29, 2016). https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5450011&fecha=29/08/2016#gsc.tab=0
- . Resolución Núm. RES/1817/2019. (diciembre 18, 2019). <https://drive.cre.gob.mx/Drive/ObtenerResolucion/?id=YzQ0YmNmYmMtMzEyYS00ZDI5LTE5NjYzLTg5NTZm>
- . Acuerdo Núm. A/028/2017. (junio 26, 2017). https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5488031&fecha=26/06/2017#gsc.tab=0
- . Título de permiso G/21317/GES/2018. (junio 28, 2018). http://boletín-gestor.cenagas.gob.mx/gestioncomercial/regulacion/titulo/G_21317_GES_2018%20Permido%20Definitivo.pdf
- DS161: Reporte del Órgano de Apelación, Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna para. 133. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/169ABR.pdf&Open=True>
- Gobierno de México. (2020). *T-MEC Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*. <https://mipymes.economia.gob.mx/exportar-2/t-mec-2/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20el%20T%20MEC,vigente%20desde%20hace%2026%20a%C3%B1os>

- López Obrador, A. M. (2021). Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Industria. http://archivos.diputados.gob.mx/portalHCD/archivo/INICIATIVA_PREFE-RENTE_01FEB21.pdf
- Martínez Anzures, L. M. (25 de julio de 2022). Las disputas en el sector energético entre México y EU: una llamada a repensar los efectos del T-MEC. *El Financiero*. <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/colaborador-invitado/2022/07/25/las-disputas-en-el-sector-energetico-entre-mexico-y-estados-unidos-una-llamada-a-repensar-los-efectos-del-t-mec/>
- Martínez Mendoza, B. del C. (2022, 10 de agosto). La Política Energética mexicana y el TMEC. [Blog de Derecho Económico]. Universidad Externado. <https://derechoeconomico.uexternado.edu.co/internacional/la-politica-energetica-mexicana-y-el-tmec/>
- Morales Medina, S. E. (2023). El T-MEC y la propiedad sobre hidrocarburos. *En las Fronteras del Derecho*, 2. <https://fdd.ufro.cl/ojs/index.php/fdd/article/view/3174/2300>
- Munguía, A. (2 de agosto de 2022). T-MEC: La disputa de México con Estados Unidos por su política energética. *LexLatin*. <https://lexlatin.com/reportajes/t-mec-la-disputa-de-mexico-con-estados-unidos-por-su-politica-energetica>
- Ocampo, O. (2022, 16 de julio). *El T-MEC ¿y la Energía?* IMCO, Centro de Investigación en Política Pública. <https://imco.org.mx/el-t-mec-y-la-energia/>
- Secretaría de Energía. (13 de junio de 2022). Oficio No. SENER.100/195/2022. <https://boletin-gestor.cenagas.gob.mx/gestioncomercial/tcps/SENER.100-195-2022.pdf>
- Secretaría de Gobernación. (2021). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica. Diario Oficial de la Federación 9 de marzo de 2021. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613245&fecha=09%2F03%2F2021#gsc.tab=0
- Senado de la República. (2019). *Textos finales del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) Capítulo 2 “Trato Nacional y Acceso a los Mercados”*. Secretaría de Economía. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/560545/02_ESP_Trato_Nacional_CLEAN_Junio_2020.pdf

- (2019). *Textos finales del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) Capítulo 14 “Inversiones”*. Secretaría de Economía. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465796/14ESPIversion.pdf>
 - (2019). *Textos finales del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) Capítulo 22 “Empresas Propiedad del Estado y Monopolios designados”*. Secretaría de Economía. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465804/22ESPEmpresasPropiedaddelEstadoyMonopoliosDesignados.pdf>
 - (2019). *Textos finales del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) Capítulo 29 “Publicación y Administración”*. Secretaría de Economía. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465811/29ESPPublicacionyAdministracion.pdf>
 - (2019). *Textos finales del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) Capítulo 2 “Trato Nacional y Acceso a los Mercados”*. Secretaría de Economía. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/560545/02_ESP_Trato_Nacional_CLEAN_Junio_2020.pdf
 - (2019). *Textos finales del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) “Capítulo 14 Inversión”*. Secretaría de Economía. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465796/14ESPIversion.pdf>
 - (2019). *Textos finales del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) “Capítulo 31 Solución de Controversias”*. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/560547/31_ESP_Solucion_de_Controversias_CLEAN_Junio_2020.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). *Sentencia, Acción de inconstitucionalidad 64/2021*. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_controversias_constit/documento/2021-04-27/MI_AccInconst-64-2021.pdf
- Tepox Vivar, Á. (2023). La importancia estratégica del litio en México. En Á. Tepox Vivar. *Guerra y Energía: Aspectos geopolíticos y geoeconómicos de la producción de energía en México y su articulación con la economía global* (pp. 113-124). <https://www.cfenergia.com/wp-content/uploads/2023/04/Guerra-y-energi%CC%81a.pdf#page=123>

Derecho humano a la desconexión digital laboral

Martha Patricia García Rodríguez
Margarita Cantero Ramírez
José Cruz Guzmán Díaz

Resumen

El derecho del trabajo en los últimos dos años ha enfrentado a una serie de cambios, particularmente debido a la pandemia por covid-19, afectando al trabajador en su relaciones laborales toda vez que tuvo que integrar su casa-hogar, que era su lugar para su vida privada y de descanso, con el lugar para realizar su trabajo, máxime con los cambios que se registraron en la figura del teletrabajo, esta unión laboral-doméstica-tecnológica, ha ocasionado una serie de problemas, pues a la fecha todo indica que no se ha respetado la barrera entre la jornada laboral y el tiempo de descanso de los trabajadores.

En este orden de ideas, el derecho a la desconexión digital se deriva del derecho humano al descanso, al tiempo individual o personal, en el cual se deja de ser trabajador y dedica su tiempo en su vida privada, familiar y social, y en caso de no respetar este binomio, se estaría contribuyendo en gran parte a los posibles riesgos psicosociales, como el caso de la permanente conectividad en los medios digitales, siendo uno de los problemas fundamentales la protección al derecho de la desconexión laboral, el cual se plantea demostrar a través de un análisis en el derecho comparado en el marco jurídico internacional, así como una revisión normativa en nuestro país, con las recientes reformas a la Ley Federal del Trabajo, así como a la NOM-035-2018.

Palabras clave: derecho a la vida privada, desconexión digital laboral, derecho al descanso.

Introducción

Desde hace algún tiempo, la implementación masiva de las Tecnologías en Información y Comunicación (TIC) en los ámbitos laborales, han originado nuevos problemas en las relaciones laborales, en alguna medida dado que los patrones han tratado de optimizar e incluso sobrepasar las jornadas laborales a costa de los trabajadores, afectando sus tiempos de descanso y esparcimiento familiar como los días de descanso y las vacaciones, además de ampliar indebidamente las jornadas laborales a espacios fuera de los centros de trabajo.

En tal sentido, debido a la pandemia por covid-19 y las restricciones a la movilidad y la presencialidad que impusieron los gobiernos, en muchos países, entre ellos México, las empresas se vieron en la necesidad de implementar apresuradamente el que los trabajadores realizaran actividades laborales a distancia, situación en la que el trabajador se vio forzado a realizar adaptaciones en su hogar, convirtiéndolo en un ambiente laboral-familiar, creando así una situación de híper conexión virtual a través de medios electrónicos, asentándose, en muchos casos, como la “nueva forma de trabajar”.

Esta “nueva forma de trabajar” trajo consigo un incremento considerable en las jornadas laborales, manteniéndose un contacto sin límite de tiempo entre el trabajador y el patrón.

De este modo es que se ha implementado una forma de trabajar diferente, puesto que los trabajadores, antes de la pandemia, salían de su casa a su lugar de trabajo y una vez que cumplían su jornada laboral, estos se retiraban de su lugar de trabajo, generando una división fuerte entre su espacio de trabajo y sus espacios sociales y de descanso, esto permitía que el trabajador realmente descansara, sin sufrir la alteración y continuo estrés por los medios de comunicación, como pueden ser teléfonos celulares, el correo electrónico y las aplicaciones de mensajería instantánea, permanentemente conectados a las computadoras tanto de oficina como portátiles.

Al momento de presentarse la pandemia de la covid-19, y con el desarrollo de las nuevas tecnologías, para la sociedad surge la nueva posibilidad de trabajar de forma remota desde sus hogares, lo que conllevó a que los trabajadores tuvieran que adecuar sus lugares de trabajo dentro de una esfera privada, como lo es su hogar (Ferreira y Vera, 2020).

En el mismo orden, nos menciona que poder trabajar desde cualquier lugar espacial era un beneficio para la empresa y sus trabajadores, pero trabajar desde

el acceso remoto conlleva a que se generara problemáticas a nivel psicológico, al igual que el traspaso de algunas normativas en el ámbito laboral por la extralimitación de los horarios laborales fijados en la presencialidad. En ese sentido, agrega que surge la necesidad de repensar ciertas conductas y normativas para que de esta forma se puedan delimitar y hacer respetar las jornadas laborales, y que los trabajadores puedan tutelar sus derechos fundamentales que son inherentes al trabajador (Ferreya y Vera, 2020).

El derecho humano a la desconexión es relativamente nuevo, por lo que son pocos ordenamientos jurídicos contemplan o lo consagran en sus leyes, códigos e incluso de manera constitucional (Rosenbaum Carli, 2020). A su vez Serrano en el año 2019, explicaba la implementación de los correos electrónicos y la telefonía móvil, brindan cierta autonomía y acceso a la información que se requiere para el desarrollo de sus labores, lo que ha hecho que la presencia de los trabajadores en sus respectivos lugares de trabajo se torne, en algunos casos cada menos necesario. Es decir que esa autonomía que se deriva del acceso a las tecnologías, ha generado una situación o una percepción de que el trabajador debe tener una disposición total en sus horarios para los requerimientos laborales (Serrano, 2019).

Germán Reyes, afirma que esta nueva percepción de que el patrón o empleador debe tener una total disponibilidad en el trabajo para suplir las carencias de presencialidad ha terminado en disipar la delgada línea que ya existía frente a la jornada laboral y el tiempo de descanso y personal que poseía el trabajador, autor de la publicación del libro *Nuevas tecnologías y derecho del trabajo* (Cruz Caicedo et al., 2020).

El concepto de derecho a la desconexión digital, tal cual se ha venido adoptando por los diversos legisladores, se ha enmarcado como un derecho del trabajador no tiene la obligación de revisar información, ni responder llamados realizados por medio de plataformas electrónicas, pasadas sus horarios laborales (Gutiérrez Colominas, 2020).

Si bien es cierto, que hace décadas se establecieron los límites en las jornadas laborales en las regulaciones internacionales y nacionales, esos derechos, que fueron alguna vez alcanzados se han venido desvaneciendo con la implementación y la accesibilidad a la información que se maneja hoy en día mediante los diferentes medios informáticos (Camós y Sierra, 2020). Aunque la mayoría de las regulaciones respecto de las jornadas máximas laborales se encuentran redacta-

das en los ordenamientos jurídicos, se ha visto la necesidad de regular y proteger de forma más estricta estos horarios, y por ello surge el derecho a la desconexión laboral (Camós y Sierra, 2020).

Ahora bien, esa necesidad de conexión constante alude al concepto de *always on*. Y hace referencia al fenómeno que ocurre gracias a la hiper-conectividad que hoy en día se sufre por el uso de las tecnologías, lo que ha conllevado a que sea más difícil lograr una desconexión efectiva del trabajo (Pansu, 2018). Según los autores Kolb y MacCormick, este fenómeno ha conllevado a una evolución del carácter binario de estar conectado o desconectado, surgiendo una noción de conectividad perpetua (Pansu, 2018).

De modo que las formas de trabajar derivadas de la pandemia de la covid-19, aún siguen vigentes, pues si bien es cierto que los avances en la tecnología y los medios de comunicación avanzan de forma muy rápida, también es una realidad que han cambiado las costumbres laborales, pues el patrón mantiene al trabajador en permanente disposición, mediante los medios electrónicos, siendo este a cualquier hora y lugar, mismo que este atenta con los derechos humanos, y por ende con la salud de los trabajadores, misma que ya la NOM-035-2018, menciona como objetivo prevenir los factores de riesgo psicosocial, y además promover un entorno organizacional favorable en los centros de trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el año 2015, ya mencionaba que si bien, el uso de las tecnologías permite que se pueda trabajar desde la distancia, pudiendo de esta forma generar un equilibrio entre las responsabilidades que se derivan de la vida laboral y la vida personal laboral y familiar, también genera una preocupación en cuanto a que algunas personas pasan más horas trabajando desde sus casas, lo que, a criterio de la OIT para algunos trabajadores esto podría “ser una arma de doble filo para algunos, y este tipo de comunicación puede conllevar a que las barreras espaciales y temporales entre la vida laboral y privada desaparezcan” (OIT, 2015).

Regulaciones jurídicas

Aunque no existe un marco legal a nivel internacional, sí existen disposiciones que abordan el tema, como lo menciona el Artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que prescribe “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute de su tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas” (ONU, 2022).

Así también el Artículo 7, inciso d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual establece que:

Artículo 7. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona el goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración del día festivo (ONU, 2010).

Aunado a lo anterior, existen algunos convenios como son los siguientes: la Organización Internacional del Trabajo (OIT) menciona las horas de trabajo (industria) 1919, Convenio sobre las cuarenta horas, 1935, Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962, Convenio sobre el descanso laboral semanal (industria), 1921, Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957, Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970, Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990, Convenio sobre trabajo a tiempo parcial, 1994.

Y se puede mencionar que sí, en algunos casos la comunicación y las tecnologías favorecen el trabajo a distancia y eso lleva a una conciliación en la vida laboral, personal y familiar, así la Organización Internacional del Trabajo propone “la desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre la vida laboral y privada suscita inquietudes en diferentes ámbitos, y evoca formas de organización de trabajo del periodo preindustrial. Los procesos de cambio permiten que el individuo pase más tiempo en su casa que en el trabajo, pero que también pase más tiempo trabajando en su casa podría ser un arma de doble filo” (OIT, 2015).

De conformidad con el Artículo 225 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y el Comité de empleo y asuntos sociales del Parlamento Europeo, desde noviembre del año 2020, se discutió una iniciativa para la regulación de la desconexión digital, en sus cuatro estados miembros como eran, España, Francia, Italia y Bélgica.

Francia, fue una pionera en el reconocimiento legal, de este derecho, bajo la Ley 8 de agosto del año 2016, Artículo L.2242-17 del Código de Trabajo, encontrándose este derecho vinculado al aumento del teletrabajo, ley en vigor del 2014 pero modificada en el 2017, para facilitar su implementación mediante acuerdos de empresa y no sólo a través de acuerdos individuales, realizada a empresas de más de cincuenta trabajadores (Eurofound, 2020).

Europa

Otro de los países pioneros en la desconexión digital es España, reformando su Ley Orgánica de Protección de Datos Garantías de Derechos Digitales (LOPD-GDD), Ley 3/2018, emitida el 5 de diciembre del 2018, reformada por la Ley de Protección de Datos Ley 15/1999, misma que tenía veinte años de vigencia y la cual era ya obsoleta, sobre todo porque no ofrecía una protección necesaria y la misma no se adaptaba a la nueva era digital, sobre todo por la transmisión y tratamiento de datos a través del internet y medios electrónicos, y dada la propia naturaleza de los nuevos mecanismos laborales, da entrada en vigor a una nueva Ley orgánica que, establece un nuevo marco jurídico para la protección de datos amparada por la normativa europea y fue así como en su Artículo 88 lo agrega de la siguiente manera:

Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas (Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, 2018).

De esa manera España incluso prevé que los representantes de los trabajadores, que en México se integran por los Delegados Sindicales o en su caso el

Secretario General como es el caso del Sindicato Único de Trabajadores de la Universidad de Guadalajara, deben de elaborar una política para efecto de todos los trabajadores incluidos los directivos, gocen de dicho derecho, dicho de paso que con fecha de 7 de octubre, fue enviada los resultados del seguimiento a la implementación de las medidas de seguridad e higiene laboral, lo cual sólo fue realizada a los trabajadores administrativos, obviando o dejando pendiente realizar a los demás trabajadores como son, los docentes.

Siguiendo Italia, con su Ley 81/2017 incluye sólo a los denominados “trabajadores ágiles”, que son aquellos que combinan trabajo presencial con el remoto, aparte del derecho a la desconexión, también se dota de libertad a los trabajadores para gestionar la distribución de su horario de trabajo durante el día, bajo acuerdo individual (Eurofound, 2020).

Bélgica por su parte en su legislación de marzo del 2018, de manera distinta se acerca a un diálogo con las empresas primero en el teletrabajo, negociando este derecho en las empresas de más de cincuenta empleados, acordándose en los comités de salud y seguridad (Ídem).

Como un precedente judicial se tiene el caso que procede de una petición de decisión prejudicial planteada por la Cour du Travail de Bruxelles (Tribunal Laboral Superior de Bruselas) que tuvo por objeto la interpretación de los artículos 2 y 17 apartado 3, letra c, inciso iii) de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo del trabajo (Matzak, 2018). La cual se discutió el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador y que este difiere de la de un trabajador en periodo de descanso, incluso hasta el punto de otorgar una remuneración sobre dicho periodo de tiempo (Matzak, 2015).

Más allá del reconocimiento formal y legal de un derecho de desconexión, existen iniciativas a nivel de la empresa que tienen como objetivo regular los posibles impactos negativos de las tecnologías de la comunicación en la vida de los trabajadores. De acuerdo con información de la Fundación Europea para la mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, el grupo de telecomunicaciones Orange en Francia, firmó un convenio colectivo de la compañía el 27 de septiembre del año 2016, en cual se acordó el derecho a la desconexión para los empleados de su empresa (Eurofound, 2021).

América Latina

En Colombia actualmente ha entrado en vigor la Ley 2191 de 2022, la cual surge del proyecto de Ley 360 de 2020, radicado por el Representante a la Cámara por el partido Liberal Rodrigo Rojas Lara el día 26 de mayo de 2020 la cual cuenta con sólo ocho artículos, en la cual incluye, cuál es su objeto, principios orientadores, definición de desconexión laboral “Entiéndase como el derecho que tienen todos los trabajadores y servidores públicos, a no tener contacto, por cualquier medio o herramienta, bien sea tecnológica o no, para cuestiones relacionadas con su ámbito o actividad laboral, en horarios por fuera de la jornada ordinaria o jornada máxima legal de trabajo, o convenida, ni en sus vacaciones o descansos” (Ley 2191 de 2022). “Por su parte el empleador se abstendrá de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral y Garantía del derecho a la desconexión laboral, Política de desconexión laboral, Excepciones”, y menciona

No estarán sujetos a lo dispuesto en esta ley: a. Los trabajadores y servidores públicos que desempeñen cargos de dirección, confianza y manejo; b. Aquellos que por la naturaleza de la actividad o función que desempeñan deban tener una disponibilidad permanente, entre ellos la fuerza pública y organismos de socorro; c. Situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, en los que se requiera cumplir deberes extra de colaboración con la empresa o institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles o de urgencia en la operación de la empresa o la institución, siempre que se justifique la inexistencia de otra alternativa viable (Ley 2191 de 2022).

Así pues, esta Ley colombiana sí menciona cuáles son las excepciones por las cuales un trabajador deberá de extender su jornada laboral, pero sobre todo menciona qué trabajadores, sin embargo en nuestra legislación mexicana menciona en su Artículo 65 que a la letra dice “En los casos de siniestro o riesgo inminente en que peligre la vida del trabajador, de sus compañeros o del patrón, o la existencia misma de la empresa, la jornada de trabajo podrá prolongarse por el tiempo estrictamente indispensable para evitar esos males” (Ley Federal del Trabajo, 2022), así pues no menciona quiénes o qué trabajadores tendrán que prolongar su jornada laboral, por lo que en este caso se puede decir que es ambigua, pues serían o todos o algunos trabajadores que estén en la empresa la-

borando y sucedan los siniestros, así mismo menciona que “la inobservancia del derecho a la desconexión laboral podrá constituir una conducta de acoso laboral” (Ley 2191 de 2022).

Las justificaciones que conllevaron a la redacción y radicación del Proyecto de Ley se evidencia la conveniencia de la misma, toda vez que las jornadas laborales han aumentado en tiempos del covid-19; los cambios en el mundo laboral que han sido generados a raíz de los dispositivos digitales junto con los desafíos que impone la nueva era; el panorama actual frente a la disponibilidad y la desconexión; las cifras de estrés laboral en Colombia; la regulación de la desconexión digital en el mundo (Rojas Lara, 2022).

Argentina

Sin embargo, algunos otros países latinoamericanos debido a la pandemia y con la necesidad de realizar labores fuera de las empresas y el nacimiento del contrato del teletrabajo, en Argentina en su Ley 2755, bajo el régimen legal del contrato de teletrabajo, menciona lo siguiente:

Artículo 4.- Jornada laboral. La jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo de conformidad con los límites legales y convencionales vigentes, tanto en lo que respecta a lo convenido por hora como por objetivos. Las plataformas y/o software utilizados por el empleador a los fines específicos del teletrabajo, y registrados según lo establecido en el Artículo 18 de la presente, deberán desarrollarse de modo acorde a la jornada laboral establecida, impidiendo la conexión fuera de la misma. Artículo 5.- Derecho a la desconexión digital. La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho. El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral (Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, 2020).

Tal y cómo lo menciona la desconexión la integró en pandemia, precisamente con las innovaciones necesarias en materia laboral, debido al resguardo que

debía realizarse por cuestiones de salud, pero integró el derecho a la desconexión, con la idea de no afectar el derecho humano al descanso.

Así también el país de Perú en su Decreto Supremo No. 004/2021-TR, en su disposición complementaria modificatoria, con la situación de la pandemia, incorporó el Artículo 9° al Decreto Supremo No. 010-2020-TR. Decreto supremo que implementó disposiciones para el Sector Privado sobre trabajo remoto previsto en el Decreto de urgencia número 026+2020, quedando de la siguiente manera:

Art. 9-A.1. El derecho a la desconexión digital a que se refiere el párrafo 18.1.4 del Artículo 18 del Decreto de Urgencia No. 026-2020, Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (covid-19) en el territorio nacional, implica que el trabajador tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía, entre otros) utilizados para la prestación de servicios.

En consecuencia, el empleador no puede exigir al trabajador realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones de carácter laboral, a través de dichos medios, durante el tiempo de desconexión digital, salvo que acuerde con el trabajador la realización de trabajo en sobretiempo o concurren las circunstancias señaladas en el segundo párrafo del Artículo 9° del Decreto Legislativo No. 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 007-2002-TR.

9-A.2. El derecho a la desconexión digital no excluye el uso de los medios informáticos, de telecomunicaciones o análogos por parte del empleador, para asignar tareas o remitir comunicaciones al trabajador, siempre que este no esté obligado a conectarse a dichos medios o a atender las tareas o comunicaciones fuera de su jornada laboral. En ese sentido, el empleador debe establecer las medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión digital.

9-A.3. El tiempo de desconexión digital se extiende entre el término de una jornada diaria de trabajo y el inicio de la siguiente. Si durante ese tiempo, el empleador y el trabajador acuerdan que este último realice alguna tarea o coordinación de carácter laboral, o concurren las circunstancias señaladas en el segundo párrafo del

Artículo 9° del Decreto Legislativo No. 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 007-2002-TR, dicha labor se considera como trabajo en sobretiempo y se paga o compensa con descanso sustitutorio, según lo dispuesto en el referido Decreto Legislativo No. 854.

9-A.4. También se considera tiempo de desconexión digital los días de descanso semanal, días feriados, días de descanso vacacional, días de licencia y demás periodos de suspensión de la relación laboral. La realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral en los días de descanso semanal o días feriados se considera trabajo efectivo y se paga o compensa conforme al Decreto Legislativo No. 713, Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

9-A.5. El tiempo de desconexión digital para los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada y los que prestan servicios intermitentes debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso semanal, días feriados, días de descanso vacacional, días de licencia y demás periodos de suspensión de la relación laboral.

9.A-6. Para efectos de lo señalado en el numeral anterior, se consideran trabajadores de dirección y trabajadores que prestan servicios intermitentes a los señalados en los literales a) y b), respectivamente, del Artículo 10 del Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 854, Ley de Jornada de Trabajo (Decreto Supremo que dicta disposiciones reglamentarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 127-2020, 2021).

En Costa Rica, en la Ley para regular el teletrabajo número 9738, de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, decretó el 30 de marzo del año 2022 en su Artículo 9° en el inciso d)

Artículo 9.- Obligaciones de las personas teletrabajadoras. Sin perjuicio de las demás obligaciones que acuerden las partes en el contrato o adenda de teletrabajo, serán obligaciones para las personas teletrabajadoras las siguientes: La persona teletrabajadora debe cumplir con el horario establecido, su jornada laboral y estar disponible para la persona empleadora durante dicho horario y jornada. El incumplimiento de la jornada u horario de trabajo, o bien, el no estar disponible para

la persona empleadora durante dicho horario y jornada serán considerados como abandono de trabajo, conforme al inciso a) del Artículo 72 de la Ley 2, Código de Trabajo, del 27 de agosto de 1943.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior y con el fin de garantizar el respeto de su tiempo de descanso, vacaciones, permisos y su intimidad personal y familiar, la persona teletrabajadora tendrá derecho a la desconexión digital fuera de la jornada u horario establecido, salvo que se trate de situaciones imprevistas y urgentes, en las que se debe contar con su anuencia” (Reforma a la Ley para Regular el Teletrabajo, 2022).

Así reformado el inciso anterior por el artículo único de la Ley No. 10168 del 30 de marzo de 2022.

Chile

Al igual por pandemia, la Cámara de Diputados el 11 de abril del año 2019, aprobó el primer proyecto que establecía el derecho a la desconexión digital, este modificaría parte del código de trabajo, en su Artículo 21bis, para que los trabajadores tengan derecho a la desconexión digital, fuera de su jornada laboral, y este fue con el fin de garantizar el respeto de su tiempo de descanso, licencias medicas, permisos y vacaciones, así como respetar su intimidad personal y familiar, que incluye llamadas telefónicas, mensajes electrónicos por whatsapp, correos electrónicos, envió de documentos tras finalizar la jornada laboral con una excepción de que este mismo derecho se extiende a los trabajadores que fueran contratados bajo el régimen de subcontratación con respecto el patrón principal, y al igual que Argentina, exceptúa en casos imprevistos y urgentes en que se requiera del trabajador, y cuando los trabajadores pactaren turnos de emergencia, o de llamados o tiempos de espera.

Cabe aclarar que en el Código de trabajo actual 2022, no está integrado el Artículo 21bis, porque es de suponer que no fue aprobado de acuerdo con los procesos legislativos de este país. En nuestro país México, de acuerdo con los datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) México es el país donde más tiempo se trabaja con un promedio de 2,148 horas al año, lo que representa que 414 horas por encima de la media. Además, las horas trabajadas anualmente por los mexicanos contrasta con las 1,363 horas

que los alemanes trabajan al año, es decir, 785 horas menos que los trabajadores mexicanos (OECD, 2022).

La legislación laboral mexicana en su Artículo 123 constitucional y del Título Tercero, Capítulo II, de la Ley Federal del Trabajo, de sus artículos 58 al 68 establecen lo siguiente:

Jornada de trabajo Artículo 58.- Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo (Ley Federal del Trabajo, 2022).

La Ley Federal del Trabajo mexicana, en sus artículos 60 y 61 establecen que existen tres tipos de jornadas laborales. La jornada diurna tiene un máximo de ocho horas laborales diarias y un máximo de cuarenta y ocho horas semanales, en cuanto a la jornada nocturna, las horas laborales diarias no pueden exceder de siete horas al igual que no se puede exceder de cuarenta y dos horas a la semana. Por último, la jornada mixta tiene un máximo de siete horas y media de trabajo diario y cuarenta y cinco horas semanales (García, 2020).

En los casos en los cuales el empleado trabaje más horas por alguna circunstancia extraordinaria sin propasar de tres horas diarias y sin extralimitarse de tres veces en una semana (Ley Federal del Trabajo, 2022), el empleador deberá pagar las horas extraordinarias (García, 2020).

Artículo 59.- El trabajador y el patrón fijarán la duración de la jornada de trabajo, sin que pueda exceder los máximos legales. Los trabajadores y el patrón podrán repartir las horas de trabajo, a fin de permitir a los primeros el reposo del sábado en la tarde o cualquier modalidad equivalente (Ley Federal del Trabajo, 2022).

En este orden de ideas,

Artículo 62.- Para fijar la jornada de trabajo se observará lo dispuesto en el Artículo 5°, fracción III.

Artículo 63.- Durante la jornada continua de trabajo se concederá al trabajador un descanso de media hora, por lo menos.

Artículo 64.- Cuando el trabajador no pueda salir del lugar donde presta sus servicios durante las horas de reposo o de comidas, el tiempo correspondiente le será computado como tiempo efectivo de la jornada de trabajo.

Artículo 65.- En los casos de siniestro o riesgo inminente en que peligre la vida del trabajador, de sus compañeros o del patrón, o la existencia misma de la empresa, la jornada de trabajo podrá prolongarse por el tiempo estrictamente indispensable para evitar esos males.

En nuestra legislación sólo en este artículo cual sería la única forma en que el trabajador puede prolongar su jornada laboral, pero habla en el sentido estricto de estar en la posibilidad de salir de su jornada laboral.

Artículo 66.- Podrá también prolongarse la jornada de trabajo por circunstancias extraordinarias, sin exceder nunca de tres horas diarias ni de tres veces en una semana.

En este artículo también existe como excepción la posibilidad tal y como lo menciona las horas de jornada se aumenten.

Artículo 67.- Las horas de trabajo a que se refiere el Artículo 65, se retribuirán con una cantidad igual a la que corresponda a cada una de las horas de la jornada. Las horas de trabajo extraordinario se pagarán con un ciento por ciento más del salario que corresponda a las horas de la jornada.

Artículo 68.- Los trabajadores a prestar sus servicios por un tiempo mayor del permitido de este capítulo. La prolongación del tiempo extraordinario que exceda de nueve horas a la semana, obliga al patrón a pagar al trabajador el tiempo excedente con un doscientos por ciento más del salario que corresponda a las horas de la jornada, sin perjuicio de las sanciones establecidas en esta Ley (Ley Federal del Trabajo, 2022).

Recientemente el día 29 de abril del año 2022, se aprobó por el Senado que los trabajadores tengan derecho a la desconexión digital, garantizando que fuera del horario laboral no contesten correos electrónicos, mensajes o llamadas sobre su trabajo.

Puesto que el Artículo 68bis de propuesta es de la siguiente manera:

Las y los trabajadores tendrán derecho a la desconexión digital a efecto de que le sean garantizados, fuera de tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, al respecto de su tiempo de descanso, permiso y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

La regulación y modalidades para el ejercicio de este derecho atenderá a la naturaleza y objeto de la relación laboral, privilegiarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su caso, a lo acordado entre el patrón y los representantes de las y los trabajadores.

Así mismo el patrón, en coordinación con las personas representantes de las y los trabajadores, deberán de elaborar una política interna dirigida a las y los trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en ella habrán de definirse las modalidades para el ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga u otros problemas de salud.

La política a la que se refiere el párrafo anterior deberá contener, además, mecanismos para prevenir y sancionar los actos hostiles que, en su caso, puedan suscitarse cuando la o el trabajador ejerza su derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, incluyendo aquellos actos que segreguen a las y los trabajadores o impliquen afectaciones a las prestaciones a que tengan derecho (Monreal, 2022).

Consideraciones no normativas

Se debe de reconocer que la negociación colectiva es una muestra de diálogo social, considerado un derecho habilitador que contribuye a mejorar las condiciones de trabajo, el mantenimiento de relaciones de trabajo basado en la confianza y respeto mutuo de las partes permite formular normativa que complementa la legislación laboral nacional. “Los contratos colectivos pueden reforzar el cumplimiento de las disposiciones legales, permitir que las partes las mejoren, y ofrecer mecanismos para abordar cuestiones propias de determinadas empresas o sectores económicos” (Gernigon *et al.*, 2000).

En este orden de ideas, es muy importante si el proyecto se publicara, la materialización de una cláusula dentro del contrato colectivo de trabajo relativo a las empresas existentes en México, para que se logre desarrollar el derecho de desconexión digital, pues se presentaría un reto, pues no es sólo reconocerlo, sino darle el alcance deseado por los trabajadores, pues se sentarían las bases sobre

un uso correcto de los dispositivos digitales que fueran entregados como herramientas de trabajo en la empresa.

De igual manera, consideramos que se debe contabilizar el tiempo que el trabajador labore en ambientes domésticos debe contarse también como tiempo laboral, mismo que deberá ser contabilizado y remunerado como extraordinario, siempre y cuando exista un acuerdo individual entre el trabajador y el patrón o empresa.

Puesto que este logro, tendrá como eje principal poner un límite a las comunicaciones que invadan la privacidad, el tiempo destinado a su descanso, recreación y en su caso vida familiar.

Sin embargo, no se debe confundir que las negociaciones colectivas, deben dar solución no sólo a los trabajadores que se desarrollan bajo la modalidad de teletrabajo, sino también a los que prestan sus servicios de manera presencial.

De aprobarse un proyecto presentado en tal sentido, el legislador propondría a los sindicatos y a los trabajadores que estén integrados en estos, una herramienta legal para mejorar las relaciones de trabajo, dado que una vez integrado en el contrato colectivo, permitirá controlar el uso indiscriminado de las TIC, sobre todo en materia de descanso.

Así mismo, se debe reconocer que el uso de las TIC, hoy en día están provocando problemas en los trabajadores respecto de la seguridad y salud, siendo así por parte de la Empresa o Patrón, realizar una cultura preventiva y tomar medidas necesarias, tales como son los riesgos psicosociales, mismos que la NOM-35-2018, obliga al patrón identificar, analizar y prevenir factores, y promover un entorno organizacional favorable en los centros de trabajo.

Algo importante de este proyecto es la inclusión de que no sólo deben beneficiarse los trabajadores que sean miembros de un sindicato, con quien se celebró un contrato colectivo, sino también a aquellos no que no sean o formen parte de dicho Sindicato, puesto que este proyecto tal y como lo menciona busca cubrir a todos los trabajadores sin discriminación.

Así mismo, es de aclararse que esta integración a la Ley Federal del Trabajo, del Artículo 68bis, es escueta, puesto que la desconexión digital debe realizarse en los medios electrónicos que le fueron entregados, como herramientas de trabajo, tales como la computadora, App, y celular, y en este último, si el mismo fuera de uso personal, cabe la duda si el patrón, salvo autorización del trabajador se deba comunicar con teléfono de su uso personal el cual corre bajo cuenta del

pago del mismo, situación que ambos deberán de integrar acuerdos sobre el pago de internet y costo del aparato.

Si bien es cierto, en cuanto lo que menciona que podría privilegiar tanto la actividad laboral y la vida personal, respecto de la desconexión, sería en algunos casos, mejorar el ánimo, reducir el estrés, mismo que son síntomas cognitivos como son la preocupación, inseguridad, miedo o temor, miedo a equivocarse, dificultad para concentrarse, que incluso ya existen niveles de ansiedad y algunos síndromes como es el Síndrome de Burnout y Síndrome de Ganimedes.

Así pues, las empresas deberán de integrar e impulsar y respetar la desconexión digital de los trabajadores en los contratos colectivos, como un derecho laboral, tales como separar el trabajo y la vida privada, entender a sus trabajadores, organización de tiempos, puesto que esto puede aumentar la productividad, disminuir el ausentismo, aumenta el compromiso, motivación y apego a la empresa.

Conclusiones

Consideramos que la desconexión debe integrarse como un derecho humano, el cual beneficiaría en un equilibrio entre la vida laboral y la vida privada, puesto que si se integra desde al Artículo 123 Constitucional en concordancia con el Artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dicta “ Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas” (ONU, 2022) esta es la otra cara del derecho al trabajo enunciado en el Artículo 23 de la misma Declaración “ Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” (ONU, 2022) en relación con el Artículo 5° Constitucional, que reza “ A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

Artículo 1° Constitucional, primer párrafo y último párrafo, que a la letra menciona en su primer párrafo de in fine “ Artículo 1°. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que

esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

Artículo 1° Constitucional parte final “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917), en concordancia con el Artículo 23 numeral 2 y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social (ONU, 2022).

Artículo 9° Constitucional que dice: Nadie puede obligar a alguien más a pertenecer a un grupo o asociación mediante represalias o por el temor a ser amedrentado, hostigado, lesionado, sexualmente agredido, golpeado, detenido o recluso de manera arbitraria, torturado, asesinado u objeto de desaparición forzada (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917) en relación con el Artículo 23, numeral 4, “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (ONU, 2022).

Si sólo así se tendría como resultado una verdadera garantía laboral, en la cual el trabajador, tendría una jornada de trabajo con un medio laboral saludable, sustentable de la vida digna de las y los trabajadores, sin discriminación por tener una condición no sindicalizada, una vida equitativa y satisfactoria en la vida laboral y familiar.

Y si bien es cierto que se ha abordado el derecho a la desconexión digital laboral desde la perspectiva del respeto al Derecho humano al descanso, no se debe de dejar de lado el derecho a la salud, pues la Organización Mundial de la Salud, ha mencionado que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia y afecciones o enfermedades” (OMS, 2022).

Referencias

- Camós Victoria, I. y Sierra Herrero, A. (2020). El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y de la comunicación. *Izquierdas*, 49, 1053-1074. <https://doi.org/10.4067/s0718-50492020000100256>
- Case C-518/15, Ville de Nivelles v Rudy Matzak, cour du travail de Bruxelles, 21 de febrero de 2018 (Bélgica). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=199508&dclang=EN>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, y su última reforma el 24 de enero de 2024. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cruz Caicedo, M., Evaristo López, M. G., Reyes Gaytán, G., Sánchez Acero, D. A., y Tovar Reyes, S. L. (2020). *Nuevas tecnologías y derecho del trabajo*. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Laboral, Centro de Investigaciones Laborales.
- Decreto Supremo N° 004-2021-TR, Decreto Supremo que dicta disposiciones reglamentarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 127-2020, Decreto de Urgencia que establece el otorgamiento de subsidios para la recuperación del empleo formal en el sector privado y establece otras disposiciones (11 de marzo de 2021). *El Peruano*, Normas legales. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1724806/Decreto-supremo-n-004-2021-TR.pdf?v=1615469086>
- Dery, K., Kolb, D., y MacCormick, J. (2014). Working with connective flow: how smartphone use is evolving in practice. *European Journal of Information Systems*, 23(5), 558-570. <https://doi.org/10.1057/ejis.2014.13>
- Eurofound. (2020). *Living, working and COVID-19*. COVID-19 series. Publications Office of the European Union, Luxembourg. <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2020/living-working-and-covid-19>
- . (2021). *Right to disconnect*. European Industrial Relations Dictionary, Dublin. <https://www.eurofound.europa.eu/en/european-industrial-relations-dictionary/right-disconnect>
- Ferreya, C. y Vera Ocampo, C. (2020). El derecho a la desconexión digital. El teletrabajo: Una necesidad. *Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral*, (2), 131-143. [https://doi.org/10.37767/2683-8761\(2020\)010](https://doi.org/10.37767/2683-8761(2020)010)

- García González, G. (2020). El derecho a la desconexión digital de los empleados públicos: alcance y significado de un derecho emergente en el contexto de la crisis sanitaria. *Revista Catalana de Dret Públic*, (número especial), 54-71. <https://doi.org/10.2436/rmdp.i0.2020.3505>
- Gernigon, B., Otero, A., y Guido, H. (2000). La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. http://oit.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087940.pdf
- Gutiérrez Colominas, D. (2020). La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación. *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, (31), 5. <https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/373674/467285>
- Ley 2191 de 2022. Congreso de la Unión. Colombia. 6 de enero 2022. Consultado el 22 de septiembre de 2022. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=177586
- Ley 27555/2020. Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo (15 de octubre del 2020). https://oig.cepal.org/sites/default/files/2020_ley27555_arg.pdf
- Ley N° 10168, Reforma del inciso d) del artículo 9 de la ley 9738, Ley para Regular el Teletrabajo, de 18 de setiembre de 2019, para garantizar la desconexión laboral de los trabajadores. (30 de marzo de 2022). http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=96785&nValor3=129851&str-TipM=TC
- Ley Federal del Trabajo. Congreso de la Unión. México. Cámara de Diputados. Consultado el 18 de septiembre de 2022. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf>
- Ley Orgánica 3/2018, Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (5 de diciembre del 2018). <https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>
- Monreal, R. (2022). Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona el artículo 68-bis a la Ley Federal del Trabajo, en materia de desconexión digital en el ámbito laboral. Senado de la República. https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-02-18-1/assets/documentos/Inic_Sen.Monreal_desconexion-digital.pdf

- OECD. (2022). Hours worked (indicator). <https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm#indicator-chart>. Consultado el 1 de octubre de 2022.
- OMS, Organización Mundial de la Salud. (2022). La oms mantiene su firme compromiso con los principios establecidos en el preámbulo de la Constitución. <https://www.who.int/es/about/governance/constitution>
- ONU, Naciones Unidas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Consultado el 16 de septiembre de 2022. <https://bit.ly/3bFR0u5>
- . (2010). Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo. (2015). La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo: Memoria del Director General: Conferencia Internacional del Trabajo. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/concordiaab-ebooks/detail.action?docID=2198008>
- Pansu, L.(2018). Evaluation of ‘Right to Disconnect’ Legislation and Its Impact on Employee’s Productivity. *International Journal of Management and Applied Research*, 5(3), 99-119. <https://www.ijmar.org/v5n3/18-008.html>
- Rojas Lara, R. (2022). Radicación del Proyecto de Ley: “Ley de Desconexión Laboral” o “Por medio de la cual se regula la desconexión en la relación laboral, legal y/o reglamentaria y se modifica la Ley 1221 de 2008”.
- Rosenbaum Carli, F. (2020). El “derecho” a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo. *Derecho & Sociedad*, (53), 111-122. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21794>
- Serrano Argües, M. (2019). “Alas no”. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(2), 164-191. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6985834>

Reflexiones sobre la reforma electoral 2022

Salvador Carrillo García
Tadeo Eduardo Hübbe Contreras
Ernesto Rafael Gutiérrez Guízar

Resumen

El gobierno de la autoproclamada “Cuarta Transformación” ha emprendido una serie de reformas para “revertir” los efectos del neoliberalismo y establecer un nuevo régimen. Algunas de estas reformas han sido señaladas como un intento de instaurar una nueva hegemonía política en que los contrapesos entre poder, la oposición y órganos autónomos y de la sociedad civil sean debilitados. El llamado “Plan A” de la Reforma Electoral es una muestra de este intento por concentrar el poder y garantizar continuidad en un proyecto político electoral.

Palabras clave: INE, partidos políticos, representación proporcional, democracia, justicia electoral.

*

El presidente López Obrador presentó una iniciativa electoral de carácter constitucional que ha generado polémica desde su anuncio. Se trata de la primera reforma desde la del 2013-2014 que sentó las bases, en gran medida, para propiciar el triunfo del actual presidente y su partido. La reforma busca reconfigurar la conformación del Poder Legislativo, el Consejo General del INE y el Tribunal Electoral, además de la asignación de recursos a los partidos políticos, lo que puede cambiar la manera en que se realizan los procesos electorales y la forma que los partidos políticos accederán a los cargos de elección popular.

Diferentes fuerzas políticas y especialistas han manifestado su preocupación en las implicaciones de dicha reforma, si esta puede considerarse un avance en la apertura democrática o bien un retroceso que conduciría a un gobierno hegemónico con un partido de estado.

¿Qué implicaciones tiene esta iniciativa de reforma que al momento de redactar esto no se ha discutido? La narrativa del presidente gira en torno a los altos costos de los procesos electorales y del órgano responsable; creo que se trata de una verdad a medias pero que atenta contra aspectos sustanciales de las reglas democráticas como la equidad en las contiendas, pero, sobre todo, que busca la instauración de un régimen sin contrapesos y con mayorías aplastantes. Algunos hablan de una regresión, de una restauración, pero consideramos que es más grave pues los avances democráticos que siguen en proceso de consolidación serían desmontados, estaríamos perdiendo, de un plumazo, con todo lo que hemos logrado, con todo lo que ha costado y eso es mucho más grave que no haberlo tenido.

En el presente trabajo, redactado a finales de noviembre de 2022, cuando no se sabe aún el destino de la reforma, analizaremos los pormenores de la misma en cuatro apartados, el papel de las autoridades electorales en que se revisan los cambios al Instituto Nacional Electoral (INE), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y los Organismos Públicos Locales (OPL). En un segundo apartado, explicaremos las reformas propuestas a la dinámica de partidos donde se contempla el financiamiento de los mismos, su acceso a medios de comunicación y la duración de las campañas electorales. En la tercera parte se discutirán los efectos de la reforma en caso de su aprobación en el sistema de representación en el Poder Legislativo, congresos locales y ayuntamientos, de manera ilustrativa presentaremos una composición de ambas cámaras en las condiciones actuales y si la reforma fuese aprobada proyectando las proporciones a los ajustes planteados. Por último, se enunciarán los mecanismos de participación ciudadana que se buscan afectar.

Papel de las autoridades electorales

La iniciativa, a pesar de lo que se ha dicho, busca sustituir y con esto eliminar el actual órgano electoral y sustituirlo por un órgano que se encargue de los procesos electorales y las consultas con las siguientes características:

Conformación del INEC

Se reduce el número de miembros del Consejo Electoral de 11 a 7 y se eliminan los OPL. La integración de los mismos será por elección universal por parte de los ciudadanos. Para esto, la Cámara de Diputados emitirá una convocatoria, cada

uno de los poderes públicos propondrá 20 candidatos que realizarán campaña abierta (20 el presidente de la República, 10 cada cámara con el voto de las dos terceras partes y 20 con 8 votos de la SCJN), con tiempos constitucionales y acceso a medios, además de la participación en debates.

El texto de la reforma especifica el tiempo de campaña de manera extraordinaria para este primer Consejo General se llevará a cabo en febrero de 2023, la elección se celebrará el primer domingo de agosto de cada seis años sin posibilidad de reelección y que el presidente del Consejo General será aquel candidato que más votos adquiera. Ningún partido, particular o autoridad podrá hacer proselitismo por los candidatos. Para la calificación de la elección, el INEC enviará los resultados a la Cámara de Diputados que realizará el cómputo y a su vez enviará a la SCJN para dirimir cualquier impugnación.

Atribuciones del INEC

El nuevo instituto se encargará de los procesos electorales de todo el país, así como de las consultas. La iniciativa también establece que los derechos laborales de los trabajadores del INE se respetarán, incluso que los colaboradores de los OPL se reasignarán al Servicio Profesional Electoral, pero en la práctica este servicio desaparecería. La reforma propone la implementación del voto electrónico sin que esto signifique la desaparición del voto con papel. El tema más crucial en cuanto a las atribuciones del INEC es que sólo integraría el listado de electores y no el padrón electoral¹ como actualmente sucede. El texto de la reforma no especifica qué entidad pública conformará el padrón, sólo que el INEC integrará el listado.

Conformación del TEPJF

El mecanismo es similar que, con el Consejo General del INEC, salvo que el Senado emitirá la convocatoria, cada poder público propondrá a la mitad de candidatos y el INEC enviará los resultados al Senado para su calificación. Los requisitos para ser magistrado se mantienen y son los mismos que para ser ministro de la SCJN. En este caso se estipulan elecciones “regionales” para integrar las salas regionales del Tribunal, sin que se especifique el mecanismo de elección.

¹ El padrón es el total, mientras que el listado son los ciudadanos que están en condiciones de votar. Por ejemplo, una persona recluida estará en el padrón, pero no en el listado.

Atribuciones del TEPJF

La iniciativa establece que los casos que tengan los tribunales locales deben pasarse inmediatamente al nuevo esquema.

Observaciones

La eliminación de los OPL y tribunales locales fue presentada como un mecanismo de ahorro y “federalización”, situación que al igual que los servicios de salud y educativos pretenden centralizarlos y que pasen al ámbito federal y podría saturar los procesos de estas instituciones. Respecto a la conformación del INEC y el TEPJF rompería con el proceso de autonomía que prevalece y el profesionalismo que se ha presentado en el Servicio Profesional Electoral, considerado uno de los mejores y más exigentes; el presidente ha hecho hincapié en que aquellas personas que ocupen ambas instancias deben de ser de honestidad probada, pudiendo dejar de lado experiencia en los asuntos, además de abrir el precedente para que otros miembros del Poder Judicial sean electos popularmente.

El vacío en el procedimiento de campaña de estos candidatos no se ha especificado, por lo que sería necesario una legislación secundaria que sólo requiere mayoría simple.

Sobre las atribuciones, es destacada la inclusión de la Cámara de Diputados en el proceso de calificación de la elección de Consejeros Electorales, que puede compararse con la antigua Comisión Electoral, que calificaba las elecciones, antes de la existencia del IFE/INE. Respecto a las atribuciones del TEPJF, podría generarse un exceso de trabajo en la Sala Superior al pasar los casos de los extintos tribunales locales a una sola instancia y no es clara la función de las salas regionales, cuya conformación también será por vía electoral.

Dinámica de partidos

Financiamiento

La propuesta de reforma estipula que el financiamiento a partidos únicamente se realizará en tiempos electorales, eliminando el financiamiento para actividades ordinarias permanentes. Para el sostenimiento de las actividades de los partidos debe hacerse con aportaciones de simpatizantes y militantes, estableciendo mínimos y máximos, además de que estas aportaciones no podrán ser deducibles ni usarse para gastos de campaña o deudas por los mismos motivos. Se mantiene la

posibilidad de que los partidos reciban financiamiento privado, con los mismos mecanismos y topes. El financiamiento que se otorgue en periodos electorales es el siguiente:

- En elecciones intermedias: se conformará una bolsa cuyo monto se calculará multiplicando el número total de ciudadanos del listado nominal por el 0.65% de la Unidad de Medida y Actualización (UMA). De esa bolsa, el 30% se distribuirá de manera equitativa entre los partidos y el 70% restante de acuerdo con el número de votos que obtuvieran en el proceso electoral anterior.
- En elecciones generales: es el mismo principio, sólo que la bolsa se calculará con el total de la UMA.

Acceso a medios

El acceso a medios de comunicación se mantiene, pero con los siguientes ajustes:

- El tiempo destinado, en el periodo comprendido del inicio de precampañas y hasta el día de la jornada electoral, se reduce de 48 minutos por día y por estación o emisora a 30 minutos, estos 30 minutos se distribuirán en cada hora de transmisión en horarios comprendidos entre las 6 de la mañana y la medianoche.
- El INEC dispondrá del 10% de estos 30 minutos (es decir, 3 minutos) para difundir mensajes orientados al proceso electoral, los 27 minutos restantes serán para los partidos. Actualmente el INE dispone del 50% del total de tiempo (24 minutos) y el resto entre los partidos.
- En precampañas, los partidos contarán con 18 minutos por cada hora de transmisión para difundir sus procesos internos y 9 minutos para la emisión de “mensajes genéricos”.
- En intercampañas sólo se podrán emitir “mensajes genéricos” durante los 27 minutos.
- Para campañas, se elimina la disposición de que el 85% de los tiempos de los partidos sea utilizado para promover a sus candidatos y el resto para “mensajes genéricos”, por lo que los 27 minutos se podrían utilizar completamente para dar a conocer a los candidatos y sus propuestas.
- Durante la veda electoral no se usarán estos minutos.
- Para los procesos electorales locales los partidos tendrán acceso a tiempos constitucionales considerando estos 27 minutos.

Duración de precampañas y campañas

La iniciativa de reforma también cambia los periodos, para dejarlos de esta manera:

- Presidente de la República, 90 días (sin cambios)
- Senadores y gobernadores, 75 días (15 días menos)
- Diputados federales, 60 días (30 días menos)
- Diputados locales y ayuntamientos, 45 días (15 días menos)

Observaciones

La dinámica de los partidos se ve seriamente afectada con la reforma electoral, quizá siendo el financiamiento público el principal motivo. Al dejar de recibir recursos para sus actividades ordinarias, los partidos se ven impedidos a mantener estructuras territoriales e incluso, las propias actividades que actualmente deben llevar a cabo, como la asignación de fondos para promover la equidad de género y la formación política e ideológica. El sostenimiento de los partidos por parte de los militantes y simpatizantes puede provocar que agentes externos o que actúan fuera de la ley coopten actores, mecanismos y patrimonio de los partidos, o incluso prestarse a actividades ilícitas como lavado. El acceso a medios también reduce las posibilidades de que los partidos den a conocer sus actividades y no queda clara la situación para procesos locales, estamos hablando de menos tiempo para difundir más procesos simultáneos; situación que también prevalece en la duración de las campañas que serán escalonadas, generando confusión en el electorado y contiendas poco equitativas pues algunos candidatos dispondrían de menos días y menos posibilidades de ser publicitados. Todo esto resulta más grave ante la sobreexposición mediática del presidente, sus reiterados comentarios y participaciones en el terreno electoral, el uso de programas sociales. Además de la situación preferente de Morena en cuanto a número de legisladores, financiamiento y espacios en medios.

Conformación del Poder Legislativo, Congresos locales y ayuntamientos

El asunto de la Representación Proporcional

Antes de la presentación de la iniciativa, se hicieron conjeturas sobre la intención de eliminar los legisladores de representación proporcional para configurar un

congreso con un sistema exclusivo de mayoría relativa, esto es, 300 diputados (uno por cada distrito) y 64 o 96 senadores (dos o tres por cada estado). Esta situación contribuiría a garantizar la mayoría del partido en el gobierno y pondría en desventaja a las otras fuerzas políticas. Sin embargo, la iniciativa contempla otra forma de elección y conformación de la cámara, muchos medios de comunicación han señalado si se eliminan o no los legisladores plurinominales, aunque es preferible afirmar que se trata de una nueva configuración de las cámaras y una nueva forma de elegir a sus miembros, por lo que una comparación con el sistema actual podría generar más confusión: la reforma plantea eliminar el principio de mayoría relativa para dar paso a un sistema de representación proporcional de listas cerradas y bloqueadas², como se presenta a continuación:

- Se disminuye el número de legisladores para quedar en 300 diputados y 96 senadores.
- Se eliminan los distritos electorales uninominales (300) que integraban a los diputados de mayoría relativa.
- Se eliminan las circunscripciones (5) para la cámara de diputados para dar paso a un modelo en que cada entidad federativa (32) es una circunscripción por sí misma con su propia elección por lista, asignando tantos diputados como distritos uninominales existen actualmente.
- Se eliminan las fórmulas para senadores, los senadores de primera minoría y la lista nacional, al igual que en el punto anterior, cada entidad federativa (32) es una circunscripción por sí misma con su propia elección por lista, asignando 3 senadores por entidad federativa hasta alcanzar 96.

La nueva conformación de la Cámara de Diputados

La Cámara de Diputados se conformará por 300 legisladores. Para su elección, cada partido presentará una lista atendiendo a principios de paridad de acuerdo

² El sistema de listas cerradas y bloqueadas se puede observar actualmente en las elecciones municipales, en que los partidos presentan planillas con candidatos para que los ciudadanos voten por cada una de estas planillas, que no se pueden alterar por ningún motivo. Para asignar los escaños, se genera un cociente natural de acuerdo con el número de votos válidos entre el número de escaños por asignar y, de acuerdo con el número de votos que obtenga cada partido se asignan tantos escaños como le correspondan, de acuerdo al orden progresivo de la lista.

con el número de diputados que cada entidad federativa enviará a la Cámara. Al igual que en las elecciones de representación proporcional existentes, sólo podrán acceder a curules los partidos que alcancen el 3% de la votación válida y se aplicará una fórmula entre la votación válida y el número de escaños a repartir, donde cada partido podrá acceder a tantos escaños como le correspondan. Un escenario hipotético para el estado de Jalisco, que enviaría 19 diputados a la cámara puede ser así:

Cuadro 1. Fórmula de asignación de diputados de representación proporcional

$$\text{Cociente natural} = \frac{\text{Votación total efectiva}}{\text{Número de diputados de RP a repartir}}$$

$$\text{Cociente natural} = \frac{1'900,000 \text{ votos}}{19 \text{ diputados}} = 100,000$$

Fuente: elaboración propia con información de la legislación electoral vigente.

Es decir, por cada 100,000 votos obtenidos por partido, éste tendrá acceso a un diputado de representación proporcional.

En un caso hipotético, el principio del cociente natural se aplica como sigue:

Cuadro 2. Ejemplo de asignación de diputados de representación proporcional

Partido	Votación	Entre	Cociente natural	Resultado	Número de diputados
1	892,781	Entre	100,000 votos	8.92	8
2	496,298	Entre	100,000 votos	4.96	4
3	72,673	Entre	100,000 votos	0.72	0

Fuente: elaboración propia.

La reforma establece para este caso hipotético el principio de resto mayor que ya prevalece en los actuales procesos, en caso de existir escaños por asignar se realizará de acuerdo con una nueva tabulación con el resto de votos que no se han asignado. Como se puede observar, un esquema de listas cerradas y bloqueadas beneficiaría al partido dominante, considerando que la votación se haría

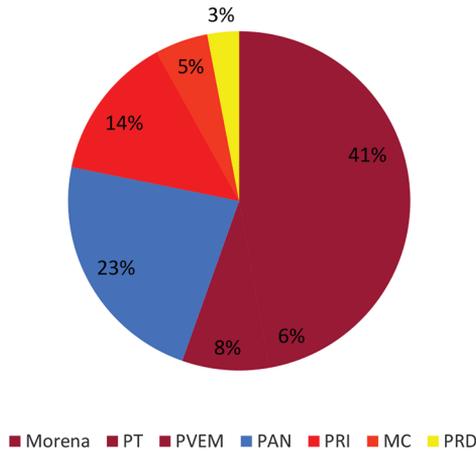
a favor de un instituto político en lugar de candidatos y que la “marca” del partido del presidente es la mejor posicionada de la oferta electoral. Pero, ¿cómo se conformaría la Cámara si se respetarán las tendencias actuales, pero cambiando el número de diputados de 500 a 300? Para esto, es necesario saber la situación actual.

Cuadro 3. Conformación de la Cámara de Diputados, noviembre de 2022

Partido	Diputados	Porcentaje
Morena	203	55%
PT	33	
PVEM	41	
PAN	114	23%
PRI	69	14%
MC	25	5%
PRD	15	3%

Fuente: elaboración propia con información de la Cámara de Diputados.

Gráfico 1. Conformación de la Cámara de Diputados, noviembre de 2022



Fuente: elaboración propia con información de la Cámara de Diputados.

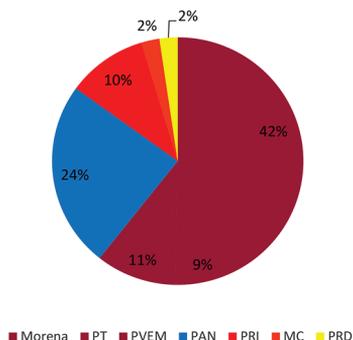
Como se puede observar, el bloque de partidos a favor del presidente representa el 55% de diputados de los cuales el 41% son directamente del partido en el poder. La Constitución establece un sistema de contrapesos mediante el cual ningún partido puede sobrepasar el 8% de sobrerrepresentación o bien 300 diputados. El bloque del presidente tiene la mayoría absoluta de la Cámara, es decir, la mitad más uno de los diputados (271 de 500) pero para tener el control de la misma y concretar reformas de carácter constitucional es necesaria la mayoría calificada (334 de 500 diputados). Lo grave del texto de la iniciativa de la reforma es que no establece de manera explícita si esta disposición se mantendrá o incluso abre la puerta para que en posteriores enmiendas se pueda eliminar, quitando con esto los equilibrios que deben prevalecer en una democracia en que se conformen legislativos plurales. En caso de que la reforma se aprobase y atendiendo a las tendencias actuales, la Cámara, con 300 diputados y un sistema de listas, se compondría de la siguiente manera:

Cuadro 4. Conformación de la Cámara de Diputados en caso de aprobarse la reforma electoral

Partido	Diputados	Porcentaje
Morena	125	62%
PT	26	
PVEM	31	
PAN	73	24%
PRI	31	10%
MC	7	2%
PRD	7	2%

Fuente: elaboración propia.

Gráfico 2. Conformación de la Cámara de Diputados en caso de aprobarse la reforma electoral



Fuente: elaboración propia.

En este caso, el bloque de partidos del presidente pasaría de manera automática de un 55% a un 62% del control de la cámara reduciendo la participación de la oposición. Como ejemplo, y apelando a que al tratarse de una iniciativa de la que solamente se pueden hacer proyecciones sobre sus efectos, se presenta el siguiente escenario:

El Partido Acción Nacional tiene en Aguascalientes uno de sus bastiones electorales, actualmente, dicha entidad federativa presenta los siguientes datos:

- Pertenece a la segunda circunscripción
- Cuenta con tres distritos federales
- El PAN ganó los tres distritos y por el principio de RP tiene otro precedente de Aguascalientes.
- El PAN tiene 11 diputados federales en esta circunscripción, donde también se encuentra Querétaro, otro de sus bastiones. Dicho partido tiene un total de 114 diputados federales, de los cuales 11 proceden de la segunda circunscripción.
- Morena tiene 2 diputados federales procedentes de Aguascalientes, donde casi no tiene presencia, pero alcanzó la representación por los índices de votación de ese y otros estados.
- Con el nuevo esquema, el PAN sólo podría enviar (en caso de que mantenga sus preferencias electorales) 3 diputados federales (de 300) procedentes de Aguascalientes, esto es, el bastión electoral del PAN le representaría el 1% de la Cámara.

- Morena no tendría diputados procedentes de Aguascalientes por lo que los electores de dicho proyecto político y dicho estado no tendrían posibilidad de ser representados.

La nueva conformación de la Cámara de Senadores. El Senado de la República se compondrá por 96 miembros, tres por cada entidad federativa y la reforma establece el mismo mecanismo de elección que en la Cámara de Diputados, cada entidad federativa será una circunscripción por sí misma y con un sistema de listas. Tampoco se establecen mecanismos para la sobrerrepresentación o el equilibrio de la cámara.

Para el caso de Jalisco, que enviaría tres legisladores al Senado, se establece lo siguiente:

Cuadro 5. Fórmula de asignación de senadores de representación proporcional de acuerdo con la iniciativa de reforma electoral

$$\text{Cociente natural} = \frac{\text{Votación total efectiva}}{\text{Número de senadores de RP a repartir}}$$

$$\text{Cociente natural} = \frac{300,000 \text{ votos}}{3 \text{ senadores}} = 100,000$$

Fuente: elaboración propia.

Es decir, por cada 100,000 votos obtenidos por partido, éste tendrá acceso a un senador de representación proporcional.

En un caso hipotético, el principio del cociente natural se aplica como sigue:

Cuadro 6. Ejemplo de asignación de senadores de representación proporcional

Partido	Votación	Entre	Cociente natural	Resultado	Número de senadores
1	119,279	Entre	100,000 votos	1.19	1
2	108,423	Entre	100,000 votos	1.08	1
3	72,673	Entre	100,000 votos	0.72	0

Fuente: elaboración propia.

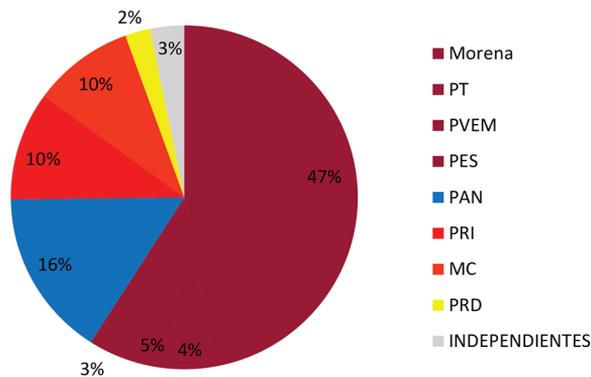
De nuevo, la fórmula privilegia al partido dominante. Por otro lado, la conformación de la Cámara de Senadores actualmente es la siguiente:

Cuadro 7. Conformación de la Cámara de Senadores, noviembre de 2022

Partido	Senadores	Porcentaje
Morena	60	59%
PT	5	
PVEM	6	
PES	4	
PAN	20	16%
PRI	13	10%
MC	12	10%
PRD	3	2%
Independientes	4	3%

Fuente: elaboración propia con información de la Cámara de Senadores.

Gráfico 3. Conformación de la Cámara de Senadores, noviembre de 2022



Fuente: elaboración propia con información de la Cámara de Senadores.

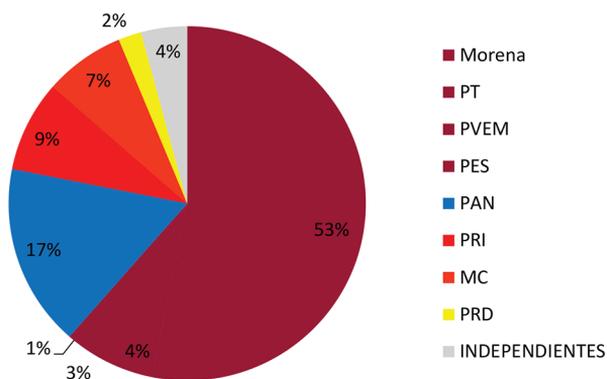
Nuevamente se observa que el partido en el poder tiene la mayoría, aunque no es tan cómoda como en la Cámara de Diputados, 60 de los 75 senadores proceden de Morena y el bloque alcanza el 59% del total de la cámara. En caso de que la reforma se aprobase, la conformación sería así:

Cuadro 8. Conformación de la Cámara de Senadores en caso de aprobarse la reforma electoral

Partido	Senadores	Porcentaje
Morena	51	61%
PT	4	
PVEM	3	
PES	1	
PAN	16	17%
PRI	8	9%
MC	7	7%
PRD	2	2%
Independientes	4	4%

Fuente: elaboración propia.

Gráfico 4. Conformación de la Cámara de Senadores en caso de aprobarse la reforma electoral



Fuente: elaboración propia.

Observaciones

La reforma establece que la legislación secundaria especificará los mecanismos específicos de la elección. La reforma no contempla ningún mecanismo para evitar la sobrerrepresentación o mantener el equilibrio en las cámaras, el punto más grave de la propuesta puede ser que el partido que gane la mayoría de las listas pueda obtener la mayoría de las cámaras, sin que se pueda garantizar la

participación de otras fuerzas políticas, generando un legislativo donde no exista la pluralidad y no actúe como contrapeso. Además, en lugar de generar congresos más plurales cómo se apunta, podría provocar mayorías mucho más amplias, hecho que podría agravarse con la dinámica de partidos, que ya se vio.

Además de la conformación del Legislativo, la reforma contempla una nueva disposición, en que se puede proceder penalmente contra los propios legisladores, ministros de la SCJN, magistrados del TEPJF, consejeros de la judicatura, secretarios, fiscal y consejeros del INEC aprobando esta resolución con tan sólo la mayoría absoluta de la Cámara de Diputados. Esto puede referirse a los intentos de quitar de sus funciones a consejeros electorales o la campaña de “traidores a la Patria” que emprendió Morena luego de la reforma eléctrica.

La nueva conformación de los Congresos locales

La reforma también afecta a los Congresos locales que irán desde 15 diputados locales y hasta 45 de ellos bajo los siguientes parámetros: 15 diputados en estados con menos de un millón de habitantes, un diputado por cada medio millón de habitantes hasta llegar a un total de 45. Los diputados locales también se elegirán por un sistema de listas y con la barrera constitucional del 3% de la votación válida.

Observaciones

De acuerdo con los datos del Censo de 2020 sólo 3 estados tienen menos de un millón de habitantes (INEGI, 2020) (Colima, Campeche y Baja California Sur) por lo que tendrían congresos con 15 diputados (actualmente tienen 25, 35 y 21, respectivamente). El estado con mayor población es el Estado de México que actualmente tiene una legislatura de 75 diputados y tendría el tope de 45 que se propone. Jalisco tendría 29 legisladores, perdiendo 9. La reforma reduce las posibilidades de los partidos de acceder a los congresos locales, lo que propiciaría legislaturas con pocos partidos y “grandes”.

La nueva conformación de los ayuntamientos. Los ayuntamientos también tendrían una disminución de sus integrantes de acuerdo con criterios poblacionales. A continuación, se presenta el criterio actual para Jalisco y la propuesta del presidente (Cuadros 9 y 10).

La reforma establece que el ayuntamiento se compondrá por el presidente municipal, el síndico y el número de regidores propuestos, además de que cada

Cuadro 9. Principios de asignación de municipales para el estado de Jalisco de acuerdo con términos poblacionales

Población en el municipio	Regidores por MR	Regidores por RP	Total
Hasta 50,000 habitantes	7	4	11
Entre 50,000 y 100,000 habitantes	9	5	14
Más de 100,000 y menos de 500,000 habitantes	10	6	16
Más de 500,000 habitantes	12	7	19

Fuente: elaboración propia con información de la legislación vigente.

Cuadro 10. Principios de asignación de municipales para el territorio nacional de acuerdo con términos poblacionales

Población en el municipio	Total
Menos de 60,000 habitantes	1
Entre 60,000 y 370,000 habitantes	3
Más de 370,000 y menos de 690,000 habitantes	5
Más de 690,000 y menos de 1'010,000 habitantes	7
Más de 1'010,000 habitantes	9

Fuente: elaboración propia con información de la iniciativa de reforma constitucional.

estado determinará las barreras legales para que los partidos accedan a la representación. En este apartado tampoco se especifican mecanismos de sobrerrepresentación o equilibrio, se elimina la disposición de que el partido que gane ocupa el 65% del total de regidores.

Observaciones

Una de las críticas más fuertes de la reforma se presenta en la conformación de los ayuntamientos. Las muestras de centralismo se observan pues en el texto constitucional vigente se establecen los lineamientos del municipio y su órgano de gobierno, dejando a las constituciones locales la atribución para determinar el número de integrantes y la forma de elección. Con la propuesta de reforma esto desaparece y se impone un único modelo, eliminando esquemas interesantes

como el de Sinaloa donde se elige a un regidor por comunidad, generando un verdadero esquema de representación. Otro aspecto es la conformación de los propios ayuntamientos, la propuesta establece un sólo regidor en municipios con menos de 60 mil habitantes y 9 en más de un millón diez mil habitantes. De acuerdo con el censo de 2020 los 100 municipios más poblados del país (entre los que están Guadalajara, Zapopan, Tlaquepaque, Tonalá, Tlajomulco y Puerto Vallarta) albergan 63 millones 244 mil 925 personas, mientras que los 100 municipios menos poblados apenas alcanzan, juntos, 51 mil 752 personas (Galicía, 2020). En el país existen 2,471 municipios, además de las 16 alcaldías en la Ciudad de México (Cuéntame de México, 2020). No existe posibilidad alguna de que se generen gobiernos locales democráticos con pocos representantes, por ejemplo, un sólo regidor.

Mecanismos de participación ciudadana

Revocación de mandato

El único cambio que se propone en este mecanismo es el de bajar el porcentaje de participación para que la revocación sea vinculante de un 40% a un 33%. Al eliminarse los OPL, los mecanismos de revocación de mandato locales serán organizados por el INEC y convocados por los congresos locales. También en estos casos se estipula el voto electrónico.

Consultas populares

La iniciativa está a favor de que se promuevan las consultas populares, a tal grado que propone cambiar el nombre del órgano electoral en que se incluya este apartado, sin embargo, las disposiciones legales no sufrirían cambios.

La reforma que no lo es

Las constituciones tienen un mecanismo complejo que permite que cada vez que los seres humanos nos equivocamos en hacernos leyes podamos corregir, pero que para cambiar un problema se pueda hacerlo, más allá de la voluntad sino con el consenso de las fuerzas políticas que coexisten en un conflicto permanente. Una reforma supone, de origen, la urgencia por mejorar las cosas, la prudencia del tiempo para hacerlo viable, la pertinencia en la historia para lograrlo. Los autores no encontramos nada de esto en el proyecto que fue presen-

tado desde abril y que apenas ha saltado en la opinión pública. No sólo no vimos un paso más en la apertura del sistema político mexicano que inició desde 1977 desde el poder y fue recogido, impulsado y aprovechado por la izquierda; no, no vimos siquiera las condiciones para que la Constitución sea alterada nuevamente en una franca regresión, y no vimos esas condiciones, justamente por los avances en materia de representatividad, equilibrio de poderes y participación ciudadana que precisamente el texto constitucional señala en estos momentos.

Es gracias a los avances de la democracia que el gobierno de López Obrador no puede cambiar la Constitución a su antojo para cerrar ese sistema del que él mismo impulsó su resquebrajamiento y apertura, es gracias al entramado democrático que hoy puede arremeter de esa manera, y es gracias a los dispositivos jurídicos que impiden mayorías aplastantes, líderes autócratas, partidos mimetizados con el gobierno que la reforma constitucional que plantea el presidente no puede ser posible.

Por eso es tan grave su embestida, por eso es que es tan prudente su rechazo, porque ese proceso histórico del que venimos puede verse roto sólo si las mayorías son seducidas por la tentación de un régimen monolítico, hegemónico, unitario, un régimen que desde el primer día busca asentarse nuevamente en el poder.

La iniciativa del presidente no sólo busca debilitar a los organismos electorales y someter al tribunal; busca, desesperadamente, tumbar cada uno de los dispositivos jurídicos que permiten cierto equilibrio y pluralidad tan esenciales para la democracia. La iniciativa va más allá y parece que todavía no se ha discutido lo más profundo de ella. Atenta contra el principio de representatividad al reducir los escaños en el Legislativo y las legislaturas locales, destroza por completo la geografía electoral para privilegiar en los procesos electorales a los partidos y rompe el arraigo de los candidatos al lugar y personas que habrán de representar, a los intereses que deben priorizar ahora sí, para ceder a los de las siglas que los llevarán a las cámaras. Pero el diablo está en los pequeños detalles, actualmente existe el impedimento de que un partido logre la mayoría aplastante en el Legislativo y pulverice la presencia y papel de la oposición; incluso la privilegia, pues obliga al partido mayoritario a negociar con los demás para poder alcanzar las condiciones suficientes para lograr grandes cambios.

En una democracia nadie debe ganarlo todo, en una democracia nadie debe perderlo todo, lo que debe prevalecer es la posibilidad de que algún día las mi-

norías tengan las condiciones necesarias para lograr la mayoría, para hacer de la democracia funcional, que repose en una de sus definiciones más esclarecedoras: una serie de reglas que permite la libre competencia, en igualdad de condiciones, de fuerzas políticas para buscar la predilección de los electores, una serie de reglas que conviertan efectivamente estas preferencias en escaños y que, de nuevo, garanticen que el que gana no gana todo, y el que pierde no pierde todo.

En la iniciativa del presidente esto no queda claro, pareciera más bien que busca revertir estos dispositivos jurídicos. La iniciativa es el camino a la hegemonía. Por eso es que no es una reforma, es una contrarreforma que busca cerrar el sistema que durante décadas ha nutrido la izquierda y hoy una derecha populista y demagoga pretende imponer. Aun así, no parece posible, no es las condiciones actuales en las que estamos, el presidente debe contar con la mayoría legislativa para cambiar la Constitución y le enoja no poder hacerlo con los suyos. No sólo se trata de un impedimento en el procedimiento legislativo, sino en la dinámica social que también ha acompañado a los cambios constitucionales. Roger Bartra lo dice más claro: hablar de una regresión sería traicionar y negar las conquistas que hacen posible un país con más debate, con más canales donde podamos expresarnos, con más competencia y participación política de los que hace cincuenta años soñaban.

La iniciativa de contrarreforma electoral es otro signo grave de la intención del gobernante de instaurar una nueva hegemonía calcada de la que lo formó y de la que tanto se benefició. La contrarreforma electoral no sólo atenta contra las bases de la democracia, sino contra la esencia de la República. Es grave porque tiene como objetivo desmontar todo aquello que la hace precisamente difícil de concretarse, un sistema de partidos medianamente competitivo, gobiernos que rindan cuentas de sus decisiones públicas y las sometan al escrutinio del electorado, una sociedad cada vez más activa, incluso para defender lo que en el fondo (o no tan en el fondo) les puede dañar, pero sobre todo, un andamiaje complicado que impide, con equilibrios legislativos, instituciones y tribunales autónomos, que un solo hombre se imponga sobre los demás, a pesar de que la legitimidad y la mayoría le concedan fuerza.

La contrarreforma electoral no sólo atenta contra las bases de la democracia, sino contra la esencia de la República. Y la República, con las leyes y mecanismos que la protegen, le dará al presidente, de nuevo y si las condiciones actuales prevalecen, un fracaso que lo lleve a una reforma legal, a conformarse con un

cambio en la legislación secundaria, sin poder hacer la Constitución a su antojo, con resultados a la altura de su circunstancia, medianos pero peligrosos.

Referencias

- Galicia, D. (2020). Los 100 municipios más poblados. Alcaldes de México. <https://www.alcaldesdemexico.com/revista/alcaldes-de-mexico/los-100-municipios-mas-poblados/>
- Cuéntame de México. (2020). División territorial. <https://cuentame.inegi.org.mx/territorio/division/default.aspx?tema=T>
- INEGI. (2020). Población total (número de habitantes). <https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/habitantes.aspx>
- Presidencia de la República. Iniciativa de reforma electoral. gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2022/abr/20220428-XI.pdf

Órganos Constitucionales Autónomos (OCA) ante los poderes del Estado: caso Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco (CEDHJ)

Violeta Yazmín Sandoval Cortés
Ernesto Gerardo Castellanos Silva

Los destinos de una época se manipulan y son puestos al servicio de perspectivas mezquinas, de intereses inmediatos, de las ambiciones y las pasiones personales de pequeños grupos que actúan mientras la masa ignora. Antonio Gramsci

Resumen

En el imaginario del deber ser, los órganos constitucionales autónomos, en cuanto a su conformación, estructura y desarrollo de actividades deberían realizarse con independencia de adscripción a los poderes del estado (ejecutivo, legislativo y judicial), lo cual, en teoría, constituiría una garantía para las personas de un desarrollo de labores con mayor transparencia, confiabilidad, especialización y control, dando eficaz manejo a las situaciones y problemáticas de acuerdo con su naturaleza de creación desde una visión de interés colectivo social. La teoría dista mucho de la realidad; de manera reciente el Congreso del Estado de Jalisco, coordinó según lo manda la Constitución, el proceso de elección para la renovación de la presidencia del órgano autónomo promotor y defensor de derechos humanos por antonomasia en Jalisco denominado *Comisión Estatal de Derechos Humanos*, el cual trajo como resultado el nombramiento de una nueva titular entre dimes y diretes a consecuencia de un dudoso desarrollo del proceso de elección, poniéndose entre dicho el actuar de las y los legisladores, quienes sin dejar de sorprendernos, violentaron puntos establecidos en convocatoria, en la Ley Estatal de Derechos Humanos y en la Constitución Mexicana, además de ir en contra de los Principios de París sobre el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, brillando por

su ausencia la generación y definición de criterios objetivos respecto de su metodología y proceso de evaluación de perfiles cuya finalidad sería el nombrar a la persona más capaz y preparada para el desarrollo de las funciones y atribuciones encomendadas, evidenciando algo aún más preocupante, el riesgo y lo endeble de este tipo de órganos autónomos que parecieran supeditados a intereses particulares de las fuerzas en el poder, más que a los intereses colectivos sociales. Ante este y otros casos conocidos en el actuar histórico del poder legislativo, es importante generar reflexión, analizar y actuar sobre las fallas y abusos que atentan contra los derechos humanos colectivos y sobre la autonomía de las instituciones.

Palabras clave: autonomía, poderes, comisión, derechos humanos, OCA.

Introducción

La gran especulación que se ha generado en años recientes en nuestro país sobre la intromisión de los poderes del Estado en funciones ajenas a estos, así como la concentración de este, han propiciado gran debate social sobre el riesgo que corren ciertas instituciones ante el posible “secuestro” del que las mismas pudieran estar siendo sujetas a consecuencia del abuso de autoridad de actores políticos de los distintos poderes del Estado, específicamente si del poder ejecutivo hablamos.

Estas prácticas de concentración y abuso de poder, las podemos observar manifestadas en los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal) sin distinción alguna.

A nivel Federal claros ejemplos tenemos de ello; con la renovación de la presidencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la atropellada llegada de Rosario Piedra por sus vínculos con el partido en el poder al día de hoy, así como su cercanía con el Presidente de la República perteneciente al mismo (Morena), se ha puesto en duda la imparcialidad y manejo autónomo de dicha institución, lo cual ha propiciado que la ciudadanía y sociedad civil en general, pierdan confianza hacia ella; de manera más reciente, la obsesión presidencial por llevar a cabo una reforma electoral de manera inmediata y con notable urgencia (y previa a las elecciones de 2024), ha propiciado de igual manera, una serie de manifestaciones ciudadanas abanderadas por la consigna de “El INE no se toca”, ante el temor de la regresión respecto a las prácticas democráticas en el Estado.

A nivel Estado, específicamente Jalisco, dos ejemplos recientes de los varios conocidos pueden enunciarse; el primero de ellos que se desprende del proceso

de selección de la presidencia del Instituto de Transparencia, Información Pública y Datos Personales del Estado de Jalisco, por sus siglas ITEI, en el cual se generaron una serie de acciones completamente ilegales por parte de diputadas y diputados del Congreso del Estado (Poder Legislativo), que quitaron al perfil mejor evaluado la posibilidad de acceder a la presidencia de dicho Instituto; el segundo de ellos, relacionado al proceso de renovación de la presidencia de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Jalisco, por sus siglas CEDHJ, en el cual de igual manera, una serie de prácticas ilegales y anómalas propiciaron la llegada dudosa a dicho espacio, de una persona cuyas condiciones vulneraban los criterios propios establecidos en la convocatoria, pero que sin importar ello, avalaron y aprobaron diputadas y diputados del Congreso del Estado.

Cosas en común se podrían observar de estos dos últimos casos; entre otras, la categoría de ambas instituciones de Órganos Constitucionales Autónomos, y lo que representa el serlo en el ejercicio de sus funciones y atribuciones en relación con los poderes del Estado, así como el hecho de que *sea uno de estos poderes* como lo es el poder Legislativo, quien aprovechando su potestad, propicia la llegada de una persona titular con notable falta de legitimidad.

Este último, el caso específico de la CEDHJ, es el que nos permitiremos desarrollar a groso modo en los párrafos que a continuación leerán, pero de manera previa, será importante hablar de la relevancia que tiene el contar con una división de poderes que evite la concentración del mismo, así como concebir que son los Órganos Constitucionales Autónomos conocidos como OCA y la razón de ser de la existencia y convivencia de ambos, con lo que podremos entonces hablar del caso concreto de la comisión, y por qué se concluye que tomando dicho caso como base, puede ejemplificarse que de manera general los OCA se encuentran en una situación realmente frágil y endeble frente a los abusos de poder de los poderes del Estado y sus autoridades.

Los poderes del Estado

En palabras de Jesús Silva-Herzog Márquez “El poder es peligroso pero necesario. Su ausencia deriva en caos; su exceso en tiranía”¹; a lo largo de la historia hemos podido observar cómo el poder y su ejercicio han sido la constante de la

¹ Esferas de la democracia de Jesús Silva-Herzog Márquez; Editorial Instituto Nacional Electoral INE.

humanidad, la imperiosa necesidad por dominar y por controlar qué sentidos los seres humanos, y ese afán por sentir superioridad respecto a ciertas situaciones, personas, acciones, etcétera, ha propiciado que muchas personas, al verse y saberse con mejores condiciones que otras, ejerzan ese poder de manera desmedida, cayendo en prácticas tiranas como lo refiere Silva-Herzog.

Abordaremos entonces lo específico a los poderes del Estado, para lo cual es necesario remontarnos, aunque superficialmente, a la visión del poder desde el análisis de autores como Foucault, y posteriormente abordar el poder y la razón de ser de su división en nuestro país.

Entre sus muchas ideas derivado del análisis del poder, Foucault se refiere a este como una “relación de fuerzas, o más bien toda relación de fuerzas es una relación de poder [...] Toda fuerza ya es relación, es decir, poder: la fuerza no tiene otro objeto ni sujeto que la fuerza” (Moreno, 2006); la fuerza se convierte entonces desde la visión del autor, en la base para que pueda desarrollarse el poder, pudiendo ser para el caso la violencia, sumada a dicha fuerza, un aliciente más para el ejercicio del poder, lo que nos llevaría a hablar de esa dominación que refería en líneas anteriores, dominación que se da por medio de la aplicación de estrategias diversas. Este poder, además, de acuerdo con su visión debe sí o sí vincularse con la libertad, misma que terminamos cediendo a las personas que por medio de su autoridad ejercen ese poder, y que en teoría llevará a guiar la realización de determinadas actuaciones en la espera de determinados resultados.

El que exista entonces una relación de fuerzas distintas por medio de las cuales se ejerza el poder, en ningún momento pudiera significar parafraseando a Flavio Guglielmi, el que las características del poder representen una distribución equitativa de este (Guglielmi, 2014), o sea que, el hecho de que existan fuerzas contrarias manifestadas para ejercer el poder, no implica que dichas fuerzas se accionen de igual manera o con la misma intensidad, ni que a consecuencia vayamos a observar un ejercicio igual de ese; desde la visión de Foucault, observamos entonces que el poder deberá ser analizado desde la acción, pero esa acción será propiciada por fuerzas confrontadas y que llevan a cabo una especie de proceso de “micro física”, el cual será distinto dependiendo de dónde provenga esa fuerza o fuerzas, y cual sea la intensidad aplicada a las mismas.

Estas fuerzas contrarias, buscarán en todo momento ejercer determinado poder, ya sea en mayor o menor medida, pero siempre procurando que la balanza se encuentre equilibrada, que la fuerza impregnada en cada acción, nos dé como

resultado una estabilidad, esto me llevaría a un primer cuestionamiento entonces, ¿qué pasa cuando en lugar de dos o más fuerzas, solo se cuenta con una que se acciona trayendo como resultado un solo poder?

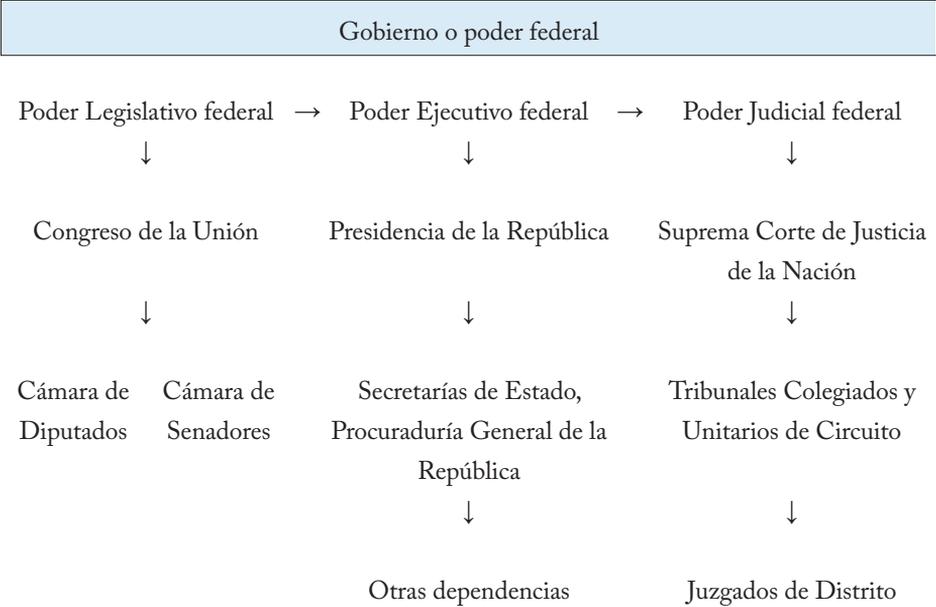
Bien lo refería Montesquieu, “para que no se pueda abusar del poder, es preciso que el poder detenga al poder”; derivado de esa lógica es que históricamente se ha observado en la división de poderes la esperanza de generar el correcto equilibrio en el Estado para así evitar la concentración del mismo, y caer en abusos respecto de su ejercicio, lo cual desencadenaría una serie de prácticas autoritarias².

Ahora bien, de acuerdo con lo referido por Luis Enrique Villanueva Gómez en su artículo “La división de poderes: teoría y realidad”, uno de los primeros vestigios que encontraremos sobre la división de poderes si de México hablamos puede remontarse a 1812, específicamente al documento denominado “Los elementos constitucionales”, elaborado por Ignacio López Rayón, siendo un documento en el cual otorgaba una supremacía al poder Legislativo, refiriéndole como un “Supremo Congreso”; posteriormente en 1814, por medio de la Constitución de Apatzingán, se hablaba ya de un poder tripartita, aunque aún alejado de un equilibrio entre los mismos, dejando la carga nuevamente en el poder Legislativo, denominado entonces “Supremo Congreso”; y es a partir de la Constitución de 1917, que se muestra de manera mucho más marcada no sólo la división de poderes, sino la aparición de diversos mecanismos y herramientas de control para el poder Ejecutivo. Es a partir de 1917, que podemos hablar de la existencia de un sistema aparentemente parlamentario por su conformación y distribución teórica, pero aún distante de ello al momento de la práctica, siendo un sistema más bien presidencial³.

Al día de hoy, el poder tanto a nivel federal, como estatal y municipal, es ejercido desde el ejercicio de la división del mismo en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, encontrándose determinados desde el constitucionalismo, con una lógica y técnica jurídica específica, y conformados a su vez por toda una estructura que coadyuva y auxilia en el desarrollo de sus funciones y atribuciones particulares.

² Refiriendo a las prácticas autoritarias como aquellas acciones que llevan a cabo personas que asumen el poder sin limitaciones.

³ Sistema caracterizado por la división de poderes, consagrando formalmente tres órganos separados, el ejecutivo, el legislativo y el judicial (Espinoza, 2019).



Fuente: Manual del alcalde 2016. Colección del Poder Judicial del Estado de Oaxaca (Poder Judicial del Estado de Oaxaca, 2016).

El equilibrio del que se habla, implica que entre los poderes que se divida el Estado se realice y/o procure la constante observancia y delimitación, o sea, que entre unos y otros poderes funjan como controles respecto de los límites de intervención en el marco de sus funciones y atribuciones, sin dejar de lado el trabajo colaborativo entre estos, esto quiere decir que no se encuentran desvinculados, sino que, terminan siendo esas barreras que garantizan el desarrollo de un sistema de contrapesos, que permite no sólo la pluralidad de ideas, sino que a la par de esa pluralidad se desprenda un beneficio colectivo social más que particular.

La división en resumidas cuentas implica la “separación de poderes en el sentido de que su respectivo ejercicio se deposita en órganos distintos, interdependientes, y cuya conjunta actuación entraña el ejercicio del poder público por parte del Estado” (Villanueva, 2014); dicha separación, creación y conformación de distintos órganos e instituciones, nos llevaría a hablar del sistema presidencialista, que no implica la concentración del poder en la figura del presidente, sino que, implica el que la división y la desconcentración del poder, sumada a otros elementos, permita que lleguemos a un estado de verdadera gobernanza.

Los Órganos Constitucionales Autónomos (OCA)

Habiendo hablado, aunque someramente sobre el poder, su división y su importancia para un Estado, es ahora importante referir la igual importancia y razón de ser de la existencia de los OCA.

La invasión e intromisión de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) en las funciones de estos Órganos, impiden y obstaculizan el cumplimiento de sus objetivos, lo cual lleva a que se reste credibilidad sobre su autonomía de ejercicio, vulnerando y dejándonos desprotegidos a las personas en cuanto a nuestro ejercicio y defensa de derechos humanos.

Para comenzar, es preciso tocar en primer término a la autonomía y el entendimiento que se puede tener sobre ella, así como lo que implica para los efectos de la naturaleza y objetivo de estos órganos.

La autonomía, de acuerdo con la Real Academia Española, es catalogada como la “potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios”, refiriendo también a esta como una “condición de quién, para ciertas cosas, no depende de nadie” (Real Academia Española, 2021), lo que este concepto muestra entonces de manera inicial es esa capacidad que se adquiere por medio del ejercicio autónomo de una práctica relativamente “libre”, pero sobre todo con “independencia” y “autogestión” en muchos sentidos.

Por su parte, la autora Susana Thalía Pedroza de la Llave en su artículo “Los órganos constitucionales autónomos en México” (Pedroza de la Llave, 2002), también hace referencia a este concepto; habla de la autonomía como una forma de división del poder, sin que esto implique hablar o hacer referencia de acuerdo con lo señalado por la autora, a “alguna invasión o suplantación de la soberanía”⁴, mencionando que esta debe entenderse como la “distribución de competencias sobre determinadas materias”; de igual manera menciona que esta autonomía puede ser presentada en diversos grados o niveles dependiendo del ente que se trate, y de las atribuciones que a estos se les otorguen constitucionalmente hablando, para lo cual se deberá observar a estos desde su centralización, desconcentración, o descentralización.

⁴ La soberanía puede entenderse como un poder supremo o superior que normalmente se encuentra conformada por dos atributos, el popular y el nacional (V/lex, s.f.).

Es la descentralización, la característica que al referirse a “la transferencia de facultades administrativas a organismos desvinculados, en mayor o menor grado, de la administración central”⁵, otorga capacidad para ejercer el poder como un mecanismo de control a esos “órganos desvinculados”.

En palabras de Filiberto Valentín Ugalde Calderón, la autonomía “es la posibilidad para los entes de regir su vida interior mediante normas y órganos propios, sin vulnerar el texto legal. Es una especie de descentralización de funciones en un grado extremo, no sólo de la administración pública, sino de los poderes del Estado, con el propósito de evitar cualquier injerencia que pudiera afectar el adecuado funcionamiento del órgano” (Ugalde, 2010); hoy en México, contamos con 9 órganos constitucionales autónomos⁶, los cuales si bien de manera particular atienden temáticas muy particulares, de manera general buscan garantizar a las personas una igualdad jurídica frente al estado, fungiendo como mecanismos de orden, control y supervisión frente a los poderes del Estado e instituciones supeditadas a estos.

De la visión de ambos autores se rescatan los siguientes elementos sobre cómo ver a la autonomía:

1. Como una forma de división de poder;
2. Como una distribución de competencias;
3. Como una posibilidad de autorregirse;
4. Como la no dependencia y supeditación a los poderes del Estado; y
5. Como la posibilidad de evitar cualquier injerencia externa para otorgar certeza jurídica a las personas frente a los poderes.

En resumidas cuentas, podríamos decir que, la autonomía es un atributo particular de determinados entes federales y estatales que permite dividir y separar el poder por competencias, otorgando la posibilidad a estos de autorregirse,

⁵ Conceptualización citada por la autora Susana Thalía Pedroza de la Llave en su artículo “Los órganos constitucionales autónomos de México”, artículo ya referido previamente en este texto.

⁶ Banco de México; Instituto Nacional Electoral; Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Instituto Nacional de Geografía y Estadística; Comisión Federal de Competencia Económica; Instituto Federal de Telecomunicaciones; Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales; Fiscalía General de la República; y Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.

con independencia y sin injerencia de otros poderes sobre cuestiones propias de su naturaleza, lo cual les permite una libertad de actuación y sobre todo de confiabilidad.

Ahora bien, sabiendo lo que implica la autonomía, podemos referirnos de manera concreta a los OCA, para lo cual referiré algunos de elementos que podrán llevarnos a su conceptualización:

- Elevados a nivel constitucional;
- Propuestas de titularidad –en ocasiones– por parte del poder ejecutivo pero sin supeditación a este;
- Votados y elegidos por el poder legislativo;
- Autorregulación;
- Autonomía patrimonial y financiera en su distribución y ejercicio;
- Independencia;
- Organización estructural y funcional propia; entre otras.

Filiberto Valentín Ugalde, plantea además de las características propias de estos Órganos, su correspondiente diferencia en comparación con los órganos de la administración pública, identificando lo siguiente:

Característica	Órganos constitucionales	Órganos de la administración pública
1. Creación	Están incluidos en el texto de la Constitución y la norma secundaria sólo reglamenta	Por ley o decreto del Congreso de la Unión
2. Son auxiliares del Ejecutivo	Sí	Sí
3. Tienen autonomía orgánica	Sí	Sí
4. Régimen jurídico propio	Sí	Sí
5. Personalidad jurídica	Sí	Sí
6. Patrimonio propio	Sí	Sí
7. Cuando dejen de cumplir sus fines, pueden ser liquidados	No	Sí

8. Tipo de creación con los poderes tradicionales	Coordinación	Subcoordinación
9. Designación de funcionarios	Por una de las Cámaras del Congreso o por una de estas a propuesta del ejecutivo, o sin intervención.	Directamente por el Ejecutivo
10. Control y vigilancia	Tienen su Contraloría o equivalente sin depender de otro poder u órgano.	Por el Ejecutivo a través de la Contraloría y Secretaría de la Función Pública
11. Asimismo, pueden ser auditados por la Auditoría Superior de la Federación	Sí	Sí
12. Autonomía técnica	Sí	Sí
13. Pueden promover controversias constitucionales	Sí	No

Fuente: en Órganos constitucionales autónomos (Ugalde, 2010).

De los principales puntos a destacar del comparativo es que estos órganos primero que nada, no son auxiliares del ejecutivo (en ninguno de los órdenes y niveles de gobierno), por lo tanto no deben cumplir órdenes ni mandatos que intente generar quien detente dicho poder; después, que estos no pueden ser eliminados al dejar de “cumplir sus fines” como sucede con los órganos de la administración pública, en todo caso, tendrán que replantearse, y generar propuestas de mejora de estos; su designación es llevada a cabo por el poder legislativo a nivel federal o estatal, con o sin intervención del ejecutivo ya que este puede generar propuestas, mas no decidir quién asumirá la titularidad; cuentan con su propia contraloría, lo cual implica el no estar sujeto a algún poder en específico, otorgándole libertad de control y supervisión, y por último, estos órganos al contar con esa facultad de control y supervisión del poder, le otorga la posibilidad de promover controversias constitucionales provenientes de violaciones a derechos consagrados por nuestra Constitución mexicana y llevados a cabo por autoridades públicas.

Estos órganos han sido creados, a consecuencia de la observancia, análisis y evaluación de las tareas, así como función e intervención en nuestro país de

los poderes, siendo en 1993 derivado de una reforma constitucional con la cual se otorgaría autonomía constitucional al banco de México, que se comenzaría a establecer la importancia de los mismos para la atención focalizada de asuntos en el Estado, desarrollando además la primordial tarea de generar un vínculo y canal de comunicación entre sociedad y gobierno, lo cual acercaría al estado a una verdadera situación de gobernanza⁷.

Estos OCA, tienen como objetivo abordar y observar situaciones muy específicas de gran importancia y relevancia para la vida social, con independencia de decisiones y estructura orgánica, y de los depositarios de quienes se encuentran en las funciones estatales, buscando una desmonopolización, especialización, agilización, independencia, así como la generación de control y transparencia que otorguen certezas a la sociedad.

Los poderes del Estado y los OCA

En ya repetidas ocasiones, el actual Presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador, ha expresado de manera abierta y sin mayor problema su interés por eliminar los Órganos Constitucionales Autónomos, refiriendo la “carga” y enorme “gasto” que los mismos representan para la nación, lo cual implicaría primeramente, la generación de una reforma constitucional (como la electoral que quiere realizarla a cualquier costo), que diera pie a la posibilidad de que esto sucediera, y de la mano de ello, una serie de transformaciones estructurales, pero sobre todo, la posibilidad de un retroceso en la garantía de los derechos humanos de las personas.

Lo anterior son cuestiones solamente de “forma” si es que algún nombre se le quiere dar, lo realmente relevante y preocupante serían las consecuencias de fondo, ya que, de presentarse la eliminación de estos, se estaría permitiendo a los poderes del estado sin más ni más, violentar los derechos humanos de todas las

⁷ “Gobernanza es la realización de relaciones políticas entre diversos actores involucrados en el proceso de decidir, ejecutar y evaluar decisiones sobre asuntos de interés público, proceso que puede ser caracterizado como un juego de poder, en el cual competencia y cooperación coexisten como reglas posibles; y que incluye instituciones tanto formales como informales. La forma e interacción entre los diversos actores refleja la calidad del sistema y afecta a cada uno de sus componentes; así como al sistema como totalidad” (Whittingham, 2010).

personas al no contar con instancias que les vigilen y supervisen, pero sobre todo que generen puentes entre sociedad y poderes.

Pero, lo anterior no solamente ha sido una idea y aspiración en este caso del Presidente de la República, en su lenguaje no verbal y simbólico, autoridades en diversos estados se encuentran apoyando dicha moción, al atentar de diversas maneras contra la naturaleza y razón de ser estos órganos, poniendo en riesgo su autonomía y cayendo en prácticas autoritarias en el ejercicio del poder.

La realidad de los OCA, les sitúan en un estado endeble, dejándoles hoy en día a muchos de ellos débiles y con poca solidez, derivándose primero de la especulación que se ha generado en torno a ellos, cuestionando su naturaleza, así como el cumplimiento de sus objetivos, principalmente a consecuencia de la notable intromisión que en ellos pretenden y en muchas ocasiones consiguen hacer autoridades pertenecientes a alguno de los poderes del estado, a efecto de buscar generar un control sobre los mismos, así como a otra serie de factores.

Caso concreto y controversial el presentado en la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), a partir de la designación y llegada de Rosario Piedra como presidenta de la misma; con 76 votos a favor de 114 emitidos de manera total, el pleno del Senado de la República en noviembre de 2019, decide que rodeada de asegunes, críticas, una lluvia de señalamientos negativos y sin cubrir los requisitos, llegue al frente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos Rosario Piedra, hija de activista y persona cercana al actual Presidente de la República, y con reconocida afinidad política al partido en el poder Morena, quien desde su llegada y hasta el día de hoy se ha encontrado bajo el foco de la atención, evidenciándose un marcado nexos con el Presidente de la República que ha traído consigo la falta de credibilidad por parte de la sociedad civil hacia con dicha institución, y ha puesto en tela de juicio la autonomía institucional de la CNDH, lo que ha llevado a la realización de acciones por partes de la sociedad civil organizada, llegando hasta la toma de las instalaciones por parte de mujeres exigiendo acceso a la justicia y señalando la falta de acción por parte de la presidenta, lo cual refleja la crisis –no evidenciada formalmente– de dicho órgano; de manera más reciente, la emisión de recomendación por parte de la CNDH a las autoridades del INE (un OCA recomendando a otro OCA), evidencia la clara ilegalidad bajo la cual está actuando dicha instancia, al encontrarse la Comisión legalmente impedida para pronunciarse sobre asuntos electorales, cuestión que está establecida en nuestra Constitución.

Caso aún más concreto, el vivido con la Comisión Estatal de los Derechos Humanos del Estado de Jalisco (CEDHJ), cuya aceptación social y credibilidad, pareciera de igual manera que la CNDH de ser cada vez menor, conforme el paso de los años, periodos, y sus administraciones, ya que la percepción documentada por medios de comunicación respecto a los trabajos y resultados de la intervención de dicho órgano, se ve difuminada por la intromisión y cooptación de autoridades de los espacios por los cuales se conforma, como si se tratase de un botín político, donde lo que interesa realmente son las posiciones y los acuerdos que entre poderes y el OCA se pudieran generar, y no realmente el cumplimiento del objetivo principal para el cual fue creado, siendo de manera reciente el proceso para la renovación de la presidencia, motivo de dimes y diretes ante un ilegal y desaseado proceso propiciado y promovido por legisladoras y legisladores del Congreso del Estado, poniendo en duda la autonomía de la Comisión.

Caso Comisión Estatal de Derechos Humanos en Jalisco (CEDHJ)

Decidimos abordar el caso específico de la CEDHJ, derivado de la experiencia personal de una de las autoras (Violeta Sandoval) al participar como Consejera Ciudadana ya hace algunos años, y de manera más reciente como aspirante a presidir dicha comisión, dándose cuenta del cómo tanto autoridades del Ejecutivo, Legislativo, y Judicial, atendiendo a intereses particulares carentes de cualquier objetividad, y con una encomienda meramente partidista, intervinieron e incidieron justificando contar con la facultad de hacerlo, provocando una inestabilidad institucional respecto del órgano encargado por naturaleza de la preservación, promoción y defensa de los derechos humanos, buscando frenar el abuso de la autoridad del Estado, alejándose por mucho de la verdadera razón de ser de esta, siendo hoy un órgano indiferente a las causas y problemáticas sociales, y carente de legitimidad en sus actos.

El modelo de protección a los Derechos Humanos en Jalisco al igual que en el resto de los Estados de la República se encuentra alineado con el establecido y desarrollado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, no mostrando desde su surgimiento y hasta la fecha grandes modificaciones ni estructurales, ni en lo relacionado con los preceptos normativos que le regulan.

En Jalisco los señalamientos negativos y exigencias cotidianas hechas por colectivos, colectivas y organizaciones, así como población en general son presenciados a la par de aquellos generados a la Comisión Nacional, pero, si vemos

a la Comisión desde los números, podríamos darnos cuenta que la violación a Derechos Humanos en nuestro Estado al paso de los años no ha disminuido.

La lógica de selección y elección de las personas titulares de los OCA atiende a las características ya abordadas en el apartado anterior; de manera específica, el proceso para la elección de la presidencia e integrantes del consejo ciudadano de la Comisión, parte de las características establecidas en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 102, apartado B, mismas que se replican en el artículo 10 de la Constitución propia del Estado de Jalisco, donde entre otras cosas se refiere que, este órgano, conocerá las quejas en contra de actos u omisiones de índole administrativa, provenientes de toda autoridad o servidor público estatal o municipal que viole los derechos humanos. Con esa lógica, es que al investigar y conocer sobre ese tipo de asuntos, las personas de las que se conforme la comisión, no deberán contar con vínculos que le puedan generar una supeditación hacia alguno de los poderes del Estado de cualquiera de los órdenes que se trate.

Además de sujetarse a los criterios generales establecidos por la Constitución, de manera específica respecto al proceso de elegibilidad de la o el presidente y sus consejeros, es necesario que se haga considerando los siguientes criterios:

1. Que se base en un proceso de **consulta pública**, concibiendo a estas como un mecanismo por medio del cual se pueden conocer propuestas y comentarios de la ciudadanía interesada en la materia de derechos humanos en este caso⁸;
2. Garantía de un **proceso transparente**, entendiéndolo a esta como el “conjunto de disposiciones y actos mediante los cuales los sujetos obligados tienen el deber de poner a disposición de cualquier persona la información pública que poseen y dan a conocer, en su caso, el proceso y la toma de decisiones de acuerdo a su competencia, así como las acciones en el ejercicio de sus funciones” (ITEI, 2022).
3. **Apego a lo establecido por la Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos**, donde se establece que, el Congreso del Estado expedirá una convocatoria dirigida a organismos sociales, colegios de profesionistas, universidades, y a la sociedad en general, para que puedan quienes así lo consideren y cumplan los requisitos, registrarse y buscar la candidatura, siendo el mismo Congreso con la aprobación de las dos terceras partes de los y las

⁸ De acuerdo con la definición otorgada por el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

diputadas presentes, quienes nombren a la persona que asumirá la titularidad de la Comisión.

Habiendo referido lo anterior, y teniendo claridad de lo que establece la Constitución y la Ley, podemos percatarnos que para empezar, los criterios son completamente escuetos, ya que la Constitución no define lo que se entiende por consulta pública ni por transparencia, o lo que de manera específica tiene que cumplirse para que estos puntos se vean solventados, lo cual deja a interpretación y libre albedrío del poder Legislativo las acciones a generar y valoración a otorgarle; de igual manera si hablamos de la convocatoria, sobre la cual tampoco se establecen criterios ni metodología alguna para su emisión, y de la elección ni hablamos, ya que como lo refiere José Woldenberg (2021) sobre el carácter “representativo” de nuestro régimen en su libro *Contra el autoritarismo*, “...los votos de los ciudadanos al traducirse en escaños sufrieron una alteración al no respetarse el dictado constitucional que impone que entre unos y otros (refiriéndose a las fuerzas políticas que conforman un estado) no puede existir una diferencia mayor del 8 por ciento...” ejemplificando que en el caso de Morena a nivel nacional, cuenta con más de la mitad de ocupación de asientos en la Cámara de Diputados, situación que no es nada ajena a la situación que se vive en Jalisco con el partido político en gobierno que es Movimiento Ciudadano.

¿Qué sucedió en el proceso de elección de la persona titular de la CEDHJ?

Para comenzar a construir la conclusión, pero sobre todo a contestar la pregunta hecha, se desarrollará una breve narración de lo sucedido en el proceso de elección y nombramiento de la nueva titular.

El 21 de junio de 2022, se aprueba por parte de diputadas y diputados del Congreso el Estado de Jalisco, la convocatoria para la elección de la o el Presidente de la CEDHJ, en la cual quedan establecidos los requisitos de elegibilidad, así como la manera de la acreditación de los mismos, y otras cuestiones vinculadas al proceso a seguir en cuanto a fechas específicas.

Los requisitos, sea dicho de paso, contaban con cierta facilidad en su acreditación; no se estableció criterio objetivo que especificara las condiciones y características o elementos sujetos a valoración de ninguno de los requisitos ni del perfil deseable, para realizar una deliberación adecuada y designación fundada.

El proceso siguió su curso, y conforme las etapas se iban desarrollando, las irregularidades y violaciones legales de su mano acontecían y se incrementaban; dichas etapas y actividades desarrolladas en cada una se refieren a continuación (Congreso del Estado de Jalisco, 2022):

<p>1. Emisión de convocatoria y registro de aspirantes.</p>	<p>Respecto a los criterios para la elaboración y emisión de la convocatoria, como se observó en párrafos anteriores, sólo se establece que la misma deberá apegarse a lo establecido a la Constitución (federal o estatal), así como a la Ley correspondiente, estructurándose de la siguiente manera:</p> <p>I. Requisitos de elegibilidad: ciudadanía mexicana, origen, edad, no habersele condenado por algún delito doloso ni haber resultado responsable por violaciones a los derechos humanos, así como no haber desempeñado cargo dentro de la administración pública federal, estatal o municipal durante los dos últimos años anteriores al día de la designación, la formación profesional de preferencia, no pertenecer a ningún partido político o agrupación política, así como mantener una buena reputación, de la mano de todos los requisitos de acreditación para dichos puntos, las fechas.</p> <p>II. Acreditación de requisitos: donde se refieren los documentos solicitados como acta de nacimiento, constancia de residencia, copia certificada de cédula, cartas de apoyo por parte de organizaciones sociales o instituciones, carta bajo protesta de decir verdad de no contar con ningún impedimento de aquellos establecidos en la convocatoria, copia de identificación, solicitud de registro, síntesis curricular, ensayo de 5 cuartillas, usb con documentos digitalizados, y proporcionar correo electrónico.</p> <p>III. Registro: mencionándose día y hora para la generación del mismo.</p> <p>IV. Entrevistas y ensayo: se establece además que se llevará a cabo una entrevista y revisión de ensayo, así como ampliación de información de las y los aspirantes.</p> <p>V. Procedimiento de elección: posterior a la entrevista se desarrollará una sesión de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios para elaborar la lista de las personas elegibles.</p>
-------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>VI. Procedimiento de elección: debiendo posterior a ello, elegir a la presidenta o presidente.</p> <p>VII. Por último, dicha convocatoria establece un apartado de casos no previstos.</p>
2. Entrevistas y ensayo.	<p>En cuanto a los criterios de la entrevista y ensayo, se refirió solamente que esta se generaría basada en un calendario aprobado por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios del Congreso del Estado de Jalisco, calendario que fue emitido el 11 de julio de 2022; por medio de la misma se podría ampliar la información sobre trayectoria profesional de las personas aspirantes, así como dar a conocer plan de trabajo, para lo cual diputadas y diputados formularían y externarían preguntas.</p> <p>Respecto a las personas aspirantes, como parte del acuerdo interno por el que se establece el calendario y dinámica del desarrollo de la entrevista, estas contarían con un total de 15 minutos de intervención, 5 para que él o la aspirante ampliara la información sobre trayectoria personal, y el resto de minutos para que diputados y diputadas pudieran generar las preguntas a las personas entrevistadas.</p>
3. Elección.	<p>En cuanto a este punto de la convocatoria, se refirió que, una vez que las entrevistas concluyeran –mismas que fueron desarrolladas en dos días–, la Comisión del congreso correspondiente, debería elaborar un dictamen de acuerdo legislativo por medio del cual se propondría la lista de las personas candidatas con carácter de “elegibles”⁹ a la asamblea, debiendo ser esta lista aprobada por la mayoría simple¹⁰ y en votación nominal¹¹; aprobándose el listado</p>

⁹ Al hablar de personas elegibles, se hace referencia a aquellas que cumplieran con los requisitos, y que, de acuerdo con una evaluación y valoración, cumplieran con los criterios de fondo y forma, así como habilidades y capacidades establecidas para poder ser susceptibles de asumir el cargo para el que se participaba.

¹⁰ Mayoría simple implica obtener más de la mitad de los votos emitidos.

¹¹ La votación nominal implica llevar a cabo el registro de nombre y apellido de la o el diputado que emite el voto, así como el sentido de este.

de elegibles, se daría paso a la elección de la persona que asumiría la presidencia, quien debería de obtener el voto de cuando menos dos terceras partes de las y los diputados presentes, y la votación se realizaría por cédula ¹² .

Hasta este punto podría parecer que no hay sentido en hablar de los poderes del Estado, de los OCA, y de su vinculación y riesgo permanente en el que estos últimos se encuentran, y quizás, que tampoco habría sentido alguno en hablar del proceso de elección de la titularidad de la presidencia de la CEDHJ, porque pudiera parecer a simple vista que todo se llevó a cabo conforme a Ley y norma.

Pero, la realidad es otra; la realidad es que, desde la emisión de la convocatoria por parte de integrantes del poder Legislativo del Estado de Jalisco, esta fue realizada de manera escueta, sin criterios concretos y susceptibles de ser analizados y valorados de manera objetiva, además de no acatar los lineamientos para la elección de la convocatoria que ellos y ellas mismas realizaron y aprobaron.

Para dar mayor claridad, y fundamento a lo que mencionamos en el párrafo anterior, señalaremos al momento tres irregularidades generales, de las cuales pudiesen desprenderse muchas específicas:

1. De acuerdo con lo que establece la Constitución Política del Estado de Jalisco, así como la Ley de la CEDHJ, la designación en este caso de la Presidencia, debería de satisfacer los requisitos legalmente establecidos, basándose el mismo en un proceso de consulta pública, entendida como un mecanismo por medio del cual se pueden conocer las propuestas y comentarios de la ciudadanía y partes interesadas como organismos de la sociedad civil, colectivos, colectivas, en lo relacionado a los derechos humanos en Jalisco (Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2022), y garantizando la transparencia del mismo, lo que implica que las autoridades informasen y pusiesen a disposición de las y los ciudadanos, la información pública; si analizamos el proceso, **en ningún momento se habló de poner a la práctica consulta pública alguna para tomar en consideración la opinión de la sociedad civil respecto de la**

¹² Este tipo de votación se realiza cuando se trata de elegir a personas, y se hace mediante la distribución y entrega de pequeños formatos llamados cédulas, en los cuales se encuentran impresos los nombres de las personas aspirantes, donde se debe de señalar a cuál de ellas se elige, y pasar a depositar la misma a una urna.

convocatoria, y ni intentando forzosamente ver de qué manera se llevó a la práctica algún tipo de consulta lograríamos hablar de una consulta pública, no existiendo ni mínimamente, características a ser consideradas para efecto de llevar a cabo un proceso de elección de la mejor manera posible, y sobre todo con las mayores garantías, de igual manera **el proceso de inicio a fin fue mínimamente transparente**, permitiendo el acceso a la información del proceso de manera limitada y selectiva.

2. **No hubo aparejada a la convocatoria una metodología clara del desarrollo del proceso en lo general, ni de sus etapas en lo específico, lo cual propició que, no existieran criterios objetivos susceptibles a su medición; no se asignó un valor ni criterio de evaluación para la entrevista ni para el ensayo, la entrevista aunque se refería tendría una duración de 15 minutos para garantizar la igualdad de condiciones para cada participante, fue indistinta, permitiéndoles a algunas personas más tiempo de participación que a otras, no contando las y los entrevistadores con rúbrica alguna para guiar y evaluar su intervención con cuestionamientos, siendo igual la situación con la presentación del ensayo, del cual sólo se establecieron criterios de forma pero no de fondo. Con esas ausencias y omisiones, no se otorgó una valoración justa a los perfiles participantes, dejando a mera interpretación y valoración personalísima (por no referir los intereses políticos partidistas) de diputadas y diputados dichos perfiles.**
3. El punto más preocupante sin duda alguna se vincula específicamente con la **elección de la presidenta de la CEDHJ**, ya que, esta se desprende primero de la aprobación de una **lista de elegibles sin fundamento alguno**, en la cual se catalogan a todas las personas registradas como “elegibles” a sabiendas que **no cumplían algunas de ellas con los requisitos establecidos en convocatoria**, convocatoria que las y los diputados habían avalado y aprobado de manera previa, con dicha acción (catalogar como elegibles a todas las y los aspirantes), se concretó lo peor, **la elección y toma de protesta de una nueva presidenta que llega de forma ilegal, violentando lo establecido por Constituciones, Legislación Estatal, y Convocatoria, vulnerando los derechos humanos de una colectividad.**

Conclusiones y recomendaciones: La endeble situación de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco

Dicho todo lo anterior, como jaliscienses, pero sobre todo como integrantes de la sociedad mexicana, deberíamos de preocuparnos y ocuparnos de lo que está aconteciendo no sólo a nivel estatal en este caso expuesto, sino a nivel nacional.

La situación específica de la CEDHJ, es el reflejo de lo que se replica en muchos Estados, pero sobre todo en muchos órganos de dicha naturaleza, estas prácticas de autoritarismo y concentración de poder vienen en cascada, desde el orden federal, pasando por el estatal y hasta el municipal.

Con lo aquí expuesto, no sólo se puede evidenciar de manera clara la situación tan endeble que con sus acciones y/u omisiones están generando los poderes del Estado como en este caso lo hizo el Legislativo, sino que, nos habla de la necesidad de poner frenos a los abusos e intromisiones de los poderes para que realmente se garanticen los derechos de las personas y sobre todo se genere un equilibrio y un estado de gobernanza.

Lo que propició el Poder Legislativo con la CEDHJ, es que la presidenta lleve al espacio de defensa y protección de derechos humanos por antonomasia, desgastada, deslegitimada, y sobre todo, incumpliendo la ley, violentando así los derechos de las personas a las cuales debería de proteger; lo que propició el Poder Legislativo fue, que entes del Estado tan importantes como la Comisión, se encuentren en riesgo, riesgo legal, pero sobre todo, riesgo en cuanto a su credibilidad, permitiendo que las personas que detentan el poder lo hagan de manera desmedida, sin controles ni limitaciones.

Es momento entonces de traer a la mesa de discusión las cuestiones básicas como la naturaleza y razón de ser de la división de poderes y la necesidad de contrapesos para el buen desarrollo de las actividades en un Estado, pero sobre todo, el traer a la discusión la importancia de que el centro y razón de ser de las actividades y políticas sean las personas y los intereses colectivos más que las autoridades y los intereses particulares de algunos cuantos que se basen en cuestiones político-partidistas.

Es necesario reflexionar, analizar, criticar, y replantear el papel y resultados de las instituciones, de sus autoridades, para así buscar desarrollar propuestas de mejora, ahí es donde tenemos que enfocarnos, en las cosas realmente importantes que beneficien al colectivo.

Las principales recomendaciones para garantizar la verdadera autonomía de este órgano tienen que ir en dos sentidos principalmente:

1. Sentido formal, buscando la revisión y actualización de la normatividad aplicable, desarrollando y adecuando las herramientas legales por medio de las cuales se garantice que lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la propia del Estado de Jalisco, y la Ley de la Comisión Estatal, pueda encontrarse debidamente homologado, no dando pie a la intromisión de otros poderes; y
2. Sentido material, que nos lleve a la observación, supervisión y generación de adecuaciones de los procesos y procedimientos propios para la conformación estructural de la comisión: consejeros y consejeras, presidencia, visitadurías y al personal en general, para que dicha conformación deje de hacerse viciada y movida por motivaciones partidistas particulares que deslegitime la loable labor de un espacio tan importante como lo es la CEDHJ.

Blindar a órganos de esta índole de los abusos e intromisiones de otros poderes que puedan ponerles en riesgo tiene que ser prioridad.

Referencias

- Ugalde Calderón, F. V. (2010). Órganos constitucionales autónomos. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (29), 253-264. <https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/Filiberto%20Valent%C3%ADn%20Ugalde%20Calder%C3%B3n.pdf>
- Pedroza de la Llave, S. T. (2002). Los órganos constitucionales autónomos en México. En J. M. Serna de la Garza, y J. A. Caballero Juárez (Eds.), *Estado de derecho y transición jurídica* (pp. 173-194). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Moreno, H. C. (2006). Bourdieu, Foucault y el poder. *Iberóforum*. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana, I(II), 1-14. <https://www.redalyc.org/pdf/2110/211015573008.pdf>
- Real Academia Española (2021). Autonomía. *Real Academia Española*. dle.rae.es/autonomia
- V/lex. (s.f.). *V/lex información jurídica inteligente*. <https://vlex.com.mx/vid/sobrerania-698733529>

- Guglielmi, F. (2014). Poder, fuerza y violencia en Michel Foucault y Hannah Arendt. Una lectura desde la inmanencia. *Revista Filosofía*, (9), 45-58. <https://doi.org/10.30972/nvt.091719>
- Villanueva Gómez, L. E. (2014). La división de poderes: teoría y realidad. En H. Vázquez Ramos (coord.), *Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales* (pp. 149-186). Universidad Nacional Autónoma de México.
- ITEI. (2022). Instituto de Transparencia, Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Jalisco. <https://www.itei.org.mx/v4/glosario>
- Congreso del Estado de Jalisco (octubre de 2022). Convocatoria para la elección de la o el Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. LXIII Legislatura Congreso del Estado de Jalisco. <https://www.congreso.jalisco.gob.mx/convocatorias/convocatoria-para-la-elecci-n-de-la-o-el-presidente-de-la-comisi-n-estatal-de-derechos>
- Whittingham Munévar, M. V. (2010). ¿Qué es la gobernanza y para qué sirve? *Revista Análisis Internacional*, (2), 219-235.
- Poder Judicial del Estado de Oaxaca. (2016). *Manual del alcalde 2016. Colección del Poder Judicial del Estado de Oaxaca*. Jurídicas, Repositorio Universitario. UNAM.
- Instituto Federal de Telecomunicaciones. (2022). ¿Qué son las Consultas Públicas? IFT. <https://www.ift.org.mx/consultas-publicas/que-son-las-consultas-publicas>
- Espinoza Toledo, R. (2019). *Sistemas parlamentario, presidencial y semipresidencial*. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, 20. Instituto Nacional Electoral.
- Woldenberg, J. (2021). *Contra el autoritarismo*. Cal y Arena.

El concepto de territorio y su vínculo con la identidad y el sentido de pertenencia de los pueblos indígenas

Juana Pérez Gómez
Alfredo Sánchez Ortiz

Resumen

En la actualidad, existe una tendencia internacional que impulsa cada vez más la visibilidad de los pueblos indígenas, haciendo énfasis en sus derechos colectivos, lo que significa que uno de los primeros pasos radica en el reconocimiento formal o jurídico de su territorio. En este trabajo se presenta una reflexión teórica acerca del concepto de territorio de los pueblos indígenas, se realiza un análisis sobre el vínculo que existe entre territorio, identidad y sentido de pertenencia. Es importante establecer que más allá de la posesión de tierras o la demarcación geográfica que ocupa un pueblo indígena, existen elementos culturales que inciden en la construcción de la identidad y en los valores de vida que le atribuyen los indígenas al territorio en el que se desarrollan. Como resultado de este análisis reflexivo y crítico, se observa que la armonización legislativa en materia de reconocimiento de pueblos indígenas puede llegar a la excesiva rigidez, al anteponer la existencia de un territorio como elemento fundamental para el reconocimiento de su identidad y consecuente personalidad jurídica.

Palabras clave: territorio, pueblos indígenas, identidad, sentido de pertenencia, personalidad jurídica.

Introducción

Desde la perspectiva de los pueblos indígenas, resulta insoslayable la reivindicación de sus derechos a la libre determinación, territorio, cultura e identidad, lo que ha implicado *per se* un cuestionamiento a la forma en cómo ha actuado el Estado, a través de sus legislaciones e instituciones indigenistas.

En este sentido, existe una tendencia internacional hacia el reconocimiento y la visibilidad de los pueblos indígenas, con énfasis en sus derechos colectivos, lo que significa que uno de los primeros pasos radica en el reconocimiento formal o jurídico de su territorio pues, más allá de la posesión de tierras o demarcación geográfica que ocupa un pueblo indígena, existen elementos culturales que inciden en la construcción de la identidad y en los valores de vida que le atribuyen las personas indígenas al territorio en el que se desarrollan. Este capítulo parte del análisis reflexivo con enfoque histórico jurídico sobre los conceptos de territorio, identidad y sentido de pertenencia de los pueblos indígenas en México.

Se analiza la normativa tanto a nivel nacional, interamericano e internacional, lo que nos lleva a reflexionar sobre su dimensión armonizadora en materia de derechos indígenas, a la vez que se examina a las instituciones nacionales creadas específicamente para hacer cumplir la política integracionista del Estado como nación pluricultural. Los resultados se orientan a visibilizar la manera en la que el excesivo rigor legislativo incurre en violaciones graves a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo que a su vez se traduce en violación a sus derechos humanos.

Antecedentes

En el siglo XVI el mundo se modificó y redistribuyó a partir del descubrimiento de nuevas tierras; así, las potencias europeas establecieron sus colonias, logrando con ello el control de territorios conquistados a través de un modelo feroz de dominio económico, político y social que desde el inicio se caracterizó por el sometimiento de los pueblos originarios y, en algunos casos, por el exterminio.

Desde la visión etnocéntrica de los colonizadores, los naturales que habitaban las tierras descubiertas fueron considerados como salvajes, inferiores e incivilizados, a los cuales se les denominó como “indios”. Así mismo, en España se abrió el debate sobre cómo debían de ser tratados los individuos originarios; en este sentido, expresa Stavenhagen (2006) que se atribuye a Francisco de Victoria la paternidad del moderno Derecho de gentes, justamente este fraile del orden dominico, fue el más famoso conocido defensor y protector universal de todos los pueblos indígenas. Mientras tanto, sin más argumento que el caballo, el arcabuz y la religión, simbolizada en una cruz, los invasores tomaron posesión de tierras, riquezas y bienes de los naturales. Sin territorio, lo que en términos

modernos sería equiparable a soberanía, los pueblos indígenas fueron despojados de todo derecho, a excepción de los que pudiera conceder la Corona española.

En México, al igual que en casi toda América Latina, el despojo de tierras se institucionalizó y dio lugar al sistema de encomienda, el cual permitió a los conquistadores tomar la posesión de tierras y disponer de grandes grupos de indígenas para trabajarlas. Este sistema, que fue abolido oficialmente en 1720, dejó a la población indígena sin la propiedad de sus tierras, las cuales ya formaban parte del patrimonio de los españoles. El sistema de encomienda fue sustituido por un régimen de propiedad privada conocido como haciendas, que prevaleció hasta 1910 y todavía un poco después; el cambio de un sistema a otro no trajo beneficios para los indígenas, por el contrario, como describe Whetten (1985, p. 75) “los indígenas se convirtieron en peones que trabajaban por un jornal y unas cuantas prestaciones”, y en algunos casos se encontraron ligados a la tierra por medio de un sistema de esclavitud encubierto por deudas. Lo expresado por Whetten deja al descubierto como, a través de instituciones reguladas por quienes ostentaban el poder, se despojó a los indígenas de sus tierras y, consecuentemente, de su identidad.

En 1917, con sustento en la Constitución y en la deuda social y política emanada de la Revolución Mexicana, se llevó a cabo el programa de Reforma Agraria, que tuvo como objetivo repartir entre sus dueños originales las tierras que habían sido acaparadas por los latifundistas. El Estado adoptó frente a los pueblos originarios una política indigenista, mediante la cual los pueblos originarios fueron incorporados a un proceso de asimilación al Estado moderno, buscando con ello la protección formal, mientras no fueran un obstáculo para la integración nacional, el desarrollo y el progreso (Maldonado, 2009).

El rumbo del país se guio bajo la política de asimilación y, sólo de manera sustantiva, las normas de política indigenista prevalecieron por un largo tiempo, con resultados de abandono, marginación, pobreza y desigualdad que se acumularon durante décadas. Fue hasta abril de 1940 que, en Pátzcuaro, Michoacán, tuvo lugar el Primer Congreso Indigenista Interamericano, donde participaron gobiernos de la región y antropólogos destacados. Este encuentro tuvo como objetivo coordinar la política indigenista en el continente. Este hecho significó la adopción del indigenismo en casi toda América Latina. Los grupos indígenas ponderaban que sus tierras, lenguas y costumbres, debían ser protegidas por el Estado a través de legislaciones e instituciones indigenistas y que su desarrollo

económico debía fomentarse a través del impulso de políticas especiales de apoyo al indígena (Aylwin, 2003).

En la región se creó el Instituto Indigenista Interamericano, el cual autorizaba, de acuerdo con los gobiernos respectivos, el establecimiento de Institutos Nacionales filiales al Instituto Interamericano. Ocho años después, en México fue aprobada la ley que crea el Instituto Nacional Indigenista, INI (1948), que posteriormente sería derogada el 21 de mayo de 2003, al crearse la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas mediante su respectiva ley. Esta última sería reformada en 2017 y posteriormente derogada en 2018. Como se verá más adelante, en la actualidad los derechos a la tierra están protegidos, al igual que el derecho a la identidad y a la libre autodeterminación entre otros, en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

En las décadas posteriores a 1940, las organizaciones indigenistas de América Latina denunciaron que las correspondientes políticas gubernamentales en realidad eran autoritarias, sesgadas e insuficientes. En México la situación no era diferente ya que, desde que se creó el INI, las políticas indigenistas que guiaron su funcionamiento tuvieron diferentes tendencias: de incorporación, de integración, de participación, pautadas por diferentes modelos teóricos e ideológicos. Al respecto señalan Korsbaek y Sámano-Rentería (2007, p. 196) que se pueden distinguir tres periodos del indigenismo en México: “Preinstitucional, que va desde el descubrimiento y la conquista del Nuevo Mundo y la construcción de la Nueva España hasta la Revolución Mexicana; el indigenismo institucionalizado que comienza en el período posrevolucionario, que adquiere fuerza en 1940 con el Congreso en Pátzcuaro; y, la crisis del indigenismo institucionalizado que empieza en 1982 con la adopción formal y real del neoliberalismo como política oficial del Estado mexicano”.

En este orden de ideas, las complejas relaciones del indigenismo institucionalizado aumentaron la tensión entre el Estado y los pueblos indígenas, lo que dio lugar a que en 1974 se llevará a cabo el Primer Congreso Indígena en San Cristóbal de las Casas, Chiapas, México; la discusión giró en torno a problemas locales y regionales, particularmente: tierra, comercio, educación y salud. El congreso tenía por lema “Igualdad en la justicia” (Ojarasca, *La Jornada*, 2016), y en un principio había sido impulsado y financiado conjuntamente por el gobernador de Chiapas y la diócesis de San Cristóbal de las Casas cuyo obispo, Samuel Ruíz, venía impulsando desde 1960 la transformación de la realidad social de

los pobres mediante la teología de la liberación, gracias a la cual –de acuerdo con Tahar Chaouch, (2007)– los “pobres”, concientizados e inspirados por su fe religiosa, eran vistos como los actores de su propia liberación. Fue así como la teología de la liberación pretendió ser “la voz de los pobres”. Dicha condición de precariedad, marginación y discriminación ha sido padecida históricamente por los indígenas en México y el resto del Continente Americano.

Es importante enfatizar lo que ocurrió en este congreso, pues un año antes mil comunidades, que representaban 400 mil personas, participaron en la preparación de los puntos que se abordaron. Los pueblos tzotzil, tzeltal, tojolabal y ch’ol fueron los encargados de documentar los puntos a tratar. Respecto a la tierra se dijo:

Los indígenas dueños de las tierras pasaban a ser ‘acasillados’: es decir trabajadores de las fincas con residencia permanente en ellas. Sueldos de hambre, trabajo gratuito los domingos, explotación de mujeres y de niños, tienda de raya y alcoholismo generalizado. En estas regiones totalmente aisladas sin vías de comunicación hasta hace cuatro años, la ley del más fuerte, del más rico, fue la que imperó e hizo posible el despojo total o casi total. Hace tres años las comunidades de los municipios de Chilón y Sitalá, presentaron una amplia denuncia al Gobernador, de su situación desesperada. A raíz de esa denuncia las autoridades agrarias, laborales y judiciales han tenido la oportunidad de conocer en detalle las diversas situaciones. El hambre y la explotación continúan, pero la solución de los problemas no se ve para cuando se solucionan (Ojarasca, *La Jornada*, 2016).

Por primera vez, el Estado mexicano enfrentó las denuncias de grupos indígenas. El congreso hizo nacer la decisión de los pueblos de organizarse para defenderse y encontrar solución a sus problemas, entre los que se encontraban el despojo de tierras, la falta de pago en las fincas y la desatención a sus demandas agrarias.

La suma de desigualdades y discriminaciones acumuladas a través del tiempo generó en la década de los ochenta el resurgimiento de un grupo guerrillero, cuya base operativa se ubicaba en la Selva Lacandona de Chiapas. Este movimiento que se hacía llamar Fuerzas de Liberación Nacional (FLN), pretendía instalar un modelo socialista de nación y encontró en la movilización indígena de 1974 la oportunidad de volver a imponer una lucha armada para lograr la

liberación nacional, lo cual ya habían intentado desde la década de los sesenta. Este movimiento constituye el antecedente del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), que surgió el primero de enero de 1994. Los zapatistas, término con el cual se les conoce públicamente, a través de la Declaración de la Selva Lacandona demandaban: trabajo, tierra, techo, alimentación, salud, educación, independencia, libertad, democracia, justicia y paz (Enlace Zapatista, 1994).

Es ampliamente conocida la intervención de la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA) en la facilitación del diálogo entre el EZLN y el gobierno federal. La COCOPA fue la responsable de tomar las resoluciones de los Acuerdos de San Andrés y convertirlos en propuesta legislativa. Los acuerdos de San Andrés Larráinzar representan un texto político de gran trascendencia para la discusión de las relaciones entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad nacional, así como para las demandas legales que deberían dar satisfacción a legítimas demandas de los pueblos.

Este recorrido histórico, que no pretende ser exhaustivo dada la limitación de espacio, tiene la intención de dejar evidencia de que, a través de distintas épocas, los pueblos indígenas soportaron y callaron, primero el despojo de sus tierras y la explotación de su trabajo, y después una política indigenista de asimilación que los despojó también de su identidad. México es una nación pluricultural no por el reconocimiento formal del Estado, sino como producto de una lucha histórica que hoy exige la reivindicación de los pueblos originarios. La historia hecha presente, la realidad vivida convertida en palabra de denuncia. La afirmación y el coraje, la sabiduría y la conciencia, desde la propia identidad.

Pueblos indígenas

Con el fin de conceptualizar el término con el que se denomina a los sujetos o entes colectivos, por la relación que guarda con el objeto de estudio que aquí nos ocupa, comenzaremos por el plano semántico. Posteriormente se pasará al análisis de los conceptos de tierra, territorio e identidad.

En la época de los grandes descubrimientos en los que Europa tuvo contacto con los habitantes de ultramar, se utilizó el término de “indio” para describir a los naturales de las tierras descubiertas. Este término fue utilizado durante un largo tiempo, hasta que la precisión fue acuñada en el Segundo Congreso Indigenista Interamericano (1949, p. 11), donde se establece que “indio es el descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tienen la misma conciencia social

de su condición humana, asimismo considerada por propios y extraños, en su sistema de trabajo, en su lengua y en su tradición, aunque éstas hayan sufrido modificaciones por contactos extraños”.

Así mismo “indio”, según lo expresa Warman (2003), dejó de ser una categoría jurídica que sólo tuvo un significado preciso en la época colonial, y con el paso del tiempo evolucionó e influyó en el pensamiento del siglo XIX confiriendo matices racistas y evolucionistas, para convertirse en “indígena”, una categoría social que condiciona las relaciones sociales de los descendientes de los pobladores previos al contacto o colonización. Esta categoría, además imprecisa, se aplicó a grupos que no conservaban lenguas y tradiciones indígenas sólo eran mestizos pobres y rurales. Durante el siglo XX, el término de indígena, continuó con la imprecisión, durante esta época se aplicaba también para referirse a quienes eran portadores de una lengua y tradiciones asociadas a pueblos originarios.

Posteriormente se desarrollaron otros términos o categorías como: indígenas, poblaciones indígenas, etnias, pueblos étnicos, grupos etnolingüísticos o, como se suele llamar en México, “pueblos indígenas” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 2º, 1917). Estas categorías fueron elaboradas y aplicadas a través de complejos procesos históricos, que corresponden a contextos sociales y políticos diversos y que, a través del tiempo, se han ido llenando de contenidos distintos, polémicos y discriminatorios.

Según el consenso entre historiadores, antropólogos y demás estudiosos de este campo, cualquiera que sea el término o categoría empleado, incluyendo denominaciones como la de “pueblos indígenas” es una concepción heredada de la colonización. Así lo afirma Bonfil (1972), quien expresa que la categoría “indio” denota la condición de colonizado y hace referencia a la condición colonial, es decir, hace referencia a una condición sustentada en el pasado; esta orientación se constató desde 1989, en el Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, OIT (2014).

Sin embargo, al apartarnos de concepciones teóricas, es claro entonces que el término “pueblos indígenas” ha sido resultado del trabajo activo que las organizaciones indígenas han realizado, en pos de lograr ser reconocidos y visibilizados como sujetos distintos de interés, este logro también se alcanzó gracias a los estudiosos del tema, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Lo anterior ha transformado a los pueblos indígenas en distintos sujetos de interés

en el marco de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de otras instituciones internacionales que, como veremos en el último apartado, han establecido Acuerdos y Convenios para garantizar sus derechos.

Territorio, tierras e identidad

El problema central de la condición de desigualdad y discriminación contra los pueblos indígenas tiene su origen en el territorio, ya que en el momento en que los europeos, concretamente los españoles, tuvieron el primer contacto con los “indios”, en un acto de absoluto dominio de poder, se apropiaron de las tierras descubiertas bajo el argumento de que eran *tierras sin dueño*. Esta condición de facto justificó la ocupación e inmediata soberanía del descubridor, lo que fue avalado durante el estado colonial por los primeros misioneros y los evangelizadores religiosos, cuyas múltiples tareas tuvieron entre sus objetivos legitimar ideológicamente la conquista y mantener el orden en las nuevas sociedades coloniales.

Sin embargo, es claro que la dominación disfrazada de discurso público en realidad era un discurso oculto. Scott (2002, p. 305) expresa que los discursos públicos son específicos de un espacio social determinado y un conjunto dado de actores, que mediante el lenguaje cuentan con una vasta gama de prácticas sociales. “La práctica de la dominación crea el discurso oculto”. Si la dominación es particularmente severa, lo más probable es que produzca un discurso oculto. Aunque los evangelizadores religiosos argumentaban que protegían a los naturales cuando fuera necesario, en realidad los naturales seguían siendo vistos como “salvajes”, “incivilizados” y, sobre todo, como vasallos de la corona. Así, la dominación prevaleció y cuando nacieron los Estados nacionales heredaron de la colonia la misma forma de Estado, incluyendo un sistema jurídico-administrativo a imitación de aquella, ahora con dosis de racismo y de darwinismo social que prevalecieron durante los siglos XIX y XX. Estos modelos de Estado nacional que nacieron en América Latina compartieron la misma base ideológica, es por ello que todos los pueblos indígenas de los países de esta región, en la actualidad comparten las mismas exigencias.

Los “salvajes” y “bárbaros” de la conquista y la colonia, se van a convertir para el Estado moderno en minorías subdesarrolladas que deben ser conducidas hacia el progreso, la civilización y el desarrollo, lo que se convertirá en tarea de los gobiernos que tengan por lema la modernización. Sin embargo, hay una deuda

histórica que ni la modernidad ni el progreso han podido saldar particularmente: el despojo de tierras, con implicaciones tales como la explotación de los recursos naturales, los desplazamientos forzados fuera de sus territorios (ya sea por problemas tribales o por asuntos de particulares, apoyados tal vez por autoridades de los tres órdenes de gobierno y, actualmente, por organizaciones delictivas). Lo anterior se refleja en el aumento de los índices de pobreza, desnutrición, enfermedades, emigración, desorganización social, clandestinidad de organización armada, pérdida progresiva de identidad y de patrimonio cultural tangible e intangible. De acuerdo con lo señalado por la Organización de las Naciones Unidas, los pueblos indígenas en el mundo tienen tres veces más la posibilidad de vivir en pobreza extrema en comparación con los no indígenas (ONU, s.f.). Los pueblos indígenas representan la continuidad histórica en una región determinada, a través del vínculo con sus tierras, en donde ponen de manifiesto distintos y variados sistemas de organización social, políticos, jurídicos y económicos.

De acuerdo con lo expuesto, surge entonces la confusión terminológica entre tierras y territorio, lo que va a impactar en la imprecisión de la exigencia de este derecho para los pueblos indígenas. La confusión, de acuerdo con lo señalado por Berraondo (2006), se presenta de dos formas: una, inconscientemente generada por los propios pueblos indígenas, y la otra, derivada de las concepciones occidentales que niegan el derecho al territorio en la manera en la que lo conciben los pueblos indígenas.

La confusión generada desde los pueblos indígenas, se debe a que estos no distinguen entre los conceptos de tierra y territorio; estos conceptos son utilizados por la cultura jurídica occidental. Desde la cosmovisión de los pueblos indígenas no es necesario hacer distinciones en materia territorial, puesto que no existen dudas sobre el contenido, importancia, indivisibilidad e irrenunciabilidad de sus derechos territoriales. En todo caso, la confusión se produce en el momento de adaptar e integrar su relación con la tierra a los patrones occidentales del derecho, que carecen de la cosmovisión de los pueblos indígenas. De esta forma, la necesidad de tener que explicar y precisar significados de sus territorios, es una necesidad que fue creada desde hace mucho tiempo –basada en la cultura jurídica occidental que intenta conceptualizar un derecho indígena–, y a la vez emergente en el plano internacional en materia de derechos humanos, que ha cobrado mayor fuerza en el siglo xx, ante las demandas agravadas de hostigamiento en busca de los recursos naturales de sus territorios.

Hasta entonces, los pueblos indígenas no habían tenido que demostrar o explicar en términos del derecho occidental su relación con la tierra y derechos territoriales. En cierto sentido, han sido obligados a traducir los elementos sustanciales de una cosmovisión global e integradora en la que todos los elementos de la naturaleza ocupan un lugar, donde no se concede importancia a la forma en que se denomina a cada uno de estos elementos, porque todos y cada uno de ellos forman parte de la relación de los pueblos indígenas con el medio ambiente. Al traducir esto a términos occidentales, se lleva a cabo una desintegración en la que las palabras tienen significados distintos que sólo benefician la separación de recursos naturales, en detrimento de su identidad y su sentido de pertenencia.

La otra confusión se produce desde la cultura occidental y consiste en la negación al derecho del territorio de los pueblos indígenas tal y como se concibe por estos. Esta confusión, consciente o inducida por los legisladores y políticos occidentales, esconde un juego de tergiversación de términos, cuya intención puede basarse en la intolerancia a la incorporación de nuevos conceptos o nuevos derechos, bajo el argumento de que atentan contra la soberanía de los Estados y, por lo tanto, se niegan a reconocer el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus culturas y formas de vida. En este sentido, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, se hace mención del reconocimiento universal de tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado. Así mismo, establece como responsabilidad de los Estados el reconocimiento y protección jurídica de tierras, territorios y recursos. En este instrumento internacional se establece el respeto a las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia como directriz para el reconocimiento y protección de la tierra de los pueblos indígenas. Así mismo, se reconoce que los pueblos indígenas mantengan y fortalezcan su relación espiritual con sus tierras, territorios, recursos y todo lo que integra su cosmovisión.

Dicha protección también comprende la identidad, a partir del reconocimiento internacional de los derechos indígenas, así como los efectos de la globalización. Como consecuencia de lo anterior, se pudo conocer que en el mundo existen diversos pueblos indígenas con una rica y variada cultura. Surgió entonces la preocupación por tomar conciencia sobre la identidad. La identidad se basa en el conocimiento, reconocimiento y apropiación de la memoria histórica, de un pasado común que puede ser reconstruido o reinventado, pero que es

conocido y apropiado por todos, que tiene una presencia permanente en el imaginario individual y colectivo (Zaragoza, 2010).

Al respecto, Waldman (2000) señala que la identidad es autopercepción y autorreconocimiento, una representación autoasignada desde la perspectiva subjetiva de los actores respecto a su ubicación en el espacio social. Según la autora, la identidad es la manera en que los miembros de un grupo se definen a sí mismos. Pero, hay que agregar que también es la forma en cómo son definidos por otros con quienes se interrelacionan. Lo interesante es cómo se construye la identidad. En este sentido, la construcción se presenta en las acciones que realizamos los seres humanos y a las cuales les damos sentido. Estas acciones ocurren en presencia de otros; así, las relaciones con quienes se comparte una misma base histórica que un espacio, tiempo y elementos simbólicos consolidan la identidad y el sentido de pertenencia. Desde la cosmovisión de cada pueblo indígena, la identidad y el sentido de pertenencia es un todo integrador que los define.

La mayoría de los indígenas mexicanos basan su identidad étnica en su comunidad, vista como comunidad humana, es decir como un grupo endogámico dentro del cual se forman nuevos hogares que comparten vecindad en un territorio, medio natural, lengua, cultura y raíz. Propiamente no existe una única identidad indígena, sino que dentro de esa denominación se han incluido pueblos y culturas diferentes entre sí.

Reconocimiento social y formal de los pueblos indígenas en México

Es importante distinguir entre reconocimiento social y reconocimiento formal o legal. En este sentido, tanto el Estado mexicano en su conjunto, como las entidades federativas en lo particular –y qué decir de la sociedad mexicana–, desde siempre reconocieron la presencia indígena antes de cualquier reforma constitucional del México moderno. Este hecho, que bien se puede considerar de facto –desde el “descubrimiento” de estos territorios, pasando por la conquista y la colonia–, quedó reflejado, entre muchas otras expresiones de reconocimiento, en política, mediante planes y programas institucionales en materia de salud, lengua, comunicación, cultura, tenencia de la tierra, etcétera.

Antes del reconocimiento formal o legal, existió un reconocimiento pluriétnico que quedó registrado en la propia Constitución mexicana de 1915, en su artículo 27, y en la Ley Agraria; en ambos ordenamientos se reconocían desde

la Revolución Mexicana, de hecho y legalmente, la tenencia de la tierra indígena y comunal. Por lo anterior es posible deducir sin temor, que en México siempre ha existido un reconocimiento social de los pueblos indígenas y, no obstante, de forma adjunta también el racismo, la discriminación, la precariedad, la pobreza, el abandono y la desigualdad que a lo largo de los años se han acumulado. Por lo que respecta al reconocimiento formal, éste se refiere al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como componentes de la nación. Así, la nación mexicana es una sola que reconoce la diversidad de su composición.

Como se mencionó anteriormente, lo ocurrido el primero de enero de 1994, con la presencia del EZLN y los acuerdos de San Andrés Larráinzar, originó un texto político de gran trascendencia para la discusión de las relaciones entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad nacional, sobre todo para hacer realidad las demandas legales que deberían dar satisfacción a lo solicitado por los pueblos indígenas. No debe olvidarse la actuación de la COCOPA para que estos acuerdos llegaran al Congreso de la Unión. En el mismo orden de ideas, el 28 de enero de 1992 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que adiciona el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se reconoció legalmente, por primera vez en la historia del México moderno, el carácter pluricultural de la nación, de la que los pueblos indígenas forman parte (DOF, 1992). No obstante, esta adición fue suprimida y su contenido reformulado con la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena del 14 de agosto de 2001.

La aparición de la reforma de 2001 era una clara evidencia de que no se tenía una idea clara de qué rumbo debían tomar los derechos indígenas. La reforma polarizó a los sectores social y político, había quienes la consideraban deficiente, en tanto que otros, adecuada. Comenzaron a presentarse ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación recursos de Acción de Inconstitucionalidad; pero, ¿por qué se criticaba una reforma que fue producto de acuerdos y consensos, así como de la revisión de varias iniciativas previas? ¿por qué se controvierte una reforma constitucional que no violentaba los compromisos asumidos por el Estado mexicano ante el Convenio Número 169 de la OIT? La respuesta, aunque es sencilla, todavía resulta difícil de aceptar, porque no se ha entendido el carácter y el alcance de los “derechos indígenas”; si se hiciera una analogía, imaginemos a los legisladores tratando de meter el universo en pequeñas cajas, en donde el

universo representa la cosmovisión de los pueblos indígenas, mientras que las cajas corresponden al estricto rigor del derecho occidental.

La reforma constitucional que entró en vigor el 14 de agosto de 2001, contiene una serie de cuestiones relativas a los pueblos indígenas. Lo que debe entenderse jurídicamente por “pueblos indígenas” quedó establecido en el artículo 2º, en el cual se señala:

La Nación Mexicana es única e indivisible.

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

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

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres (DOF, 2001).

Existen dos cuestiones que es necesario resaltar antes de abordar el tema del reconocimiento formal de tierras, territorio e identidad. La primera, antes de que México llevara a cabo la reforma constitucional, se suscribió y ratificó el Convenio Número 169 de la OIT, el 5 de septiembre de 1990; el Estado mexicano adoptó la definición de pueblos indígenas, contenida en este instrumento internacional, lo que representa el antecedente directo del nuevo texto constitucional mexicano.

Segunda, es necesario mencionar que en el artículo 2º constitucional se introdujo el término de “comunidad”, lo cual significó un problema al definir si es a la comunidad o a los pueblos indígenas a quien se les reconocen los derechos colectivos y la personalidad jurídica.

El término o categoría de “comunidad” es usado en el ámbito antropológico para referirse a la estructura social básica, suprafamiliar, de los pueblos indígenas, que desde 1930 expresa Aguirre Beltrán (1990), los estudios que aportaron Robert Redfield, Villas Rojas, Taylor y Elsie Clew Parson, entre otros, permiten entender la comunidad no sólo como unidad especial, social y cultural adecuada para observar y conocer al individuo que pertenece a un pueblo indígena, sino

además en la unidad capaz de definirlo. Al respecto, existe una polémica en el ámbito antropológico y sociológico cuando el término de “comunidad” ingresa en el discurso jurídico o político, la razón es la ambigüedad o la polisemia de la expresión; además el término “comunidad” ha sido usado como sinónimo de “localidad”, que se refiere a la unidad demográfico-territorial, “pueblo”, “paraje” e incluso “población indígena”. Surgen entonces algunas preguntas: ¿existen pueblos indígenas sin localidad? Si los hay, ¿a quién se le reconocen los derechos indígenas y la personalidad jurídica para exigir el reconocimiento de tierras o territorio?

En el mismo sentido, ¿a quién se le reconocen las tierras, territorio y recursos naturales? La Constitución establece, en el artículo 27, que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originalmente a la Nación; así mismo, bajo esta potestad tiene el derecho de transmitir el dominio. Es posible distinguir con claridad los términos “tierras” y “territorio”, en donde el segundo término abarca al primero. El territorio es un elemento físico en la construcción de un Estado-Nación, representa el espacio físico que delimita el ejercicio de soberanía. Estas ideas de la filosofía liberal sirvieron de base para la construcción de los Estados modernos del siglo XIX. La tierra que comprende el suelo y el subsuelo dentro del territorio, es lo que el Estado puede transmitir, con ciertas restricciones en la ley. Los recursos naturales (renovables y no renovables) son los que se encuentran en las tierras dentro del territorio mexicano, de los cuales la Nación tiene la propiedad.

Así mismo, en el artículo 27 constitucional, fracción VII, reconoce que corresponde al Estado la protección de las tierras de los grupos indígenas. Tal vez el legislador quiso referirse a grupos indígenas como pueblos indígenas, pero solo se especularía ya que este reconocimiento de las tierras y sobre todo del reparto agrario ocurrió en 1915 (Gobierno de Tabasco, 2019). Por otro lado, cuando el legislador expresa: son comunidades integrantes de un pueblo indígena aquellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. No precisa si la comunidad integra el pueblo indígena o es, al contrario.

De acuerdo con los aportes antropológicos, y definida por el indigenismo, la comunidad indígena se compone de una base biológica y una base territorial, mantenidas en relación indisoluble por los instrumentos integrativos que suministra la cultura, en donde la célula o unidad mínima de la base biológica está

constituida por la familia; en tanto que la célula o unidad mínima territorial está formada por la parcela familiar o milpa. En ella se encuentran los gérmenes de la estructura social de la comunidad, que no es otra cosa que una familia extensísima que ocupa un más o menos dilatado territorio. Esta es la cosmovisión del indigenismo el cual, de acuerdo con lo establecido en el Convenio Número 169, especifica que se deben respetar los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales. Además, en la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas se enfatiza el derecho de los pueblos indígenas de mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado.

Finalmente, es posible que algunos pueblos indígenas carezcan de tierras, ya sea porque se desplazaron de su lugar original de forma voluntaria, porque fueron obligados (conflictos armados o despojo), o bien puede llegar a ocurrir que por la coexistencia cercana a centros urbanos, los pueblos indígenas hayan quedado subsumidos sin ninguna demarcación geográfica. Bajo este último supuesto, es posible que los pueblos indígenas de cualquier Estado de la República soliciten el reconocimiento como tal, lo que se regirá por las leyes que en materia indígena elabore cada entidad federativa.

En el Estado de Jalisco, la Ley sobre los Derechos y el Desarrollo de los Pueblos y las comunidades Indígenas que entró en vigor en abril de 2007, establece categorías y términos que confunden y a veces son utilizados como sinónimos, tales como: pueblos indígenas originarios, población indígena, comunidad o localidad indígena, integrantes de un pueblo o comunidad indígena, territorio indígena, sistemas normativos internos, lugares sagrados, centros ceremoniales. Por otro lado, existe un Padrón de Comunidades y Localidades Indígenas del Estado de Jalisco (2015), cuya información es enviada al Consejo Consultivo de la Comisión Estatal Indígena que permite, entre otras cosas, conocer el asentamiento y delimitación territorial de pueblos, comunidades o localidades indígenas; identificar sub-unidades que forman la comunidad; enmarcar la delimitación territorial en donde la autoridad indígena ejerce sus facultades y competencias.

Por otro lado, los pueblos indígenas que no tienen una demarcación o delimitación territorial porque han quedado subsumidos por el desarrollo urbano, se encuentran ante una situación complicada para comprobar la delimitación territorial. Y si además no se ha preservado la lengua original, será muy compli-

cado que el Comité Técnico de Estudio y Dictaminación para la Incorporación de Comunidades y Localidades en Municipios con Población Indígena, pueda autorizar su incorporación al padrón. Así, la rigidez legislativa, lejos de proteger, restringe y limita el acceso a los derechos de los pueblos indígenas.

Reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos indígenas

En este apartado, se analizan las normativas internacional, nacional y local vigentes, que regulan y reconocen los derechos de los pueblos indígenas. Es importante señalar que, aunque el derecho internacional establece la obligación de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos de los pueblos indígenas, y de investigar y sancionar cualquier violación de los mismos, la protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas depende en gran medida de la implementación eficaz de estas normas por parte de los Estados, así como de la disponibilidad de mecanismos efectivos de rendición de cuentas.

Se puede decir que relativamente es reciente (a partir de 1966) la fecha en la que el derecho internacional comenzó a reconocer los derechos de los pueblos indígenas, proceso que por cierto ha sido lento, y que no garantiza que se hayan eliminado injusticias en contra de los pueblos indígenas y sus habitantes, porque prácticamente la mayoría de los Acuerdos y Convenios sobre el particular no son vinculantes, y porque no existe un mecanismo de rendición de cuentas.

Las normas y tratados internacionales más importantes, que regulan y protegen los derechos de los pueblos indígenas, son los siguientes:

1. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. La Declaración reconoce los derechos básicos de los pueblos indígenas en una serie de áreas de especial interés para estos pueblos, en el marco del principio general del derecho a la libre determinación, incluyendo el derecho a la igualdad y a la no-discriminación; el derecho a la integridad cultural; el derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales; el derecho al autogobierno y a la autonomía; el derecho al consentimiento previo, libre e informado.

2. Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, No. 169, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989. El Convenio es, hasta la fecha, el tratado internacional más avanzado específicamente dedicado a la promoción de los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio incorpora una

serie de disposiciones relativas, entre otros temas, a la administración de justicia y el derecho consuetudinario indígena; el derecho a la consulta y a la participación; el derecho a la tierra, territorio y recursos naturales; derechos sociales y laborales; educación bilingüe, y cooperación transfronteriza.

Otros instrumentos relevantes de la Organización de la Naciones Unidas son:

- a) La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 1965. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), responsable de la supervisión de la Convención, ha prestado una especial atención a la situación de los pueblos indígenas a través de sus distintos procedimientos.
- b) El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, responsable de supervisar la implementación del Pacto, ha aplicado también algunas de sus disposiciones en el contexto específico de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la vivienda; el derecho a la alimentación; el derecho a la educación; el derecho a la salud; el derecho al agua, y los derechos de propiedad intelectual.
- c) El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. El Comité de Derechos Humanos, responsable de la supervisión del cumplimiento del Pacto, ha aplicado varias de sus disposiciones en el contexto específico de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la libre determinación (artículo 1), y los derechos de las minorías nacionales, étnicas y lingüísticas (Artículo 27).
- d) La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y el Acuerdo de París. Adoptada en 1992, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se propone estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero a un nivel que impida interferencias peligrosas inducidas por el hombre en el sistema climático, sobre la base de una doble estrategia de medidas de mitigación y adaptación.
- e) La Convención sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales de la ONU del 2007, es una convención que reconoce los derechos de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar sus culturas, lenguas y formas de vida, y a participar en la toma de decisiones que los afecten.

En 2016, los Estados miembros se comprometieron a reforzar su respuesta mundial en el histórico Acuerdo de París, que es el primer acuerdo en el que se reconocen explícitamente los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas. En el preámbulo se reconoce que el cambio climático es una preocupación común de la humanidad y que las partes, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, deben respetar, promover y considerar sus respectivas obligaciones en materia de derechos humanos, el derecho a la salud y los derechos de los pueblos indígenas. Esas referencias constituyen un hito y un compromiso importantes, ya que al aplicar el acuerdo, las partes deben velar por que se respeten los derechos de los pueblos indígenas en sus medidas relativas al cambio climático.

En México, los derechos de los pueblos indígenas están protegidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por diversas leyes nacionales e internacionales. Algunos de los derechos reconocidos incluyen:

1. Derecho a la libre determinación
2. Derecho a la tierra
3. Derecho a la preservación de la cultura
4. Derecho a la participación política
5. Derecho a la educación

Los instrumentos nacionales en los que se reconocen estos derechos son:

1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, la autonomía y el desarrollo de sus instituciones, así como el derecho a la propiedad y control de sus tierras y recursos naturales. Algunos de los artículos en los que se encuentran consagrados estos derechos son los siguientes:

Artículo 2: Reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, la autonomía y el desarrollo de sus instituciones, y prohíbe cualquier forma de discriminación en el ejercicio de sus derechos. Establece que la nación reconoce y garantiza los derechos de los pueblos indígenas y les reconoce la libertad de conservar y desarrollar sus lenguas, culturas, usos, costumbres y tradiciones.

Artículo 13: Garantiza la igualdad ante la ley y la no discriminación por motivos de raza, género, religión, origen o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 27: Este artículo reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad y control de sus tierras, recursos naturales y formas de vida, y establece medidas para proteger estos derechos.

Artículo 73: Reconoce la existencia de los Consejos de Gobierno de los Pueblos Indígenas como organismos representativos de estos grupos y establece que deben ser reconocidos y protegidos por las autoridades.

Artículo 102: Este artículo reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la consulta y participación en decisiones que afecten sus tierras y recursos, y establece medidas para garantizar su acceso a la justicia y la protección de sus derechos.

Artículo 115: Este artículo reconoce la pluralidad étnica y cultural de la nación mexicana, y establece la obligación de las autoridades de promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas.

2.- Ley General de Derechos de los Pueblos Indígenas: Esta ley reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, a la consulta y participación en decisiones que afecten sus tierras y recursos, y establece medidas para garantizar el acceso a la justicia y la protección de sus derechos.

3.- Convenios Internacionales de Derechos Humanos. México, al ser miembro de la ONU y de la OIT, forma parte de los convenios internacionales que reconocen y protegen el derecho de los pueblos indígenas a las tierras y recursos naturales.

En Jalisco, como ya se indicó previamente, los derechos de los pueblos indígenas están protegidos, en algunas leyes estatales, como, por ejemplo:

- a) Ley de Derechos y Cultura de los Pueblos Indígenas de Jalisco: Esta ley reconoce y protege los derechos de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar su cultura, lenguas y formas de vida, y a participar en la toma de decisiones que los afecten.
- b) Ley para la Promoción y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Jalisco, que tiene como objetivo garantizar la protección, promoción y desarrollo de estos grupos, así como reconocer y preservar su cultura y tradiciones. Esta ley establece medidas para garantizar la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que los afectan, así como para promover la educación intercultural y el acceso a servicios básicos y oportunidades económicas. También se establecen mecanismos para proteger y conservar sus tierras y recursos naturales.

- c) Ley de Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas: Esta ley establece el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos que los afecten, incluyendo la explotación de los recursos naturales en sus tierras.
- d) Ley de Educación Indígena de Jalisco: Esta ley reconoce el derecho de los pueblos indígenas a recibir una educación bilingüe e intercultural que respete y refleje su cultura, y establece la obligación de la Secretaría de Educación de Jalisco de implementar programas educativos para los pueblos indígenas.

Estas leyes, junto con otras normas y políticas estatales e internacionales, protegen los derechos de los pueblos indígenas en Jalisco, pero su implementación efectiva todavía es un desafío en muchas partes del estado, y muchos pueblos indígenas siguen luchando por hacer valer sus derechos y proteger su cultura y formas de vida.

Conclusiones

Los resultados de esta investigación evidencian que el excesivo rigor legislativo ha tenido como consecuencia violaciones graves a los derechos colectivos de los pueblos indígenas y, por ende, han violado sus derechos humanos. Ha quedado evidenciada la deuda histórica que existe con los pueblos indígenas, ocasionada por el despojo de tierras, la explotación de los recursos naturales y los desplazamientos forzados de sus territorios.

Dicha deuda incluye la confusión terminológica entre tierras y territorio, impactando en la imprecisión para la exigencia de este derecho de los pueblos indígenas. Esta confusión, generada desde los pueblos indígenas, se debe a que ellos no distinguen dichos conceptos. En este sentido, es importante señalar que la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, hace mención del reconocimiento universal de tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, utilizado u ocupado. Este instrumento establece como directriz para el reconocimiento y protección: respetar las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, pues además reconoce que constituyen un todo, junto con su identidad y sentido de pertenencia.

Podemos afirmar que el territorio es un concepto central para comprender la identidad y sentido de pertenencia de los pueblos, ya que está estrechamente

relacionado con su historia, cultura, tradiciones y modo de vida. El territorio es el espacio físico en el que los pueblos se desarrollan y en el que se construyen sus identidades colectivas. Desde una perspectiva histórica, podemos ver cómo los pueblos han luchado por la posesión de su territorio y cómo este ha sido objeto de disputa y conflicto a lo largo de la historia. Además, también podemos ver cómo el derecho ha jugado un papel importante en la definición y protección del territorio, ya sea a través de tratados internacionales o de leyes nacionales.

Se ha señalado que el concepto de territorio y su vínculo con la identidad y sentido de pertenencia de los pueblos indígenas es fundamental para entender la complejidad y profundidad de los derechos colectivos que históricamente han sido negados a estas comunidades. La reivindicación de sus derechos a la libre determinación, territorio, cultura e identidad es un tema de gran importancia que ha implicado un cuestionamiento a la forma en que el Estado ha actuado a través de sus legislaciones e instituciones.

Existe una tendencia creciente a nivel internacional hacia el reconocimiento y visibilidad de los pueblos indígenas, así como al reconocimiento de sus derechos colectivos. Sin embargo, todavía existe un excesivo rigor legislativo que provoca graves violaciones a los derechos de estas comunidades y a sus derechos humanos. Si bien, estos derechos están protegidos por diversas leyes y políticas internacionales y nacionales, su implementación efectiva todavía es un desafío en muchas partes de México, y muchos pueblos indígenas siguen luchando por hacer valer sus derechos y proteger su cultura y formas de vida. Por ello, es necesario que se siga trabajando en la armonización de las normativas internacionales, nacionales y estatales en materia de derechos indígenas, para garantizar la protección y defensa de los derechos colectivos de estas comunidades, y promover su desarrollo y crecimiento en un marco de respeto y reconocimiento de su identidad y sentido de pertenencia.

Referencias

- Aguirre, G. (1990). *Crítica antropológica*. Fondo de Cultura Económica-Instituto Nacional Indigenista. Universidad Veracruzana. Gobierno del Estado de Veracruz.
- Aylwin, J. (2003). *Derechos humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos*. Documento de trabajo. Temuco, Chile.

- Berraondo, M. (2006). Tierras y territorio como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente. *Revista IIDH*. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1630/revista-iidh49.pdf>
- Bonfil Batalla, G. (1972). El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial. *Anales de Antropología*, (9), 105-124. https://www.ciesas.edu.mx/publicaciones/clasicos/Articulos_CCA/002_BONFIL_Elconceptodeindio_20140707.pdf
- Congreso de la Unión de México. (5 de febrero de 1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- . (21 de mayo de 2003). *Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lcndpi.htm>
- . (4 de diciembre de 1948). *Ley que crea el Instituto Nacional Indigenista*. <https://www.gob.mx/inpi/documentos/ley-que-crea-el-instituto-nacional-indigenista>
- Congreso del Estado de Jalisco. (11 de abril de 2007). *Ley sobre los Derechos y el Desarrollo de los Pueblos y las Comunidades Indígenas*. <https://info.jalisco.gob.mx/gobierno/documentos/3139>
- Diario Oficial de la Federación. (14 de septiembre de 2001). Secretaría de Gobernación. México. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=762221&fecha=14/08/2001#gsc.tab=0
- . (28 de enero de 1992). Secretaría de Gobernación. México. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4646755&fecha=28/01/1992#gsc.tab=0
- Enlace Zapatista. (1º de marzo de 1994). “Al pueblo de México”. *Las demandas del EZLN*. <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/03/01/al-pueblo-de-mexico-las-demandas-del-ezln/>
- Gobierno de Tabasco. Secretaría de Cultura. (2019). Se cumplen 104 años de la promulgación de la Ley Agraria. <https://tabasco.gob.mx/noticias/cumple-104-anos-promulgacion-de-la-ley-agraria>
- Korsbaek, L. y Sámano-Rentería, M. (2007). El indigenismo en México: antecedentes y actualidad. *Ra Ximhai*, 3 (1), 195-224. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=46130109>

- La Jornada*. (marzo, 2016). El Congreso Indígena de 1974 buscando nuestras raíces. Chiapas, 74. *Ojarasca*. <https://ojarasca.jornada.com.mx/2016/05/13/rogelio-cuellar-imagenes-de-un-congreso-historico-5011.html>
- Maldonado, L. (2009). Estado, globalización y derechos indígenas: una mirada a la situación de los pueblos indígenas en México. *Revista IIDH*, vol. 4. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1630/revista-iidh49.pdf>
- Mier, R. (2000). Ideología. En L. Baca Olamendi *et al.* (comp.), *Léxico de la política* (pp. 323-233). FCE, CONACYT.
- ONU, Organización de las Naciones Unidas (s.f.). *Los pueblos indígenas. Respeto, NO deshumanización*. <https://www.un.org/es/fight-racism/vulnerable-groups/indigenous-peoples#:~:text=Tienen%20casi%20tres%20veces%20m%C3%A1s,fuerte%20v%C3%ADnculo%20con%20sus%20tierras>
- . (13 de septiembre de 2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Organización Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (2014). *Convenio Núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Periódico Oficial del Estado de Jalisco. (28 de noviembre de 2015). *Padrón de Comunidades y Localidades Indígenas del Estado de Jalisco*. <https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/11-28-15-vi.pdf>
- Scott, J. (2002). Los dominados y el arte de la resistencia. discursos ocultos. *Reflexión Política*, 4(8). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11000816>
- Segundo Congreso Indigenista Interamericano, (1949). *Acta final*. <https://www.pueblos-originarios.ucb.edu.bo/digital/106000094.pdf>
- Stavenhagen, R. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. En M. Berraondo (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Serie Derechos Humanos, vol. 14. Instituto de Derechos Humanos. <https://corteidh.or.cr/tablas/24006.pdf>
- Tahar Chaouch, M. (2007). La teología de la liberación en América Latina: una relectura sociológica. *Revista mexicana de sociología*, 69(3). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032007000300002&lng=es&tlng=es

- Waldman, G. (2000). Identidad. En L. Baca Olamendi *et al.* (comp.), *Léxico de la política* (pp. 317-322). FCE, CONACYT.
- Mier, R. (2000). Ideología. En L. Baca Olamendi *et al.* (comp.), *Léxico de la política* (pp. 323-233). FCE, CONACYT.
- Warman, A. (2003). *Los indios mexicanos en el umbral del milenio*. Fondo de Cultura Económica.
- Whetten, N. (1972). El surgimiento de una clase media en México. En *Las clases sociales en México*. 3ra ed. (pp. 75-76). <http://ru.iiec.unam.mx/2296/1/LasClasesSocialesEnMexico.pdf>
- Zaragoza Contreras, L. G. (2010). Cultura, identidad y etnicidad, aproximaciones al entorno multicultural: rompiendo costumbres y paradigmas cotidianos. *Cuicuilco*, 17(48), http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16592010000100009&lng=es&tlng=es

Sobre los autores

José Guillermo García Murillo. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor investigador adscrito al Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Coordinador del cuerpo académico UDG-CA-1115 “Desafíos de la Propiedad Intelectual”. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Director del Centro Privado de Mediación 38 del IJA. Director del Instituto de Altos Estudios Jurídicos de Jalisco. Correo electrónico: jose.gmurillo@academicos.udg.mx

José Zócimo Orozco Orozco. Profesor investigador titular C en el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara en la licenciatura, maestría y doctorado en Derecho. Miembro del cuerpo académico UDG-CA-1115 “Desafíos de la Propiedad Intelectual” y perfil deseable Prodep. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Correo electrónico: zocimo.orozco@academicos.udg.mx

Gelacio Juan Ramón Gutiérrez Ocegueda. Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara. Titular del Diplôme Supérieur de l'Université de Droit, Économie et Sciences Sociales de Paris (Paris II), France y del Diplôme d'Études Doctorales de la Université Panthéon-Assas Paris II, France. Profesor investigador titular C de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I y perfil deseable Prodep. Correo electrónico: gelacio.gutierrez@academicos.udg.mx, Orcid 0000-0001-8880-094X

Edna Ramírez-Robles. Abogada por el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Maestra en Derecho

Europeo, doctora en Derecho Comercial Internacional. Jefa del Departamento de Estudios Jurídicos y profesor investigador titular en el Centro Universitario de la Costa de la udeg. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I y perfil deseable Prodep. Consultora Internacional asuntos jurídicos y políticos internacionales de comercio e inversión. Correo electrónico: edna.ramirez@academicos.udg.mx

Luis Corona Pantoja. Abogado por el Centro Universitario de la Costa de la Universidad de Guadalajara y asistente investigador PROSNI. Correo electrónico: humberto.corona@alumnos.udg.mx

Martha Patricia García Rodríguez. Doctora en Derecho. Profesor investigador del Departamento de Estudios Jurídicos en el Centro Universitario de la Costa de la Universidad de Guadalajara. Correo electrónico: martha.grodriguez@academicos.udg.mx, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4975-1062>

Margarita Cantero Ramírez. Doctorante en Ciencias Sociales. Profesor de asignatura en el Departamento de Ciencias Sociales en el Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Correo electrónico: margarita.cantero@cusur.udg.mx, Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8515-7864>

José Cruz Guzmán Díaz. Doctor en Derecho. Profesor investigador en el Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Correo electrónico: joseg@cusur.udg.mx, orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6465-273>

Salvador Carrillo García. Licenciado en Estudios Políticos y de Gobierno y maestro en Gestión de Gobiernos Locales por la Universidad de Guadalajara. Profesor de asignatura en el Centro Universitario de Tonalá y asesor en el Sistema de Educación Media Superior de la misma casa de estudios. Correo electrónico: salvador.carrillo0319@academicos.udg.mx

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras. Abogado por la Universidad de Guadalajara. Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca, España. Profesor investigador titular A en el Centro Universitario de Tlajomulco de la Universidad de Guadalajara. Miembro del cuerpo académico UDG-CA-911 “Estudios y Retos de la Ciencia del Derecho” y perfil deseable Prodep. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel candidato. Correo electrónico: eduardo.hubbe@academicos.udg.mx

Ernesto Rafael Gutiérrez Guízar. Abogado por la Universidad de Guadalajara. Cursando la Maestría en Gobierno Electrónico en la Universidad de Gua-

dalajara. Profesor asignatura B en la Escuela Preparatoria 7 del Sistema de Educación Media Superior de la udeg. Correo electrónico: ernesto.gutierrez@academicos.udg.mx

Violeta Yazmín Sandoval Cortés. Abogada y maestra en Derecho por el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Candidata a doctora en Derechos Humanos por el Centro Universitario de Tonalá de la udeg. Profesor de asignatura de la udeg. Especializada en “Cultura de paz y gestión de paz vinculativa”, “atención a víctimas de violencia” y “atención integral a víctimas y mecanismos de acceso a sus derechos”. Segunda Visitadora en la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara. Correo electrónico: yazmin.sandoval@academicos.udg.mx

Ernesto Gerardo Castellanos Silva. Abogado, maestro y doctor en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Actualmente cursa el postdoctorado Iberoamericano en Nuevos Retos de la Gobernanza Pública por la Universidad de Salamanca y Tirant Formación. Profesor investigador titular A en el Centro Universitario de Tonalá de la udeg. Director de la Escuela Preparatoria número 7 del Sistema de Educación Media Superior de la udeg. Miembro del cuerpo académico UDG-CA-911 “Estudios y Retos de la Ciencia del Derecho” y perfil deseable Prodep. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo electrónico: ernesto.csilva@academicos.udg.mx

Juana Pérez Gómez. Candidata a doctora en Ciencias Sociales, Complejidad e Interdisciplinariedad por la Universidad Ibero, León. Maestra en Administración por la Universidad De La Salle Bajío. Profesor investigador en el Centro Universitario de los Lagos de la Universidad de Guadalajara. Miembro del cuerpo académico UDG-CA-1037 “Estado de Derecho, Sociedad y Desarrollo Económico” y perfil deseable Prodep. Correo electrónico: juana.perez@academicos.udg.mx

Alfredo Sánchez Ortiz. Doctor en Ciencias, Área Relaciones Internacionales por la Universidad de Colima. Maestro en Comercio Internacional por la Universidad de Barcelona. Profesor investigador en el Centro Universitario de los Lagos de la Universidad de Guadalajara. Miembro del cuerpo académico UDG-CA-1037 “Estado de Derecho, Sociedad y Desarrollo Económico” y perfil deseable Prodep. Correo electrónico: alfredo.sortiz@academicos.udg.mx

*Aportaciones del Derecho internacional, mexicano y
jalisciense a un mundo ingobernable*
se terminó de editar en mayo de 2024
en el Centro Universitario de la Costa
Av. Universidad 203, delegación Ixtapa,
48280, Puerto Vallarta, Jalisco, México.
<http://www.cuc.udg.mx/?q=e-libro>

La edición consta de 1 ejemplar.

Diagramación: Laura Biurcos Hernández
Diseño de cubierta: Sebastián Martínez Valades



Este libro reúne ocho trabajos que, desde lo local, reflexionan en torno los desafíos globales al derecho en sus distintas ramas y niveles. Cada capítulo denota herramientas que emanan del derecho para la solución de conflictos. Dichas herramientas y su aplicación a derechos concretos que los autores resaltan como desafíos actuales.

La lectura de estos trabajos, sin duda, contribuirán a la comprensión del derecho como disciplina social que, sin importar su contexto, será marcada por los cambios sociales, políticos y económicos en la globalidad.