

LA CIENCIA DEL DERECHO

Aportes de la investigación
jurídica en posgrados
Colombia y México



Colección Investigación Sociojurídica

Serie Posgrado

Dra. Berónica Narváez Mercado - Directora

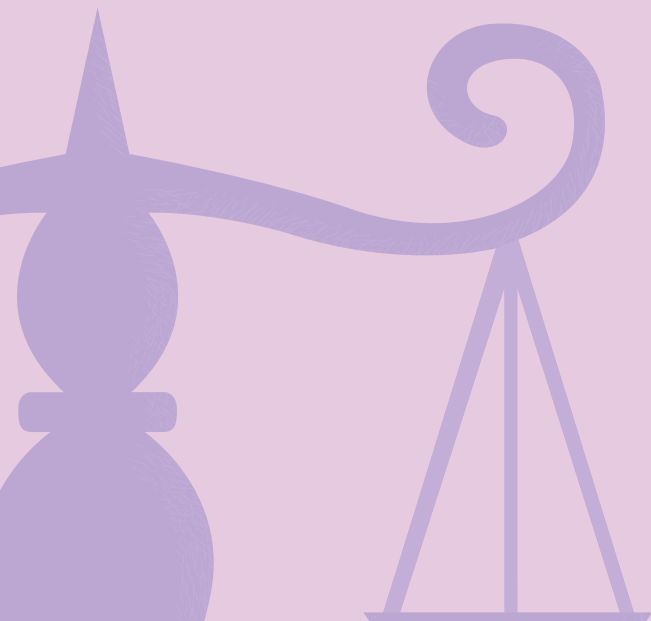
Dr. Iván Vargas Chaves
(Universitaria del Rosario)

Dr. José Cruz Guzmán Díaz
(Universidad de Guadalajara – México)

Dr. Miryam Al Fawal Portal
(Sociedad Europea de Ciencias Forenses SECIFO – España)

Dr. Gustavo Calvinho
(Universidad de Buenos Aires UBA – Argentina)

Dra. Arletys Varela Mayor
(Universidad de la Habana – Cuba)



La Ciencia del Derecho: aportes de la investigación jurídica en posgrados Colombia y México

Berónica Narváez Mercado

Editora

Autores

Lizeth Ugarte Vizcaíno

Antonio Jiménez Díaz

Elías Epifanio Núñez Cuarenta

Irma Angélica Quiroz Silva

Berónica Narváez Mercado

Andrea Meredith Hoyos Machado

Karina Isabel Sotomayor Gazabón

José Magaña Lauriano

Margarita Cantero Ramírez

Silvia Alexandra Esquivel Díaz

Zarya Rodríguez Palacios

Rodrigo Brito Melgarejo

Lucía Cohen Urzola

Maira Vergara Arrieta

Karol Vergara Guerra

María del Sagrario Barrera Arias

Alejandro Mercado Méndez

Agustín Alonso López Cantero

Thelma Cecilia Sandoval Sánchez

Margarita Cantero Ramírez

Tatiana Vanessa González

Jorge Neil Morales Tuesca



2022

Este libro es producto resultado de investigación, evaluado bajo el sistema doble ciego por pares académicos.

Corporación Universitaria del Caribe–CECAR

Rectora

Lidia Flórez de Albis

Vicerrectora Académica

María Eugenia Vides

Vicerrectora de Extensión y Relaciones Interinstitucionales

Liliana Patricia Álvarez Ruiz

Director de Posgrados

Jorge Neil Morales Tuesca

Coordinador académico de posgrados de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Jaime Rambao Hernández

Coordinador Editorial CECAR

Jorge Luis Barboza

Editorial.cecicar@cecicar.edu.co

<https://libros.cecicar.edu.co/index.php/CECAR>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2956-6070>

Colección: Investigación Sociojurídica

Número: 8

Serie: Posgrado

Número: 1

© 2022. La Ciencia del Derecho: aportes de la investigación jurídica en posgrados Colombia y México.

ISBN: 978-628-7515-11-6 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.21892/9786287515116>

Editora: Berónica Narváez Mercado.

Autores: Lizeth Ugarte Vizcaino, Antonio Jiménez Díaz, Elías Epifanio Núñez Cuarenta, Irma Angélica Quiroz Silva, Berónica Narváez Mercado, Andrea Meredith Hoyos Machado, Karina Isabel Sotomayor Gazabón Lizeth Ugarte Vizcaino, Antonio Jiménez Díaz, Elías Epifanio Núñez Cuarenta, Irma Angélica Quiroz Silva, José Magaña Lauriano, Margarita Cantero Ramírez, Silvia Alexandra Esquivel Díaz, Zarya Rodríguez Palacios, Rodrigo Brito Melgarejo, Lucía Cohen Urzola, Maira Vergara Arrieta, Karol Vergara Guerra, María del Sagrario Barrera Arias, Alejandro Mercado Méndez, Agustín Alonso López Cantero, Thelma Cecilia Sandoval Sánchez, Margarita Cantero Ramírez, Tatiana Vanessa González, Sophía Montes Ortega, Jorge Neil Morales Tuesca.

Sincelejo, Sucre, Colombia.



La ciencia del derecho: aportes de la investigación jurídica en posgrados Colombia y México / editora, compiladora, Berónica Narváez Mercado ; autores, Lizeth Ugarte Vizcaino ... [y otros veintitres]. -- Sincelejo : Editorial CECAR, ©2022.

246 páginas : figuras, tablas

Colección Investigación Sociojurídica N° 8

Serie Posgrado N° 1

Incluye referencias al final de cada capítulo.

ISBN: 978-628-7515-11-6 (digital)

1. Maternidad sustituta. 2. Defensa de los derechos humanos -- Colombia 3. Igualdad de género 4. Igualdad ante la ley 5. Derecho constitucional -- Colombia 6. Igualdad 7. Procesos (Derecho) 8. Extinción de dominio 9. Derechos de la mujer 10. Equidad (Derecho) -- Colombia I. Autor II. Título.

305.4 N238 2022 CDD 22 ed.

CEP - Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Biblioteca Central - COSiCUC

Tabla de Contenido

<i>Introducción</i>	<i>5</i>
---------------------------	----------

CAPÍTULO 1

<i>La técnica de reproducción humana asistida denominada gestación subrogada o maternidad por sustitución como derecho humano</i>	<i>9</i>
---	----------

Lizeth Ugarte Vizcaíno, Antonio Jiménez Díaz,
Elías Epifanio Núñez Cuarenta, Irma Angélica Quiroz Silva

CAPÍTULO 2

<i>Cualificación de la notificación personal en el proceso monitorio, en el marco de la Sentencia C-031-2019 de la Corte Constitucional colombiana.....</i>	<i>34</i>
---	-----------

Berónica Narváez Mercado, Andrea Meredith Hoyos Machado,
Karina Isabel Sotomayor Gazabón

CAPÍTULO 3

<i>Los jueces penales como garantes de Derechos Humanos en México desde la reforma constitucional de 2011</i>	<i>74</i>
---	-----------

José Magaña Lauriano, Margarita Cantero Ramírez,
Silvia Alexandra Esquivel Díaz

CAPÍTULO 4

<i>La Ley Nacional de Extinción de Dominio desde la perspectiva de los derechos humanos.....</i>	<i>107</i>
--	------------

Zarya Rodríguez Palacios, Rodrigo Brito Melgarejo

CAPÍTULO 5

<i>El régimen de responsabilidad objetiva y aplicación de los conceptos de daño especial y riesgo excepcional por parte del Consejo de Estado Colombiano (2017-2019).....</i>	136
--	------------

Lucía Cohen Urzola, Maira Vergara Arrieta,
Karol Vergara Guerra

CAPÍTULO 6

<i>El derecho laboral, parte del derecho social en México: origen y estado actual.....</i>	169
---	------------

María del Sagrario Barrera Arias, Alejandro Mercado Méndez,
Agustín Alonso López Cantero

CAPÍTULO 7

<i>Análisis socio-jurídico de la actividad de microfinanciamiento en México desde el derecho de consumo</i>	203
--	------------

Thelma Cecilia Sandoval Sánchez, Margarita Cantero Ramírez,
Tatiana Vanessa González

CAPÍTULO 8

<i>El uso de las Tecnologías en las relaciones laborales frente al Derecho a la Intimidad en el marco jurídico de la Sentencia T-574 de 2017 de la Corte Constitucional colombiana.....</i>	231
--	------------

Sophía Montes Ortega
Jorge Neil Morales Tuesca

El derecho es una ciencia práctica que tiene como fin discernir la conducta adecuada para alcanzar la justicia, conceptuando lo que es justo en casos concretos y en las relaciones interhumanas y ampliando las referencias contenidas con el propósito de establecer el panorama o mapa general de los saberes jurídicos, mediante la explicación detallada de los rasgos que definen a algunas de las principales manifestaciones del conocimiento científico del Derecho. Ello, contrarrestado con el dinamismo que reina en el ámbito de los Derechos Humanos en la actualidad, al trabajar, sobre todo, en descubrir el sentido que tienen las leyes y en formular los principios que permiten resolver las lagunas y contradicciones que las mismas contienen, contextualizadas en la realidad como un acuerdo, que anima el desarrollo general ante la fragmentación interna de lo que comenzó siendo una actividad científica unitaria.

Los estudios planteados desde los programas de posgrados en derecho de la Universidad de Guadalajara y la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, en el marco de alianzas interinstitucionales para el desarrollo de proyectos de investigación jurídica, plasmados en la presente obra, pretenden fundamentar el Derecho como Ciencia al plantear problemas jurídicos de base que son, sin duda, interesantes de analizar en profundidad, tales como la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación subrogada o maternidad por sustitución como derecho humano, partiendo de que los derechos humanos comprenden todos los derechos inherentes al ser humano, tutelan las necesidades más básicas de estos desde el principio de igualdad entre las personas, sin ningún tipo de distinción, hasta el derecho a reproducirse si es su deseo, analizando la legislación internacional y nacional colombiana base para el reconocimiento de la técnica de gestación subrogada como derecho humano.

Introducción

A su vez, se presenta el estudio de como la Corte Constitucional colombiana en aras de proteger el derecho al debido proceso, en especial en su contenido de contradicción y defensa del presunto deudor, sienta el precedente de la obligatoriedad de la notificación personal en el proceso monitorio, en el marco de la Sentencia C-031-2019 de la Corte Constitucional, de manera tal que los hechos no buscan solo ilustrar el origen de la controversia, sino que le permiten al demandado ejercer de forma debida su derecho de defensa; así como análisis del régimen de responsabilidad objetiva y aplicación de los conceptos de daño especial y riesgo excepcional por parte del Consejo de Estado colombiano, basado en el derecho a la igualdad que es el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto, es decir, el objeto de tratamiento es igualitario. “El derecho a la igualdad no excluye necesariamente dar un tratamiento diferente a sujetos colocados en las mismas condiciones, cuando exista motivo razonable que lo justifique” (Corte Constitucional, 1993).

Complementado con un análisis en derecho comparado del rol de los jueces penales como garantes de Derechos Humanos en México desde la reforma constitucional de 2011, que apunta al actuar de los jueces penales sobre el deficiente garantismo jurídico hacia los Derechos Humanos, así como el análisis de la Ley Nacional de Extinción de Dominio mexicana desde la perspectiva de los Derechos Humanos, al ser señalado de manera recurrente que algunos de los contenidos de este ordenamiento podrían ser violatorios de derechos humanos como la presunción de inocencia, los derechos de seguridad jurídica o el derecho a la propiedad; a sus vez, el análisis del derecho laboral como parte del derecho social en México, desde su origen hasta el estado actual, con una mirada a las tendencias mundiales influenciadas por un proceso de globalización que está generando un nuevo paradigma en este. Y, el análisis socio-jurídico de la actividad de micro financiamiento en México desde el derecho de consumo, cuya regulación ha sido fundamental a fin de prevenir abusos en la relación contractual entre proveedor-usuario.

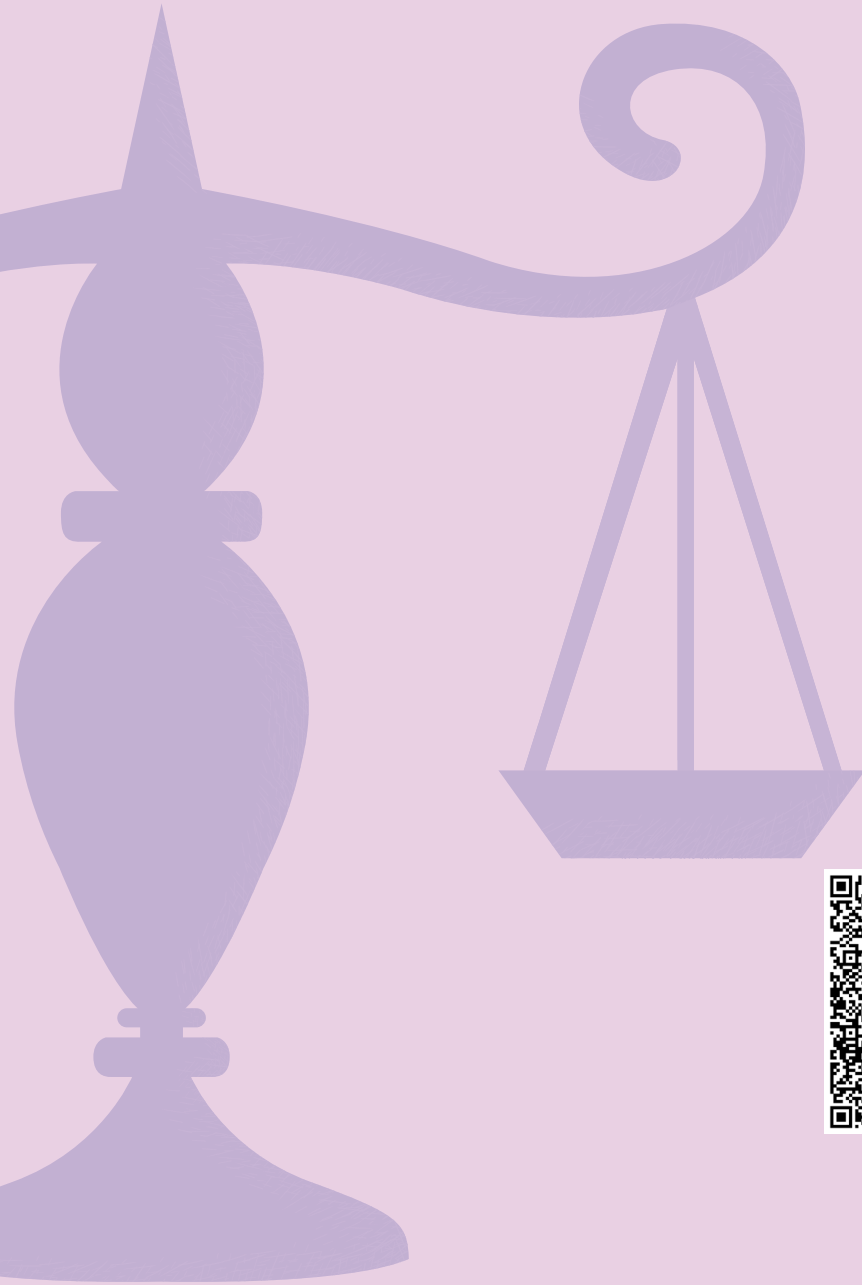
El libro es producto resultado de investigación del proyecto titulado: Responsabilidad Social Empresarial en el marco del Plan de Acción de Empresas y

Introducción

Derechos Humanos frente a la Igualdad y no Discriminación. Estudio de caso: México, Colombia y Brasil, años 2020- 2021, desarrollado por investigadores de la línea de Derecho Privado del Grupo de Investigación Socio jurídica GISCER, de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, con aportes de investigadores y el grupo de investigación del Centro Universitario del Sur (CUSUR) de la Universidad de Guadalajara, México. Se reitera lo manifestado por Kelsen, al indicar que la Ciencia del Derecho “no tiene que ver con la conducta fáctica de los hombres, sino solamente con lo jurídicamente preceptuado”. Por ello, no es una ciencia de hechos, sino una ciencia de normas; su objeto no es lo que es o lo que sucede, sino un complejo de normas que construyen la realidad. La ciencia del Derecho, como toda ciencia, se caracteriza por tener un objeto propio y método de estudio de ese objeto. El conocimiento elaborado con el estudio respectivo se sistematiza, como todo conocimiento científico, dando lugar a un conocimiento ordenado y fácilmente confrontable por los estudiosos respectivos planteados en la presente obra.

Berónica Narváez Mercado

Capítulo 1



La técnica de reproducción humana asistida denominada gestación subrogada o maternidad por sustitución como derecho humano¹

Lizeth Ugarte Vizcaíno², Antonio Jiménez Díaz³,
Elías Epifanio Núñez Cuarenta⁴, Irma Angélica Quiroz Silva⁵

Resumen

Los derechos humanos comprenden todos los derechos inherentes al ser humano, tutelan las necesidades más básicas de estos y abarcan desde la igualdad entre las personas, sin ningún tipo de distinción, hasta el derecho a reproducirse si es su deseo. Por desgracia, no todas las personas pueden procrear naturalmente, ya sea por problemas de salud, físicos o incluso por el hecho de no contar con pareja. La gestación subrogada es una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) la cual posibilita a las personas que están bajo los supuestos anteriores a ejercer su derecho a la procreación. No obstante, en México no hay una legislación homóloga al respecto, ni por la federación ni por los estados que la comprenden, por tanto, solo pocos estados facultan a un solo rubro de los individuos para poder realizarla (parejas heterosexuales), dejando fuera al resto que

1 Este capítulo es el resultado de investigación del proyecto de convocatoria interna de CECAR, titulado: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre, Colombia.

2 Estudiante de la Maestría en Derecho del Centro Universitario del Sur, de la Universidad de Guadalajara. Correo: lizethugarte@gmail.com, CVU 1313189, ORCID: 0000-0002-0770-0259.

3 Docente titular de tiempo completo en el Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara, antonio.jdiaz@academicos.udg.mx, cel., CVU 810284, ORCID: 0000-0003-4570-7352.

4 Docente titular del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Correo: eliasjuz@hotmail.com, CVU 81116, ORCID: 0000-0002-0662-3378.

5 Docente titular de tiempo completo del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Correo: irmaq@cusur.udg.mx, CVU 808657, ORCID: 0000-0002-5217-1296.

no se encuentra bajo este supuesto. El presente artículo explora, desde un enfoque de derechos humanos contemplado en nuestra Constitución y en tratados internacionales en los que México está suscrito, las distintas legislaciones que contemplan esta TRHA y bajo qué supuestos, así como las que la prohíben tajantemente.

Palabras clave: derechos humanos, derecho de igualdad, derechos de concepción, gestación subrogada, maternidad por sustitución.

The Assisted Human Reproduction Technique called surrogacy or surrogate motherhood as human right

Abstract

Human rights include all the rights inherent to the human being, protecting their most basic needs, ranging from equality among all people, without any distinction to the right to reproduce if it is their desire, unfortunately not all People can procreate naturally, either due to health or physical problems, or even the fact of not having a partner (in the case of males). Surrogate pregnancy is an Assisted Human Reproduction Technique (TRHA), which enables people who are under the above assumptions to exercise their right to procreation, despite the above and although in Mexico, there is no homologous legislation nor neither by the federation nor by the states that comprise it, therefore, only few states empower a single category of individuals to carry it out (heterosexual couples), leaving out the rest who are not under this assumption. This article explores the different legislations that contemplate this TRHA and under what assumptions, as well as those that strictly prohibit it, from a human rights perspective, contemplated in our Constitution and International treaties in which Mexico is subscribed.

Keywords: human rights, equality rights, conception rights, surrogacy, surrogate motherhood.

Introducción

A través del tiempo, la pugna por reconocer los Derechos Humanos (DD. HH.) y la protección del ejercicio de los mismos por parte del gobierno para con sus gobernados ha sido larga: desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en octubre de 1948, hasta la actualidad, en prácticamente todo el planeta ha sido una lucha constante. Para este artículo, partimos de la definición del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (TFCA) de los derechos humanos como “El conjunto de derechos y libertades fundamentales para el disfrute de la vida humana en condiciones de plena dignidad, y se precisan como intrínsecos a toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano” (TFCA, 2016). Aunado a lo anterior, es importante referir que los derechos humanos tienen como características los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Bajo este mismo precepto, Luis Castillo Córdova, en su artículo “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, define los derechos humanos como “el conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas” (Castillo, 2012, p. 815).

El autor Luigi Ferrajoli menciona que, posterior a la fundación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y una vez expuestas y suscritas cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, se consideran derechos fundamentales no solo en los países miembros de esta, y que ya los tienen contemplados en sus constituciones nacionales, sino que estos son derechos supra-estatales, abarcando al resto de los Estados que no los contemplan en su Constitución, empero se encuentran vinculados y subordinados al derecho internacional (Ferrajoli, 2001, p. 40). Así pues, los DD. HH. establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en las leyes que de ella emanen y en los tratados internacionales de los que México forma parte deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.

Por tanto, se ha planteado como objetivo general de esta investigación analizar la importancia social de reconocer la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación subrogada como un derecho humano, con base en el goce de derechos humanos previamente reconocidos, como la igualdad, la libertad de elección y la procreación de sus partícipes. Asimismo, se han establecido como objetivos específicos revisar la legislación internacional y nacional para identificar cuál serviría de base para el reconocimiento de la técnica de gestación subrogada como derecho humano; estudiar las sentencias en las cortes internacionales con respecto de la gestación subrogada fundamentadas en los derechos humanos y contrarrestar las jurisprudencias nacionales con relación a la gestación subrogada basadas en los derechos humanos.

Lo anterior pretende dar respuesta a la pregunta de investigación general: ¿Cuál sería la importancia social de reconocer la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación subrogada como un derecho humano, con base en el goce de derechos humanos previamente reconocidos, como la igualdad, la libertad de elección y procreación de sus partícipes? Y a las preguntas específicas: ¿Qué legislación internacional y nacional serviría de base para el reconocimiento de la técnica de gestación subrogada como derecho humano? ¿Cuáles son las sentencias en las cortes internacionales con respecto de la gestación subrogada basadas en los derechos humanos? ¿Cuáles son las jurisprudencias nacionales con relación a la gestación subrogada basadas en los derechos humanos?

Metodología

El presente trabajo tiene un enfoque cualitativo. Se utilizó el método hermenéutico con la técnica de recolección de datos denominada análisis documental y revisión sistemática, principalmente de la CPEUM en sus artículos 1 y 4; de tratados internacionales de los que México forma parte, como la DUDH en sus artículos 2, 16, entre otros, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en sus artículos 8, 24 y demás relativos; algunas jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que se relacionan con el tema objeto de estudio; sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos y Tribunal Federal de Justicia de Alemania. Así pues, el análisis de este conjunto nos permitió arribar a las conclusiones expuestas en el presente artículo.

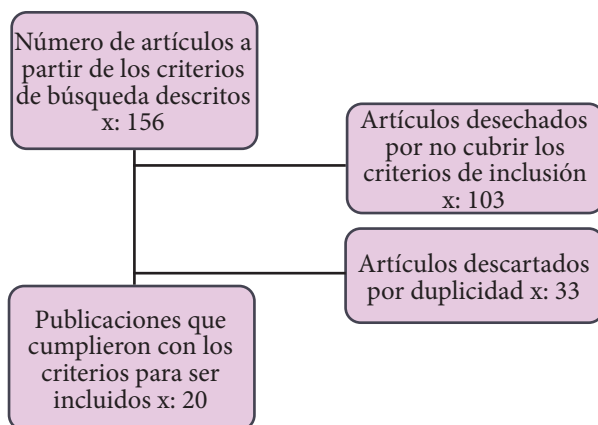
Los descriptores utilizados en el presente trabajo fueron, en inglés y español, “gestación subrogada”, “maternidad por sustitución”, “derechos humanos”, “Latinoamérica”, “México”, “Europa”, “España” y “Argentina”. Para identificar las publicaciones que componen este estudio se realizó una búsqueda online en bases de datos de los buscadores de Google Académico, SciELO, PubMed, biblioteca virtual de la SCJN y CIDH.

La investigación se basó en veinte publicaciones, se descartaron las que no tuvieran relevancia con el tema que nos ocupa y se conservaron: el texto de la CPEUM, tratados internacionales de los que México forma parte, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y demás artículos científicos relacionados con el tema investigado.

Se establecieron con antelación los siguientes criterios de inclusión: obras originales o de revisión, disponibles en su totalidad y publicadas entre los años 2010 y 2020. Y, dentro de la revisión sistemática, se seleccionaron los artículos que cumplieran en su totalidad con los siguientes requisitos:

- Sin importar el método de investigación usado, el artículo contenía hallazgos de investigación referente al tema en comento.
- Que fuesen preferentemente investigaciones de América Latina, aunque no de manera única.
- Análisis de resoluciones judiciales sin importar el país, sin embargo, sí del tema que se investiga.

Figura 1
Revisión sistemática



Legislación internacional y nacional base para el reconocimiento de la técnica de gestación subrogada como derecho humano

A pesar de que, con la reforma constitucional de 2011, en nuestro país se dio un gran paso al reconocerse tales derechos inherentes al ser humano y, al mismo tiempo, garantizar la protección de los mismos, aún falta un gran camino por recorrer. Si bien es cierto que se reconocen muchos de estos derechos como la igualdad y los derechos reproductivos y/o de concepción, inmersos en el derecho de fundar una familia, la práctica no es así en su totalidad, pues no en todas las leyes federales y/o estatales que tienen como base nuestra carta magna se reconoce el derecho de concepción por igual a todas las personas, sin hacer distinción entre ellas. Esto queda evidenciado en el caso de la técnica de reproducción humana asistida llamada gestación subrogada (GS) o maternidad por sustitución (MS), mediante la cual cualquier persona, no importando su estado civil, preferencia sexual, impedimento físico o fisiológico, puede convertirse en padre o madre si ese es su deseo.

Al revisar la gran mayoría de tratados internacionales sobre DD. HH., se encuentra que tienden a la protección de los mismos de manera igualitaria para todas las personas sujetos de derecho y siendo protegidas por estos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en el mes de diciembre del año 1948 por la Asamblea General de las Naciones

Unidas (AGNU), en sus artículos 1 y 2 establece el derecho a la igualdad en libertad y derechos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; además, en su artículo 16 establece el derecho a procrear y formar una familia, y la protección de la misma (AGNU, 1948).

Bajo la misma tendencia, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en sus artículos 5, 7, 17 tutela el derecho a la formación y protección de la familia; y en su artículo 24, el derecho a la igualdad entre las personas y la protección de sus derechos sin distinción alguna entre ellas, en razón de credo, raza, estado civil o preferencia sexual, bajo la estricta protección de los citados derechos (Organización de los Estados Americanos, 1969).

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos en su artículo 3 establece que se deben respetar, de manera plena, la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, estando estas por encima del interés exclusivo de la ciencia o de la sociedad, es decir, priorizando los derechos fundamentales de las personas sin que el ejercicio de estos dañe a terceros. En sus artículos 5 y 6 se establece el respeto a la toma individual de decisiones de las personas que se someten, de alguna u otra manera, a procedimientos médicos o quirúrgicos, siendo estas previamente informadas y conscientes de las consecuencias de cualquier índole que en la práctica puedan contraer. Asimismo, en sus artículos 10 y 11 se establece la igualdad, justicia y equidad entre las personas y la no discriminación ni estigmatización a las minorías por ningún motivo, pudiendo ejercer sus derechos humanos reconocidos al igual que el resto de la población y ciudadanía (ONU, 2005).

En nuestro país los DD. HH. están reconocidos en la CPEUM en su capítulo primero. El derecho a la igualdad es tutelado en su artículo 1, el cual establece que el Estado tiene la obligación de observar y tomar las medidas necesarias para que se lleven a cabo y respeten por igual los derechos humanos, contemplados en esa Constitución y en los tratados internacionales de los cuales México hace parte. Esto incluye el derecho a la concepción y a fundar una familia, mismo que se plasma en el artículo 4

de nuestra Constitución, el derecho no solo de unirse en matrimonio sino también de procrear y elegir el número y espaciamiento de sus hijos de una manera responsable (CPEUM, 2019).

A pesar de lo anterior, en el Código Civil Federal no se tutelan los derechos de concepción de las personas que, por complicaciones de salud, físicas o hasta de estatus civil (solteras), se encuentran imposibilitadas para procrear de manera natural y se ven obligadas a recurrir a la reproducción no sexual, bajo terapias de reproducción humana asistida como la gestación subrogada con el fin de gozar del derecho a procrear. En el ámbito estatal, en legislaciones civiles como el Código Civil de Tabasco o el Código Familiar de Sinaloa solo se faculta, para llevar a cabo la maternidad por sustitución, a las parejas heterosexuales que por cuestiones de salud no están en posibilidades de ser padres, dejando de lado al resto de la población. Recientemente, la Ley para la Familia del estado de Coahuila de Zaragoza, aunque no menciona de manera expresa la gestación subrogada, sí faculta a cualquier persona que se encuentre con problemas de salud y sea su deseo procrear para aplicar las TRHA existentes con el objetivo de que puedan lograrlo, sin hacer mención alguna sobre su estado civil o preferencia sexual (Tabasco, 2017, Art. 380 bis; Sinaloa, 2018, Art. 282); Zaragoza, 2017, Arts. 366 y 367).

Ahora bien, a diferencia de la legislación civil y familiar de los estados anteriormente citados, encontramos que entidades federativas como el estado de Querétaro y el Código Familiar de San Luis Potosí prohíben de manera tajante la práctica de gestación subrogada, dejando sin efectos cualquier acuerdo de voluntades bajo el que se sujeten los partícipes de la maternidad por sustitución e incluso otorgándole el vínculo materno filial a la mujer gestante, tenga o no parentesco genético con el bebé producto de esta TRHA. Sin embargo, el estado de Querétaro sí permite la adopción de embriones en parejas bajo régimen matrimonial o concubinato, o en mujeres solteras (dejando fuera los derechos de concepción de varón soltero), y limita a la mujer a una edad no mayor de 35 años y a los hombres a una edad no mayor de 50 años (en caso de que viva en pareja), violentando así sus derechos humanos al hacer distinción en razón de edad (Querétaro, 2019, arts. 400 y 402), (Potosí, 2019, arts. 241 y 243).

Bajo este mismo precepto, es pertinente mencionar que las legislaciones estatales en las que se prohíbe la maternidad por sustitución, además de interferir con los derechos humanos de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, constituyen transgresiones al principio de prohibición de la discriminación, contenido en el último párrafo del artículo 1 constitucional. Ello es así en virtud de que, sin existir motivo razonable para distinguir, las normas secundarias excluyen a los que estén impedidos a procrear de manera natural, por motivos biológicos o de su propia voluntad. Este mismo tratamiento puede darse a las normas que sean omisas al regular esta posible relación jurídica entre madre sustituta o padre(s) o madre(s) solicitante(s) y, por supuesto, a estos últimos con el bebé producto de la gestación subrogada, logrando con ello la protección de todos los partícipes de esta práctica, así como del bebé producto de la misma.

En este orden de ideas, es evidente la tremenda discrepancia entre lo estipulado en nuestro artículo 1 constitucional y la mayoría de las legislaciones civiles estatales, ya que en el referido arábigo se establece la obligación del Estado no solo de respetar los DD. HH. de los ciudadanos de manera igualitaria, sino también de vigilar que se cumplan y respeten en cualquier ámbito de gobierno, afectando con ello a las personas que no satisfacen los requisitos de las pocas leyes del fuero común que permiten la práctica de esta TRHA y, sobremanera, las legislaciones civiles que prohíben expresamente la práctica de la MS.

Aunado a lo anterior, Bladilo (2017) argumenta que en un principio las TRHA tenían el objetivo de atender problemas de infertilidad o esterilidad, siendo estos problemas médicos. Pero esa concepción inicial ya no representa o no resuelve las necesidades actuales de las parejas o personas, sin restricción de estado civil, que quieren ejercer la paternidad utilizando cualquiera de las TRHA por motivos diversos, sin que esté mediando una enfermedad física o infertilidad. Al negarles este derecho, el ejercicio de las TRHA resulta ser limitativo o restrictivo solo para un sector específico de la población.

Para entender mejor el concepto de GS, Juve de la Barrera, en su trabajo de investigación Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada, menciona que:

La gestación subrogada implica el nacimiento de un niño que es gestado por una mujer ajena a quien desea tener el hijo, bien una pareja con problemas de infertilidad, una mujer sola o un varón solo. Para ello se utiliza alguna de las alternativas que ofrece la reproducción humana asistida, pudiendo el óvulo ser aportado por la mujer que va a gestar, en cuyo caso se recurre a la inseminación artificial, o ser implantado un embrión producido por fecundación in vitro (FIV) procedente o no de los padres que van a adoptar al niño (Juve de la Barrera, 2017, p. 154).

De esta forma, se especifica a la maternidad por sustitución como una TRHA mediante la cual las personas que se ven imposibilitadas o no a procrear por medios naturales puedan ejercer su derecho a procrear y formar una familia sin discriminación alguna. Por lo tanto, podemos conceptualizar que la gestación subrogada es una TRHA mediante la cual la persona que, por alguna razón física, biológica o de cualquier otra índole se ve imposibilitada a procrear de manera natural pueda hacerlo a través de la subrogación de un vientre de una mujer externa, mediante la inserción de un óvulo fecundado o inseminación artificial, según sea el caso; de esta manera, puede estar en posición de ejercer su derecho humano de formar una familia.

Sentencias en las cortes internacionales con respecto de la gestación subrogada basadas en los derechos humanos

Referente a los países de habla hispana, desde hace unos años en Argentina existe una gran movilización para que se reconozca la TRHA como derecho humano y, a su vez, se reconozca en la legislación civil y familiar existente, atendiendo a los derechos fundamentales que la práctica de esta conlleva:

La gestación subrogada es una manifestación del derecho a procrear y a formar una familia, apelando a la libertad reproductiva y la autodeterminación; esta práctica no supone ningún daño a terceros y por ende, debe estar permitida; es una figura que se corresponde con una sociedad liberal,

pluralista y democrática; son acuerdos voluntarios y libres y por consiguiente, no hay razón para hablar de explotación en términos tan genéricos (Scotti, 2012, p. 52).

Lo anterior se relaciona con los denominados derechos de reproducción no sexual, tratándose de ejercer el derecho a procrear sin que sea necesariamente por medio de una relación sexual o de la concepción “natural”, sino a través de las TRHA disponibles, alcanzadas por los avances de la ciencia. Se puede acceder a la maternidad o paternidad sin que esto implique, de manera forzosa, vivir en pareja o la unión sexual de un hombre y una mujer, pudiendo ejercer tal derecho con el puro fin de formar una familia (heterosexual, monoparental u homosexual), sin dañar con esto a terceros.

Asimismo, Díaz (2015) argumenta que, a las personas hombres o mujeres, que anhelan procrear y por distintas razones se ven imposibilitadas a ello, este hecho les causa un tremendo impacto psicológico, lo cual puede verse reflejado en condiciones como ansiedad, desgaste emocional, culpabilidad, alejamiento social, entre otras afectaciones de índole psicológico y emocional. Recibir un diagnóstico de infertilidad trae complicaciones en el aspecto social y en la vida en pareja que pueden terminar en el rechazo social y el divorcio.

Bajo esta misma tesitura, es pertinente mencionar el estudio realizado a catorce hombres homosexuales, llevado a cabo por Herrera *et al.*, (2018) en el cual encontraron que los hombres que aceptaron su homosexualidad sufrieron como consecuencia en sus vidas el rechazo al rol social y familiar, agravándose lo anterior al momento de externar su deseo de ser padres. Esta situación les produjo diferentes reacciones y emociones como el sentimiento de culpa por asumir su orientación sexual, sintiéndose obligados a olvidarse de la aspiración de ser padres, en detrimento del proyecto de vida o anhelo de la infancia a causa de una cultura poco tolerante de las diversidades sociales.

A lo largo de este artículo se ha hecho referencia a que las causas que imposibilitan a las personas a procrear son muy diversas, sin embargo, es importante recalcar que no se refieren de manera exclusiva a aspectos de salud, sino también a razones biológicas (el caso de las parejas homosexuales u hombres solteros) o motivos fuera de los descritos, pero que no por ello

carecen de importancia o se salen del marco de los DD. HH. Es el caso de las mujeres que por su estilo de vida no quieren verse afectadas por todo lo concerniente a la etapa del embarazo, preponderantemente en su ámbito profesional, ejerciendo el derecho individual de elección y de actuar de manera libre y sin coerción en su vida diaria, sin que esto afecte el derecho de terceros.

Por otra parte, Gloria Torres nos comenta que al ponerse en evidencia la imposibilidad de homologar criterios respecto de la MS en Argentina, la senadora Laura Montero, en el mes de noviembre del año 2016, presentó una propuesta de ley que, entre otras cosas, proponía que se regulara la gestación subrogada en su modalidad altruista. Según esta, para llevarse a cabo la MS se necesitaría la autorización del juez competente; que los padres de intención tuviesen tres años de residencia en ese país; que la mujer gestante tuviese por lo menos un hijo con anterioridad a esta práctica y no poder participar en más de dos prácticas de GS. De igual manera, estimaba de tres a seis años de prisión a cualquier institución médica o privada que sirviese de intermediaria y que, obviamente, tuviera una contraprestación por hacerlo, en aras de evitar la práctica de esta TRHA de carácter oneroso. Sin embargo, y por desgracia para el sector social que requiere el uso de esta, dicha propuesta fue rechazada en abril de 2017, continuando con ello la laguna jurídica existente al respecto en ese país (Torres *et al.*, 2019, p. 5)

En el caso de España, en la actualidad se regula una situación de hecho, debido a que existe una disposición expresa en la ley que prohíbe llevar a cabo la práctica de gestación subrogada. Esto trajo como consecuencia que los ciudadanos españoles viajaran a otros países donde sí es permitido llevar a cabo esta TRHA, generando un vacío jurídico en el registro de los niños producto de gestación subrogada. Así las cosas y atendiendo al interés superior del menor, la Dirección General de los Registros y Notariado emitió una instrucción que ordena llevarse a cabo el respectivo registro de estos menores; además, en los casos de reconocimiento judicial en los países donde se realizó todo el proceso, se faculta de manera especial a los encargados del Registro Civil del lugar en el que se pretenda realizar el registro del menor para que lleven a cabo dicho registro, siempre y cuando la referida resolución judicial tenga origen en un procedimiento análogo en ese país, priorizando con ello el interés superior del menor (Fernández, 2014 p. 38).

Con respecto a los DD. HH. de la mujer gestante y la libre disposición de su cuerpo, algunos autores manifiestan:

La gestación por sustitución o maternidad subrogada es solo una forma específica dentro de las posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción humana asistida, la cual debe ser regulada, debido a que se comprometen una serie de bienes jurídicos tutelados por el derecho, tales como la vida de la mujer gestante, su dignidad como persona, su libertad para disponer de su integridad física así como el peligro latente en la manipulación del ser humano por nacer, entre otras cuestiones de relevancia (Ruiz y Valdéz, 2017, p. 15).

Al reconocerse la gestación subrogada como un derecho humano se salvaguardan no solo los derechos de los padres comitentes o también llamados padres de intención, sino también los derechos de la mujer gestante a ejercer su libertad de acción y de libre disposición de su cuerpo, sin que con ello contravenga los derechos de terceros, protegiendo con ello su integridad física y dignidad como ser humano.

Desde esta misma perspectiva y reconociendo la maternidad por sustitución como un derecho humano, por la serie de derechos tutelados de los distintos partícipes en la realización de la misma, podemos inferir que es imperante, con base a nuestra CPEUM y los tratados internacionales en los que México es parte, legislar al respecto tanto a nivel federal como en las distintas entidades federativas. Estableciendo así un procedimiento legal, médico y social para la práctica de la TRHA de gestación subrogada; que sea informada, segura y consciente; que se establezcan los lineamientos para su eficaz realización, protegiendo con ello los derechos humanos de todos los implicados.

Bajo otro punto de vista, se menciona que al reconocer la gestación subrogada como derecho humano no solo se protegen los derechos de los padres comitentes, sino también los de la mujer gestante, pues al permitirle participar en esta TRHA y recibir una contraprestación al respecto se protegen sus derechos humanos de libertad, libre determinación y hasta de libre trabajo (en el caso de GS onerosa), a la privacidad y/o autonomía (Sifris, 2015 p.3)

Por otro lado, en la obra *Tratado de derecho de familia: Derecho de filiación* se considera que el principio de verdad biológica es el que debe imperar, sin embargo, acepta la contraparte que es el surgimiento del principio de voluntad procreacional, este se deriva del reconocimiento y desarrollo del principio del interés superior del niño. Al final concluye que la filiación biológica pierde fuerza frente a la voluntad y el afecto, así pues, deduce que el vínculo paterno o materno filial atañe a quienes lo anhelaron (Varsi, 2013, pp. 584-586)

En relación con lo anterior, es importante señalar que los detractores de la TRHA de maternidad por sustitución, a pesar de ello, entienden la importancia de tener en cuenta el interés superior del menor y que dicho interés ha sido la base de las sentencias tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDD) como de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); en los casos presentados ante estos tribunales supremos en relación a la TRHA de gestación subrogada así como los derechos de procreación reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDD), los cuales analizaremos más adelante.

Aunado a lo anterior, podemos señalar que cuando alguno de los padres/madres comitentes o padre/madre comitante, quienes conforman distintos tipos de familia (heteroparental, homosexual u homoparental), tiene un vínculo genético con el bebé producto de la gestación subrogada, evidentemente este es un lazo importante de parentesco. Sin embargo, esto no significa que sea el único, pudiendo no tenerlo y tener un lazo más allá de este, a la par, se merma la relación biológica y epigenética que pudiese tener la mujer gestante con el bebé que lleva en su vientre y dará a luz, lo anterior para escindir o minimizar el parentesco en ese sentido (García et al., 2018 p. 322).

En ese mismo orden de ideas, Montes y Parres (2018) resaltan la importancia de que en México la GS sea reconocida como un derecho humano por nuestra CPEUM. Bajo este precepto, cada entidad federativa de la república mexicana estaría en disposición de emitir las legislaciones en este mismo sentido, atendiendo con ello no solo a lo establecido por la citada carta magna, sino también a la necesidad social existente.

Jurisprudencias nacionales con respecto de la gestación subrogada basadas en los derechos humanos

En cuanto a la sistematización de la información obtenida, el análisis de los documentos utilizados para la revisión sistemática se pudo llevar a cabo, ya que estos fueron concentrados en una matriz de Microsoft Excel® con el siguiente orden:

Título del artículo; B) nombre del autor o autores; C) nombre de la revista; D) resumen; E) referencia en formato APA sexta edición; F) año de la publicación; G) país; H) idioma; I) tipo de estudio y J) diseño metodológico; K) resumen y L) conclusiones.

Los resultados arrojaron que, de 156 publicaciones entre leyes, sentencias, jurisprudencias y artículos científicos, se descartaron 103 por no cumplir con los criterios de selección y 33, por duplicidad. No obstante, se seleccionaron 20, las cuales sí cumplieron con los requisitos para ser incluidas y ser objeto de estudio del presente trabajo. Mediante el estudio de las diferentes publicaciones que sirvieron de referencia para el desarrollo de esta investigación, se evidencia la importancia de legislar en favor de la práctica de la gestación subrogada y la homologación de criterios para la realización de la misma. Esto se constata al estudiar la postura de la SCJN, las distintas tesis jurisprudenciales y sentencias al respecto. Ejemplo de ello es la tesis jurisprudencial número LXXXVIII/2019, sostenida por la Primera Sala de la SCJN (visible en la página 1159, del Tomo II, del libro 71, de fecha 11 de octubre de 2019, publicada en el Diario Judicial de la Federación, Décima Época) en la que determina que es deber del juez establecer la filiación de un menor de edad para con el padre(s) o la madre(s) comitentes o de intención, a pesar de la falta de legislación al respecto, lo anterior con base al principio de igualdad inmerso en la CPEUM.

De igual manera, se atiende al interés superior del niño de contar con una identidad clara y filiación definida y, con ello, de gozar de los derechos que esto implique, manifiestos en nuestra Constitución, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño. Además de esto, se respeta la libre voluntad de la mujer gestante, quien, como requisito, debe ser mayor de edad y gozar de capacidad legal y de goce. Lo anterior deja en evidencia el reconocimiento de la práctica de la gestación subrogada como

un derecho humano, ya que se basa en principios previamente reconocidos como derechos humanos por nuestra Constitución y por tratados en los que México está suscrito.

En ese mismo orden de ideas, pese a tratarse de derechos de concepción y de filiación paterno o materno filial, y aunque se trate de un caso derivado de una TRHA llamada inseminación artificial (IA) y no específicamente de gestación subrogada, se puede considerar de la misma índole y es pertinente por analogía, ya que en muchas de las ocasiones en que se lleva a cabo la maternidad por sustitución se realiza la TRHA de IA. Además, es procedente por tratarse del reconocimiento de la pronta filiación del menor en el seno de una pareja homosexual y, en el mismo sentido, de la protección del interés superior del niño. La SCJN se ha manifestado en la tesis de jurisprudencia número 1a. LXVIII/2019, sostenida por la Primera Sala de la SCJN, visible en la página 1321, del Tomo II, del libro 69, de fecha 20 de agosto de 2019, publicada en el Diario Judicial de la Federación, Décima Época, en la que se establece que:

El reconocimiento de filiación con un menor de edad en uniones familiares conformadas por parejas del mismo sexo, en el caso específico de la referida tesis de una pareja de mujeres, vulnera el interés superior del menor al no reconocerle la pronta filiación a este para con sus progenitoras aunque una no tenga lazo biológico, ya que la identidad del menor incluye varios factores no solo del vínculo biológico, y máxime en ese caso específico (al igual que en la gestación subrogada) en el que el donante de los gametos masculinos no tiene lazo jurídico de ningún tipo con el niño, debido a tratarse de donación de semen y haber suscrito un acuerdo previo.

Así pues, podemos referir que, de acuerdo a los establecido por nuestra carta magna y los tratados internacionales de los que nuestro país forma parte, se debe atender preponderantemente al interés superior del menor, así como a los derechos humanos de todos sus partícipes. Ahora bien, en referencia al caso en que se reconozca la filiación con ambos progenitore(a)s, el hecho de que una de ellas tenga un vínculo biológico (según sea el caso) no significa que tenga más derechos para con el menor de edad, ya que legalmente gozan de igualdad de derechos y obligaciones en relación con este. Si existiese una separación de la pareja homosexual, en caso de

la guarda y custodia del menor se priorizará el interés superior del menor y no de quien resulte tener el lazo biológico con este, así lo estableció la Suprema Corte de Justicia en sentencia de amparo en revisión 807/2019 emitida por su Primera Sala, con fecha del 8 del mes de julio de 2020.

Respecto de la Fecundación in Vitro (FIV), que en muchas ocasiones se lleva a cabo en el proceso de la maternidad por sustitución, la CIDH se pronunció en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, en sentencia de fecha 28 del mes de noviembre del año 2011, mediante la cual se declaró que el Estado de Costa Rica violentó los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la CADH, que se refieren:

Al alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar de las víctimas, ya que consideró que la prohibición absoluta de la FIV constituye una violación al derecho de formar una familia, así como consideró que es una injerencia arbitraria en los derechos de la vida privada y familiar, así como la violación al derecho de igualdad, por la prohibición del Estado que impidió a los afectados echar mano de dicha TRHA, y con ello no le permitió superar su situación de desventaja, respecto de la posibilidad de tener hijos biológicos (*Caso Artavia Murillo y otros («fecundación in vitro») vs. Costa Rica*, 2011).

Mientras tanto, la publicación llamada *Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada*. Aproximación a una visión europea expone las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), órgano creado en el año 1954 y constituido finalmente en el año 1959, el cual tiene a su cargo supervisar que los Estados parte cumplan las obligaciones que surgen de la Convención Europea de Derechos Humanos, misma que entró en vigor en el año 1953. Dicho Tribunal ha emitido diversas sentencias respecto del registro de niños producto de gestación subrogada que se han llevado a cabo fuera de los países de origen de los padres comitentes, por causa de la prohibición de su práctica en la legislación existente en cada uno de esas naciones (que forman parte del continente europeo). Estos niños se ven afectados con la negación del registro de los menores y el reconocimiento de la relación filial existente al regresar a los países de

residencia de los padres de intención, a pesar de contar con el acta de nacimiento emitida por el gobierno del país en el que se realizó dicha TRHA y con ello el reconocimiento de la relación paterno-filial que reclaman.

Sin embargo, existen ciertas diferencias en el contenido de dichas resoluciones, las mismas tienen en común que van encaminadas a salvaguardar el interés superior del menor por encima de los derechos de formar una familia de los padres de intención o de cualquier otro derecho, pronunciándose a favor del registro de los menores cuando consideran que es lo mejor para su desarrollo social, familiar y legal, así como si existiese un vínculo genético con alguno de los padres de intención. Tal como sucedió con los matrimonios Mennesson, Labassee, Foulon y Bouvet, todos vs. el Estado francés, presentados en diferentes fechas, que por encontrarse en los supuestos antes expuestos el TEDH falló en favor del registro de los menores y con ello se les reconocieron los derechos que con el mismo se adquieren.

No corrió con la misma suerte el caso Paradisso y Campanelli, matrimonio que llevó a cabo la gestación subrogada en Rusia, afirmando que el material genético del padre de intención (sr. Paradisso) fue el utilizado en la realización de dicha TRHA y, de manera posterior al nacimiento del bebé producto de GS, en ese país se le expidió un acta de nacimiento reconociéndole al menor y a los padres comitentes la filiación entre ellos. Sin embargo, a su llegada a Italia, las autoridades de dicho país constataron con pruebas de ADN que los gametos masculinos utilizados en la práctica de la MS no eran del padre comitente y, por ende, no existía el vínculo genético que ellos aseveraban. Como consecuencia de ello, el gobierno italiano optó por retener al bebé en custodia y posteriormente procedieron a darlo en adopción a otra pareja italiana. Esta sentencia fue avalada por el TEDH al haber sido presentada ante el mismo por los padres de intención, argumentando su decisión en que estos se presentaron solo como víctimas o quejosos, sin hacer alusión a los derechos del niño; también, considerando que la convivencia con este fue relativamente poca (menor a un año) y que no existía una afectación irreparable en el desarrollo de la personalidad del menor por razones de tiempo de convivencia. Además, se constató la falta de vínculo genético a diferencia de lo que ellos afirmaban, mintiendo

de esta manera a las autoridades estatales. Partiendo de que en ese país se prohíbe de manera tajante la práctica de la gestación subrogada, dicho tribunal manifestó:

Su función no es la pretensión de tener injerencia en la autonomía de la legislación italiana o de cualquier otro país europeo, sino la protección de los DD. HH. de los ciudadanos de ese continente, y al no considerar vulnerado el derecho superior del niño, se pronunció a favor del estado italiano (Emaldi Cirión & Emaldi Cirión, 2017, p. 47-53).

Ahora bien, con respecto de la madre gestante se resalta el caso del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (TFJA). A pesar de que en su legislación no está contemplada la práctica de la gestación subrogada, expresó que el hecho de que esta haya sido partícipe de la práctica de MS no viola su dignidad humana, basándose en un caso en el que ciudadanos alemanes llevaron a cabo la práctica de GS en el estado de California, Estados Unidos de América. En su razonamiento entendió que el Supremo Tribunal del estado de California:

Constató que en dicha participación se cumplieron con todos los elementos de acuerdo de voluntades, previstos en el marco legal de ese estado, como son la libre coacción de las partes, que la gestante esté libre de matrimonio al momento de su realización, limitado a cierto número de prácticas, entre otras. No habiendo prueba o indicio que indicara lo contrario, dicho tribunal californiano brindó al TFJA la certeza jurídica que se requiere para respetar los fallos de tribunales de diversos estados de acuerdo al derecho internacional vigente (Reis & Freiburg, 2015 p. 4).

Bajo este mismo paradigma, autores como Luciana Beatriz Scotti en sus diversas obras, específicamente en la Gestación por sustitución y el derecho Internacional privado, respecto de maternidad por sustitución considera que:

La práctica de esta TRHA es la manifestación del derecho a procrear, por ende, no trae intrínsecamente violación a derechos de terceros, debiendo permitirla y legislar al respecto, siendo esta producto de la evolución de una sociedad pluralista, democrática y liberal, máxime que se lleva a cabo basándose en un acuerdo de voluntades de todos sus partícipes previo a la

realización de esta, consecuentemente no se puede considerar lesionados los derechos de los mismos, o de explotación en el caso de la mujer gestante, y por ello exhorta a contemplación en la legislación civil respecto de esta TRHA (Scotti & Scotti, 2015 p. 215-216).

Conclusiones

Es fundamental el reconocimiento de los derechos humanos en un marco de igualdad y de respeto por las diversidades en nuestro país; en este caso, específicamente, los derechos de concepción, pues por distintas limitaciones ya sea físicas, biológicas u otras algunas personas se ven obligadas a hacer uso de los avances científicos y médicos para ejercerlos. Es imperante que sean reconocidos de manera específica en nuestra carta magna como derechos humanos en razón de la naturaleza fundamental y de necesidades básicas que se tratan, así como de la relación con los derechos humanos previamente reconocidos por la CPEUM, de los que actualmente goza el grueso de la población que no tiene ningún tipo de limitación para ejercerlos y que cumplen con los supuestos requeridos por algunas las legislaciones civiles estatales.

Robusteciendo lo anterior, de acuerdo con los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, así como los reconocidos en nuestra Constitución federal y diversas legislaciones civiles del fuero común, además de las recientes resoluciones de la SCJN, se debe priorizar el interés superior del menor, en el sentido de que el neonato cuente con un pronto registro, nacionalidad y reconocimiento inmediato de su filiación, y con ello gozar de todos los derechos que tiene como ciudadano de nuestro país, siguiendo la pauta a nivel mundial. Aunque en diversos países todavía no se tiene contemplada la práctica de GS, incluso en los que la práctica de la misma esté prohibida (España, Alemania, Francia, etc.), las resoluciones del TEDH de igual manera resultan protectoras, sobre cualquier otro derecho, del interés superior del niño, salvaguardando su integridad y dignidad física, emocional y legal, de acuerdo al derecho internacional existente.

Ahora bien, al igual que la protección de los derechos de concepción de los padres comitentes, así como el referido interés superior del menor, no debemos dejar de lado los derechos de libertad y libre voluntad de la mujer gestante quien, al participar en esta práctica sin coacción alguna y total libertad de acción, ejerce sus derechos fundamentales o derechos humanos sin dañar con ello de ninguna manera los derechos de terceros.

Así pues, es de suma importancia que el derecho, dentro de la más amplia gama de sus posibilidades y a la par de las consideraciones bioéticas y libertades fundamentales, deje los paradigmas, estereotipos y limitaciones de antaño y evolucione junto con la sociedad, los avances científicos y tecnológicos, para que con ello permita y regule la cobertura total de las necesidades colectivas con el ejercicio de dichos avances. De esta manera, se lograría alcanzar el objetivo primordial del derecho: regir la vida en colectividad de una forma armónica y bajo un marco de igualdad y generalidad.

Limitantes

Se recomienda que la presente investigación se amplíe con apoyo de información estatal de las clínicas que realizan de facto la GS y con entrevistas a personas que han sido partícipes de la práctica de gestación subrogada, para así compilar y comparar experiencias de su realización. Personas que puedan expresar si en la realización de esta TRHA se sintieron vulneradas en sus DD. HH. o si por el contrario les pareció que la práctica de esta les permitió ejercer sus derechos, cualquiera que fuera su papel en esta. Además, comentar si consideran factible realizarla de nueva cuenta, justificando puntualmente sus respuestas.

Considero necesario lo anterior para tener una visión más amplia al respecto, alcanzando con ello no solo el análisis de información o estadísticas, sino el estudio de los resultados obtenidos directamente de quienes han sido partícipes. De esta manera se puede llegar a una comprensión más clara del tema y estar en disposición de comparar todo lo obtenido frente a la postura de los detractores de la MS, los cuales, consideran que en la práctica de esta TRHA se vulnera los DD. HH. de la mujer gestante. Además, en un sentido más amplio, analizar y comparar los datos obtenidos no solo

con las legislaciones constitucionales y de DD. HH., sino también con las legislaciones penales estatales, nacionales y de corte internacional, con la intención de estudiar las teorías de quienes comparan a la GS con el delito de tráfico de infantes, señalando según su criterio a los padres comitentes de caer bajo este supuesto en la realización de esta práctica.

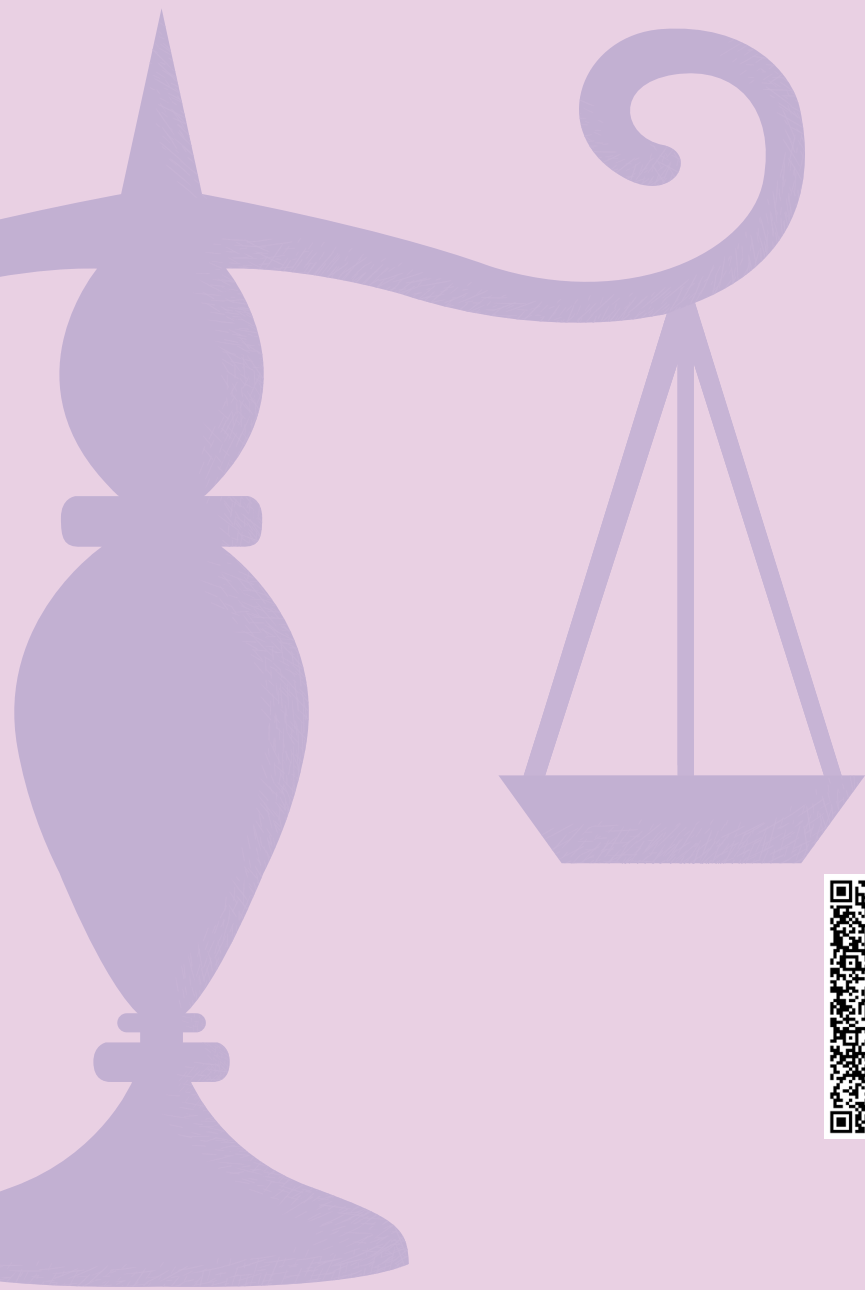
Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 6.
- Bladilo, A., De la Torre, N., & Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los Derechos Humanos como perspectiva obligada de análisis. *REVISTA IUS*, 11(39), 29. <https://doi.org/10.35487/rius.v11i39.2017.293>
- Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2011). <https://onx.la/78229>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (9 de agosto de 2019). Diario Oficial de la Federación. Ciudad de México, México: Congreso de la Unión.
- Castillo, C. L. (2012). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 805-838.
- ONU. (2005). *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. Disponible en: <https://onx.la/e92f7>
- Díaz Pérez, M. (2015). *Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrogada*. 2015, 29.
- Emaldi Cirión, A., & Emaldi Cirión, A. (2017). Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea. *Acta bioethica*, 23(2), 227-235. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2017000200227>
- Fernández, F. R. (2014). La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de diversos supuestos prácticos. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, 38-50.
- Ferrajoli, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. *Primera Vista*, 19-56.

- García, S. F., Corrochano, E. H., Konvalinka, N. A., & Molina, R. S. (2018). La gestación subrogada bajo prismas diferentes. Cuatro corrientes de análisis para un mismo tema. *Antropología Experimental*, 18. <https://doi.org/10.17561/rae.v0i18.3563>
- Herrera, F., Miranda, C., Pavicevic, Y., Sciaraffia, V., Herrera, F., Miranda, C., Pavicevic, Y., & Sciaraffia, V. (2018). “Soy un papá súper normal”: Experiencias parentales de hombres gay en Chile. *Polis (Santiago)*, 17(50), 111-137. <https://doi.org/10.4067/S0718-65682018000200111>.
- Juve D., N. (2017, agosto 2). perspectivas biomédicas de la maternidad, 49-52
- Montes, C. B., & Parres, H. J. (2018). *Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente*. 31-47.
- Potosí, C. F. (12 de noviembre de 2019). Congreso del Estado de San Luis Potosí. San Luis Potosí, San Luis Potosí, México: Periódico Oficial del estado de San Luis Potosí.
- Querétaro, C. C. (30 de junio de 2019). Congreso del Estado de Querétaro. Querétaro, Querétaro, México: periódico oficial del estado de Querétaro.
- Ramón Fernández, F. (marzo de 2014). La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos. *Revista sobre la Infancia y la adolescencia*, 13. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2014.1664>
- Reis, D., & Freiburg, A.-L.-U. (2015). *German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy*. 8.
- Ruiz Balcazar, M. y Valdéz Martínez, M. (2017). *Dilemas de la gestación subrogada*. 19.
- Scotti, L. B., & Scotti, L. B. (2015). La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*, 38, 231-275.
- Scotti, Luiciana B. (2012, diciembre). El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada”. Una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Buenos Aires, Argentina*, 10, 345.

- Sifris, R. (2015). Commercial surrogacy and the human right to autonomy. *Journal of Law and Medicine*, 23(2), 365-377.
- Sinaloa, C. F. (febrero de 2018). Congreso del Estado de Sinaloa. Culiacán, Sinaloa: Periódico Oficial del Estado de Sinaloa.
- Subrogada. *Asociación Española de Bioética y Ética*, XXIII, 153-162.
- Tabasco, C. C. (mayo de 2017). Congreso del Estado de Tabasco. Villa Hermosa, Tabasco, México: Periódico Oficial del Estado de Tabasco.
- Torres, G., Shapiro, A., & Mackey, T. K. (2019). A review of surrogate motherhood regulation in South American countries: Pointing to a need for an international legal framework. *BMC Pregnancy and Childbirth*, 19(1), 46. <https://doi.org/10.1186/s12884-019-2182-1>
- Organización de los Estados Americanos. Tratados Multilaterales > Departamento de Derecho Internacional > OEA, (1969). *Convención Americana de sobre los Derechos Humanos*. Recuperado 7 de julio de 2020, de <https://onx.la/f78b3>
- Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. (2016). *Conceptos Básicos sobre Derechos Humanos | Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje*. <http://www.tfca.gob.mx/es/TFCA/cbDH>
- Varsi, R. E. (2013). *Tratado de derecho de Familia. Derecho de filiación: Vol. IV (I)*. Imprenta Editorial del Búho E.I.R.L. <https://onx.la/5d575>

Capítulo 2



Cualificación de la notificación personal en el proceso monitorio, en el marco de la Sentencia C-031-2019 de la Corte Constitucional colombiana¹

Berónica Narváez Mercado², Andrea Meredith Hoyos Machado³,
Karina Isabel Sotomayor Gazabón⁴

Resumen

El Código General del Proceso colombiano (CGP), Ley 1564 de 2012, introdujo al ordenamiento jurídico un proceso novedoso que entró en vigencia el 1 de enero del año 2014, este es el proceso monitorio, mismo que por su naturaleza especial busca de manera simplificada, sencilla y ágil la creación de un título ejecutivo que reconozca obligaciones dinerarias de mínima cuantía a favor de quien en virtud de la informalidad no cuenta con un documento que respalde su acreencia. La Corte Constitucional en aras de proteger el derecho al debido proceso, en especial en su contenido de contradicción y defensa del presunto deudor, sienta el precedente de la obligatoriedad de la notificación personal, como equilibrio al dicho del demandante, excluyendo los demás tipos de notificación, al igual que la representación mediante curador *ad litem*. Por tanto, se planteó como objetivo general el analizar la cualificación de la notificación

1 Capítulo resultado de investigación del proyecto de convocatoria interna de CECAR, titulado: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre, Colombia.

2 Doctorante en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. MBA de la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica, Abogada, Conciliadora y Docente Investigadora. Directora del Grupo de Investigaciones Socio jurídicas GISCER de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe. Correo: beronica.narvaez@cecar.edu.co. ORCID: 0000-0003-4161-9275

3 Abogada, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Correo: andrea.hoyosm@cecar.edu.co. ORCID: 0000-0001-9472-9668

4 Abogada, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Correo: karina.sotomayor@cecar.edu.co. ORCID: 0000-0002-4678-2031

personal en el proceso monitorio, en el marco de la Sentencia C-031-2019 de la Corte Constitucional colombiana, a través de un estudio documental, de tipo jurídico – dogmático, bajo el paradigma interpretativo o paradigma cualitativo. Esta investigación se realizó a partir del estudio de la notificación y su práctica en el anterior Código de Procedimiento Civil (CPC) y el actual Código General del Proceso colombiano (CGP), como fuentes secundarias, lo que arrojó como conclusión que la notificación personal es el mecanismo que garantiza los derechos fundamentales para ambas partes en este proceso, ya que la notificación por aviso no resultaría idónea en virtud de esta sentencia.

Palabras clave: notificación, notificación personal, proceso, proceso monitorio y sentencia C-031-2019.

Abstract

The Colombian General Procedural Code (CGP), Law 1564 of 2012, introduced to the legal system, a new process, which came into force on January 1, 2014, this is, the Monitoring Process, which, by its special nature seeks in a simplified, simple and agile way the creation of an executive title that recognizes monetary obligations of minimum amount in favor of those who by virtue of informality do not have a document to support their claim; the Constitutional Court in order to protect the right to due process, especially in its content of contradiction and defense of the alleged debtor, sets the precedent of the mandatory nature of personal notification, as a balance to the plaintiff, excluding the other types of notification, as well as the representation by means of a curator ad litem. Therefore, the general objective was to analyze the qualification of the personal notification in the payment order process, within the framework of the Colombian Constitutional Court's Decision C-031-2019, through a documentary study, of a legal-dogmatic type, under the interpretative paradigm or qualitative paradigm. This research was carried out based on the study of the notification and its practice in the previous Civil Procedure Code (CPC) and the current Colombian General Code of Procedure (CGP), as secondary sources, which led to conclude that personal notification is the mechanism that guarantees the fundamental rights of both parties in this process, since notification by notice would not be suitable under this judgment.

Keywords: notification, personal notification, process, order for payment procedure and sentence C-031-2019.

Introducción

La implementación del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) en Colombia, en adelante CGP, trajo consigo un proceso novedoso y uno de los más importantes en el ordenamiento jurídico procesal: el proceso monitorio. Este garantiza el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el derecho de crédito a partir de la simplificación de trámites, logrando la creación de un título ejecutivo que reconozca la obligación dineraria, de naturaleza contractual de mínima cuantía a favor de quien en virtud de la informalidad no cuenta con documento alguno que respalde su acreencia, sin dejar de lado los derechos al debido proceso y de defensa del demandado o supuesto deudor. También contribuye a descongestionar los despachos judiciales en virtud de la celeridad que este predica, a partir del estudio de la notificación y su trámite en el CPC, la notificación y su trámite en el actual CGP, el estudio del proceso monitorio en el ordenamiento jurídico colombiano, la notificación personal dentro del proceso monitorio, el estudio de la Sentencia C-031-2019 de la Corte Constitucional colombiana, teniendo en cuenta criterios auxiliares como la doctrina y la jurisprudencia, este último según la práctica no suele ser utilizado como auxiliar u opcional, sino que le han dado un carácter obligatorio, para finalmente comprender porque la notificación personal se encuentra cualificada en el proceso monitorio.

A partir de la promulgación de la Sentencia C-031-2019 de la Corte Constitucional colombiana, surgió un interrogante frente a la notificación personal como único mecanismo garantizador de los derechos fundamentales de las partes en el proceso monitorio. Teniendo en cuenta que este proceso es novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, se hace indispensable realizar un análisis detallado de este proceso y su notificación cualificada en Colombia.

En esta investigación, se da especial atención a que la Corte limitó la forma de notificación en estos procesos, cuya función social es asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos, la descongestión judicial, basándose en los principios de celeridad y economía procesal. Con el fin de darle respuesta a la pregunta problema ¿Cuál es la cualificación de la notificación personal en el proceso monitorio, en el marco de la Sentencia C-031-2019 de la Corte Constitucional colombiana?, se desarrollan los

objetivos específicos en cada capítulo al conceptualizar la notificación personal y el proceso monitorio; caracterizar los conceptos en el marco del ordenamiento jurídico colombiano y contextualizar la notificación personal en los procesos monitorios en el marco de la Sentencia C-031/2019 de la Corte Constitucional colombiana.

Metodología

En este caso de estudio se selecciona el paradigma interpretativo o paradigma cualitativo, el cual se centra en el estudio de los significados de las acciones humanas y de la vida social, según lo expuesto por Martínez (2012). Asimismo, desde el punto de vista de las fuentes de información que sirven de apoyo a este estudio, se enmarca dentro del tipo de estudio documental. Arias (2012) define la investigación documental como “... aquella que se basa en la obtención y análisis de datos provenientes de materiales impresos u otros tipos de documentos” (p. 114).

De igual manera, por su contenido, esta investigación se enmarcó dentro de los estudios de tipo jurídico – dogmático. Según Estraña (2009) esta técnica jurídica dogmática reúne los más altos criterios de credibilidad; su originalidad se refleja en el enfoque, los criterios, las conceptualizaciones, las reflexiones, además de ofrecer algunas conclusiones y recomendaciones en forma de reflexiones finales. Esta técnica se utiliza en revisiones críticas del estado de conocimiento sobre un problema jurídico, integrando, organizando y evaluando la información contenida en las fuentes del derecho. En estudios de derecho comparado, se emplea para analizar semejanzas, diferencias y tendencias sobre características o problemas jurídicos en el contexto de realidades socioculturales, geográficas o históricas diversas, con fundamento en las fuentes del derecho o en estudios de investigación jurídica histórica.

Por otra parte, en la presente investigación se emplea un diseño bibliográfico cuyos datos, según Sabino (2010), “se obtienen de fuentes secundarias” (p. 71), es decir que han sido previamente obtenidos y procesados por otros investigadores. De igual modo, la técnica será la observación documental, que de acuerdo con Nava (2002) es “aquella

que se emplea cuando las unidades de observación están constituidas por documentos” (p. 145), aun cuando se hace uso de la observación fáctica, por tratarse de hechos o fenómenos observables.

En lo que respecta a las técnicas de interpretación utilizadas para el análisis de los resultados de la investigación, se acudió a la hermenéutica, que significa interpretar, como afirma Martínez (2012) es un método utilizado en la investigación científica, pues esta “conlleva necesariamente a una interpretación de los fenómenos estudiados” (p.89). De igual manera, se emplea la técnica del análisis de contenido, la cual según Ander-Egg (2009) “integra diversos recursos que permiten abordar los eventos de estudio, hechos, situaciones, textos, autores, video, cine, con el interés de profundizar en su comprensión” (p. 217).

La notificación personal y el proceso monitorio

Sin lugar a dudas, la comunicación comporta un papel muy importante para el desarrollo de las relaciones interpersonales del ser humano, pues a través de ella es posible dar a entender a otras personas las ideas y/o sentimientos que se tienen sobre algún tema y, asimismo, conocer los puntos de vista que tiene el receptor cuando este retroalimenta la información. En el ámbito del derecho, la comunicación procesal, “integrada por los actos propios para trabar la relación jurídico-procesal, constituida por la demanda, su admisión, la vinculación del demandado mediante la notificación y el traslado, cuyo objeto es que la demanda pueda ser contestada” (Azula-Camacho, 2016, p. 4), adquiere una categoría más relevante, considerando que la contraparte debe tener pleno conocimiento del proceso que en su contra se esté surtiendo en algún juzgado.

Los actos de comunicación consisten en el medio por el cual el “funcionario da a conocer una decisión o mandato, ya sea a las partes o a terceros ajenos al proceso” (Azula-Camacho, 2016, p. 385). Asimismo, encontramos que:

Se entiende por actos de comunicación procesal todos aquellos que sirven para transmitir las órdenes y las decisiones del juez a las partes o terceros y otras autoridades, como también para transmitir las peticiones de las partes o los terceros al

juez. Desde este punto de vista se comprenden no solo las notificaciones de las providencias del juez, las citaciones y los emplazamientos que este ordena, sino también muchos actos de las partes y terceros como la demanda, su contestación, los alegatos y cualesquiera memoriales en los que pidan algo al juez (Devis-Echandía, 2015, p. 491).

De igual manera lo ha manifestado (Véscovi, 2006) al referir que “la comunicación procesal es necesaria por múltiples motivos. A las partes, en virtud del principio del contradictorio; a terceros, por la necesidad de su intervención en el proceso, o porque es indispensable la cooperación (autoridades, etc.)” (p. 239). Es preciso señalar que “todo el régimen de comunicaciones está sometido al *formalismo* necesario que debe rodear los actos procesales para dar *garantías* a los justiciables. Por eso, en general, la omisión de las formas produce nulidades”, así lo ha dicho (Véscovi, 2006) y es trascendental seguir al pie de la letra todos los requerimientos necesarios con el fin de garantizar el cumplimiento del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), que en los procesos orales (novedad que trae el CGP) tiene diferentes variables.

Una de ellas es “el derecho a ser oído en audiencia, esto, con la finalidad de hacer valer derechos, procurar la oposición al demandante y objetar la actuación del juez, pero para que este contradictorio ocurra es ineludible que se comuniquen dichos actos” (p. 239). La comunicación procesal está integrada por diferentes actos, uno de esos es la notificación. Se considera que la notificación es el acto de vital importancia dentro de la comunicación procesal por cuanto “cumple con el principio del contradictorio, que pide que ambas partes, por estar en pie de igualdad, deben tener conocimiento de todas las providencias judiciales” (Véscovi, 2006, pág. 239).

A su vez, notificar proviene del latín *notificare*, dar noticia de algo o hacerlo saber con propósito cierto (Real Academia Española, 2019). En ese sentido la Corte Constitucional ha dicho:

La notificación judicial es un acto procesal mediante el cual se hacen saber o se ponen en conocimiento de las partes o de terceros las decisiones adoptadas por los funcionarios respectivos, con las formalidades señaladas en las normas

legales. En virtud de esta función, dicho acto es un instrumento primordial de materialización del principio de publicidad de la función jurisdiccional (Corte Constitucional, 2004, párr. 2).

Por tanto, la notificación es:

La más necesaria aplicación del principio del contradictorio y de la forma dialéctica en que se desenvuelve el procedimiento. La notificación es, pues, un acto de comunicación. Ese es su fin: el de la transmisión. Por consiguiente, es un *acto autónomo*, distinto a otro generalmente contenido en él, que es lo que se *comunica* (Véscovi, 2006, págs. 242-243).

Una de las reglas orientadoras del sistema procesal es la de la publicidad. En virtud de ella las decisiones del juez:

Deben ser comunicadas a las partes o sus apoderados (...), para que enteradas de su contenido, se dispongan a cumplir lo allí ordenado, lo cual se logra a través de las notificaciones. [Es tal su importancia] que cumple papel central en el desarrollo del derecho fundamental del debido proceso, pues impide que se puedan hacer efectivas decisiones judiciales sin dar la oportunidad previa de su controversia (López-Blanco, 2007, p. 695).

Entonces, la notificación es un acto de mucha importancia puesto que:

Sin esa comunicación las providencias serían secretas y las partes carecerían de oportunidad para contradecirlas y por lo tanto para ejercitar el derecho constitucional de defensa. Por esta razón, la regla general es que ninguna providencia puede cumplirse ni queda en firme o ejecutoriada sin haber sido antes notificadas todas las partes, se exceptúan las providencias de simple trámite que la ley autoriza cumplir sin notificaciones... (Devis-Echandía, 2015, pág. 491).

En cuanto a las formas de notificación tenemos:

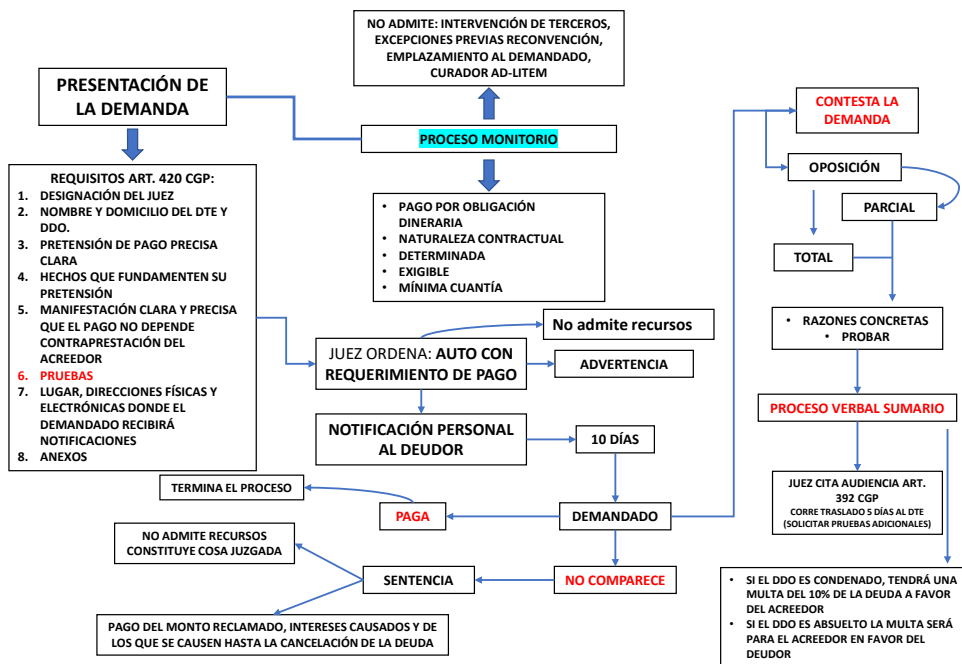
En vista de la variedad de providencias que existen, de su contenido y de la oportunidad en que se dictan dentro del proceso, el legislador estableció diversas formas de notificación,

de las cuales una es principal y las otras son subsidiarias. No obstante, ante la dificultad que presenta en muchos casos la forma de notificación principal, que es la personal, la mayoría de las veces se emplean las subsidiarias, única forma de lograr una tramitación ágil del proceso (López-Blanco, 2007, p. 685).

Tanto en la legislación anterior, Código de Procedimiento Civil – CPC, como en el nuevo Código General del Proceso se encuentran reglamentadas las diferentes formas de notificación que se pueden presentar en Colombia. Las formas de notificación que actualmente encontramos reguladas en nuestro sistema civil son las siguientes: personal, por estado, en audiencia o por estrado, por aviso, por traslado, por conducta concluyente, mixta, de medidas cautelares. “La notificación personal, como se infiere de la propia expresión, es la que se realiza de manera directa con quien debe surtirse, permitiéndole su lectura o, si no quiere o no puede, leyéndosela” (Azula-Camacho, 2015, p. 197). Las notificaciones personales, entonces:

Tienen un carácter principal, pues se prefieren a cualquier otro tipo de notificación, por cuanto son las que garantizan que el contenido de determinada providencia ha sido conocido por el sujeto de derecho a quien se debía enterar de ella, por ser las únicas que, usualmente, se surten de manera directa e inmediata con quien se quiere dar a conocer alguna determinación proferida dentro del proceso (López-Blanco, 2007, p. 696).

Figura 1
Flujograma del Proceso Monitorio



Notificación personal en el Código de Procedimiento Civil

Acorde al artículo 315 del CPC, legislación ya derogada, las notificaciones personales se harán para:

- La del auto que confiere traslado de la demanda o que libra mandamiento ejecutivo, y en general la de la primera providencia que se dicte en todo proceso.
- La primera que deba hacerse a terceros.
- La del auto que cite al proceso a los funcionarios públicos y la de la sentencia.
- Las que ordene la ley para casos especiales.
- Las que deban hacerse en otra forma, cuando quien haya de recibirlas solicite que se le hagan personalmente, siempre que la notificación que para el caso establece la ley no se haya cumplido (Congreso de la República, 1970).

Notificación personal en el Código General del Proceso

Las notificaciones personales proceden conforme al artículo 290 del CGP, en los siguientes casos:

1°. Al demandado o a su representante o apoderado judicial, la del auto admisorio de la demanda y la del mandamiento ejecutivo.

2°. A los terceros y a los funcionarios públicos en su carácter de tales, la del auto que ordene citarlos.

3°. Las que ordene la ley para casos especiales (Congreso de la República, 2012)

Práctica vigente

1°. La forma de notificación personal para las entidades públicas se hará “personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones” de conformidad al artículo 612 del CGP.

2°. Para las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes, se les notificará en la dirección del lugar registrada en la Cámara de Comercio, de igual manera en el mismo registro informarán una dirección electrónica. A las personas naturales que proporcionaron al juez su dirección de correo electrónico, se les practicará la notificación de la forma antes descrita; en caso de que existan diferentes direcciones registradas, se podrá hacer la notificación en cualquiera de ellas.

3°. El demandante, a través del servicio postal autorizado por MinTIC, enviará una comunicación al demandado, a su representante o apoderado, informando la existencia del proceso, su naturaleza; previniéndolo para que, dentro de los cinco días siguientes, comparezca al juzgado a recibir notificación. El demandante debe anexar al expediente una copia de la comunicación con el sello de la empresa de servicio postal y constancia sobre la entrega de esta en la dirección correspondiente. Sobre este aspecto la nueva normatividad permite que cuando se tenga conocimiento de la dirección electrónica de quien se le va notificar, pueda el secretario o la

parte interesa remitir la comunicación por ese medio. En estos casos se deja constancia de que el envío se hizo por correo electrónico y se adjuntará al expediente una impresión con el acuse de recibo.

4°. A solicitud del demandante procede el emplazamiento, siempre que no haya sido posible la entrega de la comunicación y esta sea devuelta con la anotación de que la dirección no existe o que la persona no reside o no trabaja en el lugar.

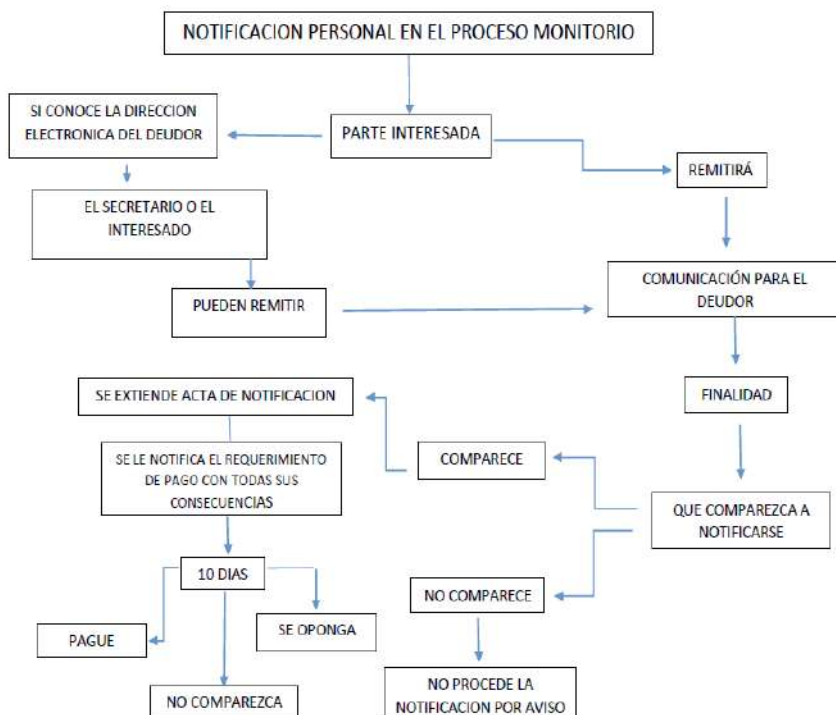
5°. Si el demandado acude al juzgado, se dejará sentado en acta la fecha de la notificación, nombre del notificado y la providencia que se notifica. Esta acta debe quedar firmada por el notificado y el encargado de la notificación, asimismo, en caso de que el demandado no pueda, quiera o no sabe firmar, debe el notificador dejar en el acta esta situación. Al demandado solo le serán aceptadas las siguientes declaraciones: acogerse a lo resuelto, la aprobación de lo actuado, el nombramiento prevenido en la providencia y la interposición de los recursos de apelación y casación.

6°. Si el demandado no comparece dentro de la oportunidad señalada, el demandante puede continuar con la práctica de la notificación por aviso.

Parágrafo 1o. La notificación personal podrá hacerse por un empleado del juzgado cuando en el lugar no haya empresa de servicio postal autorizado o el juez lo estime aconsejable para agilizar o viabilizar el trámite de notificación. Si la persona no fuere encontrada, el empleado dejará la comunicación de que trata este artículo y, en su caso, el aviso previsto en el artículo 292.

Parágrafo 2o. El interesado podrá solicitar al juez que se oficie a determinadas entidades públicas o privadas que cuenten con bases de datos para que suministren la información que sirva para localizar al demandado (Congreso de la República, 2012).

Figura 2
Notificación personal en el proceso monitorio



Proceso monitorio en Colombia

Como es sabido, el proceso monitorio en Colombia es una figura de reciente aplicación. Para efectos de este proyecto consideramos necesario hacer un breve repaso de conceptos. En general podemos entender como proceso a ese “conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial” (Real Academia Española, 2019, párr. 4). En el área del Derecho Procesal entendemos como proceso al conjunto de actos “que se ejecutan por o ante funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener mediante la actuación de la Ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas” (Devis-Echandía, 2015, p. 137).

El término monitorio hace referencia a la característica de algo o alguien que “sirve para avisar o amonestar” (Real Academia Española, 2019). Por tanto, “el proceso monitorio, mediante una actuación sencilla, propugna obtener una condena, que le permita al acreedor iniciar el cobro de la obligación contenida en ella, sin necesidad de acudir a un proceso declarativo o a otra actuación extraprocesal para lograrlo” (Azula-Camacho, 2016, p. 388). Este proceso declarativo le permite al acreedor acudir al juez con la finalidad de que se requiera a su deudor para que se oponga total o parcialmente en la contestación de la demanda, o para que pague la obligación dineraria de mínima cuantía proveniente de una relación de naturaleza contractual, determinada y exigible, de la cual sin embargo carece de título ejecutivo. Podría pensarse entonces que este proceso es de naturaleza ejecutiva, pero “se diferencia obviamente en que en este la primera providencia que profiera el juez es la de librar mandamiento de pago, mientras que en aquel solamente requiere al deudor para que pague o explique por qué se resiste a hacerlo” (Bejarano, 2017, p. 400).

El legislador a través del CGP incluyó un proceso novedoso en el ordenamiento jurídico colombiano, este es, el proceso monitorio, el cual se encuentra dentro del capítulo de procesos declarativos especiales, es decir, es de carácter o naturaleza declarativa especial gracias a la libertad configurativa del legislador hasta este momento. La Corte lo define como “un trámite judicial declarativo especial, tendiente a lograr la exigibilidad judicial de obligaciones líquidas que no constan en un título ejecutivo. Estos derechos de crédito corresponden generalmente a transacciones de montos bajos o medios, realizadas en condiciones de informalidad económica” (Delgado, 2019).

Ahora bien, tengamos en cuenta que en los procesos declarativos buscamos que el juez reconozca la existencia de un derecho de crédito e imponga al demandado el cumplimiento de la obligación mediante una sentencia, sea de naturaleza pura, que se presenta cuando el interesado busca que el juez declare la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, sin buscar que se le imponga al demandado ninguna responsabilidad, ni de alegar incumplimiento, ni modificar o constituir una relación jurídica; de naturaleza constitutiva, cuando el interesado no solo busca la declaración de una certeza jurídica, sino también la modificación del estado jurídico preexistente; de condena, cuando el interesado además

de buscar la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, busca que se imponga a la contraparte (demandado) una condena. No obstante, para poder llegar al final del proceso se hace necesario el conocimiento de los hechos objeto de litigio, partiendo de que son las realidades anteriores al proceso, por lo tanto, las pruebas van a contribuir para lograr el convencimiento del juez. Es así que el trámite del proceso monitorio está subordinado a la naturaleza de su pretensión y es necesario saber qué tipo de pretensión persigue este.

Según el artículo 420 del CGP en su numeral tercero, tenemos que la pretensión perseguida debe ser de pago, es imperativo. Encontramos también que el accionante no posee ningún título ejecutivo, pero basta con que se logre la notificación personalmente del demandado (deudor) y de acuerdo a su actitud procesal, sea concurrir y guardar silencio o no concurrir, y se dará trámite conforme al inciso tercero del artículo 421 del CGP. En este momento el juez dictará sentencia creando así el título ejecutivo, lo cual respalda la naturaleza declarativa que predica el proceso monitorio (Congreso de la República, 2012). En otras palabras, el accionante en el proceso monitorio le solicita al juez requerir al deudor, con fundamento en unos hechos que tuvieron su génesis antes del litigio, para que el deudor pague la obligación dineraria adeudada y así finalice el proceso. Conociendo la naturaleza declarativa del proceso monitorio, observemos sus características para establecer por qué hace parte de los procesos declarativos especiales consagrados en el CGP.

El proceso monitorio en Colombia se caracteriza por ser “declarativo concentrado o abreviado, por cuanto se prescinde de unas etapas propias del proceso de esta naturaleza e, inclusive, se consagra el reconocimiento de una obligación con la afirmación del demandante, condicionada, desde luego, a la aceptación tácita del demandado” (Azula-Camacho, 2016, p. 388). Dentro de los procesos declarativos especiales consagrados en el CGP encontramos el de i) expropiación, ii) deslinde y amojonamiento, iii) divisorio, hoy por hoy el proceso monitorio, los cuales además de ser de naturaleza declarativa tienen características únicas que los hacen especiales. Identificar las características del proceso monitorio nos permite diferenciarlo de los demás procesos, las ilustramos a continuación:

En este proceso se invierte la carga del contradictorio, sobre el demandado recae iniciar o no el contradictorio, esto depende de su actitud procesal.

En este proceso no es procedente la demanda de reconvención, así lo estableció nuestro legislador.

Podrán practicarse las medidas cautelares propias de los procesos declarativos, hasta antes de la sentencia. Una vez la sentencia sea condenatoria al demandado, procederán las medidas cautelares propias de los procesos ejecutivos, ya que el proceso inicial, es decir, el monitorio, mutaría a un ejecutivo.

La notificación personal del deudor una vez guarde silencio, desata una sentencia condenatoria en su contra, es decir, el fallo se genera en su contra porque pese a tener conocimiento del proceso y a su cargo la obligación de probar o alegar hechos que constituyan su defensa, no lo hizo. En ningún otro proceso el silencio del deudor acarrea tal sanción.

En este proceso solo procede la notificación personal del demandado, prohibiendo así los demás tipos de notificación, puesto que es el único medio que garantiza la comparecencia material y los derechos de defensa y debido proceso al demandado dentro de este proceso.

Cumple con el principio de celeridad, concurriendo la notificación personal del deudor y el término de diez días, gracias a la simplificación de trámites del monitorio, el juez podría constituir el título a través de la sentencia.

La sentencia dictada en este proceso hace tránsito a cosa juzgada y no admite recursos. Dado que con la notificación personal del demandado se garantiza el pleno conocimiento de la demanda que se adelanta, el legislador castiga la negligencia del demandado.

Es un proceso que no requiere representación de un abogado, este requisito es potestativo del accionante, dado que el consejo superior de la judicatura elaboró un formato para formular la demanda y para su contestación (Congreso de la República, 2012).

Conociendo la naturaleza y las características del proceso monitorio observemos cómo se unen a ellas la regulación que consagra el CGP, donde fue incorporado legalmente en sus artículos 419, 420 y 421 del CGP, pero que empezó a regir a partir del año 2014. Este proceso es procedente según el artículo 419 para “Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio con sujeción a las disposiciones de este Capítulo” (Congreso de la República, 2012). De acuerdo al anterior enunciado, tenemos que este tipo de proceso solo puede iniciarse cuando una persona pretenda el pago de una obligación con características específicas, las que estudiaremos a continuación:

Obligaciones dinerarias. Es indispensable conocer dónde nacen las obligaciones, primeramente, nacen “de un hecho, natural o del hombre, al que la ley atribuye el efecto de generar obligaciones y derechos. La ley y ese hecho — que recibe el nombre de hecho jurídico — son las fuentes de todas las obligaciones” (Sanchez, 2010, p. 28). Ahora, definamos qué es una obligación, para (Rodríguez, 1988) “la obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa al respecto de otra, también determinada” (p. 9). Se podría inferir que las obligaciones son el resultado de la relación entre dos personas, que llamaremos acreedor y deudor, las cuales se obligan entre sí, constituyéndose una relación jurídica entre ellos, encaminada a la consecución de una prestación económica, es decir, de carácter dinerario. Siendo esto así, el proceso monitorio será posible siempre y cuando la persona que lo impetire persiga a un deudor, por el incumplimiento de una obligación de carácter dinerario, es decir, que verse en ocasión a dinero.

Obligaciones de naturaleza contractual. El contrato nace en virtud de declaración de la voluntad de una persona o más personas que se obligan a sí mismas o recíprocamente entre ellas, en virtud del artículo 1496 del Código Civil, donde el contrato tiene como objeto crear, modificar o extinguir esas obligaciones entre las partes, puesto que este es ley para las

partes (Congreso de la República, 1887). Teniendo en cuenta la definición anterior de obligaciones, esta tiene que ver con ocasión al nacimiento de la obligación dineraria, debe ser, adicionalmente, en virtud de un contrato entre el acreedor y el deudor, teniendo en cuenta que el contrato sería la fuente de la obligación insatisfecha por parte del deudor.

Obligación determinada. Teniendo claro el concepto de obligación, en el proceso monitorio se hace necesario que esta obligación sea determinada, es decir, en virtud del contrato existe una obligación que debe cumplir el deudor, la cual es pagar la obligación adquirida. Esta obligación fue determinada al momento de llevarse a cabo el contrato, cada parte se obligó a cumplir lo correspondiente, en este caso el acreedor cumplió su parte del contrato, con el fin de que el deudor cumpliera la suya, pagar.

Obligación exigible. Una obligación se hace exigible a partir del momento en que debió cumplirse y no se cumplió, es decir, existía una fecha en la que el deudor debió pagar y no lo hizo, desde ese momento esta obligación se hace exigible mediante el aparato judicial.

Obligación de mínima cuantía. La obligación en el proceso monitorio se encuentra limitada en la cuantía de la pretensión, es decir, la obligación dineraria no puede exceder de la mínima cuantía que según el CGP es de 40 SMLMV, no puede sobrepasar la cuantía al momento de interponer el proceso monitorio del valor resultante al multiplicar 40 por el valor del salario mínimo legal mensual vigente.

El artículo 420 del CGP nos ilustra lo relacionado al contenido del escrito de demanda o el formato elaborado por el Consejo Superior de la Judicatura, para que la demanda incoada por una persona en este proceso pueda ser admitida por el juez. Por tanto, una vez admitida podrá el juez decretar el requerimiento del deudor, mediante un auto, dicho auto no admitirá recursos. En cuanto a la jurisdicción, se encuentra la designación del juez como el primer requisito formal del escrito de demanda en el numeral 1 del artículo 420 del CGP, del proceso monitorio, es un derecho el acceso a la justicia para todos los administrados de Colombia, el cual se vislumbra en la Constitución Política colombiana en su artículo 229. Por consiguiente, es un deber del Estado garantizar este derecho a todos sus

administrados, para ello surge la necesidad de los administradores de justicia que son nuestros jueces de la República, para dar cabal cumplimiento a este derecho. El derecho a la administración de justicia, según la Corte:

También llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso (Corte Constitucional, 2013).

La Corte reafirma el derecho a la administración de justicia como derecho fundamental en la sentencia que será estudiada más adelante, de la siguiente manera:

El artículo 229 de la Constitución Política colombiana consagra el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual deberá ser garantizado a todos los asociados por parte del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° de la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración del Justicia. Así las cosas, es responsabilidad del Estado, mediante su aparato jurisdiccional, garantizar el funcionamiento adecuado de las vías institucionales para la resolución de los conflictos que surgen de la vida en sociedad, con el propósito de que los ciudadanos puedan gozar de la efectividad de sus derechos fundamentales y se garantice la convivencia pacífica entre los asociados.

En relación con lo anterior, este derecho es definido por esta Corporación como:

La posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes (Delgado, 2019, p. 35).

Por disposición de la Corte, el acceso a la administración de justicia no termina al acudir a los jueces competentes, sino que debemos entender que este derecho, al mismo tiempo que la posibilidad de acudir a los jueces para que diriman el conflicto, se materializa a través de la terminación del proceso de acuerdo a la decisión del juez y finalmente, hasta el cumplimiento de la sentencia. Solo así se vería realmente reflejado a cabalidad el derecho al acceso a la administración de justicia. La Corte lo define así:

La función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados (Corte Constitucional, 1996, p. 12).

El artículo 15 del CGP indica que le “corresponde a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra especialidad jurisdiccional ordinaria” (Congreso de la República, 2012), tenemos finalmente el competente para el conocimiento de los procesos monitorios, en virtud de qué va conocer de un asunto civil.

Se encuentran unos límites en cuanto a la competencia y territorio. La competencia es el primer límite de la jurisdicción, se podría definir como la facultad que tienen los jueces para administrar justicia, pero conforme a las leyes, en determinados asuntos. Complementariamente, se

encuentran los factores que son determinantes frente a la competencia para poder determinar cuál es el juez que debe conocer de determinado asunto de manera precisa, estos factores son: el objetivo, subjetivo, territorial y funcional.

El factor objetivo varía de acuerdo a la cuantía de la pretensión patrimonial dentro de la demanda, tiene en cuenta la naturaleza del asunto y la cuantía, la Corte Constitucional define este factor como:

Aquel criterio que sirve para especializar las áreas de la jurisdicción: penal, civil, administrativa, etc., por eso es llamada en razón al litigio dada por el proceso y la cuantía. En razón a la cuantía se refiere al costo del proceso en cuanto a lo reclamado en la petición y el valor de la diferencia entre lo reclamado y lo concedido (Corte Constitucional, 2014, p. 1).

Este factor lo vemos reflejado en el artículo 25 del CGP, el cual clasifica los procesos según su cuantía. Son de mayor cuantía cuando sus pretensiones patrimoniales exceden el equivalente de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes; de menor cuantía, cuando versa sobre pretensiones patrimoniales equivalentes a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pero sin exceder de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes; y los de mínima cuantía, cuando las pretensiones patrimoniales no exceden de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes (Congreso de la República, 2012). Teniendo en cuenta que el proceso monitorio es de mínima cuantía, el artículo 17 del CGP nos ilustra que el juez competente para conocer es el juez civil municipal.

En relación al factor subjetivo, la Corte comenta que “se mide en cuanto a las personas que son interesadas o parte en el proceso” (Corte Constitucional, 2014). La calidad de la parte define el juez que será competente, la cual varía si surge una controversia entre una persona natural contra otra persona natural, si es una persona natural contra el Estado, si es una entidad estatal contra otra entidad estatal, etc. El CGP indica en el artículo 29 que la calidad de las partes es prevalente a la hora de determinar la competencia del juez.

El Factor territorial es otro límite para la competencia y se sujeta a las reglas del artículo 28 del CGP, de forma general indica que de acuerdo al asunto en concreto será así mismo competente el juez: del domicilio

del demandado, el juez del domicilio del demandante, el juez del lugar de cumplimiento de las obligaciones, el juez del domicilio principal cuando se trate de una sociedad, el juez del lugar donde ocurrieron los hechos, el juez del domicilio del deudor, entre otras, pero dentro del territorio colombiano. La Corte define este factor como:

Aquella designación de juez que, de entre los que están en su mismo grado, su sede lo haga el más idóneo o natural para el caso en concreto. El criterio principal es la territorialidad o la vecindad en donde se encuentren los elementos del proceso, personas o cosas (Corte Constitucional, 2014, p. 1).

Ahora bien, mediante el factor objetivo tenemos identificado que el juez competente en el proceso monitorio es el juez civil municipal dentro de territorio colombiano, con el factor territorial buscamos saber específicamente cuál juez dentro del mismo grado será el idóneo para conocer del caso en concreto. Según el artículo 28 del CGP en el numeral primero, inicialmente será competente en razón al factor territorial el juez civil municipal del domicilio del demandado; seguidamente, el numeral tercero de este mismo artículo nos dice que “en los procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos ejecutivos es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones” (Congreso de la República, 2012), es decir, si no tenemos la dirección del demandado podríamos optar por el juez civil municipal del lugar donde se debían cumplir las obligaciones para el proceso monitorio.

No es menos importante examinar el factor funcional en virtud de que también es un límite a la competencia. Lo encontramos definido por la Corte como el “factor que comprende la llamada competencia vertical en contraposición a la horizontal que se presenta en el factor territorial, y comprende tanto la competencia por grado como según la etapa procesal en que se desenvuelva” (Corte Constitucional, 2014). En este factor encontramos que el juez será competente en razón a su grado y en razón a la etapa procesal en que se encuentre el proceso. Se encuentra dentro de este, el factor de conexión, que se lleva a cabo cuando hay acumulación de pretensiones y acumulación de demandas, si cumple con los requisitos de grado de manera que el juez que conoce el proceso principal puede conocer de otros procesos que versen sobre lo mismo.

El territorio es el segundo límite a la jurisdicción y tiene suma importancia por ser uno de los atributos del Estado. El territorio, según el artículo 101 de la Constitución Política de Colombia, limita la extensión del territorio de la siguiente manera:

Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la nación. Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República. Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina e isla de Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen. También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 19).

El segundo requisito formal de la demanda del proceso monitorio, enmarcado en el artículo 420 en su numeral segundo, es “el nombre y domicilio del demandante y del demandado y, en su caso, de sus representantes y apoderados” (Congreso de la República, 2012). Teniendo en cuenta que este proceso fue creado para las personas que en virtud de la informalidad no cuentan con un título ejecutivo para respaldar una obligación con las características que exige el proceso monitorio, es de suma importancia identificar quiénes hacen parte en este proceso, es decir, quien es el demandante, si se trata de una persona natural, se identificará como figure en su documento de identidad, siendo mayor de edad en su cédula de ciudadanía; asimismo, el demandado debe ser plenamente identificado también como figure en su cédula de ciudadanía, no cabe identificar con apodos a ninguna de las partes.

El tercer requisito formal de la demanda del proceso monitorio, según el artículo 420 del CGP en su numeral tercero, es “la pretensión de pago expresada con precisión y claridad” (Congreso de la República, 2012). La naturaleza de la pretensión en este proceso es de pago, por lo tanto, se debe expresar de forma clara y precisa lo que queremos al momento de incoar este proceso, lo que no es más que solicitar al juez que requiera al deudor para que pague su obligación. Es importante tener clara la pretensión e identificarla dentro de cualquier proceso para tener mayor claridad, la *petitum* no puede salirse del marco de los hechos objeto de litigio y de lo que probemos para que el juez pueda fallar a favor nuestro.

En el numeral cuarto del artículo 420 se indica : “Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados, con la información sobre el origen contractual de la deuda, su monto exacto y sus componentes” (Congreso de la República, 2012). Un proceso sin hechos no podría ser realmente un proceso, es por esto que a partir de ellos el juez se vuelve el historiador, según la doctrina:

Cuando se dice que el juez es un historiador, se da de él una definición exacta, pero incompleta; es ciertamente un historiador, pero no solo un historiador; después del juicio histórico, tiene que pronunciar el juicio crítico; después de haber verificado la existencia de un hecho, tiene que ponderar su valor (Carnelutti, 2019, pág. 67).

Este acápite es de suma importancia, pues ilustrará al juez determinando cada uno de los hechos que dieron origen a la controversia por la obligación insatisfecha por parte del demandado, ya que son las partes las que han vivido los hechos y, naturalmente, están más informadas que él. Así, el juez puede en su memoria recrear los hechos y cómo sucedieron estos, no siendo menos importante la numeración y clasificación de estos, con el fin de dar orden cronológico a la ocurrencia de los hechos que serán objeto en el litigio; puesto que en este proceso son el fundamento y la única prueba que tendría el demandante por no contar con un título ejecutivo, que sería el medio idóneo para respaldar obligaciones de carácter dinerario, por lo tanto, se invierte el contradictorio.

Los hechos no buscan solo ilustrar el origen de la controversia, sino que le permiten al demandado ejercer de forma debida su derecho de defensa. La manifestación clara donde se indique que el pago de la suma de dinero no depende de una contraprestación a cargo del acreedor. Este requisito formal solo existe para este proceso, está consagrado en el artículo 420 en el numeral quinto, lo que contribuye a lo especial de este proceso. Por lo tanto, al incoar la demanda monitoria es imprescindible incluir este acápite, de lo contrario será inadmitida por el juez competente. Esto es por si llegase a existir cualquier alegación diferente al incumplimiento de la obligación por parte del deudor por alguna obligación atribuida al acreedor, donde no se resolverá por el monitorio, sino que será resuelta mediante el proceso declarativo, pero bajo los parámetros establecidos por la ley del procedimiento verbal sumario.

Por regla general la carga de la prueba la tiene el accionante o demandante para darle firmeza a los hechos que son objeto de litigio dentro de cualquier proceso, pero, en el caso específico que nos atañe, esta carga se invierte y corresponde al demandado o deudor en caso de oponerse parcial o totalmente a dar la explicación de su oposición y aportar las pruebas que la sustenten; dadas estas circunstancias, el proceso monitorio mutará a un verbal sumario. Encontramos la definición de prueba según la doctrina así:

En el sentido ordinario, prueba es sinónimo de ensayo, de experimentación, de revisión, realizados con el fin de aquilatar la bondad, eficacia o exactitud de algo, tratase de una cosa material o de una operación mental traducida o no en actos, resultados. Así, se pone en marcha una máquina para saber si funciona bien, si llena su objeto, confrontando, en cierto modo, la teoría con la realidad práctica, tenemos que la prueba es la certeza de lo confrontado (Dellepiane, 2016, p. 8).

Dentro del sexto requisito formal encontramos tres situaciones que, según el caso, el demandante debe aportar: “Las pruebas que se pretenda hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga”, en el segundo evento “el demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder” y, el tercer evento, en cuanto a los documentos que respalden la obligación contractual, “deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación

de la demanda, que no existen soportes documentales” (Congreso de la República, 2012). Es por esto que en el monitorio la carga de la prueba se encuentra invertida y la tiene el demandado, quien, si no demuestra que no debe esa obligación, tendrá un fallo condenatorio.

Definida la notificación judicial como el acto de comunicación para que las partes dentro de un proceso tengan el conocimiento de que se ventila dicho proceso y puedan ejercer de forma correcta sus derechos de defensa y contradicción, resulta este requisito formal indiscutible en todas las demandas que se ventilen en los estrados judiciales, pero en el proceso monitorio se hace especial porque solo procede de los tipos de notificación existentes contemplados en el CGP en su artículo 289 y subsiguientes, la notificación personal; esto en virtud de la Sentencia C-031-2019 que será objeto de estudio en el siguiente capítulo de esta investigación. Encontramos que el fundamento de solo proceder la notificación personal gira en torno a ser el único medio que materializa y garantiza la comparecencia real del demandado al proceso.

Esta notificación es de suma importancia dentro del monitorio, puesto que a partir de ella el proceso logra cumplir con el fin social para el que fue creado y garantiza los derechos de defensa al demandado. No podríamos pretender que el juez sin pruebas, sin conocimiento y sin oposición de la parte que resultaría afectada, en este caso, dicte un fallo a favor del acreedor, pues no habría garantías para el demandado. Le corresponde a la parte interesada hacer llegar un escrito sea por vía de mensajería o de correo electrónico a la contraparte, con el fin de lograr la notificación personal de este y así pueda llevarse a cabo el requerimiento.

Los anexos de la demanda varían según el proceso, aunque encontramos enmarcados en el artículo 84 del CGP los anexos generales para todas las demandas.

El trámite específico del proceso monitorio lo encontramos en el artículo 421 del CGP, la demanda será admitida si cumple con todos los requisitos formales que estudiamos anteriormente. Una vez admitida la demanda, el juez procederá a requerir al deudor para que en el plazo de 10 días ejerza una actitud, sea para que pague o exponga en la contestación de la demanda las razones concretas que le servirán de sustento para negar total o parcialmente la deuda que se le reclama. El auto que contiene el

requerimiento de pago tiene unas particularidades especiales, i) debe ser notificado personalmente al deudor, ii) no admite recursos, iii) tiene una advertencia para el deudor, de no pagar o justificar su renuencia le dictarán sentencia en contra, donde se le condenará al pago del monto reclamado, a los intereses causados y a los intereses que se causen hasta la cancelación de la deuda. Dicha sentencia no admitirá recursos y constituirá cosa juzgada. Pero si el deudor satisface la obligación en la forma señalada, el proceso terminará por pago.

Si el deudor fue notificado personalmente y no comparece, se le dictará igual sentencia condenatoria y se proseguirá conforme al artículo 306 del CGP, esto aplica también si el deudor se opone parcialmente en el caso de que el demandante solicite al juez que prosiga con la ejecución de la parte no objetada. La parte objetada por parte del demandado en la contestación debe tener una explicación de las razones por las que considera no deber todo o una parte y deberá probar en qué sustenta su oposición. Este asunto se tramitará por el proceso verbal sumario, donde el juez dictará auto citando a la audiencia del artículo 392 del CGP, pero previamente dándole traslado al demandante para que este solicite pruebas adicionales. En este trámite se encuentra la multa siguiente: si el deudor resulta condenado, le impondrá adicionalmente una multa del diez por ciento (10 %) del valor de la deuda a favor del acreedor. De resultar absuelto el deudor, será el acreedor quien deberá pagar al deudor la multa del diez por ciento (10 %) del valor de la deuda.

Para este proceso no se admite la intervención de terceros, excepciones previas reconvenición, ni el nombramiento de curador *ad litem*. Podrán solicitarse medidas cautelares propias de los procesos declarativos hasta antes de la sentencia, una vez proferida sentencia, proceden las medidas cautelares propias de los procesos ejecutivos (Congreso de la República, 2012).

Sentencia C-031/2019 de la Corte Constitucional colombiana en torno a la notificación personal en los procesos monitorios

Identificación: Número: C-031-2019, Expediente: D-12337, Fecha: 30 de enero de 2019, Demandantes: Cristian David Muñoz y Leidy Yulieth Carrillo Arango. Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Demanda

de inconstitucionalidad contra del inciso segundo del artículo 421 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “*medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”. Cuyo Problema jurídico radica:

En primer lugar, la Corte deberá determinar si ¿de la disposición demandada se sigue la norma restrictiva sobre la cual se sustenta el cargo propuesto?

En segundo término y en caso que la respuesta al anterior asunto sea afirmativa, la Sala deberá determinar si ¿la proscripción de la notificación supletoria por aviso del auto de requerimiento de pago al deudor impone una barrera injustificada para el acceso a la justicia y viola la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva? (Delgado, 2019)

Normas Jurídicas relevantes: Artículo 421 (parcial) de la Ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”

Demanda

Los demandantes consideran que la disposición acusada desconoce los derechos de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva.

Según los actores, las razones por las cuales el monitorio ha sido demandado en las anteriores oportunidades son diferentes a las que se exponen en la presente demanda, por lo que, en su criterio, no se puede establecer la existencia de una cosa juzgada constitucional.

Desarrollan el concepto del proceso monitorio, manifiestan que es una estructura atípica, posteriormente se refieren al procedimiento de la notificación de este proceso.

Los ciudadanos sostienen que, a partir de lo dispuesto en los artículos 290 y 291 del CGP, que establecen el procedimiento para la notificación personal y por lo que aducen que es posible concluir que la notificación por aviso es una manera supletiva o subsidiaria para conseguir comunicar al demandado acerca

de la providencia proferida por el juez, ya que literalmente el artículo del monitorio no admite el emplazamiento, pero no dice nada de la notificación por aviso.

Además, la Sentencia C-726 de 2014 a juicio de ellos proscribió la notificación por aviso en este procedimiento, consideran que, en su momento, la Corte no dimensionó las consecuencias de su decisión frente a la proscripción del aviso, la cual sostuvo en la posterior Sentencia C-159 de 2016, consideran que, a partir del artículo 291 del CGP, se entiende que la normativa procesal consagra, avala y respalda la notificación por aviso como subsidiaria de la notificación personal, por lo que la mencionada prohibición es fundamentalmente jurisprudencial y no legal.

La prohibición de la notificación por aviso deja a merced de la voluntad del demandado el avance del proceso monitorio porque perjudica al acreedor o demandante, puesto que podrá mantener paralizado el proceso de manera indefinida.

La notificación personal según los demandantes resta efectividad al proceso, en fundamento a un estudio empírico que realizaron en la ciudad de Cúcuta.

Los accionantes se refirieron directamente a las razones por las que consideran vulnerado el derecho de acceso a la administración de justicia.

Realizaron un análisis de derecho comparado frente al tipo de notificación empleado en otros países en el proceso monitorio.

Por todo lo anterior solicitan la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 421 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, que dicta que “el auto que contiene el requerimiento de pago no admite recursos y se notificará personalmente al deudor”, en el entendido de que cuando no pueda llevarse a cabo la notificación personal del demandado de acuerdo con el artículo 291 del CGP, según sea el caso, sea procedente subsidiariamente la notificación por aviso consagrada en el artículo 292 del CGP, ya que esta interpretación de la norma impide que el proceso sea

obstaculizado indefinidamente y se vulneren los derechos constitucionales de acceso a la administración de justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva (Delgado, 2019).

Decisión

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “se notificará personalmente al deudor”, prevista en el inciso segundo del artículo 421 de la Ley 1564 de 2012 “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

Argumentos de la decisión–problema jurídico resuelto por la Corte

- Para la solución del primer problema jurídico la Corte afirmó que del artículo 421 del CGP se deriva la obligación de que el auto de requerimiento para pago deba notificarse personalmente al demandado, con exclusión de otras formas de notificación previstas en el estatuto procesal civil.
- El segundo problema jurídico resuelto fue que la medida acusada sí cumplía un fin constitucionalmente importante, como es garantizar el debido proceso del demandado a partir de una exigencia particular para la integración del contradictorio, mediante la notificación personal del auto de requerimiento de pago. Uno de los aspectos centrales para la eficacia del derecho al debido proceso, en su componente de derecho de defensa, es el aseguramiento de dicha integración en cada uno de los procesos, pues de otra manera no es posible que el demandado logre tanto acceder al sistema de justicia como hacer efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva.

Ratio decidendi (RD).

La Corte argumentó:

Gramaticalmente, el precepto califica de manera expresa el tipo de notificación que debe surtir, sin que este permita otra modalidad.

Sistemáticamente con otros artículos del CGP, por regla general procede la notificación por aviso, cuando no se puede notificar personalmente, asimismo, tratándose de un verbal el art 369 CGP limita el traslado a 20 días, sin señalar ninguna ritualidad. Para el caso particular de los procesos declarativos especiales, categoría a la que pertenece el proceso monitorio, no existe cualificación sobre el tipo de notificación que debe surtir respectó del auto admisorio salvo para los monitorios. En base a la recopilación normativa que realiza la Corte, encontró la notificación personal como regla especial en el proceso monitorio.

Con su **interpretación finalística** otorga suficiente fundamento a la notificación personal como mecanismo exclusivo para la integración del contradictorio en el proceso monitorio.

La Corte estimó la compatibilidad de la exigencia de la notificación personal con los derechos de acceso a la administración de justicia y a la tutela efectiva, teniendo en cuenta el amplio margen de configuración legislativa para definir los procedimientos judiciales. Teniendo en cuenta que la medida acusada cumple con un fin constitucionalmente importante como es garantizar el debido proceso al demandado, a partir de la exigencia particular para la integración del contradictorio mediante la notificación personal del auto de requerimiento de pago. Además, manifestó que la medida es efectiva y conducente porque el mecanismo procesal que garantiza al demandado el conocimiento sobre la existencia del proceso, tanto como la comparecencia del mismo, es la notificación personal. Establece que si el demandante no logra la notificación personal cuenta con otros procedimientos, por lo tanto, no se configuraría una barrera a la administración de justicia.

Por el contrario, aceptar la notificación por aviso dentro de este proceso configura la violación al debido proceso del demandado, teniendo en cuenta que una vez surtida esta tendría 10 días para comparecer, de lo contrario sería condenado sin que se le admitan recursos y que daría lugar a la ejecución de la decisión judicial, por lo tanto, no podría acudir a otra instancia. Bajo el esquema del artículo 421 del CGP, la sala de la Corte encontró que se afectaría grave y desproporcionadamente el derecho de defensa y contradicción del demandado, que si bien es importante destacar

la eficacia y la agilidad, estas no pueden estar por encima de derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

Argumentos no esenciales

Obiter dicta (O.D)

- Aptitud sustantiva de la demanda en relación con el cargo propuesto. (Cierto, claro, específica, pertinente)
- Inexistencia de cosa juzgada.
- El amplio margen de configuración legislativa en materia de procedimientos judiciales.
- El proceso monitorio y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional.
- El contenido y alcance del derecho de contradicción y defensa. El derecho a la tutela judicial efectiva (Delgado, 2019).

Intervenciones

Universidad Externado de Colombia

- Solicitó a la Corte que declare la **EXEQUIBILIDAD** del artículo 421 (parcial) del CGP, por considerar que el mismo se ajusta a la Carta Política. No obstante, precisó el interviniente que es necesario especificar la interpretación de la Corte Constitucional en el sentido de determinar que la notificación por aviso no está excluida en el proceso monitorio.
- Que no se excluya del proceso monitorio la notificación por aviso ya que funciona como forma de notificación personal ampliada.
- Que tenga en cuenta el derecho legítimo del demandado de concurrir personalmente o si prefiere ser notificado por aviso
- Adicionalmente, la institución educativa consideró que no solo procede la notificación personal o por aviso en el proceso monitorio, pues también procedería la notificación por conducta concluyente que, de conformidad con el artículo 201 del CGP, surte los mismos efectos que la notificación personal.

- Por otro lado, se aclaró en el escrito de intervención que, en el proceso monitorio, la única forma de notificación que se proscribe, de manera expresa, es el emplazamiento, pero que dicha prohibición no se extiende a la notificación por aviso, ni a la notificación por conducta concluyente.
- Finalmente, dicha exclusión ha generado dificultades en la tramitación de estos procesos en el país.

Universidad de Antioquia

- A través de su Semillero de Derecho Procesal intervino en este proceso con el fin de que se declarara la **EXEQUIBILIDAD** simple de la norma demandada.
- Aduce el acceso a la justicia como un derecho de carácter fundamental.
- Frente a la supuesta violación del derecho a la administración de justicia, dice que no se configura teniendo en cuenta que (I) se encuentra dentro de la libertad configurativa del legislador, (II) no impide al demandante utilizar otro tipo de notificación.
- La notificación debe ser garantista frente a los derechos del demandado.
- Finalmente, analiza la naturaleza del proceso monitorio y la notificación personal para concluir que esta constituye una garantía al debido proceso.

Concepto del procurador general de la nación

- Solicitó la exequibilidad condicionada, de la frase “se notificará personalmente al deudor” contenida en el artículo 421 en su inciso segundo, entendiendo que se excluye la notificación por aviso en el proceso monitorio.
- En primer lugar, analizó si en este caso existía cosa juzgada constitucionalmente sobre si se excluye o no la notificación por aviso.

- Seguidamente, analizó si el pronunciamiento de la Corte en la Sentencia C-726-2014 frente a la exclusión de la notificación por aviso hacía parte de la *ratio decidendi* de esta sentencia.
- Asimismo, se refirió a la aplicación del derecho de igualdad en el presente caso, pero este cargo le fue rechazado.
- Finalmente, señaló que no se violan los derechos de acceso a la justicia y el derecho a la tutela efectiva del demandante, ya que, si este proceso no logra satisfacer su necesidad, el mismo ordenamiento le da otros procesos donde tiene igualmente todas las garantías para constituir un título ejecutivo y pueda llevar a cabo todas las demás notificaciones, obteniendo la misma consecuencia jurídica que en el monitorio.

Comentarios

- Determinó en esta sentencia que el auto de requerimiento de pago tiene como regla especial que la notificación sea únicamente personal.
- Teniendo en cuenta el amplio margen de configuración legislativa, argumenta que su fin será que se cumpla a cabal efectividad el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.
- El proceso monitorio procede cuando se pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual y exigible que sea de mínima cuantía.
- Se define el carácter mixto del proceso monitorio, que, si bien inicia como un proceso de carácter declarativo, una vez haya oposición del demandado muta a un proceso de carácter ejecutivo.
- Con base en los precedentes, particularmente las Sentencias C-726-2014 y C-159-2016, la sala concluyó que el legislador prevé el proceso monitorio como un trámite declarativo especial, cuyo objeto es llenar el vacío existente en el reconocimiento y ejecución de obligaciones dinerarias de mínima cuantía que no están respaldadas en un título ejecutivo.

- Este proceso garantiza el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para todos los asociados por parte del Estado.
- El proceso, asimismo, garantiza la igualdad y el derecho al debido proceso, garantizando los derechos de defensa y de contradicción, esto para evitar que se condene arbitraria e injustamente a la parte pasiva de la controversia.
- La norma “se notificará personalmente al deudor” no admite otra modalidad para el efecto, además de ser una regla especial, debido a su trámite simplificado y *ágil*, se hace necesaria para que se lleve a cabo el contradictorio la notificación personal.
- Lo que garantiza el conocimiento y la comparecencia real del demandado dentro de este proceso es la notificación personal, por ende, la medida es efectiva y conducente para garantizar la plena oportunidad de que sean oídas ambas partes, a no ser que el demandado se allane.
- No se admite la notificación por aviso en estos casos porque estaríamos frente a la violación de los derechos que tiene el demandado.
- En cuanto a si la medida es desproporcionada para el demandante, la Corte ha manifestado que no porque el mismo Código General del Proceso prevé otros procesos de no lograr la notificación personal del demandado, con los que sí lograría la notificación en sus diversas formas.

La notificación personal en el proceso monitorio en el marco de la Sentencia C-031/2019

La Sentencia C-031-2019 marca un precedente en el ordenamiento jurídico colombiano vigente, por su parte, en contraposición a los accionantes, mediante esta sentencia la Corte dejó en claro que para el proceso monitorio solo será procedente la notificación personal del requerimiento de pago, por la prelación de los derechos fundamentales del debido proceso y el derecho de defensa del demandante antes que los principios procesales que predica dicho proceso. Los accionantes en esta sentencia alegan que, al proscribir la notificación por aviso en el proceso

monitorio, se desconoce el derecho a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva. En atención a esto, la Corte reafirmó que la notificación personal del requerimiento de pago es la única compatible en este proceso para garantizar los derechos alegados en atención al amplio margen de configuración legislativa.

Si bien los accionantes alegan que por la estructura atípica que se encuentra dentro de este proceso, debido a la inversión del contradictorio, se debería permitir la práctica de la notificación por aviso. Sobre esto, la Corte manifiesta que, al aceptar la pretensión anterior, configuraría una violación grave a los derechos fundamentales del demandado; una vez surtida esta notificación y de no comparecer el demandado, será condenado sin admitírsele ningún recurso y, una vez se dicte su ejecución, tampoco podrá acudir a otra instancia. Al sentir de los accionantes, la notificación personal en virtud del artículo 290 y 291 del CGP admite la notificación por aviso de forma supletiva, partiendo de que literalmente el artículo 421 del CGP no prohíbe esta notificación, como lo hace con el emplazamiento. Frente a esto, la Corte sostiene que la notificación personal es una cualificación establecida sobre el tipo de notificación que debe surtir, y solo fue establecida para este proceso como la garantía efectiva y conducente para el conocimiento del proceso y la comparecencia material del demandado en el proceso.

Los accionantes manifestaron que la Corte, en las sentencias anteriores, proscribió la notificación por aviso del proceso monitorio sin dimensionar consecuencias y que fue una decisión jurisprudencial y no legal, que deja al arbitrio de la voluntad del demandado a que se lleve a feliz término este proceso, por el contrario, lo paraliza. La Corte sostuvo, primero, de conformidad a la disposición legal del artículo 421 del CGP, que las decisiones anteriores fueron legales; y segundo, que las decisiones anteriores surgen por el cumplimiento de un fin constitucional importante como es garantizar los derechos fundamentales del demandado y del demandante, teniendo en cuenta que el demandado una vez notificado de acuerdo a su conducta procesal será o no sancionado. Ahora bien, en el caso de que el demandante no logre la notificación del demandado no se configura una barrera injustificada a la administración de justicia para él,

teniendo en cuenta que la ley le brinda otros procesos que garantizan su derecho de crédito, pero prescindiendo de la eficacia y agilidad del proceso monitorio por la simplificación de trámites de este.

Conclusiones

Se ha logrado analizar que la notificación personal en los procesos monitorios, en el marco de la Sentencia C-031/2019 de la Corte Constitucional colombiana, cualifica el tipo de notificación que se debe surtir de manera exclusiva en el proceso monitorio. La finalidad del proceso monitorio es garantizar a los acreedores de obligaciones dinerarias de mínima cuantía, que no tienen un título como respaldo de ello, la consecución de este, con un trámite simplificado, ágil y, además, nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. El proceso monitorio limita la obligación dineraria que persigue a la mínima cuantía, en virtud de estudios previos realizados, donde se logró determinar que existe un número considerable de la población que no percibe ingresos superiores a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, no supera la mínima cuantía establecida en Colombia; por lo tanto, es un proceso garantista para sus administrados.

La notificación por aviso no resultaría idónea en virtud de esta sentencia, dado que estaríamos frente a la violación de derechos fundamentales del demandado como es el derecho al debido proceso del cual hace parte el derecho de defensa. Partiendo de la premisa de oponerse o no, o guardar silencio, el juez procederá a dictar sentencia condenatoria, condena que se lograría con convencimiento solo con la versión de una persona que, sin ningún respaldo *más que su dicho*, alega que aquel le debe.

Seguidamente, como lo dice el Código General del Proceso, el medio de notificación es la personal, excluyendo, literalmente, el emplazamiento. Este proceso es garantista para ambas partes, puesto que el demandante tiene la carga de lograr la notificación personal del deudor y el demandado tiene la carga de probar o no lo que alega el demandante. Por otra parte, de no ser materialmente posible la notificación personal, no estaríamos frente a una limitación o negación al acceso a la justicia para el acreedor, porque de él depende que el deudor se notifique, le corresponde esa carga. No

obstante, el código le facilita otros procesos para la consecución del pago de derecho de créditos, dichos procesos lograrían la comparecencia del demandado, reconociendo la notificación en todos sus escenarios.

También encontramos que la descongestión judicial sería importante y destacable al momento que estos procesos logren su finalidad, de lo contrario tendríamos procesos más largos, tediosos, proliferando la congestión judicial y recargando a los operadores judiciales con controversias que podrían resolverse al cabo de 10 días, notificado el deudor. Al ser paralizado el proceso monitorio por la notificación personal del requerimiento de pago, no se lograría el fin social para el cual este fue creado.

Finalmente, logramos concluir el estudio de esta investigación llevando a cabo cada uno de los objetivos propuestos, no obstante, esta investigación, nos arroja las siguientes inquietudes:

¿Se han iniciado procesos monitorios en Sincelejo?

Y de ser afirmativo el anterior interrogante ¿Contribuye o no el proceso monitorio en la descongestión judicial de los estrados judiciales en Sincelejo o, por el contrario, son procesos de nunca acabar?

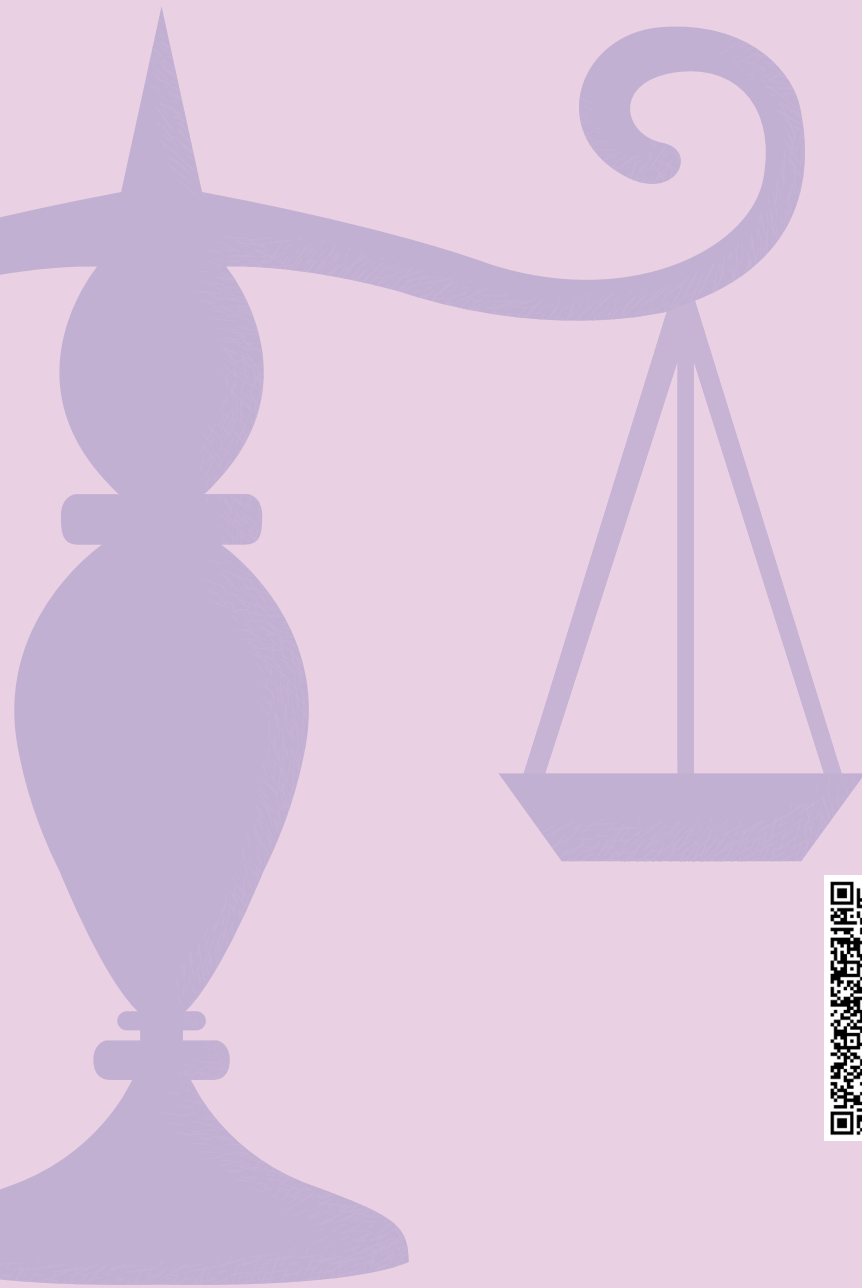
Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de Julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Imprenta nacional. Recuperado el 09 de Septiembre de 2019, de <https://onx.la/631ed>
- Azula-Camacho, J. (2015). *Manual de derecho procesal* (Novena ed., Vol. 2). Bogotá, Colombia: Temis. Recuperado el 06 de Septiembre de 2019
- Azula-Camacho, J. (2016). *Manual de derecho procesal* (Sexta ed., Vol. 3). Bogotá, Colombia: Temis. Recuperado el 15 de 09 de 2019
- Azula-Camacho, J. (2016). *Manual de derecho procesal* (Undécima ed., Vol. 1). Bogotá, Colombia: Temis. Recuperado el 15 de 09 de 2019
- Bejarano, R. (2017). *Procesos Declarativos, Arbitrales y Ejecutivos* (Octava ed.). Bogotá, Colombia: TEMIS S.A. Recuperado el 06 de Septiembre de 2019
- Carnelutti, F. (2019). *Monografías Jurídicas Como Se Hace un Proceso*. BOGOTÁ-COLOMBIA: TEMIS S. A.

- Congreso de la República. (1887). Consejo Nacional Legislativo. *Ley 57 de 1887 Código Civil*. Recuperado el 08 de 09 de 2019, de <https://onx.la/5d9ba>
- Congreso de la República. (1970). Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970. *Decreto 1400 DE 1970 Código de Procedimiento Civil*. (P. d. República, Ed.) Bogotá, Colombia. Recuperado el 08 de Septiembre de 2019, de <https://onx.la/e8989>
- Congreso de la República. (12 de julio de 2012). Diario Oficial. *Ley 1564 2012*. Bogotá, Colombia. Recuperado el 09 de Septiembre de 2019, de <https://onx.la/05a5d>
- Corte Constitucional. (05 de 02 de 1996). Sentencia C-037-1996. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- Corte Constitucional. (18 de Agosto de 2004). Sentencia C-783.
- Corte Constitucional. (13 de 05 de 2013). Sentencia C-279. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-279-13.htm>
- Corte Constitucional. (28 de 05 de 2014). Sentencia T-308. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=t=jurcol_060abafbc501c6e0530a01015101c6
- Delgado, G. E. (30 de Enero de 2019). Sentencia C-031. *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-031-19.htm>
- Dellepiane, A. (2016). *Nueva Teoría De La Prueba*. Bogotá-Colombia: Temis S. A.
- Devis-Echandía, H. (2015). *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Colombia: TEMIS S.A. Recuperado el 06 de Septiembre de 2019
- Legis editores S.A. (2019). *Código General del Proceso*. Bogotá, D.C.: Legis.
- López-Blanco, H. (2007). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano* (Novena ed.). Bogotá, Colombia: DUPRE. Recuperado el 06 de Septiembre de 2019
- Real Academia Española. (20 de 08 de 2019). *Notificar*. Obtenido de <https://dle.rae.es/?id=Qec6jfg>
- Rodríguez, A. A. (1988). *Teroría de las Obligaciones*. Chile: Juridica Ediarconosur. Recuperado el 03 de 08 de 2019, de <https://onx.la/a0071>

- Sánchez, M. B. (2010). *Obligaciones civiles* (sexta ed.). Mexico: Oxford university press. Recuperado el 03 de 09 de 2019, de <https://onx.la/a0071>
- Véscovi, E. (2006). *Teoría General del Proceso* (Reimpresión de Segunda Edición ed.). Bogotá, Colombia: TEMIS S.A. Recuperado el 06 de Septiembre de 2019

Capítulo 3



Los jueces penales como garantes de Derechos Humanos en México desde la reforma constitucional de 2011

José Magaña Lauriano¹, Margarita Cantero Ramírez²,
Silvia Alexandra Esquivel Díaz³

Resumen

Este trabajo tuvo por objetivo analizar el actuar de los jueces en el proceso penal respecto a cómo se hacen valer los derechos humanos desde la reforma del 2011. Ello por medio de un estudio documental y del análisis de contenido de textos jurídicos, así como académicos, internacionales y nacionales que ayudaron a describir el garantismo que realizan los jueces para proteger los Derechos Humanos en México. El principal hallazgo apunta al actuar de los jueces penales sobre el deficiente garantismo jurídico hacia los Derechos Humanos en general, puesto que no realizan un control difuso de estos ya sea por desconocimiento en cómo aplicarlo, porque se ven involucrados en intereses económicos y aspectos sociales, como la presión social en la toma de sus decisiones, o simplemente por cuestiones políticas.

Palabras clave: derechos humanos, protección de los Derechos Humanos, control de convencionalidad.

1 Maestrante en Derecho por el Centro Universitario del Sur (CUSUR) de la Universidad de Guadalajara (U de G). Correo: josemagana0544@gmail.com ORCID: 0000-0002-3591-801X

2 Margarita Cantero Ramírez. Profesor de asignatura en el Centro Universitario del Sur (CUSUR) de la Universidad de Guadalajara (U de G) Correo: margarita.cantero@academicos.udg.mx, ORCID: 0000-0001-8515-7864

3 Doctora en Derecho Penal y Constitucional, certificada internacionalmente en litigación estratégica en el Sistema Interamericano y Sistema Universal de Derechos Humanos. Correo: esquivel_diaz@hotmail.com ORCID: 0000-0002-8280-6571

Criminal judges as guarantors of human rights in Mexico since the 2011 reform

Abstract

The objective of this work is to analyze the actions of the judges in the criminal process in compliance with human rights from the 2011 reform through a documentary investigation using the content analysis of national and international legal instruments, as well as of different types of academic texts that helped describe the guarantees that judges make towards the protection of human rights in Mexico. Among the findings, it stands out that many of the criminal judges make a deficient legal guarantee towards the protection of human rights in general since they do not carry out a diffuse control of human rights, either due to ignorance of how to apply it or simply because they are involved in interests economic and social aspects, such as social pressure in making decisions or simply for political reasons.

Keywords: human rights, protection of human rights, conventionality control.

Introducción

Los derechos humanos (DD.HH.) han sido tema recurrente en estudios de distintos tipos. Desde la visión jurídica, organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han promovido instrumentos vinculantes para los Estados, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP). México ha formado parte de dichos instrumentos internacionales y, con ello, ha adquirido compromisos y responsabilidades internacionales, entre ellas:

Las relacionadas con los compromisos en el respeto, garantía y protección, consideradas actividades donde se ven involucrados los órganos jurisdiccionales que imparten justicia, siempre velando por la protección más amplia de los DD.HH., quienes deberán implementar el control de convencionalidad (CDC) y observar en todo momento que las normas internas no sean contrarias a lo que marca la propia convención (Herrera, 2016).

Según esto, el Poder Judicial debe respetar y adherirse no solo a lo que marca la CADH y el PIDCyP, sino también a lo que estipula la propia Corte IDH, ya que en sus sentencias se establecen lineamientos y puntos muy importantes que regulan el seguir jurídico; así también sucede con las interpretaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos (CDH), por el cual debe guiarse el Poder Judicial a la hora de llevar a cabo sus resoluciones; además, tienen la obligación de llevar a cabo la atracción de tratados o convenios que ayuden a dar cumplimiento a lo que marca el artículo primero constitucional. Esto implica no solo a México, sino también a todo aquel país miembro de la CADH, el PIDCyP o de cualquier tratado internacional al que haya querido adherirse voluntariamente.

En la transición de DD. HH. del 2011 y de la reforma del 2008, en materia penal, de acuerdo con Contreras (2015) y Eloy (2014), surgieron dos posturas:

La primera de ellas se caracteriza por tener un enfoque positivista de vertiente dogmática, en la que los jueces demuestran comportamientos renuentes al cambio del sistema y, asimismo, hacia un paradigma completamente diferente, es decir, aquel en el que se tienen que garantizar

los DD. HH. De igual forma, muchos de los jueces consideran las normas como algo rígido, donde prevalece la forma sobre el contenido con aplicaciones lógico-deductivas.

Mientras que la segunda postura, también positivista, es de vertiente crítica. En esta, las decisiones de los jueces no sólo versan en la validez de las normas, sino que aceptan que ellas se pueden ampliar para una mayor protección de los DD. HH. Donde toda aplicación de la norma deberá siempre velar por el respeto de la dignidad personal considerada base y condición de todo derecho humano (Contreras, 2015).

Dicha ampliación se ve respaldada con la aplicación del principio de CDC, introducido su abordaje con la reforma de 2011. Aunque esto no es nada nuevo, ya que aquel país que haya ratificado su adherencia a cualquier tratado internacional tiene la obligación, desde ese entonces, de dar cumplimiento a lo estipulado y, asimismo, de respetarlos, garantizarlos y hacerlos valer desde el momento en el que se ratifican. Al respecto, se tiene como hipótesis de trabajo que los jueces y el mismo gobierno no le dan, hasta la fecha, la importancia debida a la protección y garantía de los DD. HH. en procesos penales, en muchas de las decisiones que toman.

El CDC permite la aplicación del derecho interno una vez revisado y valorado que las normas internas no vayan en contradicción con lo que dictan los tratados internacionales; al no haber ninguna contradicción o violación a un derecho humano, puede aplicarse sin problema alguno aquel derecho que se quiera atender. Por lo cual, este control puede considerarse como:

Una herramienta clave para que los jueces valoren y analicen minuciosamente las diversas situaciones e interpretaciones jurídicas que resuelven, garantizando con ello la protección y respeto de los DD. HH. bajo estándares mínimos nacionales e internacionales plasmados en tratados, convenciones y pactos que abonen a cumplir además el principio pro persona (Carpizo, 2012; Contreras, 2015; Vargas, 2018).

En este sentido, Aguilar (2013) señaló que es obligación de la totalidad de jueces del país “verificar la compatibilidad de sus decisiones con los tratados internacionales de Derechos Humanos de los que México es parte, incluyendo la Convención Americana y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (p. 738). El derecho internacional

protege ampliamente en su contenido la dignidad de la persona ante los Estados, por lo cual tiene una índole ideológica y complementaria del derecho interno al ser utilizado “cuando la norma nacional no se ajusta ni puede aplicarse a la realidad de los casos en busca de brindar una garantía mínima de protección de los DD. HH. de las personas” (Benavente, 2012; Carpizo, 2012; De la Rosa, 2010).

En este tema, uno de los problemas principales respecto a la impartición de justicia que imparten los órganos jurisdiccionales en México es que su proceder muchas veces se ve limitado por la actuación del ministerio público y la policía, quienes supeditan la actuación de los jueces por su mala ejecución en actos procesales anteriores; e incluso, las resoluciones de muchos de los órganos jurisdiccionales llega a verse permeado por aspectos e intereses económicos, políticos y de opinión pública, llegando en muchas ocasiones, a afectar severamente el garantizar, proteger y respetar de DD. HH. de los implicados en los hechos delictivos, como se ve en muchos de los casos que se dan a conocer por medio de los medios de difusión (Contreras y Contreras, 2012; Herrera, 2016; Ibarra, 2018).

A partir de la reforma constitucional de 2011, se buscó y encontró, entre comillas, la forma de proteger los DD. HH. ya que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Constitución) reconoció que los tratados internacionales y la Constitución están en el mismo nivel de jerarquías, ya que México ha firmado un sinnúmero de tratados internacionales en donde se ven reconocidos valiosos DD. HH.; y, por lo tanto, es de suma importancia que se hagan valer por las autoridades, así como por parte de la persona (Elías, 2012; Rocha, 2014).

Además, en dichos compromisos adquiridos a nivel internacional, entre los cuales sobresale la CADH y el PIDCyP, se establece el principio pro persona, el cual alude a que “al momento de elegir el juzgador qué norma aplicar en un caso en particular siempre deberá de elegir aquel ordenamiento jurídico más protector de los DD. HH. ya sea la propia Constitución, tratado internacional o inclusive una ley o reglamento” (García, 2014; Martín 2014). Sin embargo, como ya se manifestó, en la práctica la actuación de muchos jueces se ha visto cuestionada por la sociedad a causa de muchos aspectos descritos, volviéndose un aspecto

que aqueja a la debida impartición de justicia, pues el actuar de muchos de los órganos jurisdiccionales es contrario a lo que dicta el derecho interno o el internacional.

Ante el contexto planteado, resulta pertinente abordar la situación que ha enfrentado y que enfrenta México con respecto a la preocupación sobre la protección de los DD. HH. ya que como menciona Salazar (2015) el Estado mexicano ha presentado momentos muy difíciles y graves en referencia a transgresiones hacia los DD. HH. llamando la atención pública de medios tanto nacionales como internacionales. Principalmente al considerar que, para un país que no está en conflicto bélico, la cifra de muertos, entre 2006 y 2015, son sumamente impactantes y alarmantes, ya que se registraron un total de 151.233 personas asesinadas; asimismo, un total de 26.000 personas cuyo paradero se desconoce, eso sin contar mujeres víctimas de feminicidio.

Asimismo, Salazar (2015), basándose en el informe de la CIDH, refiere que en el 2014 se presentaron 500 peticiones individuales ante la CIDH por violaciones cometidas en el Estado mexicano, lo cual representa el mayor número de denuncias presentadas en ese año. Esta cifra muestra que ni siquiera los demás países latinoamericanos en conjunto, durante ese año, presentaron tantas denuncias como México.

Los datos en mención permiten evidenciar la situación tan grave por la que está pasando el Estado mexicano, y esto es solamente lo que se ventila en la Corte IDH. Otro dato importante lo presenta la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), quien recibió un total de 8455 quejas en las que se veían reflejadas violaciones a los DD. HH. por parte de las autoridades mexicanas.

A partir de las tantas quejas que recibió, dicha comisión solamente emitió un total de 55 recomendaciones a las autoridades mexicanas sobre las que los particulares hacían el señalamiento y cabe destacar que dichas recomendaciones aparentemente no son vinculantes para la autoridad responsable, por lo cual quedan como simples sugerencias. Estas, al final de cuentas, para nada sirven, ya que es facultad de la autoridad receptora si las acata o no; sin soslayar que, en 2011, a través de la reforma constitucional al numeral constitucional 102 apartado B, se establecen ciertos adelantos al respecto:

- Que la CNDH ha adquirido el carácter de organismo constitucional autónomo
- Que, en el momento de emitir una recomendación, si la autoridad no desea darle cumplimiento, deberá justificar sus motivos. Lo cual refleja que se está tratando de dar fuerza a las resoluciones emitidas por la CNDH; asimismo, enfatizamos que al referirnos a que “aparentemente” sus recomendaciones no son vinculantes, es preciso recordar que, ante el incumplimiento de la autoridad responsable sobre la investigación, sanción y reparación del daño por violación de DD. HH. en agravio de cualquier persona, se genera una hipótesis de responsabilidad internacional del Estado; por ello, es necesario cambiar la visión que se tiene de las recomendaciones realizadas por la CNDH, para la justiciabilidad de los DD. HH. en sede interna.

Aunado a ello, en 2014 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas visitó México, reportando que la percepción que tuvo fue muy preocupante y poco alentadora, ya que a pesar de que México en el 2011 logró hacer un cambio radical de reforma a la Constitución en materia de DD. HH., lo cierto es que hasta la fecha sigue habiendo violaciones graves a los DD. HH. haciendo referencia al caso Ayotzinapa, de la desaparición de 43 normalistas; además de las persecuciones que se han hecho en contra de periodistas (Salazar, 2015).

En este sentido, en 2014 el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) realizó el conteo sobre las quejas presentadas ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, encontrando que a partir de esa fecha las cifras de quejas se dispararon alarmantemente, ya que se obtuvo un total de 27.308 víctimas de transgresiones a sus DD. HH. por parte de las autoridades, de las cuales todas ellas ameritaron que se les abriera expediente por ser procedente dicha queja y, ante tales circunstancias, se emitió un total de 86 recomendaciones por parte de dicho organismo.

A todas luces estas son cifras muy preocupantes que requieren ser atendidas a la mayor brevedad posible, ya que, como lo menciona el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, a pesar de que se dio una reforma en pro de la protección de los DD. HH. lo cierto es que hasta la fecha las cifras de violaciones a los DD. HH. siguen en aumento.

Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo se planteó como objetivo describir el actuar de los jueces penales como garantes de los derechos humanos ante los compromisos internacionales que ha suscrito México a partir de la reforma constitucional del 2011; asimismo, busca responder a la pregunta de investigación: ¿Cómo está normado el actuar de los jueces penales como garantes de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de 2011? considerando los compromisos internacionales suscritos por el país y lo normado al interior.

Metodología

Se realizó un estudio de tipo documental en el que las fuentes de información fueron artículos en particular de los instrumentos jurídicos internacionales: 1, 2, 7, 8, 9, 10, 11 y 12, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1.1, 2, 4, 7, 8 y 25, de la CADH; 2, 9, 10 y 14, del PIDCyP; así como 26 y 27, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. De igual forma, de instrumentos nacionales: artículo 1 de la Constitución. Además, se retomaron 30 documentos académicos (artículos, capítulos de libros y libros) publicados en el periodo de 2010 a 2020, recuperados en el mes de julio de 2020 de las bases de datos del Congreso de la Unión, Vlex, Ebsco, Jstor y Redalyc, al usar los descriptores “Jueces penales” AND “garantismo”, “Jueces penales” AND “Derechos humanos” y “Jueces penales” AND “convencionalidad”.

Los resultados obtenidos fueron filtrados al considerar el título y/o resumen de los descriptores antes mencionados. La intención fue encontrar en ellos el actuar de los jueces penales en torno a lo normado en instrumentos jurídicos nacionales y/o internacionales, así como que presentaran una descripción de en qué consiste y se refleja la conducta enunciada en la práctica en torno a los procesos penales.

Los datos obtenidos fueron ordenados con el apoyo de una matriz de trabajo, donde los títulos de las columnas fueron: artículo, instrumento jurídico, comentario, cita, objetivo de investigación, resumen de resultados y conclusiones. Posteriormente, se empleó la técnica de análisis de contenido para identificar y conocer cómo es el actuar de los jueces penales en relación a la protección y garantía de los DD. HH. a partir de la reforma

del 2011, utilizando como unidad de análisis los comentarios de los autores y lo establecido textualmente en los artículos de interés, a partir de los cuales se obtuvieron categorías y subcategorías que se presentan y analizan en el apartado de resultados.

Las consideraciones éticas seguidas, al tratarse de un estudio documental, se ajustan a lo establecido en el Manual de la Asociación Americana de Psicología (APA) en su sexta edición, que busca salvaguardar los derechos de autoría de los autores al citarlos y presentar las referencias con los elementos establecidos por el APA; asimismo, la información es presentada bajo los principios de responsabilidad, honestidad, compromiso y rectitud.

Resultados

De garantías individuales a los derechos humanos

En la Constitución, una de las reformas más significativas fue la que se dio en el año 2011, en la cual se modificó el capítulo primero: lo que se llamaba garantías individuales pasó a denominarse DD. HH. El propósito de esta reforma es que se reconozcan los DD. HH. tanto nacional como internacionalmente, donde la totalidad de las autoridades deberán proteger, respetar, promover y garantizar los DD. HH. Al respecto, Pelayo (2013) refirió que el término de garantías individuales fue motivo de confusión, debido a que con las doctrinas más modernas se empezó a dividir a los llamados derechos y los medios para hacerlos valer, de tal manera que cuando se habla de garantías individuales, por ende se hacía referencia a los derechos protegidos por la constitución, por lo que los términos de garantías individuales, derechos fundamentales y los DD. HH. hacían referencia a los derechos que estaban albergados en la constitución política, pero en cuanto a los conceptos en específico son diferentes ya que cada uno hace una interpretación distinta de los DD. HH.

En lo anteriormente establecido, antes de la reforma del 2011, Carmona (2012) señaló y coincidió con Galinzoga (2012) que muchos derechos no eran reconocidos y no podían ser susceptibles de protección por medio de un amparo, ya que algunas tesis hacían mención de que

no eran garantías individuales, puesto que no se encontraban dentro de los primeros 29 artículos por encontrarse fuera del título primero, por lo que se puede observar que, de ese modo, había un impacto en cuanto al término y protección de los DD. HH.

Bajo este escenario evolutivo, los jueces deben cumplir con lo normado en los tratados internacionales, pues a lo largo del tiempo han venido transformándose y evolucionando de manera tal que se tiene que reflejar un garantismo jurídico por parte de las autoridades. Con base en el derecho internacional, no solamente se debe revisar si un ordenamiento o norma va en contra de lo que dispone la Constitución, sino que también se tiene como obligación el salvaguardar los Derechos Humanos y que en México se cumplan dichos tratados tendentes a que haya una mayor protección a nivel mundial de los DD. HH.

Por su parte, Carmona (2012) mencionó que otro problema frecuente era que México cuenta con aproximadamente 70 tratados y no existe la certeza de que esos derechos contemplados en los tratados se puedan aplicar en un caso concreto; es decir, cuando una persona solicitaba hacer valer un derecho de acuerdo con algún precepto de la Constitución y a la vez lo acompañaba con lo que se estipulaba en algún tratado internacional que señala casi lo mismo, se podía solicitar el amparo; pero cuando solo se anexaba un derecho que se encontraba regulado en un tratado, el amparo no procedía ya que se consideraba en muchas de las interpretaciones de los juzgadores que los DD. HH. no eran parte de las garantías individuales, las cuales comprenden desde el artículo 1 al artículo 29 constitucional.

Al respecto, Carmona (2012) relató que hubo un cambio con la reforma de 2011 en cuanto a la jerarquía “debido a que se agregó el principio pro persona, es decir, no importa qué norma tenga mayor jerarquía, sino que tendrá más jerarquía la norma que otorgue una protección mayor de los DD. HH.” Pero señala el autor en mención que, para que se lleve a cabo una interpretación conforme, en estrecha relación con el principio pro persona, o bien de control difuso, se esperaría la realización de un análisis basado en los siguientes pasos:

- En primer lugar, el juzgador debe verificar que exista un tratado internacional;

- En segundo lugar, debe verificar y comprobar que se encuentre publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF);
- El tercer punto que se debe verificar es que dicho tratado ya se encuentre en vigor.
- El cuarto punto se debe revisar además si existe alguna declaración que interprete este tratado;
- y como último punto, y uno de los más importantes, se debe verificar si dicho tratado se puede aplicar al caso que se esté presentando y si dicho tratado protege ampliamente el derecho a garantizar (Carmona 2012).

Al relacionar ello con el CDC, Mejía y Becerra (2016) mencionan que aunque el término es reciente, la obligación de este principio por parte de los órganos jurisdiccionales viene desde mucho antes de la reforma constitucional del 2011, incluso hasta antes de la sentencia del mencionado caso contencioso de la Corte IDH (2009), Rosendo Radilla Pacheco vs. México, en el que se determinó que aquel país que suscriba un tratado internacional desde ese momento está obligado a su observancia.

Para entender lo que es el CDC es necesario recordar que el entonces juez Sergio García Ramírez, en el voto particular del caso contencioso ante la Corte IDH Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), hace una aproximación del concepto de CDC; sin embargo, en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006) se establecieron los elementos esenciales de dicha figura, donde indica en su párrafo 124 que los representantes del Poder Judicial deben considerar el tratado y su interpretación realizada por la Corte IDH, intérprete último de la CADH.

De esta manera, encontramos una línea jurisprudencial al respecto en casos como el de La Cantuta vs. Perú (2006) en su párrafo 173; así mismo, en el caso Boyce y otros vs. Barbados (2007) en sus párrafos 77, 78, 79 y 80; en el caso López Lone y otros vs. Honduras (2015) en su párrafo 307; en el caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua (2018) en su párrafo 225; sin poder dejar de lado los casos de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006) en su párrafo 128; caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008) párrafo 180; caso Rosendo Radilla Pacheco

vs. México (2009) en su párrafo 339; caso Fernández Ortega y otros vs. México (2010) párrafo 236; caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010) párrafo 219.

Al igual que el caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam (2014) párrafo 151; caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2019) párrafo 225; caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (2014) párrafo 311; caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015) párrafo 346; caso Gelman vs. Uruguay (2011) párrafos 193 y 239, entre muchos más casos resueltos por la Corte IDH, en la cual se establece el concepto de CDC y la obligación de cada una de las autoridades públicas vinculadas con la administración de justicia en todos los niveles a ejercerlo. Bajo dicho argumento Becerra (2016) menciona que la obligación del Estado mexicano es solucionar los conflictos jurídicos en los cuales tengan que ver o se trate de DD. HH., por lo que los jueces deben esforzarse por comprender este nuevo tipo de constitucionalismo para llevar a cabo el CDC. Por otro lado, se evidencia la existencia de una falta de aplicación del CDC, uno de los motivos puede ser que se deba a que es tema reciente, o en donde se ven envueltos temas como lo es lo relacionado con la corrupción, el aspecto económico, el social o aspectos políticos.

Por otra parte, Salazar (2014) resaltó, basado en el numeral 133 de la Constitución, que los tratados internacionales y demás leyes emanadas de los mismos estarán a la par con la Constitución y serán Ley Suprema. Entonces, la reforma que se realizó al artículo 1 constitucional en el año 2011, donde se reconocen los DD. HH. albergados en los tratados internacionales y en la Constitución, hace mención que la autoridad tiene, como parte del Estado, la obligación de respetar, proteger, promover y garantizar los DD. HH., basándose en los principios de universalidad, independencia, progresividad e indivisibilidad, teniendo relación con lo que se mencionaba del artículo 133 constitucional.

Para Salazar (2014) el CDC “es una herramienta la cual ayuda a identificar cómo los ordenamientos jurídicos se vinculan entre sí para lograr un bien común que es lograr el mayor garantismo de protección de los DD. HH.”, por lo que el concepto por parte de la CADH surge de los artículos 1 y 2 de ese mismo ordenamiento, así como en el artículo 1 y 2 del PIDCyP. Ambos tratados internacionales hacen mención del compromiso

adquirido por los Estados de hacer cumplir y respetar los derechos que se encuentran establecidos en dichos ordenamientos jurídicos; también refieren que, cuando no se encuentren garantizados los derechos, los Estados deben implementar a nivel legislativo las medidas pertinentes que permitan cumplir con las libertades y los derechos de las personas. Esto hace indispensable al CDC, pues es el medio por el cual se pueden hacer efectivas las obligaciones mencionadas anteriormente, ya que garantiza la compatibilidad de lo normado a nivel nacional con las disposiciones y compromisos adquiridos por medio de los tratados internacionales.

El concepto de control de convencionalidad

La CADH y el PIDCyP son normas muy amplias, en estas se encuentran regulados todos los DD. HH.; en este sentido, en el año 2006 surgió la doctrina de CDC, la cual plasma que el Poder Judicial debe hacer una armonización entre la norma local y el derecho internacional con el caso aplicable. En los distintos abordajes realizados desde la academia sobre dicho control, se han dado definiciones más amplias sobre las cuales no hay un consenso más allá de la base de la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH, lo establecido en el PIDCyP, así como lo interpretado por el CDH de la ONU.

Evidencia de ello es que Herrera (2016), así como Cubides, Chacón, Sánchez y Pérez (2015) consideraron al CDC como una herramienta a disposición de Estados mediante la cual pueden concretar la obligación de garantizar los DD. HH. internamente, dado que dicho control permite verificar la conformidad de las normas y las prácticas nacionales con la CADH, la jurisprudencia que emita la propia Corte IDH, lo establecido en el PIDCyP, así como lo interpretado por el Comité de Derechos Humanos y por otros procedimientos especiales de la ONU.

En otros términos, el CDC es la revisión que se debe hacer para verificar que la conducta analizada esté de acuerdo con el derecho internacional y demás disposiciones internas del país donde se esté llevando el asunto y que son aplicables al caso en cuestión. Además, la reforma llevada a cabo en el 2011 en materia constitucional, orientada hacia una mayor protección de los DD. HH., es sin duda uno de los más grandes avances que se tienen, allí se contemplan el derecho internacional vinculante y de observancia para el Estado Mexicano, por lo que servirá como parámetro para regular los actos,

las omisiones y las demás normas internas. De esta manera, los derechos albergados en tratados internacionales y en la Constitución se armonizan para que exista un parámetro protector de los DD. HH. y para que, a su vez, estos no sean violentados por las autoridades.

Otros autores como Pelayo (2013) recuperan elementos históricos para plantear el concepto del término en cuestión, pues menciona que anteriormente el CDC solo se utilizaba para referir como un ejercicio que la Corte IDH usaba para analizar lo complejo de un asunto; es decir, lo definían como la competencia que tenía la Corte IDH para conocer o decidir sobre un caso, el cual era aplicado a la CADH ya sea en los hechos o derechos de cualquier asunto que esté dentro de su competencia.

Para Aguilar (2013) el CDC se define como el actuar que los jueces realizan de conformidad con la norma interna respecto de las normas internacionales, es decir, respecto de los tratados internacionales en los cuales el Estado se obligó consentida y libremente. Aunado a ello, Aguilar (2019) agrega que dicho control tiene como objeto que cada uno de los Estados cumpla con las obligaciones internacionales, las cuales son asumidas al momento de firmar la CADH.

En este sentido, autores como Ferrer (2016) y Cubides (2015) definen este tipo de control como el deber que cada juez tiene de examinar en casos concretos la compatibilidad de las disposiciones y los actos internos, así como también los tratados internacionales y la Corte IDH. Desde esta perspectiva, los juzgadores tienen que estar atentos a que las disposiciones que se vayan a aplicar a los casos específicos, no vayan en contra de los DD. HH. referidos en tratados internacionales. Lo anterior debería reflejarse en que la Corte IDH haga uso del CDC y en que sus veredictos se descarten normas que resulten contrarias a la CADH, incluyendo normas constitucionales, pues debemos recordar que, en materia de DD. HH., siempre se debe respetar y debe predominar lo que está establecido en la convención.

De esta manera, para Esquivel (2015) en el CDC resaltan como características los estándares y las reglas provenientes de sentencias de los tribunales internacionales, por lo que es una herramienta que obliga a

los jueces a cumplir con este principio para que se respeten y garanticen los derechos que se encuentran descritos en la CADH, esto permite la efectividad de los DD. HH.

Mientras que para Esquivel (2015) el concepto de CDC surge del derecho de constitucionalidad, ya que este derecho también consiste en hacer valer lo establecido en la Constitución, para que los jueces no apliquen normas que vayan en contra de la misma, a su vez, implica la defensa de los derechos fundamentales que se encuentran regulados en la carta magna.

Por esta razón, cuando se trate de DD. HH., los órganos jurisdiccionales nacionales deberán hacer una interpretación armónica del derecho internacional y local para así tener, realmente, una efectiva protección de los DD. HH. fundamentada en los compromisos adquiridos y lo normado en los distintos instrumentos jurídicos.

El Estado mexicano, la Corte IDH y el control de convencionalidad

Para el Estado mexicano la reforma del 2011 a la Constitución ordena que las normas se deben interpretar conforme a la misma y a los tratados internacionales de los cuales forma parte, cabe mencionar que, de acuerdo al numeral 133 de la Constitución, todas las leyes que surjan de los tratados internacionales y la Constitución serán inferiores en rango a la Constitución (Herrera, 2016).

La reforma de la Constitución involucró un proceso llevado a cabo tal como lo norma el numeral 135 de la misma: fueron 33 propuestas de reforma entre los años 2006 y 2008, propuestas de los diputados y senadores. A pesar de ser muchas las iniciativas, ninguna contemplaba reformar el artículo 1, es decir, no eran trascendentales; pero fue hasta el año 2009, cuando por votación unánime se aprobó el proyecto que modifica el capítulo primero y, por ende, varios de sus artículos. En marzo del 2011 se aprobó y se publicó la reforma.

Posterior a la reforma Ferrer (2012) relató que, a un mes de su publicación, algunos ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplicaron lo dispuesto en el artículo 1, que ya estaba reformado, en el caso de Radilla Pacheco. De la sentencia que fue dictada para ese caso se mencionan dos puntos importantes: el primero es que los jueces están

obligados a llevar un curso en materia de DD. HH. y, en segundo lugar, la Corte IDH mencionó que el Poder Judicial debía aplicar el derecho de convencionalidad, es decir la armonización entre lo dispuesto en la CADH y las normas internas.

De tal manera, este precedente significó para Pelayo (2013) y Rocha (2014) que la Corte IDH menciona que el CDC tiene un papel importante al momento de cumplirse una sentencia de la misma Corte, aún más cuando el acatamiento de esa sentencia está a cargo de un juez nacional. Cuando pasa uno de esos casos, el órgano judicial debe hacer que prevalezca la CADH, así como las sentencias, ya sea de interpretaciones, normatividad interna, etcétera.

En este sentido el Manual sobre el CDC (s. f.) refiere como una obligación del Estado lograr la garantía del ejercicio de los derechos, así como también es necesario mencionar que la CADH, en cuanto a derecho humanos, es una de las normas más amplias y, en cuanto a la aplicación del CDC, los tres poderes (el ejecutivo, legislativo y judicial) están obligados a hacerlo.

Así también, los Estados, al momento de aplicar el control difuso, deberían hacer esa misma revisión que hace la Corte IDH, esto para asegurarse de que no vayan en contra de la convención, son jueces interamericanos los que protegen lo establecido en la convención con respecto a los DD. HH. Cuando en la revisión que realiza la Corte IDH se determina que los actos del Estado van en contra de la CADH hay responsabilidad internacional del Estado, así como también del órgano que dictó dicho acto, por lo que cuando sucede alguno de estos casos la Corte IDH puede solicitarle al Estado que lo modifique o bien que lo repare cuando sea el caso, así mismo puede declararlo contrario a la CADH (Bustillo, 2014).

Otra forma en la cual la Corte IDH hace uso del CDC es cuando deja a un lado una norma local, es decir, la descarta en sus veredictos, incluyendo las constitucionales, cuando vayan o sean contrarias a la convención. El control difuso queda fuera de la competencia de la Corte IDH, ya que únicamente es competencia de los Estados.

Autores como Bustillo (s. f.) refieren que existen dos tipos de CDC: “1) el control de convencionalidad concentrado, el cual corresponde exclusivamente a la Corte IDH y 2) el control de convencionalidad

difuso realizado por los Estados en ámbito de su competencia a través de las autoridades”. De manera que, cuando la Corte IDH realiza el primer tipo de CDC (el concentrado) se encarga de verificar que las conductas, disposiciones y actos de los Estados no violenten su contenido y siempre vayan acorde a lo normado por la CADH y a la interpretación que ha hecho la propia Corte IDH, por ser la última intérprete de la CADH.

En cuanto al CDC difuso se establece que los jueces nacionales deben realizar una revisión, tal como lo hace la Corte IDH, eso para asegurarse de que los órganos del Estado no sean contrarios a la CADH; cuando esto sea así, la Corte IDH tiene la facultad de pedir al Estado su modificación o bien la reparación (Bustillo, 2014.).

Aunque autores como Carpizo (2013) mencionan que “tanto el control concentrado como el control difuso contienen el principio de supremacía constitucional, es por ello que analizan actos, normas y omisiones conforme a lo que dispone la ley, la Constitución Federal”. Cabe mencionar que tanto la Corte IDH como el Poder Judicial de los Estados pueden hacer uso del control concentrado y del control difuso de la misma manera, pues en el control difuso, con la forma de control concreto, los jueces revisan los reglamentos, las leyes y las normas al momento que se van a utilizar con las personas, esto asegura que se cumplan todos los parámetros de los DD. HH. Uno de los argumentos existentes del control abstracto, de acuerdo con Bustillo (s. f.), no es necesario que se aplique una norma para saber que es contraria a los DD. HH., pues si se hiciera lo contrario, es decir, aplicar esa norma que lesiona los DD. HH., se estaría dejando a un lado la prevención de dicho acto, por lo que, de esta forma, una ley por su propia existencia puede estar o ir en contra de la CADH.

En relación a ello existen diversos parámetros con los cuales se puede llegar a determinar cuándo una conducta es convencional o bien si no lo es, es decir, la Corte IDH menciona que cuando se hace una revisión de la norma interna, se debe contrastar con los tratados internacionales y con las jurisprudencias surgidas de la Corte IDH. Al hablar de México se han documentado las obligaciones del CDC para los jueces de manera jurisprudencial, una vez analizados los hechos por parte de la Corte IDH a partir del caso de Radilla Pacheco. En este se consideró como responsable al Estado por violentar los derechos a la integridad, libertad y a la vida de Radilla, ya que fue víctima de desaparición forzada (Bustillo, 2014).

Con base en Benavente (2012) se alude a que fue en el 2011 (derivado del caso Radilla Pacheco) cuando se reconoció por primera vez que los jueces locales y federales tienen la obligación de aplicar el control difuso de convencionalidad cuando se trate de DD. HH. Recae en ellos la tarea de buscar la compatibilidad entre lo normado en la Constitución y/o las leyes locales y los tratados internacionales con la jurisprudencia, importando aquí cuál de esos preceptos jurídicos garantiza más el derecho humano que se quiera hacer valer.

Otro caso mencionado es el de dos campesinos quienes fueron privados de su libertad y a la vez torturados por militares. En este se alegaba que, en cuanto a la investigación de tortura, las autoridades estaban yendo en contra de lo que estaba establecido por la CADH, teniendo como amparo el numeral 57 del Código de Justicia Militar para, de igual forma, aplicar el fuero militar a estas mismas. Por este motivo, “la Corte IDH responsabilizó al Estado internacionalmente, debido a que se habían violentado distintos derechos establecidos por la Corte IDH, además, a que era obligación del Estado adecuar las leyes a las disposiciones de la CADH que le obligan a hacerlo” (Bustillo, 2014; Cuéllar, López y Loera, 2017). Ello da cuenta de las diferencias entre el control difuso convencional y el control concentrado convencional pues el control difuso es aplicado por los jueces de los Estados, a diferencia del control concentrado, el cual solamente lo puede aplicar la Corte IDH; pues cuando sucede que el juez aplica el control difuso no es necesario no aplicar una ley, sino que la puede interpretar conforme a lo establecido internacionalmente, es decir, debe buscar una norma o tratado que favorezca más a la persona (Bustillo, 2014).

En este punto cabe resaltar que el control difuso tiene distintos principios, entre los cuales se encuentra el principio de interpretación conforme. Con este se logra que haya una congruencia y complementariedad armónica entre el derecho nacional y el internacional, dado que ambos resultan pilares básicos para la efectividad de los DD. HH. De igual manera se armonizan con el principio de pro persona, otro de los principios del control difuso, el cual se lleva a cabo en el momento en que el juez hace la interpretación, ya que debe revisar entre las normas, a nivel internacional y nacional, en búsqueda de aquella que mejor favorezca y proteja los derechos de la persona (Bustillo, 2014; Gallardo, Toledo y Hernández, 2019).

Interpretaciones del control de convencionalidad en distintas latitudes y en México

En la sentencia, emitida en 2006, del caso *Almoacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH estableció el concepto de CDC, el cual tuvo trascendencia en los ordenamientos de los países que tenían firmada la CADH. En México, el CDC es obligatorio, “ya que el artículo 133 fue el que ingresó en el orden jurídico mexicano, pues se le otorga la calidad de Ley Suprema” (Cuéllar et al., 2017; Herrera, 2016). De acuerdo a las tesis jurisprudenciales, los criterios de acuerdo a la jerarquía de los tratados han variado conforme al tiempo, considerándolos de la misma jerarquía que las leyes nacionales o superiores a estas leyes federales, pero manteniéndose la Supremacía Constitucional sobre estos.

Los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales son un parámetro de regularidad de control constitucional, concepto surgido de la Contradicción de tesis 293/2011 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, si en la Constitución existe una restricción al ejercerse uno de ellos, se debe seguir lo que establece la Constitución, esta será la Ley Suprema a los tratados internacionales. Existe también el control de regularidad constitucional, el cual tiene como fin que la vigencia del orden jurídico (establecido por la Constitución) mantenga su vigencia, para lo cual existen mecanismos constitucionales tales como el juicio de amparo, la controversia constitucional, entre otros; estos pueden utilizarse para analizar la constitucionalidad de las normas conforme lo establece la misma Constitución. Es decir que el control de regularidad constitucional es verificado por medio del parámetro de la norma constitucional, a diferencia del CDC, en el cual el parámetro normativo es el instrumento jurídico internacional (Galinzoga, 2012; Herrera, 2016).

La Tesis I.4o.A.91 K publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. XXXI, en marzo de 2010, menciona que “los jueces del Estado mexicano son quienes deben ejercer el CDC en los asuntos que sean para su consideración, con el fin de verificar que dicha legislación no esté en contra de lo establecido en la CADH”. Herrera (2016) refirió en cuanto a los DD. HH. el parámetro de regularidad es la Constitución, mientras que en el CDC son los tratados internacionales, ya que si no fuera de esta forma habría incongruencias entre los actos o

las normas las cuales se consideran constitucionales, pero a su vez serían inconventionales, generando un paradigma y mayor confusión en su interpretación y aplicación.

Además, se debe tener presente el incremento en la cantidad de tratados internacionales que consagran muchos DD. HH. y la existencia de diversos mecanismos que ayudarán a supervisar el cumplimiento de estos DD. HH. por parte de los Estados; los compromisos se derivan de estos tratados internacionales, es decir, tienen la obligación de velar y hacer cumplir lo que establece la CADH, por lo que también existen criterios formados por organismos internacionales que vigilan que sean cumplidos. El control difuso de convencionalidad tiene principios rectores, uno de ellos es el principio de interpretación, donde los jueces tienen que contrastar las leyes, esto de conformidad con el bloque de constitucionalidad.

En este sentido, Suarez (2012) y Elías (2012) mencionaron que para realizar este tipo de interpretación deben seguirse tres puntos importantes primero, la interpretación debe realizarse en sentido amplio, razón por la cual los jueces y otras autoridades que sean parte del Estado mexicano deben considerar los derechos contemplados en la Constitución y tratados internacionales de los que México sea parte (las normas), conforme a lo que está normado en el orden jurídico, siempre que dichos derechos, normas y tratados favorezcan a las personas, por lo que se estaría aplicando, en este caso, el principio pro persona.

El segundo punto es la interpretación conforme en sentido estricto, esta alude a situaciones en las que se identifica la existencia de muchas interpretaciones jurídicamente válidas y en las que los jueces deban elegir la que vaya más acorde a los DD. HH. establecidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, con el fin de no vulnerar dichos derechos y finalmente, el tercer punto señala que cuando no se pueda realizar lo anteriormente descrito se daría la no aplicación de las leyes, por lo que, si fuese de esa manera, no afectaría el principio, sino que se fortalecería más el papel de los jueces, debido a que es el último recurso a utilizar para garantizar la correcta aplicación de DD. HH. normados en la Constitución y en los compromisos internacionales adquiridos (Alcántara, 2014; Suarez, 2012).

Los principios de los DD. HH. que se mencionaron están relacionados con los derechos de expresión, los derechos de libre expresión y con el derecho de información, pues de esta manera la expresión de las ideas de que los jueces no forman parte de inquisiciones administrativas o políticas, por lo que el derecho a escribir no se encuentra censurado, siempre y cuando no se afecte alguno de los límites o derechos de lo que se encuentra establecido en la Constitución. La CADH en el artículo 9 menciona el principio de legalidad, el cual expresa la obligación que tiene el Estado en materia penal, es decir, el prohibir la retroactividad de la ley penal y el principio de favorabilidad al momento de aplicar una pena, esto es, se utilizará el principio pro persona.

El referido principio es indispensable para el ejercicio del derecho penal al ser uno de los controles que no pueden faltar dado que nadie puede ser perseguido por un delito ni tampoco puede ser condenado a una pena que no estuviera establecida por ley; es por ello tan importante este principio que buscar garantizar los derechos de todas las partes que participan en un proceso penal (Alcántara, 2014; Eloy, 2014; Londoño, s. f.).

Sin soslayar el contenido del numeral 8 de la CADH en el que: Se establece categóricamente el derecho a un debido proceso, enfatizando que para que se respete, proteja y garantice tal derecho cada una de las personas debe ser oída, cuidando y ofreciendo las debidas garantías, dentro de un plazo que resulte razonable por tribunales que sean competentes, independientes e imparciales; así como gozar de un recurso judicial efectivo (art. 25 protección judicial).

Es por ello que, en un sistema democrático como es el caso de México, se deben crear y ajustar medidas que garanticen el respeto en un sentido estricto de los DD. HH., para lo cual, previamente se debe realizar una cuidadosa verificación de que efectivamente existe una correcta aplicación de la medida.

También resulta trascendente que los jueces implementen el estándar del control difuso de convencionalidad utilizando las normas internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), al igual que la jurisprudencia interamericana como la emitida por los comités y procedimientos especiales

de la ONU, para tratar de alcanzar una armonía entre el derecho interno de los Estados y el internacional. Esto permitirá cumplir los fines de los tratados internacionales de los que son parte sin que pueda justificar el incumplimiento de los mismos por la aplicación del derecho doméstico, lo cual se encuentra normado en el numeral 27 de la Convención de Viena respecto al derecho de los tratados de 1969. El principio de legalidad en materia penal, debe ver, por un lado, el peso de la legitimidad del Estado de proteger el orden y seguridad de las personas y, por el otro lado, la protección de bienes jurídicos que poseen las personas tales como la dignidad, la libertad y la vida, considerados la base y condición de los DD. HH. Sin embargo, las formas para restringir los derechos fundamentales de las personas no son exclusivamente de la materia penal (Londoño, s. f.).

Aparte de lo penalmente establecido, existen otras normas de distinta índole que pueden ser actos administrativos o pueden ser decisiones judiciales de cualquier materia, muy diferentes al proceso penal, las cuales también pueden contener restricciones a los derechos fundamentales de las personas. La legalidad de dichas medidas debe determinarse por el régimen jurídico nacional o los tratados internacionales que México haya adoptado.

De acuerdo con la CADH, las obligaciones que tiene el Estado abarcan aspectos relacionados con su deber de primero investigar para después sancionar, así como de procesar a los responsables que cometan violaciones a los DD. HH. y, sobretodo, reparar dichas violaciones. Así pues, es una obligación garantizar lo que estipula en México el numeral constitucional 1, que describe el compromiso del Estado a velar por el ejercicio pleno de los derechos que están descritos en la CADH y en los diversos tratados internacionales de los que México es parte.

A pesar de lo normado, la falta de investigación empírica y de la práctica de sanción a los responsables del incumplimiento de lo normado, a nivel nacional e internacional, que debilita e incluso llega a impedir la garantía y protección de los DD. HH., trae consigo lamentables casos de impunidad. Así pues, se puede decir que es por fallas al momento de administrar la justicia, por ser contrarias a lo que establecen las leyes nacionales y por el derecho internacional, ya que debido a eso se quebranta lo establecido en la CADH y en el PIDCyP, que es contrario a lo que se tutela en dichos ordenamientos internacionales.

Ahora bien, con respecto a la actuación de los jueces penales como garantes de DD. HH. en México, desde la reforma constitucional de 2011, podemos establecer que ellos, al estar obligados por la Constitución, la CADH y el PIDCyP, deben implementar el control difuso de convencionalidad en todas y cada una de sus actuaciones, tomando en consideración que tienen en sus manos la libertad de las personas sometidas a un procedimiento de índole penal. Por esta razón, si advierten la incompatibilidad de una norma nacional con alguno de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, deben realizar el ejercicio hermenéutico correspondiente de aplicar los principios de interpretación conforme y pro persona; a través de la verificación de la norma en cuestión, la interpretación que ha hecho del derecho humano en juego tanto la Corte IDH, el CDH y los procedimientos especiales de la ONU, para así efectivizar los DD. HH. establecidos en la Constitución Federal y en diversos tratados internacionales, tales como la CADH y el PIDCyP, por mencionar algunos.

Asimismo, relacionado a lo establecido en los Principios básicos respecto a la independencia de la judicatura (1985), en sus artículos 1 y 2, los jueces tienen la obligación de resolver los asuntos puestos a su consideración con base en los hechos y la consonancia con el derecho, de tal manera que garantice su imparcialidad y demuestre que no se tuvieron restricciones, presiones, influencias, intromisiones indebidas de terceros ni amenazas, ya sean de manera directa o indirecta. Además, no se debe olvidar que uno de los principios rectores del actuar de los órganos jurisdiccionales, especialmente para nuestro estudio, de los jueces penales, es cumplir con la independencia judicial, misma que debe garantizarse por el Estado y ser proclamada ya sea por la legislación del país o su Constitución; a partir de lo cual y, en consecuencia, la totalidad de las instituciones de toda índole deberán de acatar y respetar la independencia de la judicatura.

Es importante resaltar que la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 1994, tomando en consideración los atentados a la independencia judicial y al deterioro de las garantías del Poder Judicial, de la abogacía, así como de la intensidad y frecuencia de las violaciones de los DD. HH., creó la Relatoría Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados como procedimiento especial, encomendándole registrar e

identificar los atentados a la independencia judicial y los avances realizados respecto a la protección, fortalecimiento y determinación de los medios y formas para mejorar el sistema judicial.

Al conocer el funcionamiento de esta Relatoría Especial y la interpretación que realiza de diversas normas internacionales de las que el Estado mexicano es parte, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCyP, entre otras, los jueces penales podrán ampliar su comprensión respecto a la problemática de no aplicar los estándares mínimos constitucionales y convencionales. Por su parte, la sociedad puede solicitar el apoyo de dicha Relatoría para hacer valer los derechos que tiene en relación a la actuación de los jueces en cuanto a la independencia judicial se refiere y, con ello, efectivizar la garantía, respeto y protección de los DD. HH. Lo anterior, a través de la formulación de peticiones individuales ante la Relatoría en mención, para que así el Relator Especial tenga la oportunidad de prestar atención a casos de presunta violación de la imparcialidad e independencia del Poder Judicial; de esta manera, elaborará un resumen de la comunicación y de la respuesta recibida del gobierno, así, junto con sus observaciones sobre la situación en concreto, podrá determinar la mejor manera de proceder.

Conclusiones

Como se refleja en el desarrollo del trabajo, la reforma del 2011 de la Constitución fue uno de los cambios más significativos que tuvo a lo largo de los años, ya que el artículo 1 fue reformado, suprimiendo el término de garantías individuales para incluir el término de DD. HH. y sus garantías. Gracias a esto, se establece como obligación del Estado el garantizar, promover y respetar los DD. HH.; además, en situaciones de transgresiones y violaciones a dichos derechos, el investigar, sancionar y reparar los mismos. De igual forma, se reconoció la jerarquía constitucional de los tratados internacionales y del valor de los DD. HH. establecidos en ellos para tener una mejor justiciabilidad en la protección de los DD. HH.

La reforma del artículo 1 constitucional pasó por un largo proceso, pues como es bien sabido, en el año 2009 la Corte IDH dictó una sentencia en la cual se condenaba al Estado Mexicano por el caso Rosendo Radilla

Pacheco ocurrido en el año 1974, debido a la desaparición forzada de esta persona a manos del ejército. De esta manera, se reconoció por primera vez que los jueces locales y federales están obligados a implementar el control difuso de convencionalidad cuando se trate de DD. HH. En esta situación, se tiene que buscar esa compatibilidad entre la Constitución, las leyes locales y los tratados internacionales; asimismo, con la jurisprudencia que pueda dictar en su momento la Corte IDH, las interpretaciones que realice el CDH y otros procedimientos especiales de la ONU, sobre el PIDCyP, referente a asuntos relacionados con la protección, respeto y garantía de los DD. HH.

De esta manera, el artículo 1 constitucional obliga a que el actuar de los jueces se rija conforme a la interpretación de las normas locales y al derecho internacional, siempre buscando aquella protección más amplia hacia la persona con respecto a sus DD. HH. La CADH y el PIDCyP forma parte de una de las normas más amplias que existen en cuanto a DD. HH., es por ello que los Estados deben considerar la aplicación de medidas que abonen a cumplir sus obligaciones a nivel internacional, así como también de los DD. HH. reconocidos en los tratados de los que México es parte.

Fue en el año 2006 cuando se incluyó de manera expresa el término CDC en la jurisprudencia interamericana, este se ha definido en la actualidad como la herramienta con la cual se busca garantizar los derechos descritos en la CADH y en el PIDCyP. Es importante mencionar que el control difuso solamente lo llevan a cabo los Estados, por medio de las autoridades competentes, en este caso serían los órganos jurisdiccionales en materia penal. De esta manera, el mecanismo obliga a los Estados a velar y proteger los DD. HH. en el ámbito interno, realizando una valoración de mayor protección hacia los DD. HH. ya sea que dicha ampliación o mayor protección se encuentre en un reglamento, ley, Constitución o tratado Internacional.

No obstante, una de las problemáticas que se tienen y que lamentablemente aquejan a la población consiste en que no todo se soluciona con reformas, leyes o con decretos, sino que se necesita de la voluntad de la sociedad, así como de los principales actores, sobretodo de aquellos relacionados directamente con los fenómenos socio-jurídicos, para llevar a cabo cualquier propósito jurídico.

Además, es importante mencionar que a pesar de que el propósito de la reforma constitucional de 2011 fue garantizar y proteger los DD. HH. a consecuencia de sus reiteradas violaciones, a decir de la realidad y por lo mencionado por varios autores citados con antelación, aún persiste la problemática en el actuar de autoridades jurisdiccionales como la abordada en este documento. Dado que se siguen registrando violaciones a los DD. HH. es necesario seguir estudiando desde el método científico los esfuerzos del Estado mexicano para llegar a ser garante de los DD. HH. y a que pueda darse una verdadera certeza y garantía jurídica.

Por otro lado, aunque el término de control difuso de convencionalidad fue acuñado por el SIDH a través de la jurisprudencia emitida en los casos contenciosos ante la Corte IDH, lo cierto es que ello no implica que los jueces en su actuar jurisdiccional se encuentren impedidos para aplicar los criterios estipulados por los órganos de los tratados (comités) y/o los procedimientos especiales (mandatos temáticos) de Naciones Unidas, con el fin de lograr la concordia de las normas internacionales con las nacionales por medio del principio pro persona y el de interpretación conforme.

Finalmente, en México, desde la reforma constitucional de 2011, el actuar de los jueces penales como garantes de DD. HH. se debería sujetar a los principios de la independencia judicial, comprometiéndose a resolver los casos puestos a su consideración con los estándares mínimos constitucionales y convencionales, donde se garantice el respeto a los DD. HH. sin distinción alguna (principio de no discriminación) durante todo el proceso. Para el caso de no hacerlo, la víctima de violación de esos DD. HH. no garantizados, protegidos y/o respetados por el órgano del Estado, en este caso, los jueces penales, puede acudir mediante una petición individual ante la Relatoría Especial sobre la independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, para que el Relator Especial investigue la petición sustancial que le sea transmitida y determine la forma y el medio de mejorar el sistema judicial, logrando así el fortalecimiento del sistema judicial.

Referencias

- Aguilar, G. (2013). El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. *Revista Dereito GV*, 9(2), 721-754. Recuperado de https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322013000200015&script=sci_abstract&tlng=es
- Aguilar, G. (2019). Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de los tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 19, 357-398. doi: 10.22201/ijj.24487872e.2019.19.13328
- Alcántara, I. (2014). Detención, retención y preservación de Derechos Humanos por el juez de control. *Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal*, 3(9), 215-232. Recuperado de https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/documentos/publicaciones_judiciales/Nova_Iustitia_Nov_2014.pdf
- Benavente, H. (2012). El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano. *Estudios Constitucionales*, 10(1), 145-200. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n1/art05.pdf>
- Bustillo, R. (2014). El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad, en materia electoral. En R. Bustillo y K. Gilas (Eds.), *Líneas jurisprudenciales en materia electoral* (209-280). Recuperado de <https://issuu.com/tirantloblanch/docs/ce326f9bb64f27a7777dc-7d95371a768>
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (2017). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Berbera editores.
- Cámara de Diputados. (2017). *Código nacional de procedimientos penales*. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf
- Carpizo, E. (2013). El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(138), 939-971. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300003
- Carpizo, J. (2012). La Constitución mexicana y el derecho internacional de los Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacio-*

nal, 12, 801-858. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29245.pdf>

- Contreras, R. E. (2015). Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 22, 33-51. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/885/88541589002.pdf>
- Contreras, R. E. y Contreras, M. E. (2012). Seguridad y justicia: la reforma penal en México. *Letras Jurídicas*, 26, 1-13. Recuperado de <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/26/A2.pdf>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos. San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sistema de Consulta Internacional de los Derechos Humanos. Viena, 23 de mayo de 1969.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_101_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_154_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_162_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_169_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras, sentencia de 5 de octubre de 2015 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_302_esp.pdf.

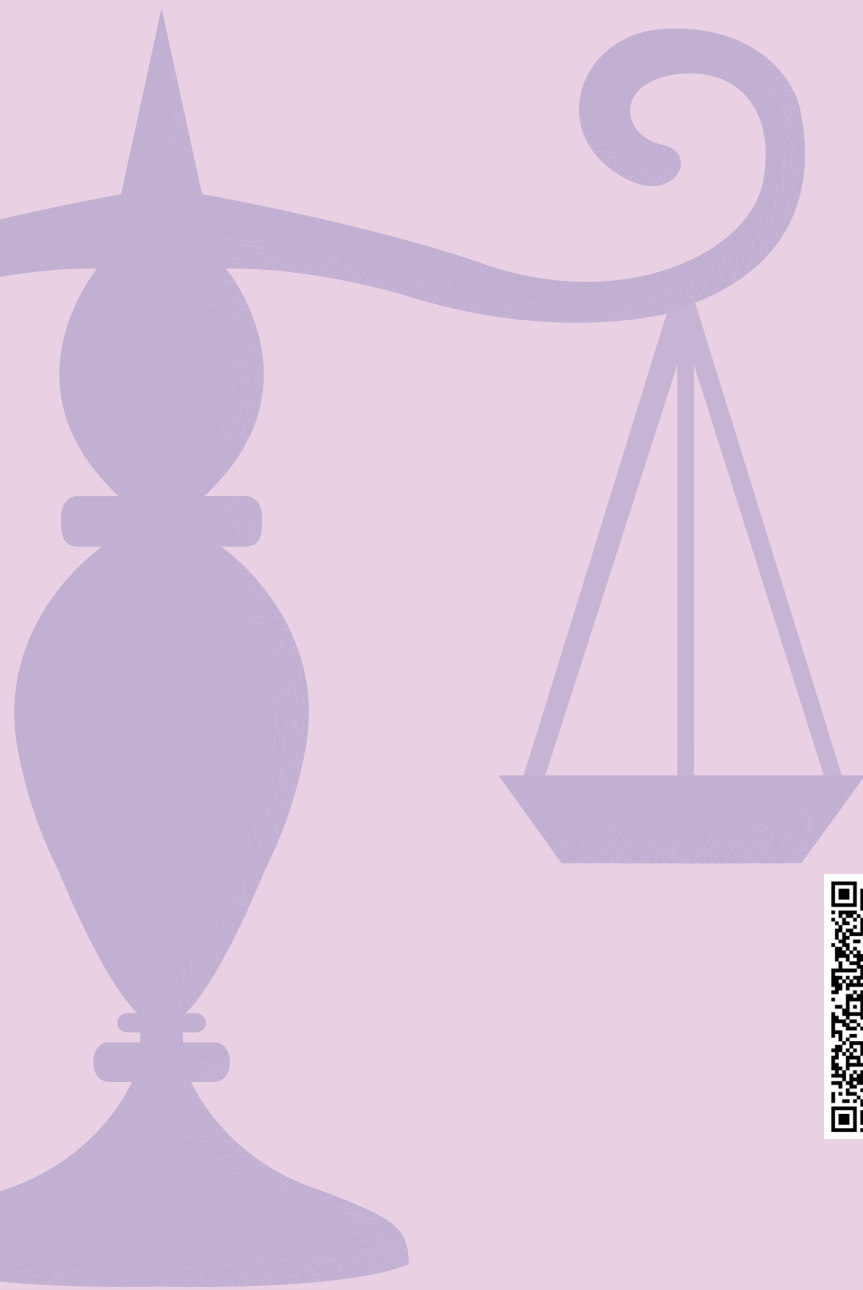
- Costa Rica. Corte IDH. Caso V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua, sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_350_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_158_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_101_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_209_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_215_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_216_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_276_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet], disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_220_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala)

- [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_282_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, sentencia de 8 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_305_esp.pdf.
- Costa Rica. Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) (Sala) [internet]. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_221_esp.pdf.
- Cubides, J. A., Chacón, N., Sánchez, M. y Pérez, C. P. (2015). Los desafíos en la materialización efectiva del Control de Convencionalidad (CCV): una experiencia comparada en Chile, Colombia y México. *Revista Vía Iuris*, 18, 27-46. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273944646002>
- Cuéllar, A., López, A. y Loera, A. (2017). Derechos Humanos y ejecución penal en el nuevo sistema de justicia de México. *Acta Sociológica*, 72, 205-230. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/58976>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.
- De la Rosa, P. (2010). El debido proceso, sus orígenes, su evolución y su reconocimiento en el nuevo sistema de justicia penal en México. *Revista Alter. Enfoques Críticos*, 1(2), 61-79. Recuperado de <http://www.alterenfoques.com/alter2>
- Elías, E. (2012). *Reforma constitucional en materia de Derechos Humanos: un enfoque en la administración de justicia*. Recuperado de <https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/wp-content/uploads/Serie-8.pdf>
- Eloy, S. (2014). Las funciones del juzgador en el sistema procesal penal acusatorio. *Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal*, 3(9), 174-187. Recuperado de https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/documentos/publicaciones_judiciales/Nova_Iustitia_Nov_2014.pdf
- Justicia para las Mujeres. (2014). *Manual sobre el control de convencionalidad*. Recuperado de http://equis.org.mx/wp-content/uploads/2018/02/MANUAL_CONTROL_CONVENCIONALIDAD_WEB.pdf

- Esquivel, M. (2015). El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano. En J. M. Serna (Ed.), *Contribuciones al Derecho Constitucional* (pp. 317-326). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/18.pdf>
- Ferrer, E. (2012). *El control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos*. Recuperado de http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/cedip/lxi/cont_conref_consder.pdf
- Galinzoga, G. (2012). *Implementación de las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos, control de convencionalidad y en materia de amparo*. Recuperado de https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Consejero/Ensayo_GGE.pdf
- Gallardo, R. C., Toledo, A. D. y Hernández, A. (2019). Principios constitucionales interpretativos de los Derechos Humanos en México desde la perspectiva del iuspositivismo. *Dike. Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 13(25), 5-38. Recuperado de <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/view/644>
- García, J. (2014). El papel del juzgador en el sistema de justicia penal acusatorio. *Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal*, 3(9), 125-140. Recuperado de https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/documentos/publicaciones_judiciales/Nova_Iustitia_Nov_2014.pdf
- Herrera, A. (2016). El control de convencionalidad en materia de Derechos Humanos y la regularidad constitucional. Comentarios a la jurisprudencia 20/2014 de la suprema corte de justicia de la nación. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 35, 277-288. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/885/88546177008.pdf>
- Ibarra, J. (2018). ¿A quién estorban los Derechos Humanos del sistema de justicia penal acusatorio? En L. Marrufo, F. Urrutia y J. Valdivia (Eds.), *Delinquir sin castigo, la marca del sexenio* (pp. 131-142). doi: 10.2307/j.ctvdf0333
- Ley nacional de ejecución penal. Diario Oficial de la Federación, México, 16 de junio de 2016
- Martín, P. (2014). El rol del juez en el sistema penal acusatorio-adversarial. Un enfoque desde la perspectiva de interpretación de los principios contenidos en el Código Nacional de Procedimiento Penales.

- Revista Digital de la Reforma Penal*, 3(9), 233-256. Recuperado de https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/documentos/publicaciones_judiciales/Nova_Iustitia_Nov_2014.pdf
- Mejía, J., Becerra, J., y Flores, R. (2016). *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34721.pdf>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Informe de actividades 2014. Recuperado de: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anuales/2014.pdf>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 23 de marzo de 1976.
- Pelayo, C. (2013). *Las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos*. Recuperado de https://cdhcm.org.mx/serv_prof/pdf/las-reformasconstitucionalesenmateriade.pdf
- Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Asamblea General, Milán, 13 de diciembre de 1985.
- Poder Judicial de Yucatán. (s. f.). *La reforma al Artículo 1º de la constitución: apuntes para la aplicación práctica en el poder judicial mexicano*. Recuperado de <https://poderjudicialyucatan.gob.mx/avisos/1er-lugar.pdf>
- Rocha, L. (2014). La función del juez en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio. *Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal*, 3(9), 65-89. Recuperado de https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/documentos/publicaciones_judiciales/Nova_Iustitia_Nov_2014.pdf
- Salazar, P. (2014). *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf>
- Salazar, R. M. (2015). Los Derechos Humanos en México: un reto impostergable. *Revista de Investigações Constitucionais*, 3(1), 145-168. doi: <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45113>
- Vargas, C. D. (2018). La inaplicación del control de convencionalidad sobre la jurisprudencia adolece límites constitucionales y vulnera Derechos Humanos. *Revista Alegatos*, 98, 111-128. Recuperado de <http://kali.azc.uam.mx/alegatos/pdfs/91/98-06.pdf>

Capítulo 4



La Ley Nacional de Extinción de Dominio desde la perspectiva de los derechos humanos¹

Zarya Rodríguez Palacios², Rodrigo Brito Melgarejo³

Resumen

La Ley Nacional de Extinción de Dominio ha generado un gran debate desde su aprobación en el año 2019. Esta ley establece que una persona puede ser privada de sus posesiones o derechos de propiedad si tiene bienes cuya legítima procedencia no puede acreditarse o si esos bienes son producto de hechos ilícitos. El propósito de esta ley, que se discutió en un contexto político y social de “cero tolerancia” a las actividades delictivas, es armonizar las leyes mexicanas con las obligaciones asumidas por el Estado en materia de lucha contra el crimen organizado transnacional. Sin embargo, se ha señalado de manera recurrente que algunos de los contenidos de este ordenamiento podrían ser violatorios de derechos humanos como la presunción de inocencia, los derechos de seguridad jurídica o el derecho a la propiedad. Es por ello que en esta investigación se realizó un análisis de los contenidos de la ley para determinar si algunos de sus preceptos violan los derechos reconocidos en diversos instrumentos nacionales e internacionales.

Palabras clave: derechos humanos, extinción de dominio, pérdida de derechos, recuperación de activos.

1 Capítulo resultado de investigación del proyecto de convocatoria interna de CE-CAR, titulado: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre, Colombia.

2 Licenciada en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA), alumna en la Maestría en Derecho de la Universidad de Guadalajara Correo: zaryaliria@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7041-3244

3 Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Università di Pisa, profesor de tiempo completo de la UNAM, Correo: rbritom@derecho.unam.mx. ORCID: 0000-0003-0786-1543

The national domain extinction law from the perspective of human rights

Abstract

The National Domain Extinction Law, which establishes that a person can be deprived of the rights of holding or ownership if he owns assets that are a product of illicit activities or cannot track or prove that his assets have a legitimate origin, has generated a lot of debate after its approval in 2019. The aim of this legislation, passed in a political and social context of “zero tolerance”, is to harmonize Mexican law with international obligations contracted by the country in the fight against transnational organized crime. However, it has been pointed out that some of its contents could violate human rights as the guarantee of legal certainty for owners, the presumption of innocence or the respect for private property. That’s the reason why this research outlines an analysis of the articles contained in this law to determine whether or not they violate rights recognized in several international conventions and domestic law.

Keywords: human rights, domain extinction, loss of rights, assets recovery.

Introducción

La creación de la Ley Nacional de Extinción de Dominio (en adelante LNED), publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 9 de agosto de 2019, responde a la última reforma del artículo 22 constitucional (DOF de 14 de marzo de 2019). Esta reforma pretende armonizar la Extinción de Dominio (en adelante ED) con las obligaciones contraídas internacionalmente por México en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, que penaliza el blanqueo del producto del delito en su artículo 6 y autoriza a los Estados parte la adopción de medidas para el decomiso e incautación de dichos bienes en su artículo 12. Además, se busca que la ley que regula la ED esté acorde con las convenciones de las Naciones Unidas contra la corrupción y contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, así como con los demás instrumentos internacionales que regulan el decomiso en su vertiente civil, a fin de mermar la capacidad y recursos financieros y económicos de los grupos de la delincuencia organizada.

La figura de ED es, de esta manera, un instrumento jurídico que los Estados pueden utilizar para combatir una serie de delitos que generan grandes cantidades de recursos de procedencia ilícita, los cuales inyectan capital a la delincuencia organizada para continuar sus actividades con mayor poder adquisitivo o ingresan al sistema financiero para entorpecerlo y afectar la economía, el bienestar social y la seguridad de los países. Así pues, los Estados pueden adaptar dicha figura a su marco legal interno, tomando como referencia la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio (en adelante LMED), la cual, de alguna manera, dispone facilidades procesales que pretenden ser expeditas, novedosas y uniformes.

La ED puede definirse atendiendo a lo establecido en el artículo 2 de su ley modelo, en el cual se señala que esta figura "...es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna..." (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito o simplemente ONUDD, 2011, p. 4). No obstante, la LNED nos brinda un concepto más completo, pues según su artículo 3 la ED se entenderá como

la pérdida de los derechos que tenga una persona en relación con los Bienes a que se refiere la presente Ley, declarada por sentencia de la autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación alguna para su propietario o para quien se ostente o comporte como tal, ni para quien, por cualquier circunstancia, posea o detente los citados Bienes.

Ambos conceptos, en principio, no nos permiten diferenciarla de su antecedente inmediato: el decomiso. Esta figura requiere demostrar la culpabilidad del imputado para su procedencia, situación que no da lugar de manera inmediata a la extinción del derecho de propiedad, a diferencia de la figura de ED que, en la forma en que está actualmente plasmada en la LNED, admite el aseguramiento de los bienes como medida cautelar. El aseguramiento se presenta, en este caso, desde el momento en que se da inicio a las investigaciones e incluso le permite a la autoridad administradora, la disposición y venta anticipada de los bienes en los casos que señala el artículo 228. Además, el artículo 177 de la LNED presume la necesidad de que, a petición del Ministerio Público (en adelante MP), se decrete el aseguramiento de los bienes como medida cautelar. Aunado a ello, no solo serán objeto de ED los bienes del imputado, sino también cualquier otro bien o bienes en propiedad de terceros que guarden relación con la comisión del delito.

Basándonos en todo lo anterior, se puede definir la ED como una figura sustantiva y procesal que el Estado puede aplicar, sin necesidad de previo aseguramiento o decomiso, a aquellos bienes o activos que fungieron como instrumento, objeto o producto de actividades del crimen organizado y de todos los hechos punibles que menciona la LNED, con el objetivo de afectar directamente a la economía del crimen. Dicho en otras palabras, esta figura pretende incrementar los costos de incurrir en el delito y reducir sus ganancias para, de esta manera, contribuir al descenso de los factores que promueven, propician y causan el comportamiento delincuencia.

La figura de ED se incorporó en el sistema jurídico mexicano hace doce años, a través de una reforma al artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), publicada en el DOF el 18 de junio de 2008. Dicha figura se concibió como un régimen de excepción para combatir principalmente la delincuencia organizada y otros delitos que la ley de la materia determina, de forma que la privación que

se derivara de dicho procedimiento sería exclusivamente sobre bienes que fueron instrumento, objeto o producto de hechos tipificados como delitos (Rivero, 2019).

En efecto, dada la necesidad de contar con instrumentos especiales para combatir la delincuencia organizada, que se distingue por su sofisticación en el manejo de sus actividades, capacidad de operación, impacto social de los delitos que comete y condición de amenaza en contra del Estado, pues en muchas ocasiones rebasa la capacidad de respuesta y acción de las autoridades persecutoras, se estableció una lista de delitos específicos con la finalidad de afectar directamente el patrimonio del crimen organizado y así aumentar sus costos, reducir sus ganancias, debilitar su estructura organizacional, dificultar su capacidad de operación y combatirlo de forma frontal (Rivero Evia, 2019).

Es un hecho, por tanto, que los fines que persigue el legislador con dicha ley son constitucionalmente válidos; sin embargo, en la realidad jurídica se ampliaron los supuestos legales donde se autoriza la ED a través de decisiones que pueden ser excesivas y que, de no superar un análisis de idoneidad, necesidad o proporcionalidad, pueden poner en riesgo las libertades y la seguridad jurídica de las personas. Y es que la constitucionalidad y convencionalidad de extinguir la propiedad vinculada a delitos, sin que medie un proceso o una condena penal que determine la existencia y autoría de tales conductas punibles, al menos, genera dudas.

Esto puede evidenciarse si se toma en cuenta el caso de Estados Unidos, donde se viene aplicando la ED por más de 200 años y son constantes las denuncias de abusos y excesos en su aplicación, ya que esta figura ha permitido al Estado apropiarse de casas, embarcaciones, vehículos u otros activos cuando se detectó su uso para delitos menores como el consumo personal de marihuana, incluso sin ninguna intervención del propietario que solo prestó o arrendó el bien al actor de la conducta ilícita, por lo que algunos autores clasifican a la figura como una clase de poder del Estado de “licencia para robar” (Velásquez, 2020).

La LNED, publicada en el DOF el 9 de agosto de 2019, es resultado de tres iniciativas para regular esta figura presentadas, respectivamente, por los senadores Ricardo Monreal Ávila (Grupo Parlamentario de Morena o Morena, 7 de marzo de 2019), Miguel Ángel Mancera Espinosa (Grupo

Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática o PRD, 26 de abril de 2019) y el Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional o PAN en la Cámara Alta (PAN, 21 de marzo de 2019), así como de otras dos iniciativas que tenían como fin reformar y adicionar diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público y de la Ley de Concursos Mercantiles, y de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (Senado de los Estados Unidos Mexicanos Gaceta-Dictamen CO, 2019).

Las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos-Segunda del Senado, al dictaminar en conjunto las iniciativas referidas, coincidieron en que:

Estas, al considerar fundamental dar cumplimiento al mandato constitucional relativo a emitir la legislación única en materia de ED, así como el procedimiento correspondiente y los mecanismos para la administración de los bienes sujetos a dicho proceso, tenían que analizarse en conjunto (Senado de los Estados Unidos Mexicanos Gaceta-Dictamen CO, 2019, párr. 11).

Para entender las propuestas presentadas y los objetivos que con ellas se pretendían alcanzar, las Comisiones del Senado tomaron en consideración la LMED y el Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe de la ONUDD. Después de analizar estos documentos, consideraron que la ED es un instrumento de política criminal que busca mejorar el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por diversos países, para dar una respuesta eficaz contra el crimen organizado, ya que se orienta exclusivamente a la persecución de toda clase de bienes y activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal. Para los integrantes de las comisiones dictaminadoras, la ED, al tener como fin la reducción de las actividades delictivas, reafirmaba la aplicación y reconocimiento del derecho de propiedad y otros conexos, en el entendido de que los bienes obtenidos con capital ilícito no obtienen legitimidad ni pueden gozar de protección legal (Senado de los Estados Unidos Mexicanos Gaceta-Dictamen CO, 2019).

Las comisiones del Senado plantearon también, en el dictamen que elaboraron, que el hecho de que la acción de ED se ejerciera por el MP a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal, con obediencia plena a las garantías procesales para cualquier persona que pudiera reputarse como parte afectada, se estimaba como un mecanismo ágil, expedito y transparente que garantizaba a la sociedad un apego invariable al Estado de derecho. Además, al mismo tiempo, le permitía al Estado emplear a su favor bienes de carácter patrimonial cuya legitimidad de origen o procedencia no pudiera acreditarse y, a la vez, se encontrarán vinculadas con investigaciones derivadas de hechos de corrupción, delincuencia organizada, delitos contra la salud, delitos en materia de hidrocarburos, etc. (Senado de los Estados Unidos Mexicanos Gaceta-Dictamen CO, 2019).

Los argumentos contenidos en el dictamen realizado en el Senado de la República encontraron eco en el Pleno de ese órgano legislativo y, en consecuencia, la iniciativa de la LNED fue aprobada y turnada a la Cámara de Diputados. En la Cámara Revisora, al valorar la minuta enviada por el Senado, las Comisiones Unidas de Justicia y de Gobernación y Población consideraron la figura de la ED, al encontrarse prevista en el artículo 22 de la norma fundamental y tener como fin debilitar a las organizaciones criminales atacando su economía, no solo resultaba constitucional, sino que obligaba al Poder Legislativo a expedir la ley que reglamentara esta figura (Cámara de Diputados Gaceta Parlamentaria-Dictamen CR, 2019).

Después de analizar si la propuesta de ley desarrollaba de manera efectiva una serie de presupuestos constitucionales (como el hecho de que no se considerara una confiscación la aplicación de los bienes cuyo dominio se declarara extinto, que la ED se declarara mediante un procedimiento autónomo de la materia penal, que procediera sólo por casos asociados a algunos delitos, etc.) y de analizar los preceptos contenidos en ella, la iniciativa se discutió y aprobó en el Pleno de la Cámara de Diputados, y fue aprobada en términos de lo dispuesto por el artículo 72 constitucional.

Una vez que este ordenamiento se publicó en el DOF, la validez constitucional de algunos de los preceptos de la nueva LNED empezó a cuestionarse por considerarlos contrarios a diversos derechos contenidos en el propio texto constitucional o derivados de los compromisos que el Estado mexicano había asumido al firmar distintos instrumentos internacionales.

De hecho, aun cuando la ED era una institución que se incorporó al texto constitucional a través de la reforma publicada en el DOF el 18 de junio de 2008 y se reguló en diversos ordenamientos de carácter federal y local, la nueva manera en que se determinaban sus alcances e implicaciones en una ley que tendría aplicación a nivel nacional hizo que se pusiera en entredicho su legitimidad constitucional.

No pasó mucho tiempo para que, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado de la República, se presentaran diversas iniciativas de reforma a fin de evitar que la aplicación de la nueva ley pudiera vulnerar los derechos de las personas. Diputados y senadores del PAN, por ejemplo, presentaron una propuesta cuyo objetivo era regular los temas de venta anticipada y disposición final de bienes en la LNED. En dicha iniciativa, se propone:

- Fortalecer el debido proceso en la figura de la venta anticipada para especificar que para su aplicación se requiriera dictar sentencia definitiva de la ED y una vez decretada la medida cautelar entonces dar atribución a la autoridad administradora a disponer de los bienes;
- Determinar que el proceso de venta anticipada fuera sometido a disposición judicial mediante una audiencia contradictoria en la que la parte demandada o afectada pudiera oponerse fundadamente a dicha venta;
- Restringir la venta anticipada a circunstancias en que verdaderamente fueran justificadas por motivos de depreciación acelerada por la naturaleza del bien o costos ruinosos que conllevaría su administración;
- Establecer la inclusión de finalidades institucionales indispensables para la prevención del crimen, fortalecimiento del Estado de derecho y atención de las víctimas en la disposición de bienes;
- Estipular que una vez ejecutada la venta, el capital obtenido sea depositado de forma íntegra en una subcuenta, a fines de garantizar que, en caso de que el fallo resulte favorable para quien defendiera la licitud del bien, fuera posible la restitución del costo más los intereses y accesorios

- Incluir una regulación para la disposición provisional de bienes a efecto de que esta no se realizara mediante un procedimiento discrecional, sino que fuese planteado y autorizado ante la autoridad judicial (PAN, 2019).

En sentido similar, la senadora Verónica Martínez García presentó también una iniciativa en la que expresó su preocupación por la discrecionalidad a la que daba lugar la figura de la venta anticipada que, a su parecer, violaba el debido proceso, así como por los problemas jurídicos que presentaba la disposición final de los bienes que, en la forma contemplada en la LNEP podía atentar contra el Estado de derecho (Partido Revolucionario Institucional o PRI, 2019).

Otras iniciativas que buscaban regular de menor manera tanto la disposición como la venta anticipada de bienes durante el proceso de ED, así como velar por el respeto de los derechos y las garantías de la defensa de los afectados por procedimientos de ED, fueron las presentadas por los diputados Jesús Salvador Minor Mora (Morena, 2020), Flora Tania Cruz Santos (Morena, 2020) y por el PRD en la Cámara de Diputados (PRD, 2019 y 2020).

Los contenidos de estas iniciativas son una muestra del debate que, al plantear posibles violaciones a los derechos a través de la aplicación de las disposiciones contenidas en la LNEP, ha trascendido ya el ámbito legislativo. Son diversas voces las que se han alzado para evidenciar que esta ley puede vulnerar las garantías judiciales del principio de debido proceso y la tutela judicial efectiva; la protección de los derechos del tercero de buena fe; el derecho a la propiedad; a la seguridad jurídica; el acceso a la información pública; la protección de los datos personales; entre otros derechos reconocidos en nuestro sistema normativo y protegidos en distintos instrumentos internacionales.

Es en este contexto en el que se desarrollará la investigación, ya que la obscuridad o ambigüedad de una norma puede provocar una dicotomía en el ordenamiento legislativo e incertidumbre en la seguridad jurídica. En consecuencia, para su realización se analizará lo dispuesto en la LNEP, la CPEUM, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), las iniciativas y proyectos de reforma a la LNEP y la

demanda de acción de inconstitucionalidad promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante CNDH) en septiembre de 2019, la que a la fecha se encuentra en proceso judicial; además de tomar como base los resultados de estudios e investigaciones científicas existentes en el tema, del periodo 2015 a 2020.

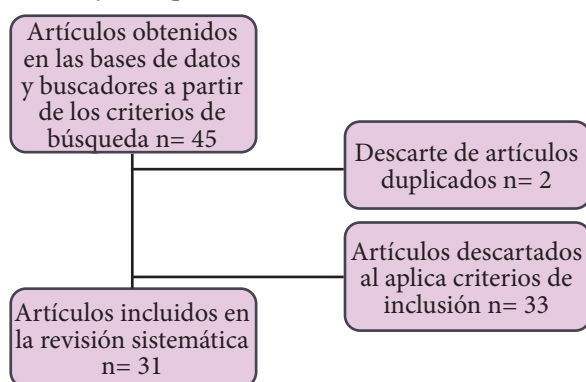
El presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis jurídico sobre los artículos 5, 7, 15, 173, 177, 190 y 228 de la LNEP desde la perspectiva de los derechos humanos. Dicha investigación gira en torno a la siguiente interrogante: ¿los artículos 5, 7, 15, 173, 177, 190 y 228 de la LNEP, al limitar el ejercicio de ciertos derechos reconocidos en el sistema jurídico mexicano, transgreden o no son armónicos con los estándares internacionales que protegen los derechos humanos? A esta pregunta se responderá con base en investigaciones de carácter científico y a través del análisis de normas de derecho nacional e internacional.

Metodología

En este trabajo de enfoque cualitativo se efectuó un análisis de contenido y de revisión sistemática de los recursos obtenidos mediante búsquedas virtuales en las bases de datos de las siguientes revistas científicas multidisciplinarias: VLEX México, Oxford Academic, ProQuest y Wiley Online Library, proporcionadas por la biblioteca virtual de la Universidad de Guadalajara, así como Redalyc; en todas las búsquedas se hizo uso de la palabra clave “extinción de dominio”, acotando la misma al periodo de 2019 a 2020. Asimismo, se realizaron búsquedas en la biblioteca virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, así como a través del buscador Google y Google Scholar, haciendo uso de los operadores booleanos “and” y “or” entre los siguientes descriptores clave: “derechos humanos”, “extinción de dominio”, “domain extinction”, “loss of rights” y “assets recovery”. Por último, se realizó una búsqueda de material legal en la base de datos del Senado de la República y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), específicamente en el Semanario Judicial de la Federación (en adelante SJJF), ambos de los Estados Unidos Mexicanos. Todos estos datos fueron procesados aplicando meta-análisis según la declaración PRISMA.

Para la elección del material, se establecieron previamente criterios de inclusión tomando como referencia el concepto que la LNED establece de lo que se debe entender por ED; recursos que hayan sido publicados en el periodo 2015 a 2020, a excepción del material legal, y que en su contenido se analizara la figura de ED o articulado de la LNED a la luz de cualquiera de los derechos humanos considerados transgredidos. Por otra parte, se consideraron como criterios de exclusión: que el material no se ajuste a dicho periodo de publicación, que no tenga relevancia jurídica o social y que en su contenido no se realice ningún tipo de análisis sobre la figura de ED relacionado a la materia de los derechos humanos.

Figura 1
Esquema para revisión literaria sobre ED



Para la sistematización de la información, todo el material seleccionado para la revisión sistemática fue estudiado y la información fue procesada a través de una matriz de Microsoft Excel, en columnas con los siguientes acápites: número de referencia, país, año de publicación, tema o título, tipo de investigación, objetivo de investigación, resumen de resultados o conclusiones, palabras claves, referencia en formato APA y *link* o DOI. A partir y con ayuda de este proceso, se procedió a realizar el análisis de toda la información.

Resultados

En el presente artículo se analizarán los artículos 5, 7, 15, 173, 177, 190 y 228 de la LNED, a la luz de los siguientes derechos humanos considerados fundamentales: acceso a la información pública, seguridad jurídica, protección de los datos personales, a la propiedad y debido

proceso; realizando la salvedad de que no por ello se constituye una lista de *numerus clausus* en cuanto sean los únicos artículos transgresores, ya que se observó que en la comunidad científica e investigativa aún no existe un consenso que determine de cuántos son los derechos humanos que la LNED y de qué manera los vulnera. Además, considerando que, a la fecha de esta investigación, la citada ley ha sufrido una única reforma, publicada en el DOF el 22 de enero de 2020, con respecto a denominar al Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, ahora Instituto para Devolver al Pueblo lo Robado.

Por ello se consideraron como criterios de selección aquellos derechos sobre los cuales ha existido más discusión al tenor de la investigación realizada y tomando como referencia la demanda de acción de inconstitucionalidad interpuesta por la CNDH el 9 de septiembre de 2019. Asimismo, es necesario determinar que la importancia de los derechos humanos radica en que estos abarcan todos los aspectos de la vida y permiten un desenvolvimiento pleno en condiciones de libertad, igualdad y respeto a la dignidad humana, es por esto que en ellos se engloban derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, así como los derechos de los pueblos a la libre determinación, igualdad, desarrollo, paz y a un ambiente limpio; por tanto, ningún derecho humano tiene jerarquía sobre otro, ya que todos gozan de la misma importancia y protección, porque son indivisibles e interdependientes, por ende, existe una fuerte dependencia y correlación entre cada uno de ellos para lograr su cumplimiento efectivo (Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2016).

Derecho de acceso a la información pública

El marco nacional e internacional coincide en que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, por ende, garantizado y protegido por el Estado; al respecto, en el ámbito local, la SCJN en su Tesis de jurisprudencia P/J. 54/2008 ha señalado el compromiso sobre tres elementos: primero, la regla general es que toda la información en posesión de cualquier entidad, autoridad u organismo federal, estatal o municipal, es de carácter público, la cual solo podrá ser reservada de forma temporal por razones que aquejen al interés público; segundo, se permite que toda persona sin necesidad de exigirle la acreditación de interés alguno o

justificación de su utilización, podrá tener acceso gratuito a la información pública, datos personales o a la rectificación de estos; y tercero, que para la efectiva tutela de este derecho, serán establecidos mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos, que sean sustentados ante organismos especializados, imparciales y que gocen tanto de autonomía operativa, como de decisión y gestión (CNDH, 2019).

En la misma línea, la Tesis jurisprudencial p./J.54/2008 emitida en el Pleno de la SCJN, novena época y publicada en el SJF y su Gaceta junio, deja asentada la característica dual de este derecho, como un derecho en sí mismo y como un medio o instrumento para la acción de otras prerrogativas. Este se esgrime como un presupuesto para el ejercicio de otros derechos y como un pilar fundamental para que los ciudadanos ejerzan un control en relación con el ejercicio institucional de los poderes públicos, por ende, se perfila como un límite a la exclusividad estatal en el manejo y resguardo de la información, por tanto, como un requerimiento social para todo Estado de derecho.

Así pues, el artículo 5 de la LNED transgrede el derecho humano de acceso a la información pública contemplado en el artículo 6 de la CPEUM, el 13 de la CADH y el 19 del PIDCP. El artículo 5 de la norma aludida:

Instaura una reserva ex ante de toda la información obtenida por el MP, con independencia de su contenido y su naturaleza, es decir, establece el carácter de estrictamente reservado a la totalidad de la información adquirida para la preparación de la acción de ED, lo que resulta contrario al derecho aludido. Ahora bien, el MP para la preparación de la acción de ED y consecuentemente de las carpetas de investigación y demás supuestos que recoge el artículo 16 de la misma norma, imposibilita de manera arbitraria el suministro de cualquier clase de información, no solo por la reserva que realiza el artículo, sino que también de forma expresa prohíbe que el público pueda acceder a ella, por lo que ninguna persona, tanto física como jurídica podrá solicitarla al amparo del derecho fundamental de acceso a la información (CNDH, 2019, p. 30).

En dichos artículos no se permite realizar un análisis casuístico de cuál información podría ser considerada como reservada y cuál debería ser de acceso público, ya que el precepto alterna la regla general que se protege de forma constitucional del derecho de acceso a la información, pues dicho articulado establece una reserva total, donde claramente existe información que no debe ser susceptible de tal categorización. Tal restricción que realiza el legislador, de modo previo y absoluto, imposibilita realizar una interpretación objetiva a través de parámetros legales y objetivos, para así poder determinar qué información debe ser objeto o no de reserva.

Derecho a la seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un pilar fundamental para el Estado de derecho de un país, la cual, en el caso de México, es protegida por el artículo 16 de la CPEUM, pues sin ella no existe una certeza jurídica ni previsibilidad, elementos intrínsecos de este derecho. Este principio resulta relevante para el crecimiento económico, pues los sectores empresariales como el financiero, inmobiliario y asegurador son máquinas de análisis de riesgos en todos sus negocios. Incluso el quehacer en el mundo del derecho y del abogado depende de la confianza que deposita en el aseguramiento de pleno respeto y protección de los derechos y principios fundamentales que rigen todo el marco legal positivo de un país. Es así que principios como el de legalidad, buena fe, supremacía constitucional, irretroactividad de la ley, prescripción de derechos y obligaciones y el federalismo son parte de un todo en el derecho a la seguridad jurídica. Por lo que el derecho a la seguridad jurídica exige que todas las autoridades se rijan y se desempeñen dentro de la esfera de legalidad y facultades que son designadas por la Norma Fundamental, bajo el sustento constitucional; ya que si se actuara en contradicción con los alcances establecidos, afectaría la esfera jurídica de los gobernados (CNDH, 2019).

El artículo 7, en los numerales I, II, IV y V, de la LNED vulnera el derecho a la seguridad jurídica de todas las personas, ya que puede llegar a tener consecuencias y afectar a poseedores de buena fe, porque dispone la procedencia de la acción de ED no solo exclusivamente sobre bienes cuya legítima procedencia no pueda acreditarse, sino que también permite proceder sobre bienes de procedencia u origen lícito, independientemente

del destino o uso de los bienes, simplemente porque guarden relación con la investigación de cualquiera de los delitos que señala dicha ley (CNDH, 2019).

En el artículo de la norma aludida se contempla una clara inversión en la carga de la prueba, ya que plantea el caso de que ante la ausencia de justificación sobre el origen lícito del patrimonio por la parte afectada, el órgano judicial deberá proceder a extinguir el dominio, incluso si dichos bienes tienen un origen lícito. Es decir, tal como reza el articulado, se tiene la percepción de que el MP queda exento de demostrar el nexo causal entre los bienes y la ejecución del delito. Dicho de otra manera, si la parte afectada no llega a demostrar el origen lícito, terminará por concluirse que es ilícito, es así que no pudiendo probar la parte afectada, no solo la licitud sino también el desconocimiento de que los bienes guardan relación con el hecho punible, la extinción de igual manera sería procedente (Vargas González, 2017).

Asimismo, el artículo 15 de la LNED vulnera el derecho a la seguridad jurídica, puesto que en dicho precepto legal, a pesar de que se consagra la presunción de la buena fe, se impone la carga probatoria al propietario, es decir, a la parte afectada, lo cual resulta contrario en materia civil con lo contemplado en los artículos 257 y 807 del Código Civil Federal de México; donde el primero estipula que la buena fe se presume siempre y solo puede ser desvirtuada mediante plena prueba; y el segundo estipula que le corresponde probar su dicho a la parte que afirme la mala fe.

Para Rimascca (2019) como se citó en Huaman (2020) la figura de ED:

Se crea un nuevo tipo de tercero de buena fe, un híbrido entre la buena fe subjetiva y objetiva; la primera refiere que las partes deben actuar bajo el desconocimiento o ignorancia legítima, en este caso, que conlleve a la adquisición del bien o bienes a través de cualquiera de las formas de adquisición, sin que se tuviera el conocimiento de aquello que ignora porque de lo contrario no realizaría el traspaso del bien o bienes, es decir, comprende el desconocimiento de un hecho; y la segunda,

también llamada de probidad, refiere que las partes actúan de forma honesta, leal y como punto de partida tienen la fidelidad como base para cumplir con lo acordado (pp. 31–39).

Es pues un patrón de comportamiento de la conducta social media, procediendo con cuidado, previsión y conforme al derecho. Por lo tanto, con la LNED se exige a la parte afectada ambos tipos de buena fe, lo que implica haber tenido una conducta diligente, es decir, que esta haya hecho uso de todas las herramientas que la ley le otorga para perfeccionar su derecho de propiedad y así dotarlo de mayor protección, siendo uno de los medios la inscripción registral cuando el mismo sea de naturaleza inscribible.

Por otro lado, la Tesis jurisprudencial 1a./J.18/2015 emitida por la Primera Sala de la SCJN, décima época y publicada en el SJF y su Gaceta, en materia de cargas probatorias cuando concurre un afectado que alega ser de buena fe, deja asentado el criterio de que acreditar la buena fe cuando no existen elementos o indicios de prueba que demuestren la mala fe del afectado es considerado prácticamente imposible, por lo que resulta necesario que la parte actora aporte datos razonables e indicios de conocimiento de los hechos, ya que solo con dicha información tendrá el afectado la posibilidad de desvirtuarlos.

Sigue indicando el documento jurisprudencial que, por lo tanto, la norma debe interpretarse de tal forma que la carga probatoria no le corresponde en su totalidad a la parte afectada de buena fe, pues esto no conlleva a un equilibrio entre la acción de ED y las garantías constitucionales. Asimismo, contravendría al principio ontológico de la prueba que señala que la buena fe se presume, por lo que el artículo 22 de la CPEUM, reglamentado a través de la LNED, prevé que para que el derecho de defensa del afectado de buena fe pueda generarse, debe partir de que la parte actora tiene impuesta la obligación de aportar al juicio las piezas suficientes de convicción para el ejercicio de la acción de ED.

Antes de la reforma de marzo 2019 del artículo 22 de la CPEUM se exigía probar la legítima procedencia del bien y la buena fe. No obstante, en dicha reforma se elimina el segundo requisito, es decir, que el Constituyente elimina la necesidad de probar la buena fe. Una interpretación progresista concluye que la intención respondía a ampliar los derechos fundamentales

de los gobernados, por lo que el legislador nacional, en la LNED, en forma regresiva, exige nuevamente probar tal extremo, lo cual resulta inconstitucional (De Hoyos Walther & De la Peña Molina, 2019).

En un sistema garantista de los derechos humanos es menester que la carga probatoria de la acción que demanda la soporte el MP, por la sencilla razón de que este constituye la parte interesada en disminuir la capacidad económica del actor del hecho ilícito. Le correspondería asumir tal condición, ya que las reglas actuales establecidas en la LNED parecen opuestas a la naturaleza del estándar probatorio aceptado en las reglas del orden civil, donde el dueño de la *litis* es el MP, consistente en la posibilidad de extinguir el derecho al demandado sobre sus bienes productos o instrumentos del delito en favor del Estado, por lo que le corresponde probar su pretensión a la parte actora que demanda la acción de ED (Anguiano Espinosa, 2019).

Por lo tanto, actualmente, como se encuentra redactado el artículo 15 de la LNED genera inseguridad jurídica e incluso una antinomia, pues en primera línea genera una expectativa de presunción al determinar que se presumirá la buena fe en la adquisición y destino de los bienes, y posteriormente establece que para gozar de dicha presunción se exige la comprobación de diversos asuntos; por lo que fácticamente no opera dicha presunción, pues en cualquier caso la parte afectada siempre deberá acreditar el origen o procedencia legítima del bien o de los bienes que se traten (CNDH, 2019).

Derecho a la protección de los datos personales

El artículo 190 de la LNED proporciona la facultad al MP de que, en ciertos casos, pueda acceder a bases de datos con motivo de recabar información necesaria para la preparación de la acción de ED, sin previa autorización del órgano jurisdiccional. Tal facultad vulnera el derecho a la privacidad y protección de los datos personales protegidos en el artículo 6, apartado A, fracción II y en el artículo 16 de la CPEUM, si bien se podría justificar que en determinados escenarios no sería posible obtener la autorización correspondiente de la autoridad, de manera previa a la recolección de la información resguardada en bases de datos, el problema radica en que podría suscitarse el caso de que posteriormente el judicial compruebe que no existió justificación para el acceso a dicha información. No obstante, ya

se habría ocasionado un perjuicio irreparable con respecto a la violación de datos sensibles y privados de una persona, pues la autoridad ya la hubiese tenido en su poder (CNDH, 2019).

Por la razón anteriormente aludida, se considera que en dicho precepto se dota al MP de un amplio margen de actuación, ya que puede actuar previo a contar con un control judicial que decrete si media de forma motivada y justificada las razones de la necesidad de acceso a bases de datos. A falta de dicha determinación estamos frente a una vulneración de la protección de tal derecho, pues dada su naturaleza no tiene sentido que sea realizada posteriormente.

Derecho a la propiedad

El respeto al derecho a la propiedad se encuentra contemplado tanto en los artículos 14 y 16 de la CPEUM como en el artículo 21 de la CADH. Si bien es cierto que los artículos anteriores establecen la propiedad privada como un derecho humano, debe hacerse la aclaración de que los mismos solo aplican para los bienes obtenidos de forma lícita, ya que una de las condiciones fundamentales para que se genere el derecho a la propiedad privada es la causa justa. Es por ello que no se puede hablar de dicho derecho cuando los bienes fueron obtenidos de forma ilícita. Por lo tanto, si un bien es adquirido de forma ilícita no es susceptible de ser protegido por este derecho, así pues, las ganancias que pretende afectar la acción de ED no pueden contar con el respaldo del derecho en cuestión (Muñoz Ramírez & Vargas Mora, 2017).

El artículo 228 de la LNEP faculta la procedencia de la venta anticipada de bienes en una serie de casos, la cual no constituye una lista taxativa sino todo lo contrario. Incluso es tan extensa y abierta a la interpretación que en su inciso “a” precisa como causal “Que dicha enajenación sea necesaria dada la naturaleza de dichos bienes”, precepto que resulta contrario a este derecho, puesto que hace creer que se deja al libre arbitrio de la autoridad administradora determinar cuándo es necesaria la venta anticipada.

Cabe destacar que, en ocasiones y supuestos determinados que:

la venta anticipada de los bienes sujetos al proceso de ED es permisible e incluso necesaria, siempre y cuando la autoridad administradora motive, justifique y funde sus razones; sin

embargo, tal inciso en dicho artículo resulta tan impreciso y vago que cualquier bien cuya venta anticipada “sea necesaria” a discreción de la autoridad, pueda ejecutarse, lo que permite la arbitrariedad de la autoridad, para que, sin que exista justificación suficiente, pueda derivarse la venta anticipada de los bienes en administración (CNDH, 2019, pp. 126-127).

Otra vulneración a este derecho se da en el caso de decretar medidas cautelares, ya que en el artículo 184 de la LNEP se indica que una de las causales para el levantamiento de la medida cautelar de aseguramiento de los bienes es acreditar que los mismos fueron adquiridos por un tercero de buena fe. Sin embargo, en el artículo siguiente se indica que, en este caso, la parte afectada tendrá a salvo la vía para solicitar el pago de daños y perjuicios en un juicio diverso, por lo que a todas luces se entiende que, a pesar de que la parte afectada probó que era legítima propietaria, esta solo podrá evitar que los bienes se aseguren provisionalmente, pero no excluirlos del juicio hasta la obtención de la sentencia no favorable para el MP.

El problema radica en que el artículo 173 de la LNEP permite al MP actuar por sí mismo para llevar a cabo el aseguramiento de bienes en caso de urgencia u otra necesidad y posterior sometimiento al órgano jurisdiccional, incluso antes de la presentación de la demanda. Además, el artículo 177 de la citada ley señala que “dada la naturaleza de la acción, se presume la necesidad de decretarla”, refiriéndose al aseguramiento de los bienes como medida cautelar en todos los delitos donde la acción de ED procede.

Por las razones anteriormente expuestas, dicha presunción constituye una limitación al derecho de defensa, ya que prácticamente releva al MP de probar que se ha reunido un estándar probatorio mínimo para la solicitud de aseguramiento de los bienes como medida cautelar. Al respecto, la doctrina reconocida por la SCJN en materia de medidas precautorias ha establecido que la parte actora debe acreditar dos extremos para proceder: el peligro en la demora y la apariencia del buen derecho. Dicha tesis fue creada en relación con la suspensión en materia de amparo, la que en realidad se aplica a toda medida precautoria; por tanto, resulta incorrecto

que el legislador crease tal presunción en favor del demandante, sin que medie la exigencia de prueba razonable (De Hoyos Walther & De la Peña Molina, 2019).

También es importante destacar una problemática que podría suscitarse con respecto a la tenencia accionaria, pues, tratándose de las sociedades mercantiles, si uno de los socios de una empresa es sujeto de una acción de ED podría la empresa en su conjunto estar sujeta también, afectando directamente a los demás socios que se reputan de buena fe, por lo que “aparte de dañar sus intereses, dañaría el buen funcionamiento de la empresa, la que muy seguramente es promotora y generadora de empleos. En consecuencia, este tema debe ser cuidadosamente tratado” (Sauri Riancho, 2019).

Derecho al debido proceso

Este derecho es consagrado en el artículo 17 de la CPEUM, del cual se desprende que el debido proceso conlleva una serie de garantías procesales que tienen por objeto asistir a los ciudadanos durante todo el desarrollo de un proceso judicial y así salvaguardarlos de los abusos de las autoridades y permitirles una correcta y adecuada tutela de sus derechos. Por lo tanto, ni las leyes ni los funcionarios podrán establecer normativas que imposibiliten a las personas la defensa de sus derechos, ya sea dificultándoles probar su inocencia, poniendo en entredicho la legitimidad de sus derechos o colocándolo en condiciones que le imposibiliten ejercer su defensa en libertad (Muñoz, 2019).

Citando el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en sentencia del 2 de febrero de 2001 del caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, la cual ha sido categórica al afirmar que el debido proceso no se circunscribe a las actuaciones judiciales propiamente dichas, sino que debe ser garantizado en toda actuación, actividad o trámite del Estado que afecte los derechos de los ciudadanos y, sobre todo, que en cualquier materia, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, dentro de los cuales el respeto a los derechos humanos es uno de ellos, es decir, no puede el orden público disminuir garantías de los gobernados a su arbitrio, ni tampoco dictar actos administrativos sancionatorios sin conferir a los afectados las garantías del debido proceso (Vargas González, 2017).

Bien es conocido que, en materia procesal, el juicio de acción de ED, al tenor del artículo 8 de la LNEP, será de naturaleza civil con carácter patrimonial, autónomo, distinto e independiente de la materia penal. Aunado a esto, se desprende el criterio constitucional establecido en el artículo 22, donde se establece que cuando el dominio se considere extinto, este no será considerado como una pena ni una clase de confiscación.

En concordancia, la Tesis jurisprudencial 1a./J.22/2015 (10ª.) emitida por la Primera Sala de la SCJN, décima época y publicada en el SJF y su Gaceta, indica que dicha acción está sujeta a que el juzgador de la causa penal emita decisión alguna en la que determine que los hechos consignados constituyan el cuerpo del delito; no obstante, sigue señalando que lo relevante es el fallo que el juzgador penal acoja sobre la posible responsabilidad penal del inculcado o su culpabilidad en sentencia definitiva, mas este no será un elemento necesario para declarar extinto el dominio del propietario.

En este sentido, resalta la opinión proscrita de Creel Müller citado por Parra Lara, quien comenta que la ED en la realidad, es una pena de pérdida de los derechos sobre la propiedad, o bien, sobre aquellos que han fungido como instrumento, objeto o producto del delito; ya que es verdad que la misma se puede decretar antes de que se emita la sentencia sobre la responsabilidad penal del imputado, pero dicha figura es una pena puesto que se ha cometido un delito, y quien sufre las consecuencias es el mismo inculcado o bien terceros que de alguna manera conocieron que sus bienes eran utilizados para la comisión de delitos y no lo notificaron a las autoridades ni tampoco hicieron algo para impedirlo, es decir, resultaron encubridores (2020).

En concordancia con lo anterior, el hecho de que se permita la coexistencia de dos sentencias que aquejan a un mismo hecho ilícito, aun cuando ya se dejó asentado que en materia penal se discute la culpabilidad de imputado y en materia civil que corresponde a la acción de ED, se discute sobre la licitud del origen de los bienes que guardan alguna relación con el delito. Se resalta el caso de la obtención de dos sentencias contradictorias, una en materia penal y otra en materia civil, en las cuales se juzga sobre un mismo hecho, personas y causas, contraviniendo las reglas de la cosa juzgada y el debido proceso.

Discusión

Se identificó que existe una discusión entre los expertos sobre si el derecho a la presunción de inocencia es aplicable o no a la figura de la ED. En el caso de México, la Tesis: 1a./J. 23/2015 (10a.) de la SCJN ha determinado de forma expresa que la misma no es aplicable a este tipo de proceso, puesto que tal derecho corresponde al ámbito penal, ya que es criterio de la Corte que dicho principio no es aplicable al procedimiento de ED, porque lo que respecta al tema de la responsabilidad penal del sujeto activo es considerado autónomo de la materia penal, por cuanto que en materia de ED el juzgador no se pronuncia sobre la imputación al demandado por la comisión de un delito. Sin embargo, en jurisprudencia de la CIDH se establece que tal derecho irradia todas las materias del derecho, ya que si bien tal principio se contempla en el artículo 8 del apartado denominado “Garantías judiciales” de la CADH, su aplicación no se restringe a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que por el contrario, se refiere a todo el conjunto de requisitos que deben velarse y garantizarse en cualquier instancia procesal, a efecto de que el procesado pueda defenderse adecuadamente ante todo tipo de actos que emanan del Estado y que pueda vulnerar sus derechos (CIDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Caso Yatama Vs. Nicaragua).

Conclusiones

Al realizar esta investigación se determinó que en el proceso de acción de ED no se formula una imputación al sujeto por la comisión de un delito, sino que su objetivo es resolver la relación existente entre un determinado bien vinculado a un hecho ilícito de un tipo especial de crimen, sin prejuzgar sobre la culpabilidad del autor o partícipe. No obstante, esto no constituye una excepción para aseverar que, debido a que es una figura aislada de forma relativa a la materia penal, no exista un detrimento a garantías y derechos protegidos en el marco constitucional y en diversos instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

Es verdad que, bajo ciertas circunstancias, el análisis de validez constitucional de disposiciones como las contenidas en la LNEED exige la revisión de la razonabilidad de los derechos positivos y, en algunos casos,

implicaría la consideración de un cierto margen de discrecionalidad por parte del Poder Legislativo, a partir del cual se puede determinar si cierta regulación es o no acorde con el parámetro de regularidad, atendiendo a las circunstancias particulares del lugar y de la población en que se aplicará. Sin embargo, ese análisis tendría que considerar, necesariamente, el impacto que puede tener la aplicación de disposiciones como las que aquí se han estudiado en el corto, mediano y largo plazo, así como las consecuencias que podría tener en el ejercicio de los derechos de los destinatarios de las normas.

Y es que, si consideramos que los derechos son interdependientes e indivisibles, las consecuencias de restringir o afectar algunos de ellos a partir de las disposiciones de la LNEP podrían ser muy grandes y, con ello, en lugar de fortalecer el Estado de Derecho en el país, se abriría la puerta al regreso de las tendencias que han caracterizado al derecho penal del enemigo.

Tras el recorrido doctrinario y jurisprudencial realizado, se concluye, a partir de la pregunta de investigación planteada, que los artículos de la LNEP que fueron analizados en efecto no armonizan y vulneran derechos humanos contemplados y protegidos, tanto por la CPEUM como por instrumentos internacionales ratificados por México. Dichas vulneraciones son amplias e incluso tan profundas que podrían dar paso a investigaciones futuras, por ejemplo, sobre los alcances del principio pro persona en materia de ED; así como otras garantías constitucionales concernientes al derecho a la seguridad jurídica consideradas vulneradas y que no se alcanzaron a contemplar en el presente artículo, como son el principio de legalidad y el de irretroactividad de la ley; asimismo, algunos expertos consideran que con la LNEP se invaden esferas de competencia y se otorgan facultades prohibitivas en materia de división de poderes.

El combate al crimen organizado, sobre todo en los tiempos actuales en los que el uso de la tecnología repuntó y agilizó todo tipo de procesos de manera extraordinaria, aunado al poder económico de las estructuras criminales, es desgastante y oneroso su permanente persecución tanto para el Estado como para la sociedad, por lo que amerita una constante revisión, modificación y actualización de los instrumentos legislativos y judiciales. En dicho escenario, la ágil recuperación con la figura de ED sobre los bienes y patrimonio en manos de la criminalidad, no solo es válida, sino también

necesaria. No obstante, dicha tarea a cargo del Estado no debe realizarse ni a la ligera ni en detrimento de los derechos humanos de las personas que fuesen sujetas a dicho procedimiento.

Limitantes

La única limitante que se percibió en el proceso de investigación fue no disponer de mayor tiempo de redacción, ya que el mismo se ajustó a periodos editoriales y académicos.

Declaración de no conflictos

Los autores declaramos no tener conflictos de ningún tipo en la realización, investigación y redacción de este artículo.

Referencias

- Anguiano Espinosa, G. (2019). La extinción de dominio en México: reflexiones sobre la reforma del 2019. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 23, 1-26. doi:10.17979/afdu-dc.2019.23.0.6006
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Resolución 2200 A (XXI)* del 16 de diciembre de 1966. Recuperado de t.ly/Xnas
- Cámara de Diputados. (2019). *Gaceta Parlamentaria-Dictamen CR*. Año XXII Palacio Legislativo de San Lázaro, 5327-I, 246. Recuperado de: t.ly/ysAP
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2020). *Código Civil Federal*. Recuperado de t.ly/mMkC
- Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH]. (2019). *Demanda de acción de inconstitucionalidad. En contra del Decreto por el que se expidió la Ley Nacional de Extinción de Dominio*. Recuperado de t.ly/kLsZ
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario oficial de la Federación, México, 6 de junio de 2019. Recuperado de t.ly/eU5x
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. [CIDH]. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 12: Debido Proceso*. Recuperado de: t.ly/WPLi

- De Hoyos Walther, J. E. & De la Peña Molina, J. (2019). *Inconstitucionalidad de la Ley Nacional de Extinción de Dominio*. Recuperado de: https://works.bepress.com/jorge_de_hoyos_walther/10/
- Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional. (2019). *Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Nacional de Extinción de Dominio y de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público suscrita por las y los legisladores del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional*. Recuperado de: <https://www.senado.gob.mx/64/buscador/>
- Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional. (2019). *Iniciativa con proyecto de decreto por la que se derogan y reforman diversas disposiciones de la Ley Nacional de Extinción de Dominio, a cargo de la Senadora Verónica Martínez García, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional*. Recuperado de: <https://www.senado.gob.mx/64/buscador/>
- Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática. (2019). *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley Nacional de Extinción De Dominio, suscrita por diputadas y diputados integrantes del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática*. Recuperado de: <https://www.senado.gob.mx/64/buscador/>
- Grupo Parlamentario de Morena. (2020). *Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de los Códigos Penal Federal, y Fiscal de la Federación, así como de las leyes general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, nacional de extinción de dominio, y federal de transparencia y acceso a la información pública, suscrita por la Diputada Flora Tania Cruz Santos, del Grupo Parlamentario de Morena*. Recuperado de: <https://1bestlinks.net/KXbKD>
- Grupo Parlamentario de Morena. (2020). *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma la fracción II del artículo 234 de la Ley Nacional de Extinción de Dominio, en materia de prevención y tratamiento para la atención del consumo de drogas, suscrita por el Diputado Jesús Salvador Minor Mora, del Grupo Parlamentario de Morena*. Recuperado de: <https://1bestlinks.net/KXbKD>

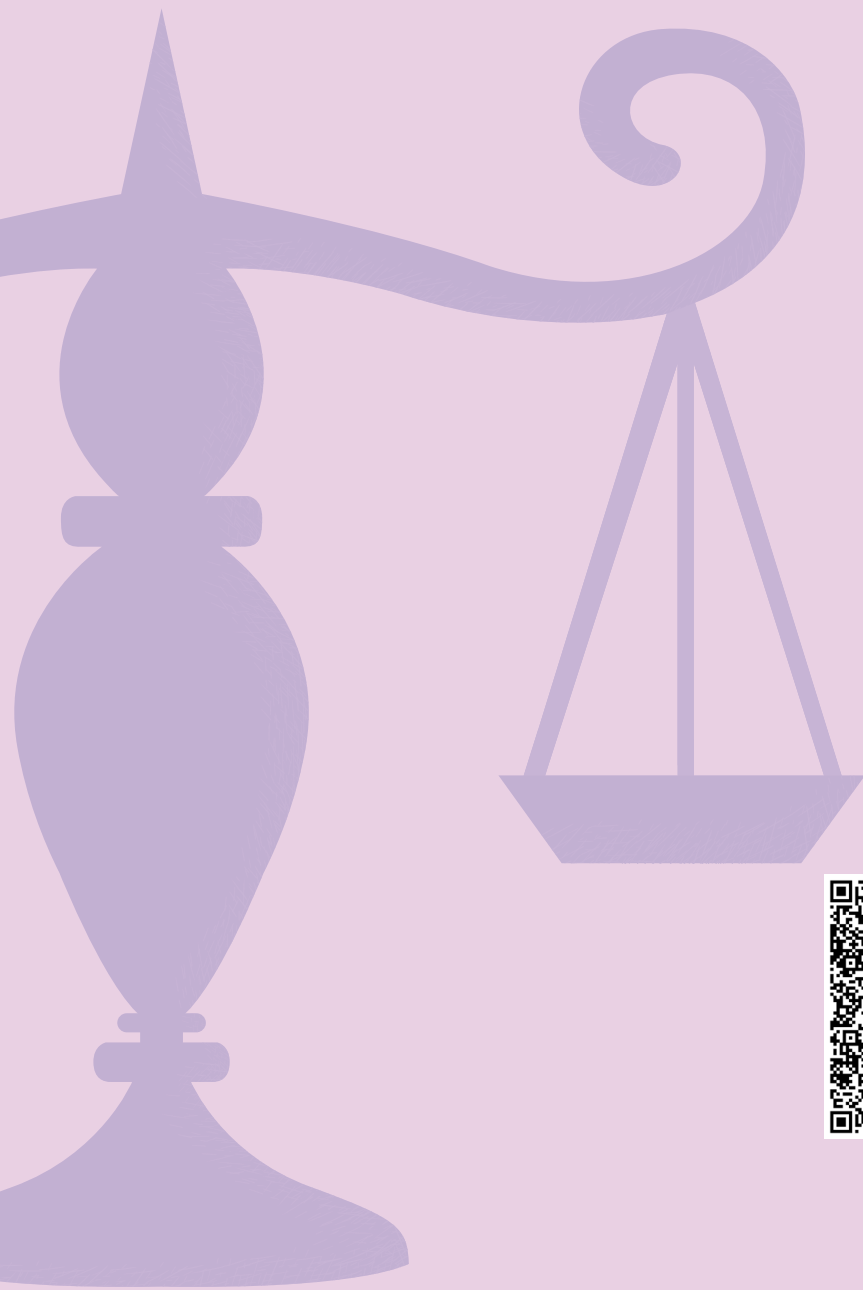
- Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática. (2020). *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley Nacional de Extinción De Dominio, suscrita por diputadas y diputados integrantes del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática*. Recuperado de: <https://1bestlinks.net/KXbKD>
- Huaman Bejar, J. Y. (2020). El principio de buena fe registral en el Sistema de Transferencia de Bienes Inmuebles con relación al proceso de extinción de dominio (Propuesta Legislativa).
- Ley nacional de extinción de dominio. Diario oficial de la Federación, México, 9 de agosto de 2019. Recuperado de: <https://1bestlinks.net/bFwJu>
- Muñiz, M. A. (2019). *La figura de la Extinción de Dominio en el marco normativo argentino*. (Trabajo final de grado). Universidad Empresarial Siglo Veintiuno. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/17166>
- Muñoz Ramírez, M. & Vargas Mora, R. I. (2017). *La extinción de dominio y la afectación de derechos: análisis comparativo*. (Tesis de Licenciatura). Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/33902>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC]. (2011). *Ley modelo sobre extinción de dominio*. Recuperado de t.ly/5XLz
- Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ONU-DH]. (2016). *20 claves para conocer y comprender mejor los Derechos Humanos* (3ra ed). Recuperado de: t.ly/iARk
- Parra Lara, F. J. (2020). *Extinción de Dominio en México: Revisión de su estructura constitucional y convencional*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, 6 (2), 667-700. doi:10.22197/rbdpp.v6i2.351
- Rivero Evia, J. (2019). Ley Nacional de Extinción de Dominio: nueva competencia del Poder Judicial. *Revista Jurídica Justicia en Yucatán*, 60, 8 (44). Recuperado de t.ly/FBGY

- Sauri Riancho, D. M. (2019). *Sobre la legislación de extinción de dominio y otras consideraciones que se relacionan*. *Revista Jurídica Justicia en Yucatán*, 60, 13 (44). Recuperado de t.ly/FBGY
- Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1978). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). *Gaceta Oficial* No. 9460 del 11 de febrero de 1978. Recuperado de: t.ly/tNCI
- Senado de la República de los Estados Unidos Mexicanos. (2019). *Gaceta del Senado-Dictamen CO. LXIV Legislatura* 4. 290 Recuperado de: t.ly/zJ5UX
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (junio de 2008). Acceso a la información. Su naturaleza como garantías individual y social. Tesis P/J.54/2008 del Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XXVII, p. 743, 169574. Recuperado de: t.ly/e5eq
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2015). Extinción de dominio. Interpretación del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en torno a las cargas probatorias cuando hay un afectado que aduce ser de buena fe. Tesis 1a./J.18/2015 Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 17, abril de 2015, Tomo I, p. 335, 2008876. Recuperado de t.ly/e5eq
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (abril de 2015). Extinción de Dominio. Por regla general, la acción relativa está sujeta a que el juez de la causa penal emita alguna decisión en la que afirme que los hechos consignados acreditan el cuerpo del delito de alguno de los ilícitos previstos en el artículo 22, fracción II, constitucional. Tesis 1a./J.22/2015 (10a.) Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 17, Tomo I, pág. 344, 2008881. Recuperado de t.ly/e5eq
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (abril de 2015). Extinción de Dominio. El principio de presunción de inocencia no es aplicable al juicio relativo. Tesis 1a./J.23/2015 (10a.) Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, p. 331, 2008874. Recuperado de: t.ly/e5eq
- Vargas González, P. (2017). La extinción de dominio: una aproximación desde los derechos fundamentales. *Revista digital de la Maestría en*

Ciencias penales, 23 (23). Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/33902>

Velásquez, R. (2020). *Régimen jurídico de la extinción de dominio. Enigmas y lagunas en la extinción de derechos reales ilícitos*. Recuperado de <https://onx.la/aa4cc>

Capítulo 5



El régimen de responsabilidad objetiva y aplicación de los conceptos de daño especial y riesgo excepcional por parte del Consejo de Estado Colombiano (2017-2019)¹

Lucía Cohen Urzola², Maira Vergara Arrieta³,
Karol Vergara Guerra⁴

Resumen

La necesidad de una adecuada utilización de los conceptos de riesgo excepcional y de daño especial dentro del régimen objetivo fue la principal motivación de este trabajo de investigación, en el cual se analizaron las sentencias emitidas por el Consejo de Estado. El estudio se caracterizó por ser de tipo descriptivo, analítico y jurídico; se utilizó el método inductivo para sacar conclusiones generales de hechos particulares; asimismo, la metodología estuvo basada en la revisión y la observación directa, así como también en el análisis documental con referencia a la temática a tratar. La finalidad de la investigación consistió en hacer un análisis para conocer la aplicación que se les ha dado a las figuras de riesgo excepcional y de daño especial por parte del Consejo de Estado colombiano, basados en las sentencias de los años 2017, 2018 y 2019. En este estudio se logró

1 Resultado de investigación del proyecto de convocatoria interna de CECAR: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre, Colombia.

2 Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Correo: lucia.cohenu@cecar.edu.co. ORCID: 0000-0001-8977-2637

3 Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Correo: maira.vergaraa@cecar.edu.co. ORCID: 0000-0002-5669-2902

4 Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Correo: karol.vergarag@cecar.edu.co. ORCID: 0000-0002-4204-9895

concluir que el Consejo de Estado no les ha dado una aplicabilidad clara y unívoca a las figuras jurídicas del régimen objetivo. Ante esto, se sugiere analizar cada caso detalladamente para así aplicar el régimen que corresponde y emitir una sentencia de unificación, en la cual se delimiten los conceptos del régimen objetivo con el fin de que estos se puedan aplicar de manera coherente y uniforme.

Palabras clave: responsabilidad objetiva, daño especial, riesgo excepcional y derecho a la igualdad.

The strict liability regime and the application of the concepts especial damage and exceptional risk by the Colombian Council of State (2017-2019)

Abstract

The need for an adequate use of the concepts of exceptional risk and special damage within the objective regime was the main motivation for the research work; where the sentences issued by the Council of State were analyzed. The study was characterized by being descriptive, analytical and legal, using the inductive method to draw general conclusions from particular facts, and the methodology was based on the review and direct observation as well as documentary analysis with reference to the subject matter. The purpose of the research was to make an analysis to understand the application given to the figures of exceptional risk and special damage by the Colombian Council of State, based on the sentences of the years 2017, 2018 and 2019. The conclusion was that the Council of State has not given a clear and univocal applicability to the legal figures of the objective regime. In view of this, it is suggested that each case be analyzed in detail in order to apply the corresponding regime and, likewise, that a unification judgment be issued, in which the concepts of the objective regime are delimited so that they may be applied in a coherent and uniform manner.

Keywords: objective liability, special damage, exceptional risk and right to equality.

Introducción

En el Estado colombiano, el desarrollo de la responsabilidad extracontractual se ha dado de manera exclusiva por vía jurisprudencial basado en los principios constitucionales. “La mencionada es entendida como la obligación de reparar el daño causado a los particulares y es un pilar fundamental en el Estado social de derecho” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 13). La finalidad es garantizar a los particulares la protección de sus derechos, ya que el Estado, en todo momento, debe mantener un equilibrio e igualdad de cargas públicas a las que son sometidos los administrados. En la Constitución Política de 1991, específicamente en el artículo 90, se expresa la cláusula de responsabilidad estatal:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 28).

Lo anteriormente mencionado manifiesta que, aunque la actividad administrativa representa legalidad y legitimidad, siempre que haya un daño antijurídico este debe ser reparado. El Consejo de Estado ha venido implementando estas herramientas jurídicas de los ciudadanos para que exista una reparación económica por daños ocasionados; esto, con el tiempo, permitió que se desarrollara el régimen objetivo de responsabilidad del Estado, aunque se debe mencionar que el riesgo excepcional y daño especial fueron establecidos desde antes del año 1991. En un principio, el riesgo excepcional se aplicaba en ciertos casos en los que el Estado, en cumplimiento de su función, prestaba un servicio o en la construcción de una obra: allí se daba la creación del riesgo excepcional, lo cual siempre ocasionaba perjuicios que violaban los principios de igualdad de las cargas públicas.

Cabe mencionar que, para el Consejo de Estado, un daño especial “se presenta cuando un actuar legítimo administrativo causa una lesión inequitativa a los particulares y se viola el principio de igualdad ante las cargas públicas” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 13). Los conceptos

de riesgo excepcional y daño especial siguen siendo erigidos por el Consejo de Estado, pero sin una base legal completa que los defina. Generalmente, entre ambos conceptos existen similitudes, ya que son clasificados bajo el mismo régimen y se basan en el mismo fundamento legal de la Constitución Política colombiana; además, se caracterizan por que reúnen semejanzas en su configuración e imputación. En la actualidad, la aplicación de estos conceptos es un poco vacía, en ciertos casos se confunden las figuras o se les da un trato distinto. Es por ello que el presente trabajo de investigación busca crear y contextualizar los conceptos, los propósitos y la estructura jurídica de las figuras, para que se les dé el debido tratamiento y que no se mezclen las concepciones en la jurisdicción contenciosa. En otras palabras, la finalidad es ayudar a la construcción de una teoría coherente y uniforme.

Planteamiento del problema

En la Constitución de 1886 no existía una norma que regulara la responsabilidad extracontractual del Estado, pero sí se consagraba el ordenamiento jurídico de las instituciones para asegurar el cumplimiento de los deberes estatales. La responsabilidad del Estado durante este periodo se posicionó en varios artículos: se consagró en el artículo 16, en el cual “se estipulaba la obligación de las autoridades de la república para proteger a los nacionales” (Asamblea Nacional Constituyente, 1886) y en el artículo 20 se establece:

Que los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas (Asamblea Nacional Constituyente, 1886, p. 8).

En el periodo final de la Constitución Política de 1886 “se formaron los diversos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado y esto facilitó la entrada de la cláusula de responsabilidad de naturaleza constitucional consagrada en la Constitución Política actual” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 22). Asimismo, se dio el desarrollo de nuevos temas, como los regímenes de responsabilidad sin culpa, de allí nacen las teorías de riesgo excepcional y daño especial que fueron profundizadas por la jurisprudencia. En cambio, en la Constitución de 1991 aparece

un ordenamiento con responsabilidad patrimonial en el cual se ordena al Estado a reparar los daños antijurídicos imputables. En el artículo 90 se establece que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 16).

En Colombia, los regímenes de responsabilidad extracontractual se mueven entre las teorías de responsabilidad objetiva y subjetiva. Cabe mencionar que la responsabilidad objetiva ayuda a una mejor comprensión conceptual del daño especial y del riesgo excepcional, los cuales son clasificados como de tipo objetivo. La responsabilidad objetiva se focaliza en el daño producido, “esta clase de regímenes se compadecen más con la denominación del Estado social de derecho que se centra en garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos” (Rodríguez, 2012, p. 118). Las teorías de riesgo excepcional y daño especial tuvieron su origen en las normas del Código Civil, sus conceptos fueron tomados de doctrinas de otros países y se desarrollaron de acuerdo al sistema imperante en ese periodo de la historia. “La teoría de riesgo excepcional se empezó a estructurar en el ordenamiento jurídico del año 1938 y la teoría de daño especial se vino desarrollando desde antes de 1991” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 31). Las teorías mencionadas presentan similitudes, por esta razón en la actualidad no se les da un buen uso, pues no se tiene claridad del marco legal que las define; teniendo en cuenta esto, nuestro propósito es ayudar a la construcción de conceptos claros que formen una teoría coherente y uniforme.

El tratamiento que le ha dado el Consejo de Estado colombiano en su jurisprudencia a los conceptos de riesgo excepcional y de daño especial no ha sido el propicio; al no tener claras sus diferencias, se pueden presentar confusiones a la hora de emitir fallos bajo el régimen de responsabilidad objetiva. Estas situaciones tienden a generar un ambiente de inseguridad jurídica en lo contencioso administrativo y en su abordaje académico. Por lo tanto, se ha planteado la siguiente pregunta problema: en el régimen

de responsabilidad objetiva, ¿cuál es la aplicación de los conceptos de daño especial y de riesgo excepcional por parte del Consejo de Estado colombiano, según la jurisprudencia, en los años 2017–2019?

En la actualidad, “hay muchas inconsistencias en la utilización de los distintos títulos jurídicos de imputación, lo cual hace imposible la construcción de una teoría coherente y uniforme” (Galindo Sánchez, 2002, p. 7). El propósito consiste en tener una aproximación de contenido teórico de los determinados títulos jurídicos con sus principios bien definidos, para que se puedan utilizar adecuadamente y así resolver procesos instaurados por responsabilidad extracontractual del Estado. “En un principio la aplicación del concepto jurídico de daño especial dentro de la jurisprudencia era netamente excepcional y se acudía a este régimen cuando no se podía deducir una falla de servicio” (Galindo Sánchez, 2002, p. 27).

Aunque siempre se ha reconocido la independencia del riesgo excepcional como título jurídico de imputación, el objetivo inicial del mencionado no se logró, debido a la confusión de los conceptos de las figuras de imputación objetiva de responsabilidad. Han existido escasas sentencias sobre la materia, sin embargo “siempre se ha tenido claro que el daño especial es un concepto jurídico excluyente de la falla del servicio y este, de manera general, implica la actuación de la Administración ajustada al derecho” (Galindo Sánchez, 2002, p. 29). El objetivo de este trabajo es hacer un análisis detallado de la aplicación que le ha venido dando el Consejo de Estado al régimen de responsabilidad objetiva y a los conceptos de daño especial y de riesgo excepcional desde el año 2017 al 2019. El propósito es que las figuras puedan utilizarse debidamente y en las situaciones legales correspondientes, logrando una interpretación coherente de ambos regímenes para así mantener un equilibrio frente a las cargas públicas.

Metodología

Todo estudio de tipo investigativo se caracteriza por realizar una indagación profunda sobre un tema de interés, a fin de que la información encontrada facilite su desarrollo. Existen diferentes tipos de investigaciones, entre las cuales se encuentran la descriptiva, la experimental y la

documental. Este proyecto es de tipo descriptivo y jurídico que enmarca un paradigma analítico, según Rivas (Rivas, 1995, p. 54), “este tipo de investigación es caracterizada por hacer descripciones de hechos a partir de un criterio o modelo teórico”. Para Hernández, Férnandez y Baptista (2014) “al momento de analizar se debe mostrar objetividad, con base a la información encontrada” (p. 98) La finalidad fue hacer un estudio sobre la aplicación que le ha dado el Consejo de Estado colombiano a los conceptos de riesgo excepcional y de daño especial según la jurisprudencia en los años 2017-2019.

Es importante mencionar que el enfoque del trabajo fue cualitativo, ya que se examinó la jurisprudencia del Consejo de Estado para saber cómo ha aplicado los conceptos de daño especial y de riesgo excepcional en los años 2017-2019. Asimismo, la recolección de información se llevó a cabo a través de la fuente primaria, pues se revisaron y analizaron las sentencias de fondos emitidas por el Consejo de Estado en los años 2017, 2018 y 2019:

- Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18860). Actor: Rosa Elena Puerto Niño y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Defensa, Policía Nacional. Referencia: acción de reparación directa.
- Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: María Adriana Marín, Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 68001-23-31-000-2001-00452-01(40437). Actor: Luz Marí Hernández Ramírez y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional. Referencia: acción de reparación directa.
- Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00735 01(48538). Actor: William Alfredo López Briceño y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Justicia y

del Derecho–INPEC. Referencia: acción de reparación directa (apelación sentencia). Complementado con la sentencia emitida por el Consejo de Estado.

Como fuentes secundarias se utilizaron las fichas bibliográficas y de contenido, con el objetivo de obtener información relacionada con el problema de investigación, utilizando las bases de datos institucionales como Vlex, Proquest, Leyes, Info, entre otras. Se utilizó el método inductivo para sacar conclusiones generales, partiendo de hechos particulares (los de cada jurisprudencia).

Población

Para Arias (2006, p. 81), “la población es el conjunto finito e infinito de elementos con características comunes, que son de relevancia para desarrollar la investigación”. Dentro de este estudio, la población fueron las sentencias o decisiones de fondo emitidas por el Consejo de Estado colombiano.

Muestra

En este estudio, la muestra seleccionada fue la jurisprudencia del Consejo de Estado, específicamente, de los años 2017, 2018 y 2019.

Instrumento de recolección de información

Para el presente estudio, se utilizó como instrumento de recolección de información la revisión y observación directa de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado y el análisis documental. Según Pinto (1992) “el análisis es indispensable y a la vez facilita la comprensión e interpretación de un grupo de fallos proferidos, sean por las Altas Cortes o por los juzgados de instancias menores” (p. 89). El propósito consistió en conocer la aplicabilidad que se les ha dado a los conceptos de riesgo excepcional y de daño especial por parte del Consejo de Estado colombiano, basados en las sentencias de los años 2017, 2018 y 2019.

Marco conceptual

Responsabilidad objetiva

Dentro del derecho, “la responsabilidad son las consecuencias de una acción, que derivan la obligación de satisfacer el daño de una pérdida causada” (Rodríguez & R, 2009, p. 1). El objetivo de la responsabilidad es reparar, es decir, colocar las cosas en el estado que se encontraban antes del daño, logrando un equilibrio. La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo nació con la finalidad de reparar un daño o salvaguardar víctimas que sufrían daños, “se basa en el resultado y a la vez manifiesta que, si una acción es cometida con dolo o culpa, lo principal es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho y el daño” (Martínez Ortiz, 2018, p. 12). La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido, basta este para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. “Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad” (Alessandri, 1981, p. 10).

La responsabilidad objetiva “se caracteriza por prescindir de la conducta del sujeto y de su culpabilidad; el Estado se compromete a responder por el daño causado y la base para la declaración es de tipo de responsabilidad” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 25). Para su estudio, se analizan varias situaciones que son concretas y declaran si hay o no responsabilidad objetiva, las cuales son: “el accionar del Estado, en cuanto este sea una acción u omisión de una autoridad pública dentro de las funciones legales y el daño antijurídico como consecuencia del accionar del Estado” (, 2013, p. 27).

Daño especial

El daño especial es cuando se da el rompimiento de las cargas públicas. Según el Consejo de Estado “se presenta cuando el actuar legítimo del Estado causa una lesión inequitativa a los particulares y estos deben ser indemnizados” (Consejo de Estado, 1990). Existen requisitos determinantes y concurrentes para que proceda como título de imputación: actuación legítima administrativa (aplica en los casos en que los daños son

causados dentro del accionar del Estado y buscan proteger algún derecho); rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas (rompimiento de la igualdad); nexo de causalidad, “este hace referencia a que el rompimiento de las cargas públicas debe ser una consecuencia directa e irrefutable de la actuación u omisión legítima del Estado” (, 2013, p. 42).

Riesgo excepcional

La teoría del riesgo excepcional está fundamentada en el principio de igualdad, esta busca un equilibrio en las cargas procesales del ciudadano y del Estado:

La creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la Administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por esta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado (Consejo de Estado, 2000, p. 15).

Según el Consejo de Estado, se establecen tres elementos que concurren para que se declare la responsabilidad estatal, los cuales son:

Creación de un riesgo de naturaleza excepcional (es de naturaleza extraordinaria o excepcional, el Estado no se mantiene al margen aunque no sea el causante directo y este responde por el impase, a la vez atiende a los daños causados); Creación del riesgo de naturaleza excepcional creado (es un nexo causal que une la actividad de la Administración, con el perjuicio causado); y el riesgo excepcional creado y materializado, es una responsabilidad sin falta, sin embargo, se da un cumplimiento de los deberes jurídicos por medio de una actuación legal (, 2013, p. 37).

Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad es el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto, es decir, el objeto de tratamiento es igualitario. “El derecho a la igualdad no excluye necesariamente dar un tratamiento diferente a sujetos colocados en las mismas condiciones, cuando exista motivo razonable que lo justifique” (Corte Constitucional, 1993).

La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien sea por las circunstancias concretas que los afectan, o por las condiciones en medio de las cuales actúan, pues unas y otras hacen imperativo que el Estado procure el equilibrio, que en derecho no es cosa distinta que la justicia concreta (Corte Constitucional, 1993).

Marco jurídico del régimen de responsabilidad objetiva

Este régimen de imputación “siempre tiene presente el daño que ocasiona el Estado sin determinar si lo realiza en conformidad con la ley o en cumplimiento de un deber legal” (Burbano, 2016, p. 9). La jurisprudencia, desde tiempo atrás, ha hecho un esfuerzo significativo con la finalidad de crear un régimen diferente de los particulares, con el propósito de reparar daños causados por la actividad estatal. En un principio, los fundamentos de este régimen se basaron en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886: las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Asamblea Nacional Constituyente, 1886). En la búsqueda de un régimen propio de responsabilidad para el Estado, se apoyó en las normas del Código Contencioso Administrativo a fin de complementar el mencionado, esencialmente en los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941. El artículo 67 precisa:

La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto

se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho (Congreso de la República, 1941, párr. 67).

El artículo 68 de la Ley 167 de 1941 menciona:

También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes (Congreso de la República, 1941, párr. 68).

Es claro precisar que la construcción del régimen de responsabilidad del Estado con base en la Constitución Política de 1886 se hizo con la ayuda de la jurisprudencia, en un principio el régimen carecía de un cuerpo jurídico propio y era muy diferente del que conocemos en la actualidad. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de junio 30 de 1962, expresa que “la responsabilidad del Estado debe fundamentarse en normas de la propia Constitución, más que en las del Código Civil” (Corte Suprema de Justicia, 1962). A su vez, también ha manifestado, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 2341 del Código Civil, que: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (Congreso de la República, 1887). Además, en el artículo 2343 del mencionado manifiesta que “es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos” (Congreso de la República, 1887).

Ante la falta de un texto legal y de un cuerpo jurídico estructurado con referencia al régimen, en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 se dio a conocer que “cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho” (Congreso de la República, 1887). Cabe mencionar que lo elaborado por la jurisprudencia “planteó como título de imputación: la falla del servicio, probada y presunta de carácter subjetivo y los de carácter objetivo, el daño especial y el riesgo excepcional” (Ramos, 2010, p. 12). Es fundamental recordar que, dentro del régimen objetivo, lo determinante siempre es el daño y su antijurídica. En

la jurisprudencia, se explicó que “la indemnización de los daños procede, porque a las víctimas se les han excedido las cargas habituales, es decir, el particular está asumiendo una carga mayor a la que habitualmente les corresponde a los ciudadanos” (Ramos, 2010, p. 20). Ante esto, el Consejo de Estado, en la Sentencia de 23 de mayo de 1973, afirma que:

Se condena a la Administración, independientemente de que la actuación oficial haya sido o no culposa, en la sola consideración de que la víctima ha sufrido un daño especial que ha roto el principio de la igualdad ante las cargas públicas (Consejo de Estado, 1973, como se citó en Ramos, 2010, p. 15).

En el nuevo régimen estatal, que se introduce a partir de la Constitución de 1991, se modifica un poco el objeto, es decir, se le da mucha más importancia a la situación del afectado con el daño que al que lo causó, en otras palabras, se enfoca en la necesidad de brindar ayuda y protección a la víctima. En la Sentencia del 22 de noviembre de 1991, el Consejo de Estado manifestó que “el daño antijurídico, debe ser indemnizado, independientemente de si hubo o no culpa del Estado” (Consejo de Estado, 1991). El Estado debe reparar el daño antijurídico y, al declararse la responsabilidad, debe proceder a indemnizar. El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 16).

Es relevante dar a conocer que la Corte Constitucional, en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, explica que “no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo” (Congreso de la República, 1993), es decir, ninguna norma de inferior jerarquía debe excluir la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución.

La responsabilidad objetiva prescinde la conducta del sujeto y de su culpabilidad y el Estado se compromete en responder por el daño causado, sin necesidad de que el hecho que lo provocó haya sido causa de una falla en su servicio o el proceder de sus funciones (, 2013). Esta clase de regímenes de responsabilidad objetiva eliminan el estudio de la culpa (responsabilidad subjetiva) en aquellos eventos donde no es fácil delimitar la culpa, ni asignarla a persona o personas, puede decirse que esta clase de regímenes de responsabilidad se compadecen más con la denominación del Estado social de derecho, que busca garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos (Rodríguez, 2012).

Según (Irisarri, 2000, p. 34), “es un régimen residual, opera en los supuestos de hechos establecidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado y es de nexo causal, es decir un factor determinante de imputación que solo demuestra la ocurrencia del hecho”. “En el régimen objetivo proceden las causales que rompen el nexo causal como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero” (Irisarri Boada, 2000).

Marco jurídico de daño especial

El daño especial tiene muchas definiciones y su argumento fundamental es el rompimiento de las cargas públicas, nace con una acción residual por excelencia y se acude a esta cuando ningún medio eficaz puede responsabilizar al Estado, por quebrantar el equilibrio frente a las cargas públicas. El Consejo de Estado en la Sentencia del 20 de febrero de 1989 retoma un concepto expuesto por el mismo órgano:

Aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad, pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que la Administración se ha beneficiado de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de igualdad ante las cargas del poder público (Consejo de Estado, 1989, como se citó en Rojas, 2018, p. 29).

El daño especial es aplicable, según lo expresado en la jurisprudencia, cuando concurren los siguientes elementos:

Cuando se desarrolle una actividad legítima de la Administración, debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona y a la vez debe darse el origen del rompimiento del principio de la igualdad a la ley y a las cargas públicas; este quebrantamiento de igualdad debe causar daño grave y especial y tiende a caer sobre alguno o algunos administrados, de esa manera se desarrolla el nexo causal entre la Administración y el daño causado (Araque & Castillo, 2013, p. 39).

La Asamblea Constituyente francesa, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, manifiesta que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común” (Asamblea Constituyente francesa, 1789) y “con base a esto se desprende el fundamento de la responsabilidad del Estado por daño especial, como una forma de indemnización al particular lesionado” (Cuello Iriarte, 2009 , p. 13). Este concepto tiene presente el principio de igualdad, buscando un trato equitativo con un tratamiento justo. La Corte Constitucional en la Sentencia C-1125 de 2004 expresa:

El legislador está vinculado íntimamente al principio de igualdad, de manera que debe dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no exista una razón suficiente que permita dispensarle un tratamiento desigual (mandato de tratamiento igual) y, además, está obligado a otorgar un trato desigual o a establecer diferenciaciones o a dar un trato distinto a supuestos de hecho diferentes (mandato de tratamiento desigual). Así mismo, le está permitido que trate de manera idéntica supuestos de hecho diferentes cuando ello resulte razonable y siempre que no exista una razón suficiente que imponga dicha diferenciación. De esa manera, se incurre en una discriminación normativa cuando dos condiciones fácticas semejantes son tratadas por el legislador de manera desigual

sin que exista una justificación objetiva y razonable. Por contera, si el legislador ha reconocido un determinado beneficio a un grupo de personas determinado y ha excluido del mismo a otros que, por compartir los mismos supuestos fácticos, deberían ser

sujetos de igual tratamiento, se incurre entonces en violación del principio de igualdad y debería la Corte proferir una sentencia integradora para garantizar la igualdad (Corte Constitucional, 2004, párr 90).

Para el año 1947, el Consejo de Estado hace una apreciación sobre daño especial desde un punto de vista objetivo y dicho fallo fue histórico en el país.

Solicito que el Consejo de Estado por los trámites de un juicio administrativo, con audiencia y citación del agente del Ministerio Público o sea del Fiscal del Consejo de Estado, se (sic) decrete a favor de la sociedad anónima El Siglo, S. A. domiciliada en Bogotá, y en contra de la Nación, las indemnizaciones correspondientes que esta debe pagar a aquella, como consecuencia de la clausura y suspensión del periódico El Siglo que, por una vía de hecho de la Administración, dejó de imprimirse y salir al consumo del público desde el día 11 de julio del corriente año hasta el 6 de agosto también del corriente año, inclusive. Pido desde ahora que, como monto de la indemnización, se señale la cuantía que fijen peritos expertos, nombrados legalmente por las partes dentro del término de prueba (...) El daño producido por la Administración no da lugar a reparación, sino en el caso que es anormal por su importancia y por su carácter excepcional. La Administración tiene el derecho de imponer ese sacrificio especial como suprema gestora del interés público, pero mediante indemnización, al efecto de restablecer la igualdad de las cargas (...) (Consejo de Estado, 1947, pp.1–45).

En ese año, “el Consejo de Estado acuña un nuevo título de responsabilidad y fue una demanda interpuesta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y fue allí donde se dio una apreciación profunda de daño especial” (Calvo Anillo, 2015, P. 31). El Consejo de Estado muestra una excepción en la regla general, en el fallo de 1989 menciona:

Apartándonos del esquema del daño por intención dolosa o culposa, lo que examinamos está basado en un tipo de responsabilidad objetiva, no se entra a estudiar o hacer juicios de la conducta estatal, solo debe comprobarse la existencia del

daño, si se llegare a establecer la indemnización es inmediata y sujeta a los perjuicios ocasionados (Consejo de Estado Fallo, 1989).

Dentro del daño especial se requiere que el Estado esté en el ejercicio de sus atribuciones legales y constitucionales, no excediendo los límites de su autoridad. La figura mencionada se caracteriza porque a esta “se debe recurrir cuando no exista otro medio para imputar al Estado y al no darse la debida imputación se quebranta el principio de equidad y equilibrio, los cuales siempre deben existir para mantener las cargas públicas” (Irisarri Boada, 2000, p. 39).

Marco jurídico del riesgo excepcional

Dentro del riesgo excepcional no es necesario que el Estado sea quien cause el perjuicio al particular, en otras palabras, este régimen permite que el Estado se responsabilice de la situación del perjuicio del particular, aunque este no sea quien haya causado el daño directamente. En la Sentencia del 20 de febrero de 1989, el Consejo de Estado define que:

La mencionada teoría compromete su responsabilidad cuando en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, a favor de la comunidad, utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, y al experimentar la situación de quedar expuestos al riesgo excepcional, se van a exceder las cargas que normalmente han soportado los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o prestación del servicio (Consejo de Estado, 1989, p. 24).

Así mismo, en la Sentencia del 10 de agosto del 2000, para esta fecha el Consejo de Estado establece y anexa ideas al concepto de riesgo excepcional a la creación del riesgo excepcional, a medida que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, a causa de una actividad dirigida a proteger a la comunidad; aquí no se trata de la existencia de una acción u omisión reprochable de la Administración, sino de la producción de un daño que tiende a ser causado por un tercero y es allí donde surge el riesgo excepcional, creada en cumplimiento de sus funciones

y es la excepcionalidad del riesgo que hace que sea evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita la responsabilidad por parte del Estado (Consejo de Estado, 2000).

Esta teoría es caracterizada por tener presente el principio de igualdad ante los ciudadanos, ley y cargas públicas, buscando siempre “la indemnización en contrapartida de las ventajas obtenidas por las obras realizadas o por aquellos servicios prestados” (Irisarri Boada, 2000, P. 41). El Consejo de Estado se ha encargado de analizar el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), este menciona:

Cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de libertad de una persona y esta es absuelta, porque no tuvo nada que ver con el delito investigado, podrá demandar al Estado, porque su equivalente al hecho no existió, por ende, podrá ser indemnizado ante lo que le fue interpuesto (Código de Procedimiento Penal, 1991, p. 17).

En la actualidad, los jueces tienden a hacer estudios minuciosos para saber con exactitud cuándo se da una situación riesgosa o no. Estos se basan en los elementos que el Consejo de Estado afirma y de acuerdo a esos elementos se establece si se da el riesgo excepcional. En la Sentencia de 16 de agosto del 2006 se explican tales elementos: “El interés de la Administración es cumplir con los deberes legales que son inherentes de manera legítima a sus administrados y esto sitúa a los asociados bajo un riesgo especial al que está obligado a tolerar” (Consejo de Estado, 2006). La naturaleza de este riesgo es diferente a la que todos los ciudadanos se encuentran sometidos, “este es un régimen con una naturaleza extraordinaria y es donde el Estado debe reconocer su responsabilidad y aunque este no es el causante directo, atiende al resarcimiento de los daños causados” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 35).

Cabe mencionar que este riesgo se debe formalizar y materializar para que el daño se pueda comprender como antijurídico y, de esa forma, se pueda indemnizar a la víctima. Siempre es importante la cristalización del riesgo para saber si es dañino y anormal. Por otra parte, la terminología de “responsabilidad sin falta” manifiesta que, aunque el Estado obre de modo legal, esto no lo exime de responder por los daños antijurídicos, “la idea es potencializar a una actuación legal bajo los parámetros jurídicos”

(Consejo de Estado, 2006). Este título es sobre todo utilizado cuando la entidad estatal, en desarrollo de sus funciones legales y constitucionales, crea riesgos para los habitantes de la población, y al momento de causarse daños estos deben ser reparados. La finalidad es que el Estado encuentre un equilibrio de las cargas públicas y ante esto se ha decidido indemnizar a las personas que resulten perjudicadas en el desarrollo de estas actividades riesgosas y altamente peligrosas.

Diferencias de los títulos de imputación

Es fundamental tener clara la diferencia entre los títulos de imputación de la responsabilidad objetiva. La principal diferencia entre daño especial y riesgo excepcional se encuentra en sus elementos esenciales: en la teoría de riesgo excepcional, la entidad cree que es un riesgo cuando se concrete que el resultado es engañoso para los asociados; y en la de daño especial, lo principal es que el Estado haya creado una situación de desequilibrio frente a las cargas públicas por una acción y omisión suya de su actuación legítima dentro de sus atribuciones constitucionales. El título de riesgo excepcional debe ser utilizado cuando se encuentre en la situación en la que la Administración haya creado un riesgo a los asociados y el daño especial solo podrá ser utilizado cuando el Estado, en su accionar legítimo, genere desequilibrio en las cargas públicas; aquí el asociado no tiene la obligación jurídica de soportar, porque no proviene de ningún riesgo creado.

Sentencia del año 2017

Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación: 25000-23-26-000-1995-00595-01 (18860). Actor: Rosa Elena Puerto Niño y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Defensa–Policía Nacional. Referencia: acción de reparación directa. Inducción de la convergencia de ambos títulos de imputación objetiva:

(...) En la jurisprudencia del Consejo de Estado la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva por daños ocasionados por actos violentos de terceros no logra ser clara y unívoca, en cuanto al título de imputación específico, por esta razón, se han venido aplicando extrañamente de manera concurrente

o alternativa los títulos de daño especial y riesgo excepcional (...) Las sentencias en las que se declaró la responsabilidad por los daños causados por actos violentos por parte de terceros enmarcados dentro de la teoría del daño especial fueron menos recurrentes, pues la razón de la atribución no era el desequilibrio frente a las cargas públicas de la víctima, sino el riesgo excepcional al cual el Estado lo exponía lícita y legítimamente (...) (Consejo de Estado, 2017, p. 4).

El pasado 30 de enero de 1993, hacia las 18:20, un automóvil Renault que se encontraba cargado con 100 kilos de dinamita, el cual fue puesto por órdenes de Pablo Emilio Escobar Gaviria, detonó en la carrera 9 entre las calles 15 y 16, en el barrio Veracruz de la localidad de Santa Fe en la ciudad de Bogotá. Varias personas que transitaban por el lugar fueron afectadas a causa del impacto, “pero en especial la señora Rosa Elena Puerto Niño y su hija Mónica Viviana Fierro Puerto, las cuales fueron gravemente afectadas en su integridad física, como también varios establecimientos de comercio fueron afectados” (Consejo de Estado, 2017). Para sintetizar la sentencia mencionada se explica que, en los casos de declaratoria de responsabilidad estatal por daños ocasionados a causa de actos violentos perpetrados por un tercero, generalmente, no se acredita una falla del servicio. Sin embargo, pueden ser examinados a la luz del título de imputación objetivo de riesgo excepcional como un acto de violencia que proviene de un tercero y que va dirigido en contra de una institución estatal; “aunque en algunos casos la jurisprudencia menciona que hay eventos que le son imputables al Estado por estos daños causados por terceros, pero bajo la teoría de daño especial” (Consejo de Estado, 2017, p. 40).

Para que pueda imputarse responsabilidad al Estado bajo el título de riesgo excepcional por los actos violentos de terceros, el acto debe ir directamente en contra de altos funcionarios o representantes del Estado y “tal riesgo debe estar caracterizado por exceder las cargas públicas en relación con el provecho o utilidad para la Administración y la sociedad” (Consejo de Estado, 2017, p. 100). Se configuró el daño y este no es imputable jurídicamente, desde el punto de vista del riesgo excepcional a la Administración, este hecho se trató de un acto indiscriminado en contra de la población civil, en otras palabras, “no hay certeza de que el acto fuera dirigido al Estado, no se materializó un riesgo de naturaleza excepcional

creado conscientemente por la Administración” (Consejo de Estado, 2017, p. 104). Dentro del caso hay que declarar la responsabilidad a terceros con base al riesgo excepcional y se estaría imputando un daño en donde el Estado no tuvo nada que ver con el suceso. No obstante, la sala manifiesta que el título de imputación de riesgo excepcional por los daños ocurridos, debido al conflicto, podría superarse por razones de orden jurídico; es decir, al terminar el conflicto, el Estado estaría obligado a ejercer sus funciones constitucionales y legales sin mayores obstáculos y, como consecuencia, no podría atribuirse un riesgo de naturaleza excepcional para la población civil. Al momento de “estos grupos desmovilizarse, el riesgo originado por el conflicto tiende a desaparecer y el peligro de la población de padecer los efectos indeseados de hostilidades, estaría llamado a superarse” (Consejo de Estado, 2017, p. 104).

La sección retomó definitivamente el título de daño especial, donde se sostuvo que la obligación de indemnizar por actos violentos a terceros que estuvieran involucrados en un ataque hacia el Estado y allí surgiría un rompimiento de las cargas públicas al ser sometidos a dicho ataque. Es por esto que el título de imputación de responsabilidad del Estado, en este caso, es de daño especial; esto se ajusta a lo mencionado en el artículo 90 de la Constitución Política, teniendo en cuenta el daño antijurídico que tuvieron los demandantes y “esto implica que el Estado tenga la obligación jurídica de equilibrar las cargas que debieron soportar de forma excesiva algunos de sus asociados, logrando de este modo el principio de igualdad” (Consejo de Estado, 2017).

Desde tiempo atrás se ha dicho que los fundamentos de imputación, en los casos en que se le atribuye responsabilidad al Estado por daños producidos a terceros, presentan variantes. Cuando la conducta estatal bajo la acción u omisión se deriva en daño antijurídico, se tiene en cuenta como ilícito, es decir que, al imputarse, el resultado dañoso será subjetivo por la falla del servicio. Por otra parte, si la conducta estatal es realmente generada por el daño tiende a ser lícita y a la vez riesgosa, y el riesgo que se debe aplicar es el excepcional, “pero si se rompe el equilibrio de las cargas públicas y la conducta del Estado es lícita, pero no es riesgosa, el fundamento y el riesgo se debe tomar como de daño especial” (Consejo de Estado, 2017). En lo expuesto anteriormente, el factor común en los títulos de imputación de responsabilidad objetiva es la legítima y lícita cuando

el Estado genera el daño, pero si esto se deriva del actuar de un tercero diferente a la Administración no se le puede atribuir tal responsabilidad al mencionado, “pero cuando el acto terrorista es por terceros y la responsabilidad se le atribuye al Estado, el título de imputación es de daño especial, la intervención viene siendo legítima y lícita por parte de la entidad estatal” (Consejo de Estado, 2017). Por otra parte, se necesita un elemento de relación causal entre la conducta estatal y el perjuicio reclamado, el objetivo es analizar el causante del daño grave y especial, “con la finalidad de comprobar el rompimiento del principio de igualdad que rige la distribución de las cargas entre los asociados, pero siempre se debe justificar la imputación para comprobar la gravedad del daño” (Consejo de Estado, 2017).

Análisis de la Sentencia del año 2017

El caso expuesto anteriormente es una demanda que se interpone al Ministerio de Defensa–Policía Nacional por parte de la señora Rosa Elena Puerto Niño y otros. En primera instancia, el Consejo de Estado manifiesta que la aplicación del régimen objetivo por los daños causados debido a los actos ocasionados por terceros no es muy clara. Inicialmente se examina el caso con el título de imputación de riesgo excepcional, ya que el daño viene de un tercero para perjudicar a la entidad estatal, pero en la jurisprudencia se menciona que esto es mejor aplicarlo bajo el régimen de daño especial, es decir, para que pueda imputarse bajo el riesgo excepcional el acto debe ser en contra del mismo Estado y el mencionado debe actuar bajos sus funciones legales y constitucionales. Luego, el caso se examinó como daño especial, debido a que el ataque también ocasionaría un rompimiento de las cargas públicas y un desequilibrio de estas; la entidad estatal ante estos hechos debe buscar equilibrar las cargas públicas y así lograr el principio de igualdad.

Es evidente que no se tiene claridad sobre cuándo realmente hay que aplicar los conceptos del régimen objetivo, como son el riesgo excepcional y el daño especial. Se debe tener en cuenta que si la conducta estatal es generada por el daño y es lícita como riesgosa se puede aplicar el régimen excepcional, sin embargo, si se rompe el equilibrio de las cargas públicas y la conducta estatal es lícita, pero no riesgosa, se puede aplicar como daño especial. Ante tal situación es importante conocer la relación causal para

poder justificar la imputación y así conocer la magnitud de la gravedad, lo ideal es tener claro los acontecimientos para poder aplicar el régimen objetivo que realmente corresponde.

Sentencia del año 2018

Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero Ponente: María Adriana Marín, Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 68001-23-31-000-2001-00452-01(40437). Actor: Luz Mary Hernández Ramírez y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional. Referencia: acción de reparación directa. Inducción de la convergencia de ambos títulos de imputación objetiva:

La sala plena estableció que la falla del servicio y el riesgo excepcional son por regla general los títulos de imputación que permiten atribuir el daño proveniente de ataques violentos ocasionados por terceros, sin excluir los demás títulos de imputación en el análisis de los casos concretos (...) Falla del servicio será el régimen llamado a resolver la controversia cuando se advierta un desconocimiento obligacional por parte del Estado, frente a sus obligaciones de prevención y atención (...) El riesgo excepcional se tendrá en cuenta en aquellos eventos en que realmente se demuestre que el atentado iba dirigido contra un elemento o funcionario estatal, sin que se haya producido un incumplimiento a los deberes normativos estatales (...) Se aplicará el daño especial en situaciones cuando el daño es producto del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas (...) La teoría de riesgo excepcional resulta aplicable a los eventos en los que se somete una persona al peligro que desborda la normalidad (...) La sección ha sostenido que en casos violentos contra la institucionalidad (atentados terroristas) no es necesario establecer que la herida o lesión fueron producidas por elementos estatales (...) Ante esto, el Estado no podrá exonerar de responsabilidad bajo el argumento del cumplimiento a su deber de diligencia, pues a la luz de esta causal de imputación, es causal exonerativa de responsabilidad (Consejo de Estado, 2018 , p. 3).

El 8 de agosto de 2000, en el municipio de Barrancabermeja, el señor Gilberto Hernández Ramírez fue víctima de un disparo que le ocasionó una muerte inminente, estos hechos sucedieron mientras se movilizaba en un taxi. Dentro de la demanda se aduce que el daño es imputable al Ejército Nacional, debido a que el proyectil impactó a la víctima en medio de un enfrentamiento armado entre soldados y miembros de las milicias insurgentes; “la entidad demandada sostiene que el daño es imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero, porque se produjo en medio de un enfrentamiento entre las FARC y el ELN por el control del territorio” (Consejo de Estado, 2018).

Para sintetizar lo expuesto en la mencionada sentencia, ante este suceso la sala plena de la sección estableció que la falla del servicio y el riesgo excepcional “son títulos de imputación que deben atribuirse cuando el daño es proveniente de ataques violentos, ocasionados por terceros con la finalidad de desestabilizar a la institución, sin excluir los demás títulos de imputación” (Consejo de Estado, 2018, p. 28). Lo ideal es resolver lo controversia y se aplicará el riesgo excepcional cuando se determine “que el atentado iba dirigido contra un funcionario de la entidad estatal y ante lo manifestado se recalca que el daño especial, se aplicaría en aquellos eventos donde se da el rompimiento de las cargas públicas” (Consejo de Estado, 2018, p. 28). “La Corte Constitucional ha elevado el criterio de riesgo excepcional para aquellas situaciones donde el daño es generado a raíz de la lucha del Estado por la violencia, el terrorismo, el narcotráfico y la subversión” (Consejo de Estado, 2018, p. 29).

Se afirma que el daño es imputable a la entidad demandada de forma objetiva, ya que los hechos se desencadenaron como consecuencia de un ataque directo y violento contra la institución, “es allí donde se analiza que no es necesaria la acreditación o demostración de una falla del servicio, esto es, por el incumplimiento y desatención al contenido obligacional estatal” (Consejo de Estado, 2018, p. 29). Como se aprecia, el riesgo excepcional es sobre todo aplicable a situaciones en las que la persona está expuesta al peligro y en las que son utilizados, dentro del enfrentamiento, “instrumentos y elementos de la institución, los cuales presenten características que puedan causar daño y es en esa situación donde se responsabiliza por las actividades peligrosas” (Consejo de Estado, 2018, p. 29).

La sección sostiene que, ante esos ataques violentos contra la institucionalidad, no es realmente necesario establecer que las heridas por el enfrentamiento sean producidas por elementos estatales y esto exonera a la Administración; pero si estos ataques van dirigidos a las instalaciones oficiales, como la estación de Policía o cuarteles del Ejército, y a su vez estas instituciones reaccionan y se ocasionan disturbios internos, “estos eventos sí tienden a colocar a la Administración en una situación de riesgo potencial debido a los daños colaterales y por el hecho que incentiva a los actos violentos” (Consejo de Estado, 2018 , p. 30). En otras palabras, “el Estado no podrá exonerarse de la responsabilidad argumentando que es por el cumplimiento diligente a su deber, porque ante este régimen de imputación este causal exonerativo resulta inane” (Consejo de Estado, 2018, P. 30).

Análisis de la Sentencia del año 2018

El caso expuesto anteriormente es una demanda que interpone Luz Marí Hernández Ramírez y otros a la Nación y al Ministerio de Defensa–Ejército Nacional. En primera instancia, el Consejo de Estado manifiesta con claridad cuándo se puede dar la imputación del régimen excepcional, esto es cuando los daños como las heridas son ocasionados por los elementos estatales. A su vez, menciona que se aplicaría el daño especial siempre y cuando se rompa el equilibrio de las cargas públicas. En este caso, el Consejo de Estado tiene claridad de las situaciones en las que realmente se deben aplicar los conceptos, pues el mencionado plantea con exactitud cuándo se debe imputar bajo el régimen excepcional y cuándo se tiene que hacer bajo el daño especial. Sin embargo, se le da la responsabilidad estatal cuando el impacto en medio del enfrentamiento se da por un proyectil o instrumento propio de la institución y en esta situación el Estado no podrá exonerarse de la responsabilidad, ya que en este régimen el causal exonerativo resultaría inane.

Sentencia del año 2019

Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación: 15001-23-31-000-2007-00735 01(48538). Actor:

William Alfredo López Briceño y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Justicia y del Derecho – INPEC. Referencia: acción de reparación directa. Inducción de la convergencia de ambos títulos de imputación objetiva:

(...) Frente a los daños ocasionados a personas que se encuentren privadas de su libertad en razón de condena penal, interpuesta en su contra, con daños ocasionados con arma de dotación oficial; el Consejo de Estado reitera que debe ser estudiado bajo el régimen de responsabilidad objetiva, debido a la relación de especial sujeción entre persona detenida y el Estado (daño especial) y la realización de las actividades peligrosas (riesgo excepcional), la mencionada también ha manifestado que en aquellos eventos en los que se advierta la falla en la prestación del servicio, el juzgador debe preferir el título de imputación subjetivo, con la finalidad de dejar en evidencia el error cometido y de esa forma el fallo se convierta en una herramienta para evitar el daño antijurídico y así advertir de la posible repetición estatal contra el funcionario o empleado público en cumplimiento de sus funciones estatales, donde ocasionó el daño con dolo o culpa grave (Consejo de Estado, 2019 , p. 1).

El 31 de julio de 2007, el señor William Alfredo López Briceño sufrió una lesión que lo dejó con limitaciones visuales en su ojo derecho, mientras se encontraba recluso en el centro carcelario “El Barne”, ubicado en el municipio de Cóbbita (Boyacá). Frente a lo sucedido, “tanto la víctima como su familia deciden demandar la responsabilidad extracontractual del Estado, al considerar que el INPEC ocurrió en una falla del servicio por manipular indebidamente el arma de dotación oficial por parte de uno de sus agentes” (Consejo de Estado, 2019).

En este caso, el Consejo de Estado aborda la aplicación de los términos del régimen objetivo de la siguiente manera: frente a los daños ocasionados a personas privadas de la libertad en razón de condena penal impuesta en su contra, como daños ocasionados con arma de dotación oficial, la jurisprudencia ha sido pacífica y reitera que se debe “aplicar el régimen de responsabilidad objetivo de daño especial, cuando se da una relación especial de sujeción entre la persona detenida y el Estado, pero cuando la realización es de actividades peligrosas se aplica el de régimen

excepcional” (Consejo de Estado, 2019). Pero también expresa que “en aquellas situaciones donde se advierte la existencia de una falla del servicio, el juzgador debe preferir el título de imputación subjetivo y así evitar que el daño antijurídico se vuelva a producir” (Consejo de Estado, 2019); la idea es advertir sobre la posible repetición del Estado contra el funcionario público “en cumplimiento de sus funciones y deberes”, “si en dado caso el daño fue con dolo y culpa grave” (Consejo de Estado, 2019).

Análisis de la Sentencia del año 2019

El caso expuesto anteriormente es una demanda que interpone el señor William Alfredo López Briceño y otros a la Nación y al Ministerio de Justicia y del Derecho, ya que recibió un disparo y el demandante aduce que fue responsabilidad estatal por el uso indebido del arma de dotación oficial por parte de uno de sus agentes. El Consejo de Estado, en este caso, indica de manera breve la aplicabilidad de los títulos de responsabilidad objetiva, los cuales son el régimen excepcional y el daño especial. Sin embargo, el Consejo de Estado no detalla a profundidad y tampoco maneja la claridad para la debida aplicación de los términos, es decir, en este caso no se especifica sobre el título que realmente se debe imputar, solo menciona que se aplica el daño especial, cuando se da una relación de sujeción entre la persona detenida y el Estado; asimismo, manifiesta que se aplica el régimen excepcional cuando la realización de la actividad es netamente riesgosa.

Conclusión

Se ha logrado analizar que el régimen de responsabilidad objetiva y la aplicación de los conceptos de daño especial y de riesgo excepcional por parte del Consejo de Estado colombiano, en los años 2017 – 2019, no es clara y unívoca. En la sentencia emitida del año 2017, se evidencia claramente que no se tiene una definición específica para aplicar los conceptos, es por ello que, ante los hechos, es mejor realizar un estudio profundo del caso para imputar el régimen objetivo que realmente corresponde. En la sentencia del año 2018, sí hay más claridad para aplicar los conceptos, aquí se explica que se responsabiliza al Estado cuando los hechos se ocasionan con los instrumentos propios de la institución, siempre y cuando este reaccione frente al enfrentamiento o a los ataques violentos.

Por otra parte, en la sentencia emitida del año 2019 tampoco hay claridad para aplicar las figuras de imputación del régimen objetivo y es allí donde se crea un ambiente de inseguridad jurídica no solo en lo contencioso administrativo, sino también en el abordaje académico de la misma. Por lo tanto, se sugiere al Consejo de Estado emitir una sentencia de unificación, en donde se traten y se delimiten los conceptos del título de imputación objetiva, entre estos, el de daño especial y el de riesgo excepcional; la idea es tener un concepto universal de cada figura jurídica para aplicar cada teoría de una manera coherente y uniforme.

Referencias

- Alessandri, A. (1981). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal. Obtenido de <https://1bestlinks.net/ZjEfF>
- Araque Garcia , S. J., & Castillo Morales, M. T. (2013). *La Aplicación del Daño Especial y Riesgo excepcional en Colombia: Análisis de caso en el tribunal administrativo de Santander años 2008 A 2012* . Obtenido de tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>
- Arias , F. (2006). *El proyecto de investigación, Introducción a la Metodología Científica* . Caracas, Venezuela: Episteme.
- Asamblea Constituyente francesa. (1789). *Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789*. Obtenido de Conseil-Constitutionnel: <https://1bestlinks.net/FORZv>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1886). Constitución política 1 de 1886 Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de 1886*. Colombia. Obtenido de Función Pública: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>
- Asamblea Nacional Constituyente. (14 de julio de 1991). Artículo 90 Constitución Política. *Artículo 90 Constitución Política*. Colombia. Obtenido de Constitución Política: <https://1bestlinks.net/tPTHl>
- Asamblea Nacional Constituyente. (21 de junio de 1991). Constitución Política de Colombia. *Art.25*. Bogotá, Colombia: Norma.
- Burbano Romo, M. R. (2016). *Régimen Objetivo de la Responsabilidad del Estado, En Privación Injusta de la Libertad*. Obtenido de Repository: <https://1bestlinks.net/nBPSy>

- Calvo Anillo, K. (2015). El Daño Especial: Una Construcción Jurisprudencial. *Revista de Derecho*, 36(1), 29-35. Obtenido de <https://1bestlinks.net/YaJoQ>
- Cecar Leyes Info. (07 de julio de 2019). *Leyes Info*. Obtenido de Leyes.info: <https://cecar-leyex-info.ezproxy.cecar.edu.co:2443/buscar?id=&mod=&search=acoso+laboral&opt=YWxs>
- Código de Procesamiento Penal. (1991). Artículo 414 Código de Procesamiento Penal decreto 2700 de 1991 / Primera línea Jurisprudencial. *Código*. Colombia. Obtenido de consejo de estado: <https://1bestlinks.net/yIKcq>
- Congreso de la República. (1887). Ley 153 de 1887. *Ley 153 de 1887*. Colombia. Obtenido de presidencia: <https://1bestlinks.net/HCMqb>
- Congreso de la República. (1887). Responsabilidad Común Por los Delitos y las Culpas. *Código Civil Colombiano*. Colombia. Obtenido de Secretarías Senado: <https://1bestlinks.net/ifzLN>
- Congreso de la República. (1941). Ley 167 de 1941. *Ley 167 de 1941*. Colombia. Obtenido de redjurista: <https://1bestlinks.net/uRAQu>
- Congreso de la República. (28 de Octubre de 1993). Ley 80 de 1993, Octubre 28, por lo cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá. *Ley 80 de 1993*. Colombia. Obtenido de repository: <https://1bestlinks.net/bRTUS>
- Consejo de Estado. (23 de mayo de 1973). Sentencia de 23 de mayo de 1973, Consejero Ponente: Alfonso Castilla Saiz. *Sentencia 23 de mayo 1973*. Colombia. Obtenido de <https://1bestlinks.net/bRTUS>
- Consejo de Estado. (20 de Febrero de 1989). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 20 de Febrero de 1989 C.P Antonio José Irrisari. *Sentencia 20 de Febrero de 1989 C.P Antonio José Irrisari*, 38. Colombia. Obtenido de tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>
- Consejo de Estado. (20 de Febrero de 1989). Sección Tercera, Febrero 20 de 1989 Expediente N- 4655 MP. Antonio J. De Irrisari Restrepo. *sección*, 41. Colombia. Obtenido de Javeriana: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>
- Consejo de Estado. (17 de Octubre de 1990). Sala Contencioso Administrativo. sección Tercera. Sentencia del 17 Octubre. *Sentencia del*

17 octubre. Colombia. Obtenido de Tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>

Consejo de Estado. (22 de noviembre de 1991). Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 1991, expediente 6454, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta. *Sentencia*. Colombia. Obtenido de repository: <https://1bestlinks.net/bRTUS>

Consejo de Estado. (10 de agosto de 2000). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto. *Sentencia del 10 de agosto*. Colombia. Obtenido de tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>

Consejo de Estado. (10 de agosto de 2000). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2000. C.P Alíer E. Hernández Enriquez. *Sentencia*, 33. Colombia. Obtenido de Tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>

Consejo de Estado. (16 de agosto de 2006). Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 16 de agosto. *Sentencia*. Colombia. Obtenido de Tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>

Consejo de Estado. (20 de Junio de 2017). Sentencia 18860 Sala de los Contencioso Administrativo. C. P Ramiro Pazos Guerrero. *Sentencia 18860*. Bogotá D,C, Colombia. Obtenido de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&text=doc&file=2098816>

Consejo de Estado. (19 de abril de 2018). Sentencia 40437, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera C.P Maria Adriana Marín. *Sentencia 40437 de 2018*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&text=doc&file=2115043>

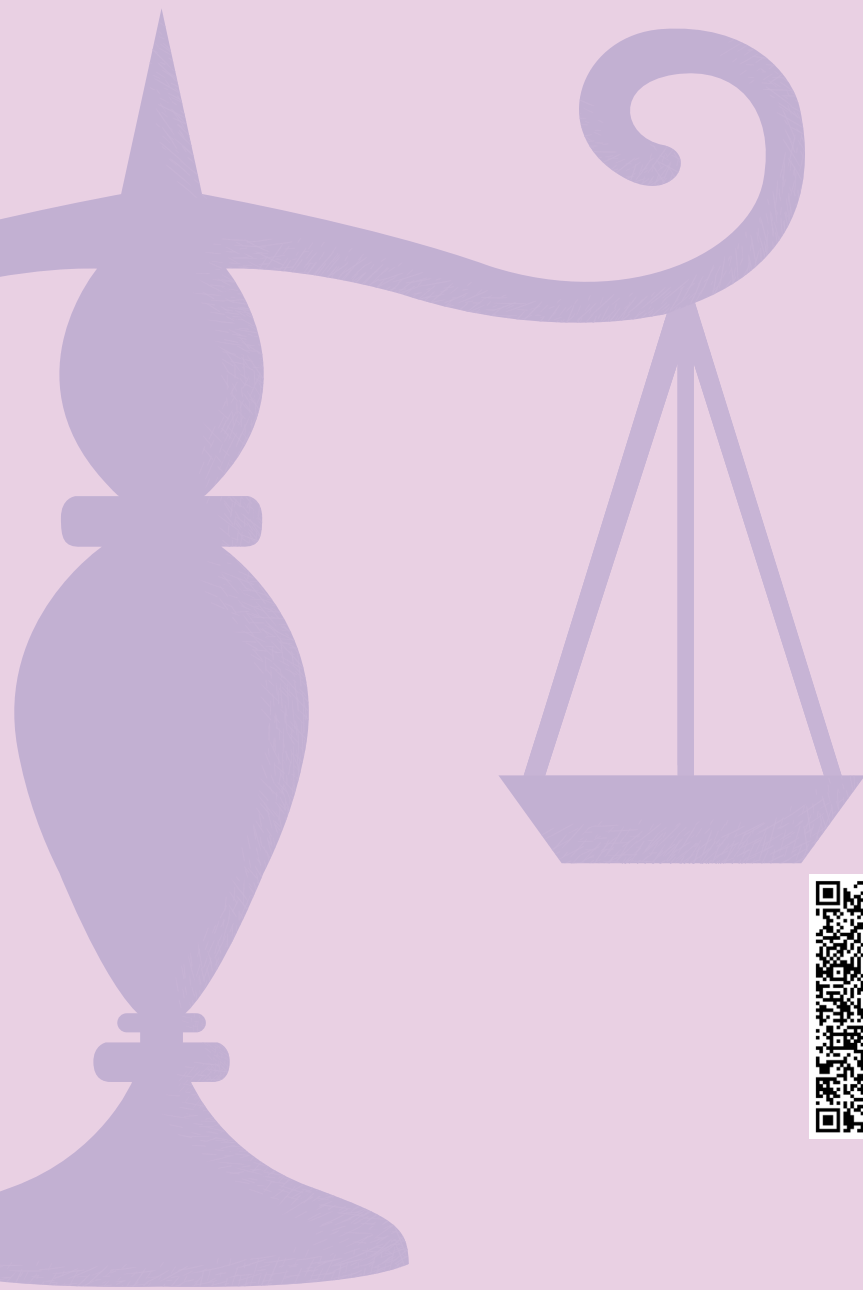
Consejo de Estado. (30 de octubre de 2019). Sentencia 48538 sala de los contencioso administrativo, sección tercera C.P Ramiro Pazos Guerrero. *Sentencia 48548 de 2019*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&text=doc&file=2144860>

Consejo de Estado Fallo. (1989). SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Sección Tercera. (1989). M.P. Antonio J de Irisarri Restrepo. Identificación E-4655. 20 de Febrero de 1989. *Fallo*, 32.

- Colombia. Obtenido de Revista de Derecho: file:///C:/Users/usuario/Downloads/2647-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8814-1-10-20160519.pdf
- Consejo de Estado, Fallo. (1947). Sala de lo Contencioso Administrativo 1947 C.P Gustavo A. Valbuena. *Fallo*. Colombia. Obtenido de Said. ramajudicial: <https://1bestlinks.net/mzqjQ>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, SEccion Tercera xxx. (16 de febrero de 2017). Sentencia Xxx. *Radicado 520000*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia 040 Derecho de la igualdad. *Sentencia 040*. Colombia. Obtenido de alcaldiabogota: <https://1bestlinks.net/AWBtw>
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia 345 Documentos para Derechos: Derecho a la igualdad. *Sentencia 345*. Colombia. Obtenido de alcaldiabogota: <https://1bestlinks.net/AWBtw>
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-1125/04 Control de Constitucionalidad de Omisión Legislativa. *Sentencia C-1125/04*. Colombia. Obtenido de Corte Constitucional: <https://1bestlinks.net/rnajV>
- Corte Suprema de Justicia. (30 de junio de 1962). Sala de casación Civil. Sentencia del 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez. *Sentencia 1962*. Colombia. Obtenido de hipertexto: <https://1bestlinks.net/uGbaz>
- Cuello Iriarte, G. (2009). *El Daño Especial, Como título de Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Instituto de estudios del ministerio público. Obtenido de file:///C:/Users/usuario/Downloads/2647-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8814-1-10-20160519.pdf
- Galindo Sanchez, R. (2002). *Los Titulos Jurídicos de Imputación en la Responsabilidad Extracontractual del Estado Por Actos Terroristas*. Tesis De Grado, Bogota D.C. Obtenido de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-27.pdf>
- Fernández Collado, C., Baptista Lucio, P., & Hernández Sampieri, R. (2014). Metodología de la Investigación. Editorial McGraw Hill.
- Irisarri Boada, C. (2000). *El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*. Obtenido de Javeriana: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

- Martínez Ortiz, H. M. (2018). *Análisis Descriptivo del Concepto de Riesgo Excepcional y Responsabilidad Objetiva en Colombia: El Derecho a Reparar y Ser Reparado*. Obtenido de Repository: <https://1bestlinks.net/wrYTaf>
- Parra Quijano, J. (2015). *Responsabilidad Objetiva*. Bogotá: Temis.
- Pinto Molina, M. (1992). *El Resumen Documental, Principios y Métodos*. Madrid: Piramide.
- Ramos Huertas, R. (2010). *La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia por vulneración del principio de confianza legítima del tratamiento de exenciones tributarias*. Obtenido de repository: <https://1bestlinks.net/bRTUS>
- Rivas, I. (1995). *Técnicas de Documentación, Investigación I*. Caracas, Venezuela: S, N.
- Rodríguez, L., & R, K. (2009). *Responsabilidad (Derecho)*. Obtenido de Monografías: <https://1bestlinks.net/jLOWG>
- Rodríguez, S. M. (2012). *La utilidad Jurídica del título de imputación Riesgo Excepcional para el estudio de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Tesis Para Magister en Derecho Administrativo, Bogotá D.C.

Capítulo 6



El derecho laboral, parte del derecho social en México: origen y estado actual

María del Sagrario Barrera Arias¹, Alejandro Mercado Méndez²,
Agustín Alonso López Cantero³

Resumen

El derecho del trabajo (DT) en México surgió con las mismas características que en otras latitudes del mundo, como resultado de constantes luchas por la consolidación de ideales basados en corrientes filosóficas que buscan la justicia social y un equilibrio para los sectores más vulnerables respecto a las masas económicas. Esta rama del derecho se ha mantenido en constante evolución, partiendo de ideales que se convirtieron en expectativas y posteriormente fueron positivizados como derechos. Esta investigación, expone el origen y las bases del derecho del trabajo, desde aspectos históricos y filosóficos, que permitieron su consolidación; así como los cambios a los que se ha enfrentado el DT desde su surgimiento hasta la actualidad. Con una metodología cualitativa, y un diseño de investigación teórico, documental y descriptivo, se presenta los cambios del derecho laboral en los contextos sociales, jurídicos y económicos. Como consecuencia de ello, existe un evidente contraste entre los ideales que originaron el derecho laboral en México y las tendencias mundiales influenciadas por un proceso de globalización que está generando un nuevo paradigma en este.

Palabras clave: derecho laboral en México, derecho social, justicia social, trabajadores y globalización económica.

1 Estudiante de la Maestría en Derecho Universidad de Guadalajara. Correo: sagra-rio.barreraarias@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-5743-1926

2 Docente de la Universidad de Guadalajara, en el Sistema de Educación Media Superior y Defensor Público adscrito a la Procuraduría Social del Estado de Jalisco. Correo: agustin.lopez8983@academicos.udg.mx, ORCID: 0000-0001-6023-7083

3 Profesor Titular "A", adscrito al Departamento de Ciencias Sociales del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara: Correo: amercado@cusur.udg.mx. ORCID: 0000-0002-3680-3564

Labor law part of social law in Mexico: origin and current state

Abstract

Labor law in Mexico emerged with the same characteristics as in other parts of the world, as a result of constant struggles for the consolidation of ideals based on philosophical currents that seek social justice and a balance for the most vulnerable sectors with respect to the economic masses. This branch of law has been in constant evolution, starting from ideals that became expectations and were later positivized as rights. This research exposes the origin and bases of labor law, from historical and philosophical aspects, which allowed its consolidation; as well as the changes that the WP has faced since its emergence until today. With a qualitative methodology, and a theoretical, documentary and descriptive research design, the changes of labor law in the social, legal and economic contexts are presented. As a consequence, there is a clear contrast between the ideals that originated labor law in Mexico and the world trends influenced by a globalization process that is generating a new paradigm in this field.

Keywords: labor law in Mexico, social law, social justice, workers and economic globalization.

Introducción

El estudio del derecho laboral (en adelante D.L.) como parte del derecho social comprende “el análisis del conjunto de normas, principios, doctrinas entre otros elementos que buscan lograr poner en situación de equidad y justicia social las relaciones entre la clase obrera y los patrones” (LFT, 2019). Esta área del derecho ha sufrido diversas evoluciones atendiendo a lo que en un momento “fueron aspiraciones para pasar a ser exigencias sociales que buscaban alcanzar la libertad y reducir la desigualdad” (Rodríguez, 2013). Dichas exigencias fueron materia de luchas entre las que se destaca la Revolución Mexicana, la cual logró el reconocimiento de derechos para el sector obrero, plasmados en el artículo 123 de la Constitución de 1917.

Posterior al nacimiento del D. del T. en México, se dieron diversas reformas tendientes a proteger al sector obrero y garantizar sus derechos laborales, sin embargo, en las últimas décadas del siglo pasado, en el país se constituyó un tiempo de profundas transformaciones en todos los ámbitos. Estos cambios son parte de un proceso de globalización y han generado múltiples reformas relacionadas con un incremento de los conflictos laborales, ya que los procesos actuales de acumulación de capital, en concordancia con el recrudescimiento del capital, ha generado un nuevo paradigma en el D.L. que tiene como consecuencia una separación mayor de intereses de trabajadores y empleadores, con lo anterior, se habla de una nueva realidad para los trabajadores en la que entre otros derechos ha quedado obsoleta la estabilidad laboral, que fuere principio clave en el derecho del trabajo (Rivera y Rivera, 2017).

Lo anterior es materia de análisis en el presente artículo, pues en este se analizará y describirá el origen, las bases sociales y las transformaciones del D.L. que es parte del derecho social en México, desde sus antecedentes históricos, su incorporación al derecho social en el artículo 123 constitucional y la regresión a 100 años de la esperanza de contar con un estado de bienestar y de mejores condiciones sociales para el trabajador.

En el primer apartado, denominado “Antecedentes del derecho del trabajo en México”, se analizará la concepción de trabajo y los principales antecedentes del nacimiento del D.L. mexicano, partiendo de la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra de Inglaterra que data del año 1215, documento del cual surgieron algunos derechos considerados esenciales

como la libertad y la igualdad. Si bien es cierto que en la actualidad estos derechos no forman parte del derecho social, sí deben ser considerados como un antecedente y la base que permitió posteriormente conquistar otros derechos. La mencionada revisión de antecedentes será finalizada con el nacimiento oficial del D. del T. en México, el cual quedó consagrado en el artículo 123 de la Constitución de 1917 en el que se enuncian los derechos laborales que fueron establecidos. De dicha revisión se destacan las causas y condiciones de las diversas luchas de los obreros para lograr el reconocimiento de sus derechos.

En el segundo capítulo, “El derecho del trabajo en México a partir del nacimiento del derecho social”, se estudiará la concepción de trabajo y cómo esta interpretación fue determinando el papel del trabajador en la relación laboral. Además, se abordarán las bases del D. del T. en México como parte de una nueva rama del derecho (derecho social), para lo cual se hará referencia a diversas corrientes filosóficas que contribuyeron al nacimiento del derecho social como medio para lograr un estado de bienestar social. Lo anterior a fin de desentrañar la importancia de esta nueva rama del derecho en la solución de los conflictos suscitados entre personas que prestaban a otras un trabajo personal y subordinado, ya que antes de su reconocimiento en la Constitución de 1917 dichos conflictos se resolvían por autoridades judiciales de fuero común y se regían por normas del derecho privado (SCJN, 2008), no obstante, las grandes desigualdades que se encuentran entre los sujetos de la relación laboral.

En el tercer capítulo, denominado “Desarrollo y plenitud de los derechos sociales en México”, se realizará una descripción y análisis de la primera etapa del derecho laboral y las reformas que se suscitaron como parte de los ajustes e implementación de los nuevos derechos. Esta etapa comprende desde su nacimiento en 1917 hasta finales del siglo XX, periodo en el que el trabajo operó como un mecanismo privilegiado de integración social, caracterizado por permitir la estabilidad en el empleo, por brindar la oportunidad de contratar con seguridad social con una amplia cobertura y además por que permitía la participación de los trabajadores tanto individual como colectivamente. Este fue un ciclo en el que “en especial los trabajadores por conducto de los sindicatos lograban la efectividad de

sus derechos, haciendo uso de la negociación en la que participaban los patrones, trabajadores y el Estado” (Padrón, D’Angelo, Mancini y Gandini, 2018).

Consecuentemente y siguiendo con los procesos de transformación del derecho del trabajo, en el cuarto capítulo, denominado “Un retroceso de los derechos sociales”, se abordará un análisis que partirá de las últimas décadas del siglo XX, etapa en la que el derecho sufrió un revés a consecuencia de los procesos de globalización, los cuales llevan a una transformación política y económica que se acompaña de políticas tendientes a materializar la reducción del papel del Estado, con lo que se privatizan muchas funciones y se eliminan subsidios. Lo anterior constituye un nuevo paradigma para el D. del T. que se ve reflejado en las reformas en la materia de las que destacan la de 2012 y 2019 a la LFT. y la de 2017 Constitucional.

Metodología

Enfoque

El enfoque metodológico utilizado en la presente investigación fue el cualitativo. Este consiste en una forma de estudio en la que, para el análisis, se parte de un todo como unidad que constituida por todos sus elementos hace que sea lo que es (Martínez, 2004); se eligió este enfoque porque permite identificar la naturaleza de la realidad que presenta el derecho del trabajo actualmente, así como su estructura conformada por sus bases históricas y el comportamiento que ha seguido su evolución desde su nacimiento, para con ello identificar los alcances de sus transformaciones.

Tipo de estudio

El tipo de estudio utilizado fue de investigación teórica documental, el cual puede ser entendido como un procedimiento científico que consiste en una serie de fases sistemáticas consistentes en la investigación, recaudación, organización, análisis e interpretación de información que se refiere a un tema determinado (Morales, 1995). Adicionalmente, se utilizó la técnica

de análisis de contenido cualitativo mediante el cual se profundizó en los artículos de investigación seleccionados y en el contexto actual del derecho laboral.

Diseño de investigación

El diseño de investigación fue descriptivo, el cual, a decir de Corona, Ibarra y Martínez (2006), tiene por objeto investigar las coincidencias y los valores que se encuentran en una o más variables. La forma de obtener la información consiste en medir un conjunto de variables, una unidad de persona o elementos y aportar su descripción. Este diseño fue utilizado porque permite presentar un panorama del estado que guarda y que guardó el derecho laboral atendiendo a los diversos contextos económicos, jurídicos y sociales.

Muestra

Las fuentes de datos que sirvieron de base fueron fuentes primarias tales como la LFT y la CPEUM en lo que concierne al derecho laboral. Ambos ordenamientos fueron consultados, tanto los actuales como los diversos reformados desde su nacimiento.

Técnica de recolección de datos

La técnica de recolección de datos utilizada fue la técnica documental. Para tal efecto, se obtuvieron artículos a través de búsquedas manuales y en las bases de datos de Redalyc, Scielo, Vlex y de la biblioteca jurídica de la UNAM. Para la realización de la consulta se hizo uso de las palabras clave: derecho laboral en México, derecho social, justicia social, trabajadores y globalización económica. Además, los descriptores citados se utilizaron combinados con los conectores “AND” y “OR” de la siguiente forma: derecho laboral and justicia social; derecho social and trabajadores; reforma laboral and trabajadores; derecho social o derecho laboral.

Depuración y aplicación de criterios de inclusión de datos

Los textos elegidos fueron seleccionados preferentemente a partir de la fecha de publicación de 2010 a 2020, tomando en consideración que su contenido abordara la historia, las bases filosóficas, los fines y la

evolución del derecho laboral a través de sus reformas; atendiendo además a documentos o datos que abordaran el estudio de los diversos contextos sociales, políticos y económicos que han determinado los múltiples cambios en el derecho laboral, poniendo especial atención en el sistema económico actual basado en la globalización. El análisis de los artículos seleccionados permitió la realización de los resultados y las conclusiones presentadas más adelante.

Consideraciones éticas

La presente investigación se sujetará a lo establecido por el Comité de Ética en Investigación del Centro Universitario del Sur.

Resultados

Antecedentes del derecho del trabajo en México

Para el análisis del D.L. en México es necesario “conocer su contexto por lo que se deben desentrañar situaciones históricas, económicas y políticas” (Del buen, 2015). Por lo anterior, en esta investigación se partirá de la historia y los antecedentes de esta rama del derecho, entre los que se puede destacar la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra de Inglaterra, del año 1215, en la que se reconocieron algunos derechos considerados esenciales como la libertad y la igualdad, aunque en ese momento “únicamente se contempló a la clase social de los nobles y que si bien es cierto actualmente esos derechos no forman parte del derecho social, sí deben ser considerados como un antecedente y base para posteriormente conquistar otros derechos” (Rodríguez, 2013).

Otro importante antecedente para el surgimiento de los derechos sociales es la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, aprobada en 1776 por representantes de las doce colonias que más tarde conformaron el actual Estados Unidos de América. En este documento fueron establecidas prerrogativas fundamentales de la sociedad y del individuo entre las que destacan el derecho a la vida, a la felicidad, a la libertad y a la igualdad. Por otro lado, las consecuencias sociales de la Revolución Industrial en Inglaterra fueron fuente de profundos cambios que inspiraron a otras latitudes del mundo a luchar por dejar atrás las condiciones inhumanas de

trabajo de los obreros en las minas, así como las condiciones insalubres y antihigiénicas en las que vivían los trabajadores, expuestos a jornadas de doce a dieciséis horas en las que participaban niños, mujeres y hombres.

De las situaciones anteriormente referidas se desprenden las terribles injusticias a las que se enfrentaba el sector obrero, además de los menoscabos a los que tenían que someterse tras las prácticas de los empresarios que buscaban aumentar la producción por lo que los hacían trabajar más y cuando era necesario reducir la producción, los despedían o tenían plantillas de personal eventual con sueldos mezquinos (Rodríguez, 2013).

Las insoportables condiciones de trabajo para los obreros trajeron consigo múltiples inconformidades sociales, como las de la sociedad francesa que impulsó la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo contenido contempla preponderantemente derechos civiles y políticos, dicha declaración se convirtió para Europa y para América en una evolución en materia de derechos, pues por lo que ve al artículo primero se refiere a la libertad de los hombres, estableciendo al respecto que nacen y permanecen libres e iguales en derechos (DDHC, 1789).

Así como en las diversas sociedades europeas, en México, las malas condiciones de trabajo y la explotación a los indígenas, a los trabajadores del campo y de las minas, y a los obreros de la industria textil incentivaron inconformidad y lucha por la defensa de los derechos sociales. En su defensa destacaron principalmente algunos frailes, entre los que se encuentra Fray Bartolomé de las Casas y Vasco de Quiroga, sin embargo no hubo cambios en las condiciones hasta después del estallido de la Independencia de México, periodo en el que además se fueron creando los primeros documentos con aspiraciones sociales entre los que se destaca el creado en el año 1813 por Don José María Morelos y Pavón, denominado Sentimientos de la Nación, que entre sus puntos se encuentran importantes disposiciones relativas a las garantías individuales y sociales (Rodríguez, 2013). Del citado documento se destacó:

El contenido del artículo noveno que busca la garantía del empleo para los americanos, por lo que ve a los derechos sociales es considerado un antecedente importante, ya que contempla la

prohibición de la esclavitud y la distinción de castas; el respeto a la propiedad y la inviolabilidad del domicilio; la prohibición de la tortura, entre otros puntos que buscaban garantizar la igualdad social (Morelos, 1813, párr. 20).

El reconocimiento de los derechos sociales en México llegó a partir de la Constitución de 1857, la cual estableció el derecho universal a la educación; sin embargo, las diversas tendencias no permitieron que los derechos sociales y económicos quedaran materializados. Rodríguez (2013) considera que desafortunadamente para el sector obrero, la Constitución de 1857 no contempló derechos laborales, lo cual generó que, tanto en México como en Europa, los trabajadores laboraran jornadas de trabajo inhumanas y que no gozaran de prestaciones laborales, al no existir ninguna ley que regulara las relaciones obrero patronales; por el contrario, durante la época de dictadura de don Porfirio Díaz las huelgas estuvieron prohibidas, los trabajadores que intentaban políticas para lograr un aumento salarial o reducción de las horas de la jornada de trabajo eran acreedores a sanciones de tipo legal. Al respecto, el Código Penal del Distrito Federal señalaba como sanción para quienes incurrieran en esas conductas de ocho días hasta tres meses de arresto y multa de 25 a 500 pesos (Rodríguez, 2013).

A causa de la situación anteriormente descrita las luchas continuaron, a fin de lograr paulatinamente avances como el reconocimiento de dichos derechos. Forman parte de las primeras legislaciones con tintes laboristas las leyes de los gobernadores Vicente Villada (para el estado de Veracruz en el año 1904) y Bernardo Reyes (para el estado de Nuevo León en 1906), con influencia de una ley de Leopoldo II de Bélgica, referidas en lo particular a los accidentes de trabajo. Así pues, el derecho social fue abriendo paso en las normas mexicanas con inspiración en el derecho internacional. El Código Napoleón provocó que los códigos civiles de 1870 y 1884 regularan el servicio doméstico, el trabajo por jornal, a destajo o a precio alzado; el servicio de los porteadores y alquiladores y el de aprendizaje, que si bien es cierto marcan un referente en ese contexto histórico, las condiciones de contratación eran de carácter civil en términos de igualdad sin considerar la justicia social (Del buen, 2015).

Un antecedente importante que expresa las preocupaciones sociales fue el Manifiesto a la Nación del Partido Liberal Mexicano, cuyos principios se consideran pilares de los derechos sociales que se consagraron en la

Constitución de 1917. De su contenido se destacan, para la presente investigación, los puntos del 21 al 27 que estableció una jornada máxima de ocho horas de trabajo; un salario mínimo; se reglamentaron los servicios médicos y del trabajo a domicilio; se prohibió el trabajo de niños menores de catorce años; se estableció la obligación de los patrones a pagar una indemnización por accidentes de trabajo; se hizo obligatorio el descanso dominical y se establecieron medidas que buscaban que los patrones no atentaran contra los derechos de los trabajadores. Con lo anterior se originaron los derechos o garantías sociales que más tarde se establecieron en la Constitución de 1917 (Rodríguez, 2013).

El derecho del trabajo en México a partir del nacimiento del derecho social

En las relaciones laborales participan dos sectores entre los que existen discrepancias en sus condiciones y en las que se evidencia una desventaja para el sector obrero. Para Marlasca (2005): la situación de los trabajadores se desprende desde el propio origen y de la percepción que se le ha dado a la palabra trabajo que, en el caso de la cultura occidental, se ha visto más como una obligación moral que como un derecho. La palabra que se ha utilizado en casi todas las lenguas (griega, latina, romances, etc.) para referirse a la actividad laboral viene de una raíz que originariamente significa algo desagradable y penoso relacionado con un castigo. El trabajo latino es derivado del verbo *lavo* que significa vacilar bajo un gran peso; el término castellano de la palabra trabajo deriva del término latino *tripalium* (tres palos), que originariamente era una especie de trampa formada por tres palos utilizada para someter a bueyes y caballos a fin de ponerles herraduras, posteriormente se utilizó como instrumento de castigo para los esclavos (Marlasca, 2005).

Con los efectos de esta concepción de trabajo ha tenido que cargar a lo largo de la historia el sector obrero, sin embargo, a partir del período que siguió a la Segunda Guerra Mundial, en la década de 1960, surge una nueva corriente que concibe al trabajo como derecho. Al respecto fue presentada por Friedman y Naville la primera definición de sociología del derecho del trabajo. De su definición se puede decir que dentro de la sociología del derecho del trabajo se analizan las relaciones de individuos tanto internas como externas al entorno laboral, que involucran los ahora denominados

principios laborales como lo es la estabilidad, igualdad de remuneración, fijación de un salario mínimo, irrenunciabilidad de derechos laborales adquiridos y la protección al trabajo de las mujeres (Fonseca, 2019).

Con pequeños pasos se fue avanzando en el reconocimiento del derecho laboral, al respecto hubo influencia de ideas filosóficas, partiendo desde la concepción de Bermúdez (2010) de un “liberalismo que lo negaba, para posteriormente ser abordado por un socialismo que lo propiciaba, hasta convertirse en una función del Estado que lo estructura”. Sin embargo, la construcción del derecho social tuvo que pasar por filosofías que de una u otra forma crearon bases para su nacimiento y desarrollo, tal es el caso del socialismo utópico, el socialismo, el sindicalismo, entre otras corrientes que coadyuvaron para su formación.

Una corriente filosófica de gran influencia es el socialismo, que comprende diversos matices de tipo político-económico. En concreto, expresa el conjunto de ideas filosóficas y tendencias económicas encaminadas a superar el sistema económico y social basado en el individualismo burgués, para cambiarlo por otro en el que imperen los intereses de la sociedad en general, lo que significa someter el interés del individuo en lo particular por el interés de la colectividad. Históricamente el socialismo es considerado como oposición directa al capitalismo implantado en Europa a finales del siglo XIX y guarda una estrecha relación con los derechos sociales que buscan precisamente la participación del Estado para poner en un plano de equidad a los sectores más vulnerables respecto de los que no lo son.

Por su parte, Bermúdez (2010) sostiene que otra de las corrientes que han formado parte de la evolución de esta rama del derecho es el socialismo científico, que propuso ideas evolucionadas con técnicas realistas y fines para lograrlo. Esta corriente aparece en las obras de Marx y se establece además como crítica y programa en el Manifiesto Comunista elaborado por Marx y Engels en Londres en 1847, en el que entre otras ideas se estableció que el fin inmediato de la clase obrera era desaparecer la clase burguesa y la conquista del poder político por los trabajadores. Marx insiste en la necesidad de cambiar el sistema económico social, así toma relevancia el movimiento socialista que activó las masas trabajadoras con el objetivo de lograr la conquista del poder a través del establecimiento de su sistema. Para lograr su influencia adoptó un estilo revolucionario (Bermúdez, 2010).

El derecho social ha sido además abordado por otras corrientes filosóficas como el anarquismo que, en el caso de México, se vio reflejado en las posturas de Ricardo Flores Magón quien influyó en gran medida en la aparición del derecho del trabajo en el país; por otra parte, destacan las ideas del comunismo, de la doctrina social de la iglesia y el sindicalismo. Este último, para Bermúdez (2010), “ha sido base para el surgimiento y desarrollo del derecho laboral en el país”. Las ideas filosóficas al respecto emergieron en las diversas latitudes del mundo, en el caso de Colombia, por ejemplo, destacó por su fuerza la oposición del individualismo, cuyos ideales comprendían la premisa de que las partes en la relación laboral no eran iguales. Esta idea también aspiraba a lograr una reorganización corporativa de la sociedad que, para los católicos y socialistas de ese país, se basaba en el principio de justicia social cuyo objetivo era restituir la libre concurrencia en las relaciones laborales, incluía además del reconocimiento de los derechos laborales, de protección social, de seguridad e higiene, la participación del Estado como regulador de las relaciones laborales en búsqueda de la plena satisfacción de las necesidades sociales (Núñez, 2016).

Tras las múltiples ideas filosóficas del derecho laboral, se fue definiendo su lugar dentro del ámbito jurídico para abrir paso al bienestar social, entendido como un modelo de organización política, social y económica que se caracterizó por altos índices de empleo, salarios adecuados y otras prestaciones sociales como la salud, la educación, la justa distribución de riqueza y amplias expectativas de oportunidades, tales como, la existencia de un estado de bienestar es considerada fundamental, ya que se visualiza como un cambio en la forma de concebir los bienes sociales para pasar a ser exigencias de la sociedad planteadas como derechos, en un primer momento de los trabajadores y ahora de otros sectores universales (Aragón, González y Hernández 2017).

Por su importancia, los derechos sociales quedaron establecidos en la Constitución de 1917, una de las más avanzadas al respecto para su momento histórico, al estar inspirada precisamente en la justicia social. Como se ha hecho referencia, la discusión en torno a los derechos sociales es un tema vivo cuyo análisis ha llevado a diversos problemas que han llegado a colocar los derechos sociales como exigencias justas de la clase trabajadora, lo cual marca una diferencia entre estas prerrogativas y otras ramas del derecho, ya que estos, lejos de exigir la no intervención del

Estado como pasa en otras materias, demandan incidencias y prestaciones de actuar en las relaciones laborales; prestaciones de salud, alimentación o educación, estas acciones positivas por parte del Estado en torno a los derechos sociales vinculan su cumplimiento a la posibilidad económica que tenga a disposición del Estado, lo que se convierte en otro desafío para estos derechos y han llevado quizá a vivir un retroceso (Aragón, et al. 2017).

Desarrollo y plenitud de los derechos sociales en México

En México históricamente los derechos laborales han formado parte de los derechos sociales y se han considerado como los primeros de este tipo, estos derechos nacieron como respuesta a la inmensidad de conflictos que se presentaron entre los factores de producción en la lucha de los trabajadores por obtener incrementos salariales y mejores condiciones de trabajo. La intervención del Estado para garantizarlos, en gran parte del siglo pasado, tanto en países desarrollados como en contextos no muy favorecidos, permitió que el trabajo tuviera un funcionamiento privilegiado de integración social, que se veía reflejado en el acceso a la estabilidad laboral, seguridad social y la posibilidad de participación individual, colectiva y a través de sindicatos para hacer efectivos los derechos laborales por medio de la negociación (Padrón et al, 2018).

La CPEUM fue pionera en reconocer estos derechos al incorporar un abanico amplio de derechos sociales, incluso antes de que fueran planteados en recomendaciones e instrumentos de derechos humanos internacionales lo que se refleja en las prohibiciones que expresó el constituyente de 1917 respecto de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio, cuestiones que no estaban contempladas en el convenio núm. 1. De OIT de 1919 ni en la declaración de Filadelfia de 1944 (Padrón et al, 2018).

Por lo que concierne a los logros en materia laboral, se destaca de la Constitución de 1917, la reglamentación del trabajo de menores; la fijación de la jornada de ocho horas de trabajo; prohibición de trabajos insalubres y peligrosos para mujeres y menores; derecho a gozar de un día de descanso por cada seis de trabajo; regulación del salario mínimo; derecho al pago de horas extraordinarias; derecho de asociación, sindicalización y huelga;

y, finalmente, se consagró el ideal de estabilidad laboral estableciendo una indemnización constitucional por la separación injustificada del trabajo (Constituyente, 1917).

El constituyente de ese año tuvo la pretensión de lograr la debida tutela y protección efectiva de los nuevos derechos laborales que surgieron de la propia Constitución, para proteger al grupo obrero y tratar de ponerlo en una condición de equidad respecto al sector de producción. El constituyente de 1917 buscó lograr la garantía del derecho laboral a través de dos vías: por un lado, con la legislación que contemplara y garantizara los nuevos derechos de la clase trabajadora; y, por otro lado, lograr la protección de estos derechos a través de una institución fuerte, sólida y profesional, con dos características que definieron esas instituciones:

- La primera de ellas consistió en que tuviese un cierto equilibrio en cuanto a la forma de su integración, es decir, que en ella estuviesen representados los trabajadores, patrones y el gobierno que son todos los sectores que intervienen en el conflicto laboral
- La segunda característica de estas instituciones consistió en la búsqueda de que las resoluciones que emitiera se basaren en un consenso que les dotara de cierta legitimidad (Canales, 2018).

En este contexto nacen las juntas de conciliación y arbitraje cuyas funciones fueron lograr la solución de los conflictos obrero-patronales por medio de la conciliación y garantizar los nuevos derechos laborales consagrados en la Constitución. Desde el nacimiento de esta institución y hasta el año 1929, fecha en que se crea la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, existieron en México diversos intentos de los estados por legislar en materia laboral, intentos que en algunos casos fueron insuficientes para las condiciones y relaciones de trabajo.

Por otro lado, en virtud de que el mandato constitucional facultaba a cada estado para legislar en materia laboral, se expedieron en las diversas entidades federativas cerca de 53 códigos laborales, lo que generó la falta de criterios uniformes y la desigualdad de las leyes estatales que desencadenó en conflictos laborales y en la tendencia de las empresas a invertir en los estados cuyas legislaciones eran menos rígidas, lo que incidió en la

necesidad de federalizar la regulación en materia del derecho del trabajo. Consecuentemente se facultó al Congreso de la Unión como el único encargado de legislar en materia laboral (Canales, 2018).

La evolución de las juntas de conciliación y de sus funciones dentro del D. del T. fue constante desde su creación y pasó por diversas etapas, definiéndose finalmente con los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), que fueron el resultado de los múltiples amparos que se le presentaron una vez empezaron a funcionar las juntas de conciliación y arbitraje (en adelante J.C.A.). La forma en que resolvió la SCJN cambió, atendiendo a diversos criterios, partiendo de los asentados entre 1918 y 1924, tiempo en que sostuvo entre otras cosas que la J.C.A. no era un tribunal, pero sí era una autoridad que por tratarse de un arbitraje, la validez del arreglo que procede queda sujeto a la voluntad de las partes; el objeto del arbitraje se limita a la prevención de conflictos entre los sectores de producción; la J.C.A. no tiene poder coercitivo para hacer cumplir sus resoluciones (SCJN, 2008).

A pesar del criterio que regía al respecto en la resolución que resolvió el amparo en revisión promovido por La Corona S.A., la SCJN expresó un punto de vista distinto, atribuyendo a las J.C.A. competencia para decidir en los conflictos de trabajo. Posteriormente, en agosto de 1924 el Pleno de la SCJN reiteró y amplió dicho criterio estimando que dichas instituciones son autoridades que, no obstante, su carácter es administrativo, tienen funciones jurisdiccionales, ya que deciden cuestiones de derecho entre las partes y, en este sentido, imparten justicia. Ya para la década de 1930 se presentaron y resolvieron asuntos en la SCJN que demostraron la consolidada naturaleza material (jurisdiccional) de las Juntas (SCJN, 2008).

Como se señaló en los párrafos que anteceden, la unificación de criterios en todo el territorio federal fue necesaria para el desarrollo del derecho del trabajo. Al respecto, De Buen (2015) señala que fue pertinente el dictado de una LFT, la cual, de hecho, fue aprobada durante la administración del presidente Pascual Ortiz Rubio en 1931 y, en términos generales, tuvo un cierto sentido tutelar en favor de los trabajadores que a través de sus reformas se fue perfeccionando. En 1970 se expidió la LFT que abroga a la anterior, dicha ley comprendía su parte procesal a partir del artículo 685 al 890, sin embargo, esta ley tuvo una significativa reforma en 1980 en la que:

El nuevo título catorce puso de manifiesto la línea garantista que hasta ese momento se seguía en favor del trabajador y manifestó una política procesal que rompió de forma tajante la tesis de igualdad en las partes que intervienen en juicio laboral, del artículo 685 al 688 de dicha ley se establecieron los principios procesales que regirían los juicios laborales, entre los que se destaca la aprobada durante publicidad; gratuidad; inmediatez; oralidad predominantemente; instancia de parte; tutela en beneficio del trabajador; inmutabilidad del proceso; informalidad entre otros (Lacavex, Sosa y Rodríguez, 2014, p. 177).

De forma adicional a los beneficios que expresaron los citados principios procesales en la materia, se consagraron prerrogativas a favor del acceso a la justicia del trabajador tales como el reconocimiento legal de la desigualdad procesal; la posibilidad de elección de foro para el trabajador atendiendo a sus posibilidades; preclusión durante el proceso; impulso procesal por parte de la autoridad y a favor del trabajador; admisión de todos los medios de prueba. Esta Ley Federal de Trabajo cumplió con establecer principios encaminados a cumplir con la premisa de “trato desigual a los desiguales” para lograr el equilibrio entre las partes de la relación laboral, por ello se instauró en la referida ley y en sus normas contemporáneas como la Ley de Amparo que:

Tanto las juntas locales y federales de conciliación y arbitraje como los tribunales de amparo en su caso, al resolver y llevar un procedimiento, deben realizar la interpretación más favorable al trabajador; la inversión de la carga de la prueba y la suplencia de la queja (Lacavex et al, 2014, 177).

En este orden de ideas, se sigue el sentido garantista de la LFT de 1970 que con diversas reformas de la época buscaron mantener los ideales socialistas de la Revolución Mexicana. De las reformas a las que se hace alusión, a decir de Lacavex y Silva (S/A), se destacan las siguientes:

- Publicada en el Diario Oficial de la Federación (D.O.F), el 24 de abril de 1972, en materia de habitaciones para trabajadores, fue en atención a la reforma constitucional del 14 de febrero del mismo año que dio origen a la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.
- Publicada el 9 de enero de 1974, reforma que dio origen a la creación del fideicomiso denominado Fondo de Fomento y Garantía para el Consumo de los Trabajadores.
- Publicada el 31 de diciembre de 1975, reforma que hace referencia al pago de aguinaldo de forma proporcional al tiempo de trabajo.
- Publicada el 30 de diciembre de 1977, reforma que adiciona el capítulo XVI del título sexto, incorporando la regulación del trabajo de los médicos residentes en periodo de adiestramiento en una especialidad.
- Reformas relativas a la obligación patronal de brindar capacitación y adiestramiento al personal (1978 y 1980).
- La denominada reforma procesal laboral del 04 de enero de 1980 que, entre otras cosas, modificó los títulos catorce, quince y dieciséis de la ley.
- La publicada el 22 de diciembre de 1987, a fin de que se considerara como día de descanso obligatorio el que las leyes locales y federales electorales determinen con motivo de la jornada electoral.

Por su parte, el artículo 123 constitucional ha sufrido a la fecha 30 reformas que han generado diversas transformaciones, tales como la federalización del derecho del trabajo, que sirvió para esclarecer y fijar el rumbo que había de tomar la impartición de justicia laboral; posteriormente, la inclusión del apartado B que estableció las bases para reglamentar las relaciones laborales entre los Poderes de la Unión, los Gobiernos del Distrito y de los Territorios Federales; la modificación de la forma de fijar los salarios mínimos y las múltiples modificaciones respecto a la aplicación exclusiva de la federación de las normas laborales (SCJN, 2018).

De lo anterior se concluye que durante gran parte del siglo pasado se legisló con ideales tendientes a mejorar las condiciones de vida de los trabajadores: por una parte, con el reconocimiento de nuevos derechos laborales; y por otra, con el diseño de la legislación procesal con principios protectores para el trabajador que demandaban la intervención del Estado para su efectividad. Esta fue la tendencia que se mantuvo hasta la llegada de un nuevo sistema económico.

Un retroceso de los derechos sociales

En las últimas décadas del siglo XX se constituyó un periodo de grandes transformaciones sociales, económicas, demográficas y políticas en México. El descubrimiento de cuantiosas reservas de petróleo fue insuficiente para hacer frente a la crisis de 1982 que, mancomunado con la condición de la decadente década posterior, desencadenó el final del sistema nacionalista con que se venía actuando. En este contexto participaron “un conjunto de factores tales como el aumento de gasto público, incremento de la deuda externa, encaminamiento de las inversiones, gran devaluación de la moneda y alza de los precios de bienes y servicios” (Padrón, et al, 2018). Las condiciones descritas generaron la necesidad de planear un sistema operativo distinto con influencia internacional, dando entrada al fenómeno denominado por algunos autores como globalización junto con una tendencia hacia la desregularización.

Lamentablemente se piensa que la participación internacional de las potencias económicas es insignificante, considerando que no influyen las determinaciones tomadas en el epicentro del sistema económico que impera, sin embargo y solo por citar un ejemplo, se tiene que las directrices que sigue el sistema que ha adoptado el mundo son las que se establecieron en el Consenso de Washington, que estableció políticas tendientes a reducir la intervención del Estado, la eliminación de leyes protectoras, la privatización de bienes y servicios (Padrón et al, 2018).

Las referidas políticas se fueron imponiendo alrededor del mundo, poniendo de manifiesto el dominio de Estados Unidos. El sistema económico que impera tiene como característica que busca una hegemonía mundial, así como la desregularización que es causa de mucha polémica y tiene gran trascendencia. Padrón et al (2018) señala que la desregulación jurídica es la técnica jurídica que se está utilizando en el orden económico global,

cuyo propósito ha sido eliminar la intervención del Estado en importantes actividades. Dicha técnica prevé una mengua del ámbito de lo público, reduciendo la refuerza normativa a los agentes o grupos económicos. Lo que supone una participación pasiva del Estado en la actividad de los particulares como si se tratara de iguales, situación que no se presenta en las relaciones laborales en virtud de que hay una evidente desigualdad entre las partes.

En el caso de México fue pretexto, para la adopción del sistema económico, la necesaria transformación a fin de reponerse de la crisis del petróleo y en general de la crisis de 1982. El colapso financiero no solo puso en evidencia el modelo económico, sino que mostró el desgaste que tenía el sistema político dominante con el que se venía administrando, intensificando además la dependencia del país con el extranjero. A decir de Padrón et al (2018), la situación referenciada fue gestando las bases de lo que más tarde se convirtió en un nuevo modelo, ya que fue el tiempo oportuno para adherir las ideas y prácticas neoliberales, resultando, a cambio del proteccionismo del Estado, la liberación y apertura financiera y económica; además, con motivo de la reducción del papel del Estado, se llevaron a cabo un conjunto de privatizaciones y eliminación de subsidios, reorientación del gasto público, con una reorientación de gasto social e incremento de la desregularización.

Como consecuencia de este nuevo proceso de liberación económica se generan preocupantes efectos de desarrollo político, económico y social, resultando en tendencias encaminadas a la explotación irracional de recursos naturales y crecientes problemas sociales, con lo que se afecta el equilibrio social e incluso se amenaza la existencia del hombre en la tierra. Dichos acontecimientos “son resultado de tendencias actuales con enfoques capitalistas en contraposición a la justicia social que es finalidad y rumbo del derecho del trabajo que busca preservar el concepto de igualdad en concordancia con la dignidad y bienestar de los trabajadores” (Lastra, 2013).

En el orden de ideas que se sigue, a decir de Lastra (2013), la conquista de los mercados, la injusticia y la inseguridad envuelven al mundo contemporáneo, con acciones que atacan las condiciones laborales y cierran las vías idóneas que sirven para alcanzar dignidad y seguridad en el empleo. Ante esta situación, cabe analizar el papel que está tomando el

Estado, pues se enfrenta a una sociedad que evidentemente busca una justicia social; que exige el respeto por la democracia y los derechos humanos; que tiene además aspiraciones tendientes a suprimir las discriminaciones y violaciones a derechos humanos y, en su lugar, busca establecer sistemas que respeten el derecho de estos a la impartición de una justicia no solo parcial sino también tutelar, compensatoria y social.

Sin embargo, tras estas fundadas preocupaciones de la sociedad, los gobiernos avanzan en la legitimación de prácticas que atacan la tan anhelada justicia social y en el proceso de globalización que ha generado una transformación en el sistema político, económico y además el jurídico; este último ha realizado diversas adaptaciones tendientes a reducir el papel del Estado que en un momento histórico buscaba la protección de derechos de los trabajadores. En este sentido, en las últimas décadas se han visto importantes reformas en materia de derecho del trabajo que ponen en entredicho su esencia como derecho social y lo acercan al derecho privado del que hace más de 100 años se festejó su salida.

Quiñones & Rodríguez (2013) señalan como efectos de la globalización y las nuevas formas convencionales de organización del trabajo:

Cambios en las relaciones de trabajo que lo alejan de los principios laborales, generando un replanteamiento de lo establecido en el artículo 123 Constitucional, dicho replanteamiento actualmente está encaminado a reducir las dimensiones, apostando al abaratamiento del factor trabajo. Se considera que se ha venido presionando para eliminar el principio constitucional y legal de que el trabajo no es un artículo de comercio (Quiñones & Rodríguez, 2013, p. 81)

Muestra de lo anterior es, para México, la tan criticada reforma a la LFT publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012 que, sin mayor análisis y sin entrar mucho en debate, entre otras cosas aprueba la reforma que incluye “al derecho laboral la subcontratación (tercerización), los contratos de capacitación inicial y periodo a prueba y limita los salarios vencidos de los trabajadores a un año” (Presidencia de la República, 2012).

Como se señaló en el párrafo que antecede, dicha reforma fue motivo de crítica e inconformidad por parte de la sociedad en general, de los grupos defensores de derechos laborales e incluso dentro del Congreso de la Unión, ya que hubo, previo a su aprobación, la participación de diversos grupos parlamentarios quienes manifestaron su reprobación a la iniciativa que se discutía, aseverando que se trataba de un retroceso de los derechos sociales ganados. Al respecto, se presentaron en la discusión de la iniciativa en el Congreso tres mociones suspensivas que, a pesar de que ninguna fue aprobada, sí sirvieron para abrir debate y permitir expresar los ideales de los oponentes.

Dentro de los razonamientos que externa el diputado Martí Batres Guadarrama, del Partido de la Revolución Democrática, destaca como lo más grave de la iniciativa en discusión que se pretende acabar con la esencia del derecho laboral que es pilar de los derechos sociales consagrados en la Constitución. A efectos de soportar su afirmación, el diputado señala que dicha iniciativa, ahora reforma, entre otras cosas termina con el carácter tutelar de la LFT; hiere a muerte la estabilidad laboral; reduce el pago de salarios vencidos; fomenta la flexibilización laboral; disminuye derechos colectivos; y hace todo lo anterior sin realizar un análisis profundo de las causas de desempleo en el país, sin atender a la desigualdad, la discriminación y la falta de democracia (Diario de los debates, 2012).

Por su parte, el diputado José Antonio Hurtado Gallegos de Movimiento Ciudadano presentó también moción suspensiva en la que hace énfasis en que el dictamen sometido a discusión respecto a la reforma de 2012 carece totalmente de legitimidad y adolece severamente de inconstitucionalidad porque su contenido no guarda conformidad con los principios de derecho laboral consagrados en el artículo 123 de nuestra carta magna. Además, agrega el diputado que lo indebido le deviene de la falta de coloquios, foros, mesas de diálogo y consultas populares que le dieran una verdadera legitimación, concluyendo que el decreto es un retroceso de los derechos sociales ganados por los revolucionarios que lucharon por mejores condiciones de vida (Diario de los debates, 2012).

Del anterior análisis de la reforma de 2012 se desprende la tendencia que ha seguido el sistema jurídico mexicano al aprobar legislaciones apegadas a exigencias internacionales que buscan la unificación de criterios y las condiciones más favorables para los empresarios extranjeros que

busquen venir a invertir en México, sin medir el daño que estas acciones puedan llegar a generar en el sector obrero que se tendrá que ajustar a normas laborales reformadas que se vinculan con la entrada y salida de los trabajadores al mercado laboral, es decir, con formas de contratación y la flexibilización del despido injustificado (Padrón, et al 2018).

En el mismo sentido, los trabajadores tendrán que sujetarse a contrataciones de duración determinada para verificar a juicio del patrón y de una Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento, de la que se ignora su parcialidad, que cumplan con los requisitos que exigen los patrones, lo que significa para los trabajadores sujetos a contratos de capacitación inicial y período a prueba una incertidumbre respecto a su estabilidad dentro de la empresa. Además, se destacan los abusos y violaciones a derechos laborales a los que se enfrenta el sector productivo, motivo de la implementación de la subcontratación, porque, por una parte, según muchos casos documentados, permite encubrir verdaderas relaciones laborales difuminando las obligaciones del patrón; por otro lado, este tipo de contrataciones coloca a los trabajadores subcontratados en situaciones de discriminación frente a otros trabajadores que sí están contratados directamente por la fuente de trabajo y pueden gozar de beneficios directos como lo es el reparto de utilidades de la empresa y una certidumbre respecto a quién es su patrón (Padrón, et al 2018).

Alzaga (2016) anuncia como aspectos de la reforma laboral de 2012 los siguientes:

- Promesas incumplidas respecto a la creación de empleos formales, mejores ingresos, mejores condiciones para los trabajadores y trabajadoras, y la democratización sindical.
- El propósito real de la reforma fue cumplir con el deseo patronal: acabar con la estabilidad laboral, ya que es la base para alcanzar los diversos derechos laborales. Lo anterior en virtud de que los contratos de capacitación inicial y periodo a prueba no generan derechos de antigüedad y sí permiten al patrón el despido.
- Reducir a los patrones el pago de salario caídos a un año, lo cual facilita los despidos.

- Crear la figura del subcontratista que genera para los trabajadores una incertidumbre respecto a quién es su patrón y fomenta la desigualdad incluso entre los propios trabajadores de una misma empresa.
- Crea el capítulo dedicado a los mineros del carbón que excluye a la mayoría de las actividades mineras como si no se trataran de actividades de alto riesgo.

No obstante, el cúmulo de violaciones laborales que se consagró en la reforma a la LFT en 2012 y sin que a la fecha haya una evaluación real sobre sus efectos, un nuevo atentado contra la justicia laboral se vivió con la reforma constitucional del artículo 123 de 2017 y su consecuente reforma a la Ley Reglamentaria de 2019. Sobre sus efectos y alcances, Alzaga (2016) expresa que en la reforma constitucional se proponen los siguientes cambios:

- Que la justicia laboral sea impartida por el Poder Judicial Federal y los poderes judiciales estatales, según corresponda, a través de juzgados y tribunales;
- Desaparecen las juntas de conciliación y arbitraje;
- Que la función conciliatoria sea una parte prejudicial y centros de conciliación independientes de los juzgados y tribunales;
- Crear un órgano de la Administración Pública Federal para atender el registro de todos los CCT y de los sindicatos;
- La designación del titular de ese órgano será como la de los ministros de la SCJN. El organismo federal que vea los registros de CCT y sindicatos, realizará la función conciliatoria (p.441).

Dos características importantes de la reforma en comento fueron la eliminación de la impartición de justicia por un órgano tripartita para dar paso a la intervención del Poder Judicial y la creación de una etapa prejudicial antes de acudir a los tribunales basada en la conciliación a cargo de los centros de conciliación y registro laboral (en adelante CCRL). Para dicha reforma no se realizaron estudios relacionados a la influencia social de la desaparición de las juntas de conciliación, sin embargo en parte sí se atendió a las recomendaciones hechas por el Centro de Investigación y Docencia Económica, respecto a la necesidad de ampliar en la resolución de

conflictos el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, por lo que consecuentemente en la iniciativa se le dio vida a un organismo especializado en la conciliación laboral (Centro de Investigación y Docencia Económica, 2015).

Con el objeto de legitimar la reforma constitucional en estudio, se señaló en el proyecto de reforma que “la justicia laboral presenta problemas, ya que los procesos e instituciones fueron creados atendiendo a una realidad superada que ya no es congruente con las necesidades actuales” (Presidencia de la Republica, 2016). De la referida exposición de motivos se desprende que la reforma busca acabar con todo espacio susceptible de prohijar injerencias, vicios y prácticas que durante el desarrollo de un conflicto laboral generara incertidumbre jurídica, buscando además eliminar todo elemento que la convierta en lenta, costosa, de difícil acceso y cuestionable, así como combatir la parcialidad y simulación.

Al considerar que las JCA no favorecían a la impartición de justicia se optó por su eliminación, sin considerar el diseño institucional bajo el que operaron desde su concepción. Dicho diseño tuvo algunos incentivos negativos que la convirtieron en una institución cooptada, rebasada, pero sobre todo controlada y manipulada políticamente. No menos importante es el hecho de que dichas instituciones carecieron de herramientas y mecanismos claros que permitieran legitimar su actuación. Uno de los primeros errores del diseño institucional fue someter a la designación de uno de sus integrantes, y controlar directa y políticamente la designación de los otros, a la decisión, voluntad y criterio de forma exclusiva y discrecional sin contrapeso alguno del titular del Poder Ejecutivo (Canales, 2018).

Los presidentes de las juntas de conciliación, que fueron considerados como la figura más importante de la institución, eran nombrados por facultad personal del titular del Poder Ejecutivo sin que existiera la necesidad de someter la propuesta de nombramiento al examen, escrutinio, revisión o aprobación de ningún ente o persona. La citada situación se hacía evidente cuando se vivían cambios de partido en el Poder Ejecutivo y consecuentemente se daban cambios en los presidentes de las JCA, quienes eran seleccionados atendiendo a aspectos de lealtad, amistad o cuotas partidistas, por lo que al ser designados tenían que dedicar los primeros períodos al conocimiento del D.L.

A pesar de las múltiples críticas al sistema de integración de las JCA en que participan todos los sectores de producción, no se asevera que sea este el error, sino la selección de los representantes y el seguimiento de sus funciones, ya que el modelo tripartita es utilizado con éxito en la Organización Internacional del Trabajo, cuyo funcionamiento se basa en la cooperación entre los gobiernos y las diversas organizaciones de los sectores de producción, con lo que fomentan la promoción del progreso económico y social. La estructura de la OIT, en la que trabajadores y empleadores tienen el mismo derecho a voto que los gobiernos en sus resoluciones, es muestra del diálogo social de acción. Dicho sistema fomenta el tripartismo a través del diálogo social entre las organizaciones sindicales y de empleadores que permiten la formulación y aplicación de políticas nacionales en el ámbito social y económico, además dichas cuestiones garantizan que las opiniones de todos los agentes que intervienen en la producción queden fielmente reflejadas en la actividad de la OIT (OIT, 2020).

Ante el panorama que se describe, Alzaga (2016) cuestiona que el hecho de no aceptar el trabajo de las JCA no significa que el Poder Judicial actual sea una garantía de honestidad e imparcialidad, al respecto cita como ejemplo la situación de las materias civil y penal. Alzaga (2016) señala que los juzgados laborales:

pueden ser un paso adelante o una frustración, pero cuando menos se requiere que se precise el proyecto. Creemos que el cambio es a favor de la justicia, lo que no solo depende de los juzgados y tribunales (Alzaga, 2016, p. 442).

Por lo que concierne al procedimiento, la LFT reformada en 2019 establece un nuevo procedimiento ordinario tanto en materia individual como colectiva, en el que, previo a interponer un juicio laboral ante el Tribunal, el trabajador deberá agotar un procedimiento conciliatorio ante los CCRL. En la demanda, el trabajador deberá incorporar a su escrito de demanda sus pruebas; consecuentemente, la parte demandada deberá dar contestación acompañada también de las pruebas que estime convenientes. Acto seguido, el Tribunal Laboral en la audiencia preliminar “depurará el procedimiento, finalmente en una audiencia de juicio se desahogarán todas las pruebas admitidas y concluido su desahogo, las partes realizarán sus alegatos y el Tribunal deberá emitir una sentencia” (LFT, 2019). Respecto

a la etapa prejudicial, en el título XIII, la LFT señala el procedimiento y al respecto establece que previo a acudir a los tribunales, las partes deberán acudir al CCRL correspondiente para agotar una instancia conciliatoria.

El procedimiento iniciará con la presentación de la solicitud; al momento de la recepción de la solicitud, la autoridad agendará la audiencia conciliatoria dentro de los quince días siguientes; a la referida audiencia el trabajador deberá asistir personalmente y podrá ser acompañado por una persona de su confianza, de un abogado o del procurador del trabajo, sin embargo, no se le reconocerá el carácter de apoderado; por su parte, el patrón deberá asistir personalmente o tendrá la posibilidad, a diferencia del trabajador, de comparecer por conducto de representante con facultades suficientes para obligarse en su nombre (LFT, 2019).

En caso de que ambas partes estén debidamente notificadas de la celebración de la audiencia conciliatoria y alguna de ellas no comparezca por causa justificada, se señalará nueva fecha dentro de los cinco días siguientes. “Si solo comparece el solicitante se le expedirá la constancia correspondiente (de haber agotado la etapa prejudicial) y si solo comparece el citado, se archivará el expediente” (LFT, 2019).

Del procedimiento que se establece en la LFT (2019) se desprende la obligación para el trabajador de agotar la etapa prejudicial en el CCRL, mismo que tendrá que desahogarse únicamente ante la citada autoridad que tendrá el monopolio de esta etapa. Esta autoridad será la única facultada para expedir la constancia de haberse agotado la conciliación, a pesar de que se establecerán únicamente en las ciudades más importantes. Lo anterior implica que estarán a distancias lejanas de la mayoría de los trabajadores, quienes tendrán que trasladarse desde sus domicilios hasta donde se encuentre dicha autoridad en por lo menos dos ocasiones para agotar la etapa prejudicial. Para celebrarse esta etapa, dicho sea de paso, deberán comparecer personalmente los trabajadores, exigencia que no se da de la misma forma para los patrones, quienes sí lo podrán hacer por conducto de apoderado.

El poder que se vislumbra para los centros de conciliación y registro laboral se prevé además en temas colectivos, pues son los facultados para dar trámite a los depósitos de contratos colectivos; para expedir las constancias de representatividad; y, en su caso, para llevar a cabo la organización y

proceso electoral a fin de determinar qué sindicato tiene mayor número de votos por parte de los trabajadores y, consecuentemente, qué sindicato obtiene la constancia correspondiente. En este orden de ideas, la reforma a la LFT de 2019, en el tema sindical, busca darle transparencia y control a los sindicatos al señalar un proceso electoral, sin embargo, además de los efectos que se difunden al respecto, esta reforma traerá consigo una centralización que generará la desaparición de todos los sindicatos pequeños que no cuentan con el respaldo del 30% de los empleados y, en este sentido, solo los grandes sindicatos estarán en posibilidad de participar por la constancia de representatividad, lo cual cuestiona la democracia que es promesa de la reforma.

En relación al procedimiento, es relevante señalar algunas adiciones entre las que se destacan los actos notoriamente improcedentes en el juicio y a los que hace referencia la ley, los comprobantes fiscales digitales que podrán sustituir los recibos impresos y las notificaciones por medios electrónicos. De lo anterior se desprende una tendencia innovadora que incluye el uso de tecnologías que aunque es cierto que son una herramienta para contribuir a un procedimiento práctico, no menos cierto es la realidad en la que viven la mayoría de los trabajadores quienes no han desarrollado habilidades que les permitan consultar comprobantes fiscales digitales desde la Plataforma de Servicios al Contribuyente que ofrece el Servicio de Administración Tributaria y quienes tampoco tienen acceso a las tecnologías necesarias para darle seguimiento personal y puntual a sus notificaciones a través de las herramientas tecnológicas; todo esto pone al trabajador en un estado de inferioridad respecto al sector obrero. De lo anterior se desprenden reformas laborales realizadas para cumplir con las exigencias que se establecieron en los tratados de libre comercio, tendientes a establecer un sistema social hegemónico, cuyo objeto es proyectarse como un mercado internacional atractivo para que los empresarios tengan acceso a mano de obra barata y, por consiguiente, sea favorable para establecer sus empresas (Padrón, et al, 2018).

La conquista mundial de los mercados es una realidad latente que, acompañada de las prácticas que modifican las condiciones laborales, de la injusticia y la inseguridad, está envolviendo al mundo contemporáneo y terminando de forma tajante con las posibilidades de alcanzar dignidad y certidumbre en el empleo. Lastra (2013) señala que:

La explotación y abuso de la fuerza del trabajo no pueden legitimarse como exigencia de la modernidad y del progreso, estableciendo como necesarios los procesos regresivos influenciados por la globalización neoliberal. Señala el autor que es necesario implementar nuevos sistemas basados en la solidaridad y equidad, que además elimine el comercio convencional ajeno a los intereses y valores humanos (Lastra, 2013, p. 1006).

De lo anterior se deduce que es necesario establecer un modelo alternativo que deje atrás el esquema comercial con el cual se está operando, para dar paso a una estrategia orientada a favorecer la justicia social y económica, que a su vez permita un desarrollo sostenido a través de un comercio equitativo y solidario. Es preciso implementar un modelo orientado a buscar el equilibrio con los países económicamente vulnerables, mejorando su acceso al mercado. Respecto a lo anterior Juan Pablo II, citado en Lastra (2013), expresa que:

la globalización, a priori, no es ni buena ni mala. Será lo que las personas hagan con ella. Ningún sistema es un fin en sí mismo y es necesario insistir en el hecho de que la globalización, como cualquier otro sistema, debe estar al servicio de la persona humana; debe servir a la solidaridad y al bien común ((Lastra, 2013, p. 1009).

En este orden de ideas, se tiene que la justicia social es un reclamo de la vida democrática y por consecuencia es la vía idónea para preservar los derechos humanos y para alcanzar la paz universal. Sin embargo, para alcanzarla es necesario reivindicar el sistema económico y tomar en cuenta la proporción sustancial de población mundial que está excluida de los beneficios de la globalización, que se ha convertido en un proceso profundamente divisivo que no permite un sistema universal y uniforme para todo el planeta (Lastra 2013).

Conclusiones

Los derechos laborales sociales, en el mundo, lograron su consolidación a partir de las diversas aportaciones de los ideales filosóficos que sentaron bases en diversos momentos históricos. De igual forma, fueron la respuesta a las luchas sociales en pro de las mejores condiciones para los trabajadores y del reconocimiento de derechos que les permitieran interactuar en las relaciones obrero-patronales en un plano de equidad respecto a las grandes potencias económicas.

El derecho laboral en México floreció a partir de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la cual fue una de las más adelantadas del mundo al incluir los derechos sociales como parte de sus prerrogativas; desde su nacimiento hasta las últimas décadas del siglo pasado siguió un sistema nacionalista basado en la protección de los trabajadores, a través de políticas diseñadas con la intervención del Estado que funcionaba como mediador para lograr la equidad entre los factores de producción.

A través del sistema económico, político y social que se siguió con el nacimiento del derecho laboral en México, se logró el desarrollo del derecho social, el cual, a diferencia de otras ramas del derecho, no demanda la no intervención del Estado, sino que, por el contrario, le demanda acciones que permitan el equilibrio entre las partes. Sin embargo, ante la crisis económica que se vivió a finales del siglo pasado, se dio un cambio tendiente a la globalización que ha permitido la desregulación de estos derechos dentro de la norma y ha limitado la participación del Estado como contrapeso de las grandes potencias económicas, lo que se traduce en un perjuicio para los sectores más vulnerables al poner en un plano de igualdad a dos sectores entre los que existe una evidente desigualdad.

Las reformas laborales más recientes son resultado de las exigencias internacionales pactadas en los tratados de libre comercio, por esta razón, siguen las tendencias del nuevo sistema económico dominante basado en el capitalismo; este busca flexibilizar las obligaciones de los patrones sin medir los efectos causados a la sociedad y a los grupos más vulnerables, y a su vez termina, sin conciencia alguna, con los ideales y corrientes filosóficas socialistas que inspiraron al constituyente de 1917.

La cuestionada reforma laboral de 2012 fue un atropello a los derechos laborales que se aprobó al margen del procedimiento establecido, contraviniendo los principios constitucionales, sin tomar en cuenta la opinión de los diversos sectores. Dicha reforma es la perfecta muestra de la desregulación característica de la globalización que, entre otras cosas, termina con la estabilidad laboral con los contratos de capacitación inicial y periodo a prueba. Asimismo, evidencia las desigualdades, incluso entre los mismos trabajadores, al permitir la subcontratación. Además, otorga a los patrones el beneficio de reducción del castigo por despido injustificado que anteriormente consistía en pagar los salarios vencidos hasta la terminación y liquidación del juicio.

La subsecuente reforma constitucional de 2017 y su consecuencia a Ley Federal del Trabajo de 2019 es de las más trascendentes que ha vivido el derecho laboral desde su nacimiento, al cambiar el modelo de impartición de justicia tripartita, protagonizado por las juntas de conciliación y arbitraje, e implementar juzgados laborales dependientes del Poder Judicial. Al respecto, se estima que, a pesar de que los resultados demostrados por las juntas de conciliación no son favorables al evidenciarse los rezagos, trámites burocráticos y la corrupción, el simple hecho de hacer una transición al Poder Judicial no garantiza que venga a la justicia laboral un medicamento mágico; por el contrario, se invita al análisis de lo que sucede con otras materias como la civil y penal, pues si bien la administración de justicia pertenece a los juzgados, esta también es lenta y burocrática.

El sistema económico dominante está terminando con los principios de justicia social y poco a poco elimina las bases en las que se inspiró el constituyente de 1917. Desde las últimas décadas del siglo XX, este sistema ha contribuido a desregularizar el derecho, poniendo a los dueños del capital sobre los trabajadores, causando con lo anterior evidentes daños a la mayoría de la población al tratarse de un sistema económico desfasado con la realidad de la población mundial y favorable precisamente a los que no lo necesitan. Por desgracia, esta es la tendencia del derecho laboral actual y lo que ahora se espera es apelar a la conciencia de los legisladores mexicanos para que le den al derecho del trabajo un trato apegado a los derechos humanos y, en este sentido, se defienda siempre su avance y no su retroceso.

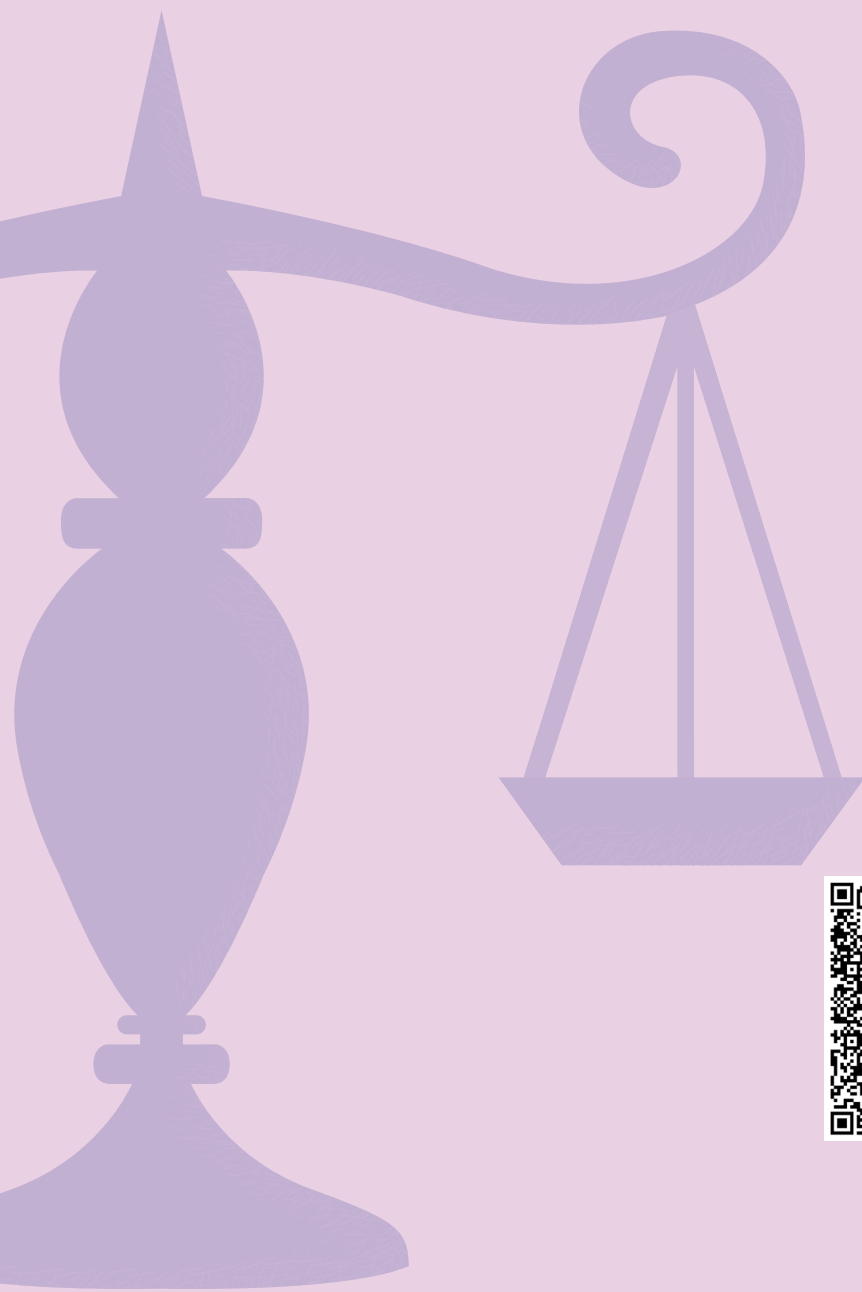
Referencias

- Alzaga, S. O. (2016). Las iniciativas de la reforma laboral de 2016 y el antecedente de 2012. VLex. Recuperado el 10 de agosto de 2020, de <https://1bestlinks.net/QOiBB>
- Aragón, A.; González, L.; Hernández, M. A. (2017). *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica. Hacia un equilibrio reflexivo entre el horizonte normativo y las expectativas ciudadanas de justicia*. México. Tirant lo Blanch.
- Bermúdez, C. Miguel. (2010). Derecho del Trabajo. Oxford.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (02 de julio de 2019) Ley Federal del Trabajo. *Diario oficial de la Federación*. Recuperado de <https://1bestlinks.net/KALrv>
- Canales, S. E. (2018). *Diseño institucional de la junta de conciliación y arbitraje*. (Tesina para obtener grado de maestría). Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Tlaquepaque, Jalisco. Recuperado el 05 de agosto de 2020 de <https://1bestlinks.net/EBGrt>
- Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. (2015). *Síntesis del informe y de las recomendaciones en materia de justicia cotidiana*. Recuperado de <https://1bestlinks.net/TvhlI>
- Congreso Federal Constituyente. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado el 04 de agosto de 2020 de <https://1bestlinks.net/TgMkW>
- Corona, N. L, Ibarra, D. J. y Martinez, G. J.(2006). *Investigación cualitativa en el ámbito jurídico*. Universidad de Guadalajara. Jalisco, México.
- Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. (1789). Recuperado el 17 de julio de 2020, de <https://1bestlinks.net/izRUn>
- Del Buen, Néstor. (2015). *El sistema laboral en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 15 de julio de 2020 de <https://1bestlinks.net/yZzYS>
- Diario de los debates (2012) Proceso Legislativo Reforma Ley Federal del Trabajo 2012. Diario Oficial de la Federación. Recuperado el 15 de agosto de 2020 de <https://1bestlinks.net/jETyc>
- Fonseca Alfonso, Y. (2019). *La agonía del derecho del trabajo: una historia desde sus orígenes hasta sus confines*. Derecho Y Realidad, 17(33). <https://1bestlinks.net/OPElF>

- Lastra, L. J. (2013). La justicia social y la globalización monetarista. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 20 de agosto de 2020 de <https://1bestlinks.net/pYIjM>
- Lacavex, B. M. y Sosa, S. Y. (S/A) *La Reforma Laboral en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 18 de agosto de 2020 de <https://1bestlinks.net/Fzsbo>
- Lacavex, B. M., Silva G. Y. y Rodríguez C. J. (2014) *El proceso laboral en México visión jurisprudencial*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 18 de agosto de 2020 de <https://1bestlinks.net/pyQDy>
- Marlasca López, Antonio. (2005) *Del trabajo como castigo al trabajo como derecho. Medicina Legal de Costa Rica*. Recuperado el 24 de julio de 2020, de <https://1bestlinks.net/NCfDF>
- Martínez, M, Miguel. (2004). *Ciencia y Arte de la Metodología Cualitativa*. México D.F. Editorial Trillas S.A de C.V.
- Morales, O. (S.A.) *Fundamentos de la investigación Documental y monografía*. Departamento de Investigación de la Facultad de Odontología.
- Morelos y Pavón, José M. (1813). *Sentimientos de la Nación*. Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de México. Recuperado el 02 de agosto de 2020 de <https://acortar.link/bwVs3V>
- Núñez-Espinel, Luz Ángela. (2016) *El derecho laboral en Colombia: surgimiento de una perspectiva socialista local (1930-1945)*. *Opinión Jurídica*. <https://acortar.link/CPWoZp>
- Padrón, I. Mauricio, D´Ángelo, Natalia, Mancini, Florilla y Gandini, Luciana (2018) *Trabajo y derechos en México. Nuevas afectaciones a la ciudadanía laboral*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México.
- Presidencia de la República (2012) iniciativa de Reforma Ley Federal del Trabajo 2012. Diario Oficial de la Federación. Recuperado el 15 de agosto de 2020 de <https://acortar.link/JO80g9>
- Presidencia de la Republica, (2016). Iniciativa de decreto por el que se adicionan y reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia laboral. Diario de los debates. Recuperado el 20 de abril de 2020 de <https://acortar.link/nMEcT7>

- Quiñones Tinoco, Carlos Sergio, & Rodríguez Lugo, Salvador. (2013). El trabajo no es artículo de comercio. *Revista latinoamericana de derecho social*, (17), 65-83. Epub 30 de enero de 2020. Recuperado en 17 de julio de 2020, de <https://acortar.link/THabeJ>
- Rivera. S. M y Rivera. S. J. (2017). Retroceso del Derecho del trabajo frente a la flexibilidad laboral. *Vlex*. Recuperado el 15 de mayo de 2020 de <https://acortar.link/83j8GA>
- Rodríguez G. Tlexochtli. (2013). *Los Derechos Sociales Laborales en México y su exigibilidad*. Revista de división de Ciencias Jurídicas y Políticas. Recuperado el 17 de julio de 2020 de <https://acortar.link/WzqmDo>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2008). *Origen y evolución de las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales.SCJN*. Recuperado el 06 de agosto de 2020 de <https://acortar.link/u4375D>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2018). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (compilación cronológica de sus modificaciones y procesos legislativos). Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 09 de agosto de 2020 de <https://acortar.link/rOBgWW>

Capítulo 7



Análisis socio-jurídico de la actividad de microfinanciamiento en México desde el derecho de consumo¹

Thelma Cecilia Sandoval Sánchez², Margarita Cantero Ramírez³,
Tatiana Vanessa González⁴

Resumen

La actividad de microfinanciamiento se ha sumado a una serie de instrumentos utilizados por los gobiernos al considerarse una herramienta, dentro de los diseños de políticas públicas, para la lucha contra la pobreza, debido a que esta actividad ha consistido principalmente en brindar préstamos a sectores excluidos de la banca tradicional, incentivando a este sector de la población a involucrarse en la actividad comercial del país. Sin embargo, dada la naturaleza de los contratos de crédito que se encuentra presente en dicha actividad financiera (contratos de adhesión), su regulación ha sido fundamental a fin de prevenir abusos en la relación contractual entre proveedor-usuario. Por lo expuesto, en el siguiente artículo se realizó un análisis de las normas que regulan, en México, los contratos de las microfinancieras a partir de un estudio jurídico y doctrinal que permitió describir y entender, de forma integral, el impacto social de la actividad de microfinanciamiento, al identificar algunas formas de protección al usuario de servicios financieros.

Palabras clave: microfinanzas, contratos de adhesión, cláusulas abusivas, derecho de consumo.

1 Resultado de la investigación para la obtención del grado de maestra en derecho Análisis jurídico de las microfinanzas en México y su incidencia en los derechos del consumidor elaborado por la Lic. Thelma Sandoval Sánchez, Universidad de Guadalajara.

2 Abogada, maestrante en Derecho Constitucional de la Universidad de Guadalajara. Correo: Thelma.sandoval@alumnos.udg.mx. ORCID: 0000-0001-7805-8761

3 Mtra. en Ciencia del Comportamiento por la Universidad de Guadalajara, profesora de asignatura en el Centro Universitario del Sur. Correo: margarita.cantero@cusur.udg.mx, ORCID: 0000-0001-8515-7864

4 Investigadora asociada C de tiempo completo del Centro de Investigaciones Multidisciplinarias de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo: tatianag@crim.unam.mx , ORCID: 0000-0001-9301-2550

Socio-legal analysis of microfinance activity in Mexico from the consumer law

Abstract

For years, microfinance activity has been added to a series of instruments used by governments, since it has been perceived as a tool within the design of public policies for the fight against poverty, because this activity has involved mainly in providing loans to sectors excluded from traditional banking, encouraging this sector of the population to get involved especially in the country's commercial activity, however, given the nature of the credit contracts that is presented in this financial activity (contracts of adhesion), its regulation has been a fundamental part in order to prevent abuses within the supplier-user contractual relationship. Therefore, the following article analyze the microfinance companies' contracts based on a study of the legal framework and doctrine that allows a comprehensive description and understanding of the impact of microfinance activity in society.

Keywords: microfinance, adhesion contracts, abusive clauses, consumer law.

Introducción

En la actualidad, el acceso a servicios financieros se encuentra más al alcance de muchas personas con los llamados microcréditos, que refieren a créditos pequeños dirigidos a sectores excluidos de la banca tradicional; por ello, el sector de microfinanzas se ha constituido como una herramienta fundamental para la inclusión financiera, cuyo principal fin radica en brindar servicios financieros a los sectores con menores recursos económicos considerados como aquellos más empobrecidos. Tal como establece la CGAP (Consultative Group to Assist the Poor, s. f.), las microfinanzas representan un elemento fundamental en la lucha contra la pobreza, ya que facilitan a los hogares pobres, al momento de utilizar los servicios financieros, incrementar sus ingresos e invertir en bienes y, de esta manera, reducir la vulnerabilidad a choques externos.

Tal como lo establece Aldasoro (2017), el sector microfinanciero mexicano se destaca por promover el acceso a servicios de financiamiento básico y por financiar inversiones de PYMES en el país, siendo este uno de los sectores de microfinanzas de rápido crecimiento en América Latina en los últimos años, percibiéndose como un elemento fundamental en la economía mexicana, pues los segmentos de micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes) representan la fuente principal para la generación de empleos. De acuerdo con la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (2015), estos segmentos son la fuente que genera más empleo con una cifra del 72% y representan un 52% del Producto Interno Bruto del país (PIB).

Ahora bien, para establecer un análisis del fenómeno del microfinanciamiento, es preciso abordarlo a partir del estudio de la actividad principal de estas instituciones financieras: los microcréditos. Por ello, el siguiente artículo investigativo tendrá como fin el abordaje de los contratos de créditos de las instituciones de microfinanciamiento a partir de la legislación mexicana vigente y la doctrina. En la primera parte del trabajo se presentarán aspectos generales del microfinanciamiento, para sucesivamente contextualizarlo dentro del ámbito mexicano, teniendo en cuenta su desarrollo histórico, legislación y contratos. Finalmente, se abordará el impacto del sobreendeudamiento en el contexto mexicano.

Por tanto, se ha planteado como objetivo principal analizar socio-jurídicamente desde el derecho de consumo la regulación legal de los contratos de crédito en la actividad microfinanciera en México, a través del desarrollo de los objetivos específicos: describir las microfinanzas como herramienta para impulsar la economía desde abajo; identificar las leyes que regulan las instituciones de microfinanzas en México; y establecer la educación financiera como alternativa frente al sobreendeudamiento. Con lo anterior, se busca dar respuesta a la pregunta de investigación: ¿Cómo están regulados socio-jurídicamente en México los contratos de las instituciones de microfinanzas desde el derecho de consumo?

Apartado metodológico

El estudio fue de tipo jurídico documental descriptivo, debido a que abordó una descripción de las instituciones que conforman las microfinancieras y las leyes que regulan dicha actividad con el fin de obtener un conocimiento claro de este fenómeno en México. El estudio tuvo un enfoque cualitativo: de acuerdo con Villabella (2015), este aborda problemáticas condicionadas, históricas y culturales de la sociedad, tiene como propósito fundamental la descripción, la interpretación y la comprensión de los objetos que estudia, precisando así su cualidad, la manera de ser, lo que le distingue y le caracteriza.

Por lo relacionado, tal como lo plantea Baena (2017), la principal fuente de información se encontró a través de la búsqueda de respuestas específicas a partir de la indagación en documentos. De esta manera, para la obtención de los datos o información, se recurrió a instrumentos jurídicos, libros y artículos científicos fundamentalmente de las áreas de derecho de consumo, civil y financiero, obtenidos de las bases de datos especializadas Vlex, Redalyc y Dialnet.

La recolección de datos se realizó en los meses de junio y julio de 2020, recuperando así información acerca del desarrollo de esta actividad financiera publicada en el periodo de 2010 a 2020, utilizando los descriptores: actividad de microfinanciamiento, microfinanciamiento, México, derecho de consumo, microfinance activity, consumer law; y los operadores booleanos AND y comillas (“”). Los documentos fueron

elegidos considerando que su título y/o resumen contuviera al menos dos de los descriptores utilizados y que su contenido brindara información que permitiera responder a la pregunta planteada y alcanzar el objetivo del estudio. Una vez seleccionados los documentos, se realizó un análisis documental basado en un cuadro de resumen que ayudó a obtener información precisa y esencial de cada una de las lecturas.

Resultados

Microfinanzas: herramienta para impulsar la economía desde abajo

El modelo del microfinanciamiento se encuentra estrechamente ligado al trabajo del Dr. Muhammad Yunus, quien desde 1983 consolidó lo que se conoce como el microcrédito, constituido en ese momento como una alternativa que permitía establecer políticas de inclusión financiera a los sectores más empobrecidos de Bangladesh, estableciendo este modelo como un mecanismo para reducir la pobreza generalizada.

En este sentido, Hernández, Castillo & Ornelas (2015) afirmaron que el Grameen Bank permitió el acceso a créditos de pequeña cuantía tanto a personas como a microempresarios, siendo así que este mismo modelo, aplicado al ámbito financiero actual, se percibe como un elemento de autoayuda y acción social que da lugar a un camino viable para que los individuos abandonen la situación de pobreza, a partir de la realización de actividades productivas que les permitan generar ingresos propios con los cuales puedan solventar sus necesidades básicas, impulsando así el crecimiento de la economía. El éxito alcanzado a través de la política empleada por el Grameen Bank propició que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) promoviera y respaldara las microfinanzas como un instrumento a considerar por los gobiernos en sus políticas públicas con la finalidad de reducir la pobreza, aunque ello no ataque las causas estructurales que la provocan.

Por otro lado, el microcrédito es llevado a cabo por instituciones que comprenden personas jurídicas sin fines de lucro, cooperativas, sociedades mercantiles y bancos, quienes no solo han abierto camino hacia la inclusión de los sectores en materia de créditos, sino que también les han apostado a

otros servicios financieros que, de igual forma, antes estaban en disposición únicamente de los usuarios del sector bancario, tal es el caso los servicios de ahorros y de seguros. Según Vargas (2012), en México hoy en día algunas microfinancieras no solo brindan servicios de crédito, sino que también realizan otro tipo de operaciones tales como la oferta de seguros de vida y de servicios de microahorro, siendo este último un gran desafío para las microfinancieras, ya que ha resultado ser un servicio poco rentable debido al poco uso del mismo y a los altos costos de transacción que representan los depósitos y retiros para las microfinancieras.

Siendo el microcrédito la principal actividad que trae consigo el microfinanciamiento, es necesario conocer qué comprende y a quién va dirigido. De acuerdo con García (2013), para responder estas interrogantes es necesario remontarse a lo que establece la comisión Europea, la cual expresa que el microcrédito sería definido de acuerdo a su público objetivo: microempresarios, trabajadores por cuenta propia y personas excluidas socialmente por la falta de acceso a fuentes tradicionales de capital (banca), de allí que el tema de a qué actividades va dirigido el microcrédito deberá abarcar tanto microfinanzas familiares y personales como empresariales. Por lo expuesto, se puede definir el microcrédito como una actividad financiera encargada de brindar préstamos de pequeñas escalas a sectores excluidos de la banca tradicional, cuyo objetivo consiste principalmente en solventar las necesidades de este sector, ya sean familiares, personales o comerciales.

¿Microfinanzas? Una mirada hacia la actividad microfinanciera en México

El fenómeno de las microfinanzas alcanzó su apogeo en México a partir de la década de los 90, luego de la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que permitió la privatización de la banca y el surgimiento de una serie de desequilibrios estructurales en temas financieros, como la conocida “Crisis del Tequila” en 1994, la cual derivó en una devaluación del peso mexicano; esto generó una alta inflación y la falta de capital en los bancos, convirtiendo a las cajas de ahorros en la única alternativa a los servicios financieros disponibles para los mexicanos.

De acuerdo con Marulanda Consultores & DAI México (2011), lo anterior llevó a que ciertas empresas comercializadoras establecieran instituciones financieras cuyo objetivo era brindar servicios de microfinanzas.

A partir de ese momento, estas instituciones surgieron a través de diversas entidades jurídicas como cooperativas, organizaciones no gubernamentales (ONG), sociedades anónimas e incluso instituciones bancarias, cuyo propósito era brindar servicios financieros a segmentos de la población pertenecientes al sector informal en materia laboral, principalmente a trabajadores del medio rural, dada la facilidad de adquisición de préstamos y los escasos requisitos que al respecto se imponen a las entidades bancarias.

A partir del año 2000, el Gobierno federal inició un proceso de expansión de la inclusión financiera a partir de la popular Ley de Ahorro y Crédito (2001) y de varias reformas en el sistema financiero que, de acuerdo con Aldasoro (2017), generaron una serie de denominadas Empresas Financieras de Propósito Múltiple con requisitos constitucionales simples, que han sido considerados atractivos para las empresas que tienden a dedicar su actividad económica a las microfinanzas. Aunado a la implementación de programas de asistencia gubernamental, asistencia técnica e inclusión financiera, esto atrajo a un número creciente de empresas privadas con un enfoque ya comercial y aceleró su crecimiento, muchos de ellos se basaron en prácticas inadecuadas y obtuvieron ganancias de manera más rápida y sencilla.

De acuerdo con Marulanda consultores & DAI México (2011), el crecimiento de las cajas de crédito no fue lo único que marcó el desarrollo de operaciones destinadas a segmentos de la población con bajos recursos económicos, sino que también, a partir de los años 2005 al 2008, empezaron a surgir instituciones como bancos comerciales cuyo principal rubro consistía en créditos de consumo: la cartera de este tipo de préstamos, entre el 2003 y el 2007, aumentó 6.5 veces más que los créditos comerciales. Dentro de estas, podemos identificar instituciones que en la actualidad funcionan como casas comerciales que otorgan créditos de consumo a través del ofrecimiento de artículos para el hogar.

Asimismo, varios factores influyeron en la creación de instituciones dedicadas a brindar créditos a grupos de bajos recursos, estos factores fueron: disponibilidad de recursos y programas de inclusión financiera, un marco jurídico flexible y que el segmento al cual era dirigido el microcrédito tolerara las altas tasas de interés debido a la poca oferta de servicios de crédito en el mercado (Marulanda consultores & DAI México, 2011).

Leyes que regulan las instituciones de microfinanzas en México

Para poder establecer un análisis socio-jurídico del microfinanciamiento es necesario partir de los preceptos constitucionales a fin de determinar las funciones y la responsabilidad del Estado en las operaciones financieras. Estas se encuentran reguladas desde el artículo 25 en adelante de la CPEUM, la cual establece la responsabilidad del Estado respecto del crecimiento económico, está orientada a distribuir la riqueza en la sociedad y tiene la obligación de salvaguardar la estabilidad en el sistema financiero que demande el interés general, para el aseguramiento del resto de derechos contemplados en la parte dogmática de la CPEUM.

A partir de estos preceptos constitucionales, en México, de acuerdo con Marulanda consultores & DAI México (2017), no existe una norma específica que regule la actividad del microfinanciamiento. Sin embargo, este cuenta con una serie de figuras jurídicas que conforman las llamadas instituciones de microcréditos que se han encargado del desarrollo de estas operaciones financieras, estas son comprendidas por Sociedades Financieras de Objeto Múltiple (SOFOMES), Sociedad Financiera Popular (SOFIPOS), Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (SOCAPS), Sociedad Financiera Comunitaria (SOFINCOS) y bancos de desarrollo. De lo expuesto, con la finalidad de tener una mayor claridad de las normas que regulan cada una de las instituciones de microfinanciamiento, se presenta a continuación una breve descripción de ellas.

Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (SOCAPS)

Desde 2001, luego del surgimiento masivo de las cajas de ahorro y préstamo, se expidió la Ley de Ahorro y Crédito Popular (LACP) que, de acuerdo con Marulanda consultores & DAI México (2011), tenía como fin regular las ONG, las organizaciones financieras, las cooperativas y otras instituciones especializadas en brindar servicios de tipo financiero a segmentos poblacionales de ingresos bajos a partir de las cajas populares, quienes para esa fecha tenían una cartera de 2 millones de asociados y cuya regulación se percibió como un reto para las autoridades, debido a la crisis severa que enfrentaban dichas instituciones en ese momento.

Asimismo, en el 2001 se emitió la LACP que establecía disposiciones regulatorias para la actividad financiera de las SOCAPS, pero dicha norma jurídica fue reformada en el año 2009, excluyendo estas instituciones a partir de la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (LRASCAP, 2009), misma que permitió conservar las disposiciones de la Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC) en cuanto a organización y constitución de estas sociedades. Aunado a ello, esta recoge los términos establecidos en el numeral constitucional 25 en cuanto a la integración de las SOCAPS y da pautas a la aplicación de manera supletoria de disposiciones que no se prevén en dicha ley, de acuerdo con el artículo 5, el orden en el que serán aplicadas las leyes.

Sociedad Financiera Comunitaria (SOFINCOS) y Sociedad Financiera Popular (SOFIPOS)

Posteriormente se dio la reforma de la LACP en el 2009, la cual excluía a las cooperativas de préstamo y ahorro, y surgieron las figuras de SOFIPOS y las SOFINCOS, las cuales están constituidas por sociedades anónimas de capital variable que operan de acuerdo a la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) y LACP; para poder constituirse, estas deberán obtener el dictamen de la federación y la autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV). Estas instituciones nacen a partir de la necesidad de generar figuras reguladas con menor capital que las instituciones bancarias y distintas a las cooperativas que brindan servicios de crédito a segmentos populares.

Además, con base en el numeral 8 de la LACP (2001), se estableció que, en caso de disposiciones no previstas por esta ley, se aplicarán otras leyes que suplirán estas disposiciones: en primer lugar, la legislación mercantil; en segundo lugar, la civil federal; en tercer lugar, se tomará el Código Fiscal de la Federación; y, en cuarto lugar, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en específico los Títulos Tercero A.

Sociedades Financieras de Objeto Múltiple -SOFOMES

De acuerdo a la CNBV (2015), las SOFOMES son sociedades anónimas que tienen como finalidad realizar una o más actividades de otorgamiento de créditos, factoraje financiero o arrendamiento financiero, y se clasifican en SOFOMES reguladas y SOFOMES no reguladas.

Según la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (1985), las SOFOMES reguladas son sociedades que mantienen un vínculo patrimonial con una institución de crédito tales como SOFIPO con nivel de operación I a IV, SOFICO con nivel de operación I a IV, SOCAPS con nivel de operación I a IV o uniones de crédito. Estas, de conformidad con el artículo 87-D, estarán sujetas a las disposiciones establecidas en cada una de las leyes que regulen las actividades de las instituciones financieras antes descritas. A su vez, deberán sujetarse a partir de la regulación, registrarse como SOFOMES ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y deberán agregar a su denominación social la expresión “Sociedad financiera de objeto múltiple” (SOFOM), seguido de las palabras “Entidad regulada” (E.R.).

Por otro lado, las SOFOMES no reguladas simplemente deberán proporcionar a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) la información que esta les requiera para fines estadísticos. Las operaciones financieras que realicen estarán sujetas a la inspección de la CNBV, con el fin de verificar el cumplimiento de disposiciones referentes al lavado de dinero y terrorismo, establecidas en el art. 95 Bis de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Por último, estas instituciones podrán voluntariamente ser registradas como entidades reguladas cumpliendo una serie de requisitos establecidos en el artículo 87-C Bis 1 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y, una vez otorgada la aprobación para la incorporación a las SOFOMES reguladas, no podrán cambiar o volver al régimen de no regulada.

Bancos

En la Ley de Instituciones de Crédito (1990) se hace una separación dentro del sistema bancario mexicano, describiendo en el artículo 3 su conformación y señalando que se integrará por el Banco de México (BM), por instituciones de banca de desarrollo (BANDE) y de banca múltiple (BANMU), así como por fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno federal. A efectos de ilustrar las instituciones del sector bancario dedicadas a la actividad del microfinanciamiento, nos referiremos a estas, a continuación, con más detalle.

Banca múltiple

La CNBV (2016) establece que a las instituciones de BANMU se les otorgan dos tipos de licencias para operar, esto les permite atender distintos sectores de la población, es por ello que la BANMU se divide en banca tradicional y bancos con licencia de operación limitada o bancos de nicho (ver Figura 1). Para ser constituidos como un banco de nicho, estas instituciones requieren un capital mínimo de entre 36 millones a 54 millones de unidades de inversión (UDIS), unidad utilizada como indicador del comportamiento del valor del dinero en pesos, teniendo en cuenta el factor de la inflación; a diferencia de la banca tradicional que requiere un capital mínimo de 90 millones de UDIS.

Tabla 1

Instituciones que forman parte de los bancos con licencia de operaciones limitadas

INSTITUCIONES DE BANCA DE NICHOS	
Banco Bankaool/ Agrofinanzas	especializado en el crédito a pymes
Banco Finterra	especializado en financiamientos a productores agropecuarios y empresas agroindustriales
Banco Forjadores	especializado en micro créditos dirigidos a mujeres emprendedoras y en productos de inversión
Banco PagaTodo	ofrece al mercado medios de pago para transacciones de manera fácil y rápida

Nota. Fuente: Comisión Nacional de Bancaria y de Valores (2016)

En el 2016, la CNBV identificó las instituciones que forman parte de los bancos con licencia de operaciones limitadas, también denominados bancos de nicho, entre los cuales se encuentran el banco Bankaool/ Agrofinanzas, que está especializado en el crédito dirigido a pequeñas y medianas empresas; el Banco Finterra, que ofrece financiamiento a productores agropecuarios y empresa agroindustriales; el Banco Forjadores, orientado a los microcréditos dirigidos a mujeres emprendedoras y en productos de inversión, así como el Banco Paga Todo, el cual oferta medios de pago para transacciones de manera fácil y rápida.

Banca de desarrollo

De acuerdo con la CNBV, la BANDE está integrada por una serie de instituciones constituidas como sociedades nacionales de crédito con un patrimonio propio que a su vez integran la Administración Pública Federal, cuyo objetivo fundamental está orientado a proveer acceso a servicios de financiamiento y ahorro a personas morales y físicas. Aunado a ello, la Ley de Instituciones de Crédito en el artículo 4to establece que la BANDE estará supeditada a las actividades que determine el Congreso de la Unión de acuerdo con su especialidad, estas instituciones también estarán regidas por sus leyes respectivas.

Las instituciones de microfinanzas también estarán sujetas a las regulaciones y disposiciones establecidas por la CONDUSEF, misma que es conformada por órgano descentralizado que forma parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP). Dentro de las múltiples funciones que tiene la SHCP se encuentra la revisión y aprobación de los contratos de adhesión de las instituciones de crédito, siguiendo con los lineamientos determinados según la clasificación a las que estas instituciones pertenezcan.

Por su parte, Sanromán & Cruz (2010) establecen que la creación de una institución pública como la CONDUSEF reconoce que se da una relación estrecha entre el derecho social y el bancario, ya que esta actúa de manera imparcial para dirimir los conflictos existentes entre la relación cliente-proveedor y las debidas consultas y reclamos que resulten de los compromisos adquiridos dentro de los contratos de adhesión.

Tabla 2
Instituciones que conforman el sistema financiero mexicano en 2010

Tipo de entidad	Figura jurídica	Animo lucro	Capta/ No Capta	Regulada/No Regulada	Nº de Entidades	Cartera total DIC
Bancos Múltiples	Sociedad Anónima	Sí	Sí	Sí	41	2.127.254
Sociedades Financieras Populares (SOFIPO)	Sociedad Anónima	Sí	Sí	Si, autorización previa de CNBV con supervisión auxiliar	36	12.467
Cooperativas de ahorro y préstamo (cajas, cooperativas)	Cooperativas + organizaciones solidarias	No	Sí, fondo de protección	Si, por niveles + supervisión auxiliar. Aquellas con activos <2.500.000 UDIS no requiere autorización y no están reguladas	56	41.229
Sociedades financieras de objeto multiple (SOFOM) reguladas	Sociedad Anónima	Sí		Hay reguladas y no reguladas; predominan: vínculos patrimoniales con instituciones de crédito o controladas por grupos financieros. No reguladas: no tienen vínculos con el sector financiero. Operaciones activas no requieren autorización previa del Estado.	21	35.228

Tipo de entidad	Figura jurídica	Animo Lucro	Capta/ No Capta	Regulada/No Regulada	Nº de Entidades	Cartera total DIC
Sociedades de ahorro y préstamo	Hibrido: nueva figura societaria. El capital se integra por partes sociales de igual valor y todos los accionistas/asociados tienen los mismos derechos.	No	Sí	Supervisión y vigilancia de la CNBV	5	
Unión de crédito	Sociedad Anónima, capital integrado por aportes que hacen sus accionistas (hibrido)	No	Sí	Supervisión y vigilancia de la CNBV	132	25.181
Total de entidades reguladas					291	2.241.359

Nota. Fuente: Marulanda Consultores & DAI México (2011)

Resulta evidente que, de acuerdo al análisis de las leyes que regulan el sector financiero en México, el mayor problema que figura dentro del marco normativo mexicano es que todavía no existe una norma especializada de la actividad de microfinanzas, siendo estas instituciones, en ciertos casos, reguladas a partir de las disposiciones de las normas bancarias. A criterio de Minzer (2011), un marco regulatorio que no considere las diferencias

existentes entre las instituciones de microfinanzas y la banca tradicional resulta un desacierto jurídico, ya que este puede convertirse en un proceso de control completamente deficiente y difícil de implementar.

Contratos de las instituciones de microfinanzas

De acuerdo con Dávalos (2012), las operaciones de crédito no se refieren a operaciones *per se*, sino a contratos mercantiles. A fin de brindar un mayor análisis de los contratos mercantiles, es necesario acudir a la base del derecho de las obligaciones civiles, ya que este constituye el derecho común por excelencia, debido a que contiene una serie de nociones y principios que forman los pilares de los contratos mercantiles. Por esta razón, se puede decir que los contratos mercantiles son contratos civiles que la ley califica como mercantiles y que, al analizar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se identifica que esta las ubica como parte de la clasificación de operación mercantil.

De acuerdo con Juárez, Cruz & Ramírez (2018), la operación de crédito nace a partir de la necesidad económica de una persona que la obliga a acudir a una institución para solventar sus necesidades, situación que lleva a que el deudor se obligue a firmar un título de crédito que contiene intereses legales o convencionales. Por lo expuesto, las operaciones de crédito pueden ser definidas como un negocio jurídico que trae consigo el intercambio de capitales donde interviene el acreedor en carácter de institución de microfinanzas, quien entrega la prestación y recibe la contraprestación, y el usuario del servicio financiero, que recibe la prestación en un primer momento y entrega la contraprestación. Estos establecen una serie de derechos y obligaciones, a través de un contrato de crédito en el que se deriva un derecho personal, que es la cualidad que posee la institución financiera de exigir al usuario el pago de la obligación pactada (pago de monto prestado, intereses y demás gastos conexos).

Debido al crecimiento del mercado y la producción masiva de productos financieros, el concepto de contratos tradicionales comenzó a evolucionar, lo que provocó un cambio en la dinámica de los contratos financieros. De este modo, las empresas dejaron de utilizar contratos por negociación para utilizar formatos con cláusulas preestablecidas por las instituciones financieras, hecho que ha permitido ahorro en tiempo y

recursos. Por lo anterior, los tipos de contratos utilizados en operaciones de crédito son mayormente contratos de adhesión, por su característica de contratación en masa.

Según Fariña (1999), existen dos problemáticas que se encuentran en los contratos de adhesión. Una de ellas está relacionada con la determinación de hasta qué punto el usuario decide realmente adherirse al contrato, teniendo la debida claridad de cada una de las cláusulas contenidas en el contrato. Ahora bien, a pesar de que los contratos por adhesión se encuentran establecidos por una de las partes, no priva la libertad del usuario financiero de decidir si adherirse o no a dicho negocio jurídico, teniendo este en cuenta la trascendencia de cada una de las cláusulas del contrato de crédito, por lo que la información financiera juega un rol fundamental para la toma de decisiones informadas.

Tasas de interés en los contratos de crédito

Autores como Sandoval (2019) han señalado que el interés se puede percibir como un elemento que deviene de un contrato de crédito, cuyo objeto consiste en el precio por el uso del dinero ajeno, este surte efectos durante el plazo de vigencia de la obligación de acuerdo a lo establecido en el contrato. Estos se clasifican según su variabilidad, constitución y función.

Por su variabilidad:

- Interés simple: es aquel que se calcula sobre el capital inicial y se mantiene constante en el tiempo que dura la operación financiera.
- Interés compuesto: es aquel cuyo capital va en aumento en cada periodo, por lo que ocasiona que los intereses vayan aumentando.
- Por su constitución:
- Interés convencional: es cuando las partes que intervienen en la operación financiera acuerdan la forma y condiciones de los intereses al momento de la realización del contrato.
- Interés legal: es aquel establecido por el ordenamiento jurídico vigente y cuyas condiciones se encuentran sujetas a ello.

Por su función:

- Interés moratorio: este tiene su fundamento a partir del retraso o incumplimiento de la obligación de pago del deudor, lo que origina al acreedor un daño patrimonial que debe ser resarcido mediante una penalidad.

Credit Rating Agency (2018) establece que en México el microcrédito implica un elevado nivel de riesgos a los que se someten las instituciones financieras, ya que los clientes no cuentan con un aval o historial crediticio que demuestre ingresos fijos y estables, el cual funcione como forma de aseguramiento del pago, lo que justifica altas tasas de interés. De acuerdo con Lara Rubio (2010), dicho riesgo se clasifica a partir de los siguientes elementos:

- Riesgo de incumplimiento: corresponde a la probabilidad de insolvencia total o parcial, derivada del incumplimiento de la obligación del mutuario en el pago de la prestación establecida en el contrato.
- Riesgo de exposición: este tipo de riesgo corresponde al valor que le asigna a la deuda en el momento del incumplimiento, este depende del tiempo transcurrido hasta el vencimiento de la deuda.
- Riesgo de recuperación: es la probabilidad de que la institución financiera no recupere el capital otorgado al mutuario previamente establecido en el contrato, debido a una imposibilidad sobrevenida de la prestación.
- Constitución de garantías: en los contratos de crédito de las microfinancieras existe una mayor flexibilidad respecto a las garantías requeridas por los bancos, ya que, de acuerdo con el Banco de Pagos Internacionales (2010), la mayoría de las instituciones de microfinanzas exigen otro tipo de garantía distinta de la hipotecaria, lo que dificulta una rentabilidad adecuada y la autosostenibilidad del sistema, factores que sirven como fundamento a las altas tasas de interés.

Regulación de las tasas de interés en México

El decreto DOF 10-01-2014 reformó el artículo 26 de la Ley de Bancos, en dicho numeral se norma que le corresponderá al BM emitir disposiciones que regulen las tasas de interés activas y pasivas, así como comisiones de pagos adelantados y anticipados de operaciones que realicen las sociedades financieras de objeto limitado, las SOFOMES reguladas e instituciones de crédito, entendiéndose esta última a la luz de lo determinado por la Ley de Instituciones de Crédito, en el artículo 2, como instituciones de la BANMU e instituciones de la BANDE.

De lo expuesto, es dable plantearse la interrogante: ¿Qué pasa con la regulación de las tasas de interés de las SOFIPOS, SOCAPS y SOFOMES no reguladas? Las leyes aplicables a estas instituciones no determinan una regulación que limite o brinde un parámetro específico de las tasas de interés, tal como el resto de instituciones que, de acuerdo a lo normado en la ley del BM, se encuentran supeditadas a lo establecido por el mismo. Ahora bien, de acuerdo con los lineamientos de carácter general de la CONDUSEF en materia de transparencia aplicables a las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, sociedades financieras populares y sociedades financieras comunitarias (2015), en su artículo 30 inciso IV se deja en claro que las tasas de interés serán pactadas de manera libre, estando sujeto únicamente a lo dispuesto por el BM lo que corresponde al Costo Anual Total (CAT, abreviación de Costo Anual Total). Este corresponde al costo del financiamiento anual que incluye la tasa de interés, comisiones y otros gastos inherentes al crédito. Las instituciones financieras utilizarán la fórmula, metodología y componentes dispuestos por el Banco de México en la circular 21/2009. De conformidad con el artículo 15 de la Ley de Transparencia y Ordenamiento de los Servicios de Crédito, los contratos de adhesión en materia de crédito deberán contener el CAT para los casos en que les sea aplicable a la entidad financiera.

Por otro lado, respecto de las tasas de interés aplicables a las SOFOMES, la CONDUSEF a partir de las disposiciones generales en transparencia aplicables a las sociedades financieras de objeto múltiple, entidades no reguladas (2015), en su artículo 32 inciso IV, acerca de los costos y comisiones de las entidades financieras, establece que los puntos a contener (entre otros) serán la tasa de interés y el CAT de acuerdo a las

disposiciones emitidas por el BM, es decir, este artículo deja claro que aún las tasas de interés se deberán establecer de acuerdo con lo dispuesto por el BM.

Lo expuesto anteriormente plantea la duda sobre si una disposición emitida por un ente regulador como la CONDUSEF podría ser vinculante o tendría tal fuerza al grado de suplir el vacío que brinda el Decreto DOF 25-05-2010, en el cual se sustenta la reforma al artículo 25 de la Ley del Banco Central, misma que expresamente establece las instituciones cuyas tasas de interés quedarán reguladas por el BM y cuyo contenido no hace mención de las SOFOMES no reguladas. Por consiguiente, esto lleva a una situación donde existiría la posibilidad de que este tipo de instituciones determine que esta disposición contraviene lo establecido en la ley, al no existir reforma alguna que la incluya dentro de los numerales del artículo 25, teniendo en cuenta que una disposición administrativa no tiene la misma fuerza de obligatoriedad que una ley general.

Educación financiera: alternativa frente al sobreendeudamiento

La educación financiera se entiende como un proceso donde el consumidor obtiene información que le permite la confianza necesaria para adquirir mayor conciencia sobre las oportunidades y riesgos que trae consigo un producto financiero. Asimismo, Arias Barrera (2008) establece que la información financiera tiene como objetivo evitar que el usuario incurra en vicios del consentimiento a partir del periodo contractual, fomentando decisiones claras y reflexivas.

El adquirir un servicio financiero demanda el entendimiento de cada uno de los términos financieros establecidos en las cláusulas del contrato, ya que una percepción equivocada de la trascendencia jurídica del contenido podría desencadenar un error en el consentimiento del usuario, pudiendo estar sujeto incluso a aceptar cláusulas abusivas que ocasionen que en un futuro no tenga la capacidad económica para satisfacer dicha obligación. Por ello, la educación financiera no solo implica esfuerzos por parte del usuario, implica también la responsabilidad de las instituciones financieras y políticas públicas por parte del Estado enfocadas a este proceso.

Por lo relacionado, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) estableció una serie de estrategias y buenas prácticas de educación financiera en la Unión Europea en las que se acuerda que, para gozar de un sistema financiero más sólido, se deberán establecer políticas públicas enfocadas en la educación financiera como materia escolar obligatoria dentro del sistema de educación. En este sentido, Zamora et al (2016) realizaron un estudio con alumnos de los bachilleratos de la región de Xalapa, capital del estado de Veracruz, México, en el que se utilizó una encuesta de servicios financieros, encontrando que la mayoría de los participantes, a pesar de tener conocimientos básicos de operaciones aritméticas, presentan una falta de conocimiento en operaciones financieras, ignorando términos como el valor del dinero a través del tiempo y la inflación, lo que deja en evidencia que estos jóvenes no podrían tomar decisiones favorables en cuanto a ahorros y crédito.

Análisis y discusión

De acuerdo con Hernández, Castillo & Ornelas (2015), el microfinanciamiento juega un rol importante en lo que refiere a la inclusión de hogares urbanos y rurales al sistema financiero, sin embargo, no lo es todo, ya que esto se vuelve relativo en función del beneficio que este representa para la población pobre excluida, es decir, no se trata solamente de incluir a la población pobre al sistema financiero, sino que es necesario resolver asuntos de desigualdad. Es así que la inclusión financiera no significa mejores servicios para los sectores pobres, sino que para muchos implica un deterioro de su modo de vida cuando se dan casos en el mercado donde las tasas de interés son elevadas, resultando en un servicio que no siempre resulta barato.

De acuerdo con Marulanda consultores (2017), la principal amenaza del microfinanciamiento radica precisamente en el sobreendeudamiento, ya que se han encontrado casos de una excesiva concentración de deudas por varias instituciones financieras (casas de empeño, microfinancieras, bancos, etc.) a un solo deudor. Aunado a lo anterior, existe una gran preocupación por el hecho de que algunas casas comerciales brindan operaciones de crédito al margen de los bancos, siendo esta situación otra

de las causas del crecimiento del fenómeno del sobreendeudamiento, lo cual impide también que la competencia conduzca a un decremento de las tasas de interés.

En este sentido, Díaz González (2017) establece algunos ejemplos de altos costos de crédito, entre ellos podríamos mencionar a Provident México que ofrece préstamos personales de 2 mil a 10 mil con un CAT de 713.30%, Independencia con un CAT de 462.62% e incluso Banco Compartamos con un CAT de 213.80%. En este cálculo se incluye no solo la tasa de interés, sino también una serie de elementos como comisión de apertura, cuotas anuales, etc.

Además, a partir del estudio del comportamiento de las tasas de interés mediante el rendimiento por intereses (RI), donde se abarcan los intereses y comisiones de los créditos, se dio a conocer que en México, dentro del período 2006-2015, el RI mínimo se colocó dentro de un intervalo de 18.8% a 25.4% y los niveles máximos se colocaron en un intervalo de 119% a 167%, teniendo tasas significativamente elevadas en comparación con países como Bolivia cuyo RI constituía un 19%, Perú con un 22% y Colombia con un 28% (Aldasoro, 2017).

Lo expresado en líneas anteriores nos lleva a la reflexión sobre si se hace o no necesaria la intervención del derecho en el establecimiento de un marco regulatorio que impida el surgimiento de tasas de interés excesivas en este tipo de créditos que perjudiquen a los usuarios y que puedan considerarse dentro de los efectos de la usura, hecho que se encuentra consagrado en la Convención Americana de los Derechos Humanos en su Art. 21. En dicha convención se señala la responsabilidad de los Estados de prohibir a través de la ley los supuestos de usura, así como otras formas que lleven o sirvan para realizar una explotación del hombre por el hombre, siendo que el bien jurídico que esta figura debe proteger es el derecho a la propiedad, ante las contraprestaciones que disminuyen de manera considerable el patrimonio del consumidor de servicios de microfinanzas, ocasionando el sobreendeudamiento.

Por lo expuesto, resulta preciso destacar también que a partir de la reforma de junio del 2011 de la CPEUM se reconoce el principio *pro homine*, en el artículo 1ro, al señalar a la letra que: “Las normas relativas a los

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

De acuerdo con Carpizo (2012), a partir del reconocimiento de las normas y tratados internacionales, la CPEUM incorpora el principio de progresividad que establece la obligación del Estado de procurar garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, sin que ello implique la aplicación de normas o medidas regresivas, por lo que en el caso de lo que a esta actividad financiera respecta, el Estado deberá establecer normatividades jurídicas que eviten en todos los casos la proliferación de abusos que refiere el cobro de tasas de interés excesivas.

Por su parte, Ruiz (2015) reflexiona respecto a lo establecido en el artículo 1ro de la CPEUM, el cual brinda varios aspectos muy importantes del nuevo paradigma de derechos humanos, ya que amplía el objeto de protección, es decir, el alcance de derechos y oportunidades que benefician a las personas. Asimismo, las disposiciones normativas de derechos humanos deben ser interpretadas de manera armónica con la Constitución y los tratados internacionales, su interpretación debe guiarse siempre por el principio pro persona, lo que significa que en todo momento los individuos deben gozar de la más amplia protección de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, de acuerdo con Ruiz (2015), cobra sentido reconocer los derechos humanos contemplados en los diversos tratados internacionales, ya que, si bien el artículo 27 de la Constitución contempla y determina disposiciones respecto a los derechos de propiedad privada, el artículo 21 de la Convención de San José de Costa Rica es hasta cierto punto complementario a los derechos de propiedad privada, en cuanto a la protección acerca de la usura y cualquier forma de explotación de seres humanos. Por su parte, Esquivel & Martínez (2018) establecen la importancia del rol del Estado para contener los excesos en el ámbito de microfinanciamiento, pues en la actualidad las leyes no impiden que este tipo de instituciones maximicen sus ganancias de manera considerable, ya que sí existen maneras para evaluar las utilidades desproporcionadas de estas instituciones de microfinanciamiento.

Conclusiones

El movimiento moderno de microfinanzas está estrechamente asociado con el trabajo del Dr. Muhammad Yunus, el economista de Bangladesh cuyo éxito, a partir de las políticas de inclusión financiera del Grameen Bank en el año 1983, hizo que dichas políticas fuesen adoptadas por una serie de países, resultando el microfinanciamiento un medio que permite impulsar principalmente la capacidad empresarial de los sectores excluidos de la bancarización, siendo un vehículo para la autosustentabilidad y el emprendimiento, es decir, un medio para generar recursos en los sectores marginados.

El carácter masivo que aporta la innegable presencia de las microfinanzas en la actividad económico-social ha sido percibido por los gobiernos como una pieza clave dentro de las políticas de desarrollo del país y su regulación ha formado un rol fundamental, en cuanto este influye en dos percepciones importantes que se tiene de este sector: el aporte sustancial de esta actividad para los sectores más desfavorables y las prácticas percibidas como abusivas dentro de los contratos de crédito de estas instituciones.

Ahora bien, dentro del marco regulatorio de la actividad de microfinanzas se aprecia que las leyes que regulan estas instituciones se encuentran de manera dispersa, por lo que constituye un desafío el abordaje de esta actividad dentro de una perspectiva jurídica, ya que en ciertos casos la regulación de algunas instituciones suele ser distinta a la del resto, tal es el caso de las tasas de interés de las instituciones de microfinanciamiento.

Por ello, resulta necesario el perfeccionamiento de las normas jurídicas a partir de un proceso legislativo que tenga como objetivo brindar una serie de garantías a la sociedad, enfocadas en abarcar los supuestos que pueden presentarse en este tipo de operaciones financieras, sin dar paso a lagunas jurídicas o confusiones al momento de interpretar las normas. Por lo anterior, resulta fundamental que en este proceso se aborden elementos esenciales tales como la simplificación, ordenación e integración de la norma jurídica.

Por otro lado, a pesar de los gastos operacionales y riesgos que conlleva la colocación de los créditos sobre todo en zonas rurales, dejar abierta la posibilidad de pactar intereses de manera libre (considerando aquellas instituciones que no son regidas por las tasas de interés establecidas por el BM) podría conllevar al excesivo cobro de intereses, lo que resultaría en el aumento del fenómeno del sobreendeudamiento que desencadene consecuencias como una crisis financiera, tal como la ocurrida en Nicaragua en el 2008.

Por lo tanto, no solamente es fundamental la fijación de límites para evitar la usura dentro de los contratos de créditos, también el Estado deberá enfocarse en el establecimiento de políticas públicas para brindar educación financiera a la población económicamente activa en temas financieros y para otorgar una básica claridad financiera a potenciales usuarios a partir de la inserción de esta materia dentro del sistema educativo.

Referencias

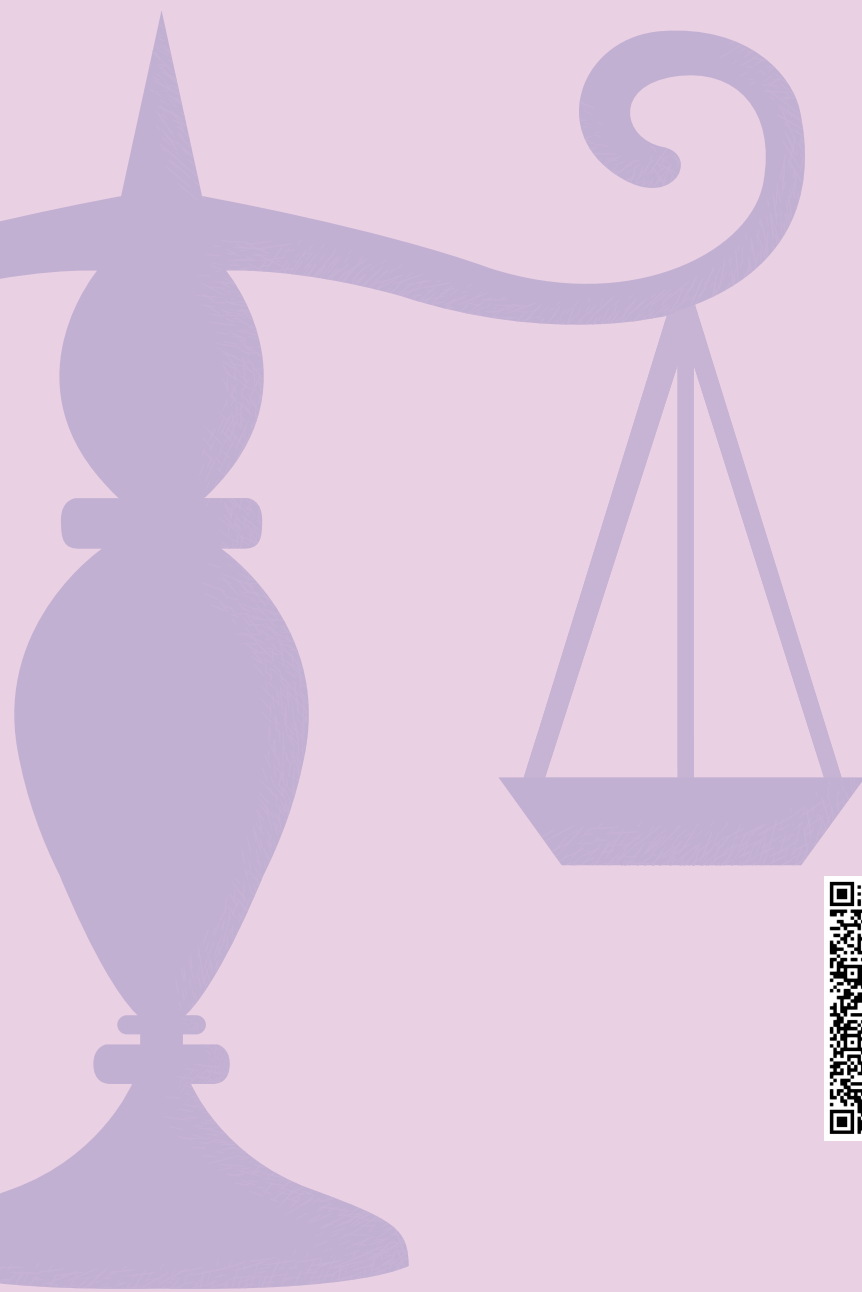
- Aldasoro, B. (2017). *Informe final estudio sobre las tasas de interés de microcrédito en México*. Recuperado de <https://1bestlinks.net/xbafU>
- Arias Barrera, L. (2008). Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero. Mercatoria. Volumen 7 (1). Recuperado de: <https://1bestlinks.net/zGZDX>
- Baena Paz, G. (2017). *Metodología de la investigación. Serie integral por competencias* (3ra ed.). Recuperado de <https://acortar.link/UojSA>
- Banco de Pagos Internacionales (2010). *Actividades de microfinanciación y los principios básicos* para una supervisión bancaria eficaz. Recuperado de: http://www.bis.org/publ/bcbs167_es.pdf
- Bateman, M. (2013). La era de las microfinanzas: Destruyendo las economías desde abajo. *Ola Financiera*, 6(15). <https://doi.org/10.22201/fe.18701442e.2013.15.40261>
- Carpizo, J. (2012). La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 12, 799-858. Recuperado en 12 de julio de 2020, de <https://acortar.link/qEGbrF>

- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (2017). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diputados. <https://acortar.link/oPUmqX>
- Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros [CONDUSEF]. (2015). *Disposiciones de carácter general en materia de transparencia aplicables a las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, sociedades financieras populares y sociedades financieras comunitarias*. Recuperado de <https://acortar.link/k3rGNe>
- Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros [CONDUSEF]. (2015). *Disposiciones de carácter general en materia de transparencia aplicables a las sociedades financieras de objeto múltiple, entidades no reguladas*. Recuperado de <https://acortar.link/tQH13c>
- Comisión Nacional Bancaria y de Valores [CNBV]. (2016). *Banca de Desarrollo*. Recuperado de <https://acortar.link/B8Pzby>
- Comisión Nacional Bancaria y de Valores [CNBV]. (2016). *Tipos de bancos del sector*. Recuperado de <https://www.gob.mx/cnbv/acciones-y-programas/tipos-de-bancos>
- Comisión Bancaria de Valores [CNBV]. (2015). *Sofomes*. Recuperado de <https://acortar.link/UqN4cL>
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (2010). *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, de la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado, y de la Ley del Banco de México*, DOF 25-05-2010. Publicado en el diario oficial de la federación el 25 de mayo de 2010. Recuperado de <https://acortar.link/BxbvCL>
- Consultative Group to Assist the Poor. (2004). *Principios claves de las microfinanzas*. Recuperado de <https://acortar.link/3NvA49>
- Credit Rating Agency (2018). *Microfinancieras en México análisis sectorial*. Recuperado de <https://acortar.link/dpiu4u>

- Dávalos, C. (2012). *Títulos y operaciones de crédito*, 4ta edición. México, D.F. Editorial Oxford University Press México.
- Díaz González, A. (5 de septiembre de 2017). El mercado de las microfinanzas en México y su papel en la inclusión financiera. *Rankia*. recuperado de <https://acortar.link/vjhI9m>
- Echeverri Salazar. (2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Opinión Jurídica*, 9(17),127-146. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=contrato+de+adhesion
- Fariña, J. M. (1999). *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*. Buenos Aires: Astrea.
- García, M. (2013). No es oro todo lo que reluce en las Microfinanzas: La necesidad de una regulación internacional. *Derecho & Sociedad*, 41, 67–101. Recuperado de [revistas.pucp.edu.pe › index.php › article › download](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/article/download)
- Juárez, M., Cruz, J. & Ramírez, S. (2018). *La usura en títulos de crédito en México, su combate a través de normas jurídicas y protección de derechos humanos*. 13. Recuperado: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2018.13.12265>
- Lara Rubio, J (2010). *La gestión del riesgo de crédito en las instituciones de microfinanzas* (Tesis inédita de doctorado). Universidad de Granada, España. Recuperado de <https://hera.ugr.es/tesisugr/18892656.pdf>
- Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo. Diario Oficial de la Federación, México, 13 de agosto del 2009.
- Ley de Ahorro y Crédito Popular. Diario Oficial de la Federación, México, 4 de junio del 2001.
- Ley del Banco de México. Diario Oficial de la Federación, México, 23 de diciembre de 1993.
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Diario Oficial de la Federación, México, 14 de enero de 1985.
- Ley de Instituciones de Crédito. Diario Oficial de la Federación, México, 18 de julio de 1985.

- Hernández, C., Catillo, I., & Ornelas, J. (2015). El papel del Estado en el microfinanciamiento. *Nóesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 24(48), 144–171. Recuperado de <https://1bestlinks.net/RPXeu>
- Marulanda consultores & DAI México (2011). *Estudio microfinanzas en México*. Recuperado de <https://1bestlinks.net/jKCaP>
- Minzer, R. (2011). *Las instituciones microfinancieras en América Latina: Factores que explican su desempeño*. Recuperado de <https://1bestlinks.net/EeCLI>
- Ruiz, E. (2015). La usura mercantil a partir del nuevo paradigma de los derechos humanos. *Multidisciplina*, 22, 6-39. Recuperado de <https://1bestlinks.net/oXqol>
- Sandoval, T. (2019). Contratos de mutuo y su evolución en el mercado financiero. *Red Jurídica*. Tomo 2, 53-70.
- Sanromán, R., & Cruz, A. (2010). *Derecho corporativo y de la empresa. 1e*. Recuperado de <http://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=3136954>
- Vargas, S. (2012). *Microahorro*. ¿Instrumento para suavizar el consumo de los más pobres? Evidencia para México. Recuperado de <https://1bestlinks.net/DlcbW>
- Villabella, M. (2015). Los métodos de la investigación jurídica. Algunas precisiones. En W. A. Godínez y J. H. García (Eds.), *Metodologías: Enseñanza e investigación jurídicas* (pp. 921-953). Recuperado de <https://1bestlinks.net/mylXe>
- Zamora, T., Córdova, A., Moreno, E., García, A. (2016). *El nivel de educación financiera de los jóvenes de bachillerato y su influencia en la percepción que tienen de las instituciones financieras. Un Estudio empírico en Xalapa, Veracruz*. Recuperado de: <https://1bestlinks.net/bczqf>
- Zárate, M. (2010). *Las microfinanzas en México, un acercamiento*. Recuperado de <https://1bestlinks.net/ZenGz>

Capítulo 8



El uso de las Tecnologías en las relaciones laborales frente al Derecho a la Intimidad en el marco jurídico de la Sentencia T-574 de 2017 de la Corte Constitucional colombiana

Sophía Montes Ortega¹, Jorge Neil Morales Tuesca²

Resumen

Las redes sociales constituyen una de las principales herramientas que han brindado las tecnologías de la información y de las comunicaciones mediante las cuales se facilita la comunicación entre las personas, ya sea de forma individual o mediante grupos. Una de las redes sociales más usadas es el whatsapp y frente a esta se tiene una expectativa de privacidad. En el marco de la Sentencia T 574 de 2017 se presenta un conflicto frente a un audio que fue divulgado en un grupo de trabajadores que sirvió de base para sancionar disciplinariamente al titular del audio quien alego violación de su derecho a la intimidad. En virtud de lo anterior, en este trabajo tuvo por objetivo analizar el uso de las tecnologías en las relaciones laborales frente al derecho a la intimidad en el marco jurídico de la Sentencia T-574 de 2017 de la Corte Constitucional colombiana. Metodológicamente se acudió a una revisión teórica y se hizo uso del enfoque cualitativo y del método descriptivo. Como resultado se estableció que no existe violación en el caso bajo estudio del derecho a la intimidad, porque el titular del audio no tenía la forma de controlar que no fuese conocido por el empleador, toda vez, que en el grupo de whatsapp existían representantes de este.

1 Abogada, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, Especialista en Gerencia de Marketing. CORREO: sophia.montes21@gmail.com ORCID: 0000-0002-3151-7614

2 Abogado, Especialista en Gerencia en Servicios de Salud, Gerencia de la Calidad y Auditoría en Salud, Derecho Administrativo, Derecho Laboral y Seguridad Social. Magíster en Auditoría y Sistemas de calidad en Servicios de Salud de la Universidad Simón Bolívar. Correo: jorge.moralest@cecar.edu.co ORCID: 0000-0002-3856-9628

Palabras clave: derecho a la intimidad, redes sociales, relación laboral.

The use of Technologies in labor relations vis-à-vis the Right to Privacy in the legal framework of the Colombian Constitutional Court's Ruling T-574 of 2017.

Abstract

Social networks are one of the main tools provided by information and communication technologies that facilitate communication between people, either individually or through groups. One of the most used social networks is the whatsapp and in front of this there is an expectation of privacy. In the framework of Ruling T 574 of 2017, a conflict arises over an audio that was disclosed to a group of workers that served as a basis for disciplinary sanctions against the owner of the audio who allegedly violated his right to privacy. By virtue of the foregoing, the purpose of this paper is to analyze the use of Social Networks in labor relations versus the right to privacy within the legal framework of Judgment T-574 of 17 of the colombian Constitutional Court. Methodologically, a theoretical review was carried out and use was made of the qualitative approach and the descriptive method. As a result, it was established that there is no violation in the case under study of the right to privacy, because the owner of the audio had no way to control that it was not known by the employer, since in the group of whatsapp there were representatives of the employer.

Keywords: right to privacy, social networks, employment relationship.

Introducción

Las tecnologías de la información y de la comunicación (TICS) impactaron la vida de todas las personas, en todos sus espacios incluyendo el laboral. Hoy por hoy:

En muchas empresas resulta imprescindible contar con aparatos tecnológicos para el desempeño de las actividades propias de la misma, como son computadoras, teléfonos celulares, memorias o USB, cámaras, portátiles, entre otros elementos que de una u otra forma facilitan las actividades a los trabajadores (Marín, 2016, p.1).

La inclusión de los dispositivos electrónicos a las empresas es un tema relativamente nuevo en Colombia, pero en otros países la aparición y utilización de estos elementos data de mucho más tiempo atrás. Cabe mencionar que su utilidad es práctica y genera grandes beneficios en la optimización de los procesos que desarrollan las empresas y también han aportado al mejoramiento de las comunicaciones entre empleador y trabajador y han permitido la creación de otras formas de trabajos como es el teletrabajo. Pero el uso de estas herramientas tecnológicas y su ilimitado uso en ocasiones se ven confrontados con algunos derechos fundamentales de las personas, en especial el derecho a la intimidad por la falta de regulación y control que existe en el internet, la cual se limita por la magnitud espacial del mismo.

Cabe mencionar que legalmente no ha sido posible en países como Colombia tener un control claro y eficaz del internet, lo que dificulta la protección de derechos como el mencionado. En el ámbito laboral pareciese que este derecho no puede afectarse porque la relación no alcanza a tener la misma connotación que las relaciones familiares o personales, pero en realidad es que en las relaciones laborales si hay lugar a proteger este derecho, y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha expuesto en qué nivel puede hacerse tal cosa.

Con base en la protección que se tiene del derecho a la intimidad en las relaciones laborales, es que en este trabajo se establece como objetivo general analizar el uso de las tecnologías en las relaciones laborales frente al derecho a la intimidad en el marco jurídico de la Sentencia T-574

de 2017 de la Corte Constitucional colombiana. Para el desarrollo de este objetivo, se han propuesto tres objetivos específicos. El primero de ellos tiene por finalidad realizar una aproximación conceptual: Tecnologías de la Información y de la Comunicación – TICS, Relación Laboral y derecho al trabajo y derecho a la intimidad. En segundo lugar se busca identificar antecedentes históricos y el marco normativo del uso de las tecnologías en la relación laboral frente al derecho a la intimidad y en el tercero de ellos tiene por finalidad contextualizar la Sentencia T-574/17 de la Corte Constitucional Colombiana respecto al derecho a la intimidad en las relaciones laborales.

Planteamiento del Problema

El derecho a la intimidad ha sido consagrado en Colombia como un derecho de rango constitucional, en la categoría de derecho fundamental que asegura que las personas y sus familias tengan un espacio privado, en el que no se admitan injerencias de personas externas que pueda divulgar sin su permiso datos privados de estos. En los términos expuestos este derecho tiene una protección especial, pero en el ámbito social que se puede enmarcar en las relaciones laborales que se establecen entre empleador y trabajador o entre compañeros, esta protección se ve limitada y se debe analizar cada caso en concreto.

En la Sentencia T 574 de 2017 se evidencia que un empleado fue sancionado disciplinariamente con base en el reglamento interno de la empresa con base en unos audios en los que incitaba a otros trabajadores a dejar de realizar sus funciones. El audio fue enviado mediante un grupo de whatsapp, asumiendo el accionante que existe una expectativa de privacidad y que no se autorizó por el la divulgación de dicho mensaje de audio, ni mucho menos el empleador contaba con autorización judicial para hacerlo tomado y sancionarlo en virtud de este.

Esto deja evidenciado que el tema de la tecnología es un tema pendiente por resolver, por las dificultades que ha tenido el derecho para regularlo por la amplitud del mismo, por lo que las afectaciones a derecho como al intimidad se pueden presentar, pero se cuentan con mecanismos para protegerlas en el ámbito laboral, haciendo uso de la acción de tutela.

Por lo anterior, partiendo del estudio del caso de la sentencia indicada es que se busca revisar como la Corte Constitucional aborda lo relacionado con el derecho a la intimidad y el alcance que le brinda a la misma en el ámbito laboral. Esto nos conlleva a preguntarnos sobre ¿Cuál es la regulación el uso de las Tecnologías de la información (TICS) frente a la relación laboral y el derecho a la intimidad. Estudio de caso: Sentencia T-574/17 de la Corte Constitucional Colombiana.

El interés de desarrollar este tema obedece a que en las empresas colombianas el acceso a herramientas tecnológicas se ha convertido en una necesidad por los beneficios que estas reportan en la optimización de los procesos y actividades que se desarrollan dentro de las empresas, y en dicha utilización puede existir la posibilidad de que se afecte la intimidad de los trabajadores y hasta del mismo empleador. Al mismo tiempo, es un tema de actualidad precisamente porque esta hace parte de nuestra vida diaria, y ha impactado todos espacios en que las personas se desenvuelven. Es muy común observar que la mayoría de las personas tienen acceso a redes sociales, a través de las cuales comparten todo tipo de información., la cual es fácil de obtener y replicar. Pero hay otras redes sociales como whatsapp que son un poco más “privadas”, pero que al crear grupos de personas que pueden integrar hasta 265 personas con las que se comparte información, esa intimidad se puede ver limitada. Al mismo tiempo, es un tema de interés porque el derecho ha estado aislado de la regulación del uso de la tecnología y en especial de las redes sociales, por lo que no existen controles claros para contrarrestar la vulneración de derechos como la intimidad.

Metodología

En presente trabajo corresponde a un artículo de reflexión bibliográfica en el que se tiene como tema central el derecho a la intimidad en las relaciones laborales. Para el desarrollo del mismo se acudió al enfoque cualitativo por ser un tema que hace parte de la vida diaria de las personas y se hizo uso del método descriptivo. Para poder dar cumplimiento al objetivo general, la metodología se dividió en tres fases:

Primera fase: Esta fase abarca los objetivos específico primero y segundo, para lo cual se realizó un rastreo de información por varias bases de datos como google Scholar, Vlex, Scielo, en las que se identificaron artículos que hacen mención al tema y a normatividad como la Constitución Política de 1991, Declaración Americana de Derechos Humanos y el Código Sustantivo del Trabajo.

Segunda fase: En esta fase se tiene por finalidad el desarrollo del objetivo específico tercero, para lo cual se realizó una revisión de la Sentencia T 574 de 2017, en la que se hace mención al tema y enmarca una realidad frente al conflicto que se suscita frente al derecho a la intimidad y el uso de las redes sociales.

Tercera fase: En esta fase a través de la comparación de la información que se recopile en las fases 1 y 2 se podrá dar respuesta al objetivo general y llegar a unas conclusiones.

Aproximación Conceptual: Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones

Las tecnologías de la información y de las comunicaciones, de ahora en adelante TICS tienen su origen en los avances científicos en el ámbito de la informática y el desarrollo de las telecomunicaciones. Estas tecnologías son amplias, pero “se pueden evidenciar en muchos servicios y elementos que utilizan las personas a diario” (Belloch, 2010, p.1). La Corte Constitucional en su jurisprudencia las ha definido en los siguientes términos:

Las TIC han sido definidas como el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes (Corte Constitucional, 2010).

Con base en lo anterior, se tiene que una de las principales herramientas que se tienen de estas tecnologías es el internet y de este se han creado un sin números de aplicaciones y aparecen las denominadas redes sociales, las cuales también tienen un catálogo amplio y como ejemplos de ellas esta Whatsapp, Facebook, twitter, Instagram, etc. Las mencionadas son las

más utilizadas en la actualidad. Hacer mención a las TICS es hacer énfasis en una necesidad latente de la actualidad, porque se está en la era de la conexión y conectividad, en el entendido de que las personas acuden a cualquier tipo de herramienta tecnológica para facilitar las actividades del hogar, del trabajo y la comunicación. Al mismo tiempo se evidencia otros medios como la informática, la macro eléctrica y las telecomunicaciones.

Pero estas tecnologías han abarcado los mayores espacios de las personas, y en el ámbito laboral “las empresas en sus diferentes modalidades optan por adquirir elementos electrónicos para optimizar procesos y para controlar más a sus empleados” (Ávila, 2012, p.229). En esencia las TICS vinieron para quedarse en la vida de las personas, pero ellas deben utilizarse de forma adecuada para evitar afectar derechos de terceros, precisamente porque “no hay control alguna sobre el manejo de las mismas. Sin embargo, no se puede obviar que esa falta de control se ha convertido en una preocupación alarmante” (Cobos, 2017, p.60).

Derecho al Trabajo y Relación Laboral

El derecho al trabajo en los términos expuesto por la Organización Internacional del Trabajo–OIT citada por Diazgranados, Perafan, Vacelilla, Montenegro & Almanza (2018) este “puede ser comprendido como “Conjunto de actividades humanas remuneradas o no que producen bienes y servicios en una economía o que satisfacen necesidades de una comunidad o promueven los medios de sustentos necesarios para los individuos” (p.29). En los términos que lo define la OIT el trabajo se observa como una actividad humana y libre que puede ser realizada por cualquier persona, ya sea a cambio de una contraprestación o no, pero que tiene una finalidad en específico que es la de crear bienes y servicios.

Además de ser el trabajo contemplado como una actividad humana en los términos que este ha sido contemplado en el artículo 25 constitucional “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) se visiona a demás como un principio y una obligación en cabeza del Estado quien deberá promover las condiciones para que las personas puedan acceder al mismo. Para que el trabajo como derecho pueda ser protegido debe la persona desarrollar una actividad

lícita, es decir, conforme a derecho (Molina, 2006, p.180). Cabe anotar que un elemento esencial de este derecho es la libertad, porque cada persona decide que trabajo desea realizar.

Cuando esta actividad , es decir, el trabajo se presta a otra persona natural o jurídica, se crea o se configura lo que se denomina relación laboral, a través de la formalización de un contrato de trabajo, lo que se traduce en lo prescrito en el Código Sustantivo del Trabajo “Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” (Congreso de la República, 1951, Ar. 22). Lo citado se reconfirma con los elementos que se deben observar en un contrato de trabajo en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, en el marco de la relación laboral se deben respetar los derechos de los trabajadores.

Derecho a la Intimidad

El derecho a la intimidad encuentra su sustento en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, en el marco del cual se protege la intimidad personal y familiar de las personas, de cualquier injerencia de terceros, que se realice sin su consentimiento. Pero además se establece que este derecho no es absoluto, sino que por el contrario admite límites en virtud de un mandato judicial por autoridad competente. Este derecho además encuentra su respaldo jurídico en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 17.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este ha sido comprendido por la Corte Constitucional como:

El área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden directa de autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la Ley (Corte Constitucional, 2014).

Este apartado de sentencia hace claridad del contenido de este derecho, de las reglas que esta impone y de las facultades conferidas a su titular. Y de las limitaciones que existen en el ejercicio de la intimidad como derecho constitucional y fundamental. Aunado a lo anterior, este derecho le permite a las personas tener un espacio privado que solo sea de su competencia, frente al cual queda proscrita toda injerencia externa (Corte Constitucional, 2010).

Antecedentes históricos y el marco normativo del uso de las tecnologías en la relación laboral frente al derecho a la intimidad

Las TICS han tenido una evolución a nivel mundial, pero en Colombia el acceso a las mismas es relativamente nuevo, porque en el país el desarrollo no ha avanzado a pasos agigantados como en otros países. Pero en este apartado respecto al ámbito laboral me permitiré explicar solo lo relacionado con el teletrabajo que es una de las figuras que se deviene de la puesta en marcha en el derecho laboral del uso de las TICS y el cual es entendido por Jaramillo (2014) como:

El Teletrabajo es una figura laboral mucho más flexible y menos rígida ya que la prestación del servicio no es in situ, es decir, es un trabajo, descentralizado o a distancia, manteniéndose el elemento de subordinación como núcleo de la relación laboral. De ahí, el teletrabajo se caracteriza por la prestación del servicio sin requerirse la presencia del trabajador en un sitio específico y por la prestación del servicio mediante las TIC (p. 2).

Esta nueva figura que brinda grandes beneficios al mundo laboral, da muestra de una nueva forma de modalidad de trabajo con uso de las TICS, lo cual permite que se cuenten con empleados por fuera de las instalaciones de las empresas, que cumple con sus funciones conectado a una red en específico. En los últimos años esta modalidad laboral ha ido en aumento por los beneficios que presenta, para poblaciones como los discapacitados, para el medio ambiente, para la salud de los empleados y la unidad familiar. Esta nueva figura fue regulada mediante la Ley 221 de 2008 en la cual:

Se establecen las pautas para promover el teletrabajo en Colombia. En ella en primer lugar se indica las modalidades de teletrabajadores (Autónomos, móviles y suplementarios). Los

primeros tienen lugar fijo de trabajo, los segundos no los tienen y los últimos van a la empresa en días específicos (Congreso de la República, 2008, Art. 2).

Esta norma es reglamentada por el Decreto 0884 de 2012 y en ambas se establecen las bases para que las entidades públicas y privadas implementen el Teletrabajo con la debida seguridad jurídica que otorga la ley; y aunado a ello se indican los requisitos para la implementación de esta nueva. En fin, solo desde el año de 2008 en el país se cuenta con una norma que regule directamente el trabajo con uso de las TICS.

Sentencia T-574/17 de la Corte Constitucional colombiana respecto al derecho a la intimidad en las relaciones laborales

En la Sentencia T 574 de 2017 se busca resolver si se vulnero el derecho a la intimidad y al debido proceso del accionante, quien fue sancionado por el empleador con base en el reglamento interno por haber incitado a otros trabajadores a incumplir con sus obligaciones laborales. En el marco de ello:

El accionante argumenta que la obtención del audio se dio por parte del empleador de forma ilegal porque este no había autorizado su divulgación o porque no se contaba con una autorización de autoridad competente que permitiera tal situación y que el grupo de whatsapp en el que fue emitido era privado (Corte Constitucional, 2017).

Como respuesta a lo anterior, la entidad accionada manifiesta que “en el caso en concreto no había necesidad de solicitar autorización porque el grupo de whatsapp era público y él había divulgado esa información en un grupo de un total de 15 personas” (Corte Constitucional, 2017). Para dar respuesta al problema jurídico expuesto la Corte realiza un análisis de la intimidad en el campo laboral y consagra lo siguiente:

El derecho a la intimidad en el ámbito de las relaciones laborales, aseguró que si bien en alguna medida tales relaciones pueden encontrarse comprendidas por el objeto de protección de dicho derecho, ello no implica que dicha protección sea equivalente a la que se ofrece en la residencia dado que en la esfera laboral las relaciones se proyectan más allá del individuo.

En adición a ello, indicó que en los vínculos “entre empleador y empleado, o entre compañeros de trabajo, debe distinguirse entre las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad por ocurrir en espacios que interesan exclusivamente al titular del derecho, con aquellas donde las actividades interesan a la relación laboral o empresarial (Corte Constitucional, 2014).

Como se observa la protección de la intimidad en el ámbito laboral presenta restricciones, porque las relaciones laborales no son privadas de un todo y los empleadores utilizan todo tipo de herramientas tecnológicas para supervisar el trabajo de sus empleados. Cabe mencionar que la corporación hace referencia a unos niveles de protección de la intimidad. En el caso expuesto en la sentencia el nivel de protección es muy limitado porque el accionante no tenía la capacidad de controlar que no se diera a conocer el audio, toda vez, que en el grupo existían representantes del empleador (empleados de confianza y manejo) que pudieron comunicarle a su representado.

En la misma forma, no se le vulneró el derecho al debido proceso porque se le dio la posibilidad de presentar descargos tanto en primera como segunda instancia, pero esta persona asumió que estaba enferma y no asistió a la diligencia programada. Es claro entonces que la intromisión del empleador no fue ilegítima y por tanto no se admite por la Corte la existencia de situaciones que configuren la violación del derecho a la intimidad en el caso en concreto estudiado en la sentencia.

Conclusiones

Sobre el tema se pudo determinar que las TICS han impactado la vida del ser humano de forma positiva siempre y cuando se le dé un uso adecuado, porque no se puede obviar que estas también han sido utilizadas para cometer ilícitos y vulnerar derechos de las personas que interactúan en las mismas, en especial en el uso de plataformas electrónicas y redes sociales. Esa vulneración de derechos no se escapa del ámbito laboral. En la misma forma se logra concluir que el trabajo se ha consolidado como un derecho fundamental, pero además se visiona como un principio fundante del Estado Social de Derecho y una obligación en cabeza del Estado. Y como

desarrollo de este derecho es que se configuran las relaciones laborales a través de las cuales las personas prestan sus servicios, a través de una contraprestación y bajo subordinación.

En lo que respecta a la intimidad se concluye que es un derecho fundamental de rango constitucional que encara la posibilidad de que las personas y sus familias puedan tener una vida privada, que solo ellos tengan el control y la decisión de dar a conocer su información privada. En lo que atañe a los antecedentes de las TICS se concluye que en Colombia son relativamente nuevas, pero que se han incluido en los temas laborales y han dado el nacimiento de figuras en el derecho laboral como el teletrabajo, la cual beneficia grandemente a poblaciones como los discapacitados.

En lo que respecta a la Sentencia T 574 de 2017 se concluye que en esta no se presenta vulneración del derecho a la intimidad en la relación laboral entre el accionante y Nutresa por cuanto este emite una información en un grupo donde habían representantes del empleador y por tanto el audio emitido salió de su control.

Referencias

- Ávila, W. (2012). Hacia una reflexión histórica de las TIC. Hallazgos, vol. 10, núm. 19. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/4138/413835217013.pdf>
- Ayala & Gonzales. (2015). Tecnologías de la Información y la Comunicación. Recuperado de: <http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/1189/Libro%20TIC%20%282%29-1-76%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Belloch, C. (2016). LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (T.I.C.). Recuperado de: <https://www.uv.es/~belloc/chc/pdf/pwtic1.pdf>
- Cobos, A. (2017). El derecho a la intimidad de los trabajadores y acceso del patrón a los correos electrónicos empresariales y privados. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/316564908_El_derecho_a_la_intimidad_de_los_trabajadores_y_acceso_del_patron_a_los_correos_electronicos_empresariales_y_privados
- Diazgranados, Perafan, Vacelilla, Montenegro & Almanza. (2018). Derecho Laboral en Colombia. Primera Edición. Recuperado de: <https://pu->

blicasiones.ucatolica.edu.co/pdf/derecho-laboral-en-colombia-cato.pdf

- Jaramillo, H. (2014). EL TELETRABAJO: LOS BENEFICIOS DE UNA FORMA DE ORGANIZACIÓN LABORAL MODERNA. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11993/EL%20TELETRABAJO.pdf;jsessionid=E31EB-C8843AD317423B16C1E81B44C0E?sequence=1>
- Marín, S. (2016). El Derecho a la Intimidad en el Ámbito Laboral. Recuperado de: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE002027.pdf
- Molina, A. (2006). Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos. Estud. Socio-Jurid., Bogotá (Colombia), 9(Número especial). Recuperado de: <http://www.sciebo.org.co/pdf/esju/v9nspe/v9sla8.pdf>
- Corte Constitucional. (14 de junio de 2010). Sentencia C 570 de 2010. [Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Recuperado de: <https://2019-vlex-com.ezproxy.cecar.edu.co:2443/#search/jurisdiction:CO/c+570+de+2010/WW/vid/645116785>
- Código Sustantivo del Trabajo. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html
- Congreso de la República. (16 de julio de 2008). Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones. [Ley 221 de 2008]. D.O.N. 47.052. Recuperado de: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703_documento.pdf
- Corte Constitucional. (18 de agosto de 2010). Sentencia C 640 de 2010. [Mp. Mauricio Gonzales Cuervo]. Recuperado de: <https://2019-vlex-com.ezproxy.cecar.edu.co:2443/#search/jurisdiction:CO/SEN-TENCIA+++C+640+DE+2010/WW/vid/225946866>
- Corte Constitucional. (14 de septiembre de 2017). Sentencia T 574 de 2017. ~ [Mp. Alejandro Ináñez Cantillo]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-574-17.htm>
- Organización de las Naciones Unidas (2022) Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de: <https://2019-vlex-com.ezproxy.cecar.edu.co:2443/#search/jurisdiction:CO/Declaraci%C3%B3n+Universal+de+Derechos+Humanos/WW/vid/631757465>

El uso de las Tecnologías en las relaciones laborales frente al Derecho a la Intimidad en el marco jurídico de la Sentencia T-574 de 2017 de la Corte Constitucional colombiana

Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>



Edición digital
La Ciencia del Derecho: aportes de la investigación jurídica en posgrados Colombia y
México.
Mayo, 2022
Sincelejo, Sucre, Colombia

FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Es un espacio para la divulgación de conocimiento resultado de investigación de estudios socio jurídicos, como los retos del derecho para el desarrollo sostenible, la construcción de la paz territorial y modelo de desarrollo, el impacto en los derechos de tercera generación y la construcción sostenible desde de la gobernanza, partiendo del alcance jurídico de la responsabilidad social empresarial y ambiental en cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Asimismo, incluye la mirada a la administración de la justicia frente a la correlación en los Derechos Humanos como derechos fundamentales y la visión del Derecho Internacional y derecho comparado.