



Consulta nuestra revista en línea:
<http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/>
<https://doi.org/>



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

AÑO 12, NÚMERO 20
ENERO - JUNIO 2024



UNAM
POSGRADO
Derecho



DIRECTORIO

Leonardo Lomelí Vanegas

RECTOR

Patricia Dávila Aranda

SECRETARIA GENERAL

Cecilia Silva Gutiérrez

COORDINADORA GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Marisol Anglés Hernández

COORDINADORA DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Sonia Venegas Álvarez

FACULTAD DE DERECHO

Nora del Consuelo Goris Mayans

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Mónica González Contró

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Diseño de portada: Claudio Argenis Bautista Alvarado

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, Año 11, No. 20, enero - junio 2024, es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, <https://revistaderecho.posgrado.unam.mx/revista>, correo: revista.rpd@posgrado.unam.mx. Responsable de la última actualización de este número, Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Dr. Rodrigo Brito Melgarejo / Dr. José Antonio Álvarez León, Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Col. Copilco, Del. Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

José Antonio Álvarez León / Rodrigo Brito Melgarejo

DIRECTORES

Axel Joseph Guerrero Benitez

EDITOR

Martín César Hidalgo Bravo

EDITOR RESPONSABLE EN INGENIERIA WEB

Claudio Argenis Bautista Alvarado

ENLACE Y GESTIÓN EDITORIAL

CONSEJO EDITORIAL

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jorge Fernández Ruiz.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Enrique Cáceres Nieto.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

José María Serna de la Garza.

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES DE ACATLÁN

Gonzalo Levi Obregón Salinas.

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES DE ARAGÓN

Eliás Polanco Braga.

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Octavio Rivero Ortega.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Oswaldo Alfredo Gozaini.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Adelina Loianno.

UNIVERSIDAD AUSTRAL

Susy J Bello Knoll.

COLEGIO DE PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

Fabián Mondragón Pedrero.

ESPAÑA

Enrique Ortega Burgos

COLEGIO NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO.

Maestro Guillermo Escamilla Narváez.

Senador: Ricardo Monreal Ávila

Magistrado Froylán Muñoz Alvarado

Magistrado Fernando Ortiz Cruz

Dr. Carlos Romero Aranda

Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez

Dr. Margarita Palacios Sierra

Dr. Julián Guitrón Fuentesvilla

Dr. María Guadalupe Fernández Ruiz

CONSEJO ASESOR

Marisol Anglés Hernández

Sonia Venegas Álvarez

Nora del Consuelo Goris Mayans

Fernando Macedo Chagolla

Mónica González Contró

Javier Diez García

Eduardo Alfonso Rosales Herrera

Elías Polanco Braga

Pedro Miguel Ángel Garita Alonso

María Elisa Franco Martín del Campo

Griselda Anguiano Espinosa

Francisco Javier Martínez Castañeda



ÍNDICE

EDITORIAL ······ 13

Rodrigo Brito Melgarejo / José Antonio Álvarez León

ARTÍCULOS

LA REGULACIÓN DE LAS MARCAS NO TRADICIONALES
EN EL T-MEC Y EN LA NUEVA LEY FEDERAL MEXICANA
DE PROPIEDAD INTELECTUAL ······ 17

César Joel Ramírez Montes

REFLEXIONES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA
AL DERECHO Y EL DERECHO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL:
¿VAMOS HACIA EL MUNDO DE BLACK MIRROR? ······ 75

Enrique Cáceres Nieto

LAS MEDIDAS DE EQUILIBRIO DE LOS DERECHOS
DE PROPIEDAD INTELECTUAL PERMITIDAS POR EL T-MEC ······ 119

Hernán Núñez Rocha

¡EL ESTADO SOY YO!: ALGUNA ASEVERACIONES
SOBRE LA AUTOCRACIA ······ 153

Salvador Alan Fernández de la Lara García

RESEÑA

RESEÑA DE LA PELÍCULA DE PAULINA (LA PATOTA)
OBRA CINEMATOGRAFICA DE SANTIAGO MITRE ······ 195

Verónica Colina Hernández

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL DR. RODRIGO BRITO MELGAREJO ······ 201

Axel Joseph Guerrero Benitez; Juan Alberto Flores Flores

ENTREVISTA AL DR. JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ LEÓN ······ 209

Axel Joseph Guerrero Benitez; Juan Alberto Flores Flores

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES ······ 217

EDITORIAL

El número 20 de la Revista del Posgrado en Derecho de la *Universidad Nacional Autónoma de México*, abre una nueva época editorial. Los contenidos aquí presentados guardan la línea que ha caracterizado las dos anteriores épocas, es decir, presentar trabajo jurídicos con corte multidisciplinario, con temas de actualidad y de reflexión científica, pero se aderezará con comentarios editoriales que refieran a temas de cine, cultura y política jurídica. También se seguirán incorporando entrevistas de interés para la comunidad universitaria y para los lectores así como, temas relevantes que resalten en trabajo que cada una de las entidades participantes del Posgrado que las hace particulares y relevantes.

En este número se publica un artículo relacionado con México y el contexto mundial que es indispensable para entender temas de actualidad como los tratados internacionales en materia comercial y la propiedad intelectual, junto a la vinculación con la legislación de nuestro país. El texto lleva por nombre “La regulación de las marcas no tradicionales en el T-MEC y en la nueva ley federal mexicana de propiedad intelectual” y fue escrito por César Joel Ramírez Montes, quien analiza comparativamente las legislaciones tanto de los Estados Unidos como de la Unión Europea en su relación con la legislación mexicana en materia de propiedad intelectual y respecto de marcas no tradicionales como son las olfativas, las sonoras, las táctiles y las gustativas. Si bien es cierto, la legislación emitida a partir de 2018 es más flexible en torno a dichos tipos de marcas, también es verdad que falta un largo camino por recorrer para darle más certeza y seguridad a ese tipo de producción del intelecto humano.

En ese sentido, Estados Unidos y la Unión Europea dan muestra de los esfuerzos por tratar de proteger las marcas no tradicionales, incluso a partir de resoluciones judiciales, situación que también se ha ampliado a través de las normas internacionales como el mismo

T-MEC. Por tanto, esta protección no sólo debe existir a partir de normas internacionales sino debe complementarse con la legislación interna.

Un tercer artículo corre a cargo del Dr. Enrique Cáceres Nieto. El trabajo busca proporcionar una panorámica general de la Inteligencia Artificial, y de su relación con el derecho; en este sentido explica y propone porque la Teoría General de Derecho debe de incorporar en sus contenidos aquellas temáticas donde ya se aprecia la relación necesaria norma jurídica con Inteligencia Artificial, cómo debe de abordarse desde su enseñanza hasta su concepción práctica en la ciencia jurídica. Cáceres, también aborda los riesgos que presentan y puede presentarse el relación a este binomio, particularmente cuando se habla de temas como la democracia, la paz y libertad.

También se incluye en este número, el artículo “Las medidas de equilibrio de los derecho de propiedad intelectual permitidas por el T-MEC” de Hernán Núñez Rocha, en el que se hace una reflexión del contenido del tratado de libre comercio más importante para nuestro país y de la regulación proveniente de la Organización de Mundial del Comercio con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

El trabajo se enfoca en las flexibilidades que el llamado T-MEC permitiría en materia de propiedad intelectual como ámbito de acción que podría ser aprovechado por México a través de su regulación legislativa sin que implique violaciones a las obligaciones internacionales. Dicha flexibilidad se aborda en este texto más bien como una coexistencia entre las normas internacionales de carácter comercial y las normas internas de nuestro país, lo que resulta de gran importancia actualmente.

¡El Estado soy yo! Así comienza el título del ensayo de Fernández de la Lara García, para exponernos algunas aseveraciones sobre la autocracia, elementos que conjuga para cerrar el título de su obra.

Se trata de un trabajo de reflexión teórica, jurídica y formalista dicho en sus propias palabras para exponer que en la construcción de la mayoría de los Estados occidentales de derecho, el riesgo de la presencia de un dictador y de rasgos autoritarios en los actos de gobierno, no es cosa del pasado; para para él, no es así y desarrolla razones y ejemplos que ilustran sus aseveraciones de por qué esto no es lejano y está muy presente, advirtiendo riesgos y clarificando señales del autoritarismo disfrazado de democracia

A los artículos presentados en este número se suma la reseña de la película *La Patota* escrita por Verónica Colina Hernández, quien después de comentar los momentos más importantes de esta cinta, evidencia la necesidad de que tanto en el ámbito académico como en el estatal se profundice en el estudio sobre las experiencias de violación que sufren las mujeres, realizando estudios que lleven a la sensibilización en el manejo del delito y propiciando que las autoridades abran los procesos judiciales a la ciudadanía para evitar las prácticas tradicionales y discriminatorias de hacer “justicia”, en el sentido de publicar las sentencias con el propósito de conocer los criterios y argumentos que posibiliten el cuestionamiento del pensamiento jurídico tradicional y patriarcal, en aras de modificarlo a favor de las víctimas.

Después de este recorrido sobre los textos presentados para este número de la *Revista del Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México* resulta significativo que nuestro país se inserta de lleno en un contexto internacional en constante cambio político, social y, por consiguiente, jurídico. El derecho es uno de los mecanismos para que México pueda transitar al desarrollo y, en ese sentido, aquí se encuentran una serie de propuestas para la protección de la propiedad intelectual como mecanismo que dé certeza y seguridad.

La actualidad tecnológica está presente en las discusiones del mundo jurídico por ello el tema de la inteligencia artificial sin duda es novedoso y complejo por lo que el derecho no es ajeno por esto, su debate es primordial en los espacio académicos.

Por otra parte, no se deja fuera las reflexiones teóricas respecto de temas democráticos y políticos que, exponen los riesgos al estado de derecho y la democracia en occidente, ante tendencias latinoamericanas cercanas a las acciones autoritarias que dañan el progreso del constitucionalismo contemporáneo y los derechos humanos. Por último. Todos estos temas son de vital importancia para su difusión y discusión buscando abrir espacios de investigación con aplicaciones prácticas en el futuro de corto plazo.

ATENTAMENTE

Dr. Rodrigo Brito Melgarejo / Dr. José Antonio Álvarez León

LA REGULACIÓN DE LAS MARCAS NO TRADICIONALES EN EL T-MEC Y EN LA NUEVA LEY FEDERAL MEXICANA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

THE REGULATION OF NON-TRADITIONAL BRANDS IN THE T-MEC AND THE REGULATION IN THE NEW MEXICAN FEDERAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW

POR: CÉSAR JOEL RAMÍREZ MONTES¹

Sumario: I. Introducción; II. Estados Unidos: Nacimiento del *Trade Dress*; III. Legislación de la Unión Europea (UE); IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

Resumen: Este Artículo analiza las legislaciones de los EE.UU y de la UE de manera comparativa para señalar áreas problemáticas en las reformas mexicanas de 2018 y de 2020 respecto a las marcas no tradicionales como las olfativas y los sonidos. Dichas reformas produjeron dos cambios significativos relacionados con el concepto de marca y las categorías de los signos que pueden ser registrados en México.

Palabras clave: Ley Federal de Propiedad Intelectual, marcas no tradicionales, propiedad intelectual, T-MEC.

Abstract: This Article analyzes US and EU legislation comparatively to point out problematic areas in the 2018 and 2020 Mexican reforms regarding non-traditional brands such as smells and sounds. These reforms produced two significant changes related to the concept of trademark and the categories of signs that can be registered in Mexico.

Keywords: Federal Intellectual Property Law, non-traditional marks, intellectual property, T-MEC.

I. INTRODUCCIÓN

Este Artículo analiza las legislaciones de los EE.UU y de la UE de manera comparativa para señalar áreas problemáticas en las reformas mexicanas de 2018 y de 2020 respecto a las marcas no tradicionales como las olfativas y los sonidos. Dichas reformas produjeron dos cambios significativos relacionados con el concepto de marca y las categorías de los signos que pueden ser registrados en México.

Las reformas de 2018 fueron sin duda las más extensas, puesto que eliminaron el requisito de “visibilidad” que constituía el principal obstáculo para el registro de marcas no tradicionales como las sonoras, táctiles, gustativas u olfativas. El segundo requisito era naturalmente que el signo visible propuesto fuera “suficientemente distintivo,” en el sentido de “que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.”² Un tercer requisito era que el signo, a pesar de ser “visible” y “suficientemente distintivo”, no estuviera explícitamente excluido por la ley. Por ejemplo, antes de 2018, México prohibía el registro de hologramas y de colores aislados, pero sí permitía la combinación de colores o los acompañados de elementos tales como signos, diseños o denominaciones, que les dieran un carácter distintivo.³ Al imponer el requisito de visibilidad, México hacía uso de la facultad conferida por el ADPIC o TRIPs –el tratado internacional más importante que regula de manera sustancial los requisitos mínimos para la tutela de los derechos de propiedad intelectual .

² Artículo 88, Ley Federal de Propiedad Industrial de 1991 (“LPI”), abrogada el 1 de julio de 2020 por la entrada en vigor de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (“LFPI”).

³ Fracciones I y V, artículo 90, LPI.

Incluyendo las marcas- que desde su firma en 1994 armonizó e impuso estándares altos de protección entre los países miembros de la OMC.⁴

Las reformas de 2018 re-definieron el concepto de marca registrable como “todo signo perceptible por los sentidos y susceptible de representarse de manera que permita determinar el objeto claro y preciso de la protección, que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.”⁵ Las reformas de 2020 que culminaron en la nueva Ley Federal de Protección a la Propiedad Intelectual (LFPPI) acogieron la misma definición sin cambios.⁶ De igual forma, las reformas de 2018 ampliaron el universo de los signos que pueden constituir una marca abriendo la puerta al registro de sonidos, olores, hologramas, combinación de colores y el “trade dress,” que fue definido torpemente como “la pluralidad de elementos operativos; elementos de imagen” que incluye, entre otros, “el tamaño, diseño, color, disposición de la forma, etiqueta, empaque, la decoración o cualquier otro que al combinarse, distingan productos o servicios en el mercado.”⁷ Las reformas de 2020 acogieron también sin cambios esas nuevas formas, salvo la definición de “trade dress” que fue separada como “la pluralidad de elementos operativos o elementos de imagen.”⁸ Siguiendo el formato de la ley, las reformas de 2018 también abordaron el tema de lo que se excluye como marca pero muy someramente, dado que únicamente quedaron excluidos los hologramas “que sean del dominio público y aquellos que carezcan de distintividad,” y los signos “que, considerando el conjunto de sus características, sean descriptivos de los productos o servicios que pretenden distinguir.” Las marcas

⁴ Fracción I, artículo 15, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“ADPIC”).

⁵ Artículo 88, LPI 2018 reformada.

⁶ Artículo 171, LFPPI 2020.

⁷ Artículo 89, LPI 2018.

⁸ Artículo 172, LFPPI 2020.

tridimensionales se podían registrar desde 1994 a condición de que no fueran del dominio público ni que se hubieren hecho de uso común o que carecieran de originalidad, o que fuera la forma usual y corriente de los productos o la impuesta por su naturaleza o función industrial.⁹ Con esta prohibición, la ley Mexicana adoptó el criterio de la “funcionalidad,” que generalmente se aplica a los signos compuestos por la forma del producto y cuyo objetivo principal es asegurar la libertad de competencia por parte de los comerciantes excluyendo de registro los signos que representan características esenciales de uso del producto, que son necesarias para ofrecer productos alternativos y que se derivan de la forma.

En 2018, el criterio de la funcionalidad sufrió un ligero retoque al prohibir “la forma usual y corriente de los productos o servicios, o la impuesta por su naturaleza o funcionalidad.”¹⁰ Con esta definición se amplió la exclusión más allá de los *productos* para incluir también la forma de los “servicios,” presuntamente en concordancia con la adopción amplia del “trade dress” que permitió también el registro de marcas de servicios que representan los elementos de imagen o disposición del establecimiento ante los consumidores. Sin embargo, las reformas de 2020 eliminaron los “servicios,” limitando el ámbito de exclusión a la forma de *productos*.¹¹

Por primera vez en México, las reformas de 2018 adoptaron el concepto de “distintividad adquirida” (o “secondary meaning”) que permite el registro a los signos considerados inicialmente como descriptivos, genéricos o comunes, o desprovistos de distintividad intrínseca, y acogido del mismo modo por la LFPPI en 2020. El concepto se adoptó sin definición, ni orientación en cuanto al tipo de pruebas requeridas, la ponderación de las mismas, o la naturale-

⁹ Fracción II, artículo 90, LPI 2018.

¹⁰ Fracción II, artículo 89, LPI 2018.

¹¹ Fracción II, artículo 173, LFPPI 2020.

za de la evaluación en el caso de marcas no tradicionales.¹² A partir de la excepción por distintividad adquirida, México permite que cualquier empresa cuya solicitud sea rechazada por falta de distintividad intrínseca pueda registrar, de manera permanente, sonidos, olores o el *trade dress* de un producto o de un establecimiento por el mero uso comercial de dichos signos, aún cuando en la práctica comercial vayan éstos siempre acompañados por marcas tradicionales que desempeñan más eficientemente el papel de puntos de referencia del origen ante los consumidores.¹³ Las marcas *trade dress* constituidas por olores o sonidos raramente se presentan solas ante los consumidores; éstas juegan generalmente un papel secundario o inferior en la identificación y distinción del origen comercial de los productos o servicios de una empresa. En efecto, el consumidor promedio generalmente percibe a los olores –inclusive a los colores– como meras propiedades que adornan o hacen más atractivos a los productos o servicios, y no necesariamente como fiables indicadores comerciales. Es un principio jurídico tanto en los EE.UU. como en la UE que la naturaleza intrínseca de ciertos signos afecta la percepción del consumidor promedio; dicha percepción implica que ciertas categorías de signos no son apreciados *ab initio* como indicadores comerciales.¹⁴

¹² Por ejemplo, no es posible saber si la autoridad debe ponderar los elementos no solo de manera empírica sino también de manera normativa, es decir, que inclusive en casos en que un comerciante acredite el “secondary meaning” el registro debe ponderar igualmente el riesgo de socavar la libertad de competencia de los demás competidores. Ver, por ejemplo, la apreciación europea en los Asuntos acumulados C217/13 y C218/13 *Oberbank AG*, ECLI:EU:C:2014:2012 (TJEU, 19 de junio 2014), apartados [45-47] (“Oberbank”)

¹³ Lo mismo ocurre con el *trade dress* de un establecimiento como la tienda Apple, ver: Ramírez-Montes, César, “Trade Marking the Look and Feel of Business Environments in Europe”, *Columbia Journal of EU Law*, 2018.

¹⁴ La percepción del consumidor empero puede cambiar y ser alterada a través del uso exitoso y prolongado, como en el caso de la botella de Coca-Cola o quizá el color azul celeste de la tienda Tiffany. Pero constituyen dichos casos la excepción, no la regla.

Ante esta expansión de las categorías de signos susceptibles de registro exclusivo como marcas, este Artículo interroga cuáles medidas legislativas fueron adoptadas como contra-pesos para no socavar el interés público en la promoción de la competencia económica y la salvaguarda de la libertad de competir de la cual gozan todos los competidores en el mercado. Justamente es acá en donde este Artículo subraya lo más problemático de la ley mexicana: ni las reformas de 2018 ni las de 2020 tocaron el tema de la necesidad de imponer limitaciones basadas en la salvaguarda de la competencia a través, por ejemplo, de la posible funcionalidad de los nuevos signos o de la creación de mecanismos de defensa en favor de terceros que hagan uso justo en el comercio. De hecho, la LFPIP contiene un ínfimo número de limitaciones o defensas que contrastan desproporcionadamente con el catálogo extenso de derechos exclusivos adquiridos por los titulares. En las legislaciones de los EE.UU. y de la UE encontramos amplias prohibiciones generales contra la protección de signos “funcionales” –más allá de las formas tridimensionales- y un catálogo extenso de usos permitidos en casos de “uso justo” o “usos referenciales” de marcas protegidas.

La entrada en vigor del T-MEC fue citada como unos de los motivos principales para las reformas de 2018 y de 2020.¹⁵ El T-MEC prevé que ninguna de las Partes requerirá, como condición de registro, que el signo sea “visualmente perceptible,” ni denega-

¹⁵ Para las reformas de 2018, ver el Dictamen de la Comisión de Economía, de la Cámara de Diputados, del 13 de marzo de 2018, pagina 34: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/63/2018/mar/20180313-II.pdf#page=2>; y en el Senado, ver el Dictamen de las Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial y de Estudios Legislativos, de 21 de marzo de 2018, publicado en la Gaceta del Senado: https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/79467. Para las reformas de 2020, ver los Dictámenes de Comisiones Unidas de Economía; de Salud y de Estudios Legislativos, del Senado, publicados en la Gaceta del Senado el 29 de junio de 2020: Gaceta LXIV/2PPE-1, páginas 57-60. https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/109519

rá el registro de marcas sonoras.¹⁶ Además, prevé que “cada Parte realizará los mejores esfuerzos para registrar marcas olfativas.”¹⁷ La expresión “mejores esfuerzos” es usada en otros tratados bilaterales que los EE.UU. ha celebrado y no significa obligación incondicional.¹⁸ De hecho, la misma legislación estadounidense –la Lanham Act de 1946- no contiene disposición expresa de registrar los signos olfativos, mucho menos los sonoros.¹⁹ Tampoco fue objeto de reformas para dar cumplimiento a la obligaciones del T-MEC. Canadá y México fueron las únicas Partes que adoptaron sendas reformas al Derecho de marcas, pero con grandes diferencias. Canadá hizo explícita la obligación por parte del *solicitante* (no de la Oficina) de acreditar el carácter distintivo, extendió el criterio de no funcionalidad a *todas* las marcas no tradicionales y creó *nuevas* limitaciones como contra-peso a los derechos exclusivos en favor de competidores.²⁰ En México, en cambio, no se discutieron el impacto

¹⁶ Artículo 20.17, T-MEC.

¹⁷ Artículo 20.17, T-MEC.

¹⁸ Por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio entre los EE.UU y Singapur de 2003. Al analizar el significado de “mejores esfuerzos” aplicado a las marcas olfativas en este acuerdo, la doctrina puntualiza que “mejores esfuerzos” implica que “ninguna parte está absolutamente obligada a registrar las marcas olfativas. Tampoco que puedan categóricamente excluirlas.” Ver David Vaver, “Unconventional and Well-Known Trade Marks” (2005) Singapore JLS 1, 5. De acuerdo con el Profesor Vaver, “mejores esfuerzos” comprenden también “la creación de procedimientos que permitirían registrar marcas olfativas siempre que esas cumplan razonablemente con otras obligaciones” tales como “la representación gráfica,” que Singapur mantuvo en su legislación. De hecho, esa decisión de mantener el requisito de representación gráfica en Singapur fue concordante con su obligación de proteger las marcas olfativas, según la doctrina. Ver, NG-Loy Wee Loon, “The IP Chapter in the US-Singapore Free Trade Agreement”(2004) 16 Singapore ALJ 42, 48; Susanna HS Leong, “Conditions for Registration and Scope of Protection of Non-Conventional Trade Marks in Singapore”(2004) 16 Singapore ALJ 423, 425

¹⁹ Dichas marca no tradicionales, o “product-design trade dress marks” se han reconocido en la practicas administrativas y la jurisprudencia como se analiza *supra*.

²⁰ A la entrada en vigor del T-MEC, el gobierno de Canadá declaró que no haría modificaciones al regimen de Marcas debido a sendas reformas adoptadas entre

económico ni los efectos nocivos a la competencia que las nuevas categorías de marcas no tradicionales podrían generar, ni mucho menos se exploró la manera de reforzar el interés público a través de nuevos motivos de negación o nuevas excepciones en favor de terceros como el uso justo o usos referenciales. En cuanto a la representación, el mismo T-MEC permite a las Partes requerir “una descripción concisa y precisa, o una representación gráfica, o ambas, de la marca,” lo cual no obliga a México a suprimir totalmente el requisito gráfico.

En los EE.UU y en la UE está también ampliamente reconocido que el requisito *sine qua non* de la distintividad, no obstante constituir la razón de ser de la tutela jurídica de la marca y de los derechos exclusivos, juega un papel importante pero muy acotado en la preservación de la competencia. Existen ciertos signos constituidos, por ejemplo, por la forma del producto que por virtud del uso prolongado pueden llegar a ser vistos por los consumidores como indicadores comerciales y que sin embargo permanecen dotados intrínsecamente de elementos básicos o características funcionales que los hacen sumamente necesarios para que otros comerciantes ofrezcan productos alternativos en el mercado. El criterio de la funcionalidad reconoce precisamente este posible riesgo y anula toda posibilidad de protección aun cuando el comerciante acredite ampliamente haber adquirido *secondary meaning*. Como ejemplos de

2014 y 2018 que resultaron en la “amended Trade-Mark Act de 1953” a partir de 2019. Ver Canadian Statement on Implementation of Canada-United States-Mexico Agreement, Chapter 20, IP Rghts, 03.09.2020. Available: https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/implementation-mise_en_oeuvre.aspx?lang=eng#88. De las limitaciones importantes adoptas por Canadá destacan las de los Apartados (“Section”) 12(2) (“a trade mark is not registrable if...its features are dictated primarily by a utilitarian function.”); 20(1.2) (“The registration of a trademark does not prevent a person from using any utilitarian feature embodied in the trademark.”); 32(1)(b) and (d) (“An applicant shall furnish the Registrar with any evidence that the Registrar may require establishing that the trademark is distinctive at the filing date of the application for its registration...), y 18(1) (“Any person may request that the Federal Court expunge a registration “if the Court decides that the registration is likely to unreasonably limit the development of any art or industry.”), de la *amended Trade-Marks Act 1953*.

marcas rechazadas por funcionales citamos la forma de triángulo isósceles de la maquineta de afeitar de tres cabezas de Philips,²¹ la forma rectangular del bloque Lego,²² la forma de dos resortes de los señalamientos de carretera de Traffix,²³ o el diseño total del iPhone 2007.²⁴ Con ello se reconoce tácitamente que el requisito de la distintividad no es suficiente en todos los casos para preservar la libre competencia –el fin último del Derecho de marcas. La misma LFPPI confirmó que la excepción de la distintividad adquirida no comprende las formas impuestas por la naturaleza del propio producto o su funcionalidad, por lo que cimentó una presunción *iuris et de iure*, aún cuando el uso por terceros sin autorización pueda causar confusión en los consumidores. La LFPPI además afirma el principio de que el criterio de funcionalidad eleva al interés superior de libre competencia por encima de los intereses económicos de los particulares que invierten en desarrollar *secondary meaning*.

II. ESTADOS UNIDOS: NACIMIENTO DEL TRADE DRESS

1. ORÍGENES DE LAS MARCAS TRADE DRESS

En los EE.UU, el concepto de “trade dress” –que comprende “la imagen total del producto y puede incluir atributos como el tamaño, forma, color o combinaciones de colores, textura, gráficos, e

²¹ Ver, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/t-13/page-6.html#h-450811>

Asunto C-299/99 *Philips v Remington*, 2002 I-05475 (TJEU, 18 de junio 2002) (“Philips”)

²² Asunto C-48/09 P *Lego Juris A/S v OAMI*, 2010 I-08403 (TJEU, 14 septiembre 2010) (“Lego”)

²³ *Traffix Devices Inc v Marketing Displays Inc*, 532 U.S. 23 (2001) (“Traffix”)

²⁴ *Apple v Samsung Electronics*, (Fed.Cir. 2015) 786 F.3d 983, 992-996 (el tribunal federal de apelación decidió que todos los elementos en conjunto del trade dress del iPhone, tanto como marca registrada como marca no registrada, eran funcionales por contribuir a mayor el “uso” del producto. En casación, la Corte Suprema de los EE.UU. acójió el recurso interpuesto por Apple como parte actora pero solo en relación con el cálculo de los daños y perjuicios por infracción de los derechos sobre el registro en tato como diseño industrial, ver 137 S.Ct. 429 (2016).

inclusive técnicas de venta”- tiene sus orígenes en el *common law*,²⁵ sistema jurídico en el cual los derechos exclusivos sobre las marcas nacen primordialmente del uso y no del registro.²⁶ A través de precedentes judiciales, los tribunales estadounidenses reconocieron que la imitación sin autorización de elementos no funcionales relacionados con el embalaje/forma distintiva de un producto podía causar confusión en los consumidores y, por tanto, constituir también competencia desleal (“unfair competition”), en contra de la cual el actor podía obtener una orden de restricción.²⁷ A fin de protegerlo, los tribunales interpretaron el artículo 43(a) de la Lanham Act en el sentido de requerir tres condiciones fundamentales, a saber distintividad intrínseca o adquirida, no funcionalidad y riesgo de confusión.²⁸ Pronto establecieron que “el objetivo esencial del trade dress es el mismo que el de una marca nominativa: identificar el origen del producto.”²⁹ En esta tesitura, declararon que bajo dicho artículo “la protección de marcas y trade dress...persigue el mismo objetivo de prevenir el engaño y la competencia desleal.”³⁰ En repetidas ocasiones han confirmado que, al igual que el Derecho tradicional de marcas, “la protección de trade dress existe para promover la competencia.”³¹

Hasta antes de la sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU en *Two Pesos*, era necesario acreditar el *secondary meaning* o distintividad adquirida en acciones por competencia desleal basadas en *trade dress*.³² En *Two Pesos*, la Corte estimó que la Lanham Act no

²⁵ *Two Pesos Inc v Taco Cabana* (Corte Suprema de los EE.UU., 26 de junio 1992), 505 U.S. 763, 765, pie de nota 1

²⁶ T.E.S.C.O., pie de nota 6

²⁷ T.E.S.C.O., 1218-1219

²⁸ *Two Pesos*, 769

²⁹ *Apple v Samsung Electronics*, (Fed.Cir. 2015) 786 F.3d 983, 990

³⁰ *Two Pesos*, 773

³¹ *Traffix*, 28

³² *Two Pesos*

distingue entre marcas propiamente dichas y marcas de *trade dress*; por tanto, se puede proteger el *trade dress* que sea intrínsecamente distintivo sin el requisito adicional del *secondary meaning*. En el caso *Two Pesos*, la Corte acogió la posibilidad de proteger la imagen total de un *establecimiento* —la imagen de un restaurante mexicano— como *trade dress* sin necesidad de mediar un registro ni del requisito adicional y oneroso de la distintividad adquirida. A partir de *Two Pesos*, cabe la presunción legal de que cualquier forma *trade dress* revista la capacidad intrínseca de ser tomada por los consumidores como referente del origen comercial (*inherent distinctiveness*). La misma Corte asumió además que el *trade dress* en comento no era funcional y concordó, *obiter dicta*, con el *test* aplicado por el tribunal *a quo*, a saber que el *trade dress* no era funcional por no agotar la existencia de formas equivalentes que otros comerciantes podían utilizar en la configuración de la imagen de restaurantes mexicanos.³³ Tres años después, en el caso *Qualitex*, la misma Corte habría de extender el concepto de *trade dress* a los colores, al decidir que el color en sí —sin necesidad de estar acompañado por otros elementos verbales o gráficos— podía en ciertos casos satisfacer los requisitos legales para ser objeto de registro como marca *trade dress*.³⁴

Qualitex aceptó que el color podía funcionar como referente del origen de los productos o servicios una vez adquirido el *secondary meaning* a través del uso efectivo, con lo que tácitamente reconoció que el color no puede considerarse como capaz de revestir distintividad intrínseca.³⁵ La imposición de *secondary meaning* como requisito formal, aun cuando reconoce la posibilidad de llegar a satisfacer la condición *sine qua non* del carácter distintivo, más bien *dificulta* antes

³³ *Two Pesos*, 775

³⁴ *Qualitex Co v Jacobson Products*, (1995) 514 U.S. 159 (“Qualitex”). Con esta sentencia, declaró que no existían razones, derivadas de la Lanham Act, para denegar protección a las marcas de color y puso fin a la prohibición de otorgar registros en el caso de signos constituidos por color en sí.

³⁵ *Qualitex*

que facilitar la protección de ciertos tipos de *trade dress*. Sin embargo, *Qualitex* señala claramente que la apreciación del efecto de la protección (o registro) de marcas “trade dress” sobre la competencia no termina simplemente con el estudio de la presencia o ausencia de la distintividad.³⁶ En el caso de los colores (como en otros signos), existe el riesgo potencial de “agotamiento” o “escasez”: si se permite que un comerciante registre un color como marca, y cada uno de sus competidores intentan lo mismo, llegará en breve a agotarse el suministro de colores en perjuicio de todos los demás competidores (habidos o por haber). El agotamiento/escasez de colores llegará hasta el punto en que la inhabilidad de un competidor para encontrar un color aceptable lo pondrá en desventaja significativa.

En *Qualitex*, la Corte alertó del grave problema del agotamiento/escasez que ciertos tipos de *trade dress* (como los colores pero lo mismo incluye otros tipos de marcas no tradicionales) pueden representar para la libre competencia y abordó dicho problema a través del criterio de la funcionalidad.³⁷ Aun cuando no encontró en ella una prohibición absoluta contra el registro del color en sí, en el marco del importantísimo papel que juega dicho criterio en la preservación de la libre competencia, la Corte hizo varias puntualizaciones que acotan de manera significativa la tutela de todos los tipos de *trade dress*. Recordó que “el criterio de la funcionalidad impide que el Derecho de marcas, que persigue la promoción de la competencia al proteger la reputación de una empresa, inhiba la competencia legítima al permitir que un comerciante controle un elemento funcional del producto.”³⁸ Esto es así porque “compete al Derecho de patentes, y no al Derecho de marcas, animar la inven-

³⁶ *Qualitex*, 168

³⁷ *Qualitex*, 168-170

³⁸ *Qualitex Co v Jacobson Products*, (1995) 514 U.S. 159, 164 (“The functionality doctrine prevents trademark law, which seeks to promote competition by protecting a firm’s reputation, from instead inhibiting legitimate competition by allowing a producer to control a useful product feature.”)

ción a través del otorgamiento de monopolios sobre diseños nuevos de productos o funciones por tiempo limitado, después de la cual los competidores tienen la libertad de usar la innovación.”³⁹ Reafirmó, en ese tenor, el *test* de la funcionalidad al puntualizar que un elemento o característica es “funcional” cuando resulta “esencial para el uso o propósito del artículo o afecta el costo o calidad del mismo.”⁴⁰ A pesar de que la Corte en *Qualitex* declaró que el argumento del agotamiento se basa en un problema esporádico para justificar una prohibición absoluta, no soslayó ni rechazó las consecuencias anticompetitivas que el registro de ciertas marcas puede generar. Al contrario, resaltó la necesidad de aplicar en todos los casos relacionados con “trade dress” el criterio de funcionalidad a fin de proteger a los competidores contra desventajas ajenas a la reputación comercial que pueden formarse por el registro: la imposibilidad de copiar importantísimos elementos que son ajenos a la reputación empresarial.⁴¹

2. CRITERIO DE DISTINTIVIDAD APLICADO AL TRADE DRESS

Cinco años después de *Qualitex*, la Corte retrocedió en sus interpretaciones expansionistas del *trade dress* y acotó significativamente la posibilidad de protegerlo en dos importantísimas sentencias: *Samara* en 2000⁴² y *Traffix* en 2001.⁴³ En ellas advirtió del grave riesgo del mal uso y la expansión del *trade dress*, poniendo los puntos sobre las íes respecto a los diferentes tipos de “funcionalidad” y su amplío

³⁹ *Qualitex Co v Jacobson Products*, (1995) 514 U.S. 159, 164 (“It is the province of patent law, not trademark law, to encourage invention by granting inventors a monopoly over new product designs or functions for a limited time, after which competitors are free to use the innovation.”)

⁴⁰ *Qualitex Co v Jacobson Products*, (1995) 514 U.S. 159, 169

⁴¹ *Qualitex*, 169

⁴² *Wal-Mart Stores v Samara Brothers*, 529 U.S. 205 (2000) (“Samara”)

⁴³ *Traffix Devices Inc v Marketing Displays Inc*, 532 U.S. 23 (2001) (“Traffix”)

alcance para excluir una gran cantidad de *trade dress*. Tanto en *Samara* como *Traffix*, la Corte aprovechó para recordar principios fundamentales que sustentan el concepto moderno del *trade dress*. En *Samara*, subordinó los intereses económicos de los particulares que invierten en el diseño atractivo del producto a la libre competencia relacionada con los aspectos utilitarios o estéticos que generalmente representa el *product-design*.⁴⁴ Resaltó el interés superior de los consumidores en beneficiarse de la concurrencia en productos que nace con la imitación de dichos aspectos; por ello, rechazó la invitación a extender la posibilidad de que los particulares obtengan sentencias judiciales favorables fundadas en simples argumentos basados en la distintividad intrínseca del *product-design trade dress*.⁴⁵ Para la Corte, la competencia económica se vería socavada no sólo por la amenaza de una demanda exitosa por infracción sino también por la mera posibilidad de entablarla.⁴⁶ Rechazó categóricamente la posibilidad de reconocer distintividad intrínseca en ese tipo de *trade dress* e impuso el requisito más oneroso de distintividad adquirida (*secondary meaning*).⁴⁷ De igual modo, la Corte enfatizó en *Traffix* que “la protección del *trade dress* debe subsistir con el reconocimiento de que en muchos casos no está prohibido imitar artículos o productos.”⁴⁸ Al contrario, puntualizó que “permitir que los competidores copien tendrá en muchos casos efectos beneficiosos.”⁴⁹

Lo anterior explica que el concepto estadounidense de marca *trade dress* (que el legislador mexicano se impuso emular en las reformas de 2018) se halla fuertemente acotado por reiterada jurisprudencia. Esas acotaciones que a más de dos décadas han persistido no su-

⁴⁴ *Samara*, 213

⁴⁵ *Samara*, 214

⁴⁶ *Samara*, 214

⁴⁷ *Samara*, 215

⁴⁸ *Traffix*, 29

⁴⁹ *Traffix*, 29

frieron alteraciones inclusive en la últimas reformas legislativas que concluyeron con la U.S. Trademark Modernisation Act de 2020, en donde el legislador estadounidense tuvo ocasión de implementar obligaciones adquiridas en el T-MEC.⁵⁰ Desafortunadamente, ni en las iniciativas mexicanas ni en los estudios parlamentarios en comisiones figuraron el texto legislativo de la Lanham Act o sentencias como *Two Pesos*, *Qualitex*, *Samara* o *Traffix*, y eso resultó en el concepto cuestionable –casi ilimitado– de *trade dress* que México adoptó.

En *Samara* por ejemplo, la Corte Suprema rechazó categóricamente la posibilidad de proteger las marcas *trade dress* compuestas por la *forma* (incluyendo cualquier otra característica de diseño) del producto (“product-design trade dress”) sin la prueba de *secondary meaning*. Wal-Mart comisionó diseños de ropa para niños basándose en fotografías de la línea de ropa producida por Samara, ante lo cual ésta interpuso demanda por infracción del *trade dress* (no registrado) en contra de la cadena de supermercados.⁵¹ Samara alegó que su línea de ropa estaba provista de capacidad distintiva con base en elementos particulares y que las imitaciones producidas por Wal-Mart causaban confusión entre los consumidores.⁵² En su sentencia, la Corte acogió favorablemente la apelación interpuesta por Wal-Mart, anuló las resoluciones a favor de Samara y puso fin a un creciente cúmulo de fallos judiciales que favorecían de manera muy liberal la protección de marcas *trade dress* compuestas por el diseño del producto. Declaró que las formas/diseños así como el color “no están provistos de distintividad intrínseca,” puesto que “no existe predisposición por parte del consumidor para equiparar ese

⁵⁰ H.R. 116-645, 116th Congress, 2nd Session (2019-2020), Trademark Modernization Act 2020 (“TMA”).

⁵¹ <https://www.congress.gov/congressional-report/116th-congress/house-report/645/1>

⁵¹ *Samara*, 207

⁵² *Samara*, 207

aspecto con el origen comercial.”⁵³ De manera intuitiva –sin fundamento empírico– la Corte contrapuso los signos compuestas por la forma o el color del producto y los signos compuestos por palabras (e inclusive el embalaje) cuyo propósito principal de adherirlos a los productos es casi siempre el de indicar el origen comercial de los mismos.⁵⁴ Mientras que los consumidores “ya están predispuestos a ver a éstos últimos signos como indicación del origen del productor, por lo cual dichos signos “casi automáticamente le indican al cliente que se trata de una marca,” no acontece lo mismo con los primeros.⁵⁵ En efecto, en el caso de los primeros (la forma o el color), la Corte dispuso que “los consumidores saben de la realidad de que, casi invariablemente, inclusive el más inusual diseño del producto –por ejemplo, una coctelera en forma de pingüino– tiene por objeto no de indicar el origen comercial, sino más bien hacer más útil o atractivo al producto mismo.”⁵⁶

Samara concluyó categóricamente que el hecho de que el diseño/ forma (así como el color) cumpla con otros objetivos menos con la identificación comercial del producto tiene al menos dos consecuencias importantísimas. Por un lado, no sólo vuelve problemático la apreciación de distintividad intrínseca. *Samara* rechazó por ello la posibilidad de formular un examen fiable para establecer que al menos ciertas categorías de *trade dress* se protejan por considerarse revestidas de facultad intrínseca identificatoria.⁵⁷ Por el otro, también vuelve perjudicial la aplicación de dicho examen a “los intereses de los consumidores.”⁵⁸ En este sentido, la Corte enfatizó que “no debe privárseles de los beneficios de la competencia respecto a los

⁵³ *Samara*, 212-213

⁵⁴ *Samara*, 212.

⁵⁵ *Samara*, 213

⁵⁶ *Samara*, 213.

⁵⁷ *Samara*, 213.

⁵⁸ *Samara*, 213.

finés utilitarios y estéticos que generalmente el *product-design* [tales como el diseño/forma o el color] cumple a través de una norma que facilita posibles amenazas de acciones legales en contra de nuevos participantes, derivada de una supuesta distintividad intrínseca.”⁵⁹ En respuesta al argumento de la actora Samara que *Two Pesos* le favorecería por preconizar el principio legal de que el *trade dress* puede contar con carácter distintivo intrínseco, la Corte confirmó dicho principio pero declaró que no era aplicable al tipo de *trade dress* que Samara buscaba proteger.⁶⁰ Rechazó categóricamente, por tanto, la posibilidad de examen de distintividad intrínseca para la categoría de *product-design trade dress*, diferenciando el concepto *trade dress* en al menos tres categorías: 1) *trade dress* compuesto de la forma/color (*product-design*) que jamás se considera revestido de capacidad distintiva intrínseca y requiere siempre la prueba onerosa del *secondary meaning*; 2) *trade dress* compuesto por el envoltaje (*product-packaging*), que puede protegerse sin *secondary meaning* por considerarse intrínsecamente distintivo, y 3) *trade dress* compuesto por la imagen total o decoración de un restaurante o establecimiento (*tertium quid* similar al embalaje), que no requiere *secondary meaning*.⁶¹

En caso de duda, la Corte exhortó a los tribunales a proceder con cautela, clasificando cualquier signo (o conjunto de signos) ambiguo que no encaje en 2) (*product-packaging*) o 3) (imagen del establecimiento) como 1) *product-design*, requiriendo siempre la carga onerosa de *secondary meaning*.⁶² Así, en su aplicación moderna post-Samara, dichos tribunales han clasificado como *product-design* al *trade dress* compuesto no sólo por la forma o color, sino además *trade dress*

⁵⁹ *Samara*, 213. (“Consumers should not be deprived of the benefits of competition with regard to the utilitarian and esthetic purposes that product design ordinarily serves by a rule of law that facilitates plausible threats of suit against new entrants based upon alleged inherent distinctiveness.”)

⁶⁰ *Samara*, 215

⁶¹ *Samara*, 215

⁶² *Samara*, 215

compuesto por el sabor,⁶³ la textura, estampados,⁶⁴ los sonidos,⁶⁵ hologramas,⁶⁶ movimientos,⁶⁷ marcas de posición⁶⁸ e inclusive el olor,⁶⁹ porque ninguno de estos signos “automáticamente” sugieren

⁶³ *In re N.V. Organon*, 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006, TTAB), y también ver *In re Pohl-Boskamp GmbH*, 106 U.S.P.Q.2d 1042 (2013, TTAB) (“La Oficina ha puntualizado que tanto el sabor como el olor deben abordarse de acuerdo con las reglas aplicables al product-design.”). Ambas decisiones de la USPTO fueron citadas con aprobación en la sentencia del tribunal federal en *New York Pizzeria, Inc v Syal*, 56 F.Supp.3d 875, 881 (Southern District Texas, 2014).

⁶⁴ *Grote Industries v Truck-Lite Co*, 126 U.S.P.Q.2d 1197 (Trademark Trial and Appeal Board, 2017) (marca de estampado no es funcional pero no es protegible por falta de *secondary meaning*.)

⁶⁵ *In re Vertex Group LLC*, 89 USPQ.2d 1694 (2009, TTAB) (“We find it appropriate to follow the Supreme Court’s rule regarding colour and product design, for certain types of sound marks...When a sound is proposed for registration as a mark on the Principal Register, for goods that make the sound in their normal course of operation, registration is available only on a showing of acquired distinctiveness...”); *Motorola v Nextel*, 2009 WL 1741923 (2009, TTAB) (La Sala confirmó que el chirrido emitido por el teléfono celular Motorola solo podía protegerse con la prueba del *secondary meaning* por ser el sonido del tipo que generalmente emiten los productos).

⁶⁶ *In re The Upper Deck Co*, 59 U.S.P.Q.2d.1688 (Trademark Trial and Appeal Board, 2001) (La Sala aceptó la posibilidad de proteger al holograma propuesto como marca pero denegó la solicitud por, entre otras cosas, incapacidad de funcionar como marca dado la insuficiencia de pruebas de distintividad adquirida).

⁶⁷ *In re Loggerhead Tools, LLC*, 119 U.S.P.Q.2d 1429 (Trademark Trial and Appeal Board, 2016) (La Sala de la USPTO concordó con la descripción de la marca de movimiento como “product-design.”)

⁶⁸ *LVL XIII Brands, Inc v LVM S.A.*, 209 F.Supp.3d 612, 651 (Southern District New York, 2016) (marca de posición compuesta por una placa metálica fijada en la punta de zapatillas es product-design trade dress cuya protección no prosperó por no aportar el actor prueba suficiente de *secondary meaning*.), confirmado en apelación por *LVL XIII Brands, Inc v LVM S.A.*, 2017 WL 6506353 (2nd Circuit, 2017); Ver también, *In re Slokevage*, 441 F.3d 957, 962 (“elementos del *product-design* pueden consistir en características de diseño incorporados en un producto.”)

⁶⁹ *In re Pohl-Boskamp GmbH*, 106 U.S.P.Q.2d 1042 (2013, TTAB). Esta decisión, así como la citada arriba en *In re N.V. Organon*, fueron citadas con aprobación en la sentencia del tribunal federal en *New York Pizzeria, Inc v Syal*, 56 F.Supp.3d 875, 881 (Southern District Texas, 2014).

el origen comercial del producto. Un análisis somero de algunas decisiones indica que *Samara* –lejos de facilitar- más bien *dificulta* la protección de dichas marcas no tradicionales, incluyendo las marcas olfativas y las sonoras que prevé el T-MEC. Aunque el T-MEC requiere a las Partes “hacer sus mejores esfuerzos” por proteger dichas marcas, el legislador estadounidense consideró innecesario realizar modificaciones a la Lanham Act y revertir (o acotar) *Samara*. Por el contrario, parece haber concordado con las interpretaciones exiguas de la Corte en materia de *trade dress*.

3. CRITERIO ESTADOUNIDENSE DE FUNCIONALIDAD

La distintividad no constituye el único obstáculo significativo que la ley estadounidense impone a todos los tipos de *trade dress*. Otra condición importantísima es el de la ausencia de funcionalidad (*non-functionality*). Hasta 1998, la funcionalidad constituía una excepción que el demandado podía invocar en contra de una demanda por infracción. La carga de dicha prueba ponía al demandado en una posición muy difícil. En 1998, por intervención legislativa, la no funcionalidad se convirtió en requisito *sine qua non* cuya carga de la prueba recayó exclusivamente en el actor.⁷⁰ Este cambio legislativo también acota significativamente las categorías de *trade dress* y dificulta que en EE.UU. prosperen las acciones por infracción. La funcionalidad también forma parte de los requisitos generales para registrar *todos* los tipos de marca *trade dress* –no únicamente las marcas constituidas por la forma del producto- lo cual impide que cualquier comerciante reivindique fácilmente demandas basadas en *trade dress*. Al revertir la carga de la prueba relacionada con la funcionalidad el legislador estadounidense adoptó una presunción *iuris tantum* de gran peso en la concepción moderna del *trade dress*: en general, la Lanham Act presupone que toda marca *trade dress* es

⁷⁰ *Traffix*, 29

funcional, a menos que el actor demuestre lo contrario. Esa presunción legal no es un accidente; es de sobra sabido de que el objetivo central de la no funcionalidad es actuar como escudo protector de la competencia económica salvaguardando la libertad absoluta de todo comerciante a competir en el mercado inclusive a través de la imitación.

En 2001, la Corte Suprema emitió otra interpretación sumamente amplia de la regla de funcionalidad cuyo alcance limita considerablemente la protección del *trade dress*. En *Traffix* concluyó que la existencia previa de una patente tiene vital importancia en la resolución de una acción por infracción de *trade dress*, ya que constituye una fuerte presunción de que los elementos constitutivos son funcionales y no protegibles, resolviendo con ello la contradicción surgida en los tribunales inferiores.⁷¹ La Corte también aprovechó para aclarar un error de aplicación del criterio de funcionalidad cometido por el tribunal *a quo*, quien malinterpretó *Qualitex* al otorgar una interpretación muy limitada de dicho *test*. Recordó que la regla tradicional para saber si una marca es funcional sigue siendo cuando esa resulta “esencial para el uso o propósito del artículo o afecta el costo o calidad del mismo.”⁷² Si es el caso, ya no cabe entonces preguntarse si la configuración/diseño/atributo del producto que constituye la marca *trade dress* representa una “necesidad competitiva.” Por otro lado, únicamente procede preguntarse si existe necesidad competitiva por dicho atributo cuando no se cumple con la regla tradicional. En ese caso se estaría ante la posibilidad de que dicho *trade dress* pudiera ser funcional —no del punto de visto utilitario- si no del punto de visto estético (“*aesthetic functionality*”), en

⁷¹ *Traffix*, 33.

⁷² *Qualitex Co v Jacobson Products*, (1995) 514 U.S. 159, 169

cuyo caso el *test* aplicable es investigar si su protección representaría para los competidores una “desventaja significativa ajena a la reputación comercial.”⁷³

La funcionalidad estética asegura de que la marca *trade dress* no impida que los competidores copien atributos de los productos que son necesarios para la competencia efectiva. Con base en *Traffix*, ha surgido el consenso de que la apreciación de la funcionalidad de cualquier marca *trade dress* procede en dos pasos:⁷⁴ primero, el *test* tradicional (¿Es el *trade dress* esencial para el uso o propósito del artículo o afecta el costo o calidad del mismo?). Si es el caso, no se concede protección por ser funcional y no se requiere que los terceros encuentren signos diferentes o alternativos al *trade dress*. En cambio, si el *test* tradicional no se cumple, entonces —y solo entonces— procede el segundo paso cuyo *test* investiga si el *trade dress* es funcional del punto de vista estético (¿Existe riesgo de que la marca ponga a los competidores en desventaja significativa ajena a la reputación comercial?). Este segundo *test* es sumamente relevante en el caso del *trade dress* que representa signos no tradicionales que son particularmente esenciales para la competencia por escasos y que los tribunales en EE.UU han aplicado para negar protección a los signos olfativos,⁷⁵ gustativos,⁷⁶ de colores,⁷⁷ etc..

⁷³ *Traffix*, 33.

⁷⁴ *Eppendorff-Nethele-Hinz GmbH v Ritter GmbH*, 289 F.3d 351,355-56 (Fifth Court of Appeal, 2002)

⁷⁵ *In re Pohl-Boskamp GmbH*, 106 U.S.P.Q.2d 1042 (2013, TTAB)

⁷⁶ *In re N.V. Organon*, 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006, TTAB); *New York Pizzeria, Inc v Syal*, 56 F.Supp.3d 875, 881 (Southern District Texas, 2014).

⁷⁷ *Brunswick Corp v British Seagull*, 35 F.2d.1527 (Fed.Cir., 1994) (El color negro en los motores de botes y lanchas es funcional, aun cuándo no tiene un efecto utilitario en el mecanismo de dichos motores, porque confiere una “ventaja competitiva” al facilitar la combinación con otra variedad de colores y reducir la apariencia del tamaño del motor).

Por ejemplo, en 2006 en la decisión *In re N.V. Organon*, la TTAB abordó por primera vez después de *In re Clarke* la cuestión del registro del sabor naranja como marca gustativa para medicamento depresivos. En principio aceptó la Sala la posibilidad de que el sabor —como el olor— pueda constituir una marca pero denegó su registro por considerarlo utilitario, no en el sentido de incrementar la efectividad del antidepresivo, sino en conferir una ventaja competitiva que afecta la competencia (el sabor naranja quita el mal sabor del medicamento e incrementa la ingesta por el paciente contribuyendo así a la observancia) y por ende funcional de acuerdo al *test* tradicional y al de necesidad competitiva.⁷⁸ La Sala concluyó que el sabor naranja para antidepresivos “desempeña una función utilitaria que no se puede monopolizar sin socavar la competencia en la industria farmacéutica.”⁷⁹ El análisis en *In re N.V. Organon* es también fundamentalmente diferente al análisis en *In re Clarke* cuando la Sala decidió el registro del olor como marca, lo cual indica que esta última debe citarse con muchas reservas. Mientras que el análisis *In re Clarke* se focalizó en la cuestión de distintividad adquirida por la solicitante quien agregó el olor de plumería a una madeja de hilo, en *In re N.V. Organon* el análisis de la registrabilidad del sabor inicia con una amplia discusión del requisito de no funcionalidad y concluye con la discusión de su capacidad intrínseca de servir como marca de los productos del solicitante.⁸⁰

Este análisis fue aprobado por un tribunal federal en 2014, quien recordó que tanto *Samara* que sirve de base para clasificar a los sabores como a los olores como “product-design” *trade dress* como las sentencias *Qualitex/Traffix* imponen grandes obstáculos para la protección de dichas marcas no tradicionales.⁸¹ Por tanto, la

⁷⁸ *In re N.V. Organon*, 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006, TTAB)

⁷⁹ *In re N.V. Organon*, 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006, TTAB)

⁸⁰ *In re N.V. Organon*, 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006, TTAB)

⁸¹ *New York Pizzeria, Inc v Syal*, 56 F.Supp.3d 875, 881-882 (Southern District Texas, 2014)

decisión *In re Clarke* citada como precedente de “best practice” por el legislador mexicano en la discusión de la iniciativa de reforma en 2017 no tiene más la fuerza de precedente, y su valor ha quedado sumamente acotado tanto por decisiones judiciales posteriores como por la intervención legislativa que declaró implícitamente a todo el *trade dress* como funcional a menos que el solicitante o actor pruebe lo contrario.

En suma, la protección de marcas *trade dress*, incluyendo los olores y los sonidos que menciona el T-MEC, se halla fuertemente acotada en la legislación estadounidense tanto por precedentes judiciales como por intervención legislativa. Primero, el requisito de distintividad para ese tipo de *product-design trade dress* es más oneroso al no permitir ni el registro ni la protección salvo que exista prueba (extensa) de *secondary meaning*. Estados Unidos no contempla la posibilidad de registro o protección con base en “distintividad intrínseca” para ninguna forma de *product-design* (por ejemplo, formas, colores, sabores, olores, sonidos, o su combinación). Segunda, la presunción legal creada en la jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada con la falta de “predisposición del consumidor” hacia el “*product-design trade dress*” dificulta más la conclusión de que signos como los olores o los sonidos sean intrínsecamente aptos para distinguir. Tercero, el legislador estadounidense impuso desde 1998 la regla general de requerir al solicitante/actor de *cualquier* *trade dress* de demostrar que su marca no es funcional. Esta regla incluye a los olores y a los sonidos. La Corte en su jurisprudencia ha desarrollado una amplia definición de “funcionalidad,” a través de la cual los tribunales han frecuentemente denegado la protección por concluir que el signo olfativo o sonoro en cuestión es funcional.

III. LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA (EU))

1. CONCEPTO EUROPEO DE “TRADE DRESS”

La legislación europea no menciona el concepto de “trade dress” como tal. Sin embargo, en las primeras interpretaciones de la Primera Directiva de 1988 (la Directiva) y del Reglamento Europeo de la Marca Comunitaria de 2002 (el Reglamento) el Tribunal de Justicia de la UE (TJEU) adoptó una visión tan extensa del concepto de marca que signos constituidos por *trade dress* también han sido aceptados como categorías registrables. Lo que los tribunales estadounidenses llaman “trade dress,” el TJEU lo subsume en el concepto de “marca compleja”⁸² o “marca get-up” consistente en “elementos de presentación” de la marca.⁸³ En otros asuntos, el TJEU interpreta de manera muy elástica el concepto de “forma” o “diseño” para enmarcar figuras de *trade dress* compuesto por “product design”⁸⁴ o “decoración de restaurante,”⁸⁵ como se conocen en los Estados Unidos. Ello empero no significa que la mera aceptación de marca *trade dress* satisfaga *ipso facto* el criterio europeo de carácter distintivo intrínseco o que el registro se mantenga por adquisición de carácter

⁸² Asunto C-286/04 P *Euromex SA v OHIM*, 2005 I-05797, (TJEU, 30 de junio 2005), apartado [26]; Asunto C445/13 P, *Voss of Norway ASA*, ECLI:EU:C:2015:303 (TJEU, 7 de mayo 2015), apartado [125]

⁸³ Asuntos acumulados C468/01 P a C472/01 P *Procter & Gamble v OHIM*, 2004 I-05141 (TJEU, 29 de abril 2004), apartado [65] (marca tridimensional compuesta de elementos de forma y colores para pastillas usadas en lavadoras o lavavajillas); Asunto C144/06 P *Henkel KGaA v OAIM*, ECLI:EU:C:2007:577 (4 de octubre 2007).

⁸⁴ Asunto C144/06 P *Henkel KGaA v OAIM*, ECLI:EU:C:2007:577 (4 de octubre 2007)

(marca trade dress compuesta por una pastilla rectangular roja y blanca con un núcleo oval azul)

⁸⁵ Asunto C421/13 *Apple Inc v DPUM*, ECLI:EU:C:2014:2070 (10 de julio 2014) (“Apple”)

distintivo aún cuando la marca sea funcional de acuerdo a la norma tripartita europea sobre funcionalidad.⁸⁶

En las primeras opiniones relacionadas con el criterio de carácter distintivo intrínseco y su grado requerido en el caso de signos tridimensionales, el TJEU aceptó signos que representaban “trade dress” compuesto por combinaciones de varios elementos de forma y colores sin cuestionar si dichas representaciones se enmarcaban en alguna de las categorías enlistadas en la Directiva o el Reglamento. De hecho, los signos olfativos,⁸⁷ sonoros⁸⁸ así como los colores en sí⁸⁹ y sus combinaciones⁹⁰ fueron declarados capaces de constituir una “marca”, no obstante que ni la Directiva ni el Reglamento los mencionaban. Sin embargo, la legislación europea antes de 2015 requería que todo signo fuera objeto de una representación “gráfica.” Para satisfacer dicho requisito gráfico, el TJEU requirió que la representación fuera clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva –los llamados requisitos *Sieckmann*- a fin de permitir a la Oficina, a los competidores y al público comprender con la simple consulta del Registro la extensión del derecho conferido. El test *Sieckmann* vino a representar

⁸⁶ Ejemplos de marcas trade dress que habrían acreditado sobradamente un carácter distintivo adquirido (*secondary meaning*) pero a las que se les aplicó la regla de la no funcionalidad son *Philips v Remington*, *Lego*, *Rubik's Cube*.

⁸⁷ *Sieckmann*

⁸⁸ Asunto C-283/01 *Shield Mark BV*, 2003 I-14313 (TJEU, 27 de noviembre 2003) (representación “gráfica” de una marca Sonora) (“*Shield Mark*”)

⁸⁹ Asunto C-104/01 *Libertel Groep BV*, 2003 I-03793 (TJEU, 6 de mayo 2003) (representación gráfica de marca de color en sí sin contornos para servicios) (“*Libertel*”)

⁹⁰ Asunto C-49/02 *Heidelberger Bauchemie GmbH*, 2004 I-06129 (TJEU, 24 de junio 2004) (representación gráfica de combinación de colores para ciertos servicios) (“*Heidelberger*”).

un gran obstáculo para el registro de muchos signos carentes de visibilidad, pero igualmente para aquellos como los colores⁹¹ o sus combinaciones.⁹²

2. OBJETIVOS DE INTERÉS GENERAL QUE PERSIGUE EL REGISTRO

Desde sus primeras decisiones, el TJEU adoptó una interpretación teleológica de todos los motivos para denegar de manera absoluta el registro al reconocer que cada una de ellos respondía a un objetivo de interés público y no debían, por tanto, interpretarse literalmente sino a la luz de dicho interés público específico. Por ejemplo, a pesar de establecer la regla que el motivo de denegación por “falta de carácter distintivo” responde únicamente al interés general de que la marca desempeñe su función esencial de indicar el origen comercial, el TJEU ha reconocido que al apreciar la distintividad en el caso de signos escasos o limitados como los colores, procede también tener en cuenta un “imperativo de disponibilidad” a favor de los competidores del solicitante del registro.⁹³ Así, al apreciar el carácter distinto intrínseco de los colores, proceden los tribunales europeos a ponderar el “interés general en que no se restrinja indebidamente la disponibilidad de los colores para los demás operadores que ofrecen productos o servicios del mismo tipo que aquellos para los que se solicita el registro.”⁹⁴ Cuanto mayor sea el número de productos o servicios para los que se solicita el registro de la marca, mayor es la posibilidad de que el derecho exclusivo conferido por la marca

⁹¹ *Société des Produits Nestlé SA v Cadbury*, [2013] EWCA Civ 1174 (Tribunal de Apelación de Inglaterra, 4 de octubre 2013), apartado [51]

⁹² Asunto C-49/02 *Heidelberger Bauchemie GmbH*, 2004 I-06129 (TJEU, 24 de junio 2004). Véase también, Asunto C-124/19 *Red Bull GmbH v EUIPO*, ECLI:EU:C:2019:641 (TJEU, 29 de julio 2019) (marca compuesta por combinación de dos colores (azul y plateado) por sí solos para bebidas)

⁹³ *Libertel*, párrafo [55]

⁹⁴ *Libertel*, párrafo [55]

sea exorbitante y sea por ello contrario a dicho imperativo de disponibilidad.⁹⁵ Este “imperativo de no restringir indebidamente la disponibilidad” de ciertos signos en detrimento de los competidores actuales (inclusive futuros) del solicitante se sustenta en el principio general de la libre competencia: el derecho conferido por la marca no debe implicar privación o restricción a otros competidores a ciertos signos necesario para la competencia efectiva simplemente porque el solicitante fue el primero en solicitar el registro.⁹⁶

Un interés general muy similar basado en el imperativo de disponibilidad se aplica a los motivos de denegación por ser las marcas “descriptivas,” “habituales en el lenguaje común” o “funcionales.” Este imperativo de disponibilidad impide que dichos signos se reserven a una sola empresa por existir un objetivo de interés general que exige que “puedan ser libremente utilizados por todos,” sean o no competidores del solicitante.⁹⁷ Así, una palabra cuyo significado en el diccionario y en la mente del consumidor medio remita a alguna característica del producto o servicio en cuestión debe ser denegada por la necesidad de mantenerla libre para todos.⁹⁸ Igualmente, un signo compuesto exclusivamente de la forma del producto —y hayan sido elegidas para cumplirla—⁹⁹ e inclusive signos compuestos de características exteriores del producto que no siendo técnicas pueden conferir, no obstante, un valor tan substancial al producto que el re-

⁹⁵ *Libertel*, párrafo [56]

⁹⁶ *Libertel*, párrafo [56]

⁹⁷ Asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01 *Linde*, 2003 I-03161 (TJEU, 8 de abril 2003), párrafo [73] (“Linde”); Asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97 *Windsurfing*, 1999 I-02779 (TJEU, 4 de mayo 1999), párrafo [25] (“Windsurfing”)

⁹⁸ Asunto C-191/01 *OAMI v Wm. Wrigley Jr. Co.* 2003 I-12447 (TJEU, 23 de octubre 2003), apartad [35] (marca compuesta por el sintagma “double-mint,” o “double-menta,” para gomas de mascar).

⁹⁹ Asunto C-299/99 *Philips v Remington*, 2002 I-05475 (TJEU, 18 de junio 2002), párrafo [80];

gistro “se utilice para obtener una ventaja desleal en el mercado, es decir, una ventaja que no resulte de una competencia basada en el precio y en la calidad.”¹⁰⁰ Por tanto, dichas causales de denegación responden al “imperativo de disponibilidad” que garantiza que las formas compuestas de características técnicas, genéricas o aquellas que confieren un valor substancial al producto –lo que la Corte Suprema en *Traffix* llamó funcionalidad estética- no se reserven a una sola empresa y que se mantengan en el dominio público pudiendo ser libremente utilizadas por todos.

La jurisprudencia europea reconoce entonces al menos tres objetivos generales que subyacen en cada uno de los motivos de denegación y que constituyen obstáculos importantísimos de interés público al momento de decidir cuestiones de registro de marcas, a saber:

1. el objetivo general de que la marca desempeñe su función esencial que se enlaza estrechamente con los intereses de los consumidores (motivo por carecer de carácter distintivo);
2. el objetivo específico que responde al imperativo de disponibilidad que consiste en no restringir indebidamente la disponibilidad de ciertos signos escasos y ligado estrechamente a los intereses de los competidores del solicitante (motivo por carecer de carácter distintivo aplicado a los colores e inclusive a las formas de productos¹⁰¹); y
3. el objetivo general que responde al imperativo de garantizar que signos considerados como descriptivos, habituales o funcionales (desde el punto de vista natural, utilitario o estético)

¹⁰⁰ Conclusiones del Abogado General Szpunar en el Asunto C205/13 *Hauck GmbH & Co. KG v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322 (14 de mayo 2014), párrafos [79-80] y ver también la decisión del TJEU, ECLI:EU:C:2014:2233, de 18 de septiembre de 2014, párrafos [31-32].

¹⁰¹ *In re Bongrain*, [2004] EWCA Civ 1690 (Tribunal de Apelación de Inglaterra, 17 de diciembre 2004), apartado [24]

“permanezcan libres para ser utilizados por todos,” y ligado estrechamente a los intereses de todos los participantes económicos.

3. CRITERIO EUROPEO DEL CARÁCTER DISTINTIVO

En la jurisprudencia europea, el carácter distintivo significa que la marca “permite identificar el producto para el que se solicita el registro atribuyéndole una procedencia empresarial determinada y, por consiguiente, distinguir este producto de los de otras empresas.”¹⁰² Esta interpretación evoca la corriente económica de la escuela de Chicago, la cual explica cómo los signos distintivos auxilian a los consumidores en el mercado en sus decisiones de compras.¹⁰³ Además, dicho carácter distintivo debe apreciarse *en concreto* (nunca en abstracto) y siempre teniendo en cuenta dos extremos importantes: primero, los bienes o servicios para los que se solicita el registro y, segundo, la percepción que de ellos tiene el público relevante, “que es el consumidor medio de tales productos o servicios, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.”¹⁰⁴ Aunado a los intereses generales arriba descritos que actúan como barreras del interés público contra la reservación de ciertos signos, el TJEU ha también pintado una imagen específica de las expectativas y percepción que se suponen del consumidor medio europeo, y que también incrementan la dificultad del registro de marcas no tradicionales como los olores, sonidos, formas o embalaje de productos e inclusive de los anuncios comerciales o slogans.¹⁰⁵ En principio,

¹⁰² *P&G*, párrafo [32]

¹⁰³ William Landes and Richard Posner, “Trademark Law: An Economic Perspective” (1987) 2 *Journal of Law and Economics*, 265

¹⁰⁴ *P&G*, párrafo [33]

¹⁰⁵ Asunto C-64/02 P, *OHIM v Erpo Möbelwerk GmbH*, 2004 I-10031 (TJEU, 21 de octubre 2004), apartado [35] (“ Las autoridades podrán tener en cuenta que los consumidores medios no tienen la costumbre de deducir el origen de los productos a

el derecho europeo no permite aplicar un estándar de distintividad más oneroso a las marcas no tradicionales en comparación con las marcas tradicionales compuestas de signos nominativos o figurativos; dicho estándar (sea intrínseco o adquirido) es el mismo para todas las marcas, cualquiera que sea su naturaleza.¹⁰⁶ Sobre esto difiere significativamente el derecho europeo del derecho estadounidense, el cual sí opera diferentes estándares de distintividad dependiendo de la naturaleza ontológica del signo. El *product-design trade dress* (incluyendo marcas no tradicionales que constituyan atributos del producto) debe siempre acreditar el carácter distintivo adquirido (o *secondary meaning*). Sin embargo, la jurisprudencia europea ha desarrollado reglas aplicables en la determinación del registro que preconizan la realidad de las prácticas comerciales cuyo resultado no favorece a los solicitantes de marcas no tradicionales que “se confunden con el aspecto del propio producto.”¹⁰⁷

Por ejemplo, el TJEU ha precisado que el consumidor medio no reacciona de la misma manera al confrontarse con diferentes tipos de marcas, particularmente aquellas compuestas por *trade dress*, en virtud de que la naturaleza misma del signo cuyo registro se solicita puede incidir en la percepción del consumidor. Dicha percepción no es necesariamente la misma cuando se pretende acreditar la aptitud de las marcas *trade dress* para identificar el origen comercial. Así, es regla firme desde hace más de dos décadas en la jurisprudencia que “los consumidores medios no tienen la costumbre de presumir el origen de los productos basándose en su forma o en la de su envase, al margen de todo elemento gráfico o textual...”¹⁰⁸ Tampoco tienen esa costumbre cuando se trata de colores.¹⁰⁹ El TJEU ha sido claro

partir de tales eslóganes.” (“Erpo”)

¹⁰⁶ P&G, párrafo [36]; *Linde*

¹⁰⁷ P&G, párrafo [56]

¹⁰⁸ Asuntos acumulados C468/01 P a C472/01 P, *P&G v OHIM*, 2004 I-05141(TJEU, 29 de abril 2004), apartado [36] (*P&G*)

¹⁰⁹ *Libertel*

ene que, por consiguiente, esta regla implica que “puede resultar más difícil de acreditar el carácter distintivo cuando se trate de una marca tridimensional que cuando se trate de una marca denominativa o figurativa.”¹¹⁰ La misma dificultad surge en relación con colores,¹¹¹ sabores,¹¹² olores,¹¹³ sonidos, hologramas, elementos multimedia e inclusive los avisos comerciales o slogans.¹¹⁴ Esta regla europea de “ausencia de costumbre” para atribuir origen comercial a marcas no tradicionales es equivalente a la de la Corte Suprema de los EE.UU, de acuerdo a la cual no existe “predisposición del consumidor” para ver en las marcas *trade dress* —que comprenden la forma, diseño o el color— una indicación de origen del producto. En ese orden de ideas, el TJEU ha creado la regla de que “cuanto más se acerque la forma cuyo registro se solicita a la forma más probable que tendrá el producto de que se trata, más verosímil será que dicha forma carezca de carácter distintivo...”¹¹⁵ Formas, diseños o combinaciones de elementos que son nuevas (inclusive únicas) que no tienen equivalente en el mercado pueden de cualquier modo considerarse desprovistas de carácter distintivo e incapaces de indicar el origen comercial en virtud de que constituyen soluciones obvias o fáciles de que el consumidor las imagine en relación con los productos seleccionados.

¹¹⁰ *P&G*, apartado [36]

¹¹¹ *Libertel*

¹¹² Asunto R-120/2001-2, *Ely Lilly* (Sala Segunda, OAMI, 4 de agosto 2003), apartado [16] (aplicación de registro de marca gustativa descrita como “el sabor a fresa artificial” para preparaciones farmacéuticas)

¹¹³ Asunto R-711/1999-3, *Myles Ltd's Application* (Sala Tercera, OAMI, 5 de diciembre 2001), [2003] E.T.M.R. 56, apartado [40] (aplicación de registro de marca olfativa descrita como “el olor a frambuesa” para combustibles, en particular de motor y a diesel.)

¹¹⁴ *Eppo*, apartado [35]

¹¹⁵ P&G, párrafo

Con base en esas reglas, resulta de reiterada jurisprudencia que “sólo una marca que, de una manera significativa, difiera de la norma o de los usos de ese ramo y que, por este motivo, cumpla su función esencial de origen no está desprovista de carácter distintivo...”¹¹⁶ Simples variantes de la forma (o del embalaje) habitual se consideran “meras diferencias” de la norma; como tal, son incapaces de ser vistas por el consumidor medio como indicaciones de origen.¹¹⁷ A simple vista, pareciera que cualquier signo que difiera de manera significativa de la norma del sector bastaría para no considerarlo, *ipso facto*, desprovisto de aptitud para indicar el origen. Sin embargo, dicho criterio de “divergencia significativa” contiene más bien dos extremos importantes: uno empírico, relacionado con el grado de diferencia en el sector de que se trate, y el otro normativo, relacionado con la necesidad de cumplir la función esencial de origen con arreglo a las expectativas del consumidor medio, lo cual *podría* o no (más no necesariamente tendría que) ocurrir en el caso de ser sumamente diferente. Este *test* de “diferencia significativa” constituye un estándar sumamente oneroso para acreditar el

¹¹⁶ P&G, párrafo [37]; Henkel, apartado [49]

¹¹⁷ Asunto C-218/01, *Henkel v DPUM*, 2004 I-01725 (TJEU, 12 de febrero de 2004), apartado [49] (en esta decisión el TJEU adoptó por primera vez el criterio de la “divergencia significativa” para todas las marcas tridimensionales compuestas por la forma o el envoltaje del product). Ver ejemplos de marcas *trade dress* consideradas meras variantes e incapaces de guiar al consumidor como indicaciones intrínsecas del origen, Asunto C445/13 P, *Voss of Norway ASA*, ECLI:EU:C:2015:303 (TJEU, 7 de mayo 2015), apartados [94-95] (forma de una botella para amparar bebidas); Asunto C417/16 P *August Stork KG v EUIPO*, ECLI:EU:T:2016:284 (TJEU, 10 de mayo 2016), apartados [42-43] (marca *trade dress* compuesta por la representación de un paquete de forma cuadra blanco y azul para barras de chocolate). Como ejemplo de una marca *trade dress* compuesta por la forma de una botella que, de manera cuestionable, sí se consideró que satisfizo el criterio de la “divergencia significativa”, ver Asunto C783/18 P, *EUIPO v Wajos GmbH*, ECLI:EU:C:2019:1073 (TJEU, 12 de diciembre 2019). Sin embargo, dicha marca fue posteriormente denegada por considerarse necesaria para obtener un resultado técnico, Asunto T-10/22 *Wajos GmbH v EUIPO*, ECLI:EU:T:2023:377 (TGEU, 5 de julio 2023)

carácter distintivo intrínseco de marcas compuestas por *trade dress* que no fueron todavía objeto de uso comercial. En la práctica, un gran número de ellas no acreditan la divergencia significativa y son denegadas registro por la EUIPO, los tribunales y el TJEU.¹¹⁸

En general, para aplicar el estándar de “diferencia significativa,” se requiere que el signo propuesto no sea independiente de la apariencia del producto o se confunda con el mismo, o cuando el signo esté constituido por la representación de la disposición del espacio físico en el que se prestan los servicios para los que se ha solicitado el registro como marca (el llamado “business décor trade dress”).¹¹⁹ Muchas marcas *trade dress* constituidas por la forma o el envase del producto, o la forma o disposición del establecimiento en el que se prestan servicios al público, constituyen meras variantes de formas habituales que no difieren significativamente de la norma y, por consecuencia, están desprovistas de distintividad intrínseca. Sin embargo, no procede aplicar dicho *test* de “divergencia significativa” en todos los casos que involucren marcas no tradicionales.¹²⁰ Ahora analizaremos las reglas específicas que sustentan el criterio de “divergencia significativa” en la apreciación del carácter distintivo de las marcas sonoras y las olfativas.

¹¹⁸ Ramírez-Montes, César, *op. cit.*

¹¹⁹ *Apple*, apartado [20]; Asunto C-456.19 *Aktiebolaget Östgötatrafiken v POR*, ECLI:EU:C:2020:813 (TJEU, 8 de octubre 2020), apartado [41]

¹²⁰ Por ejemplo, el TJEU ha declarado que no se aplica en el caso de las marcas de posición para amparar *servicios* (al contrario de productos, caso en el cual sí se aplicaría) cuando dichas marcas se componen de elementos gráficos (composiciones de colores ordenadas sistemáticamente) que están destinados a ser colocados de manera determinada en los bienes utilizados en la prestación de esos servicios. Ver, *Aktiebolaget Östgötatrafiken v POR*, ECLI:EU:C:2020:813 (TJEU, 8 de octubre 2020), apartado [41]

4. MARCAS SONORAS EN LA UE

En 2021, el Tribunal General de la UE (TGUE) declaró que tampoco era permisible aplicar el criterio de “divergencia significativa” para acreditar la distintividad intrínseca de las marcas sonoras —en este caso, un signo sonoro que recuerda el sonido que se produce al abrir una lata de bebida, para amparar diferentes bebidas tales como cervezas, café y gaseosas.¹²¹ Puntualizó que, al igual que las marcas denominativas y las figurativas, una marca sonora “consiste en un signo independiente del aspecto externo o de la forma de los productos que designa” y, por ello, no procede aplicar el criterio basado en si dicha marca difiere de manera significativa de la norma o de los usos del sector para acreditar el carácter distintivo requerido.¹²² Rechazó la interpretación de la Sala de Recurso, la cual había requerido que cuando el signo sonoro cuyo registro se solicita reproduce un sonido inherente a los productos o a sus usos, dicho signo debía diferir de manera significativa de la norma.¹²³

Recordó el TGUE su propia jurisprudencia en donde previamente había establecido que, para registrar “la repetición de un sonido que se asemeja [...] a un timbre” de teléfono compuesto por la repetición de dos breves notas como marca sonora para distinguir servicios de televisión y productos de papelería,¹²⁴ es necesario que “posea cierta fuerza que permita al consumidor pertinente percibirlo y considerarlo como marca y no como elemento de carácter

¹²¹ Asunto T-668/19 *Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co v EUIPO*, ECLI:EU:T:2021:420 (TGEU, 7 de julio de 2021), apartado [2]. Ese sonido era seguido de un silencio de alrededor de un segundo y de un burbujeo de unos nueve segundos.

¹²² Asunto T-668/19 *Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co v EUIPO*, ECLI:EU:T:2021:420 (TGEU, 7 de julio de 2021), apartado [31]

¹²³ *Ardagh Metal.*, apartado [22]

¹²⁴ Asunto T-408/15 *Globo Comunicação e Participações S/A*, ECLI:EU:T:2016:468 (TJEU, 13 septiembre 2016), apartados [49-50]

funcional o indicador sin características intrínsecas propias.”¹²⁵ Marcas sonoras constituidas por una “excesiva simplicidad” y “trivialidad” en la secuencia de notas se consideran inadecuadas para el registro.¹²⁶ Sin embargo, a pesar de rechazar la “divergencia significativa” como criterio para acreditar la función indicativa de marcas sonoras, el TGUE arribó a una conclusión casi idéntica a la de Sala. En efecto, dicho TGUE concluyó que el público pertinente percibirá el signo sonoro compuesto por el sonido del burbujeo al abrir una lata de bebida gaseosa “como una variante de los sonidos habitualmente emitidos por bebidas en el momento de la apertura de su envase.”¹²⁷ Resaltó que la combinación de elementos –breve silencio después de la apertura de una lata y la duración del burbujeo– “no es inusual en su estructura... [dado que] corresponden a los elementos previsibles y habituales en el mercado de las bebidas,”¹²⁸ inclusive en el caso de las bebidas que no son gaseosas.

Aún cuando el criterio oneroso de la “divergencia significativa” no se aplica a las marcas sonoras, las reglas empíricas que inciden en la percepción del consumidor medio sí tienen aplicación y, en consecuencia, resultará más difícil acreditar su facultad identificativa para el registro. Por ejemplo, constituye jurisprudencia reiterada del TGUE que, aunque el público suele percibir las marcas denominativas o figurativas como signos que identifican el origen comercial de productos, “no ocurre necesariamente lo mismo cuando el signo está compuesto únicamente por un elemento sonoro.”¹²⁹ Ello no quita reconocer que, en el caso de ciertos servicios como la difusión de programas de televisión y radio o de productos como soportes informáticos, “es posible que no sea infrecuente que el

¹²⁵ *Ardagh Metal*, apartado [24] en donde cita *Globo Comunicação*.

¹²⁶ *Ardagh Metal*, apartado [27]

¹²⁷ *Ardagh Metal*, apartado [45]

¹²⁸ *Ardagh Metal*, apartado [47]

¹²⁹ *Ardagh Metal*, apartado [25]; *Globo Comunicação*, apartado [42]

consumidor los identifique mediante un elemento sonoro.”¹³⁰ Sin embargo, resultará difícil acreditar carácter distintivo debido a que deben existir indicios de que el consumidor de los productos o servicios puede establecer un vínculo con dicho origen comercial “por la mera percepción de la marca,” es decir, sin combinarla con otros elementos denominativos o figurativos, o inclusive otra marca.¹³¹ En las prácticas comerciales actuales es poco frecuente que el consumidor encuentre un signo sonoro como único identificador comercial.

5. MARCAS OLFATIVAS EN LA UE

Hasta ahora los tribunales europeos únicamente han abordado el tema del registro de los olores como marcas olfativas en el marco de su representación *gráfica*, mas nunca en la apreciación de su capacidad intrínseca para orientar a los consumidores en la identificación del origen comercial de los productos/servicios seleccionados.¹³² En las reformas europeas de 2015 desapareció el requisito “gráfico”, quedando solamente la obligación de representar la marca en el Registro de manera tal que “permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada...”¹³³ Aún cuando anteriormente la definición de marca europea únicamente comprendía signos que podían representarse visualmente, se desprende de las sentencias *Sieckmann* y *Shield Mark* que dicha definición no era limitativa y, por deducción, comprendía también a los signos que en sí mismos no puedan

¹³⁰ *Globo Comunicação*, apartados [43-44]

¹³¹ *Ardagh Metal*, apartado [25];

¹³² Asunto C-373/00 *Sieckmann v DPUM*, 2002 I-11737 (TJEU, 12 de diciembre 2002); Asunto T-305/04 *Eden SARL v OHIM*, 2005 II-04705 (TGEU, 27 de octubre 2005)

¹³³ Artículo 3, Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión refundida) (“TMD 2015”).

percibirse visualmente –como los olores o los sonidos, inclusive los sabores- por el simple hecho de no estar expresamente excluidos.¹³⁴ La única condición era que pudieran siempre representarse –por medio de figuras, líneas o caracteres- de manera “clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva” (los llamados criterios *Sieckmann*).¹³⁵

No obstante dichas reformas de 2015, dos grandes dificultades se imponen al registro de las marcas olfativas. Primeramente, la “representación” ya no debe ser “gráfica” pero sí “clara y precisa” para la Oficina y el público, que incluye consumidores medios y agentes económicos. Se cambia el énfasis del lente a través del cual se aprecia la representación: del signo propuesto en sí a su comprensión satisfactoria por la autoridad y del público.¹³⁶ Además de eso, en uno de los considerandos el legislador europeo insertó los criterios *Sieckmann*,¹³⁷ lo cual viene a *dificultar* que los olores puedan ser objeto de una representación aceptable para su registro. Con arreglo a *Sieckmann*, ni la descripción verbal, ni la fórmula química, ni el depósito de una muestra –ni mucho menos la combinación de esos elementos- son representaciones aceptables de las marcas olfativas. Esto contrasta con la práctica del IMPI en México que acepta como representación aceptable la descripción verbal que, como hemos visto, no es precisa, objetiva e inequívoca, lo que contraviene el requisito de que la representación permita determinar el objeto “claro y preciso” de la protección con arreglo al artículo 171 de la misma LFPPI.

¹³⁴ *Sieckmann*, apartado [44]; Asunto 283/01 *Shield Mark BV*, 2003 I-14313 (TJEU, 27 de septiembre 2003), apartado [35]

¹³⁵ *Eden Sarl*, apartado [24]

¹³⁶ Fields, Désirée y Muller, Alasdair “Going against Tradition: the Effect of Eliminating the Requirement of Representing a Trade Mark Graphically on Applications for Non-Traditional Trade Marks”, EIPR, 2017, p. 24.

¹³⁷ Recital 13, TMD 2015.

Segundo, no obstante reconocer que “la memoria olfativa es probablemente la más fiable de que dispone el ser humano” y, por ende, “los operadores económicos tienen un interés evidente en utilizar signos olfativos para identificar sus productos,”¹³⁸ no por ello los tribunales europeos han flexibilizado o modificado los requisitos de protección para facilitar su registro. Por ejemplo, al determinar si una marca puede funcionar como signo de comunicación, procede tener en cuenta de que “la percepción de los círculos comerciales pertinentes de una marca olfativa no es la misma que la de una marca nominativa.”¹³⁹ Dicha regla empírica equivale a una presunción legal de que el consumidor medio no tiene generalmente la costumbre de percibir una indicación de origen en los signos olfativos y, en consecuencia, será más difícil acreditar que presentan suficiente facultad identificativa intrínseca para el registro. Este factor importante –basado en la naturaleza misma del signo– tiene una gran incidencia inclusive en la apreciación del carácter distintivo adquirido por el uso (o *secondary meaning*), puesto que recuerda a las autoridades que es legítimo tener en cuenta las dificultades que pudieran presentarse al determinar la existencia o no del carácter distintivo de ciertas marcas.¹⁴⁰ Dicha adquisición representa una excepción al motivo de denegación por falta de capacidad distintiva intrínseca que las reformas de 2018 introdujeron por primera vez en México.

En la iniciativa de reforma de 2017 y en las deliberaciones de comisiones se citó una decisión de la entonces Oficina para la Armonización del Mercado Interior (OAMI, la EUIPO a partir de 2017) en la cual la Segunda Sala de Recurso aceptó en 1999 la marca olfativa descrita verbalmente como “el olor a hierba recién

¹³⁸ *Eden Sarl*, apartado [25]

¹³⁹ *Myles*, 728-729

¹⁴⁰ Asuntos acumulados C217/13 y C218/13 *Oberbank AG*, ECLI:EU:C:2014:2012 (TJEU, 19 de junio 2014), apartados [45-47]

cortada” para pelotas de tenis.¹⁴¹ Esa decisión, sin embargo, precede a la interpretación de la “representación gráfica” adoptada en 2002 por el TJEU in *Sieckmann* y, por tanto, es contraria a los criterios ahí estipulados. Su valor es además sumamente limitado: la Sala nunca abordó la cuestión de la apreciación de la capacidad intrínseca del signo olfativo para identificar el origen comercial.¹⁴² Se le considera como una “perla en el desierto” por ser “una decisión aislada sin epígonos.”¹⁴³ De hecho, las mismas salas de la EUIPO declinan aplicarla como precedente aceptable.¹⁴⁴ Es además cuestionable por otros motivos. El solicitante del “olor a hierba recién cortada” recurrió la denegación por considerar el examinador que dicha descripción no era una “representación gráfica” aceptable del olor; la Segunda Sala anuló las conclusiones del examinador y acogió el recurso. Para la Sala, “el olor a hierba recién cortada es un olor distintivo que todos reconocen por experiencia” y, en consecuencia, “la descripción sometida...es apropiada y cumple con el requisito de representación gráfica.”¹⁴⁵ En vez de examinar la representación misma del signo como identificador del derecho reclamado, de manera cuestionable se basó la Sala en el conocimiento previo del público como referente.

Resulta claro entonces que, contrario a las discusiones parlamentarias en México durante las reformas de 2018 y de 2020, actualmente el derecho europeo no facilita el registro ni de marcas

¹⁴¹ Asunto R-156/1998-2 *Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing* (Segunda Sala de Recurso, OAMI, 11 de febrero de 1999). (“Senta”)1

¹⁴² *Senta*, apartados [14-15]

¹⁴³ *Sieckmann*, Conclusiones del Abogado General Jacobo Colomer, apartado [32]

¹⁴⁴ Asunto R-445/2003-4 *Pikolino's Intercontinental SA*, (Cuarta Sala, OAMI, 12 de diciembre 2005), apartado [17] (La Sala rechazó la descripción de marca olfativa como “el olor a limón” para suelas de zapatos, y estimó que *Senta* fue una “decisión excepcional.”); Asunto R-186/2000-4, *Institute pour la Protection des Fragrances (I.P.F.)* (Cuarta Sala, OAMI, 19 de enero 2004), apartado [21]; *Myles*, apartado [47]

¹⁴⁵ *Senta*, apartados [14-15]

olfativas ni sonoras, ni mucho menos el *trade dress*.¹⁴⁶ Al contrario, las reformas europeas a la Directiva en 2015 y al Reglamento que entraron en vigor en 2017 han endurecido los criterios de registro y reforzado las posibilidades para denegar el registro. Aún más, dichas reformas europeas extendieron el criterio de la funcionalidad como motivo de exclusión permanente –que no acepta el *secondary meaning* como excepción– más allá de la “forma” para incluir también cualquier “otra característica” del producto cuyo objetivo es incluir todo tipo de marca *trade dress* compuesta por signos olfativos, sonoros, hologramas, multimedia, colores, etc. Como se explica líneas abajo, la extensión a “la forma u otra característica” representa un contra-peso positivo en pos de la competencia libre como resultado de una concepto de marca sumamente amplio y, a la vez, constituye un *obstáculo* más que asegura el interés público por encima de los intereses económicos particulares.

6. CRITERIO EUROPEO DE FUNCIONALIDAD

Al igual que en la legislación estadounidense, las marcas no tradicionales como los olores y los sonidos así como aquellas compuestas por *trade dress* pueden ser objeto de denegación permanente de registro por considerarse “funcionales” en cualquier de tres supuestos (signos “naturales, funcionales u ornamentales”) por ser contrarias al interés general en mantener libres para todos los competidores signos necesarios para la competencia efectiva.¹⁴⁷ El criterio de la funcionalidad reivindica la libertad absoluta que tienen todos los competidores para ofrecer productos alternativos cuyo diseño y/o

¹⁴⁶ Al recurrir la denegación del registro de marca *trade dress* compuesta por una barra de chocolate con cuatro círculos, la empresa Mexicana Bimbo alegó que la Sala de Recurso no consideró la figura jurídica del “*trade dress*” pero su argumento fue rechazado por el TGUE. Ver, Asunto T-240/15 *Grupo Bimbo SA de CV*, ECLI:EU:T:2016:327 (1 de junio 2016), apartados [48-49]

¹⁴⁷ *Philps*, apartado [80]; *Symba Toys*, apartados [36-38]; *Lego*, apartado [38]

características de uso incorporan esencialmente una solución técnica que resulta atractiva, desde el punto de vista funcional, para los consumidores y que éstos buscarán en productos aparte de los del titular de la marca.¹⁴⁸ El interés general preconizado por dicho criterio es el de “evitar que la protección conferida por el derecho de marca se extienda más allá de los signos que permiten distinguir un producto o servicio de los ofrecidos por los competidores, hasta convertirse en un obstáculo a que éstos puedan ofrecer libremente productos que incorporen dichas soluciones técnicas o dichas características de uso, compitiendo con el titular de la marca.”¹⁴⁹

El criterio de la funcionalidad comprende ciertos signos que normativamente no pueden constituir una marca. Constituye además “un obstáculo preliminar” que puede impedir el registro inclusive en aquellos casos en que se acredite que el signo reviste distintividad adquirida (*secondary meaning*) gracias al uso que anteriormente se haya hecho del mismo.¹⁵⁰ Hasta antes de 2015, este criterio se limitaba a signos constituidos exclusivamente por la *forma* del producto, o por una representación gráfica de dicha forma, y fue aplicado para anular el registro de la maquineta de afeitar de Philips,¹⁵¹ el bloque Lego,¹⁵² el cubo de Rubik,¹⁵³ la costura de los pantalones G-Star,¹⁵⁴

¹⁴⁸ *Philips*, apartado [79]; Asuntos acumulado C337/12 P to C340/12 P *Pi-Design v OAMI*, ECLI:EU:C:2014:129 (6 de marzo 2014), apartado [56]; *Lego*, apartado [59]

¹⁴⁹ *Gömböc*, apartado [25]; *Philips*, apartado [78]

¹⁵⁰ *Philips*, apartados [75-76]; *Lego*, apartado [47]

¹⁵¹ Asunto 299/99 *Philips v Remington*, 2002 I-05475 (TJEU, 18 de junio 2002).

¹⁵² *Lego*

¹⁵³ Asunto C30/15 P, *Symba Toys GmbH v EUIPO*, (TJEU, 10 de noviembre de 2016)

¹⁵⁴ Asunto C-371/06, *Benetton Group SpA v G-Star International BV*, 2007 I-07709 (TJEU, 20 de septiembre de 2007)

el mango de los cuchillos japoneses Yoshida,¹⁵⁵ etc.¹⁵⁶ Además, el TJEU ha rechazado una aplicación restrictiva del criterio de funcionalidad limitada a la representación del signo en la solicitud de registro para identificar las posibles características funcionales del signo y ha exhortado a las autoridades a “recurrir a información adicional relativa al producto concreto.”¹⁵⁷ Se permite así la ingeniería inversa, a fin de no socavar el interés público que sustenta el criterio. Sin embargo, no permite dicho TJEU una interpretación demasiado elástica del concepto de “signo constituido exclusivamente por la forma” del producto para aplicarlo a una marca de posición constituida por un color en sí mismo aplicado a una parte específica de la suela de zapatos¹⁵⁸ o a una marca constituida por diseños bidimensionales decorativos colocados sobre productos como una tela o un papel.¹⁵⁹ Dichas marcas podrían considerarse

¹⁵⁵ Asuntos Acumulados C337/12 P a C340/12 P, *Pi-Design v Yoshida Metal* (TJEU, 6 de marzo 2014)

¹⁵⁶ Asuntos acumulados C818/18 P and C6/19 P, *The Yokohoma Co v Pirelli Tyre SpA*, ECLI:EU:C:2021:431 (TJEU, 3 de junio 2021) (marca tridimensional constituida por una banda de rodadura de un neumático); Asunto C-237/19 *Gömböc Kutató*, ECLI:EU:C:2020:296, (TJEU, 23 de abril 2020) (marca tridimensional compuesta por un objeto homogéneo formado por dos planos de simetría perpendiculares entre sí, siete caras lisas y aristas que separan dichas caras); Asunto C-215/14 *Société des Produits Nestlé SA v Cadbury UK*, ECLI:EU:C:2015:604 (TJEU, 16 de septiembre 2015) (marca tridimensional constituida por la forma de la barra de chocolate Kit-Kat); Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:2233 (TJEU, 18 de septiembre 2014) (marca tridimensional que representa la silla para niños ajustable “Tripp Trapp”).

¹⁵⁷ Asunto C30/15 P, *Symba Toys GmbH v EUIPO*, (TJEU, 10 de noviembre de 2016) apartado [50]; Asuntos Acumulados C337/12 P a C340/12 P, *Pi-Design v Yoshida Metal* (TJEU, 6 de marzo 2014), apartado [54]

¹⁵⁸ Asunto C163/16, *Louboutin v Van Haren Schoenen BV*, ECLI:EU:C:2018:423 (TJEU, 12 de junio 2018) apartado [24] (explica que el concepto de “forma” “se entiende generalmente en el sentido de que designa un conjunto de líneas o de contornos que delimitan el producto de que se trate en el espacio.”)

¹⁵⁹ Asunto C-21/18, *Textilis v Svenskt Tenn AB*, ECLI:EU:C:2019:199 (TJEU, 14 de marzo 2019), apartado [42]

compuestas más bien de una “característica” del producto –pero no de la *forma* del mismo- para ser objeto de una posible aplicación del criterio de funcionalidad.

A partir de las reformas europeas de 2015, ese criterio se amplía para quedar excluidos permanentemente los signos constituidos exclusivamente por “la forma u otra característica” i) impuesta por la naturaleza misma del producto, ii) necesaria para obtener un resultado técnico, o iii) que dé un valor sustancial al producto. El criterio europeo de funcionalidad comprende entonces tres diferentes e independientes motivos por los cuales se pueden excluir un gran número de marcas *trade dress* por considerarse “funcionales,” bastando que se cumpla uno sólo para denegar el registro. La norma se asegura de mantener en el dominio público “soluciones técnicas o características de uso de un producto,” en beneficio de los competidores del titular de la marca –que buscan ofrecer productos alternativos con dichas soluciones o características- y de los usuarios –quienes pueden buscarlas en los productos de competidores.¹⁶⁰ El sub-criterio de signos necesarios para obtener un resultado técnico ha ocupado, por mucho, la atención del TJEU. Sin embargo, la jurisprudencia también ha abordado en menor grado los otros dos sub-criterios.

Por ejemplo, la exclusión de “los signos impuestos por la naturaleza del propio producto” no puede reducirse a la forma indispensable para la función del producto –la cual se limitaría exclusivamente a “los productos llamados ‘naturales’- que no tienen sucedáneo, o a los productos llamados “reglamentados” –cuya forma está prescrita por normas.”¹⁶¹ Como ejemplos limitativos se mencionan la formas predefinidas –sin una forma de sustitución- tales como un plátano

¹⁶⁰ Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), Conclusiones del Abogado General Szpunar, ECLI:EU:C:2014:322, (14 de mayo de 2014), apartado [28]

¹⁶¹ Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:2233 (TJEU, 18 de septiembre 2014), apartado [24]

para plátanos o la de una pelota de rugby para rugby.¹⁶² Según el TJEU, en principio deben denegarse igualmente “las formas cuyas características esenciales son inherentes a la función o a las funciones genéricas de ese producto.”¹⁶³ Se trata entonces de características de forma que, sin llegar a calificarse de necesarias para obtener un resultado técnico, “revisten una importancia esencial para la función del producto en cuestión” y que el usuario buscará en los productos de competidores porque carecen de un sustituto equivalente apropiado.¹⁶⁴ La Ley Mexicana tiene una disposición similar que sin embargo ha escapado la atención del IMPI, la doctrina y la jurisprudencia.

Siguiendo con el objetivo común de que la protección de la marca no se utilice para obtener una ventaja desleal con fines distintos a los que fue instaurada, el TJEU ha estimado que la aplicación del concepto de “forma que da un valor sustancial al producto” se basa en un “análisis objetivo” con miras a demostrar que el signo en cuestión, debido a sus propias características estéticas, “ejerce una influencia tan importante en el atractivo del producto que el hecho de reservar su beneficio a una sola empresa falsearía las condiciones

¹⁶² Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), Conclusiones del Abogado General Szpunar, ECLI:EU:C:2014:322, (14 de mayo de 2014), apartado [46]

¹⁶³ Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), apartado [25]. Por ejemplo, la forma de un paralelepípedo para un ladrillo, la forma de un recipiente con pico, una tapa y un asa para una tetera, o la forma de las púas de un tenedor para un tenedor. Ver Conclusiones del Abogado General Szpunar, apartado [49]

¹⁶⁴ Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), Conclusiones del Abogado General Szpunar, ECLI:EU:C:2014:322, (14 de mayo de 2014), apartado [57]. Menciona también como ejemplos marcas compuestas por patas unidas a un tablero horizontal en lo que atañe a una mesa, o de una plantilla con forma ortopédica con una tira en forma de «v» en lo que atañe a las chancletas. Igualmente comprendería formas de productos manufacturados más complejas, como la forma de un casco, de un velero o la de las helices de un avión. Ver, apartado [59].

de competencia en el mercado en cuestión.”¹⁶⁵ Se trata de ponderar —además de la percepción del consumidor medio— las “consecuencias económicas” que resultarán de la exclusividad a una sola empresa, es decir, “si el registro del signo afecta a la posibilidad de introducir productos competidores en el mercado.”¹⁶⁶ Dichos elementos objetivos y fiables deben demostrar que “la elección de los consumidores de comprar el producto en cuestión está determinada, en gran medida, por una o varias características de la forma de la que está constituida exclusivamente el signo.”¹⁶⁷

No todas las características del producto, sin embargo, son pertinentes en la aplicación de la exclusión. Carecen de pertinencia aquellas “no relacionadas con su forma, como las cualidades técnicas o la notoriedad de dicho producto.”¹⁶⁸ En el caso de artículos decorativos o de cristalería, inclusive cabría que su “valor sustancial” pueda resultar de elementos distintos de la forma.¹⁶⁹ Siguiendo una interpretación teleológica, el TJEU estima que la “forma que da un valor sustancial al producto” como motivo de exclusión permanente “no puede limitarse únicamente a la forma de productos que tengan exclusivamente un valor artístico u ornamental.”¹⁷⁰ Ello conllevaría al riesgo inaceptable de no aplicar la exclusión a productos que, además de un elemento estético importante, revisten

¹⁶⁵ Asunto C-237/19 *Gömböc Kutató*, ECLI:EU:C:2020:296, (TJEU, 23 de abril 2020), apartado [40]; Asunto T-508/08 *Bang & Olufsen A/S*, 2011 II-06975 (TGEU, 11 octubre 2011), apartado [73]

¹⁶⁶ Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), Conclusiones del Abogado General Szpunar, ECLI:EU:C:2014:322, (14 de mayo de 2014), apartado [89]

¹⁶⁷ *Gömböc*, apartado [41]

¹⁶⁸ *Gömböc*, apartado [42]

¹⁶⁹ Como por ejemplo “la historia de su diseño, su modo de fabricación, según sea esta industrial o artesanal, las materias, eventualmente raras o preciosas, que contengan, o incluso la identidad de su creador.”

¹⁷⁰ Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014, apartado [32]; *Gömböc*, apartado [46]

características funcionales esenciales.¹⁷¹ Como ejemplos limitativos se mencionan las obras de arte, las artes aplicadas o a productos manufacturados cuyo propósito primordial sea atender una función decorativa o de colección. Sin embargo, el concepto de “forma que da un valor substancial al producto” es más amplio y puede comprender también formas “compuestas” or “combinadas” –como una silla periquera o un altavoz de casa- que pueden revestir varias características esenciales –algunas técnicas, otras estéticas o inclusive naturales- que podrían conferir diferentes valores sustanciales ante los consumidores y que no por ese mero hecho deben quedar libres de objeción.

El ámbito de aplicación del criterio de “signos que dan un valor substancial al producto” puede comprender, en gran medida, “artículos de diseño” que se compran debido a su aspecto estético como los utensilios (joyas, cubiertos decorados, etc.) o los muebles o sillas de diseño.¹⁷² Se trata entonces de casos en los que el diseño es un elemento que será sumamente importante en la elección del consumidor –aunque éste tome igualmente en consideración otras características del producto- y, a la vez, ese diseño es un elemento esencial en la estrategia de marca del titular, lo que hace que el producto sea más atractivo, es decir, que aumente su valor.¹⁷³ No obstante su amplio ámbito de aplicación, el TJEU he rechazado una exclusión sistemática de signos compuesto por la apariencia de un producto que son también objeto de protección por el Derecho sobre dibujos o modelo industriales o cuando el signo se constituya exclusivamente por la forma de “artículos decorativos” como de

¹⁷¹ Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014, apartado [32])

¹⁷² Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), Conclusiones del Abogado General Szpunar, ECLI:EU:C:2014:322, (14 de mayo de 2014), apartados [81-83]

¹⁷³ Asunto T-508/08 *Bang & Olufsen A/S*, 2011 II-06975 (TGEU, 11 octubre 2011), apartados [73-74]

cristalería o de loza.¹⁷⁴ Aún cuando el objetivo de prohibir el registro como marcas de signos que dan un valor substancial al producto es hacer un distingo entre la protección de las marcas y la de otros bienes inmateriales tutelados como dibujos o modelos industriales o como derechos de autor, el derecho europeo no prohíbe en sí misma la coexistencia de varios títulos de protección, siempre que se cumplan cabalmente los requisitos correspondientes.¹⁷⁵ En las nueva LFPIP de 2020, el legislador mexicano amplió el criterio de exclusión de formas tridimensionales al agregar también “diseños industriales que sean del dominio público o que se hayan hecho de uso común...”,¹⁷⁶ quizá con el objetivo de hacer un distingo más diáfano entre la protección de la marca y el régimen de los dibujos o modelos industriales. Dicha exclusión, sin embargo, no aplica a diseños industriales cuyo registro no caducó todavía y no queda claro si esta limitante es suficiente en sí para evitar el abuso del derecho exclusivo y permanente de la marca. De hecho, la ampliación del concepto mexicano de marca a los signos sonoros crea el riesgo inaceptable de registrar melodías protegidas por un derecho de autor –caducado o no-, permitiendo con ello el abuso para perpetuar la protección de obras musicales indefinidamente.¹⁷⁷

La ampliación del criterio europeo de funcionalidad a cualquier “otra característica” del producto responde a la propuesta elaborada por el Max Planck Institute (MPI) en su estudio preliminar de 2011, sobre el cual se basó la propuesta de reforma hecha por la Comisión Europea.¹⁷⁸ En él, el MPI cuestionó la reducción del

¹⁷⁴ *Gömböc*, apartado [62]

¹⁷⁵ *Gömböc*, apartados [50-51]

¹⁷⁶ Fracción II, artículo 72, LFPII.

¹⁷⁷ Asunto C-283/01 *Shield Mark BV*, 2003 I-14313 (TJEU, 27 de noviembre 2003), Conclusiones del Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer (3 de abril de 2003), apartado [52]

¹⁷⁸ Max Planck Institute, “Study on the overall functioning of the European Trade Mark System”, 15 de febrero 2011, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/>

criterio a la marcas de “forma,” resaltando que era demasiado limitativo en comparación con el criterio análogo los EE.UU., que lo aplica a cualquier marca *trade dress* incluyendo colores, olores o sonidos.¹⁷⁹ Como ejemplos resaltó que “si el sonido de una motocicleta se produce por una propiedad técnica del motor, tendría relevancia investigar si dicho sonido se impone por la naturaleza –o quizá por el desempeño técnico- misma del producto que se pretende amparar.”¹⁸⁰ Lo mismo cabría en el caso de signos olfativos aplicados a productos que buscan contrarrestar malos olores o productos cuyo material emite un olor desagradable que se oculta con otro más placentero, e inclusive con productos cuyo valor principal radica en la sustancia misma que se quiere comprar por su aroma atractivo.¹⁸¹ También quedarían comprendidas en “otra característica” las marcas de movimiento, las de posición, las de patrón que representan decoración de la superficie e inclusive los sabores, que podrían ser permanentemente excluidos por ser signos que dan un valor sustancial al producto.¹⁸² De igual forma, el uso de ciertos colores en productos puede tener fines utilitarios tales como indicación de advertencia o peligro,¹⁸³ indicaciones de frescura o cuidado del medio ambiente o para ocultar posibles manchas de mugre.¹⁸⁴ Sin embargo, como quedó redactada la LFPIP, no hay disposición

[publication/5f878564-9b8d-4624-ba68-72531215967e](https://doi.org/10.24085/revista.rpd.v12n20a20)

¹⁷⁹ Estudio, página 72, apartado [2.31]

¹⁸⁰ Estudio, página 72, apartado [2.31]

¹⁸¹ Annette Kur and Martin Senfleben, *European Trade Mark Law* (OUP, 2017), páginas 160-161

¹⁸² Annette Kur and Martin Senfleben, *European Trade Mark Law* (OUP, 2017), páginas 160-161

¹⁸³ Asunto 45/11 P, *Deutsche Bahn AG v OAMI*, 2011 I-00190 (TJEU, 7 de septiembre de 2011), apartado [60] (marca compuesta por dos líneas de colores –una gris y la otra rojo- tiene usos funcionales para indicar el movimiento de los vagones de tren (el gris) o como advertencia a los pasajeros del espacio entre el vagón y el andén).

¹⁸⁴ Asunto R-2225/2015-1 *REWE Markt GmbH* (Primera Sala de Recurso, EUIPO, 15 de septiembre de 2016), apartados [22] y [24]

legal especifica que limite el registro de dichos signos que inciden en los intereses de los competidores que ofrecen productos alternativos en competencia con el titular de la marca.

Hasta ahora el TJEU no sea avocó todavía a definir el significado y alcance de “otra característica” del criterio ampliado de la funcionalidad.¹⁸⁵ Sin embargo, con las reformas de 2015 el legislador europeo sentó las bases para una aplicación más extensa de las exclusiones por funcionalidad que, como obstáculo preliminar, dificultará el registro fácil de muchas características de uso de productos –técnicas o estéticas- que coinciden con la misma tendencia en el derecho estadounidense. Cabría entonces preguntarnos si el argumento de que tratados internacionales como el T-MEC o el TLCUEM requieren incondicionalmente que México desatienda el interés público en aras de favorecer intereses económicos privados. Hasta ahora México se ha limitado a excluir del Derecho de marcas formas que representan una solución técnica o que se imponen por la naturaleza misma del producto, sin definir ni el alcance de la norma ni que exista jurisprudencia que interprete la exclusión de formas naturales.

IV. CONCLUSIONES

Tomando como punto de partida las obligaciones estipuladas en el T-MEC relacionadas con las marcas no tradicionales como las olfativas y las sonoras (también conocidas como categorías del llamado “trade dress”), y siguiendo de manera comparativa la manera como los EE.UU y la UE protegen y limitan dichas marcas, resulta evidente que el régimen adoptado en México soslaya el interés público en la búsqueda de mercados competitivos que beneficien

¹⁸⁵ En una decisión reciente el TGEU adoptó una interpretación sumamente limitativa al estimar que no era aplicable al color dorado aplicado a una botella de vino espumoso. Ver, Asunto T324/18, *Vinicola Tombacco (VI.TO.) Srl v S Bottega*, ECLI:EU:T:2019:297 (TGEU, 8 de mayo de 2019).

también a los consumidores y competidores. El régimen mexicano falla en la adopción de disposiciones legales que otros países con holgada experiencia en la reglamentación tan delicada del *trade dress* han considerado sumamente importantes en aras de fomentar un régimen más equilibrado que minimice el riesgo palpable de sobreprotección y de posibles abusos que dichas marcas *trade dress* compuestas de elementos tan efímeros y huidizos como los olores o los sonidos pueden suscitar. Las discusiones parlamentarias de las reformas mexicanas reflejan un desconocimiento profundo de los efectos nocivos que un derecho marcario no acotado que se reserva permanentemente a un solo comerciante puede llegar a causar, y como ejemplo basta mencionar la intervención en favor del dictamen de un senador que condescendentemente puntualizó “se reconoce que la marca llega al consumidor también a través de medios sensoriales diferentes a la vista, como es el olfato, pensemos en las palomitas en el cine.”¹⁸⁶ Asumiendo que el olor a palomitas es el mismo cuando son de microondas, hechas a máquina o hechas en casa, y se mantiene establece en el tiempo, el olor a palomitas reservado al primer comerciante que acuda al IMPI necesariamente implica que nadie más podrá usarlo libremente para identificar e informar al consumidor que se venden palomitas, lo cual resultará en precios elevados por el producto. ¿En qué se benefician los consumidores, otros comerciantes y el público en general?

¹⁸⁶ Intervención del Senador Jorge Toledo Ruiz en votación y discusión del Dictamen, 15 de marzo de 2018, página 2, publicada en Gaceta del Senado, ver https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/79721

V. BIBLIOGRAFÍA

- Apple*, apartado [20]; Asunto C-456.19 *Aktiebolaget Östgötatrafiken v POR*, ECLI:EU:C:2020:813 (TJEU, 8 de octubre 2020), apartado [41]
- Ardagh Metal*, apartado [24] en donde cita *Globo Comunicação*.
Asunto C144/06 P *Henkel KGaA v OAIM*, ECLI:EU:C:2007:577 (4 de octubre 2007)
- Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:2233 (TJEU, 18 de septiembre 2014), apartado [24]
- Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), Conclusiones del Abogado General Szpunar, ECLI:EU:C:2014:322, (14 de mayo de 2014), apartado [46]
- Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), apartado [25].
- Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), Conclusiones del Abogado General Szpunar, ECLI:EU:C:2014:322, (14 de mayo de 2014), apartado [57].
- Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), Conclusiones del Abogado General Szpunar, ECLI:EU:C:2014:322, (14 de mayo de 2014), apartado [89]
- Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014, apartado [32]; *Gömböc*, apartado [46]
- Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014, apartado [32]
- Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), Conclusiones del Abogado General Szpunar, ECLI:EU:C:2014:322, (14 de mayo de 2014), apartados [81-83]

- Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322, (TJEU, 18 de septiembre 2014), Conclusiones del Abogado General Szpunar, ECLI:EU:C:2014:322, (14 de mayo de 2014), apartado [28]
- Asunto 299/99 *Philips v Remington*, 2002 I-05475 (TJEU, 18 de junio 2002).
- Asunto C-104/01 *Libertel Groep BV*, 2003 I-03793 (TJEU, 6 de mayo 2003) (representación gráfica de marca de color en sí sin contornos para servicios) (“Libertel”)
- Asunto C-191/01 *OAMI v Wm. Wrigley Jr. Co.* 2003 I-12447 (TJEU, 23 de octubre 2003), apartad [35] (marca compuesta por el sintagma “double-mint,” o “doble-menta,” para gomas de mascar).
- Asunto C-21/18, *Textilis v Svenskt Tenn AB*, ECLI:EU:C:2019:199 (TJEU, 14 de marzo 2019), apartado [42]
- Asunto C-218/01, *Henkel v DPUM*, 2004 I-01725 (TJEU, 12 de febrero de 2004), apartado [49] 10/22 *Wajos GmbH v EUIPO*, ECLI:EU:T:2023:377 (TGEU, 5 de julio 2023)
- Asunto C-237/19 *Gömböc Kutató*, ECLI:EU:C:2020:296, (TJEU, 23 de abril 2020), apartado [40]; Asunto T-508/08 *Bang & Olufsen A/S*, 2011 II-06975 (TGEU, 11 octubre 2011), apartado [73]
- Asunto C-283/01 *Shield Mark BV*, 2003 I-14313 (TJEU, 27 de noviembre 2003) (representación “gráfica” de una marca Sonora) (“*Shield Mark*”)
- Asunto C-283/01 *Shield Mark BV*, 2003 I-14313 (TJEU, 27 de noviembre 2003), Conclusiones del Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer (3 de abril de 2003), apartado [52]
- Asunto C-286/04 P *Euromex SA v OHIM*, 2005 I-05797, (TJEU, 30 de junio 2005), apartado [26]; Asunto C445/13 P, *Voss of Norway ASA*, ECLI:EU:C:2015:303 (TJEU, 7 de mayo 2015), apartado [125]

- Asunto C-299/99 *Philips v Remington*, 2002 I-05475 (TJEU, 18 de junio 2002), párrafo [80];
- Asunto C-371/06, *Benetton Group SpA v G-Star International BV*, 2007 I-07709 (TJEU, 20 de septiembre de 2007)
- Asunto C-373/00 *Sieckmann v DPUM*, 2002 I-11737 (TJEU, 12 de diciembre 2002); Asunto T-305/04 *Eden SARL v OHIM*, 2005 II-04705 (TGEU, 27 de octubre 2005)
- Asunto C-49/02 *Heidelberger Bauchemie GmbH*, 2004 I-06129 (TJEU, 24 de junio 2004) (representación gráfica de combinación de colores para ciertos servicios) (“Heidelberger”).
- Asunto C-49/02 *Heidelberger Bauchemie GmbH*, 2004 I-06129 (TJEU, 24 de junio 2004). Véase también, Asunto C-124/19 *Red Bull GmbH v EUIPO*, ECLI:EU:C:2019:641 (TJEU, 29 de julio 2019) (marca compuesta por combinación de dos colores (azul y plateado) por sí solos para bebidas)
- Asunto C-64/02 P, *OHIM v Erpo Möbelwerk GmbH*, 2004 I-10031 (TJEU, 21 de octubre 2004), apartado [35] (“Las autoridades podrán tener en cuenta que los consumidores medios no tienen la costumbre de deducir el origen de los productos a partir de tales eslóganes.”) (“Erpo”)
- Asunto C163/16, *Louboutin v Van Haren Schoenen BV*, ECLI:EU:C:2018:423 (TJEU, 12 de junio 2018) apartado [24] (explica que el concepto de “forma” “se entiende generalmente en el sentido de que designa un conjunto de líneas o de contornos que delimitan el producto de que se trate en el espacio.”)
- Asunto C30/15 P, *Symba Toys GmbH v EUIPO*, (TJEU, 10 de noviembre de 2016)
- Asunto C30/15 P, *Symba Toys GmbH v EUIPO*, (TJEU, 10 de noviembre de 2016) apartado [50]; Asuntos Acumulados C337/12 P a C340/12 P, *Pi-Design v Yoshida Metal* (TJEU, 6 de marzo 2014), apartado [54]
- Asunto C421/13 *Apple Inc v DPUM*, ECLI:EU:C:2014:2070 (10 de julio 2014) (“Apple”)

- Asunto R-120/2001-2, *Ely Lilly* (Sala Segunda, OAMI, 4 de agosto 2003), apartado [16] (aplicación de registro de marca gustativa descrita como “el sabor a fresa artificial” para preparaciones farmacéuticas)
- Asunto R-156/1998-2 *Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing* (Segunda Sala de Recurso, OAMI, 11 de febrero de 1999). (“Senta”)¹
- Asunto R-445/2003-4 *Pikolino’s Intercontinental SA*, (Cuarta Sala, OAMI, 12 de diciembre 2005).
- Asunto R-711/1999-3, *Myles Ltd’s Application* (Sala Tercera, OAMI, 5 de diciembre 2001), [2003] E.T.M.R. 56, apartado [40] (aplicación de registro de marca olfativa descrita como “el olor a frambuesa” para combustibles, en particular de motor y a diesel.)
- Asunto T-240/15 *Grupo Bimbo SA de CV*, ECLI:EU:T:2016:327 (1 de junio 2016), apartados [48-49].
- Asunto T-408/15 *Globo Comunicação e Participações S/A*, ECLI:EU:T:2016:468 (TJEU, 13 septiembre 2016), apartados [49-50]
- Asunto T-508/08 *Bang & Olufsen A/S*, 2011 II-06975 (TGEU, 11 octubre 2011), apartados [73-74]
- Asunto T-668/19 *Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co v EUI-PO*, ECLI:EU:T:2021:420 (TGEU, 7 de julio de 2021), apartado [2]. Ese sonido era seguido de un silencio de alrededor de un segundo y de un burbujeo de unos nueve segundos.
- Asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01 *Linde*, 2003 I-03161 (TJEU, 8 de abril 2003), párrafo [73] (“Linde”); Asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97 *Windsurfing*, 1999 I-02779 (TJEU, 4 de mayo 1999), párrafo [25] (“Windsurfing”)
- Asuntos acumulados C217/13 y C218/13 *Oberbank AG*, ECLI:EU:C:2014:2012 (TJEU, 19 de junio 2014), apartados [45-47]
- Asuntos Acumulados C337/12 P a C340/12 P, *Pi-Design v Yoshida Metal* (TJEU, 6 de marzo 2014)

- Asuntos acumulados C468/01 P a C472/01 P *Procter & Gamble v OHIM*, 2004 I-05141 (TJEU, 29 de abril 2004), apartado [65] (marca tridimensional compuesta de elementos de forma y colores para pastillas usadas en lavadoras o lavavajilas); Asunto C144/06 P *Henkel KGaA v OAIM*, ECLI:EU:C:2007:577 (4 de octubre 2007).
- Asuntos acumulados C468/01 P a C472/01 P, *P&G v OHIM*, 2004 I-05141(TJEU, 29 de abril 2004), apartado [36] (*P&G*)
- Asuntos acumulados C818/18 P and C6/19 P, *The Yokohoma Co v Pirelli Tyre SpA*, ECLI:EU:C:2021:431 (TJEU, 3 de junio 2021) (marca tridimensional constituida por una banda de rodadura de un neumático); Asunto C-237/19 *Gömböc Kutató*, ECLI:EU:C:2020:296,.
- Asunto C-215/14 *Société des Produits Nestlé SA v Cadbury UK*, ECLI:EU:C:2015:604 (TJEU, 16 de septiembre 2015) (marca tridimensional consituida por la forma de la barra de chocolate Kit-Kat); Asunto 205/13 *Hauck GmbH v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:2233 (TJEU, 18 de septiembre 2014) (marca tridimensional que representa la silla para niños ajustable “Tripp Trapp”).
- Brunswick Corp v British Seagull*, 35 F.2d.1527 (Fed.Cir., 1994) *In re N.V. Organon*, 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006, TTAB)
- Conclusiones del Abogado General Szpunar en el Asunto C205/13 *Hauck GmbH & Co. KG v Stokke A/S*, ECLI:EU:C:2014:322 (14 de mayo 2014), párrafos [79-80] y ver también la decision del TJEU, ECLI:EU:C:2014:2233, de 18 de septiembre de 2014, párrafos [31-32].
- Fields, Désirée y Muller, Alasdair “Going against Tradition: the Effect of Eliminating the Requirement of Rrepresenting a Trade Mark Graphically on Applications for Non-Traditional Trade Marks”, EIPR, 2017.

- Dictamen de la Comisión de Economía, de la Cámara de Diputados, del 13 de marzo de 2018, página 34: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/63/2018/mar/20180313-II.pdf#page=2>.
- Dictámenes de Comisiones Unidas de Economía; de Salud y de Estudios Legislativos, del Senado, publicados en la Gaceta del Senado el 29 de junio de 2020: Gaceta LXIV/2PPE-1, páginas 57-60. https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/109519
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial y de Estudios Legislativos, de 21 de marzo de 2018, publicado en la Gaceta del Senado: https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/79467.
- Ejemplos de marcas trade dress que habrían acreditado sobradamente un carácter distintivo adquirido (*secondary meaning*) pero a las que se les aplicó la regla de la no funcionalidad son Philips v Remington, Lego, Rubik's Cube.
- Eppendorf-Netheler-Hinz GmbH v Ritter GmbH*, 289 F.3d 351,355-56 (Fifth Court of Appeal, 2002)
- In re Bongrain*, [2004] EWCA Civ 1690 (Tribunal de Apelación de Inglaterra, 17 de diciembre 2004), apartado [24]
- In re Loggerhead Tools, LLC*, 119 U.S.P.Q.2d 1429 (Trademark Trial and Appeal Board, 2016)
- In re N.V. Organon*, 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006, TTAB); *New York Pizzeria, Inc v Syal*, 56 F.Supp.3d 875, 881 (Southern District Texas, 2014).
- In re Pohl-Boskamp GmbH*, 106 U.S.P.Q.2d 1042 (2013, TTAB)
- Intervención del Senador Jorge Toledo Ruiz en votación y discusión del Dictamen, 15 de marzo de 2018, página 2, publicada en Gaceta del Senado, ver https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/79721
- Kur, Anette y Senftleben, Marin, *European Trade Mark Law*, Oxford University Press, 2017.

- Landes, William y Posner, Richard, “Trademark Law: An Economic Perspective”, *Journal of Law and Economics*.
- LVL XIII Brands, Inc v LVM S.A.*, 209 F.Supp.3d 612, 651 (Southern District New York, 2016).
- Max Planck Institute, “Study on the overall functioning of the European Trade Mark System” , 15 de febrero 2011, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5f878564-9b8d-4624-ba68-72531215967e>
- New York Pizzeria, Inc v Syal*, 56 F.Supp.3d 875, 881-882 (Southern District Texas, 2014)
- NG-Loy Wee Loon, “The IP Chapter in the US-Singapore Free Trade Agreement”(2004) 16 Singapore ALJ 42, 48; Susanna HS Leong, “Conditions for Registration and Scope of Protection of Non-Conventional Trade Marks in Singapore”(2004) 16 Singapore ALJ 423, 425
- Qualitex Co v Jacobson Products*, (1995) 514 U.S. 159 (“Qualitex
- Ramírez-Montes, César, “Trade Marking the Look and Feel of Business Environments in the EU” *Columbia Journal of EU Law*, 2018, pp. 75-133.
- Sieckmann*, Conclusiones del Abogado General Jacobo Colomer.
- Société des Produits Nestlé SA v Cadbury*, [2013] EWCA Civ 1174 (Tribunal de Apelación de Inglaterra, 4 de octubre 2013), apartado [51].

REFLEXIONES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA AL DERECHO Y EL DERECHO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿VAMOS HACIA EL MUNDO DE *BLACK MIRROR*?

REFLECTIONS ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE APPLIED TO LAW AND THE LAW OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: ARE WE HEADING TOWARDS THE WORLD OF BLACK MIRROR?

ENRIQUE CÁCERES NIETO^{1*}

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es proporcionar una panorámica sobre los dos aspectos de la relación entre la inteligencia artificial (IA) y el derecho: la inteligencia artificial aplicada al derecho (IAD) y el derecho de la inteligencia artificial. Consta de tres grandes bloques: 1) una breve historia de la inteligencia artificial; 2) Los temas de la IAD y la exposición de algunos desarrollos en correspondientes tanto al enfoque *top down*, como al *bottom up* que permiten mostrar porque la IAD debe considerarse una nueva área de la Teoría General del Derecho. El tercer bloque versa sobre los peligros de la IA, con énfasis especial en los riesgos para la democracia, la paz y la libertad. El trabajo concluye con una breve consideración sobre ética, derecho e IA y concluye con una breve reflexión sobre la necesidad de reinventar el derecho para afrontar los retos de la IA.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia Artificial y Derecho; Teoría General del Derecho; Filosofía del Derecho Constructivismo Jurídico

¹ * Investigador de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y asociado en el Centro de Ciencias de la Complejidad, ambos de la UNAM. Investigador nacional nivel III. Correo electrónico: encacer@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7196-7970>

ABSTRACT: This paper aims to provide an overview of the double relationship between artificial intelligence and law: artificial intelligence applied to law and the law of artificial intelligence. It consists of three main blocks: 1) a brief history of artificial intelligence; 2) the issues of AI and the exposition of some developments in the top-down and bottom-up approaches that show why AI should be considered a new area of the General Theory of Law. The third section deals with the dangers of AI, with special emphasis on the risks to democracy, peace and freedom. The paper concludes with a brief consideration of ethics, law and AI and ends with a short reflection on the need to reinvent law to meet the challenges of AI.

KEYWORDS: Artificial Intelligence and Law; General Legal Theory; Philosophy of Law; Legal Constructivism

I. INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) HOY

El advenimiento masivo de la inteligencia artificial hace que esté presente en todos los terrenos: vehículos autónomos, robots asistenciales, la determinación de la responsabilidad por consecuencias jurídicas de acciones realizadas por robots, diagnóstico médico realizado por Watson, el sistema desarrollado por IBM, el surgimiento de Ross (un abogado robot contratado por despachos jurídicos), androides conferencistas con nacionalidad jurídica, etcétera. Estas son solo algunas de las turbulencias que han colocado al sistema social y al jurídico como un sistema alejado del estado de equilibrio.

Sin duda, la inteligencia artificial hace nuestra vida cotidiana más fácil a través de teléfonos inteligentes que aprenden las expresiones o frases que empleamos de manera frecuente para comunicarnos y sugerirnos cual utilizar o sustituir; facilita la seguridad de acceso a nuestros dispositivos a través nuestros datos biométricos;

llegar a nuestro destino gracias a aplicaciones como *Google Maps* que incluso nos indica las rutas más rápidas; modelar la propagación de enfermedades; identificar las zonas con el mayor índice de criminalidad y un largo etcétera.

Sin embargo, como suele suceder en el ámbito científico y tecnológico la inteligencia artificial también puede traer efectos colaterales indeseables. Con la llegada de la minería de datos se incrementó la capacidad de manejar volúmenes de información en formas inimaginables a través de la combinación de información en la red, independientemente de su formato, es decir sin importar si son datos numéricos, alfanuméricos, imágenes o sonidos para realizar clasificaciones predictivas susceptibles de ser empleadas para manipular nuestros procesos mentales y nuestro comportamiento, sin que seamos conscientes de ello; esto ha mostrado ser un riesgo para la democracia, como ha sucedido en el caso del sistema de *Cambridge Analytics* (Kaiser, 2019); es una constante fuente de riesgo para el derecho a la privacidad, e incluso para la seguridad nacional.

Como es fácil observar, la revolución tecnológica de la inteligencia artificial implica también una revolución social que, por tanto, no puede quedar al margen del derecho.

El objetivo de este trabajo es brindar una panorámica muy general sobre las dos caras de la relación entre inteligencia artificial y derecho: la inteligencia artificial aplicada al derecho y el derecho de la inteligencia artificial.

El trabajo se puede dividir en tres grandes bloques de ideas: consideraciones generales e introductorias acerca de la inteligencia artificial, incluyendo una breve referencia histórica; la inteligencia artificial aplicada al derecho y finalmente el derecho de la inteligencia artificial. Su finalidad es la de proporcionar un primer andamio para quienes estén interesados en continuar investigando sobre esta novedosa y fascinante relación inter y transdisciplinaria.

II. INTRODUCCIÓN: BREVE HISTORIA DE LA IA

Por la expresión ‘Inteligencia artificial’ podemos entender la rama de la ciencia computacional dedicada al desarrollo de programas cuyos productos finales, de ser atribuibles a un humano, presupondrían procesos mentales inteligentes.

Por novedosa que parezca, la inteligencia artificial es el producto de conocimientos acumulados a lo largo de siglos, empezando por la lógica Aristotélica, en el siglo III A.C. (Belda, 2017) el surgimiento del concepto de base de datos en el siglo V A.C por parte de Isidoro de Sevilla; la construcción de la *Ars Magna*, una especie de máquina pensante que mediante diales palancas y manivelas podía realizar demostraciones lógicas con sujetos y predicados de teorías teológicas, inventada por Ramón Lulio en el siglo VIII; la primer calculadora creada por el matemático inglés Charles Babbage en el siglo XVIII, inspirado en el uso de tarjetas perforadas inventadas por Joseph Marie Charles para programar una tejedora; la determinación de las bases de la lógica de primer orden por parte de George Boole y Augustus Morgan en contraposición a la lógica clásica aristotélica en el siglo XIX (Belda, 2017, p. 224); el nacimiento de los conceptos fundamentales de la inteligencia artificial por parte de Alan Turing en el siglo XX, quien además hizo aportaciones sumamente importantes en teoría de la computación, la arquitectura de las computadoras, el criptoanálisis y la formulación del famoso *test* que lleva su nombre, conforme al cual si una máquina se comporta en todos los aspectos como un ente inteligente y pasa desapercibida por un humano, quien considera que sus operaciones han sido realizadas por un humano, entonces debe ser considerada inteligente (Belda, 2017). En 1956, dos años después de la muerte de Turín, tuvo lugar un paradigmático encuentro en la universidad de Dartmouth College en New Hampshire (Belda, 2017) conocido como la reunión de Dartmouth. Organizada por John McCarthy, congregó a 11 de las mentes más brillantes de la época, entre las

que se encontraban el matemático Marvin Minsky, creador de la expresión ‘inteligencia artificial’; el psicólogo Frank Ros, pionero de las redes neuronales; Herbert Simon, premio nobel de economía; Claude Shannon considerado el padre de la teoría de la información y Alain Newell, experto en informática y psicología cognitiva. Como resultado de esa reunión, que duró dos meses, se consolidó la columna vertebral de la inteligencia artificial contemporánea, con dos enfoques diferentes y contrapuestos: el enfoque simbólico y el enfoque conexionista, también conocidos como enfoque *top down* y *bottom up*, respectivamente. La visión *top down*, encabezada por Newell y Simon, consideraba que la cognición era un fenómeno de alto nivel, independiente del soporte en el que ocurra. En este sentido, el cerebro no es más que un soporte que puede reemplazarse por tecnologías de silicio. Para este grupo la inteligencia artificial se debe avocar a desarrollar sistemas artificiales capaces realizar el mismo tipo de operaciones simbólicas que el cerebro humano, sin pretender reproducir su estructura.

El grupo que defendía el enfoque *bottom up*, encabezado por Rosenblatt, sostenía lo contrario, es decir, que la estructura del cerebro es una condición necesaria para que pueda tener lugar la emergencia de procesos cognitivos y, por tanto, es imprescindible crear un *hardware* que emule la biología cerebral. Este enfoque, congruente con la visión de Turín, es la base del modelo conexionista en el que se fundamentan los sistemas *Deep* y *Machine Learning* característicos de inteligencia artificial contemporánea.

El auge inicial de ambos enfoques se vio paralizado durante el período de 1970 a 1985 debido a diversos problemas en su desarrollo, que incidieron en la falta de apoyos financieros. Sin embargo, poco a poco fueron surgiendo nuevos avances tanto teóricos como tecnológicos que produjeron un renovado interés por la Inteligencia Artificial con los consiguientes financiamientos.

Con la finalidad de romper la asociación a los intentos infructuosos de la primera etapa y el fracaso de un sistema llamado *General Solving Problem* pensado para resolver cualquier problema que se le planteara, independientemente del dominio, los partidarios del enfoque *top down* comenzaron a desarrollar sistemas expertos: programas basados en la elicitación y representación del conocimiento de uno o más expertos, con el fin de que la computadora emule sus procesos de razonamiento y toma de decisión. Uno de esos sistemas con resultados importantes fue Mycin, apto para ayudar al diagnóstico y tratamiento médico de enfermedades gastrointestinales a un médico no especialista (Belda, 2017).

El enfoque conexionista también siguió avanzando hasta llegar al desarrollo de las redes neuronales, que son programas basados en la arquitectura y dinámica de las redes neuronales humanas.

Sin embargo, tras sólo dos años después de este apogeo la inteligencia artificial entró en un nuevo período de glaciación debido a nuevos problemas tanto económicos como técnicos y, sobre todo, falta de satisfacción de las expectativas tan elevadas que se habían generado alrededor de ella.

Finalmente la IA despegó para alcanzar los vuelos que tiene actualmente debido a nuevos avances científicos y tecnológicos que incluyen el surgimiento de la nube (Belda, 2017), el *Big data* y la minería de datos, que hacen posible el manejo de gigantescos números de datos, independientemente de su formato a diferencia de las bases de datos relacionales tradicionales y a una velocidad de procesamiento nunca antes vista, todo lo cual hizo posible que irrumpiera en todos los aspectos de nuestra vida, para bien y...para mal.

III. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA AL DERECHO Y EL DERECHO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

De la misma manera que sucede con otras áreas trans e interdisciplinariedad en el derecho, su relación con la inteligencia artificial presenta dos caras: una en la que el derecho es el dominio al cual se aplican conocimientos de otra disciplina, como ocurre con la informática jurídica o las neurociencias aplicadas a la investigación cognitiva de los operadores jurídicos. Otra en la que el derecho regula la actividad de la otra disciplina, como ocurre con derecho de la informática y del derecho de las neurociencias. En este orden de ideas, por tanto, se debe distinguir entre la inteligencia artificial aplicada al derecho, por una parte, y el derecho de la inteligencia artificial, por la otra, el cual, a su vez, debe distinguirse de la ética de la inteligencia artificial. De abordar estos temas, nos ocuparemos a continuación.

IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA AL DERECHO (IAD)

Puede definirse como una trans e interdisciplina dedicada al desarrollo de programas cuyos productos finales que, de ser atribuidos a un humano, supondrían procesamiento inteligente por parte de un operador jurídico. Dado su carácter trans e interdisciplinario, la comunidad epistémica encargada de su estudio incluye a especialistas de las más diversas disciplinas: filósofos, científicos de datos, matemáticos, lingüistas, físicos, lógicos, especialistas en ciencias de la computación, etcétera.

La diversidad de temas de investigación de la IAD se puede dividir en dos grandes bloques: el que comprende un carácter meramente teórico (como ocurre con las investigaciones sobre lógica y derecho) y otro de carácter práctico. Un ejemplo de esa pluralidad de temas es el hecho de que se haya aplicado en los siguientes escenarios:

Apoyo a los abogados en el razonamiento jurídico; la redacción de documentos; negociación; producción y gestión de la legislación; análisis de políticas; gestión del flujo de trabajo; seguimiento de la aplicación de la ley; análisis de las pruebas; gestión de los casos; investigación policial y forense; búsqueda y evaluación de pruebas; gestión y recuperación de información; producción de conocimiento jurídico a través de la elaboración de ontologías; enseñanza del derecho a través de casos; diagramas de argumentación jurídica; modelado de interacciones jurídicas de agentes autónomos e instituciones digitales; gestión del cambio organizativo al introducir sistemas de conocimiento jurídico.

Sería imposible dar cuenta en este trabajo de esta diversidad de proyectos y menos aún describir sus bases teóricas, metodológicas y tecnológicas. En lugar de eso expondré brevemente algunos proyectos con el mayor detalle posible dentro de los límites de esta investigación.

V. INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA AL DERECHO DESDE EL ENFOQUE SIMBÓLICO O *TOP DOWN*: EL CASO DEL SISTEMA EXPERTIUS I

La historia de la inteligencia artificial aplicada al derecho (IAD) corre paralela a la de la inteligencia artificial general. Cuenta con desarrollos realizados desde el enfoque simbólico *top down* mediante la realización de sistemas expertos, así como de inteligencia artificial *bottom up*.

Un aspecto importante, que suele pasar desapercibido, es que todo proyecto de IAD requiere, como condición necesaria, la definición de un problema relevante para el derecho y el desarrollo de una teoría jurídica computacional. Es decir, una teoría que genere marcos conceptuales y metodológicos susceptibles de servir de base para un desarrollo computacional. En este sentido, la IAD puede considerarse una novedosa área de la teoría general del derecho.

Expertus I es un prototipo de sistema experto basado en el paradigma simbólico o *top down*. Ha sido desarrollado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Centro de Ciencia Aplicada y Desarrollo Tecnológico (ambos de la UNAM), bajo el auspicio del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y en colaboración del Tribunal Superior de Justicia del estado de Tabasco. Su finalidad es ayudar a la toma de decisiones y a la homogenización del conocimiento colectivo de la comunidad judicial, en el dominio del juicio especial de alimentos (Cáceres, 2008) la interfaz de entrada al sistema se muestra en la ilustración 1.

Planteamiento del problema: parte de una clasificación posible de problemas que distingue entre aquellos: 1) convergentes tipo 1, cuyas características son: a) cuentan con una solución única y b) el estado de solución está predeterminado, es decir, es conocido antes de emprender la búsqueda de su solución, por ejemplo, armar un rompecabezas; 2) convergentes tipo 2, con las siguientes características: a) pueden tener una solución única y b) el estado de solución no es determinado inicialmente, pero es determinable. Por ejemplo, los cálculos matemáticos; y, 3) Problemas divergentes cuyas propiedades son: a) la existencia múltiples soluciones plausibles para un mismo problema y b) su solución es razonablemente determinable. A esta categoría corresponden las decisiones judiciales, objeto del sistema.

En congruencia con lo anterior, para los efectos de Expertus I, el poder judicial es considerado una mente colectiva paraconsistente, basada en el principio de individualización cognoscitiva,

conforme al cual, cada uno de los operadores judiciales posee sus propios modelos mentales y, por tanto, puede decidir de manera diferente a como lo harían el resto sus colegas. La paraconsistencia tiene lugar a nivel individual cuando un mismo juzgador puede decidir de manera distinta casos de la misma clase en momentos distintos de su vida, y de manera colectiva cuando esa diversidad de soluciones sucede a nivel institucional pudiendo dar lugar respuestas contradictorias para el mismo tipo de problema. Tomando un término proveniente de la cibernética, la paraconsistencia es fuente de entropía, entendida como el grado de incertidumbre en el comportamiento del sistema.

Considerar a la actividad judicial como el resultado de una mente colectiva reconoce que en la práctica distintos jueces pueden enfrentar problemas diferentes a los que han tenido que resolver sus colegas i.e., que son fuente de conocimiento heurístico que debe ser compartido con el resto de los miembros de la comunidad judicial con el fin de optimizar esfuerzos y “neguentropizar” al sistema.

Los objetivos de Expertus I son: ayudar a los jueces a tomar decisiones en materia de pensión alimenticia y servir como medio para compartir las estrategias de decisión entre los miembros de la comunidad judicial, propiciando trabajo de cognición grupal coherente y estable.

La caracterización académica de Expertus I es la siguiente:

Epistémicamente parte de los supuestos del constructivismo jurídico: metodológicamente tuvo que resolver los dos problemas característicos de este tipo de sistemas: a) la elicitación del conocimiento experto y b) su representación. La solución a dichos problemas se obtuvo mediante dos estrategias: una intra -sistémica consistente el uso de técnicas de análisis de tareas cognitivas, entrevistas a expertos y *shadowing self*; y una extrasistémica consistente en el análisis de cerca de 400 expedientes.

La teoría jurídica computacional consistió en la creación de tablas de representación de oposición dialógica y derrotante (TODD) de los argumentos entre las partes contendientes, incluyendo el proceso de asignación de pesos epistémicos a las pruebas atómicas, así como el de ponderación probatoria. Gracias al uso de las TODD se llevó a cabo la representación del conocimiento de cada uno de los jueces que participaron en el proyecto (análisis intra sistémico) de manera homogénea con el análisis de los expedientes (análisis extra sistémico), esto puede apreciarse en la ilustración 2.

El diseño del sistema consta de los siguientes módulos: un módulo inferencial, encargado de realizar las operaciones lógicas necesarias para obtener la solución del caso; un módulo tutorial que provee al juez de la información necesaria para responder las preguntas del sistema (ver ilustración 3); y, finalmente, un módulo financiero, cuyo objetivo es contribuir a la determinación del monto de la pensión alimenticia, que resultó ser especialmente útil en la fijación de la pensión provisional que debe tomarse al inicio del proceso, cuando aún no se tiene conocimiento del estado financiero de las partes, como indica la ilustración 4.

A pesar de que el desarrollo del prototipo tuvo lugar en el juicio especial de alimentos, tanto el desarrollo teórico como el metodológico son aplicables a cualquier área del derecho.

ENTIDADES PARTICIPANTES

EXPERTUS es un sistema de apoyo a la toma de decisiones judiciales en el dominio del Juicio Especial de Alimentos. Ha sido desarrollado por el Departamento de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho (IA y D) del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con el apoyo del CONACYT y la importante colaboración del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco. El conocimiento experto elicited de los funcionarios judiciales adscritos a este órgano jurisdiccional, en conjunción con las bases teóricas y metodológicas diseñadas ex profeso para este proyecto, constituye uno de los aspectos esenciales del sistema.

EXPERTUS está conformado por tres módulos básicos: El módulo "Tutorial", que proporciona asesoría para que el juzgador esté en mejores condiciones de resolver los distintos problemas que en la práctica se presentan, vinculados con las múltiples tareas cognitivas que caracterizan a cada fase y sub-fase del juicio especial de alimentos; El módulo "Inferencia", que proporciona asesoría relativa a la resolución de los problemas que plantea la pederación probatoria; Y el módulo "Financiero", que proporciona asesoría relativa a la determinación de los montos correspondientes a las pensiones provisional y definitiva.

EXPERTUS es un sistema único en su género, y es el resultado de una investigación de vanguardia a nivel internacional. El marco teórico y metodológico que lo soporta ha sido enriquecido y validado en los diversos foros mundiales organizados por la comunidad de la IA y D, cuyos miembros más sobresalientes, como Kevin Ashley (Estados Unidos), Bernhard Schafer (Ecuador), John Zelezniak (Australia), Thomas Gordon (Alemania), Radboud Winkels y Tom Van Engers (Holanda), han contribuido de manera importante.

LIGAS RELACIONADAS

Rationale

Código Hipertextual

Módulo de Código Hipertextual

Base de Casos

CONTACTÉNDOS

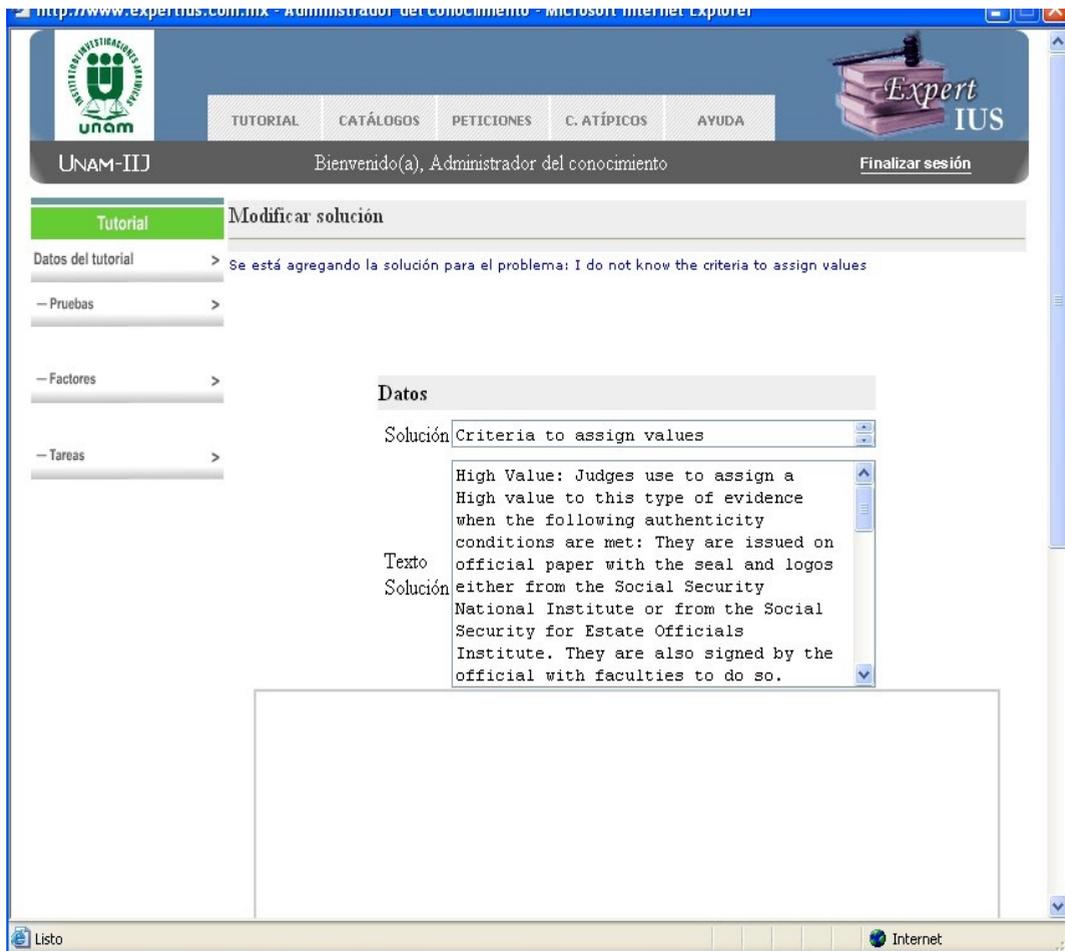
e-mail

IIJ - Unam © 2007 | Conacyt
Términos de uso | Políticas de Privacidad | Contáctenos

Ilustración 1. Pantalla principal de Expertus I.

T	EAH Actor	Sujeto	EAH Demandado	T
PP 1		La firma en el acta de matrimonio, en efecto corresponde a la del demandado. The signature on the marriage certificate in effect corresponds to the signature of the respondent	The signature on the marriage certificate that the plaintiff has produced is not mine Valor: Derrotado	PP 1
MP 1	The testimony of an expert in graphology Valor: Alto Factor: Valor probatorio Valor: Alto			
PP 2		The respondent is my husband Valor: Alto		
MP 2	An official marriage certificate that states that the plaintiff and the respondent are married Valor: Alto Factor: Valor probatorio Valor: Alto			
PP 3		De dicha unión procreamos un hijo (s). We had a child under our marriage		

Ilustración 2. Pantalla de tabla de oposición dialógica y derrotante elaborada por el propio sistema. Sobre ella se realiza el proceso de ponderación probatoria a partir de los pesos asignados a las pruebas y contrapruebas atómicas.



The screenshot displays the Expert IUS web application interface. At the top, there is a navigation menu with options: TUTORIAL, CATÁLOGOS, PETICIONES, C. ATÍPICOS, and AYUDA. The user is logged in as 'UNAM-III' and is the 'Administrador del conocimiento'. The main content area is titled 'Modificar solución' under the 'Tutorial' section. A message indicates that a solution is being added for a problem: 'I do not know the criteria to assign values'. The 'Datos' section shows the solution name 'Criteria to assign values'. The 'Texto' section contains the following text: 'High Value: Judges use to assign a High value to this type of evidence when the following authenticity conditions are met: They are issued on official paper with the seal and logos either from the Social Security National Institute or from the Social Security for Estate Officials Institute. They are also signed by the official with faculties to do so.' The interface includes a sidebar with navigation options: Datos del tutorial, Pruebas, Factores, and Tareas. The bottom of the browser window shows the taskbar with 'Listo' and 'Internet' icons.

Ilustración 3. Pantalla correspondiente al módulo tutorial que indica las condiciones bajo las cuales se puede atribuir cierto peso epistémico a una prueba atómica.

UNAM-IJ Bienvenido(a), Operador judicial Finalizar sesión

Módulo Financiero

Número de expediente:

	Actor		Demandado	
Ingresos	\$ 0	<input type="button" value="Modificar"/>	\$ 11000	<input type="button" value="Modificar"/>
Necesidades	\$ 7762.38	<input type="button" value="Modificar"/>	\$ 5801.47	<input type="button" value="Modificar"/>
Diferencia por cubrir	\$ 7762.38	<input type="button" value="Deudor Solidario"/>		
Asignación al Demandado	\$ <input type="text" value="0.0"/>	<input checked="" type="radio"/> Cantidad	<input type="button" value="Guardar"/>	
Asignación al Actor	\$ <input type="text" value="0.0"/>	<input type="radio"/> Porcentaje		

IJ - UNAM - CONACYT © 2008
[Ayuda](#) | [Créditos](#) | [Contáctenos](#)

Ilustración 4. Pantalla correspondiente al módulo financiero desarrollado con base en un estudio empírico para la determinación de la pensión, dependiendo de la información disponible sobre el demandado.

Entre los inconvenientes que se suelen predicar de este tipo de sistemas expertos es que pueden quedar obsoletos fácilmente cuando ocurren reformas legislativas. Esta crítica es parcialmente correcta en el caso de reformas, si tomamos en cuenta que el conocimiento heurístico compartido respecto de los problemas correspondientes a las normas no derogadas seguirá siendo válido.

Entre sus ventajas se encuentra su transparencia ya que permite conocer la estrategia de decisión del sistema, lo que contrasta con los sistemas basados en redes neuronales, incluyendo *deep* y *machine learning*, en los cuales las operaciones realizadas por el sistema quedan dentro de una caja negra dado que es imposible de conocer y por tanto monitorear el proceso de “razonamiento” de la máquina.

VI. SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA AL DERECHO DESDE EL ENFOQUE BOTTOM UP

A. *Expertius II*

Este enfoque estuvo basado originalmente en modelos de redes neuronales o conexionistas, que siguen jugando un papel fundamental a través de sistemas tipo *deep* y *machine learning*. Sin embargo, hoy día existen otros marcos teóricos y metodológicos para hacer inteligencia artificial de este tipo, como es el caso de los algoritmos genéticos o los sistemas basados en probabilidad y redes bayesianas.

Siguiendo estas ideas, la inteligencia artificial puede ser dividida en dos grandes grupos, no incompatibles con la clasificación clásica entre simbólica y conexionista y más comprensible que éstas: inteligencia artificial representacional e inteligencia artificial no representacional.

La primera es plenamente compatible con el enfoque simbólico y requiere de la comprensión y modelado de la manera en que los expertos humanos toman sus decisiones. Tal como vimos al exponer *Expertius I* presenta la ventaja de permitir monitorear el “razonamiento artificial”. La segunda, compatible con el modelo conexionista y las otras herramientas de la inteligencia artificial referidas al hablar de inteligencia artificial sin representación simbólica no requiere del modelado del razonamiento de los expertos. Se basa en sofisticados modelos matemáticos capaces de procesar enormes cantidades de información contenidas en bases de datos y recurren

técnicas de minería de datos. Es el caso del sistema *deep blue* que derrotó al campeón de ajedrez Kasparov, que no fue resultado del modelado del razonamiento ajedrecístico de alguna persona que pudiera derrotar al campeón del mundo. Como hemos dicho, el inconveniente de este tipo de sistemas es que los humanos no tenemos acceso a los procesos internos de la computadora y, por tanto, no los podemos comprender y menos monitorear. En el caso particular del derecho esto genera serias dificultades al momento de justificar las razones que están detrás de una decisión jurídica artificial. Uno de los retos actuales consiste en la generación de sistemas capaces de operar con los algoritmos de inteligencia artificial que puedan identificar patrones y sean compatibles con la transparencia de la forma en que la máquina toma las decisiones.

Expertus II también fue desarrollado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, específicamente en su Laboratorio de Constructivismo Jurídico, creado bajo el auspicio del programa Fronteras de la Ciencia del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Se ubica dentro de los proyectos orientados a hacer compatibles los enfoques representacional y no representacional (Cáceres y Mansilla, 2019).

El problema de investigación es el siguiente: uno de los problemas centrales de la epistemología jurídica aplicada consiste en el desarrollo de modelos de normatividad epistémica que definan los procesos cognitivos que deben ser seguidos por los operadores jurídicos para fundamentar la determinación de la verdad de proposiciones aseverativas de hechos jurídicamente relevantes. Metafóricamente sería equivalente a la metodología de la investigación científica.

Algunas de las propuestas más conocidas sobre el tema son el uso de probabilidad bayesiana y probabilidad subjetiva (inferencias baconianas). Sin embargo, ninguna de ellas da cuenta de los sofisticados procesos de ponderación que tienen lugar sobre los pesos epistémicos de distintas pruebas atómicas de cada una de las partes,

respecto de cada una de las proposiciones aseverativas de hechos, mismas que, a su vez, deben corresponder a cada uno de los elementos de una estructura normativa.

La probabilidad bayesiana determina de manera lineal la probabilidad de que un evento tenga lugar dada la probabilidad de ocurrencia de otras variables que a su vez tienen cierto valor probabilístico determinado a partir de estadística frecuentista. Este algoritmo no puede resolver los problemas derivados de la oposición o reforzamiento que tiene lugar entre los pesos epistémicos de las distintas pruebas ofrecidas por las partes. Algo semejante ocurre con la probabilidad baconiana, un tipo de probabilidad subjetiva, que es más apta para el modelado del razonamiento de un detective que de un juez.

El objeto de la investigación es simular los procesos cognitivos que realizan los jueces al ponderar los distintos pesos probatorios asignados a las pruebas y contrapruebas ofrecidas por cada una de las partes.

La teoría jurídica computacional incluyó un primer modelo conceptual inspirado en el funcionamiento de las redes neuronales artificiales, con base en el cual se procedió a la realización de un trabajo transdisciplinario entre matemáticas y derecho, cuyo resultado fue considerar a la mente judicial como un espacio vectorial.

Expertus II puede considerarse un desarrollo más sofisticado que las tablas de oposición dialógica y derrotante elaborado para Expertus I, en el sentido de que el procesamiento de los pesos epistémicos de las pruebas en dichas tablas era poco flexibles y matemáticamente elemental para un sistema que busca modelar los procesos cognitivos de los operadores jurídicos.

Una diferencia fundamental entre Expertus I y Expertus II es que éste ha sido desarrollado partiendo del supuesto de que los procesos cognitivos de los operadores jurídicos son altamente estocásticos y resulta muy difícil, si no imposible, aislar todas las variables que participan en una toma de decisiones judicial. Por esta razón

optamos por la elaboración de un sistema que pudiera identificar los patrones en la toma de decisiones realizadas por una comunidad judicial a la que se le presentan casos de la misma clase, o incluso el mismo caso. En este sentido Expertius II sigue siendo fiel en los supuestos iniciales de Expertius I al considerar la actividad judicial como un proceso de cognición grupal.

Para la representación gráfica de los patrones de decisión, se optó por la teoría de grafos dirigidos y ponderados, lo que nos permitió representar a las proposiciones aseverativas de hechos como nodos de entrada, cuyo peso epistémico es determinado por el resultado de la ponderación de los pesos epistémicos asignados a cada una de las distintas pruebas atómicas, las cuales, a su vez, son consideradas como nodos de origen en relación con los nodos proposicionales (Ver ilustración 5). De la misma manera, las pruebas atómicas son consideradas nodos destino con respecto a los valores asignados a los parámetros correspondientes a cada uno de los criterios de evaluación especificados para cada tipo de prueba. Dichos parámetros son considerados como nodos de origen con respecto de los nodos correspondientes a cada una de las pruebas atómicas, esto es representado en la ilustración 6.

La gráfica resultante representa el punto de equilibrio resultante de la ponderación vectorial de las pruebas, lo que permite determinar si el sistema satisface o no el estándar probatorio requerido para tomar la decisión final, lo que se muestra en la ilustración 7.

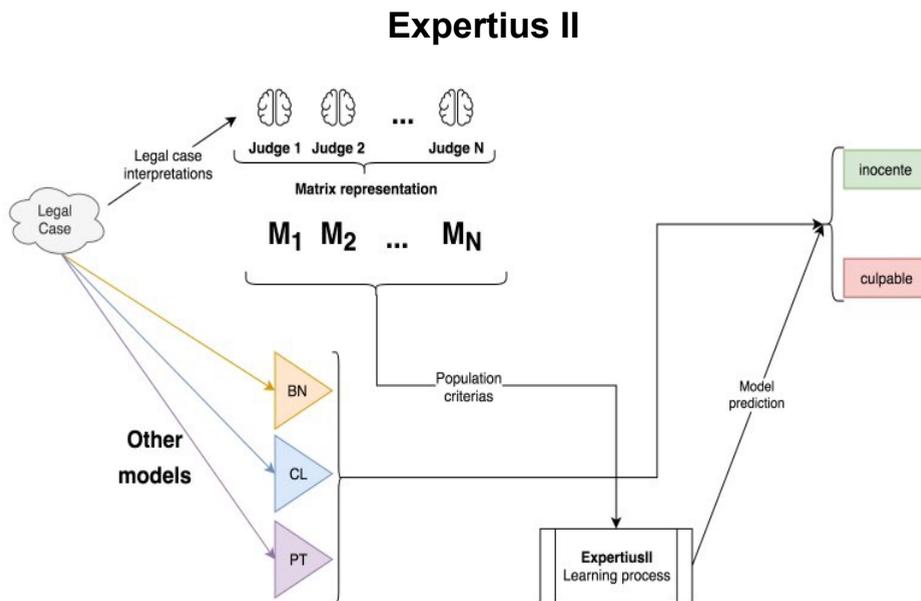


Ilustración 5. Esquema comparativo de otros modelos de normatividad epistémica y Expertius II.

Expertius II: analysis

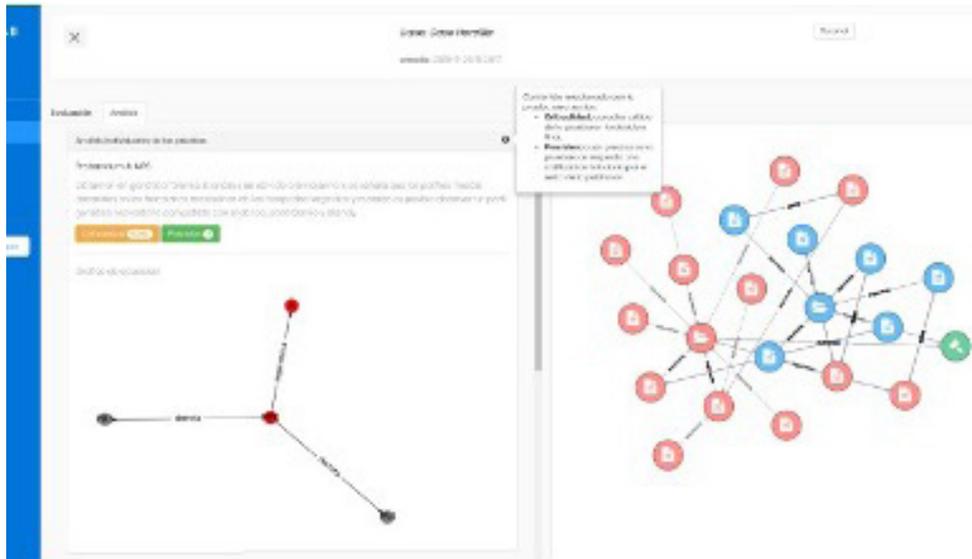


Ilustración 6. Grafo emergente del procesamiento de ponderación probatoria. Las flechas corresponden a los arcos que unen a los diferentes nodos, pertenecientes a la oposición dialógica entre las partes, representados con colores diferentes (colores azul y rosa). La decisión final correspondiente al punto de equilibrio vectorial es representada por el mallette coloreado en verde.

Expertus II: analysis

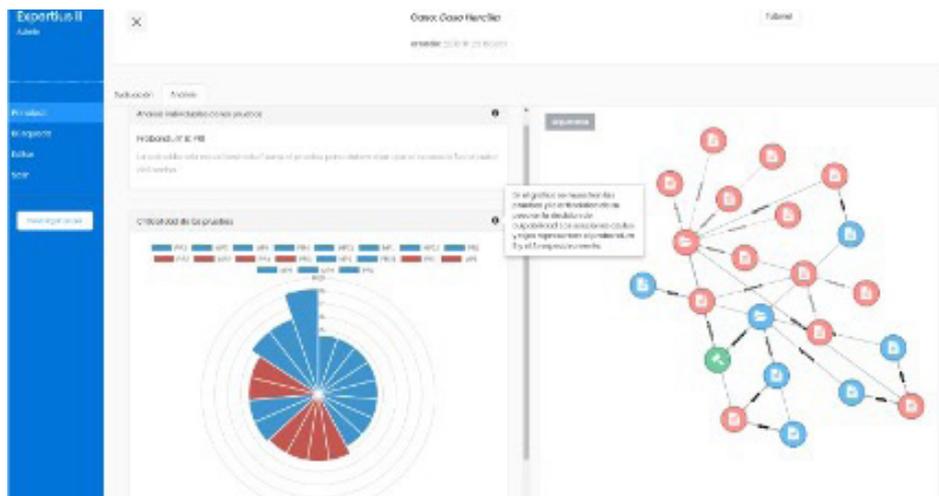


Ilustración 7. Pantalla que muestra la estadística de los patrones de decisión emergentes.

B. Sistema inteligente para la configuración y visualización del derecho emergente en la era de la globalización

Planteamiento del problema: Un error epistémico cometido por los filósofos del derecho, que es fuente de inacabables discusiones, consiste en haberse fijado como meta generar teorías que satisfagan las características de las que se ocupan de objetos diferentes al derecho, como es el caso de los objetos matemáticos o geométricos cuyas definiciones son incontrovertibles independientemente de coordenadas espacio-temporales, sin tomar en cuenta que los “objetos” que pretende explicar la teoría del derecho tienen propiedades distintas a las de los matemáticos. Así, mientras la definición de triángulo proporcionada por Euclides permanece inamovible en la filosofía del derecho casi siempre existe una diversidad de teorías en pugna

con el mismo objetivo de dar cuenta de “aquello que hace que el derecho sea lo que es y no otra cosa”.

Una actitud epistémica más sana consiste en asumir que las teorías filosófico-jurídicas constituyen modelos conceptuales que, como cualquier modelo, tratan de sistematizar información importante del dominio que pretenden explicar. Desde esta perspectiva queda claro que la correspondencia entre teoría y dominio, entre *explanas* y *explanandum* debe ser el resultado de un equilibrio reflexivo entre las características de aquello que se pretende modelar y el modelo que lo representa.

Esto es relevante con relación a los modelos kelsenianos relativos a la estructura piramidal de los sistemas normativos, así como a la identificación entre derecho y Estado cuya relación teoría-dominio ha perdido su acoplamiento epistémico debido a que la dinámica de los sistemas normativos ha dejado de corresponder a las propuestas kelsenianas debido al proceso de globalización jurídica. Hoy día ya no es posible identificar con precisión cuáles son el conjunto de normas que forman parte de un sistema dada la diversidad de insumos normativos generados más allá de la producción de los órganos legislativos estatales. Por ejemplo, el *soft law*, las consultas consultivas hechas a organismos internacionales, precedentes internacionales, argumentos tomados por instancias de otros países adaptables al derecho interno, etcétera.

El objetivo del proyecto es modelar y visualizar la conectividad entre resoluciones tomadas por distintos países y la diversidad de insumos jurídicos que sirven para la fundamentación de sus decisiones. Para probar tanto la teoría como la metodología, se tomó como objeto de modelado específico al *ius commune* latinoamericano, es decir, las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales de los países pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La finalidad es que el sistema pueda establecer las conexiones entre decisiones y sus fundamentos jurídicos de manera automática, a partir del análisis de los textos digitalizados tanto

de las decisiones como de los insumos normativos empleados para su fundamentación, visualizar la red dinámica emergente de dicha conectividad y hacerla susceptible de medir sus propiedades (Meza et al., 2019).

La teoría jurídica computacional se basó en la teoría hipertextual del derecho y consistió en la elaboración de la categoría discursiva de marcador semántico de conectividad normativa, es decir, aquellas expresiones que cuando aparecen en el texto de una resolución anuncian que a continuación se hará alusión al fundamento correspondiente. Sobre esta base, juntamente con el doctor Iván Vladimir del Instituto de Investigaciones en Matemáticas Aplicadas y Sistemas de la UNAM, aplicando técnicas de *clustering* y teoría de redes se desarrolló un prototipo capaz de generar, representar y medir la dinámica emergente del derecho globalizado, los pasos iniciales para este proceso se hacen en la pantalla mostrada en la ilustración 8. Algunos ejemplos de las métricas de redes reflejadas en la visualización son el cálculo de los *hubs* o los nodos con el mayor grado de conectividad que son los que tienen un mayor grado de influencia sobre la dinámica del sistema, o, por ejemplo, cuáles son las decisiones que tienen menor grado de conectividad y por tanto impactan menos en las decisiones de la comunidad judicial internacional, esto se muestra en la ilustración 9.

La representación de esa conectividad se modifica de manera automática en función de los nuevos casos que se vayan introduciendo a la base, lo que pone de manifiesto que la dinámica del sistema globalizado corresponde a la de un sistema adaptativo complejo, como podemos ver en la ilustración 10.

En términos de inteligencia artificial, el sistema simula los procesos que tendrán lugar en la memoria asociativa de un agente artificial capaz de realizar operaciones de conectividad que ninguna mente humana podría realizar debido a nuestras naturales limitaciones cognitivas.

En términos de teoría general del derecho, la conclusión es que el modelo muestra que hoy día hay un desajuste entre el explanans y el explanandum de la teoría piramidal del derecho y procede ser sustituido por un modelo reticular del derecho el cual, además de dar cuenta de la morfología y dinámica de los sistemas internos, puede insertarlos en el contexto de la globalización del derecho.

The screenshot shows a web application interface with the following components:

- Top Navigation:** A horizontal menu with items: Sentencias, Números, **Conectividad** (highlighted with a red arrow), and Acerca.
- Conectividad Normativa:** A teal header section with the text "Visualizador de conectividad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".
- Grafos por país:** A section with a dropdown menu for "Países" (set to "Argentina") and a "Mínimo de citas" input field (set to "5"). It includes a "Dibujar" button and a legend for "Excluir citas comunes" and "Expandir artículos" (Sólo casos de la corte).
- Grafos completo:** A section with a "Mínimo de citas" input field (set to "5") and a "Grafo sin links comunes" button. It also includes a legend for "Expandir a artículos" (Sólo casos de la corte).
- Configurar grafo:** A section with a "Mínimo de citas" input field (set to "5") and two checkboxes: "Incluir sentencias" (checked) and "Excluir sentencias" (unchecked). It also includes a legend for "Termino a incluir/excluir" (usar minúsculas) and "Incluir documentos citados".

Ilustración 8. Pantalla del sistema mostrando la aplicación de la teoría de grafos.

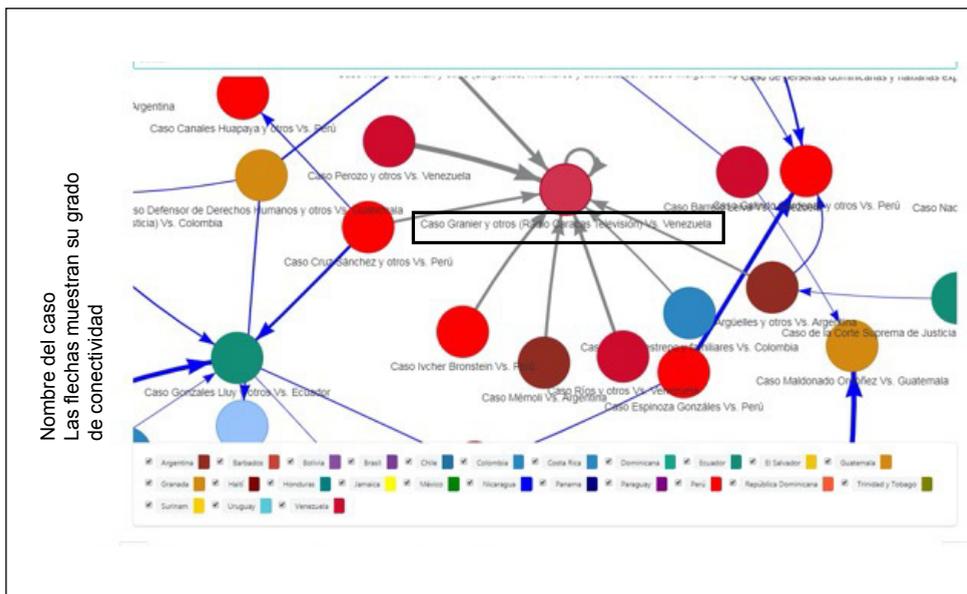


Ilustración 9. Representación de una red emergente con los nombres de las disposiciones interconectadas por el sistema.

Grafo de conectividad

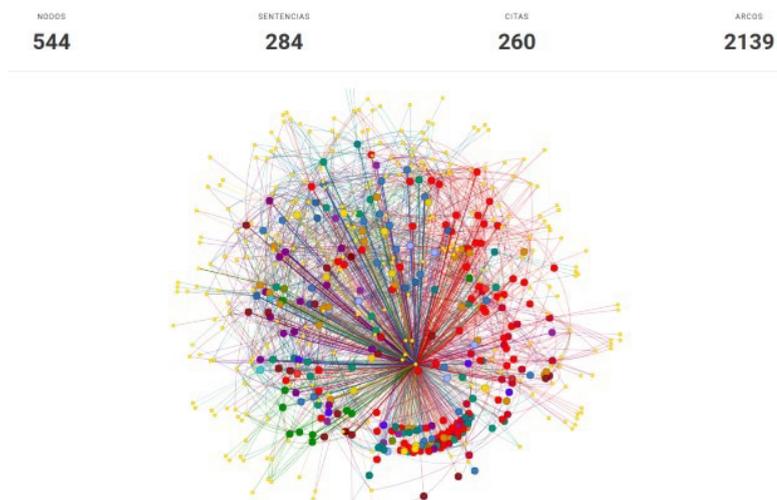


Ilustración 10. Representación de una red emergente con los nombres de las disposiciones interconectadas por el sistema.

VII. SISTEMAS COMERCIALES DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA AL DERECHO (ENFOQUE BOTTOM UP)

Además de la investigación académica ligada al desarrollo de teorías jurídicas computacionales, diversos organismos se han abocado al desarrollo de sistemas orientados a auxiliar directamente a los profesionales del derecho. A continuación, se exponen brevemente los más conocidos.

A. *Ross*

Se trata de un sistema de inteligencia artificial basado en la tecnología de *machine learning* desarrollado por IBM a través de su plataforma Watson, famosa por su capacidad de brindar diagnósticos médicos acertados y haber ganado en el concurso *Jeopardy* en los Estados Unidos. Cuenta con algoritmos para la comprensión de lenguaje natural y se afirma que puede leer 10,000 páginas por segundo y brindar respuesta en tiempo real a la búsqueda de información sobre precedentes, legislación de 9 países, libros, revistas y noticias relevantes para la solución de un caso. También es capaz de predecir y notificar de los riesgos que nuevos precedentes o leyes podrían significar para determinado asunto (*ROSS Intelligence* (“*ROSS*”), 2020).

En 2016 fue contratado por la firma estadounidense *Baker & Hostetler* y desde entonces ha aumentado la demanda de sus servicios por otras firmas de abogados.

B. *Vincent*

Ha sido desarrollado por el Centro de Innovación de la empresa vLex, a partir de técnicas de *deep learning* y *clustering* (vLex, n.d.).

Cumple algunas funciones semejantes a las de Ross y del Sistema para la Configuración y Visualización del Derecho Emergente en la Era de la Globalización y su objetivo es relacionar los precedentes más relevantes conectados con una sentencia objeto de consulta, representar la relación mediante un grafo dirigido denominado mapa de precedentes y medir el impacto de las citas referenciadas en la argumentación de las decisiones. El tamaño de los nodos que representan a las sentencias es directamente proporcional a su grado de conectividad y por tanto importancia para la decisión consultada.

C. *Prometea*

Es un sistema tipo *machine learning* supervisado conjuntamente con técnicas de *clustering*, fue desarrollado por el Ministerio Público Fis-

cal de la ciudad de Buenos Aires. Funciona a través de la correlación estadística de palabras clave previamente proporcionadas al sistema (Estevez, Fillotrani y Lejarraga, 2020). Su objetivo es ayudar a los operadores a desahogar el trabajo repetitivo para que puedan dedicar su tiempo a funciones sustanciales. Su operación implica la identificación de patrones de propiedades en una gran cantidad de documentos e identificar su correlación con decisiones específicas.

El sistema ha sido utilizado por la Fiscalía para casos de amparo en materia de derecho a la vivienda, reclamo de taxistas a quienes se les niega la licencia por no satisfacer ciertos requisitos o tener antecedentes penales y localización de fallos archivados de casos similares. También está siendo utilizado por la Corte Constitucional de Colombia para casos que versen sobre salud pública y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de notificaciones relativas a solicitudes de opiniones consultivas (*IA Lab*, 2020).

VII. EL DERECHO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Como se dijo en páginas anteriores, la relación entre derecho e inteligencia artificial presenta dos caras: una corresponde a la inteligencia artificial aplicada al derecho, tratada en los apartados anteriores y otra, el derecho de la inteligencia artificial en la que el derecho se encarga de regular las actividades y consecuencias de la inteligencia artificial, con la finalidad de prevenir y contender los posibles efectos sociales negativos que ésta puede llegar a tener.

Con la finalidad de evitar confusiones, es importante distinguir entre la ética de la inteligencia artificial y el derecho de la inteligencia artificial.

Para tales efectos es útil diferenciar entre una concepción intrasistémica y otra extrasistémica del derecho. La primera se refiere a todo aquello que acontece tanto a nivel normativo como en la dinámica social derivadas de la ejecución de las normas jurídicas.

La visión extra sistemática, por otra parte, se refiere a todo aquello que ocurre fuera del marco de intrasistemático, particularmente a los fenómenos sociales que tienen lugar antes de su regulación.

Esta categorización teórica es relevante para comprender, a su vez, dos relaciones entre la ética de la inteligencia artificial aplicada al derecho, una extrasistémica y otra intrasistémica. La primera comprende las discusiones tendientes a prevenir sus efectos perniciosos y la manera de contenderlos, previas a la legislación. Desde el otro punto de vista intersistémico el derecho se convierte en objeto de valoración ética, por tanto, susceptible de ser reformado.

Como también se ha dicho, la inteligencia artificial ha impactado en nuestras vidas haciendo posibles muchísimas cosas que serían impensables sin ella, entre los que se encuentran los desarrollos en inteligencia artificial aplicada al derecho. Sin embargo, también implica riesgos importantes respecto de los cuales el derecho debe estar prevenido para contenderlos con la mayor eficacia posible.

Algunos de los peligros de la inteligencia artificial han llegado constituir campos comunes. Entre ellos se encuentran: El riesgo de desempleo por el desplazamiento de sistemas inteligentes. En este sentido, en el Foro Económico Mundial de Davos se dijo que en menos de 20 años los 15 países más industrializados perderían 5 millones de trabajos ocupados por robots y en Japón (Geller y Hirschler, 2017), *Nomura Group* estima que para 2035 el 50% de los empleos japoneses serán realizados por robots (Hernández, 2015). Otro gran riesgo es el llamado mercado de datos por virtud del cual nuestra información se convierte en objeto de comercio para las empresas que, a través de sistemas de clasificación, conocen nuestro perfil y hábitos de consumo que explotan a través de técnicas de mercadotecnia individualizada sobre cuya eficacia tenemos poco control con el fin de potenciar a la sociedad de consumo (*La IA Aplicada Al Marketing, Una de Las Innovaciones Del 2021*, 2021). Desde luego el manejo de nuestra información por parte de grupos criminales forma parte de las preocupaciones más propagadas y pre-

ocupantes del uso de estas tecnologías, sobre todo si consideramos que enormes bases de datos hackeadas al Estado se venden en la *dark-web* (Hidalgo Pérez, 2019; DW Español, 2021).

Los sesgos cometidos por los sistemas de clasificación también pueden llevar a actos de discriminación con un sinfín de consecuencias, como pueden ser no conseguir un empleo, o, lo que es peor, ser estereotipados como potencial delincuente por de sistemas predictivos y clasificatorios (Naciones Unidas México, 2022). En un nivel más sofisticado, la inteligencia artificial también implica riesgos para la seguridad nacional. Por ejemplo, se sabe que el gobierno chino ha tenido acceso y cruzado bases de datos de funcionarios públicos norteamericano con el fin de reclutarlos como espías (Véliz, 2022). Paradójicamente todos estos peligros se ven potenciados exponencialmente por el hecho de admitir voluntariamente un sutil espionaje casero gracias a internet de las cosas (Instituto de Ingeniería UNAM, 2018).

No es posible en este trabajo hacer una exposición de los diferentes riesgos sociales que trae aparejada la inteligencia artificial, por lo que he seleccionado algunos por su trascendencia en contra de los derechos fundamentales.

A. *Armas autónomas*

El término ‘armas autónomas’ denota a aquellas que son capaces de llevar a cabo una misión sin intervención humana, ni en la toma de decisiones sobre cómo actuar, ni en la ejecución de la tarea militar. En caso de existir con capacidad de acción plena los llamados robots y asesinos constituyen el ejemplo paradigmático de un arma autónoma (Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), 2022).

El término armas semiautónomas denota aquellas en las que la intervención humana está limitada porque parte importante de la tarea corresponde al artefacto. Sería un ejemplo de armas semiautomáticas los drones. Debe destacarse que no todo artefacto que se

comporta de manera autónoma en operaciones militares constituye un arma autónoma. Por ejemplo, los que realizan actividades de vigilancia y reconocimiento.

Existen dos posturas sobre el potencial uso de las armas autónomas:

Argumentos a favor:

- Pueden disminuir las bajas y lesiones de los militares humanos.
- Serían más eficaces en el campo de batalla por su poder de permanencia.
- Tendrían una capacidad de reacción más eficiente que los humanos y no tienen interferencias emocionales en la ejecución de sus tareas.
- No se dejarían llevar por reacciones emocionales que estén más allá del cumplimiento de su misión como puede ser odio racial, venganza, etcétera.
- Son más eficaces que los propios humanos en el cumplimiento de las normas establecidas en el derecho internacional humanitario ya que podrían ser más eficientes en el uso controlado de la fuerza sin usar más allá de la estrictamente indispensable.

En la actualidad existen varios proyectos sobre armas autónomas como parte de la tecnología militar robótica en más de 15 países, entre los que figuran: Estados Unidos, Reino Unido, Israel, Rusia y China.

En particular la fuerza aérea de los Estados Unidos tiene un programa que se prolongará hasta 2049.

En la actualidad operan distintos tipos de robots con distintos grados de autonomía, como son:

- El sistema sensor *Fused Weapon* (SFW) (Kallenborn, 2022).

- El sistema *Phalnx* (*Mk 15 Phalanx*, 2015), el C-RAM (Arma-
pedia, 2022) o el *north group grummanX-47 B* de los Estados
Unidos (*Northrop Grumman X-47, Drone de Ataque y Reconocimien-
to*, n.d.).
- *El Harpy* de Israel (IAI, 2017).
- El *Taranis* del Reino Unido (Cole, 2020).
- El robot SGR-A1 de Samsung *techwin* (*Samsung Techwin SGR-A1, El Robot Centinela de Corea Del Sur*, 2010).

A pesar de la confianza depositada por algunos en las virtudes potenciales de las armas autónomas existen casos sumamente preocupantes como el ocurrido el 03 de julio de 1988 cuando el buque de guerra USS Vincennes, dotado del sistema AEGIS de defensa antiaérea derribó al vuelo 655 de Irán Air, debido a un error de identificación del radar como un F-14 iraní. La decisión qué se confió el sistema tuvo como resultado la muerte de 290 civiles.

B. *Riesgo para la democracia*

La empresa *Cambridge Analytics* fue fundada el 2013 por los ultraconservadores Robert Mercer y Steve Bannon, asesor principal de Trump (Kaiser, 2019).

En marzo de 2018 *The New York times*, *The Guardian* y *The Observer* denunciaron que se estaban explotando datos de los ciudadanos indebidamente. Un ciudadano de nombre Christopher Wyli, ex empleado de *Cambridge Analytics* reveló que la empresa había desarrollado una maquinaria para manipular la decisión electoral de los votantes mediante la explotación de unos 50 millones de usuarios de *Facebook*.

En 2018 el canal británico *Channel 4* dio a conocer vídeos obtenidos por un periodista infiltrado que se hizo pasar por político de Sri Lanka, en donde el director ejecutivo de *Cambridge Analytics* dice haber intervenido en la manipulación de procesos electorales de 200 países incluyendo a Nigeria, Kenia, República Checa, India y Argentina.

El desarrollo de *Cambridge Analytics* se atribuye a la derecha o extrema derecha y se ha vinculado como entre otros, al triunfo de Trump, Bolsonaro, del Brexit y de Johnson en Inglaterra.

El propio *Channel 4* también refirió vinculaciones entre *Cambridge Analytics* y el Partido Revolucionario Institucional (PRI) de México.

El éxito de la empresa es el resultado de la combinación de técnicas de inteligencia artificial que explotan la minería de datos y desarrollos en psicología realizados en el terreno de la mercadotecnia conocidos con la expresión micro focalización desarrollados por Michal Kosanski.

Una etapa importante del proceso es el conocido como *Knowledge Discovery in Databases* (KDD) consistente en la recolección de información proveniente de grandes volúmenes de datos, con la finalidad de someterlos a técnicas de inteligencia artificial que, con base en complejos cálculos estadísticos, identifican patrones ocultos en dicha información, que en este caso correspondían a perfiles de los ciudadanos que se buscaron para ser manipulados con mensajes personalizados.

La microfocalización, por su parte, es una es una metodología de la mercadotecnia directa desarrollada en el Centro de Psicometría de la Universidad de Cambridge por parte de Michael Kosinski y David Stillwell.

Para recolectar la información se desarrolló una aplicación en *Facebook* denominada *my personality* con base en las categorías de extroversión apertura mental responsabilidad afabilidad y nerviosismo.

Los datos obtenidos fueron cruzados con otros de la vida cotidiana propios de información personal como la nacionalidad, el sexo, el estado civil, etcétera, que fueron sometidos al tratamiento de minería de datos e inteligencia artificial para obtener patrones con descripciones precisas de las características de los targets.

El siguiente paso consistió en la generación de mensajes personalizados dirigidos a la manipulación de la cognición corporizada y el inconsciente adaptativo de los electores aprovechando la información que se tenía a través de la aplicación.

Un escenario aterrador para la manipulación política implica la posibilidad de agregar a experimentos como el de *Cambridge Analytics* las técnicas de manipulación social conocidas como “Golpe de Estados Suaves” elaboradas para la desestabilización política relacionadas con el *lawfare*, guerra jurídica o guerra judicial que, según Thierry Meyssan, fueron desarrolladas Gene Sharp a solicitud de la CIA con el fin de derrocar gobiernos sin necesidad de intervención militar. La investigación se encuentra documentada en el libro titulado “De la dictadura a la democracia. Un sistema conceptual para la liberación” (Sharp, 2003). De manera sintética las técnicas del golpe de estado suave se distribuyen a lo largo de 5 etapas: la primera consiste en generar y promocionar un clima de malestar social; la segunda implica intensas campañas en defensa de la libertad de prensa y de los derechos humanos acompañadas de acusaciones de totalitarismo contra el gobierno; la tercera etapa implica una lucha activa por reivindicaciones políticas y sociales y la promoción de manifestaciones y protestas violentas; la cuarta etapa corresponde a una guerra psicológica y desestabilización del gobierno creando un clima de ingobernabilidad y la quinta etapa consiste en forzar la renuncia del Presidente mediante revueltas callejeras. Paralelamente se va a preparar el terreno para una posible intervención militar, mientras se desarrolla una guerra civil prolongada y se logra aislamiento internacional del país. Pierre Masen refiere al uso de las técnicas del golpe de estado blando en Irán y en América Latina, particularmente en Honduras Paraguay Brasil y Nicaragua.

C. *Hipervigilancia estatal: el Big Brother Chino*

Una novela tan famosa como aterradora es 1984 de George Orwell (2020). En ella nos pinta un mundo totalitario en el que todo es con-

trolado por el Big Brother. Desafortunadamente la ciencia ficción se ha vuelto realidad.

Desde el año 2014 el gobierno chino ha implementado un sistema de control social en una treintena de localidades, está basado en inteligencia artificial, el uso de *apps* que centralizan todos los registros digitales de cada ciudadano, el uso de millones de cámaras de reconocimiento facial e incluso artefactos que recogen datos biométricos, como es el caso de los uniformes inteligentes empleados por los niños en las escuelas.

A través de este sistema de recolección masiva, el uso de técnicas de minería de datos y sistemas de clasificación de inteligencia artificial el gobierno chino tiene no solo tiene la capacidad de contar con datos fijos como sino también la posibilidad de hacer inferencias a partir de ellos sobre el comportamiento de sus ciudadanos. En otras palabras, el *Big Brother* chino centraliza la información correspondiente a todas las conductas de sus ciudadanos que considera relevantes, al tiempo que centraliza y administra una gran cantidad de incentivos necesarios para la vida cotidiana y los utiliza para premiar o sancionar a los que clasifica como buenos y malos ciudadanos. Por ejemplo, no hacer fila para subir al autobús, pasar el cruce de la calle con el semáforo para peatones en rojo, gritar en el metro o tirar una colilla en la calle pueden traer aparejadas sanciones como la prohibición de viajar en aviones, viajar en clasificaciones inferiores a las que en condiciones normales se tendría derecho, etcétera. El hecho de comportarse de conformidad con las conductas consideradas buenas por parte del gobierno puede facilitar dar prioridad en citas médicas, mejores créditos para comprar una vivienda, incluso ser mejor calificados en las aplicaciones de citas, comprar ciertos productos, etcétera.

Además de estos incentivos directos, el gobierno chino utiliza mecanismos de presión social basados en el principio de homofilia al dar a conocer públicamente las listas de los ciudadanos buenos y malos. Un ejemplo del proceso de socialización de este sistema es el

que ocurre en medios de transporte público como el tren bala, en el que al inicio de cada recorrido un alta voz emite un mensaje en el que les recuerda a los pasajeros comportarse adecuadamente pero no a ver disminuida su puntuación de su bono social (Garrido-Julve, 2019).

La eficacia de este mecanismo de mentalización social se pone de manifiesto cuando gente entrevistada expresa que el sistema facilita una sociedad mejor, promueve la mutua confianza y una vida social más armónica, todo lo cual compensa su pérdida de la libertad.

Pero el fenómeno presenta otra cara de la moneda si de control político se trata. Así, por ejemplo, el periodista Liu Xiu, sin ninguna notificación, vio restringido el acceso a cosas que antes podía disfrutar al ser acusado de difamación y propagación de rumores por sus reportajes sobre corrupción, sin posibilidad de apelar la decisión. En contraste con esta situación, el gobierno chino premia las manifestaciones explícitas hechos a su favor.

Otro ejemplo de control político del sistema de bonos tiene que ver con la discriminación de la que son objetos los miembros de una pequeña comunidad musulmana en China, que al ser identificados mediante los algoritmos de clasificación del sistema son enviados a centros de reeducación.

Uno de peligros más importantes de este sistema es su replicación por parte de otros regímenes totalitarios como el de Rusia, Arabia Saudita, e incluso para países democráticos que quieran monitorear y controlar mejor a sus ciudadanos. Desafortunadamente, esta propagación se encuentra en fase inicial en Venezuela a través del Carnet de la Patria, aún no obligatorio, pero cada vez más imprescindible pues es necesario para obtener alimentos subsidiados por el estado. En un sistema como este se puede condicionar el acceso a bienes necesarios para la subsistencia como la obtención de gas doméstico, energía eléctrica o agua potable. Las condiciones tecnológicas para que esto sea posible son ya una realidad (Rtve. Play Radio, 2022).

IX. LA ÉTICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

A pesar de los peligros que implica la inteligencia artificial, los esfuerzos para su regulación siguen siendo escasos tanto en el ámbito de la ética como en el jurídico. Entre ellos se encuentran los siguientes (Olvera, 2022):

- The Asilomar AI Principles, *Future of Life Institute* 2017;
- The Montreal Declaration for Responsible AI, *University of Montreal*, 2017 y 2018;
- Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Systems. *Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE)* 2017 y 2019.
- The Ethical Principles offered in the Statement on Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems, *European Commission’s European Group on Ethics in Science and New Technologies*, EGE 2018.
- The ‘five overarching principles for an AI code’, *UK House of Lords Artificial Intelligence Committee’s report, AI in the UK: ready, willing and able?* 2018.
- The Tenets of the Partnership on AI, *a multi-stakeholder organization consisting of academics, researchers, civil society organisations, companies building and utilising AI technology*, 2018).
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) (2019).
- Reglamento Europeo (Unión Europea, 2016).
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, 2023).

A pesar de estos indudables avances, la relevancia y riqueza de los riesgos que implica lo que se ha dado en llamar “la cuarta revolución industrial” constituye un tema de investigación en las fronteras de la ciencia sobre los cuales, sin duda alguna, el mundo académico tiene mucho que decir.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Hace una generación la posibilidad de que las computadoras pudieran superar el *test* de Turing pertenecía al terreno de la ciencia ficción. Hoy día, no solo pueden responderlo, sino que pueden ofrecer respuestas a problemas que ningún humano podría contestar. Como si se tratara de una novela de ciencia ficción que nos hubiera escandalizado hace algunos años, las computadoras han comenzado a vencernos en los más diversos terrenos: *Deep Blue* al campeón mundial de ajedrez; *Alpha Go* aprendió a generar sus propios heurísticos para vencer a jugadores profesionales de *GO* en un tiempo récord que ningún humano podría haber alcanzado; *Watson* ha derrotado a jugadores humanos en el juego de Jeopardy; el androide Sofía, se ha convertido en una celebridad internacional al responder inteligentemente y en tiempo real a preguntas abiertas y ha obtenido la primera nacionalidad concedida a un no humano; por si fuera poco, en un terreno que apenas hace unos meses habiéramos considerado exclusivo de los seres humanos: el arte, la pintura que ganó un concurso en Colorado fue hecha por un sistema de inteligencia artificial (RT, 2022) y otro muy recientemente ha surgido AudioLM, un sistema desarrollado por *Google* que a partir de fragmentos de unos segundos de una interpretación de voz es capaz de completar una pieza armónica y con texto coherente, irreconocible de una obra humana y que puede hacer lo mismo con fragmentos de una pieza musical de unos cuantos segundos (Entrepreneur, 2022).

Uno de los temas más preocupantes y menos explorados, es la capacidad de la inteligencia artificial para manipular nuestros mecanismos cognitivos más profundos, sin que siquiera lo sospechemos. Ya ha mostrado lo equivocado de nuestras creencias acerca de la democracia como un ejercicio de hombres libres y racionales.

Como es natural en el ámbito de la ciencia y la tecnología, unos avances se irán integrando con otros que en este momento están en la frontera entre presente y futuro, como es el caso de la realidad virtual y el metaverso, capaces de ubicarnos en una o varias “Matrix” alternativas en las que nuestra identidad cognitiva natural corre el riesgo de disolverse para ser sustituida por uno o diferentes avatares.

Hace años nos aterraba pensar en un mundo controlado por un ente omnisciente sobre todos los aspectos de nuestra vida, que ya es una realidad. Hoy día es tecnológicamente posible pensar en la expansión del *Big Brother* chino a nivel planetario, gracias a la interconectividad mundial.

¿De qué manera impactará la computación cuántica en este escenario? ¿qué podemos esperar de sistemas cada vez más autónomos y capaces de aprender unos de otros? ¿qué papel jugará la robótica social en el futuro? ¿qué es lo que sucederá con toda esa fusión? ¿qué lugar tendrá el derecho en la nueva sociedad emergente? ¿su función será sustituida por dioses artificiales que conocen todas nuestras acciones y castigan y premian a voluntad?

Estas son solo algunas preguntas cuyas posibles respuestas aún son insospechadas y los juristas tendremos la gran responsabilidad contribuir a contestar. Pero, para ello, primero necesitamos reinventar nuestra manera de hacer y comprender al derecho, porque no podremos contribuir a resolver problemas de un futuro en ciernes, con supuestos que han sido útiles para una realidad social en vías de extinción.

XI. FUENTES DE CONSULTA

- Armapedia. (2022). “¿Cómo Funciona un C-RAM? | 4500 balas por Minuto!” <https://www.youtube.com/watch?v=AApkuUx8xGA>
- BELDA, I. (2017). *La inteligencia artificial. De los circuitos al conocimiento*. RBA.
- CÁCERES, Enrique, y MANSILLA, Ricardo. (2019). *Expertius*. <http://expertius.mx/login?next=%2F>
- CÁCERES, Enrique. (2008). EXPERTIUS: A Mexican Judicial Decision-Support System in the Field of Family Law. In E. Francesconi, G. Sartor, y D. Tiscornia (Eds.), *Legal Knowledge and Information Systems* (pp. 78–87). *Frontiers in Artificial Intelligence and Applications*. <https://doi.org/10.3233/978-1-58603-952-3-78>
- Cole, Chris. (2020). “Drone Wars at Ten #3: What’s next? A peek at the future”. *Drone Wars*. <https://dronewars.net/tag/taranis/>
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2022). *Preguntas y respuestas: Lo que hay que saber sobre las armas autónomas*. <https://www.icrc.org/es/document/preguntas-y-respuestas-sobre-armas-autonomas>
- Dw Español. (2021). “¿Están mis datos a la venta en la darkweb?” <https://www.youtube.com/watch?v=sMG9UDv6eq8>
- Entrepreneur. (2022). “Google desarrolla un sistema de inteligencia artificial capaz de completar audios de voz y música.” <https://www.entrepreneur.com/es/tecnologia/google-desarrolla-un-sistema-de-inteligencia-artificial/436842>
- Estevez, Elsa., Fillotrani, Pablo., Y Linares, Sebastian. (2020). Prometea: Transformando La Administración De Justicia Con Herramientas De Inteligencia Artificial.” *Inter-American Development Bank*. <https://policycommons.net/artifacts/304001/prometea/1220760/>

- Garrido-julve, luis. (2019). “Buen Ciudadano, A La Fuerza: China Acelera Su Plan De Control Social Para 2020.” *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/mundo/2019-09-20/buen-ciudadano-a-la-fuerza-china-acelera-su-plan-de-control-social-para-2020_2201731/
- GELLER, Martine., & HIRSCHLER, Ben. (2017). *El impacto de los robots en el empleo, una creciente preocupación en Davos*. REUTERS. <https://www.reuters.com/article/davos-reuni-n-robots-idESKBN15411D>
- HERNÁNDEZ, David. (2015). *Los robots ocuparán la mitad de los empleos en Japón para 2030*. Computerhoy. <https://computerhoy.com/noticias/life/robots-ocuparan-mitad-empleos-japon-2030-37777>
- HIDALGO, Montse. (2019). *Cómo los criminales pueden utilizar la inteligencia artificial*. El País. https://elpais.com/retina/2019/08/08/talento/1565261484_817309.html
- IA Lab. (2020). Prometea En El «Mundial» de Inteligencia Artificial. Recuperado el 8 de octubre, 2022, from <https://ialab.com.ar/prometeacumbremundial/>
- IAI. (2017). *HARPY. Autonomous Weapon for All Weather*. Recuperado el 8 de octubre, 2022, from <https://www.iai.co.il/p/harpy>
- Instituto de Ingenieria UNAM. (2018). *El peligro del internet de las cosas*. <http://www.ii.unam.mx/es-mx/AlmacenDigital/Notas/Paginas/internetdelascosas.aspx>
- KAISER, Brittani. (2019). *La dictadura de los datos*. HarperCollins Mexico.
- KALLENBORN, Zachary. (2022). *Applying arms-control frameworks to autonomous weapons*. Brookings. <https://www.brookings.edu/techstream/applying-arms-control-frameworks-to-autonomous-weapons/>
- CASTRO, Angel. (2021) *La IA aplicada al marketing, una de las innovaciones del 2021*. Interactiva. <https://interactivadigital.com>

- com/opinion-marketing-digital/la-inteligencia-artificial-aplicada-al-marketing-ya-logra-retornos/
- MEZA, Ivan, AGUILAR, Sebastian., GARCÍA-CONSTANTINO, Matias., LÓPEZ, Carmen, Y CÁCERES, Enrique. (2019). Extracción automática de información jurídica de sentencias. In *MADIC. A cinco años de su creación: pasado, presente y futuro* (pp. 41–60). Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Xochimilco. <http://ilitia.cua.uam.mx:8080/jspui/handle/123456789/586>
- Mk 15 Phalanx*. (2015). Retrieved October 8, 2022, from <https://www.deagel.com/Protection Systems/Mk 15 Phalanx/a001641>
- Naciones Unidas México. (2022). *UNESCO pide detener la discriminación a través del mal uso de la Inteligencia Artificial*. UNESCO. <https://mexico.un.org/es/187451-unesco-pide-detener-la-discriminacion-traves-del-mal-uso-de-la-inteligencia-artificial>
- Northrop Grumman X-47, drone de ataque y reconocimiento*. (2008). <https://www.youtube.com/watch?v=tyBEIUzTErw>
- OLVERA, Assuán. (2022). Legislación tecnológica y de la Inteligencia Artificial.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD). (2019). *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>
- ORWELL, George. (2020). *1984*. Penguin Random House.
- ROSS Intelligence (“ROSS”)*. (2020). <https://blog.rossintelligence.com/>
- RT. (2022). *Obra generada por IA gana el primer lugar en un concurso de bellas artes y desata polémica*. <https://actualidad.rt.com/actualidad/440320-obra-generada-ia-gana-concurso-pintura-polemica-eeuu>
- Rtve. Play Radio. (2022). *Puntos por ser buen ciudadano: el crédito social*. Rtve. Play Radio. <https://www.rtve.es/play/audios/>

- la-cuadratura-del-circulo/puntos-buen-ciudadano-credito-social-chino-buenos-malos-ciudadanos-premios-castigos-cuadratura-del-circulo-radio-nacional/6372832/#:~:text=Desde 2020 funciona de manera,e incluso quedar expuestos p
Samsung Techwin SGR-A1, el robot centinela de Corea del Sur. (2010). Retrieved October 8, 2022, from <http://lifeisinfinity.blogspot.com/2010/12/samsung-techwin-sgr-a1-el-robot.html>
- SHARP, Gene. (2003). *De la dictadura a la democracia. Un Sistema Conceptual para la Liberación*. The Albert Einstein Institution. https://www.academia.edu/33323874/DE_LA_DICTADURA_A_LA_DEMOCRACIA_Un_Sistema_Conceptual_para_la_Liberación
- UNESCO. (2023). *Ética de la Inteligencia Artificial*. Retrieved October 8, 2022, from <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385082.page=4>
- Unión Europea. (2016). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (ey de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021PC0206>
- VÉLIZ, Carissa. (2022). Privacidad es Poder. Debate.**
vLex. (n.d.). *Vincent*. <https://vlex.com.mx/p/vincent/>

LAS MEDIDAS DE EQUILIBRIO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL PERMITIDAS POR EL T-MEC

THE BALANCING MEASURES OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS ALLOWED BY THE T-MEC

HERNÁN NÚÑEZ ROCHA¹

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación al T-MEC desde la óptica de la propiedad intelectual; III. Las flexibilidades en el Acuerdo sobre los ADPIC; IV. Las flexibilidades generales previstas en el T-MEC; V. Posibles medidas de equilibrio derivadas de las flexibilidades del T-MEC; VI. Conclusiones. VII. Fuentes Consultadas.

Resumen: Este trabajo se enfoca en las flexibilidades sobre propiedad intelectual permitidas por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, para lo cual, se toma como principal referencia el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio: Una vez delimitado el margen de acción que tienen las Partes del T-MEC, se plantean medidas de equilibrio en el ámbito de la propiedad intelectual, con el fin de compatibilizar los derechos exclusivos, la libre competencia y el respeto a los derechos fundamentales. Las medidas propuestas pretenden ejemplificar el espacio de acción que podrían tener países como México, a pesar de los altos estándares de protección de la propiedad intelectual que se derivan de los acuerdos comerciales suscritos.

¹ Doctor en Derecho. Abogado y consultor internacional. Profesor de la Universidad de Alcalá e investigador Margarita Salas / Next Generation / Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España. Ex director de la oficina ecuatoriana de propiedad intelectual (SENADI). Este artículo de investigación forma parte del trabajo de la Línea de Investigación de Propiedad Intelectual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Proyecto PAPIIT: IN303121. Correo electrónico: hernan.nunez@icam.es.

Palabras clave: Propiedad intelectual, flexibilidades, AD-PIC, T-MEC, derechos exclusivos, libre competencia, medidas de equilibrio.

Abstract: This research is focused on the Intellectual Property flexibilities allowed by the United States-Mexico-Canada Agreement, based on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Once the USMCA margin of action is established, IP balancing measures are proposed, in order to make compatible exclusive rights, free competition and fundamental rights. The proposed measures are intended to exemplify the flexibility that countries like Mexico could have, despite the high standards of IPR in trade agreements.

Keywords: Intellectual Property, flexibilities, TRIPS, USMCA, exclusive rights, competition, balancing measures.

I. INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual goza de un alto nivel de internacionalización, lo cual, condiciona considerablemente la autonomía de los estados a la hora legislar sobre la materia. Esta situación ha generado la aproximación de la gran mayoría de las legislaciones a nivel mundial en relación con ciertos temas de la propiedad intelectual, facilitando el comercio global y la actuación de las empresas transnacionales.

Asimismo, la dimensión internacional de la propiedad intelectual se asienta en el funcionamiento de organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), que administran tratados multilaterales diseñados como marcos de referencia para la promulgación de normas locales por parte de sus miembros y para la elaboración de posteriores acuerdos de diversa índole.

Este escenario normativo de la propiedad intelectual dentro del Derecho internacional tuvo su punto de partida a mediados del siglo XIX con la elaboración del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883) y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886). Sin embargo, la creación de la OMC, a mediados de los años noventa del siglo pasado, supuso un punto de inflexión en el alcance de las normas de propiedad intelectual contenidas en los tratados internacionales.

El Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la OMC, y que contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), trajo consigo la incorporación de estándares mínimos de protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual. Aparte de la obligación que tuvieron sus miembros para compatibilizar sus leyes con el Acuerdo sobre los ADPIC, este instrumento internacional representa la base de negociación de disposiciones internacionales sobre la materia, en particular dentro de acuerdos comerciales regionales y bilaterales.

El Acuerdo sobre los ADPIC también incluye las denominadas flexibilidades, que permiten a sus miembros la implementación de ciertas medidas que neutralizan los efectos de la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual, con el objeto de responder a situaciones de emergencia nacional o extrema urgencia o de asegurar la consecución de intereses mayores, como la vida, salud pública y nutrición de la población.

Es así como el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC), diseñado a partir de las obligaciones internacionales que emanan principalmente de la OMC, incorpora un capítulo de propiedad intelectual que amplía el espectro de la protección y observancia de estos derechos.

De igual manera, el T-MEC contiene las flexibilidades derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC, lo que permitiría una incorporación de las obligaciones del Tratado de forma más ajustada a la realidad de las Partes y en consideración a la evidente asimetría económica existente entre ellas.

A pesar de esta opción que facilita el Acuerdo sobre los ADPIC y consecuentemente el T-MEC, observamos que México no ha utilizado a profundidad las flexibilidades permitidas, caracterizándose por la promulgación de normas con altos estándares de propiedad intelectual aun por encima de las exigidas en sus compromisos internacionales.

No obstante, y sin perjuicio de la tendencia de México por no utilizar a cabalidad las flexibilidades, en este trabajo exploramos el margen de acción que permiten las disposiciones sobre propiedad intelectual contenidas en el T-MEC, con el propósito de formular posibles medidas de equilibrio que garanticen el reconocimiento de los derechos exclusivos en armonía con la libre competencia, la transferencia y difusión del conocimiento y la tecnología y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, en el marco de los derechos y obligaciones internacionales.

Sin pretensiones de *lege ferenda* este trabajo busca explorar el espacio de maniobra que tienen los países en desarrollo, en particular aquellos con buenos niveles de competitividad e innovación, y que se debaten entre el paradigma del proteccionismo y la absorción de tecnologías extranjeras.

Además, la propuesta que aquí se desarrolla procura visibilizar el amplio y versátil campo de acción de las flexibilidades en los estados que han adquirido compromisos internacionales a consecuencia de la adhesión a múltiples tratados y acuerdos comerciales.

II. APROXIMACIÓN AL T-MEC DESDE LA ÓPTICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, firmado el 30 de noviembre de 2018 y en vigor desde el 1 de julio de 2020², es un acuerdo comercial complejo, dotado de 34 capítulos y que establece obligaciones internacionales de distinta índole para las partes, entre las que se encuentra la protección a los derechos de propiedad intelectual reconocida en el capítulo 20³. Este instrumento se firmó en sustitución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994 (TLCAN), el cual, a su vez, fue una ampliación del Tratado de Libre Comercio Canadá – Estados Unidos de 1989 (C-US FTA)⁴.

En el contexto de los acuerdos comerciales en América del Norte, el T-MEC es el primer tratado que incorpora las flexibilidades a los estándares mínimos de protección de los derechos de propiedad intelectual del Acuerdo sobre los ADPIC, toda vez que el C-US FTA y el TLCAN se adoptaron –sucesivamente– antes de la creación de la OMC⁵. De hecho, la única obligación sobre propiedad intelectual que traía consigo el C-US FTA era la de cooperar en la

² El Protocolo por el que se sustituye el TLCAN por el T-MEC, se firmó en Buenos Aires, el 30 de noviembre de 2018, a propósito de una cumbre del Grupo de los Veinte o G20. Posteriormente, el 10 de diciembre de 2019, previo a la entrada en vigor del T-MEC, se renegóció de facto y se firmó un Protocolo Modificadorio en la Ciudad de México debido a los cambios propuestos por el Legislativo estadounidense. Finalmente, el Protocolo modificadorio al T-MEC entró en vigor el 1 de julio de 2020, fecha prevista para el inicio del Tratado primigenio (T-MEC, art. 34.5). Al respecto, véase Becerra, Manuel, “El protocolo modificadorio al T-MEC. Su recepción en derecho interno”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, volumen XXI, 2021, pp. 983-985.

³ El Tratado se firmó el 17 de diciembre de 1992, de forma simultánea en Ciudad de México, Ottawa y Washington y entró en vigor el 1 de enero de 1994.

⁴ Firmado el 2 de enero de 1988 y en vigor desde el 1 de enero de 1989.

⁵ La OMC inició sus actividades el 1 de enero de 1995.

Ronda Uruguay y en otros foros internacionales para mejorar la protección de la propiedad intelectual⁶. Por su parte, el TLCAN incluía estándares mínimos de protección de la propiedad intelectual⁷, aun cuando en la época de su negociación y firma no existían obligaciones internacionales multilaterales en ese sentido⁸.

Centrándonos en el T-MEC y más concretamente en lo que atañe a la propiedad intelectual, vemos que el Tratado destina un capítulo, once secciones y noventa artículos a esta materia, poniendo énfasis en la delimitación conceptual y normativa de las modalidades⁹, la cooperación entre las Partes¹⁰, las relaciones con convenios preexistentes¹¹ y la protección y observancia de los derechos¹². En el mismo sentido, incorpora un anexo relativo a la observancia de los derechos de autor en el entorno digital¹³.

⁶ C-US FTA, art. 2004.

⁷ TLCAN, Cap. XVII.

⁸ La idea de incorporar a la propiedad intelectual en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947) empezó a desarrollarse desde los años setenta por iniciativa, principalmente, de los Estados Unidos. A partir de lo cual, dicho país influyó en varios de sus socios comerciales para que acogiesen ciertos criterios de protección de la propiedad intelectual que serían finalmente incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC. Véase Ross, Julie-Chasen, Wasserman, Jessica, "Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights" en Stewart, Terence (ed.), *The GATT-Uruguay Round A Negotiating History (1986–1992)*, vol. II, Boston, Kluwer Law International, 1993, pp.15.

⁹ T-MEC, arts. 20.1 – 20.6.

¹⁰ *Ibidem*, Cap. 20 Sec. B.

¹¹ *Ibidem.*, art. 20.7.

¹² *Ibidem*, Cap. 20 Sec. C – K.

¹³ *Ibidem*, Anexo 20-A.

Para delimitar el alcance de la propiedad intelectual, el T-MEC se remite enteramente al Acuerdo sobre los ADPIC¹⁴, acogiendo, por lo tanto, una cobertura *sensu lato* de la materia¹⁵, incluyendo a los derechos de autor, las modalidades clásicas de la propiedad industrial, los datos de prueba y otros datos no divulgados, las indicaciones geográficas, los secretos industriales y la observancia de los derechos, entre otras cuestiones. Sin embargo, a diferencia del Acuerdo sobre los ADPIC, el T-MEC no incluye disposiciones sobre los esquemas de trazado de los circuitos integrados, ni de control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales. Y, por el contrario, a pesar de que el Acuerdo sobre los ADPIC no trae consigo estándares mínimos de protección sobre los derechos de obtentor, el T-MEC obliga a las Partes a ratificar o adherirse al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, hecho en París el 2 de diciembre de 1961 y revisado en Ginebra el 19 de marzo de 1991 (UPOV 1991)¹⁶.

Es decir, en términos de la propiedad intelectual, el T-MEC acoge de forma general todas las categorías del Acuerdo sobre los ADPIC, empero, desarrolla únicamente determinadas modalidades sustantivas y aspectos procedimentales en función de los intereses y necesidades subyacentes en la firma del Tratado; ya que, de lo contrario, bastaría con las obligaciones internacionales preexistentes que emanan del Acuerdo sobre los ADPIC y que fueron incorporadas oportunamente en el ordenamiento de cada una de las Partes en su condición de miembros de la OMC.

¹⁴ *Ibidem*, art. 20.1. Estos acuerdos de nueva generación o “ADPIC plus”, también incorporan flexibilidades a los derechos de propiedad intelectual, en la medida que toman como punto de partida el “piso” que significa el Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁵ Véase Correa, Carlos, *Acuerdo TRIP’s*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pp. 42-44.

¹⁶ T-MEC, art. 20.7.2.d.

A partir de las disposiciones sobre propiedad intelectual que establece el T-MEC se generan obligaciones internacionales para las Partes tendientes a reforzar la protección de los derechos e incrementar sus estándares de protección¹⁷. Además, el T-MEC no supone únicamente un instrumento para incrementar los niveles de protección de la propiedad intelectual, sino, también, una herramienta de aproximación de las legislaciones de las Partes en determinados aspectos, tales como la protección de las indicaciones geográficas, el alcance de la protección de los secretos industriales y los datos de prueba, los procedimientos y plazos involucrados en la concesión de patentes, el patentamiento de productos farmacéuticos y biológicos y las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor y los derechos conexos.

IV. LAS FLEXIBILIDADES EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

Por regla general, los tratados internacionales permiten a los estados decidir la forma en que estos van a ser aplicados. Este margen de acción para la incorporación del tratado en la legislación nacional es lo que podríamos denominar como “flexibilidad” en el desarrollo interno. Sin embargo, a partir de la creación de la OMC y la consecuente elaboración del Acuerdo sobre los ADPIC, la expresión “flexibilidades” ha adquirido relevancia en la terminología de la propiedad intelectual.

Desde las negociaciones del Acuerdo sobre los ADPIC los expertos advirtieron las opciones que asistían a los miembros a la hora de incorporar en sus legislaciones las disposiciones sobre propiedad intelectual exigidas por la OMC¹⁸. Posteriormente, en las Conferen-

¹⁷ Véase Becerra, Manuel, “aspectos generales de los tratados en materia de propiedad intelectual”, en Alba, Ana y Becerra, Manuel, *La propiedad intelectual en su faceta internacional. Reflexiones plurales*, México, UNAM, 2023, pp. 10-15.

¹⁸ Véase Deere Birkbeck, Carolyn, *The Implementation Game. The TRIPS Agreement & the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing*

cias Ministeriales de la OMC de finales de los noventa, y que resultaron en la denominada Declaración de Doha del 2001¹⁹, se empezó a hablar de forma generalizada de las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC para las licencias obligatorias, las importaciones paralelas y el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual²⁰. Luego, en el contexto de la pandemia de COVID-19, el tema de las flexibilidades adquirió relevancia mundial con la propuesta de exención del Acuerdo sobre los ADPIC presentada por India y Sudáfrica en el seno de la OMC²¹.

Si bien, a causa de Doha y el COVID-19, las acciones y reflexiones respecto de las flexibilidades han girado mayoritariamente en torno al derecho a la salud y, más concretamente, sobre el acceso a medicamentos, existe consenso en la actualidad en que estas incluyen una serie de derechos y mecanismos que pueden ser desarrollados respecto de cualquier aspecto de propiedad intelectual cubierto por del Acuerdo sobre los ADPIC²².

Ahora bien, la abundante literatura institucional y académica sobre las flexibilidades, contrasta con el exiguo análisis esencial del tema, por lo que, a efectos de esta investigación, consideramos necesario realizar una aproximación al concepto y naturaleza jurídica de esta figura.

Countries, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁹ Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública (WT/MIN(01)/DEC/2), adoptada el 14 de noviembre de 2001.

²⁰ Según Deere Birkbeck, “the existence of several of these flexibilities was later confirmed by the 2001 Doha Declaration on TRIPS”. *The Implementation Game...* cit. p. 11.

²¹ Véase Thambisetty, Siva, McMahon, Aisling, McDonagh, Luke, Kang, Hyo y Dutfield, Graham, “Addressing Vaccine Inequity During the Covid-19 Pandemic: The Trips Intellectual Property Waiver Proposal and Beyond”, *The Cambridge Law Journal*, 81 (2), julio 2022, pp. 384-416.

²² Véase por todos *The Implementation Game...* cit. p. 68.

Entonces, podríamos definir a las flexibilidades como el margen de acción que tienen los estados para legislar e implementar políticas respecto a temas de propiedad intelectual que se derivan del Acuerdo sobre los ADPIC y de ulteriores tratados internacionales elaborados sobre la base de las obligaciones impuestas por la OMC. Esta estrategia de compatibilización, adaptación e implementación de las obligaciones internacionales adquiere mayor relevancia cuando se refiere a limitaciones, excepciones, exenciones o cualquier otra medida tomada para equilibrar el efecto de los derechos exclusivos y la observancia de las modalidades de propiedad intelectual.

Para acercarnos a la naturaleza jurídica de las flexibilidades, es menester identificar su tipología. Al respecto, y sin perjuicio de las clasificaciones propuestas por autores y organizaciones²³, tomaremos en cuenta únicamente la explicitud/implicitud de las flexibilidades en el Acuerdo sobre los ADPIC.

En ese sentido, observamos que el Acuerdo sobre los ADPIC trae consigo flexibilidades explícitas como la libertad para establecer el método de aplicación de las obligaciones, el agotamiento de los derechos, la promoción de la innovación tecnológica, la transferencia y difusión de la tecnología o la protección de la salud pública²⁴. Este tipo de flexibilidades son generales en la medida que atañen a todas las categorías a las que se refiere el Acuerdo.

Mientras que las flexibilidades explícitas y específicas son las que encontramos en las disposiciones de cada una de las modalidades, como la libertad para establecer limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos²⁵, la opción de neutralizar los

²³ Véase Sisule, Musungu y Cecilia, Oh, *The Use of Flexibilities in TRIP by Developing Countries: Can They Promote Access to Medicines?*, WHO, South Centre, Ginebra, 2006; y OMPI (CDIP), *Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and their Legislative Implementation at the National and Regional Levels*, (CDIP/6/REF/CDIP/5/4 REV), Ginebra, 2010.

²⁴ Acuerdo sobre los ADPIC, arts. 1, 6, 7 y 8.

²⁵ Acuerdo sobre los ADPIC, art. 13. Cabe destacar que esta disposición amplía

condicionamientos para establecer excepciones a los derechos de patente en función de los intereses legítimos de terceros²⁶ o los usos sin autorización del titular de la patente²⁷.

En cualquiera de los casos, estas, que hemos llamado flexibilidades explícitas, se desprenden expresamente del texto del Acuerdo sobre los ADPIC. Es decir, que deberían ser interpretadas de conformidad con las disposiciones del Derecho de los tratados y las normas y mecanismos propios de la OMC²⁸. Por lo tanto, y sin adentrarnos en el heterogéneo ámbito del Derecho internacional público, diremos que las flexibilidades sobre propiedad intelectual deberían interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de las palabras empleadas, de acuerdo con el contexto y en consideración a su objeto y fin²⁹.

Además, para implementar las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC, aparte de cumplir con los estándares mínimos de protección de los derechos de propiedad intelectual, se debería tomar en cuenta los objetivos y fines del Acuerdo, entre los que se encuentra la consideración de los objetivos sobre desarrollo y tecnología y

las limitaciones y excepciones a todos los derechos exclusivos o patrimoniales, mientras que el artículo 9.2 del Convenio de Berna se refería únicamente al derecho de reproducción.

²⁶ Acuerdo sobre los ADPIC, art. 26.2.

²⁷ Acuerdo sobre los ADPIC, art. 31. De aquí se desprende la posibilidad de conceder licencias no voluntarias u obligatorias sobre la materia patentada. Véase al respecto Acuerdo TRIP's... cit. pp. 141-152.

²⁸ Las diferencias sobre propiedad intelectual en la OMC deberían tomar como punto de partida la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969; y, en lo que atañe a los aspectos de propiedad intelectual, las obligaciones del Acuerdo sobre los ADPIC y, de ser el caso, la información fáctica proporcionada por la OMPI. Véase al respecto Núñez Rocha, Hernán, "La solución de diferencias en el seno de la OMC en materia de propiedad intelectual", Documentos de Trabajo IELAT, núm. 26, 2011.

²⁹ Véase Becerra, Manuel, Derecho de los Tratados. Teoría y práctica, UNAM, México, volumen XXI, 2020, p. 90; y, Acuerdo TRIP's... cit., pp. 49.

el reconocimiento de que la protección y observancia deben favorecer el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones³⁰.

Ahora bien, existen muchos otros aspectos de la propiedad intelectual que no se enmarcan en el Acuerdo sobre los ADPIC. También podemos deducir la existencia de flexibilidades en temas que no se han desarrollado plenamente en el Acuerdo, como sucede por ejemplo con la determinación del nivel inventivo y la enunciación de emergencia nacional y extrema urgencia.

Tratándose de los aspectos no enmarcados en el Acuerdo sobre los ADPIC y de no existir otras obligaciones multilaterales, regionales o bilaterales al respecto, los estados tienen total libertad de establecer leyes y políticas sobre este tipo de modalidades, de acuerdo con su sistema y cultura jurídica y en función de las propias jerarquías normativas de su ordenamiento. Esto ha sucedido con modalidades mercantiles como la protección de las invenciones menores³¹ los modelos de utilidad³², la imagen comercial³³ o con objetos de protección *suigeneris* como las especialidades tradicionales garantizadas y los conocimientos tradicionales.

³⁰ Acuerdo sobre los ADPIC, Preámbulo y arts. 7 y 8.

³¹ Con el propósito de incentivar la innovación de sus inventores, algunos ordenamientos establecieron sistemas de protección de “pequeñas patentes”. Al respecto, Otero Lastres menciona a las short term patent en Irlanda y las six year patent en Bélgica y Holanda. Véase Otero Lastres, José, “Modalidades de la Propiedad Industrial”, en Fernández-Nóvoa, Carlos, Otero Lastres, José y Botana Agra, Manuel, Manual de la Propiedad Industrial, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 62.

³² Acuerdo TRIP’s... cit. p. 42-43.

³³ El trade dress, imagen comercial o presentación comercial es un tipo de creación que no suele contar con un régimen propio en los ordenamientos jurídicos, siendo protegido normalmente por modalidades de la propiedad industrial, el derecho de autor y la competencia desleal. Véase al respecto Fernández, Cristina. “La protección de la presentación comercial en el Common Law: Estados Unidos - Trade Dress y Gran Bretaña - Get Up”, RGPP, núm. 5, 2000, pp. 101-122; Massaguer Fuentes, José, “Por un replanteamiento de la protección jurídica de las presentaciones comerciales”, La Ley Mercantil, 2019, p. 2.; y, Núñez Rocha, Hernán, Las marcas tridimensionales

En cuanto a las temáticas que no se han desarrollado suficientemente en el Acuerdo sobre los ADPIC, es importante señalar la voluntad aparente de los negociadores para dejar un margen de libertad a los miembros de la OMC, en atención a las marcadas diferencias que existen en sus prácticas jurídicas³⁴.

En definitiva, podemos decir que, ya sea por mención u omisión, todas las flexibilidades encuentran su fundamento jurídico en el Acuerdo sobre los ADPIC, por lo que podrían ser implementadas siempre que sean compatibles con este tratado internacional. Empero, para determinar la “compatibilidad”, tendríamos que tomar en consideración el contenido de todo el Acuerdo de forma sistemática, ponderando las obligaciones de protección con las demás disposiciones, entre las que se encuentran —evidentemente— las propias flexibilidades³⁵.

IV. LAS FLEXIBILIDADES GENERALES PREVISTAS EN EL T-MEC

En lo que atañe a las flexibilidades, el TMEC contiene disposiciones generales aplicables a todos los temas del Tratado y disposiciones específicas desarrolladas en el capítulo de la propiedad intelectual. A continuación, analizaremos las flexibilidades derivadas de las disposiciones generales.

y el carácter distintivo adquirido por el uso. Un análisis comparado del Derecho Español y el Ordenamiento Jurídico Andino, UAH, 2021, pp. 203-210.

³⁴ Otra interpretación sugiere que el concepto de flexibilidades se basa en la “vaguedad” de algunas cláusulas del acuerdo. Patent Related Flexibilities... cit. p. 11.

³⁵ Cfr. interpretaciones del órgano de solución de diferencias de la OMC WT/DS50/AB/R, India — Patentes (Estados Unidos); y WT/DS176/AB/R, Estados Unidos — Artículo 211 de la Ley de Asignaciones. Sobre las tendencias de interpretación del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, véase “La solución de diferencias en el seno de la OMC...” cit.

Para analizar las disposiciones generales debemos tomar en cuenta principalmente el Preámbulo del TMEC³⁶, en donde encontramos declaraciones y criterios de interpretación del Tratado. La mayoría de estos criterios están enfocados en el espíritu eminentemente mercantil del acuerdo, lo cual, devela desde el principio mismo de su texto la relevancia del comercio y la inversión para las Partes.

No obstante, a pesar de ese enfoque economicista, el Preámbulo también proporciona lineamientos de moderación del libre comercio, bajo la premisa de que el empoderamiento de ciertos sujetos –aparentemente vulnerables al aperturismo³⁷–, la corrección de distorsiones al comercio, el reconocimiento de la soberanía de las Partes y el respeto de contados derechos fundamentales contribuiría al fortalecimiento de la producción, la competitividad y el crecimiento económico.

En ese sentido, se establecen propósitos enfocados en la igualdad de género³⁸, la inserción de las mujeres en actividades comerciales y financieras³⁹, el respeto de los derechos laborales⁴⁰, la concurrencia mercantil de los pueblos indígenas⁴¹ y la participación económica y social de las micro, pequeñas y medianas empresas⁴².

³⁶ Una explicación profunda sobre la interpretación de los preámbulos puede consultarse en Corriente Córdoba, José, *Valoración jurídica de los preámbulos de los Tratados Internacionales*, EUNSA, Pamplona, 1973.

³⁷ Decimos “aparentemente” ya que no existe un reconocimiento expreso de dicha condición en el texto del Tratado.

³⁸ T-MEC, Preámbulo, párr 18.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Ibidem*, párr 14.

⁴¹ *Ibidem*, párr 17.

⁴² *Ibidem*, párr 6.

De igual manera, el Preámbulo expresa la intención de contribuir al fortalecimiento de la competitividad de las empresas de las Partes, así como, de asegurar el correcto funcionamiento del mercado y el crecimiento económico.

Para eso, las Partes expresan su determinación en “mejorar y promover la competitividad de las exportaciones y empresas regionales en los mercados globales, y las condiciones de competencia justa en la región”⁴³, lo cual, a nuestro entender, puede concretarse a través de una interpretación sistemática de las normas sobre la protección y observancia de los derechos exclusivos, la represión de la competencia desleal y la garantía de la libre competencia, de conformidad con los objetivos de política pública reconocidos en el propio capítulo de propiedad intelectual⁴⁴.

Asimismo, una de las principales razones que justifican la sustitución del TLCAN por el T-MEC, es el apoyo al “comercio mutuamente benéfico que conduzca a mercados más libres y justos, y un crecimiento económico sólido en la región”⁴⁵. Del citado párrafo, podemos destacar tres principales aspectos: i) El comercio entre las Partes debe perseguir su beneficio recíproco; ii) La pretensión de alcanzar mercados justos goza de la misma jerarquía que el libre-cambismo, lo cual supondría la imposibilidad de supeditar medidas –como el uso de flexibilidades– a la protección del comercio y la inversión; y, iii) El objetivo del crecimiento económico sólido comprende el desarrollo de un mercado regional cohesionado, sin fisuras, ni asimetrías.

En lo que respecta a las trabas para el intercambio de bienes y servicios, el Preámbulo del T-MEC dispone el compromiso de las Partes para “eliminar los obstáculos al comercio internacional que

⁴³ Ibidem, párr 5.

⁴⁴ El artículo 20.4: del T-MEC reconoce la necesidad de “fomentar la competencia, así como mercados abiertos y eficientes” de conformidad con los objetivos de política pública de las Partes.

⁴⁵ T-MEC, Preámbulo, párr 3.

sean más restrictivos de lo necesario”⁴⁶. En cuyo caso, si bien las Partes adquieren obligaciones tendientes a erradicar las barreras a los intercambios comerciales, compete a cada una de ellas, de acuerdo con su propio sistema y práctica jurídicos, definir lo que considera como “necesario”. Con lo cual, cabría la posibilidad de implementar medidas de atenuación de los derechos exclusivos, aun cuando estas se interpreten como obstáculos comerciales, en cuanto resulten “necesarias” para el desarrollo de las flexibilidades consagradas en el propio Tratado.

Por otro lado, el Preámbulo también trae consigo declaraciones que refuerzan la soberanía de las Partes para legislar y ejecutar políticas públicas, como la que citamos a continuación:

RECONOCER sus derechos inherentes para regular y su determinación a preservar la flexibilidad de las Partes para establecer prioridades legislativas y regulatorias, y proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad, la protección del medio ambiente, la conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos, la integridad y estabilidad del sistema financiero y la moral pública, de conformidad con los derechos y obligaciones dispuestos en este Tratado⁴⁷.

Como no podía ser de otra forma, el T-MEC reconoce la competencia soberana que conservan las Partes para promulgar normas. Este postulado es coherente con la naturaleza jurídica de los acuerdos comerciales que, sin perjuicio de la institucionalidad derivada

⁴⁶ Ibidem, párr 12. Nótese que en este tema el T-MEC va más allá que el Acuerdo sobre los ADPIC al utilizar la expresión “eliminar” en lugar de “reducir”.

⁴⁷ T-MEC, Preámbulo, párr 9.

y sus mecanismos de cooperación, no implica una atribución de competencias legislativas como sucede con las organizaciones supranacionales como la Unión Europea⁴⁸ y la Comunidad Andina⁴⁹.

En la misma línea de ideas, se reconoce la facultad que tienen las Partes para determinar sus prioridades legislativas, regulatorias y de política pública, enfocadas, especialmente, en la protección de sus objetivos legítimos de bienestar público. Esta declaración se refiere a la potestad que tienen los estados para implementar normas, directrices y actividades de acuerdo con sus planes y necesidades y de conformidad con los derechos y obligaciones derivados del Tratado.

Entonces, en el ámbito de propiedad intelectual, las Partes tendrían la prerrogativa de implementar medidas legislativas y de otra índole para asegurar, entre otras cosas, el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, los servicios y prestaciones sociales y la atención eficaz y oportuna de las circunstancias de emergencia nacional y extrema urgencia. Para ello, cada una de ellas podría determinar sus prioridades y objetivos, así como, definir el “bienestar público”, ya que la enumeración de asuntos que proporciona el Tratado (salud pública, seguridad, medio ambiente, etc.) es de carácter ilustrativo y no exhaustivo.

⁴⁸ Véase Muñoz Machado, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1986, p. 37; Martín y Pérez de Nanclares, J., *El sistema de competencias de la Comunidad Europea. Germen iusinternacionalista versus vocación federal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 143; Mangas, Araceli, “Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 57, pp. 49-74; y, Enoch, A., “La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados Miembros. (Hacia una lógica constitucional más visible de la atribución de competencias de la Unión)”, *RVAP*, n. 65, p. 46.

⁴⁹ Véase Sáchica, Luis., *Introducción al derecho comunitario andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, p.11; Tremolada, Erick., “Los pilares jurídicos de la Comunidad Andina: ¿elementos decisivos para su supervivencia?”, *OASIS*, 2007, pp. 321-322; y, Plata, Luis. y Yepes, Dona., “Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas”, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n. 31, 2009, pp. 203-207.

Continuando con el Preámbulo, este se refiere a la tutela de derechos fundamentales específicos como uno de los medios para alcanzar los objetivos comerciales del Tratado. Disponiendo: “PROTEGER la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y fomentar la toma de decisiones basadas en la ciencia mientras se facilita el comercio entre ellas”⁵⁰.

Como puede observarse, el enfoque comercial del T-MEC no solo supone un reconocimiento marginal e instrumental de ciertos derechos fundamentales, como son la salud, la vida y la alimentación de las personas, sino que, dicho reconocimiento, se concreta a través de una redacción vaga y ambigua.

A pesar de la comentada imprecisión, entendemos que el T-MEC procura evitar la promulgación de medidas que afecten al comercio, incitando a las Partes a proteger estos derechos fundamentales sin interferir en el libre intercambio de bienes y servicios. No obstante, esta interpretación debería ser entendida como una regla general que admite excepciones, como, por ejemplo, la adopción de medidas para proteger la salud pública, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20.6 del Tratado.

Finalmente, en cuanto a la protección de la naturaleza el Preámbulo del T-MEC dictamina:

PROMOVER altos niveles de protección al medio ambiente, incluso mediante la aplicación efectiva por cada una de las Partes de sus leyes ambientales, así como a través del mejoramiento en la cooperación ambiental, y fomentando los objetivos de desarrollo sostenible, incluso mediante políticas y prácticas comerciales y ambientales que se apoyen mutuamente⁵¹.

⁵⁰ T-MEC, Preámbulo, párr 11.

⁵¹ T-MEC, Preámbulo, párr 13.

A este respecto, el T-MEC expresa la intención de promover altos niveles de protección al medio ambiente, sin matices, ni condicionamientos. Asimismo, los mecanismos de protección ambiental relatados en este párrafo son de carácter sugestivo, por lo que, tendría cabida cualquier otra acción enfocada en la protección del medio ambiente. Por lo tanto, serían perfectamente compatibles medidas en el ámbito de la propiedad intelectual, como la exclusión de la patentabilidad de invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para evitar daños graves a la naturaleza o al medio ambiente⁵².

V. POSIBLES MEDIDAS DE EQUILIBRIO DERIVADAS DE LAS FLEXIBILIDADES DEL T-MEC

Visto el margen de maniobra que ofrecen las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC, y en consecuencia el T-MEC, proponemos posibles opciones para un país en vías de desarrollo y que ha adquirido varios compromisos internacionales en materia de propiedad intelectual, como es el caso de México. Distanciándonos de la clásica concepción de las flexibilidades, enfocadas fundamentalmente en el derecho a la salud, planteamos la implementación de medidas legislativas y de política pública que permitan la ponderación de derechos mercantiles, en particular entre titulares y competidores; y, el ejercicio efectivo de derechos no mercantiles, desde la óptica de los usuarios de obras y tecnologías.

A este planteamiento lo hemos denominado “medidas de equilibrio”, toda vez que podría constituir una herramienta de protección de los derechos de propiedad intelectual, en armonía con los fines y objetivos que persigue dicha protección, la libre competencia y el respeto a los derechos fundamentales. Todo esto, acorde a las

⁵² El artículo 20.36 del T-MEC, en concordancia con el 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, admite expresamente la exclusión de la patentabilidad de este tipo de invenciones.

obligaciones internacionales adquiridas, las flexibilidades que proporcionan los tratados y las prioridades y estrategias nacionales de política social y económica⁵³.

Siendo así, ponemos a consideración las siguientes medidas de equilibrio en el ejercicio de las flexibilidades identificadas en el marco normativo del T-MEC⁵⁴.

1. LA FUNCIÓN INSTRUMENTAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Al tratarse de un amplio acuerdo comercial, el T-MEC concibe la protección de la propiedad intelectual como uno de los medios para desarrollar el comercio y la inversión, promover la competitividad de las empresas de las Partes y alcanzar el desarrollo económico en la región⁵⁵.

Además, en el propio capítulo de propiedad intelectual del Tratado, siguiendo los lineamientos del Acuerdo sobre los ADPIC, se establece deliberadamente que:

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberían contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios

⁵³ En el caso de México, por ejemplo, se podría tomar en consideración el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 y los que se expidan sucesivamente.

⁵⁴ Algunas de estas medidas ya han sido implementadas en la legislación sobre propiedad intelectual del Ecuador. Véase Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Código INGENIOS), RO 899, 09-12-2016; y, Jefferson, David. “Ingenuity and the Re-Imagining of Intellectual Property: An Introduction to the Código Ingenios of Ecuador”. *European intellectual property review*, 39, 2017, pp. 21-29.

⁵⁵ *Supra*. Las flexibilidades generales previstas en el T-MEC.

de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezca el bienestar social y económico, y el equilibrio de derechos y obligaciones⁵⁶.

Este objetivo expreso del Tratado pone énfasis en dos aspectos. Primero, se refiere a la promoción de la innovación y la transferencia y difusión de la tecnología. En segundo lugar, explica que dicha meta debe alcanzarse en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezca el bienestar social y económico, así como, contribuyendo al equilibrio de derechos y obligaciones.

Dicho de otro modo, el artículo 20.2 del T-MEC consagra la naturaleza eminentemente instrumental de los derechos de propiedad intelectual, en miras de conciliar la generación y protección de la tecnología con el acceso a la misma. Esto, además de la comentada instrumentalización, supone un enfoque simétrico de la propiedad en detrimento de la tesis “absolutista” de la protección⁵⁷.

Asimismo, en atención a las características de los derechos de propiedad intelectual, se equilibra la exclusividad con el acceso a la materia protegible, asimilando la posición de los creadores y titulares con la de los competidores y consumidores⁵⁸.

⁵⁶ T-MEC, art. 20.2. El Tratado utiliza el condicional “deberían”, alejándose del objetivo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC (“deberán”), que podía ser interpretado como una obligación antes que una flexibilidad.

⁵⁷ A pesar de que el paradigma “absolutista” de la propiedad intelectual ya fue desmontado académicamente en los primeros estudios del Acuerdo sobre los ADPIC, en la esfera de la abogacía todavía es común encontrar una defensa dogmática de dicha posición. Véase por todos Carrier, Michael, “Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm”, *Duke Law Journal*, vol. 54, núm. 1, 2004, pp. 1-145.

⁵⁸ De ahí que se use la expresión “usuarios”.

Finalmente, como corolario de esta disposición, se reconoce que la adquisición y la observancia de los derechos de propiedad intelectual “están sujetos a valores sociales más elevados”⁵⁹, como son el progreso científico y tecnológico, el crecimiento económico y el bienestar y la cohesión social.

2. Ejercicio equilibrado de los derechos de propiedad intelectual

Los derechos de propiedad intelectual no son absolutos ni ilimitados. Su alcance está demarcado por la propia naturaleza jurídica de la modalidad que se trate, el objeto de protección, las limitaciones y excepciones y las salvaguardas generales y específicas contenidas en las flexibilidades internacionales.

En ese sentido, y de conformidad con las disposiciones del T-MEC, sería plenamente factible la incorporación de una regla doméstica que oriente la interpretación de las normas sobre protección y observancia de la propiedad intelectual en torno al equilibrio con otros derechos reconocidos en el Tratado y estrechamente relacionados con los bienes inmateriales.

Así, el reconocimiento de la propiedad intelectual debe guardar relación con la libre competencia, asegurando que los derechos exclusivos no signifiquen una exclusión injustificada a la concurrencia mercantil de las personas y empresas y a la disponibilidad de los activos intangibles en el comercio.

De igual forma, la protección y observancia de la propiedad intelectual debe ser armónica con los objetivos legítimos de bienestar público⁶⁰, los cuales pueden ser libremente determinados por las Partes en función de sus prioridades. Con esto, se puede evitar que la propiedad intelectual afecte los derechos relacionados con tales objetivos, como pueden ser la vida, salud, alimentación, educación, información, cultura y el progreso científico, entre otros.

⁵⁹ Acuerdo TRIP's... cit. p. 28.

⁶⁰ Supra. Las flexibilidades generales previstas en el T-MEC.

3. CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL COMO EXCEPCIÓN AL DOMINIO PÚBLICO

La libre competencia es el pilar fundamental de la economía de mercado, en donde las empresas se valen de todas las herramientas cognitivas y tecnológicas a su alcance para llevar a cabo sus actividades mercantiles. En ese escenario concurrencial, los derechos de propiedad intelectual operan como mecanismos excepcionales diseñados para incentivar la investigación y el desarrollo y facilitar la transferencia de tecnológica⁶¹.

La libre competencia supone un marco institucional y jurídico diseñado para evitar los privilegios mercantiles. Por su parte, la propiedad intelectual acarrea la constitución de derechos exclusivos oponibles erga omnes ante cualquier uso no autorizado de la materia protegible⁶².

Es por eso que el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual opera como una excepción a la libre competencia, contemplada expresamente en el ordenamiento jurídico, debido a la importancia que reviste la generación de obras e invenciones para el acervo cognitivo y tecnológico de la sociedad y la subsecuente oferta de bienes y servicios.

⁶¹ Un sector de la doctrina considera que los derechos de propiedad intelectual confieren “monopolios legales” a inventores y creadores. Véase por todos Blair, RD y Wang, W. “Monopoly Power and Intellectual Property”, en Blair, Robert y Sokol, Daniel (eds.), *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 204-221.

⁶² Véase al respecto Barona Villar, S., *Protección del Derecho de marcas (aspectos procesales)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 58; Muerza Esparza, J., *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial y de la competencia*, CEDECS, Barcelona, 1997, p. 34; y Fernández-Nóvoa, Carlos, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2da Edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 490-495..

Este acervo cognitivo y tecnológico al que hacemos mención es lo que en términos de la propiedad inmaterial conocemos como la esfera del dominio público, conformado por todos los bienes intelectuales libremente utilizables⁶³.

Si bien lo enunciado puede parecer evidente desde una perspectiva teórica, su reconocimiento legal aportaría a la estabilización de intereses contrapuestos que persigue las medidas de equilibrio. Una norma en ese sentido contextualizaría a la propiedad intelectual –privilegio excepcional que añade valor a las prestaciones comerciales– dentro de un espacio económico amplio, heterogéneo y concurrencial⁶⁴.

4. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL ACORDE A UNA TIPOLOGÍA DE BIENES

Como hemos reiterado en esta investigación, las obligaciones internacionales sobre propiedad intelectual derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC, y de otros acuerdos comerciales de nueva generación, contienen estándares mínimos de protección que deben ser atendidos por los estados. Sin embargo, estos umbrales pueden ser matizados en atención a las flexibilidades sobre la materia, lo cual, genera una amplia gama de posibilidades normativas en cuanto al reconocimiento, concesión, alcance, ejercicio y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual.

⁶³ Samuelson, Pamela, “Enriching Discourse on Public Domains”, *Duke Law Journal*, 2006, vol. 55, pp. 111-169.

⁶⁴ Incluso las propias normas de propiedad intelectual suelen reconocer la libre disponibilidad de ciertas creaciones para garantizar la libre competencia y el correcto funcionamiento del mercado. En el contexto mexicano, véase a modo de ejemplo el artículo 173.II de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, DOF 01-07-2020.

Por lo tanto, cabría la posibilidad de diseñar distintos esquemas normativos de propiedad intelectual en atención al tipo de bien que incorpora el derecho. Para esto, se podría clasificar a los bienes según el interés que se pretenda tutelar.

En la actualidad, la única experiencia regional en ese sentido constituye el caso ecuatoriano⁶⁵ en donde se recurrió a una tipología de bienes conformada por las siguientes cuatro categorías:

- Bienes que garantizan derechos fundamentales, considerados de interés público, en cuyo caso se simplifica la declaratoria de exención de la protección y el otorgamiento de licencias obligatorias.

- Bienes relacionados con los sectores estratégicos, que tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, tales como la energía, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad o el agua⁶⁶. En estos casos el estado puede exigir la transferencia de tecnología como parte de la contraprestación requerida en los procesos de concesión o prestación de servicios en estos sectores.

- Bienes relacionados a la biodiversidad y los conocimientos tradicionales⁶⁷. Se dispone la participación del Estado en la titularidad de las modalidades de propiedad intelectual y otros derechos afines que recaigan sobre procedimientos y productos obtenidos a partir de la biodiversidad. En caso de que dichos desarrollos tecnológico utilicen componente intangible asociado, se reconoce la participación equitativa de los legítimos poseedores.

⁶⁵ Código INGENIOS, arts. 89-94.

⁶⁶ Así lo reconoce el artículo 313 de la Constitución ecuatoriana.

⁶⁷ Los cuales tienen regímenes específicos de protección acorde al Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Nagoya y lo dispuesto principalmente en los artículos 57.12 y 322 de la Constitución ecuatoriana.

- Los demás bienes, considerados como bienes de mercado, sobre los cuales no hay previsiones generales de equilibrio. En estos casos, cabría incluso la incorporación de estándares más altos de los exigidos por las obligaciones internacionales.

Como se puede observar, la tipología de bienes es una herramienta que podría ser adaptada por los estados en función de sus marcos constitucionales y sus prioridades de política pública. En el caso de México, consideramos que sería plenamente compatible con las disposiciones del T-MEC, en la medida que se enfoque en la consecución del “interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico”⁶⁸.

5. IRRENUNCIABILIDAD DE LIMITACIONES Y EXCEPCIONES

Vistas las disposiciones sustantivas del T-MEC, nada impide a las partes garantizar el libre ejercicio de las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual. Además, la irrenunciabilidad de limitaciones y excepciones es una medida idónea para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual y de las prácticas restrictivas del comercio y la transferencia de tecnología⁶⁹.

Una previsión en ese sentido no afecta las condiciones exigidas para el establecimiento de limitaciones y excepciones⁷⁰, tampoco generaliza los usos sin autorización del titular, ya que su naturaleza permanece intacta. Sigue siendo una facultad que tienen los usuarios en la medida que se ajusten a los requisitos exigidos por cada modalidad.

⁶⁸ T-MEC, art. 20.3.1.

⁶⁹ *Ibidem*, art. 20.3.2.

⁷⁰ Cfr. Convenio de Berna, art. 9.2; y, Acuerdo sobre los ADPIC, arts. 13, 17, 30.

Por el contrario, contribuye al correcto funcionamiento del mercado, nivelando las relaciones asimétricas; ya que, situaciones, como las de posición dominante, pueden menoscabar el ejercicio de las limitaciones y excepciones a través de prácticas contractuales. Lo cual, en última instancia, distorsiona el alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

6. LA INTERPRETACIÓN ORGÁNICA Y SISTEMÁTICA EN CONFLICTOS SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

Esta medida implica que los jueces y autoridades administrativas deberán resolver los litigios sobre propiedad intelectual en atención a todas las normas del ordenamiento jurídico que tengan relación con el objeto controvertido, tomando en consideración –evidentemente– el sistema de fuentes formales y la jerarquía normativa.

Al respecto, las normas sobre propiedad intelectual deberían tener prevalencia en los aspectos relacionados con la protección y observancia, en virtud de la especialidad de la materia; mientras, que las cuestiones contrapuestas, como las referentes a la libre competencia, el respecto a los derechos fundamentales y las prioridades de política pública, tendrían que ser atendidas desde sus propias fuentes normativas.

Este ejercicio de interpretación orgánica y sistemática aporta los elementos necesarios para garantizar la “protección y observancia adecuadas y efectivas de los derechos de propiedad intelectual”⁷¹, sin detrimento de otros derechos mercantiles y en apego al sistema de protección de los derechos fundamentales⁷².

⁷¹ T-MEC, art. 20.5.

⁷² Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 1. DOF 22-03-2024.

VI. CONCLUSIONES

Con todo lo analizado en este trabajo, podemos afirmar que las flexibilidades de los tratados internacionales son perfectamente compatibles con los estándares altos de protección de la propiedad intelectual.

El desarrollo de las flexibilidades corresponde con la naturaleza instrumental de los derechos de propiedad intelectual y reafirma los distintos objetivos legislativos y de política pública que se pueden alcanzar con un enfoque estratégico de la materia.

En la esfera mercantil, las flexibilidades equilibran la adquisición y observancia de las modalidades de la propiedad intelectual con otros derechos igual de relevantes para el comercio y la inversión, como son la libre competencia y el acceso a la tecnología y el conocimiento.

La propiedad intelectual tiene que contribuir al desarrollo económico y el bienestar social. Sus normas deben perseguir el fomento de la creatividad y la innovación y deben incorporar previsiones específicas para advertir y sancionar el abuso del derecho.

Al mismo tiempo, con el uso de las flexibilidades, el sistema de propiedad intelectual refuerza el ámbito de actuación de otras ramas del Derecho encargadas del respeto y la protección de los derechos fundamentales.

Las flexibilidades deben favorecer el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en situaciones de normalidad. En casos de emergencia nacional o extrema urgencia, podría limitarse o exceptuarse transitoriamente la observancia de la propiedad intelectual, en miras de garantizar la vigencia de los derechos humanos, al menos en su contenido esencial.

Existen diversas formas de implementación de los estándares de protección. El alto grado de armonización que tienen la mayoría de las legislaciones, a causa de los tratados internacionales, no debería ser un desincentivo para que los estados exploren nuevos mecanismos de protección y equilibrio de derechos.

Los países en desarrollo y los menos adelantados deberían liderar el estudio y la aplicación de las flexibilidades, lo cual, además, podría aportar a la heterogeneización de las tendencias de interpretación de los tratados, dominadas por la visión de los países desarrollados.

Las medidas de equilibrio propuestas en este estudio son un ejemplo del margen de maniobra que gozan los estados, a pesar de las obligaciones que se desprenden de los tratados de nueva generación y que incorporan disposiciones sobre propiedad intelectual.

El T-MEC, a la par que eleva los criterios de protección de la propiedad intelectual, mantiene las flexibilidades dispuestas en el Acuerdo sobre los ADPIC, permitiendo a las Partes la implementación de medidas legislativas y de política pública para proteger el derecho a la salud.

Asimismo, el Tratado incorpora un abanico de opciones que van más allá de la salud pública, toda vez que faculta a las Partes la aplicación de medidas de equilibrio concernientes a la competitividad de sus empresas, el correcto funcionamiento del mercado, el crecimiento económico y la protección de sus objetivos legítimos de bienestar público.

Países como México deberían ensayar la efectividad de las medidas de equilibrio y de cualquier otra flexibilidad que consideren oportuna, para cerciorarse que estas cumplen su objetivo. Para ello es importante contar con políticas de estado sostenidas, así como, con acciones de capacitación e involucramiento de los actores relacionados con el sistema de propiedad intelectual. Caso contrario, las medidas podrían ser desaprovechadas o defraudadas por vía reglamentaria o la praxis administrativa.

La compatibilidad plena con las obligaciones internacionales tendría que ser verificada ex ante y ex post con respecto a la promulgación de la norma, ya que, todos los análisis teóricos de compatibilidad que subyacen en la implementación de medidas tienen que ser contrastados y puestos a prueba en los mecanismos de cooperación y solución de diferencias que traen consigo el Acuerdo sobre los ADPIC y el propio T-MEC.

VII. FUENTES CONSULTADAS

- ALBA, ANA Y BECERRA, MANUEL, LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN SU FACETA INTERNACIONAL. REFLEXIONES PLURALES, MÉXICO, UNAM, 2023.
- BARONA VILLAR, S., PROTECCIÓN DEL DERECHO DE MARCAS (ASPECTOS PROCESALES), CIVITAS, MADRID, 1992.
- BECERRA, MANUEL, DERECHO DE LOS TRATADOS. TEORÍA Y PRÁCTICA, UNAM, MÉXICO, VOLUMEN XXI, 2020.
- BECERRA, MANUEL, “EL PROTOCOLO MODIFICATORIO AL T-MEC. SU RECEPCIÓN EN DERECHO INTERNO”, ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, MÉXICO, VOLUMEN XXI, 2021, PP. 983-985.
- BLAIR, RD Y WANG, W. “MONOPOLY POWER AND INTELLECTUAL PROPERTY”, EN BLAIR, ROBERT Y SOKOL, DANIEL (EDS.), THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF ANTITRUST, INTELLECTUAL PROPERTY, AND HIGH TECH, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, CAMBRIDGE, 2017, PP. 204-221.
- CARRIER, MICHAEL, “CABINING INTELLECTUAL PROPERTY THROUGH A PROPERTY PARADIGM”, DUKE LAW JOURNAL, VOL. 54, NÚM. 1, 2004, PP. 1-145.
- CORREA, CARLOS, ACUERDO TRIP’S, BUENOS AIRES, CIUDAD ARGENTINA, 1998.

- CORRIENTE CÓRDOBA, JOSÉ, VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS PREÁMBULOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES, EUNSA, PAMPLONA, 1973.
- DEERE BIRKBECK, CAROLYN, THE IMPLEMENTATION GAME. THE TRIPS AGREEMENT & THE GLOBAL POLITICS OF INTELLECTUAL PROPERTY REFORM IN DEVELOPING COUNTRIES, OXFORD, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2009.
- ENOCH, A., “LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN Y LOS ESTADOS MIEMBROS. (HACIA UNA LÓGICA CONSTITUCIONAL MÁS VISIBLE DE LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN)”, RVAP, n. 65, p. 46.
- FERNÁNDEZ, CRISTINA. “LA PROTECCIÓN DE LA PRESENTACIÓN COMERCIAL EN EL COMMON LAW: ESTADOS UNIDOS - TRADE DRESS Y GRAN BRETAÑA - GET UP”, RGPP, NÚM. 5, 2000, pp. 101-122.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, CARLOS, TRATADO SOBRE DERECHO DE MARCAS, 2DA EDICIÓN, MARCIAL PONS, MADRID, 2004.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, CARLOS, OTERO LASTRES, JOSÉ Y BOTANA AGRA, MANUEL, MANUAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, MARCIAL PONS, MADRID, 2017.
- JEFFERSON, DAVID. “INGENUITY AND THE RE-IMAGINING OF INTELLECTUAL PROPERTY: AN INTRODUCTION TO THE CÓDIGO INGENIOS OF ECUADOR”. EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY REVIEW, 39, 2017, pp. 21-29.
- MANGAS, ARACELI, “DELIMITACIÓN Y MODO DE EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA”, REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, n. 57, pp. 49-74
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., EL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA. GERMEN IUSINTERNACIONALISTA VERSUS VOCACIÓN FEDERAL, MC GRAW HILL, MADRID, 1997.
- MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “POR UN REPLANTEAMIENTO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PRESENTACIONES COMERCIALES”, LA LEY MERCANTIL, 2019, p. 2.

- MUERZA ESPARZA, J., ASPECTOS PROCESALES DE LAS ACCIONES DE CANCELACIÓN Y PROHIBICIÓN DE DAÑOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INDUSTRIAL Y DE LA COMPETENCIA, CEDECS, BARCELONA, 1997.
- MUÑOZ MACHADO, S., EL ESTADO, EL DERECHO INTERNO Y LA COMUNIDAD EUROPEA, MADRID, CIVITAS, 1986.
- NÚÑEZ ROCHA, HERNÁN, LAS MARCAS TRIDIMENSIONALES Y EL CARÁCTER DISTINTIVO ADQUIRIDO POR EL USO. UN ANÁLISIS COMPARADO DEL DERECHO ESPAÑOL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO, UAH, 2021.
- NÚÑEZ ROCHA, HERNÁN, “LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL SENO DE LA OMC EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL”, DOCUMENTOS DE TRABAJO IELAT, NÚM. 26, 2011.
- OMPI (CDIP), PATENT RELATED FLEXIBILITIES IN THE MULTILATERAL LEGAL FRAMEWORK AND THEIR LEGISLATIVE IMPLEMENTATION AT THE NATIONAL AND REGIONAL LEVELS, (CDIP/6/REF/CDIP/5/4 REV), GINEBRA, 2010.
- PLATA, LUIS. Y YEPES, DONA., “NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS COMUNITARIAS ANDINAS”, REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL NORTE, N. 31, 2009, PP. 196-223.
- ROSS, JULIE-CHASEN, WASSERMAN, JESSICA, “TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS” EN STEWART, TERENCE (ED.), THE GATT-URUGUAY ROUND A NEGOTIATING HISTORY (1986–1992), VOL. II, BOSTON, KLUWER LAW INTERNATIONAL, 1993.
- SÁCHICA, LUIS., INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMUNITARIO ANDINO, TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA, QUITO, 1985.
- SAMUELSON, PAMELA, “ENRICHING DISCOURSE ON PUBLIC DOMAINS”, DUKE LAW JOURNAL, 2006, VOL. 55, PP. 111-169.
- SISULE, MUSUNGU Y CECILIA, OH, THE USE OF FLEXIBILITIES IN TRIP BY DEVELOPING COUNTRIES: CAN THEY PROMOTE ACCESS TO MEDICINES?, WHO, SOUTH CENTRE, GINEBRA, 2006.

- THAMBISETTY, SIVA, McMAHON, AISLING, McDONAGH, LUKE, KANG, HYO Y DUTFIELD, GRAHAM, "ADDRESSING VACCINE INEQUITY DURING THE COVID-19 PANDEMIC: THE TRIPS INTELLECTUAL PROPERTY WAIVER PROPOSAL AND BEYOND", THE CAMBRIDGE LAW JOURNAL, 81 (2), JULIO 2022, PP. 384-416.
- TREMOLADA, ERICK., "LOS PILARES JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD ANDINA: ¿ELEMENTOS DECISIVOS PARA SU SUPERVIVENCIA?", OASIS, 2007, PP. 317-436.

¡EL ESTADO SOY YO!: ALGUNAS ASEVERACIONES SOBRE LA AUTOCRACIA¹

THE STATE IS ME!: SOME APPROACHES ABOUT THE AUTOCRACY

SALVADOR ALAN FERNÁNDEZ DE LARA GARCÍA²

“El poder corrompe, pero el poder absoluto corrompe absolutamente”

Lord Acton

“El Hombre ha nacido libre y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado”

Jean Jacques Rousseau

“La libertad no consiste en tener un buen amo, sino en no tenerlo”

Cicerón

RESUMEN: A través de este trabajo, se hará una aproximación teórica a diversos conceptos como autocracia, autor-

¹ Este trabajo fue realizado con el apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

² Licenciado en Derecho y Especialista en Derechos Constitucional, con Mención Honorífica, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctorando en Derecho. Contacto: <salvadorfernandezdelara@gmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-6852-5792>>.

itarismo, tiranía, dictadura y totalitarismo. Asimismo, se realizará un repaso breve de la Historia Universal con relación a la autocracia. Y, finalmente, se analizarán tres ejemplos constitucionales actuales de Estados autócratas: Corea del Norte, Siria y Bielorrusia; partiendo de su Historia Política.

PALABRAS CLAVE: Autocracia, Autoritarismo, Tiranía, Dictadura, Totalitarismo, Corea del Norte, Siria, Bielorrusia, Derecho Constitucional.

ABSTRACT: Through this work, a theoretical approach will be made to various concepts such as autocracy, authoritarianism, tyranny, dictatorship and totalitarianism. Likewise, there will be a brief review of Universal History in relation to autocracy. And, finally, three current constitutional examples of autocratic States will be analyzed: North Korea, Syria and Belarus; based on his Political History.

KEY WORDS: Autocracy, Authoritarianism, Tyranny, Dictatorship, Totalitarianism, North Korea, Syria, Belarus, Constitutional Law.

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Autocracia, autoritarismo, tiranía, dictadura o totalitarismo? III. La autocracia: régimen presente en la Historia de la Humanidad. IV. El extraño caso de Corea del Norte. V. La apariencia en la división de poderes y el respeto a los Derechos Humanos en Bielorrusia. VI. Siria y su dictadura familiar. VII. Reflexiones Finales. VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Hace un par de días me encontraba leyendo El origen de los totalitarismos de Hannah Arendt y me hice la siguiente pregunta: ¿Los totalitarismos, las dictaduras y esas formas de autocracia siguen existiendo en pleno siglo XXI?

Es evidente que, actualmente, existe una problemática respecto a la falta de confianza que los jóvenes tienen con respecto a la democracia. De hecho, sustentando esto, es menester indicar que durante el 2023, Latinobarómetro emitió un informe en el que estudió la aprobación de la democracia en 17 países latinoamericanos y los resultados fueron alarmantes: 48% de las personas consultadas prefieren un gobierno autocrático y no uno democrático.³

Pero, por otra parte (desde una visión meramente formalista y jurídica), es evidente que actualmente las democracias, las libertades y los derechos humanos están en auge. Al menos, en la mayoría de los países occidentales. Y, por la misma razón, muchas veces los ciudadanos de este tipo de Estados llegamos a creer que sería prácticamente imposible que un dictador llegara a dirigir a nuestro país. Pareciera que se creó que eso es algo superado y que sólo se puede encontrar en los libros de Historia o en las ficciones retratadas en novelas como *El Señor Presidente de Miguel Ángel Asturias*, *La Fiesta del Chivo de Mario Vargas Llosa*, *La Casa de Bernarda Alba de García Lorca* o *Las Tres Bodas de Manolita* de Almudena Grandes, o en obras como *Guernica* de Pablo Picasso; porque, aunque en América Latina existen algunos ejemplos en los cuales el sistema político y constitucional es un tanto confuso y se pueden ver algunos rasgos dictatoriales en un aparente sistema democrático y representativo, actualmente ya no se observan las dictaduras de antaño en las que un hombre, de manera descarada, se vislumbraba como el dueño del Estado: el jefe absoluto del destino del país y de sus habitantes. Ahora, al menos en esos países latinoamericanos con toques de autocracia, existe un marco constitucional y legal que deja entrever algunos derechos humanos; así como instituciones, aparente división de poderes y hasta existen fuerzas políticas opositoras que (aunque las repriman) llegan a alzar la voz cuando el Gobierno hace algo mal y hasta cuentan

³ CORPORACIÓN LATINBARÓMETRO. Informe 2023: La recesión democrática de América Latina, 2023, p. 36, disponible en: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>

con ciertos cargos de elección popular. O, como en Cuba, que ya hay cierta apertura comercial y de fronteras para sus ciudadanos. Situación que no pasaba hace algunos años.

Pero, ¿qué sucede en otros lugares alejados?

De esta forma, investigamos lo que sucedía, desde un ámbito constitucional, en el mundo y, entonces, nos percatamos que la Organización IDEA Internacional afirma que, en el mundo, existen treinta y dos países con forma de gobierno dictatorial o autocrático (o en los que hay ciertos sesgos de autocracia, como lo son algunos países Latinoamericanos).⁴ Y eso es algo preocupante, si analizamos que esta época es un tiempo de apertura y progresismo que nunca antes se había visto en la Historia.

Es por dicha situación que, a través de este artículo académico, nos acercaremos al concepto de autocracia, definiéndolo y, al mismo tiempo, identificándola de otros términos conocidos como autoritarismo, tiranía, dictadura y totalitarismo. Al mismo tiempo, haremos un breve repaso de la historia de la autocracia desde los orígenes de la Humanidad hasta la fecha. Y, finalmente, estudiaremos los sistemas constitucionales de tres casos de países en los que la autocracia es algo real en la actualidad: Corea del Norte, Bielorrusia y Siria. Es importante señalar que dichos países se eligieron para poder demostrar que las autocracias siguen existiendo a la fecha y, al mismo tiempo, elegimos dichos Estados por estar, cada uno de ellos, en distintos continentes (Europa, Asia y África). Sin embargo, decidimos dejar fuera a países americanos por considerar que esas experiencias son muy conocidas en México.

Asimismo, elegimos estudiar sus sistemas constitucionales, y compararlos con la realidad que se vive en dichos Estados, para demostrar que, a pesar de la existencia de una Norma Fundamental en dichos países, eso no garantiza que el Gobierno respete los

⁴ IDEA INTERNACIONAL. El estado de la democracia en el mundo 2022, Suecia, 2023, p. 6.

derechos humanos de la población civil de esos lugares. Además de que comprobaremos que esas Constituciones son meros ropajes democráticos que sólo sirven para hacer ver, ante la Comunidad Internacional, que en esos Estados se siguen ciertos parámetros de un Estado de Derecho.

Como veremos, la dictadura es algo que sigue presente en el mundo y, por ende, que continúa siendo un peligro latente hasta en los países de ideología más liberal. Finalmente, el poseer un poder absoluto es una ambición que muchos seres humanos tienen. Y cuando se llega a presentar la oportunidad de tener dicha concentración de poder, la autocracia empieza a ser una realidad insoslayable. Es por ello por lo que este artículo académico se denomina “*¡El Estado soy yo!*”, como una alusión directa a la frase con la que se identifica al rey absolutista Luis XIV.

Este texto es un canto hacia la libertad y un recordatorio del daño que una autocracia puede hacer en la vida de la sociedad y, por ende, de los individuos que la llegan a soportar. Por tanto, el objetivo general del mismo es dar a conocer lo que es una autocracia y, asimismo, el peligro que implica su existencia en cualquier parte del mundo.

II. ¿AUTOCRACIA, AUTORITARISMO, TIRANÍA, DICTADURA O TOTALITARISMO?

Desde hace muchísimos siglos, grandes pensadores han analizado el tema de la autocracia desde distintas perspectivas y, de hecho, ha sido un tema que ha estado presente, de forma inseparable, con el avance de la Historia de la Humanidad. Y es claro que, generalmente, cuando escuchamos las palabras autocracia, autoritarismo, dictadura o totalitarismo, nos viene a la cabeza la idea de una forma negativa de gobierno. Algunas de esas cuatro palabras son más conocidas que otras. Pero es tiempo de definir cada una de ellas.

Pues bien, el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) señala que se entiende por *autocracia* a la “forma de gobierno en la cual la voluntad de una sola persona es la suprema ley”. Cabe destacar que esta palabra deriva del griego *autokrateia* que, a su vez, significaría el gobierno de uno. Así, cuando un individuo se alza por encima de los demás habitantes de un territorio específico e impone sus decisiones es evidente que hay autocracia. Por tanto, si en un Estado no hay división de poderes ni leyes creadas por un órgano colegiado como son los parlamentos, y el poder mismo recae en un solo sujeto, entonces ahí existe una autocracia. Un claro ejemplo de ello son las Monarquías Absolutistas que imperaron en el mundo hasta antes de la Revolución Francesa.⁵

Por otra parte, el *autoritarismo* es “la actitud de quien ejerce con exceso su autoridad o abusa de ella” o el “régimen o sistema político caracterizado por el exceso o abuso de autoridad” (DRAE). Y aquí cabría preguntarnos: ¿qué se entiende por abuso de autoridad? Porque es evidente que en una monarquía absolutista, la voluntad del monarca es la ley y eso se debe a la legitimidad que éste detenta y la cual es de carácter divino; es decir, a que el argumento para que ese monarca detente el poder es que Dios mismo decidió que él debía ser rey o emperador. Es lo que conocemos como el *Derecho divino de los Reyes*. Así que, bajo esta perspectiva, un monarca absolutista no abusaría del poder; pues su poder es ilimitado desde el momento en que le fue conferido por Dios. Sin embargo, San Agustín de Hipona señaló al respecto que cuando un gobernante empieza a atentar contra la dignidad de los gobernados (en ese entonces llamados

⁵ A pesar de que las Ideas de la Ilustración generaron que principios como la división de poderes y los Derechos del Hombre comenzaran a imperar en los Estados, aún a principios del siglo XX continuaron existiendo Naciones en las cuales se practicaban la monarquía absolutista. Tal es el caso de la Rusia Zarista o la China Imperial. Cabe destacar que, actualmente, el Vaticano es el único Estado que sigue practicando esta forma de gobierno. Así lo indica su Constitución.

siervos o súbditos), entonces éstos tenían el derecho de quitarlo del poder. Y sus argumentos se basaban en ideas aristotélicas, teológicas y episodios bíblicos.

Entonces, quedaría claro que el abuso de poder se da cuando un gobernante atenta contra la dignidad de los gobernados. Y, en la actualidad, eso se haría notorio cuando se vulnera el principio de división de poderes, los Derechos Humanos de las personas y, en general, el Estado de Derecho.

Esto queda patente en cuanto Norberto Bobbio señala que, en el caso del autoritarismo,

- [a] la luminosa visibilidad [...] del actor, que es necesaria para infundir un sentimiento de respeto y de temor reverencial hacia el dueño de la vida y de la muerte de los propios súbditos, debe corresponder lo opaco de las acciones necesario para garantizar la incontabilidad y la arbitrariedad.⁶

Por tanto, en el autoritarismo existe una exposición sobresaturada del autócrata y un ocultamiento de su toma de decisiones discrecionales que, generalmente, termina atentando contra la dignidad humana y el Estado de Derecho.

Por su parte, el DRAE señala que la tiranía es el “gobierno ejercido por un tirano” o el “abuso o imposición en grado extraordinario de cualquier poder, fuerza o superioridad”. De esta manera, podría decirse que si hay tiranía, habrá autoritarismo.

Evidentemente, la tiranía es ejercida por un tirano. Y ya desde hace siglos, Aristóteles habló sobre ésta al señalarla como una forma impura de gobierno y, por ende, una distorsión de la monarquía. Es decir, para este egregio filósofo la monarquía era una forma de gobierno idónea y, en contrario sensu, la tiranía era una forma corrompida de ejercer el poder.

⁶ BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p. 74.

Así, siguiendo con nuestro análisis, ahora nos toca saber lo que se entiende por dictadura. Y el Diccionario de la Real Academia Española señala que la *dictadura* es el “régimen político que, por la fuerza o violencia, concentra todo el poder en una persona o en un grupo u organización y reprime los derechos humanos y las libertades individuales”, el “país con un gobierno dictatorial” o el “régimen autoritario en cualquier ámbito”. Como vemos, el diccionario que venimos citando, en esta última definición, utiliza la palabra autoritario para adjetivar a un régimen dictatorial. Y con eso (y analizando la definición que le hemos dado a la palabra autoritario) queda claro que, al haber una dictadura, entonces habrá un abuso de poder. Y como mencionamos arriba, el abuso de poder implica (entre muchas otras peculiaridades) represión de los derechos humanos y las libertades individuales (como se indica en la primera definición que el DRAE nos proporciona sobre la palabra dictadura).

Cabe destacar que este concepto surge en la Roma republicana; ya que la dictadura era

- una magistratura extraordinaria, para casos de excepción, pero estaba contemplada dentro del orden legal. En momentos de peligro para la República, con acuerdo del senado, cualquiera de los cónsules podía nombrar a un dictador, funcionario que ejercía entonces el poder de forma unipersonal, en tanto que desaparecían las demás magistraturas. El dictador permanecía en su cargo mientras se mantuviera el problema y máximo durante seis meses.⁷

Sin embargo, el concepto dictadura adquirió un significado diferente al que se le indicaba en Roma; ya que en un significado actual, tal como lo vimos en las definiciones analizadas del Diccionario de la Real Academia Española, implica una usurpación del poder

⁷ MORINEAU IDUARTE, María e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. Derecho Romano, Oxford University Press, México, 2016, p. 12.h

político y, por tanto, un claro autoritarismo. Es decir, las leyes no tienen la misma fuerza que el dictador, quien es el que tiene la última voluntad en el Estado en cuestión.

Por otra parte, existe un término que se hizo muy popular desde unos años anteriores a la Segunda Guerra Mundial: el *totalitarismo*. Así, el Diccionario de la Real Academia Española señala que es la “doctrina o regímenes políticos, desarrollados durante el siglo XX, en los que el Estado concentra todos los poderes en un partido único y controla coactivamente las relaciones sociales bajo una ideología oficial”. De esta manera, en los totalitarismos no estamos hablando, únicamente, de abuso de autoridad, sino que ese abuso se da dentro de un marco ideológico.

- Tal como lo afirma Hannah Arendt,
- [...] en los países totalitarios la propaganda y el terror ofrecen dos caras de la misma moneda. [...] Allí donde el totalitarismo posee un control absoluto sustituye a la propaganda con el adoctrinamiento y utiliza la violencia, no tanto para asustar al pueblo [...] como para realizar constantemente sus doctrinas ideológicas y sus mentiras prácticas.⁸

Así, podemos situarnos frente al nacionalsocialismo, el socialismo, el comunismo (mismo que no fue correctamente entendido y aplicado por los países que así se denominaron, según la concepción esgrimida y propuesta por Karl Marx) y, por supuesto, el fascismo. De esta forma, las características claras de un Estado totalitario es la existencia de un partido único, de una Ideología política y de una cultural única que sustenta y apoya al Partido único y al Gobierno, entre otras. Entonces, el Estado se convierte en el todo y los individuos en la nada (no son importantes, salvo que se tomen en cuenta en lo general y en comunidad).

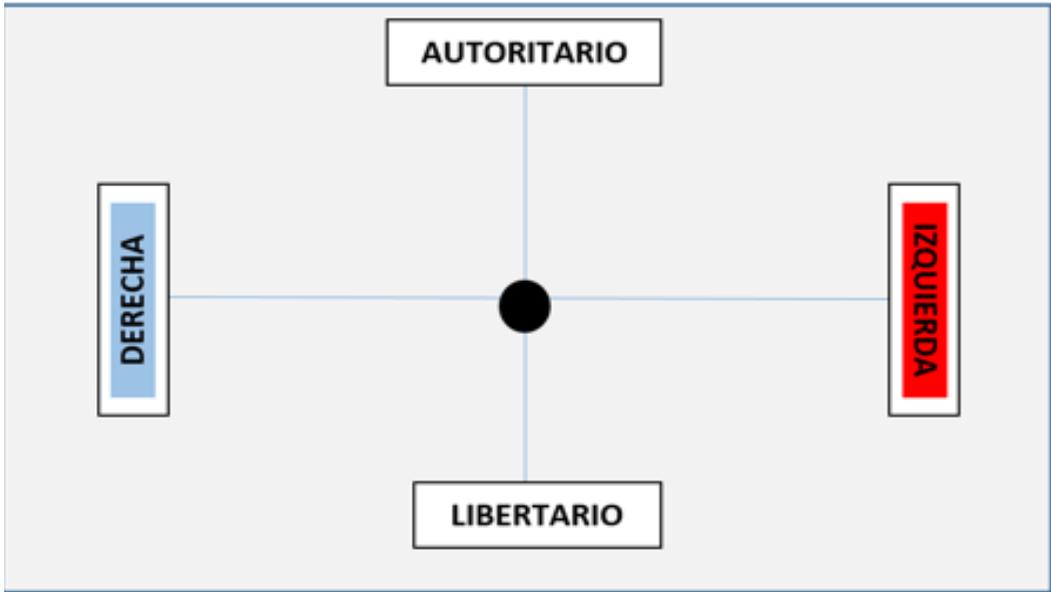
⁸ ARENDT, Hannah. El origen de los totalitarismos, Taurus, España, 1998, p. 279.

Y esto nos lleva a tener que definir lo que se entiende por *fascismo*, término que es muy utilizado por politólogos y académicos de las dictaduras; pero que, muchas veces, no queda muy claro del todo. Pues bien, el fascismo, según el DRAE, es el “movimiento político y social de carácter totalitario que se desarrolló en Italia en la primera mitad del siglo XX, y que se caracteriza por el corporativismo y la exaltación nacionalista”. Entonces, el fascismo sólo se dio en Italia y fue impulsado por Benito Mussolini; pero no se puede considerar fascismo al nazismo, aunque tenga características similares. Y mucha gente se hunde en el error al calificar al nazismo como fascismo.

Es decir, el fascismo es una clase de totalitarismo.

De esta manera, y ya que definimos varios conceptos, podemos llegar a la conclusión de que el fascismo es una forma de régimen totalitario, es dictatorial, tiránico, autoritario y autocrático. A su vez, los totalitarismos son regímenes dictatoriales, tiránicos, autoritarios y autocráticos. Las dictaduras son una forma de gobierno tiránica, autoritaria y autocrática. Pero no todas las autocracias son dictatoriales ni totalitarias, aunque sí pueden ser autoritarias.

Ahora bien, ya que hemos llegado hasta aquí, debemos de hacer la precisión de que, en el mundo moderno, los polos políticos se dividen en *izquierda-derecho* y en *autoritarismo-libertad*. Y eso lo podemos ver ejemplificado de la siguiente manera:

**FIGURA 1**⁹

Así, cualquiera de nosotros, o incluso cualquier gobierno o Estado, puede ubicarse, conforme a la imagen anterior, en cierta posición según la ideología que defienda o que genere su actuar diario.

De esta manera, mientras un Estado mantenga actitudes (leyes, actos de gobierno y de administración, impartición de justicia, entre otros) más cercanas a la parte superior de la imagen (autoritarismo), hay más probabilidad de que ese Estado sea totalitario. Por otra parte, mientras un país tienda más hacia el polo opuesto, éste tenderá a la anarquía en todas sus formas. Y por *anarquía* nos referimos a aquella ideología que defiende el hecho de que el hombre sea absolutamente libre y, por consecuencia lógica, no tenga que

⁹ Autoría propia.

rendirle cuentas a ninguna autoridad¹⁰. Por su puesto, la anarquía no solamente se refiere a la política, sino también a la economía. Y si el Estado no interviene para nada en esta última, estaríamos en un *anarcocapitalismo*.

Por otro lado, mientras un país tienda a estar más hacia la izquierda, en dicho Estado se fomentará la igualdad; pero si, por el contrario, tiende a estar hacia la derecha, ese país fomentará el individualismo. Es evidente que lo más deseable sería estar en el centro de ese mapa político y económico.

Y en ese mismo sentido debemos hacer una precisión: un Estado autoritario (autocrático) puede ser de izquierda o de derecha. De hecho, podríamos decir que los Estados fascistas del siglo XX mantenían una ideología sumamente conservadora.

III. LA AUTOCRACIA: RÉGIMEN PRESENTE EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD

Si analizamos la evolución histórica de las sociedades, nos daremos cuenta que la autocracia siempre ha existido. Y para comprobar esta afirmación, primero tenemos que iniciar revisando lo que sucedió al respecto en las primeras civilizaciones organizadas de la Historia; es decir, las que los historiadores conocen como civilizaciones agrícolas: Mesopotamia, Egipto, China e India.

Cuando los seres humanos dejaron de ser nómadas y comenzaron a asentarse en ciertos territorios que, por su cercanía con ciertos ríos, les permitían dedicarse a la agricultura y la ganadería, los individuos comenzaron a distribuirse tareas dentro de la sociedad y empezaron a crearse jerarquías sociales y, al mismo tiempo, hubo alguien que se encargó del gobierno y la administración. Este sujeto se legitimó en el hecho de que, supuestamente, los dioses lo habían

¹⁰ Para que esto pudiese ser posible, no podría haber ni leyes, ni autoridades y el ser humano debería de ser tan respetuoso como para no atentar contra su prójimo.

impuesto en ese sitio de mando o en que él era el mismísimo dios en la Tierra (un ejemplo de ello lo vemos con los faraones egipcios). Eran sociedades teocráticas en las que el gobernante también era el Sumo Sacerdote. Además de que en estas culturas, la palabra dicha por el gobernante era la ley y, por consecuencia, se debía cumplir con ella a cabalidad. No había forma de ir en contra de lo que el líder supremo ordenara.

Cabe destacar que en esas civilizaciones no había, como tal, libertades; aunque sí había ciudadanos libres; pero también había esclavos. Y estos últimos eran tratados como cualquier objeto. Sólo eran útiles para desempeñar ciertas tareas.

Como vemos, esas sociedades agrícolas eran claros regímenes autocráticos y autoritarios.

Pero la sociedad evolucionó y esas sociedades agrícolas comenzaron a caer en decadencia y, entonces, llegaron las civilizaciones clásicas: Grecia (primero) y Roma (después). Civilizaciones en las que imperó el sistema económico esclavista. Y aquí debemos detenernos; ya que, aunque ambas culturas son colocadas por los historiadores en la misma clasificación, las cosas no fueron idénticas para ambas. En principio, Grecia estuvo compuesta de ciudades-estado en las que había monarquía o democracia. De hecho, es aquí (exactamente en Atenas) en donde surge la democracia como forma de gobierno. Pero, evidentemente, la democracia ateniense no es como la conocemos actualmente; pues era directa y no indirecta, como es a la fecha. Es decir, las decisiones públicas sí eran tomadas, a mano alzada, por todos los ciudadanos; mismos que eran hombres libres (no cabían mujeres, ni esclavos y tampoco artesanos en este último concepto). Esto se debía a que una de las características de esos hombres libres era tener una fortuna capaz de lograr que no tuviesen que trabajar para obtener el sostén diario. Tan es así, que Aristóteles, en su libro *La Política*, afirma que los hombres libres (ciudadanos) en Atenas tenían el tiempo libre para poder ocuparse de los asuntos públicos; trabajo que se hacía de manera gratuita.

Y si analizamos el lado opuesto; es decir, a las ciudades-estados con regímenes monárquicos, nos tendríamos que remitir a Esparta, en la que no había tantas libertades como en Atenas. Y, además, Aristóteles señala el caso de algunas tiranías (como ya lo mencionamos en el apartado anterior). Cabe destacar que este filósofo griego no veía con buenos ojos a la democracia por considerarla una forma de gobierno en la que el pueblo ignorante podía hacer que las cosas llegasen a caer en un caos.

A su vez, debemos de estudiar a Roma. Y esta civilización pasó por tres periodos en su Historia: la monarquía, la república y el imperio. La primera de éstas, empieza con Rómulo como rey y termina con Tarquino “el Tirano”. Sí, en esta etapa había un monarca y el Senado sólo era un cuerpo consultivo que estaba integrado por nobles ancianos. Y cuando la monarquía concluyó, inició la república y el rey fue sustituido por un Cónsul, el cual dirigía a Roma durante un año. Y dentro de este periodo, se creó la Magistratura del Dictador en caso de que en el territorio romano hubiera alguna situación caótica que pudiera generar desorden. Esta magistratura duraba, a lo más, dos años y llegaba a su fin cuando el orden volviera a estar presente. Es decir, era un estado de excepción similar al que ahora vemos en las Constituciones de todos los Estados democráticos y liberales modernos y, de hecho, la dictadura romana fue el antecedente de los actuales estados de excepción. Era una manera idónea de proteger la estabilidad de Roma frente al caos. Y precisamente, el último Cónsul romano y que también, al final de sus días, ocupó la magistratura de dictador fue Cayo Julio César. Con su muerte, la época de la república llega a su fin y da inicio la etapa del imperio, con su sobrino Octavio, bajo el nombre de César Augustus, como emperador. En este momento, la expansión territorial de Roma se hace más agresiva y rápida, conquistando grandes territorios de Europa, Asia y África.

Como vemos, tanto en la época romana de la monarquía y el imperio se observa un régimen autocrático en el que lo que dijera el rey o emperador era ley; salvo en contadas excepciones, en los que el Senado podía decretar el asesinato del emperador. Tal como sucedió con Nerón.

Y aunque durante la época de la república vemos un cambio constante de gobernantes, las libertades y los derechos humanos que hoy conocemos no existían. Tan es así, que el esclavismo era el sistema económico imperante y los plebeyos no tenían las mismas prerrogativas que los patricios (nobles). Y eso mismo sucedía con los extranjeros. Aparte de que los esclavos no tenían derechos.

Pero ante un panorama tan sombrío en cuanto a las libertades, los pueblos bárbaros no se quedaron con los brazos cruzados y comenzaron a alzarse en armas contra Roma. Aparte, el cristianismo comenzaba a verse como una doctrina religiosa novedosa que generaba una ruptura con respecto de los privilegios que mantenían los patricios romanos y la cual abogaba por la igualdad de todas las personas. Eso generó, en un principio, que el emperador Constantino reconociera al cristianismo como religión oficial de Roma. Luego, provocó la división de Roma en dos imperios: el de oriente, con capital en Constantinopla (actual Estambul, Turquía), y el de occidente, con capital en la actual ciudad de Roma; y, más tarde, la caída del Imperio Romano de Occidente a manos de los pueblos Bárbaros¹¹. Y es aquí el momento preciso en el que empieza la Edad Media: una época en la que el sistema económico cambia y, con ellos, empieza el feudalismo¹². Y la esclavitud es parcialmente cambiada por las servidumbres humanas.

¹¹ Recordemos que los Bárbaros son un conjunto de pueblos extranjeros que vivían en constante guerra con Roma.

¹² En el feudalismo, el señor feudal (marqués, conde o el mismo rey) tenía a su disposición un pedazo de tierra en el que había siervos que, valga la redundancia, le servían a éste.

En un principio, la Edad Media estuvo plagada de una religiosidad cristiana sumamente fanática y, de hecho, pocas personas tenían acceso a la Biblia. De hecho, la iglesia católica contaba con un poder social bastante grande. Aparte de que el Papa era visto como una persona que contaba con poder espiritual y temporal en la Tierra. Era el vicario de Cristo y, por ende, su representante terrenal. Y aunque, en teoría, los reyes tenían poder gracias a que Dios así lo había querido, el Papa tenía la potestad de entrometerse en los asuntos de cada reino y, tanto fue así, que éste daba la última palabra ante una contienda entre territorios.

Cabe añadir que, al principio de la Edad Media, el rey no tenía un gran poder político; pues los reinos estaban fragmentados según el número de señores feudales que había en cada territorio. Dichos señores feudales tenían casi absoluta autonomía dentro de las tierras que poseían y, a cambio, solamente tenían que pagarle un tributo al monarca para que éste no se entrometiera en sus asuntos, así como impulsar al cristianismo como única religión permitida dentro del feudo. Sin embargo, eso fue cambiando con el paso del tiempo.

Como vemos, la autocracia es una característica de esta época.

No había libertades, salvo para aquellos señores feudales o sacerdotes cristianos. No obstante, aún no existía la libertad religiosa. Y tanto fue así que la propia iglesia comenzó a perseguir a aquellas personas que eran acusadas de herejía o blasfemia ante el Tribunal del Santo Oficio. Como podemos ver, en esta época no podemos hablar de una libertad real.

Sin embargo, durante la Edad Media no todo fue oscuridad y religiosidad. Surgieron grandes filósofos que, en su mayoría, eran teólogos; mismos que comenzaron a hablar sobre ciertas prerrogativas de los pueblos o a criticar el poder autoritario de los gobernantes. Así, surgen Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, quienes, la mayoría de veces, utilizaron las ideas plasmadas en la Biblia y en los libros de Aristóteles para sacar nuevas conclusiones que terminaron uniendo al pensamiento aristotélico con el cristianismo.

Aparte, fue en Inglaterra, en el año 1215 que, gracias a que los señores feudales se revelan al poder despótico de Juan Sin Tierra, éste se ve obligado a firmar la Carta Magna: el primer documento jurídico que empieza a hablar de derechos específicos para todos los individuos (específicamente barones) y a través del cual se comienza a controlar el poder político para evitar arbitrariedades. Es decir, ya vemos que empiezan a surgir visos para frenar a la autocracia y, al mismo tiempo, al autoritarismo.

Pero la Edad Media llegaría a su fin cuando el Imperio Romano de Oriente (o Bizancio) cae a manos del Imperio Otomano. Y, aparte, Cristóbal Colón descubre América. Esos dos acontecimientos generan que dé inicio el Renacimiento, mismo que es una época histórica en la que el pensamiento y las artes dan un giro de ciento ochenta grados. Por ejemplo, la pintura regresa a la técnica greco-romana en la que el cuerpo humano es el centro. En la literatura, Maquiavelo analiza y desenmascara al poder, tomando en cuenta hechos históricos y, al mismo tiempo, crea el concepto de *Estado* para llamar a un territorio en el que habitan personas y que es gobernado por alguien, Dante Aligheri retoma la narrativa lírica propia de los griegos en su *Divina Comedia* y, a su vez, analiza si el Papa debía tener poder sobre los reyes o ése sólo debía de dedicarse a las cuestiones de carácter espiritual, en su libro *De la Monarquía*. Y esto último se debió a las pugnas que comenzaban a surgir entre los monarcas y el Papa, en las que aquellos argumentaban que el poder se los había otorgado el propio Dios y el Papa no debía de meterse en sus decisiones.

Es importante añadir que el renacimiento tuvo un auge en el territorio italiano; pero este territorio estaba constituido por ciudades-estado que eran república o monarquías. Algo similar a lo que ocurrió, mucho tiempo atrás en Grecia. Un ejemplo de república es la Florencia dirigida por la familia Medici y uno de monarquía

es Nápoles. Sin embargo, ni en las repúblicas ni en las monarquías había libertades ni derechos humanos. Sólo ciertas prerrogativas con las que contaban los nobles.

Por otro lado, España se constituía como una potencia marítima en la que imperaba el cristianismo exacerbado y donde se comenzó a llevar ante la Inquisición, pasando por los peores tormentos, a mucha gente, con el pretexto de que así salvarían su alma de las llamas eternas del infierno. Se mataba por cuestiones de fe. Así, vemos un claro ejemplo de autoritarismo y, además, podemos notar ciertas tendencias totalitarias; pues la ideología cristiana era la única imperante, misma que era aceptada por los reyes españoles a los que el propio Papa Alejandro VI los reconoció con el adjetivo de *católicos*.

Cabe destacar que precisamente fue la Inquisición un medio político muy usado para dismantelar a la oposición y así sostener el control político de la monarquía sobre España y sus colonias de ultramar. Así que, haciendo un ejercicio silogístico (partiendo del marco conceptual visto en párrafos superiores), aquí sí hubo un evidente totalitarismo.

Sin embargo, la Edad Moderna hizo su arribo y, con esto, el poder político comenzó a concentrarse, de una manera absoluta, en las manos de los monarcas europeos. Así, surgió lo que se conoce como absolutismo. Los nombres de personajes como Pedro el Grande, Catalina la Grande, Felipe IV o Luis XIV (con su eminente frase de “el Estado soy yo”) son las figuras políticas preponderantes de la época. Nada se hace sin su consentimiento. Todo lo que sucede en el reino es por su voluntad y si alguien atenta contra esa voluntad, las consecuencias son tremendas. Así, vemos una clara autocracia y evidentes muestras de autoritarismo.

En esa misma época surgió un movimiento filosófico que comienza a cimbrar las bases de la sociedad: la Ilustración. Pensadores como Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Locke y otros empiezan a cuestionar ese poder absoluto de los monarcas y la falta de libertad de credo; además de que empiezan a proponer cosas

como que todos sean iguales ante la ley, el que las personas sean libres, la división de poderes, el laicismo y otras cuestiones que hacen que muchos monarcas absolutistas queden maravillados y, de hecho, muchos de esos reyes absolutos se vuelven admiradores de esos autores ilustrados. Así, surge el despotismo ilustrado. Lo que implicó que los monarcas leían a los filósofos que hemos indicado; pero eso no significaba que éstos llevaran a cabo las reformas que esos filósofos proponían.

No obstante, aunque no se llevaban a cabo dichas reformas, las ideas dadas por los iluministas comenzaron a correr por el mundo y, así, llegaron a América.

Gracias a esas ideas, en el siglo XVIII, la Revolución Francesa estalló, se creó una Asamblea Nacional, se le quitó el poder a Luis XVI, se le decapitó a este monarca y el caos se apoderó de la Francia de esa época. Robespierre llegó izando la bandera de las libertades y con ese estandarte impulsó la época del terror en la que muchos inocentes fueron guillotinado por considerarlos enemigos de la revolución. A tanto fanatismo se llegó, que el propio Robespierre murió decapitado.

Como podemos notar, en la Francia revolucionaria se llegó a un autoritarismo y, al mismo tiempo, un totalitarismo encubierto en ciertas ideas liberales.

Y luego de tanto caos, Napoleón Bonaparte asumió el poder, se hizo cónsul en un triunvirato (siguiendo lo que había pasado en la Roma antigua) y, después, se proclamó emperador (utilizando ciertos símbolos que eran totalmente romanos).

Pero las ideas iluministas también generaron otros movimientos como la independencia de las trece colonias de América (actual Estados Unidos) y las guerras independentistas de las colonias ibéricas en América.

Fueron chispazos de libertad que iniciaron incendios que cambiaron a la Humanidad.

En esta época se empezaron a dictar decretos y leyes en los que se abolía la esclavitud. Sin embargo, dicha situación sucedió parcialmente en los Estados Unidos. Por ejemplo, la comunidad afroamericana no contaba con libertad, aunque la *Declaración de Independencia* de dicho país señalaba lo contrario.

Y aún con esos chispazos, hubo tentativas claras en las que ciertos personajes que habían alzado la voz en Latinoamérica por la libertad y la independencia, se terminaron declarando emperadores. Eso sucedió en México con Agustín de Iturbide o en Haití, tal como Alejo Carpentier lo muestra en su magnífica obra *El reino de este mundo*. Como vemos, la tentación de la acumulación de poder en una sola mano y la autocracia y el autoritarismo parece ser bastante grande para la raza humana.

De hecho, podemos afirmar que durante la segunda mitad del siglo XVIII y el XIX, el imperialismo comenzó a surgir como un medio eficaz por medio del cual algunas potencias mundiales (Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Alemania, Japón, etcétera) podían conquistar (o tratar de conquistar) Estados soberanos (como México, China, India, Corea y otros) para acrecentar su poder económico y territorial. Ahí es en donde surgen guerras como la Primer y Segunda Intervenciones Francesas en México o la Guerra del Opio en China, por mencionar sólo algunas. Y vemos como las grandes potencias militares y económicas mundiales se comienzan a repartir territorios que, como ya dijimos, habían sido independientes y soberanos.

Cabe destacar que, a finales del siglo XIX, la Primer Revolución Industrial se hace presente, lo cual genera que grandes inventos comiencen a cambiar el paradigma de la manufactura y la economía. No obstante, eso también golpea al sector obrero y, por ende, termina dejando sin empleo a muchos trabajadores, acaba con ciertos oficios que se dedicaban a producir manufacturas y eso genera que aumente la migración de los campos a las grandes ciudades en las cuales las industrias empiezan creciendo. Así, inician las disparida-

des económicas más marcadas entre los sectores más favorecidos y los menos favorecidos de la población. Aparte de que gran cantidad de obreros trabajaban en condiciones deplorables, teniendo sueldos miserables y con horarios degradantes (muchos de esos turnos de trabajo llegaron a durar hasta veinte horas).

Es evidente que ante un panorama así, el ser humano no puede considerarse libre. Es aquí donde comienzan los movimientos sociales como el cartismo y el socialismo (primero el utópico y luego el científico) que empiezan a hacer ruido a lo largo y ancho del mundo, pidiendo cosas como salarios justos, trato digno, horarios laborales más cortos y hasta cosas realmente utópicas como la dictadura del proletariado y la igualdad absoluta del ser humano.

De hecho, el liberalismo comienza a verse criticado por las ideas socialistas y nadie imaginaba que esas ideas socialistas de igualdad serían las causantes, unas décadas más tarde, de varios males en diversos países.

Sin embargo, antes de continuar, detenernos en algo que también sucedió durante el siglo XIX: el surgimiento de algunas dictaduras. Un caso emblemático es la llevada a cabo por Porfirio Díaz en México; dictadura que, precisamente, fue tirada por la primera guerra civil del siglo XX: la Revolución Mexicana. Un movimiento armado que buscó destronar al dictador e instituir la democracia. Como vemos, fue un grito de libertad luego de más de treinta años de autoritarismo y autocracia.

Unos años más tarde, en Austria, un hombre logra matar al archiduque Francisco José, quien era el heredero al trono austriaco. Ese magnicidio es el detonante de la Primera Guerra Mundial. Estados Unidos, Alemania, Francia, Rusia, Inglaterra y otros más comienzan a intervenir en ese movimiento bélico y, entonces, la Gran Guerra se extiende por varios años. Ésta se vuelve una guerra de trincheras en la que ya no se sabe a quién se ataca.

De hecho, en plena guerra es cuando estalla la Revolución Rusa. Eso se debe, en gran medida, al hartazgo social que existía hacia muchas de las malas decisiones llevadas a cabo por la monarquía de los Romanov. Eso terminó generando que el Zar Nicolás II y su familia fueran asesinados y que el socialismo, dirigido por Lenin, se instituyera en ese enorme país. Así desapareció la última monarquía absolutista de Europa y Rusia pasa de una autocracia y autoritarismo monárquico, a un totalitarismo; pero Lenin termina siendo asesinado y, entonces, quien toma el poder de la URSS es Stalin. Con este personaje, los disidentes y opositores a su gobierno son exterminados en purgas o mandados presos a los *Gulag*.

Cabe añadir que casi diez años después de que la Primera Guerra Mundial había terminado, una crisis económica de tamaño colosal inunda al mundo entero. Fue el estrago que dejó la Gran Guerra y, entonces, el hambre comienza a imperar y las monedas de los países empiezan a devaluarse.

Es en este momento en el que Roosevelt llega a la Presidencia de los Estados Unidos y, ya ahí, instaura una política económica de tipo keynesiano con la que se comienza a resolver el problema dejado por la Gran Depresión. Sin embargo, un hombre comenzaba a tomar preponderancia en Alemania: Adolf Hitler y, luego de diversos movimientos políticos, ese sujeto termina convirtiéndose como el *Führer* de *Tercer Reich*. Con esto, en Alemania se instaura una dictadura totalitaria en la que el partido Nazi es el único y, desde ese partido, se administra, gobierna y legisla. Sin embargo, la base ideológica del nazismo es la pureza racial aria y el odio hacia los judíos. Eso da pie a las persecuciones hacia los miembros de ese grupo étnico y de otras minorías como los homosexuales o las personas que presentaban alguna deformación física. Esas persecuciones terminaban con los integrantes de esos grupos reclusos en los Campos de Concentración, en los que, generalmente, se les exterminaba en cámaras de gases.

También, como lo señala Jorge Volpi en su novela *En busca de Klingstor*, personas de esos grupos raciales y minoritarios eran utilizados para experimentos científicos. Como vemos, la dignidad humana quedaba relegada por una ideología y por claras ambiciones de poder.

A su vez, en Italia, unos pocos años antes de que Hitler ascendiera al poder, Benito Mussolini instituía el fascismo y una dictadura totalitaria parecida a la que surgiría en la Alemania Nazi y en España pasaría algo parecido con Francisco Franco.

Los totalitarismos comienzan a cimbrar al mundo.

Ciertos movimientos impulsados por Hitler, da comienzo la Segunda Guerra Mundial. Alemania, Italia y Japón se unen contra Inglaterra, Rusia, Estados Unidos y Francia. Sin embargo, a pesar de que en un principio Alemania iba ganando la guerra, la misma termina con el lanzamiento de las bombas nucleares en las ciudades japonesas de *Nagasaki* e *Hiroshima* y los ganadores terminan siendo Estados Unidos, Inglaterra, Rusia, Francia y los países que en un determinado momento se les unieron a aquéllos. Con eso, los totalitarismos italiano y alemán dan por concluidos. Sin embargo, el franquismo español continúa, con todo y las aberraciones autoritarias que se llevaban a cabo y, de hecho, éste sigue en pie hasta principios de la década de los setenta, en que el General Francisco Franco muere y, al mismo tiempo, el Rey Juan Carlos se convierte en su sucesor, dando paso a la democracia.

Cuando la Segunda Guerra concluyó, los países ganadores crean la Organización de las Naciones Unidas como un organismo internacional con el que se pretende velar por la preservación de la paz en el mundo.

Para ese entonces, y después de una revolución, la República Popular de China comenzaba a surgir, con una ideología socialista, después de siglos de haber vivido bajo una monarquía imperial.

No obstante, los problemas no acabaron con el fin de la Segunda Guerra Mundial. A partir de 1945, el mundo se dividió en dos polos: la democracia y el socialismo (que muchos llamaron, de manera errónea, comunismo). Estados Unidos encabezaba al primero y la URSS (Rusia) lideraba al segundo. Es ahí donde empieza la Guerra Fría, misma que es una época en la que el espionaje y las amenazas veladas son comunes en el día a día y, por ende, el mundo se encuentra en una tensión constante, pues la principal amenaza que ambos bloques utilizan para amedrentar al oponente es el llevar a cabo un ataque nuclear en contra del otro.

En el marco de esas tensiones, algunas dictaduras comienzan a instituirse en países latinoamericanos, asiáticos y africanos. Algunas de esas dictaduras fueron impulsadas por los Estados Unidos como una manera de mantener el control político y económico en zonas que le representaba un beneficio en recursos naturales o energéticos, o cierta posición estratégica a sus bases militares.

Como era de esperarse, el autoritarismo generado por esas dictaduras ocasionó graves lesiones a los derechos humanos y las libertades de mucha gente.

Asimismo, la Guerra Fría concluye con dos sucesos: la caída del Muro de Berlín y la Perestroika en Rusia. Esos hechos son el estandarte con el que la democracia y el neoliberalismo se comienzan a afianzar en el mundo occidental.

Sin embargo, en la actualidad el neoliberalismo ha demostrado no ser tan eficaz como se pensaba que era y, al mismo tiempo, la democracia comienza a pandearse en el escenario mundial; pues, en muchos lugares, se siguen viendo ejemplos claros de autocracia, autoritarismo, dictadura y hasta totalitarismos.

Por mencionar algunos, es evidente la aceptación que los nacionalismos y populismos están teniendo en muchas partes del mundo. Varios de esos movimientos políticos llegan a tender a mostrar actitudes que podrían parecer autoritarias y contrarias al Estado de Derecho. Parece ser que, ante la creciente ola de la globalización,

las personas tienden a afianzarse en la creencia de que lo nacional es mejor a lo extranjero y que esto segundo es dañino para un país; a su vez, bajo promesas poco viables en las que, aparentemente, la gente menos favorecida alcanzará un mejor nivel de vida, los populismos se alzan como la supuesta única opción capaz de hacer realidad la justicia social. Sin embargo, en muchas ocasiones, ese tipo de gobierno terminan adoptando mecanismos autoritarios y despóticos y, por ende, polarizando a la sociedad.

Al mismo tiempo, en España se observa que los nombres de algunas calles fueron cambiados por el de aquellos militares de alto rango que sirvieron al franquismo o, también, el hecho de que partidos políticos con ideología fascista o nazi comiencen a imperar en Europa (como en Grecia, Alemania o Francia) y, de hecho, dichas opciones políticas muestran una intención importante del sufragio que sí beneficia a aquéllos. Es como si la memoria colectiva hubiese olvidado las atrocidades del pasado; porque, aparte, se ha demostrado que muchos jóvenes estadounidenses desconocen qué sucedió en la Segunda Guerra Mundial. Es como si la gente comenzara a añorar o a aceptar a los gobiernos dictatoriales que imperaron en ciertos sitios.

Asimismo, en otros países, como Rusia y Venezuela, el titular del Poder Ejecutivo realiza cambios constitucionales y legales para perpetuarse en el poder. Eso no quiere decir que en esos países exista una dictadura, de manera lisa y llana, como lo afirma, aventuradamente, la ONG Idea INTERNACIONAL; pero sí significa que esos regímenes políticos comienzan a tomar tintes dictatoriales.

Como vemos, a pesar de que el siglo XXI está en su máximo apogeo y se es frecuente escuchar términos como derechos humanos, libertad y democracia, las cosas no son tan promisorias y luminosas como parecerían ser.

IV. EL EXTRAÑO CASO DE COREA DEL NORTE

Un caso característico (y quizás el más conocido) en el siglo XXI de dictadura es la República Democrática Popular de Corea; país popularmente conocido como Corea del Norte.

Para empezar, debemos de hablar de los antecedentes e Historia de este país.

Antes de 1948, la división entre Corea del Norte y Corea del Sur no existía; ambos Estados formaban un solo territorio y, de hecho, eran una colonia Japonesa. Sin embargo, eso cambió cuando Japón perdió la Segunda Guerra Mundial; entonces Estados Unidos y la URSS decidieron dividir a Corea en dos territorios: uno en el que hubiese libre mercado y democracia (Corea del Sur) y otro en el que imperara el socialismo (Corea del Norte). Sí, Corea fue dividido en los bloques en los que estuvo fragmentado el mundo por varias décadas durante la Guerra Fría y la línea que se tomó como frontera entre ambos países fue el paralelo 38.

Eso sucedió en 1948 y, a partir de ahí, ambos nuevos países quisieron unificar a Corea en un único Estado; sin embargo, dadas las diferencias ideológicas, eso fue imposible. Y en 1950 estalló una guerra entre ambos países.

Al principio de dicha guerra, Corea del Norte comenzó a ganar las batallas y se perfilaba como el vencedor; sin embargo, la Organización de las Naciones Unidas declaró que Corea del Norte había empezado los ataques ofensivos. Entonces, dicha organización internacional mandó militares (la mayoría de ellos eran de Estados Unidos); sin embargo, ese contingente estaba muy mal armado y eso generó que Corea del Norte lograra ocupar casi todo el territorio surcoreano, arrinconando al ejército de Corea del Sur y la ONU hacia el sur del territorio; pero el ejército de la ONU logró retomar Seúl (la capital de Corea del Sur) y, a su vez, comenzó a presionar al ejército norcoreano a retroceder y eso cambió el destino de la guerra a favor de Corea del Sur y la ONU.

En ese momento, un factor determinante hizo que las cosas se modificaran: la República Popular de China comenzaba su vida y el hecho de tener un país liberal y democrático, apoyado por Estados Unidos, en su frontera era algo que podría poner en peligro su estabilidad. En este entendido, China mandó a millares de militares para apoyar al ejército norcoreano. Estos militares hicieron una incursión sorpresiva y atacaron a los ejércitos de la ONU y Corea del Sur; eso generó que dichos cuerpos militares retrocedieran.

La guerra continuó en la frontera entre ambos países. Así fue hasta que en 1952 ambos países comenzaron el diálogo para acabar con la guerra. No obstante, lo único que se logró con dichos diálogos fue, en 1953, un armisticio de paz y no un tratado con el que se decretara el fin de la guerra; es decir, teóricamente, Corea del Sur y Corea del Norte siguen en guerra hasta la fecha.

Ahora bien, muchas cosas se dicen sobre Corea del Norte y esos comentarios se ponen aún más confusos cuando no hay manera de verificar mucha de esa información, ya que Corea del Norte es el país más cerrado de todo el mundo (sus habitantes no pueden salir del mismo ni desplazarse libremente dentro de su comunidad, hay un control excesivo sobre la información que se conoce actualmente, los pocos turistas que llegan a visitar ese país no tienen permitido pasear libremente ni tener contacto con muchos norcoreanos, etcétera). Y eso hace que la información que se señala, sobre este país, en los medios occidentales de comunicación, pueda resultar un tanto falsa o inexacta.

Sin embargo, aquí hemos preferido estudiar parte de la Historia conocida de ese país, así como su Constitución.

En principio, la Constitución de ese país tiene una estructura diferente. Aunque en dicho documento se habla de derechos y, al mismo tiempo, hay una parte que establece los órganos del Estado; no podemos decir que dicha Norma Fundamental tenga una parte dogmática y otra orgánica. En dicha Constitución tanto la parte orgánica como dogmática están mezcladas y los derechos que se le

proporcionan a los norcoreanos están justo en medio de la propia Constitución; pero antes están insertados aspectos políticos, económicos, culturales y militares.

A su vez, Corea del Norte, según el artículo 2 de su Constitución, se define como socialistas; es decir, el sistema político y económico practicado ahí es el socialismo.

El Partido del Trabajo de Corea es el órgano administrativo y de gobierno. De dicho órgano emana todo lo que tiene que ver con ese país.

A su vez, el artículo 12 de su Constitución señala que “el Estado mantiene la línea clasista y fortalece la dictadura de la democracia popular para defender con firmeza el Poder popular y el régimen socialista frente a las maniobras de destrucción de los elementos hostiles del interior y del exterior”. Este texto es muy importante porque, en principio, tiene una contradicción interna: se habla de dictadura de la democracia popular; y sabemos que, si hay dictadura, evidentemente no hay democracia. Aparte de que muestra claramente una frase que podría definirse de totalitaria: “defender con firmeza el Poder popular y el régimen socialista frente a las maniobras de destrucción de los elementos hostiles del interior y del exterior”; es decir, claramente se está haciendo una calificación de hostilidad y, evidentemente, un rechazo a la pluralidad.

Como vemos, el artículo 12 sí habla de dictadura y tiene una clara tonalidad totalitaria.

Al mismo tiempo, en la Constitución norcoreana se habla de libertades y derechos de manera similar a la que se establece en la mayoría de las Normas Fundamentales de los países democráticos. De hecho, en esta Carta Fundamental se habla de libertad de pensamiento, religión y otras que ahí no existen. Es más, a los turistas, al momento de ingresar a territorio norcoreano, constantemente se les revisa sus valijas para que no tengan entre sus pertenencias libros u objetos que puedan ir en contra del gobierno. Algunos de esos libros son textos como la Biblia, el Corán y demás textos religiosos.

Pero hay un dato curioso: en Corea del Norte no hay división de poderes. La Asamblea Popular Suprema (Poder Legislativo) está dirigido por un Consejo de Ministros. Al mismo tiempo, hay un Comité de Defensa Nacional que se encarga de todo lo referente a las fuerzas armadas y es responsable ante la Asamblea Popular Suprema y dichos órganos estatales sí están mencionados y regulados en la Constitución norcoreana; sin embargo, esta Carta Fundamental no habla, en ninguno de sus numerales, nada referente al Jefe de Estado del país; es decir, del Presidente.

Podríamos decir que, dadas las circunstancias, es evidente que el Presidente norcoreano es considerado como un ente que está por encima de la propia Constitución y que, por esa razón, no necesita existir un conjunto de artículos constitucionales que señalen, con precisión, cuáles son sus facultades y atribuciones.

A su vez, se podría afirmar que, de manera difusa, están presentes las funciones legislativas y ejecutivas en la Constitución norcoreana; pero no se habla de un poder judicial. Aunque, cabe aclarar, dicha ley fundamental sólo hace referencia a la existencia de un Tribunal Central, pero no dice cuáles son sus funciones y, de hecho, a los miembros de dicho órgano jurisdiccional los elige la propia Asamblea Popular Suprema.

Ahora, tomando en cuenta que todas las actividades de Corea del Norte son llevadas a cabo conforme a lo que señale el Partido del Trabajo, es evidente que dicho organismo es quien centraliza el poder.

Cabe destacar que desde que Corea del Norte se separó de Corea del Sur y estableció el socialismo, dicho país sólo ha tenido tres gobernantes: Kim Il Sung, y Kim Jong-il y Kim Jong-un; quienes son abuelo, padre e hijo (en ese mismo orden); es decir, lo que llega a cambiar es qué personas conforman a todos los órganos gubernamentales, menos quién ejercerá la Presidencia del país; pues quien lo haga será alguien de la familia que ha ostentado el poder en ese país.

Vemos que en Corea del Norte se mantiene un régimen totalitario, en el que la actividad del Estado, y la vida privada de sus habitantes, se basan en el socialismo y en el culto al gobernante.

Nos queda claro que, en el caso de Corea del Norte, esa idea afirmada por Patrick Henry de que “la Constitución no es un instrumento para que el gobierno controle al pueblo, [sino que] es un instrumento para que el pueblo controle al gobierno” no se cumple; ya que la población no controla al detentador del poder por medio de este documento jurídico, ya que la Constitución de Corea del Norte es una norma legal vigente pero no observable, como lo podría haber afirmado Eduardo García Maynes; es decir, la Constitución norcoreana es letra muerta. Y esto lo podemos ver, en la realidad, en hechos tan absurdos y arbitrarios como el sancionar con una pena de 12 años de trabajos forzosos si algún norcoreano llega a escuchar K-pop o se ve alguna serie de televisión que esté restringida por el propio gobierno,¹³ entre otros casos de represión a la población civil.

IV. LA APARIENCIA EN LA DIVISIÓN DE PODERES Y EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS EN BIELORRUSIA

Supuestamente, Bielorrusia es un Estado con régimen parlamentario: hay un Poder Ejecutivo bicéfalo en el que hay un Jefe de Estado (Presidente) y un Jefe de Gobierno (Primer Ministro). El segundo es designado, con la aprobación de la Cámara de Representantes, por el primero; es decir que supuestamente Bielorrusia es un Estado democrático.

¹³ MECA, Gemma. “12 años de trabajos forzosos: lo que te va a pasar en Corea del Norte si escuchas K-pop”, Ok diario, 09/03/2024, disponible en: <https://okdiario.com/curiosidades/12-anos-trabajos-forzosos-lo-que-te-va-pasar-corea-del-norte-si-escuchas-k-pop-12502373>.

Sin embargo, antes de entrar al análisis de su Constitución, tenemos que hablar un poco de la historia de este pequeño país.

En principio, Bielorrusia era una de las provincias que integraban la Unión Soviética (URSS); sin embargo, el 5 de agosto de 1991, tras la intentona de golpe de Estado en Moscú, el Soviet Supremo de la URSS reconoció la independencia de Bielorrusia.

Pero es hasta 1994 que se promulgó su Constitución y es el momento en el que se llama a elecciones presidenciales. El ganador de dichos comicios fue Alexander Lukashenko. Cabe destacar que este personaje ha sido el único Presidente que ha tenido Bielorrusia y, de hecho, ha sido electo seis veces consecutivas. Cabe destacar que los resultados de las últimas elecciones, en las que Lukashenko salió ganador con una rotunda victoria sobre sus oponentes, han sido cuestionadas por organismos internacionales y algunos Estados. De hecho, después de las últimas dos elecciones presidenciales, ha habido manifestaciones multitudinarias en las que muchas personas cuestionan el triunfo arrasador de Lukashenko. Dichas manifestaciones terminan en una represión generalizada: opositores agredidos, detenidos, asesinados o desaparecidos y, también, ha habido casos en los que personajes opositores que se postulan como candidatos a la Presidencia de ese país, son investigados o juzgados por delitos de distintas índoles.

Alexander Lukashenko ha adoptado una política económica que él denominó *socialismo de mercado*. En dicha política económica no hay privatizaciones de empresas estatales y, al mismo tiempo, hay un control de los precios de los productos y de los tipos de cambio de la moneda bielorrusa; además de que existen exportaciones de sus productos a varios países y existe la propiedad privada.

Por otro lado, hay una clara censura y control de los medios de comunicación por parte del gobierno. Tan es así que, por ejemplo, hoy en día “entre las personas detenidas [en las prisiones] hay discapacitados, mujeres embarazadas, ancianos y personas con diabetes,

cáncer y otras enfermedades crónicas”¹⁴ y las autoridades no hacen nada con respecto a la protección de los derechos humanos de esas personas o el hecho de que, durante las elecciones “¹⁵ ”.

A diferencia de lo que sucede con la Constitución norcoreana, en la Carta Fundamental de Bielorrusia sí hay una parte dogmática y otra orgánica que están bien definidas.

La misma habla de derechos y libertades que les son reconocidos a sus habitantes y, además, habla de una clara división de poderes (aparentemente) y, además, el artículo 1 señala que “la República de Bielorrusia [...] está basada en el Estado de Derecho”. Por otra parte, reconoce a la democracia como fuente de la diversidad política.

Asimismo, esta ley suprema regula al plebiscito (equiparado con el referéndum) como mecanismo de participación ciudadana.

Sin embargo, el artículo 79 establece que el Presidente de Bielorrusia “será la cabeza del Estado, el guardián de la Constitución [...], los derechos y las libertades de los hombres y ciudadanos”. Eso implica que, al ser la cabeza del Estado, el Presidente es el máximo detentador de poder en Bielorrusia y los demás órganos (los poderes legislativo y judicial) están por debajo de éste. Al mismo tiempo, al señalar que el Presidente es el guardián de la Constitución, esta Norma Fundamental nos está remitiendo al concepto que Karl Schmitt defendió (y que lo llevó a un debate académico con Hans Kelsen) en el que afirmaba que el único que debía de ser el guardián de la Constitución tenía que ser el Führer y no un

¹⁴ BERNSTEIN, Daria. “Bielorrusia: sin piedad con presos enfermos o discapacitados”, DW, 11/03/2024, disponible en: <https://www.dw.com/es/bielorrusia-sin-piedad-con-presos-enfermos-o-discapacitados/a-68488105>.

¹⁵ EURONEWS. “EE.UU. condena que haya "presos políticos" y "falta de libertad" en Bielorrusia tras legislativas”, 26/02/2024, disponible en: <https://es.euronews.com/2024/02/26/euu-condena-que-haya-presos-politicos-y-falta-de-libertad-en-bielorrusia-tras-las-legisla>.

Tribunal Constitucional (como lo proponía Kelsen)¹⁶. Sin embargo, Bielorrusia sí cuenta con un Tribunal Constitucional; mismo que pertenece al poder judicial en conjunto con los demás órganos jurisdiccionales que se encargan de resolver las controversias relativas a otras materias jurídicas; es decir, dicho Tribunal Constitucional no es un órgano autónomo y separado del poder judicial, como sí sucede en los Tribunales Constitucionales de España o Colombia y, de hecho, seis de sus doce integrantes son electos directamente por el propio Presidente del país.

Además, el Presidente de ese país tiene la facultad de disolver al Parlamento a su libre arbitrio. Esa facultad se le otorgó después de que se llevara a cabo un referéndum en el que la mayoría del pueblo bielorruso aprobó dicha situación.

Podría decirse que, en términos generales, la Constitución de Bielorrusia es un documento jurídico de tendencia socialdemócrata. Aunque, como ya se vio antes, esta Ley Suprema tiene algunos apartados que muestran ciertos sesgos autoritarios. Con esto, nos podemos percatar que la actitud del Presidente de Bielorrusia y, por ende, del gobierno, es marcadamente autoritaria y la letra de la Constitución es observable solamente en aquellos puntos que le son útiles al propio Jefe del Estado; es decir, el texto constitucional es usado a discreción por el gobierno y no como un mecanismo para que el pueblo controle a los detentadores del poder.

Además podemos añadir que el plebiscito es un mecanismo de participación ciudadana que sólo pretende dar legitimidad a ciertas acciones autoritarias llevadas a cabo por el Presidente; es decir, el plebiscito se utiliza del mismo modo que fue utilizado en la Francia Imperial de los Napoleones.

Podemos finalizar este apartado diciendo que Bielorrusia es una autocracia con un caris democrático y republicano.

¹⁶ Este debate se sucintó en la época de la Alemania Nazi.

V. SIRIA Y SU DICTADURA FAMILIAR

Desde hace casi diez años, es común escuchar que los noticieros hablan de la Guerra que se vive en Siria y esta situación parece no tener fin; sin embargo, no nos detendremos en analizar la evolución que ha tenido dicho movimiento bélico, sino en entender por qué Siria es un Estado autocrático.

De hecho, es sabido el régimen autocrático que existe en dicho país. Tan es así que, por ejemplo, “Rifaat al Assad, tío del presidente de Siria, Bashar al Assad, será juzgado en Suiza por crímenes de guerra y contra la humanidad”¹⁷ o que “el informe [de la ONU] recoge que el Gobierno sirio ha continuado con su política de desapariciones y torturas contra detenidos, con numerosas muertes en detención [...]”¹⁸.

Primeramente, en enero de 2011 hubo manifestaciones masivas en distintos lugares de Siria en las que se le exigía al gobierno sirio que liberara a quince jóvenes que habían sido detenidos y torturados después de que fueron sorprendidos escribiendo pintas que atacaban al régimen. A esas marchas, junto con otras que hubo en varios países islámicos, se les denominó con el nombre de *Primavera Árabe*.

Dichas manifestaciones fueron lo que inició la actual guerra que se vive en ese país. Y esa guerra terminó siendo una guerra de guerrillas entre distintos grupos terroristas y rebeldes y, al mismo tiempo, en dicho conflicto armado se han inmiscuido países como Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Rusia, Israel, entre otros.

¹⁷ EUROPRESS. “Suiza juzgará por crímenes de guerra y contra la humanidad a un tío de Al Assad por una masacre en Siria”, 12/03/2024, disponible en: <https://www.notimerica.com/politica/noticia-siria-suiza-suiza-juzgara-crimenes-guerra-contra-humanidad-tio-assad-masacre-siria-20240312132959.html>.

¹⁸ NEWSROOM INFOBAE. “El conflicto en Siria recrudece y la población sufre la peor violencia en 4 años”, INFOBAE, 11/03/2024, disponible en: <https://www.infobae.com/america/agencias/2024/03/11/el-conflicto-en-siria-recrudece-y-la-poblacion-sufre-la-peor-violencia-en-4-anos/>.

Si analizamos lo que sucedió del año 2011 para atrás, nos daremos cuenta que Bashar al-Assad, desde que ascendió al poder, llevó un gobierno marcadamente autoritario, en el que hubo un “alto desempleo, limitadas oportunidades para la movilidad [social] hacia arriba [y] pocas libertades políticas”¹⁹. Aparte de que el-Asad heredó el poder de su padre, Hafez al-Assad; es decir, hubo una perpetuación familiar en el poder, tal como si Siria fuese una monarquía y los al-Asad fueran la familia real de ese país.

Es importante señalar que Hafez al-Assad fue Presidente de Siria desde 1971 hasta su muerte en el año 2000; es decir, no hubo transición democrática por casi treinta años. Y a la muerte de éste, Bashar al-Assad quedó al mando de Siria. En este sentido, Siria lleva cincuenta años sin una verdadera transición democrática.

Es claro que, antes del 2011, Siria era un país autoritario y, de ese año a la fecha, las medidas autoritarias se han incrementado debido a la guerra que se vive ahí; es decir, los sirios viven en un constante estado de excepción. Y tanto es así, que el propio gobierno sirio ha utilizado armas químicas en contra de la población.

Ahora bien, al analizar la Constitución de Siria, nos podemos percatar ésta cuenta con una estructura similar a la que tiene la Constitución de Corea del Norte: hay una parte dogmática que se encuentra en medio del texto constitucional y que sólo representa cuatro páginas; mientras que todo lo demás vendría a ser la parte orgánica.

Supuestamente, los sirios cuentan con libertad de expresión; pero ya vimos que eso no es así.

Además, el segundo capítulo de esta Constitución trata, totalmente, sobre el Estado de Derecho.

Aparentemente ese texto constitucional reconoce una división de poderes. De esta forma, dicha Constitución habla de una autoridad legislativa (Asamblea del Pueblo), de una autoridad ejecutiva (Pre-

¹⁹ REQUENA del Río, Pilar. Siria, la guerra que no cesa. 2018. P. 32.

sidente y Consejo de Ministros) y de un judicial; es decir, al único órgano al que llama *poder* es al que se encarga de la impartición de justicia. Además, Siria cuenta con un Tribunal Constitucional que tiene el mismo nivel jerárquico que los otros órganos que hemos mencionado; en otras palabras, en apariencia el Tribunal Constitucional sirio sí es autónomo.

En cuanto al Presidente, éste sólo puede ser reelecto una sola vez. Esperemos a ver qué sucede con eso en unos años, cuando a al-Assad se le acabe su segundo mandato; partiendo, para llegar a este cálculo, de la fecha en la que se promulgó la Constitución siria que actualmente está vigente²⁰.

Asimismo, el Presidente designa a los integrantes del Consejo de Ministros; es decir que no es una decisión que, como en los países parlamentarios, es tomada por alguna de las Cámaras que integran al poder legislativo y, de igual forma, el Presidente puede disolver a la Asamblea del Pueblo.

Por otra parte, el Presidente asume las funciones legislativas cuando la Asamblea del Pueblo no está sesionando y puede decretar el estado de excepción sin necesidad de que lo autorice alguno de los otros poderes.

Al mismo tiempo, el Presidente se encarga de “garantizar” la independencia del Poder Judicial. Eso es un absurdo y tanto es un absurdo, que el mismo Presidente es quien preside el Consejo Judicial Supremo que se encarga de las cuestiones administrativas y de gobierno del Poder Judicial.

A su vez, Siria, en su artículo 1 constitucional, se califica como un país democrático y, aunque la religión oficial de Siria es el Islam, supuestamente reconoce a otras religiones que se practiquen en su territorio. Así, vemos que no existe el laicismo.

²⁰ La Constitución siria vigente fue promulgada en el 2012.

Podemos ver que la Constitución siria tiene una tendencia socialdemócrata socialdemócrata²¹ ; sin embargo, es evidente el hecho de que dicho texto constitucional tiene una clara inclinación para que el poder del Presidente sobresalga sobre el que tienen los demás órganos del Estado y, en muchos casos, de él dependan funciones como la legislativa y judicial; es decir, hay una concentración de poder en unas solas manos.

En pocas palabras y siguiendo con los ejemplos de casos documentados por los periódicos (mismos que señalamos al principio de este apartado), Siria es el claro ejemplo de la autocracia, el autoritarismo y la dictadura. Luego entonces, Bashar al-Assad es un dictador.

VI. CONCLUSIONES

Como hemos visto a través de este texto, la autocracia ha sido la eterna compañera de la Humanidad. Desde los orígenes de ésta, el afán (y la ambición) por conglomerar un poder total en unas solas manos es una tentación en la que han caído muchos seres humanos, coartando las libertades y los derechos más mínimos de sus congéneres y actuando bajo un claro autoritarismo.

Pudimos percatarnos que la lucha por la libertad también ha sido una constante en esta evolución histórica. Dicha lucha ha sido el lado opuesto de la balanza, el contrapeso del autoritarismo y la tiranía. Ante una concentración de poder, la Humanidad se revela en una sola voz para exigir el respeto a la dignidad humana.

Paradójicamente, esa siempre ha sido la fórmula. Un individuo alcanza el poder político y lo concentra por un periodo de tiempo. En ese periodo, ese individuo restringe la mayoría, si no es que todas, las libertades. El autoritarismo se refleja en delitos de lesa

²¹ Entendemos a la socialdemocracia como una estructura gubernamental en la que los derechos sociales tienen una relevancia importante, sin necesidad de vulnerar los derechos de propiedad propios de un sistema capitalista.

humanidad y luego de tanta barbarie, la gente se harta de soportar la ignominia y, por ende, se rebela contra ese poder absoluto y dictatorial y, generalmente, el tirano cae y, muchas veces (no siempre), las libertades y los derechos de la población se restituyen.

A veces, esos movimientos rebeldes contra un régimen opresor terminan tirando a un autócrata y, al mismo tiempo, encumbrando a otro que termina siendo igual o peor de cruel que el anterior. Es por eso que los seres humanos que vivimos en países libres y democráticos debemos de estar conscientes de lo que significa el poseer las libertades y derechos humanos de los que actualmente gozamos y, al mismo tiempo, entender que para lograr dichas prerrogativas, mucha gente tuvo que librar guerras sangrientas y fratricidas. Sí, nuestras libertades y derechos son conquistas que se lograron a precios altísimos.

Como pudimos percatarnos, las autocracias modernas generalmente se envisten de ropajes democráticos a través de un texto constitucional que, aparentemente, tiene principios como el de división de poderes; pero dichos postulados están manipulados para que el poder político termine concentrado en un par de manos. Pareciera ser que una Constitución, en el caso de las dictaduras contemporáneas, ha dejado de ser aquél contrato social que ha signado el pueblo para controlar a los detentadores del poder y, en su lugar, se ha convertido en un requisito que debe ser cumplido por todos los países (aunque dichos Estados no tengan un régimen democrático ni liberal).

Por otra parte, y como lo dije en la parte introductoria del presente texto, los individuos debemos estar siempre alertas: comprender que la Historia no ha acabado (como se atrevió a señalar Francis Fukuyama en su libro *El fin de la Historia*) y que, en cualquier momento, podría existir una persona que tenga la tentación (y la ambición) de obtener un poder absoluto. Ese es el caso que ha ocu-

rrido en los tres países que aquí estudiamos y en muchos que no se mencionan, pero en los cuales se ven gobernantes autoritarios que pasan por encima de la libertad y los derechos de sus gobernados.

Únicamente la consciencia de lo que significa la libertad, así como de los riesgos que puede traer consigo una autocracia, hará que la democracia sea la única forma de gobierno que exista en el mundo. Y eso es lo que se busca en el presente artículo: alertar y concientizar sobre los peligros de las autocracias y los líderes carismáticos.

Como solución a este problema, creemos pertinentes, siguiendo a Jürgen Habermas, en su libro *Facticidad y Validez*, el generar una nutrida formación cívica durante la educación primaria y secundaria, así como una constante e imparcial formación de la opinión pública y, a su vez, lograr que la población tenga un efectivo ejercicio del debate y la deliberación; además de establecer candados constitucionales para que los cargos de elección popular sean renovados y no se permita la reelección. Además de lograr que los partidos políticos sea “guardarraíles de la democracia”²², tal cual lo han propuesto Steven Levitsky y Daniel Ziblatt.

VII. REFERENCIAS:

1. BIBLIOGRAFÍA:

AGUSTÍN, San, *La ciudad de dios*, Libros I-VII, RBA Libros, Madrid. 2016.

ALIGHIERI, Dante, *De la Monarquía*, Losada, México, 1966.

ÁLVAREZ-OSSORIO, Ignacio, *Siria contemporánea*, Síntesis, Madrid, 2009.

ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, España, 1998.

²² LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel. *Cómo mueren las democracias*, Taurus, México, 2023, p. 45.

- ARISTÓTELES, *La Política*, Partido de la Revolución Democrática, México, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- BROM, Juan, *Esbozo de historia universal*, Grijalbo, México, 2013.
- CARPENTIER, Alejo, *El reino de este mundo: Los pasos perdidos*, Siglo XXI, México, 1994.
- CORPORACIÓN LATINBARÓMETRO. *Informe 2023: La recesión democrática de América Latina*, 2023, disponible en: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>
- ESPAÑOLA, Real Academia, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1992.
- FUKUYAMA, Francis, *El fin de la historia*, Planeta, 2021.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, et al., *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2002.
- GRANDES, Almudena, *Las tres bodas de Manolita*, Tusquets, México, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Trota, España, 2005.
- IDEA Internacional, *El estado de las democracias en el mundo*, Estocolmo, 2023.
- JONASSON, Jonas, *El abuelo que saltó por la ventana y se largó*, Salamandra, Madrid, 2012.
- LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel. *Cómo mueren las democracias*, Taurus, México, 2023
- LORCA, Federico García, *La casa de Bernarda Alba*, Ediciones SM España, Madrid, 2022.
- MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, PENGUIN CLÁSICOS, México, 2023.
- MARX, Karl, Engels, Federico, *Manifiesto Comunista*, Siglo XXI, México, 1978.
- MORINEAU IDUARTE, Marta; IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *Derecho romano*, Oxford University Press, México, 2016.

- NAVARRO, José Luis, *Historia universal*, Pearson Educación, México, 2004.
- TRAVERSO, Enzo, *El totalitarismo: usos y abusos de un concepto*, En Las escalas del pasado: IV Congreso de Historia Local de Aragón (Barbastro, 3-5 de julio de 2003), Instituto de Estudios Altoaragoneses, Aragón, 2005. p. 99-110.
- VARGAS Llosa, Mario, *La fiesta del Chivo*, Alfaguara, México, 2016.
- VOLPI, Jorge, *En busca de Klingsor*, DEBOLSILLO, México, 2012.

2. HEMEROGRAFÍA:

- BERNSTEIN, Daria. “Bielorrusia: sin piedad con presos enfermos o discapacitados”, DW, 11/03/2024, disponible en: <https://www.dw.com/es/bielorrusia-sin-piedad-con-presos-enfermos-o-discapacitados/a-68488105>.
- DEL CID, Ana Teresa, Bielorrusia: un país con valor geopolítico, *Strategy, Technology & Society*, 2022, vol. 11, no 2.
- EUROPRESS. “Suiza juzgará por crímenes de guerra y contra la humanidad a un tío de Al Assad por una masacre en Siria”, 12/03/2024, disponible en: <https://www.notimerica.com/politica/noticia-siria-suiza-suiza-juzgara-crimenes-guerra-contra-humanidad-tio-assad-masacre-siria-20240312132959.html>.
- EURONEWS. “EE.UU. condena que haya "presos políticos" y "falta de libertad" en Bielorrusia tras legislativas”, 26/02/2024, disponible en: <https://es.euronews.com/2024/02/26/eeuu-condena-que-haya-presos-politicos-y-falta-de-libertad-en-bielorrusia-tras-las-legisla>.
- ESPADA, Cesáreo, El conflicto en Siria (2011-2014) a la luz del derecho internacional y de la (geo) política, *Revista unisci*, 2015, no 37, p. 99-131.
- GERMANI, Gino, et al., Democracia y autoritarismo en la sociedad moderna, *Los límites de la democracia*, 1985, vol. 1.

- LANARE, Luciano, Corea del Norte: la racionalidad del mal, *Portes: Revista Mexicana de Estudios Sobre la Cuenca del Pacífico*, 2020, vol. 14, no 27.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José Ángel, BIELORRUSIA EXISTE, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2020, vol. 72, no 2, p. 61-88.
- MECA, Gemma. “12 años de trabajos forzosos: lo que te va a pasar en Corea del Norte si escuchas K-pop”, *Ok diario*, 09/03/2024, disponible en: <https://okdiario.com/curiosidades/12-anos-trabajos-forzosos-lo-que-te-va-pasar-corea-del-norte-si-escuchas-k-pop-12502373>.
- NEWSROOM INFOBAE. “El conflicto en Siria recrudece y la población sufre la peor violencia en 4 años”, *INFOBAE*, 11/03/2024, disponible en: <https://www.infobae.com/america/agencias/2024/03/11/el-conflicto-en-siria-recrudece-y-la-poblacion-sufre-la-peor-violencia-en-4-anos/>.
- QUINTANAL, Gracia Abad, Corea del Norte: Una reliquia totalitaria y nuclear, *Razón y fe*, 2012, vol. 266, no 1370, p. 509-517.

3. LEGISLACIÓN:

- BELARUS'S Constitution of 1994 with Amendments through 2004, *Constitute Project*, Texas, 2022.
- CONSTITUCIÓN de la República Popular Democrática de Corea, *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 2023. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/prk>
- CONSTITUCIÓN de la República Árabe de Siria, *Constitute Project*, Texas, 2022.

PAULINA (LA PATOTA). OBRA CINEMATOGRAFICA DE SANTIAGO MITRE¹

VERÓNICA COLINA HERNÁNDEZ²

I. RESEÑA

Esta obra cinematográfica narra la historia de Paulina, una joven abogada, que renuncia a seguir con sus estudios doctorales, por seguir el ideal de “*modificar la vida de alguien*” y opta por ingresar a un programa de enseñanza sobre derechos en una escuela para adultos de una comunidad rural argentina.

La trama se desarrolla en una selva de tierra roja en la que el director expone la pobreza, la ignorancia, el abuso, la desigualdad, la falta de servicios y un sinnúmero de precariedades en las que vive esa población. Paulina imparte sus clases con profunda vocación, mientras el grupo se comporta hostil y poco interesado en los temas.

Una noche que Paulina regresaba de encontrarse con una amiga, fue atajada y ultrajada por un grupo de jóvenes, entre ellos, algunos de sus alumnos. Ella, en la oscuridad, quedó tirada en ese suelo donde la sangre de su cuerpo y rostro se confundía con el rojo del camino.

Después del terrible suceso, Paulina, valientemente, decide denunciar y durante el proceso se ve expuesta a las preguntas formuladas por la autoridad en turno: ¿Por qué no trató de escapar? ¿Cómo iba vestida? Describa su ropa. ¿Estaba borracha? Si bien, en la actualidad, este tipo de cuestiones parecen estar superadas, lo cierto es que siguen reflejando un sesgo de género que perpetúa el patriarcado, marginaliza y culpabiliza a las mujeres, además, hace

¹ Paulina (La patota), (2015), Santiago Mitre, Argentina, Brasil, Francia, VideoFilmes, Full house, Telefónica Studios, La Unión de los Ríos, Lita Stantic Producciones, Story Lab.

² Profesora de Teoría de la Justicia y Derechos Humanos, División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, UNAM, Doctora en Derecho, UNAM.

palpable la exclusión de visiones y valores femeninos en el proceso indagatorio. La película evidencia que, el sistema penal, más allá de su apariencia de igualdad formal, continúa como mecanismo de poder que mantiene y refuerza la dominación masculina, lo que propicia desigualdades.

Después de la incómoda denuncia y los exámenes médicos pertinentes, lejos de lo que el espectador podría suponer, Paulina decide no seguir con el proceso, no buscar venganza o justicia. Ella buscará la verdad.

En esa búsqueda, el tiempo transcurre desesperadamente, la protagonista debe encontrar la verdad, pero... ¿Qué verdad? ¿La verdad jurídica? ¿La verdad probada? ¿Aquello que las pruebas confirman? ¿La verdad que circunscribe la representación de los hechos, el dictamen de los médicos, la identificación del probable infractor? ¿La verdad de las prácticas judiciales? ¿La verdad donde se definen las reglas de juego³? No, Paulina persigue otra verdad.

El padre de Paulina es juez en Buenos Aires, quien por su cuenta emprende la investigación para resolver el caso de su hija y encontrar a los culpables. De hecho, logra la detención de los agresores para que Paulina pueda reconocerlos. Y aunque algunos de ellos estaban presentes (con huellas de tortura), ella simuló no identificarlos. Este acto encoleriza al padre, lo que provoca un fuerte enfrentamiento entre padre e hija, Paulina debe entender la trascendencia de sus acciones.

En el largometraje se deja vislumbrar el conflicto interno del padre de Paulina. Él entiende la convicción social y comprensión de la verdad que enarbola su hija, pero no puede dejar de lado sus

³ Según Foucault: "... en nuestras sociedades hay sitios en los que se forma la verdad, allí donde se define un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, de la verdad. Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 2017, p.5.

valores ante el acto delictivo que sufrió su hija y trata de aportar soluciones para resarcir el daño causado. Sin embargo, sus esfuerzos son en vano, su hija no cederá para continuar con el proceso.

Desde la perspectiva del sistema penal, no se entiende la posición de Paulina, ¿cómo es posible que, pese a su formación académica, desdeñe resolver su caso por la vía institucional? ¿por qué confiar en las instituciones para la búsqueda de la verdad? ¿el sistema penal ofrece otras formas de saber la verdad?⁴ Si se toma en cuenta que el sistema penal únicamente ofrece ciertos medios de prueba para la verificación de los hechos, basados en valores masculinos, entonces las mujeres están limitadas en su capacidad para tomar decisiones autónomas y obtener justicia en procesos penales relacionados con violaciones a sus derechos corporales.

La interpretación que se puede dar al personaje es que los medios de prueba son sesgados y, por tanto, las formas de evidencia acen-túan el ciclo donde las mujeres son sistemáticamente desventajadas y sus necesidades no son escuchadas, ni reconocidas, ni protegidas por la ley.

Paulina está convencida de que las instituciones del Estado no garantizan ni la verdad, ni la justicia: “*cuando hay pobres la justicia no busca la verdad, sino culpables*”. En la formación jurídica, se asume que el castigo es la consecuencia de incurrir en un acto ilícito, por tanto, en el cumplimiento de la pena se concreta la justicia. Paulina no lo considera así, o, mejor dicho, eso no le resulta suficiente.

⁴ Michel Foucault señala que: “Las prácticas judiciales —la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia— creo que son algunas de las de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas, *Ídem*.”

La exasperación del padre persiste, Paulina sabe que el Estado de Derecho consiste en castigar a quienes incumplan las leyes, y en este caso, estaba claro que se había cometido un delito, y los responsables tendrían que atenerse a las consecuencias. En este sentido, no habría más que entender, no habría más qué buscar. Paulina quería genuina o ingenuamente entender.

Finalmente, Paulina se entera que está embarazada. Su novio al conocer la noticia, decide abandonar la relación detrás del argumento de la prueba científica de paternidad.

Cuando el sistema penal prioriza la protección de la honra o la paternidad, ignora la gravedad de los daños sufridos por las mujeres vulneradas. Lo anterior, incluye la trasgresión de sus derechos reproductivos, autonomía y proyecto de vida. Asimismo, en lo referente a la falta de reconocimiento de su sufrimiento y la impunidad para los perpetradores.

En este sentido, Mariana Sánchez Busso señala que: “*ocultar la deshonra refuerza la imagen de la mujer en su rol exclusivamente sexual y como agente reproductor de la especie, y todo en relación con el deshonor social que el hecho de esa maternidad implicaría*”⁵. En una conjetura sobre la posición de Paulina, se puede resaltar que los procedimientos dentro del sistema penal pueden reflejar los valores y prioridades de una sociedad patriarcal⁶, lo que lleva a una aplicación de justicia que no es equitativa para todas las personas.

⁵ Sánchez Busso, Mariana, *Violencia contra la mujer. “El sistema penal: ¿Una herramienta antidiscriminatoria?”*. Anuario de la Universidad Nacional de Córdoba Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2008, p. 763. Disponible en: <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29609.pdf> 763

⁶ Elena Larrauri enfatiza que: “No es de extrañar, pues, que numerosas mujeres que han recurrido al sistema penal con la esperanza de encontrar un poder que compense el del hombre, se han encontrado con un poder que no lo ha desmentido o lo ha reforzado; de ahí la conclusión de que el derecho penal es también un poder patriarcal”. Larrauri, Elena, *La mujer ante el Derecho Penal*, Revista Pensamiento Penal, 2021. p. 13. Disponible: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/05/doctrina89157.pdf>

El padre representa “lo racional” y Paulina simplemente no replicará un mundo injusto. La víctima no será justiciera y se inclinará por la comprensión del otro o quizá de sí misma.

Los intentos del padre de Paulina para persuadirla fracasan, incluso violentamente, le dice que quizá padece el “síndrome de Estocolmo” y ella se defiende diciendo: “*No estoy loca. Ni creo que vos lo estés. No estoy en tu lugar. Estoy en mi lugar*”. Surge un estruendoso silencio entre ambos para finalizar la película.

Proponer la posibilidad de que las mujeres puedan tomar decisiones informadas sobre el procedimiento penal en torno a la violación, pudiera ser muy enriquecedor para la comprensión y tratamiento del delito. En la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2021⁷, se indicó que el 78.3% de las mujeres que experimentaron violencia física y/o sexual por cualquier persona agresora, no denunció.

Ante el planteamiento de la pregunta sobre los motivos por los que la mujer no acudió a buscar ayuda o denunció, sobresalió el miedo a las consecuencias o las amenazas o los sentimientos de vergüenza o simplemente, porque “*no les iban a creer*”. Además, las mujeres adujeron motivos vinculados con las autoridades públicas y conocimiento sobre los procesos de denuncia. Sin menoscabo de aquellas que viven en silencio porque la violación ocurre en un contexto de relación laboral y familiar.

La película ofrece una nueva manera de abordar la violación desde un punto de vista argumentativo. Invita a reflexionar sobre el delito desde una perspectiva diferente y fomenta un debate más profundo sobre el patriarcado y el comportamiento de las instituciones jurídicas.

⁷ Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2021, Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/endireh/2021/>

Con actuaciones conmovedoras y un guion sobresaliente, la cinta permite un análisis más exhaustivo del tema para enriquecer la discusión actual sobre la influencia patriarcal en el sistema judicial.

II. REFERENCIAS:

- Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2021, Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/endireh/2021/>
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 2017, p.5.
- LARRAURI, Elena, *La mujer ante el Derecho Penal*, Revista Pensamiento Penal, 2021. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/pdf>
- SÁNCHEZ BUSSO, Mariana, *Violencia contra la mujer. “El sistema penal: ¿Una herramienta antidiscriminatoria?”*. Anuario de la Universidad Nacional de Córdoba Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2008, Disponible en: <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29609.pdf> 763

ENTREVISTA AL DIRECTOR DE LA REVISTA RODRIGO BRITO MELGAREJO

POR: AXEL JOSEPH GUERRERO BENITEZ¹

JUAN ALBERTO FLORES FLORES²



Es licenciado y doctor en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, especialista en habilidades docentes por la Universidad Anáhuac, maestro en derechos humanos y democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa. Dentro de su actividad profesional se ha desempeñado como asesor en el Consejo General del Instituto Federal Electoral, Visitador Adjunto en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y asesor adscrito a la Secretaría General de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Es autor de diversos libros y artículos en obras colectivas y revistas especializadas de México y el extranjero. Actualmente es integrante del Sistema Nacional de Investigadores y profesor titular de tiempo completo en la Facultad

¹ Entrevistador y Editor Responsable

² Editor Auxiliar

de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde funge como Director del Seminario de Derecho Constitucional.

VISIÓN Y OBJETIVOS:

AJGB. ¿Cuál es su visión para la revista?

RBM. Considero que la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM debe abrir vías de expresión para el pensamiento crítico y libre, de manera que se refleje el compromiso de nuestro Programa de Posgrado con la discusión y análisis de los problemas que existen actualmente en el mundo jurídico y más allá de él, a fin de poder plantear soluciones o propuestas que fomenten el debate y el intercambio académico como elementos esenciales para alcanzar los fines que persigue la Universidad.

AJGB. ¿Qué objetivos tiene para el futuro de la revista?

RBM. El primero de los objetivos que me gustaría alcanzar está muy relacionado con la visión que tengo de la revista. Estoy convencido de la importancia de estimular la discusión académica y, consecuentemente, creo que nuestra revista debe convertirse en un espacio para la crítica constructiva, así como para la discusión e intercambio de ideas y reflexiones que impulsen avances en el campo de las ciencias sociales. Otro de los objetivos que me parece debe plantearse para la revista es lograr una mayor internacionalización de sus contenidos, pues hoy en día las revistas científicas deben ser pensadas para trascender fronteras y para servir como canales para difundir el conocimiento de manera global. Nuestra revista debe promover también la cooperación científica al permitir a quienes publiquen en ella compartir sus investigaciones, los métodos que emplearon, así como sus resultados. Para alcanzar estos objetivos es necesario publicar artículos cuyos contenidos sean de enorme calidad científica. Por ello, otro de los objetivos que deben plantearse para la revista es su inclusión en un mayor número de índices que

propicie que la Revista del Posgrado en Derecho sea un espacio en el que busquen publicar, además de las mejores inteligencias de nuestro programa, personas reconocidas en el mundo académico.

AJGB. ¿Cómo planea mantener la revista relevante y actualizada?

RBM. A través de la publicación con regularidad de artículos o números especiales que aborden problemas significativos, pero que al mismo tiempo ofrezcan formas novedosas de evaluar esos problemas y alternativas de solución basadas en métodos eficaces.

AJGB. ¿Qué tipo de contenido le gustaría publicar?

RBM. La Revista del Posgrado en Derecho debe publicar contenidos que permitan discutir, debatir controvertir, deliberar y, como señalara Dworkin, a partir de esos procesos, crear conocimiento. Dichos contenidos pueden tomar la forma de artículos científicos, comentarios legislativos, entrevistas, reseñas de libros o de películas, etc. Lo importante es que en todos ellos se contenga el germen del debate respetuoso, de la crítica constructiva y del ánimo propositivo para buscar soluciones a problemas actuales o para abrir nuevos cauces de investigación.

AJGB. ¿Qué enfoque editorial planea utilizar para la revista?

RBM. Los contenidos de nuestra revista deben generar escenarios propicios para controvertir y deliberar provocando esa “cordial anarquía” a la que se referiera en su momento Derek Bok, pues ésta representa una influencia trascendental del comportamiento de la comunidad científica que nos permite comprender cuán lejos puede ir la universidad en la búsqueda del respeto de los intereses de los demás o en responder de manera constructiva a los problemas que se presentan en el mundo. Esta idea, desde luego, no está peleada con la calidad y rigor que ha caracterizado a nuestra revista, sino que, por el contrario, se nutre de ella para mantener altos estándares de calidad. A ello contribuyen también la revisión por pares, los procesos de indexación, la consistencia y el respeto en las revisiones, así como la agilidad para comunicar avances científicos y la flexibilidad para abordar a los problemas de nuestro tiempo.

ACCESO Y DIFUSIÓN:

AJGB. ¿Qué estrategias utilizará para llegar a un público más amplio?

RBM. Me parece que la clave están en publicar textos interesantes y actualizados para mantener la atención de las personas que son lectoras habituales de la revista, pero también para atraer a más personas que se interesen en los temas que se discuten actualmente en nuestro programa de posgrado. Pero a esta estrategia debemos sumar otras como el seguimiento de indicadores bibliométricos; la utilización de formatos digitales que permitan el acceso a sus contenidos a través de diversos dispositivos; el acceso gratuito a sus contenidos través de las licencias correspondientes; la indexación en bases de datos reconocidas; la comunicación con la comunidad académica sobre los alcances de la revista; la elaboración de convenios de colaboración con otras entidades académicas nacionales y extranjeras, así la elaboración de listas de distribución que tomen en cuenta al público que pueda estar interesado en lo que en ella se publica.

COLABORACIÓN E INNOVACIÓN:

AJGB. ¿Está abierto a la colaboración con otras instituciones o revistas?

RBM. Por supuesto. Como lo comenté anteriormente, creo que la revista debe servir como un canal para la cooperación entre entidades académicas y como una vía para la cooperación científica.

AJGB. ¿Qué tipo de proyectos de colaboración le gustaría desarrollar?

RBM. En principio me parece que deberíamos propiciar que las bases de datos o repositorios de otras instituciones académicas pudieran facilitar el acceso a los contenidos de nuestra revista. Además, podría pensarse en publicaciones conjuntas con otras entida-

des, presentaciones en otras universidades y en generar redes de colaboración con grupos de investigación o instituciones académicas para fomentar la difusión cruzada de contenidos.

AJGB. ¿Qué tipo de innovaciones le gustaría implementar en la revista?

RBM. En lo personal me gustaría mucho fomentar la colaboración y cooperación científica a través de la creación de redes interdisciplinarias que permitan coeditar números especiales con otras entidades académicas.

FUTURO DE LA REVISTA:

AJGB. ¿Cuáles son sus planes a largo plazo para la revista?

RBM. Uno de los planes que me gustaría implementar es la internacionalización. Creo que sería muy conveniente pensar en establecer alianzas con universidades pertenecientes a otras latitudes que permitan difundir globalmente la investigación y crear redes de colaboración para publicar artículos traducidos o en otros idiomas que den cuenta de los problemas que van más allá del ámbito local.

AJGB. ¿Qué desafíos y oportunidades enfrenta la revista?

RBM. Creo que uno de los desafíos que enfrenta la revista es el aumento en el número de artículos que en ella se publican, pero sobre todo el incremento de lectores y personas que colaboran en ella. Lograr una audiencia más amplia y mayores vínculos con la comunidad científica me parece que son áreas de oportunidad en las que debemos trabajar para lograr los objetivos a los que me referí al comenzar la entrevista.

AJGB. ¿Cómo planea asegurar el éxito futuro de la revista?

RBM. No tengo dudas de que el éxito futuro de la revista estará asegurado si logramos que la comunidad que forma parte de las cuatro entidades que integran el Programa de Posgrado en Derecho se involucren con sus contenidos y muestran interés en participar en ella. La comunidad de nuestra universidad es un mosaico de

opiniones y pensamientos que aseguran el éxito de una publicación periódica como la nuestra. Pero además, me parece que debemos pensar también en mantenernos al día con las herramientas de gestión editorial e implementar medidas de comunicación e innovación tecnológica. También debemos mejorar la experiencia del usuario en los medios a través de los cuales se dan a conocer los contenidos de la revista y fomentar análisis periódicos de calidad e impacto de sus contenidos para, eventualmente, poder realizar los ajustes necesarios a las políticas y procesos editoriales.

EXPERIENCIA Y ENFOQUE:

AJGB. ¿Cuál es su experiencia en el ámbito jurídico?

RBM. Soy profesor desde hace más de una década profesor de tiempo completo en la Universidad Nacional Autónoma de México e integrante del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores en el ahora Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnología. He trabajado también en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y en el Instituto Federal Electoral.

AJGB. ¿Qué aportes le dieron los estudios de posgrado en derecho?

RBM. Los estudios de posgrado que realicé me permitieron aprender de una manera distinta. Fomentando el pensamiento crítico, mis profesores me ayudaron a superar los patrones exteranlistas en los procesos de aprendizaje basados en la entrega de información y en patrones de análisis rutinarios. Con ello, me permitieron comprender que lo verdaderamente relevante era que desarrollara habilidades de pensamiento para participar en una comunidad plural en la que el debate y el intercambio de ideas son esenciales para comprender las diferentes interpretaciones que pueden darse a los fenómenos jurídicos y sociales. El posgrado me enseñó, además, a

desarrollar nuevas prácticas de estudio, a realizar análisis crítico, a planificar e incluso a establecer metas y buscar la mejor forma de cumplirlas.

AJGB. ¿Cuál es la importancia de la inter, multi y transdisciplina en el estudio de los fenómenos jurídicos?

RBM. La complejidad que actualmente es propia de los fenómenos jurídicos hace evidente cada vez en mayor medida la insuficiencia del derecho para encontrar respuestas a los problemas que éstos plantean. Por ello se torna necesario buscar ese diálogo enriquecedor entre diferentes disciplinas para poder comprender y ensayar soluciones que estén a la altura de las exigencias de nuestra sociedad. Los enfoques inter, multi y transdisciplinarios hacen posible que tengamos una visión más completa y trascendente de los desafíos que plantean los fenómenos que se presentan en el ámbito jurídico.

PREGUNTAS ADICIONALES:

AJGB. ¿Qué consejo le daría a un joven investigador que quiere publicar en la revista?

RBM. El primer consejo que le daría es, sin duda, que lo intente. Que envíe un artículo, una reseña o algún texto que pueda contribuir a ese diálogo enriquecedor al que buscamos dar eco en la Revista. Me parece que eso es lo más importante. Es verdad que la revisión por pares puede causarnos angustia, pero debemos tomar en cuenta que incluso en caso de que el resultado no sea el que esperamos, las sugerencias y las áreas de oportunidad que podemos identificar con esa revisión nos harán crecer y mejorar la forma en que investigamos. Otros consejos serían que trate de redactar de forma clara, que siga los lineamientos editoriales, que aborde temas originales o de actualidad, que aporte algo al debate sobre el tema

que aborde y que procure siempre la rigurosidad metodológica. Estos son, de acuerdo a mi experiencia, puntos fundamentales para publicar en una revista científica.

AJGB. ¿Qué cualidades busca en un buen artículo jurídico?

RBM. Hace algún tiempo tomé un curso de escritura académica y mi profesora me ayudó a entender que un buen artículo científico sobre cualquier materia debe ser original, presentar información precisa en lenguaje claro, aportar nuevos conocimientos o enfoques al tema tratado y contar con un aparato crítico sólido, confiable y relevante.

AJGB. ¿Cuál es su opinión sobre el futuro del derecho y las publicaciones jurídicas?

RBM. El derecho tendrá, en el futuro, que hacer frente a nuevos escenarios derivados de la velocidad con la que en la actualidad se dan los desarrollos tecnológicos. Aspectos como la inteligencia artificial, la automatización de tareas y la inmediatez en el acceso a datos e información tendrán que ser abordados en publicaciones como la revista de nuestro posgrado. Además, las y los abogados deberán ser conscientes de su responsabilidad social y empezar a comunicar su pensamiento considerando el papel que tienen para alcanzar mayores grados de libertad, igualdad y justicia.

AJGB. Le agradecemos de su tiempo por hacer posible esta entrevista, y le deseamos éxito en esta nueva etapa de la revista.

ENTREVISTA AL DIRECTOR DE LA REVISTA JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ LEÓN

POR: AXEL JOSEPH GUERRERO BENITEZ¹
JUAN ALBERTO FLORES FLORES²



El Dr. José Antonio Álvarez León, es Profesor de Carrera Titular "B" Tiempo Completo Definitivo, Adscrito al Programa de Posgrado en Derecho de la FES Acatlán. Es PRIDE "C" y Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1.

VISIÓN Y OBJETIVOS:

AJGB. ¿Cuál es su visión para la revista?

JAAL. Bueno la visión nueva sigue la visión de origen, la visión de origen en esta primera época, es una revista de investigación, de innovación y de alcance para todos, investigadores, profesores y estudiantes; que todos tengan oportunidad de presentar sus trabajos,

¹ Entrevistador y Editor Responsable

² Editor Auxiliar

sus ideas, pero también adquirir experiencia para poderse incorporar en lo que exigen otros programas. Es que sea un mecanismo útil para todos, de acceso plural.

AJGB. ¿Qué objetivos tiene para el futuro de la revista?

JAAL. El objetivo esencial es mantenernos, tratar de alcanzar algún estándar adicional a los que ya están, en los términos de los registros de indexación o al menos estar en los estados del CONACYT para que la calidad de la revista, digamos, tenga más soporte mayor alcance y mayor beneficio para todos, además de continuar con las publicaciones periódicas que son requeridas y tratar de innovar en otros campos del diseño editorial.

AJGB. ¿Cómo planea mantener la revista relevante y actualizada?

JAAL. Bueno decía yo en algún momento que había que atender ahora 2 enfoques, trataremos de que un enfoque sea no tan abierto sino que tratemos de hacer convocatorias bajo unas temáticas consensadas en el mundo del derecho de interés, que tenga que ver con la actualidad aplicable a todos los campos, y por otro lado que se puedan mantener líneas que son constantes en el trabajo de metodología, investigación en el rigor aplicativo digamos de las ciencias sobre derecho, yo creo que seguir esas 2 vertientes será lo más conveniente.

AJGB. ¿Qué tipo de contenido le gustaría publicar?

JAAL. Bueno en ese sentido pues yo al trabajar en el derecho penal y política criminal pues evidentemente seguir esa línea en la medida de lo posible de los temas generales y enfocarlo a la investigación aplicada en materia de política criminal es fundamental y que se trabaja poco realmente por el diseño del posgrado, se hace trabajo de investigación cualitativa pero sería importante empezar con trabajos con resultados de la investigación aplicada.

AJGB. ¿Qué enfoque editorial planea utilizar para la revista?

JAAL. No, el enfoque editorial creo que va a tener que seguir siendo estrictamente académico y de investigación, y si dentro de muchos enfoques editoriales el eje primordial es el académico y el

de investigación que no excluye la práctica profesional, pero siempre debe de ser pendiente a resolver problemas, hacer hipótesis y el generar contenidos

ACCESO Y DIFUSIÓN:

AJGB. ¿Qué estrategia utilizarán para llegar a un público más amplio?

JAAL. Bueno estrategia de dirección, yo creo que el hecho de que nuestra revista se vaya perfilando a mantenerse en una revista digital de entrada pues ya nos conectan al mundo del internet y con el ORCID de los profesores nos conecta al mundo académico muy amplio de manera universal, pero dirigir la convocatoria no solamente en nuestra página sino a lo mejor la estrategia será, tratarla de hacer llegar a las otras universidades o ha los sitios de interés donde haya la posibilidad de que nosotros podamos poner nuestra convocatoria y también aquella de acceso creo que esa es lo más primordial.

COLABORACIÓN E INNOVACIÓN:

AJGB. ¿Está abierto a la colaboración con otras instituciones o revistas?

JAAL. Sí yo creo que esto va ligado con la anterior, en la medida que nosotros podamos hacer contacto y vínculos con universidades o entidades públicas que nos permita publicitarnos en la convocatoria, también nos va a permitir asociarnos en trabajos invitando a dictaminadores a personas a que escriban y porque no asociar fabricaciones.

AJGB. ¿Qué tipos de proyectos de colaboración le gustaría desarrollar?

JAAL. Podría ser, al hablar de la estrategia de que la revista siga dos vertientes podría ser una estrategia de difusión de temas especializados. Por ejemplo, en el campo judicial, administrativo, dependiendo el tópico que saquen en la convocatoria eso nos podría vincular con determinadas instituciones, y el otro el académico, el de investigación nos podría vincular a centros de investigación, digamos ese es un poco más flexible, las investigaciones requieren de tiempo, generalmente ya se van desarrollando a lo largo de los años yo creo que eso nos permitiría en la convocatoria asociarnos enfocarnos en proyectar trabajo conjunto.

AJGB. ¿Qué tipo de innovación le gustaría implementar en la revista?

JAAL. A mí me gustaría que se retomara la idea de los números especiales, pero, aquí viene la innovación, pero que esos números especiales tuvieran que ver con el trabajo particular que sobresalta a cada una de las entidades. Por ejemplo, política criminal, solamente lo hace Acatlán y Aragón, entonces probablemente en el número de Acatlán o de Aragón podría destinarse, dirigirse pues a esas líneas que resaltan ese campo Jurídico.

FUTURO DE LA REVISTA:

AJGB. ¿Cuáles son sus planes a largo plazo para la revista de acuerdo nada más a su criterio?

JAAL. Bueno yo creo que, dicen los norteamericanos que, lo que está bien hecho y funciona hay que dejarlo. Yo creo que un primer reto en el corto y en el largo plazo es que la revista se mantenga con los estándares que tiene, que alcance el nivel superior y que mantenga la periodicidad son los retos básicos, pero si los mantenemos las revistas se mantiene, es que en 2 años sería muy difícil pensar en otra.

AJGB. ¿Qué desafíos y oportunidades enfrenta la revista en la actualidad?

JAAL. Pues los desafíos, pues es cubrir la periodicidad de los números, más los números adicionales es decir, estamos hablando, tendría que ser una proyección como de 8 revistas en 2 años, o sea los cuatro periódicos, más los adicionales serían otros cuatro, entonces tener 8 números bien trabajados en 2 años con la colaboración de todas las entidades, yo creo que ese es el reto básico para nuestro trabajo.

EXPERIENCIA Y ENFOQUE:

AJGB. ¿Cuál es su experiencia en el ámbito jurídico?

JAAL. Mi experiencia personal en el ámbito jurídico, bueno pues mi historia ha sido marcada desde que salí del servicio social, en la procuraduría general de la república, y la trayectoria fue pues seguir todos los pasos que en aquel entonces había, no había sistema civil de carrera era por nombramiento entonces bueno pues tuve que hacer servicio social, ser secretario , mecanógrafo auxiliar, ministerio público federal y después brinqué otras instancias públicas en el jurídico en materia penal y así me lo fui llevando en ese campo hasta que ingrese a la iniciativa privada básicamente al área bancaria financiera pero en especial, la especialización de robo a bancos y si seguía yo en la materia penal, cosa que me llevó a dirigir también mis estudios de especialidad. profesionales, maestría y doctorado en este campo, entonces siempre he estado inscrito en la política criminal y derecho penal

AJGB. ¿Qué aportes le dieron los estudios de posgrado en derecho?

JAAL. Esencialmente fue atender, la parte esencial que yo aprendí la multidisciplina en la UNAM, es entender que el derecho no es cerrado, es abierto, que requiere compaginar la investigación aplicada con otras áreas del conocimiento que se requiere ser, digamos, más técnico en la parte de la investigación científica y, que para tener vínculos con el mundo exterior es necesario y fundamental

trabajar otro idioma, en mi formación básica cuando yo me gradúe de abogado básicamente los problemas de derecho se resolvían desde el derecho, con las técnicas del derecho y bajo ciertos cánones, sin entrar a la maestría has de entender que los problemas del derecho están más allá del derecho y que se pueden criticar, resolver, y atender desde visiones diferentes, entonces el encuadramiento que siempre da la formación de derecho, la formalidad, se rompe cuando entro a la universidad y creo que eso me permite ser más flexible y más abierto para poder aprender y enseñar.

AJGB. ¿Cual es la importancia de la inter, multi y transdisciplina en el estudio de los fenómenos jurídicos?

JAAL. Justamente lo que hablamos, es entender que se requiere de otras áreas de conocimiento, de otras disciplinas, de cruzar el conocimiento, establecer ejes de investigación porque son multifactoriales entonces tenemos que abrirnos necesariamente. Yo creo que la universidad ha sido pionera en eso y en derecho particularmente y eso nos debe de marcar la pauta en nuestra revista, aunque es jurídica al incluir política criminal pues está abierta a que los trabajos, y que se sigan ciertas temáticas, puedan tener la incidencia de otros profesionales en otros campos que incidan en resolver problemas jurídicos.

AJGB. ¿Qué consejo le daría a un joven investigador que quiere publicar en la revista?

JAAL. Bueno lo primero que le diría es que, tiene que estar muy bien sentado en 2 pilares, uno en conocer el trabajo metodológico que va a hacer es decir dónde se va a aceptar, qué tipo de investigación, debe de conocer las bases de los procesos de investigación y, dos que debe de tener un eje conceptual teórico clásico, pero con trascendencia en la actualidad, debe ser abierto, si puede combinar esos 2 elementos seguramente sus aportes van a ser con mayor claridad novedosos y con una visión propia.

AJGB. ¿Qué cualidades busca en un buen artículo jurídico?

JAAL. Como hablamos de una transdisciplinariedad, yo creo que las cualidades de ser primero que, el problema este centrado en un rango de actualidad de 10 años; dos que las vertientes por donde se aborde puedan ser concretas para incidir en la resolución normativa; y tercero que se exponga de manera clara, para que lo puedan leer profesionales especializados estudiantes y público en general es decir que tenga un lenguaje científico pero que se exponga con claridad para que esté al alcance de todos.

AJGB. ¿Cuál es la opinión sobre el futuro del derecho y las publicaciones jurídicas?

JAAL. La opción es que podamos ser vistos en otras latitudes y eso implicará también regresando un poco a las preguntas, que los retos serían, que a lo mejor se incluyan textos en otro idioma, para que no solamente nos vea el típico latino, sino que estudiantes o personas de otras latitudes

AJGB. Le agradecemos de su tiempo por hacer posible esta entrevista, y le deseamos éxito en esta nueva etapa de la revista.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la manera de lo posible deben evitarse los enunciados explica-

tivos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre dígrafos (*v. g.*: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminara con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

- Título
- Autor
- Sinopsis curricular y correspondencia
- Dedicatoria
- Sumario
- Resumen
- Palabras clave
- Abstract*
- Keywords*
- Cuerpo de la obra
 - I. Partes con números romanos
 - 1. Secciones en números arábigos
 - a) Incisos
 - Entradas en cursivas*
 - II. Fuentes
 - Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A) BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearán subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B) HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecorillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- El original se enviará en formato Word o RTF.
- Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- No se dejará espacio entre párrafos.
- Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- El título deberá ser breve y descriptivo.
- Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinadora
Marisol Anglés Hernández.

(Lugar), a __ de _____ de 202__.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe _____ comunico a usted, bajo protesta de decir verdad que, soy el autor intelectual del (la) _____ (artículo u obra gráfica) intitulada _____ para la obra denominada **REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM**, en sus versiones impresa y electrónica. En este acto acepto ceder los derechos patrimoniales de manera exclusiva a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, por lo que solicito se efectúen los trámites correspondientes al registro legal a favor de la institución, lo anterior, de conformidad con lo que se estipula en los artículos 27, 30 y 42 de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente.

No omito manifestar que, la citada obra no ha sido publicada con anterioridad, ni está siendo considerada para dictamen en alguna otra obra colectiva ni publicación periódica, así mismo que, respondo por su originalidad trabajo, liberando a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO** de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra que pudiera afectar intereses de terceros.

Asimismo, otorgo a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, el derecho de comunicación pública y de reproducción del _____ (artículo u obra gráfica) que formará parte de la obra en comento para los fines que estimen pertinentes, por lo que estará disponible en el archivo electrónico de la obra, que será descargable en formatos digitales bajo la modalidad de Acceso Abierto.

A T E N T A M E N T E

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

CD. UNIVERSITARIA, CD. MX., A __ DE _____ DEL 20__.

(NOMBRE Y FIRMA)



La Revista del Posgrado
en Derecho de la UNAM, año 12, número 20,
editada por la Coordinación del Posgrado en Dere-
cho de la UNAM, se terminó de imprimir el mes de julio
de 2023 en los talleres de Creativa Impresores S.A. de C.
V., calle 12, número 101, local 1, colonia José López Porti-
llo, Iztapalapa, 09220, México, CDMX, teléfonos, 5703-
2241 y 5592-2240. y consta de 300 ejemplares.